ميزان الفقاهة

تأليف

آية الله العظمى السيد محمد باقر بن مرتضى

الدرچه‌ئی الاصفهانی

المجلد الحادي عشر

اعداد

السيد صادق الحسيني الاشكوري

الطبعة الأولى

١٤٣١ هـ.ق - ١٣٨٩ هـ.ش



مِيزَانُ الفَقَاهَةِ



سرشناسه : درچه‌ای، محمدباقر بن مرتضی، ۱۲۶۴ - ۱۳۴۲ق.
عنوان و نام پدیدآور : میزان الفقاهة/تالیف محمدباقربن‌مرتضی الدرچه‌ای الاصفهانی؛ اعداد صادق الحسینی الاشکوری؛
مشخصات نشر : قم:مجمع الذخایر الاسلامیة ،۱۳۸۹ .
مشخصات ظاهری : ج.
شابک : دوره ۰ - ۲۰۰ - ۹۸۸ - ۹۶٤ - ۹۷۸؛ ج۱٦: ۱ - ۲۱٦ - ۹۸۸ - ۹٦٤- ۹۷۸
یادداشت : عربی
یادداشت : کتابنامه
موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴
شناسه افزوده : حسینی اشکوری، صادق، ۱۳۵۱ - ، مصحح
رده بندی کنگره : ۱۸۳/۵BP /د۳۶ک۲ ۱۳۸۸
رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲
شماره کتابشناسی ملی : ۶۲۶۰۶۹۱

ميزان الفقاهة

تأليف

آية الله العظمى السيد محمد باقر بن مرتضى

الدرجيلي الاصفهاني

المجلد السابع عشر

اعداد

السيد صادق الحسيني الاشكوري

بمساعدة

محمد علي باقرزاده ، السيد محمد جواد الاشكوري ، السيد محمود نرجاني

الطبعة الاولى

١٤٣٢ هـ.ق - ١٣٨٩ هـ.ش

كليه حقوق اين كتاب تحت قانون كپى رايت بوده و ترجمه يا چاپ تمام يا بخشى از مطالب آن و نيز درج تمام يا بخشى از آنها در ضمن بانكهاى اطلاعاتى و تهيهٔ برنامه‌هاى رايانه‌اى يا استفاده مطالب و تصاوير در اينترنت و ديگر ابزار و ادوات، به هر نحوى، بدون اجازهٔ قبلى ناشر بصورت كتبى، ممنوع مى‌باشد.

©MAJMA AL-DAKAAIR AL-ISLAMYYAH, 2011

All rights reserved, No part of this book may be reproduced or translated in any form, by print, internet, photo print, microfilm, CDs or any other means without written permission from the publisher

مجمع الذخائر الاسلامية - قم ، ايران

ميزان الفقاهة / ج ١٦

(تتمة كتاب الخيارات)

تأليف : آية الله السيد محمدباقر الدرچه اي الاصفهاني قدس سره الشريف

اعداد : السيد صادق الحسيني الاشكوري

بمساعدة : محمد علي بالرزاده، السيد محمد جواد الاشكوري ، السيد محمود نريماني

نشر وتنضيد الحروف والامور الفنية : مجمع الذخائر الاسلامية

الطبعة الاولى : ٢٠١١ م (١٤٣٢ ق - ١٣٨٩ ش)

مطبعة روح الامين - قم المقدسة

الكمية : ١٠٠٠

رقمك : دورة : ٠ - ٢٠٠ - ٩٨٨ - ٩٦٤ - ٩٧٨؛ ج ١٦ : ١ - ٢١٦ - ٩٨٨ - ٩٦٤ - ٩٧٨

عنوان الناشر

رقم ١، فرع ٢٣، شارع آذر، قم المقدسة ، مجمع الذخائر الاسلامية

هاتف: ٣٧٧٤٦٣٥٨ ٢٥ ٩٨ +

نقال: ٩٩١٩٣٧٠٤٢٠ ٩٨ +

عنوان الموقع : www.mzi.ir www.zakhair.net

Email: info@zakhair.net

تتمة كتاب الخيارات

حاشية على كتاب الخيارات
للشيخ الأنصاري (ره)

قوله الثاني
فانه لو قلنا بوجوب الوفاء سواء قوله الكلام مناقارة في اصل

٤١٢

جواز الاجبار وتارة فيمن يكون له الاجبار ونحن نتكلم بعد ما تقدم في الامر السابق بثبوت في وجوب الوفاء مطلقاً وغاية الامر انه لما يكون حقاً للبايع على ما سيأتي في المسئلة السادسة اشكال في بقيه وجوبه بصورة مطالبة البايع العمل بالشرط ففي هذه الغرض من جهة الزام المنكر بحيث على كل الناس وجوباً كفائياً اجباره وحد اجباره حد ما في الامر بالمعروف والنهي عن المنكر من التدرج في مراتب الزجر فانه يصل الى حد السيف والحد الذي لم يخص اجبار المشتري الى ان يصل الى الضرب والحبس وغيرها ما لم تبقية عرجه ثبت في النهي عن المنكر كالوا نجر الى القتل مثلاً لا انه لما يكون ذلك حقاً للبايع فيكون له مطالبة حقه وان يطالب من الحاكم اجباره عليه واما التفصيل بين انه لو كان حقاً لهم فيجوز الاجبار دون ما لو كان حقاً للبايع فيه انه في الذين لم يكونوا من الناس مسلماً يكون الاجبار من الوجهين الذين قلنا ثابتاً فيها وجهه واضح ايضاً كما ان منع جواز الاجبار للبايع لانه لم الغرض في صورة الاستيفاء ايضاً لما وجه اولاً لما سيأتي

لا يخفى



صفحة من المخطوطة بخط المؤلف قدس سره

ان المشتري يتسبح وطي الجارية وعلى وزر المال اقول لعل المراد ان
هذه الاستدامة بالتحليل الذي يجوز للوطي او ان المراد ان المراد
ان الجارية يدخل في ملك المشتري وان كان الشراء فاسدا ثم سائر ما يقال
في توجيه ثمن المغصوب مع علم المشتري بالغصب ذكرناه في بحث الفضولي
واما على القول بان اقتضاء البيع لدخول الثمن في ملك من خرج عن ملكه
الثمن ليس عقليا بل مستفاد من الادلة الشرعية مثل لا بيع في ملك
مع لو قلنا ان الفقهاء لا يرضون بورود التخصيص على هذه القاعدة
الشرعية كما ان بناء العقلاء على كون العتق مالكا مستفاد من مثل قوله
لا عتق الا في ملك ومع ذلك لا يرضون بورود التخصيص عليه في مثل
اعتق عبدك عني ثم لو التزمنا بذلك ايضا لا بد من ان نرتكب التاويل
في مثل صورة قلنا ان القاعدة عقلية غير قابلة للتخصيص والالم نقل
بذلك فلا مانع من ورود التخصيص على القاعدة كما نرضاه في بحث الفضولي

ان لا يرضون ان يكون الا في
في البيع في مثل العتق

الصفحة الأخيرة من المخطوطة بخط المؤلف قدس سره

بسم الله الرحمن الرحيم

[تتمة كتاب الخيارات]

[هل يجوز الإجبار على الوفاء بالشرط أم لا؟]

قوله: الثانية: في أنه لو قلنا بوجوب الوفاء به[1].. اه.

أقول: الكلام هنا تارة في أصل /٤١٢/ جواز الإجبار وتارة فيمن يكون له الإجبار.

ونحن نقول بعد ما تقدم في الأمر السابق ثبوت وجوب الوفاء مطلقاً وغاية الأمر أنه لما يكون حقاً للبايع على ما سيأتي في المسألة السادسة ـ إن شاء الله ـ يقيد وجوبه بصورة مطالبة البايع العمل بالشرط.

ففي هذا الفرض من جهة النهي عن المنكر يجب على كل الناس وجوباً كفائياً إجباره وحدّ إجباره، حدّ ما في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من التدرج في مراتب الزجر إلى أن يصل إلى الضرب والحبس وغيرهما ما لم يتعدّ عن حدّ ثبت في النهي عن المنكر كما لو انجرّ إلى القتل مثلاً كما أنه لما يكون ذلك حقاً للبايع فيكون له مطالبة حقه وأن يطالب من الحاكم إجباره عليه.

وأما التفصيل بين أنه لو كان حقاً لله فيجوز الإجبار دون ما لو كان حقاً للبايع، ففيه: أنه في الدين الذي يكون من حق الناس مسلماً يكون الإجبار من الوجهين اللذين قلنا ثابتاً فيهما، ووجهه واضح أيضاً كما أن منع جواز الإجبار للبايع لأن له

---

١) كتاب المكاسب ٦٦/٦، الثانية: هل يجوز الإجبار على الوفاء بالشرط أم لا؟

الفسخ في صورة الإمتناع أيضاً لا وجه له، أولاً لما سيأتي /٤١٣/ من أنه ليس الفسخ له في صورة التمكن من الإجبار.

وثانياً أن ذلك لا يرفع جواز الإجبار من الوجهين المشار إليهما كما أن دعوى أن الشرط هو أن يفعل الفعل عن اختياره وميله فاسد بما أشار إليه المصنف (ره) من أن الشرط نفس الفعل والإلتزام به.

وأما دعوى أن جواز الإجبار مبني على وجوب الوفاء بالشرط أو عدم وجوبه كما يستظهر من المقاصد ذلك، فلا مانع فيه إلا أنا أثبتنا سابقاً وجوب الوفاء بالشرط.

وأما ما نقل عن الصيمري في تعيين من يكون له الإجبار في مسألة شرط عتق العبد من أن العمل بالشرط لو كان حقاً لله فيجبر الحاكم مع الإمتناع ولو كان حقاً للبايع فلا يجبره مع الإمتناع بل يفسخ ولو كان حقاً للعبد فعند الإمتناع يرافعه إلى الحاكم ليجبره، فظهر[ت] وجوه الإشكال فيه مما تقدم، وسيأتي التعرض لأصل هذه المسألة في المسائل الآتية.

في أنه ليس للبايع فسخ البيع بامتناع المشتري عن الشرط

قوله: في أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن[1] .. اه.

أقول: لا يخفى عليك أن ما نقله عن الصيمري سابقاً كان صريحاً في جواز الفسخ مع التمكن من الإجبار أيضاً.

نعم، هو يمنع من أصل جواز الإجبار، ولكن كلام التذكرة[2] /٤١٤/ ظاهر في أن له الفسخ مع التمكن من الإجبار بعد الإعتراف بأنه يكون له الإجبار أيضاً.

---

١) كتاب المكاسب ٧١/٦، الثالثة: هل يجوز الفسخ مع التمكن من الإجبار؟

٢) تذكرة الفقهاء ٢٥٢/١٠، حكم ما لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر.

ثم لا يخفىٰ أن مقتضىٰ ما تقدم أن للبايع عند امتناع المشتري عن العمل بالشرط أن يجبره على العمل كما تقدم، وأما أنه يكون له الفسخ قبل الإجبار بمجرد الإمتناع أم لا، فموقوف على ملاحظة ما استدل به لثبوت الخيار هنا، فنقول: يمكن أن يستدل للخيار هنا من وجهين:

الأول ما ذكره المصنف (ره). وحاصله أن الفسخ من البايع عند امتناع المشتري مع العمل على الشرط يرجع إلى التقابل الذي لا إشكال في صحته نظراً إلى أن الشرط ليس من قبيل العوضين ليقال: إن كل واحد ملك ما في يد الآخر وتم العقد فيجبر كل منهما على تسليم ما في يده إلى صاحبه، بل الشرط من قبيل الفعل والإمتناع عن العمل من المشتري نقض للعهد. فإذا فسخ البايع أيضاً يقع التقابل.

وفيه:

أولاً بعد الغمض عن كل شيء أن المشتري نقضه للعهد بالنسبة إلى الشرط، لا بالنسبة إلى أصل المعاملة، والكلام في /٤١٥/ فسخ أصل المعاوضة.

وثانياً لا إجماع على صحة هذا النحو من التقابل. وليس مثله على طبق القاعدة أيضاً لأن الإقالة من العقود وإن لم تكن بيعاً، بل تكون فسخاً إلا أنه في الفسخ تكون الحاجة إلى الصيغة. بل المصنف (ره) في أحكام الرد في البيع الفضولي [نقل] عن بعض دعوى الإتفاق على اعتبار القول في الفسخ.

وفي المسالك[1]: وصيغتها أي الإقالة أن يقول كل منهما «تقايلنا» [أو «تفاسخنا»][2] أو أن يقول أحدهما «أقلتك» فتقبل الآخر وأن يكفي التماس أحدهما عن قبوله.

---

١) مسالك الافهام ٤٣٦/٣ حكم الإ قالة. وانظر الحدائق الناضرة ٩١/٢٠ في استحباب الإ قالة.

٢) الزيادة من المصدر.

في أن الإمتناع عن العمل بالشرط ليس فسخاً للشرط وغيره

وثالثاً مع الغمض عن ذلك كله تحقق عنوان الإقالة يحتاج إلى الإنشاء بوجه ولو بفعل وإلا لا دليل على صحته لا من أدلّة الإقالة ولا ما دل على وجوب الوفاء بالعقد. فمجرد الإمتناع عن العمل بالشرط ليس فسخاً لنفس الشرط فضلاً من أن يكون فسخاً لنفس المعاملة.

الثاني قاعدة الضرر؛ لأنه من الخيارات الغير المنصوصة وجريانها كما تقدم في خيار الغبن موقوف على أن يصير الحكم بلزوم العقد ضررياً حتى يرتفع بقاعدة الضرر، فيثبت الخيار.

ومن الواضح أنه مع إمكان الإجبار بالعمل على الشرط ليس لزوم العقد ضررياً من جهة امتناع المشتري من العمل على الشرط.

ولو كان الإجبار متوقفاً على ورود ضرر على البايع، فهل هو /٤١٦/ ملحق بصورة تعذر الإجبار؟ سيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله تعالى شأنه ـ مع امتناع المشتري عن العمل بالشرط وعدم إمكان اجباره يكون الضرر على البايع في وجوب الوفاء بالعقد، فيرتفع حكم وجوب الوفاء عنه، فيثبت له الخيار.

ولو كان الإجبار موجباً للضرر على البايع أيضاً، فينحصر رفع الضرر عنه برفع وجوب الوفاء بالعقد عنه، فيثبت له الخيار أيضاً.

في ثبوت الخيار عند تعذر الشرط، وحدُّهُ ودليلُه

قوله*: الرابعة: لو تعذر الشرط فليس للمشتري إلا الخيار[1].. اه.

---

*) *أقول هنا كما تقدم نظيره في أول خياري الرؤية والعيب: إن إثبات الخيار في صورة تعذر*

أقول: استدل المصنف (ره) على عدم ثبوت الأرش عند تعذر الشرط بأن المقابلة عرفاً وشرعاً بين الثمن والمثمن، وليس المثمن في مقابل الثمن والشرط معاً. والسرّ فيه ما ذكرناه كراراً من أن الشرط يصير داعياً لزيادة بدل العوض في مقابل العين كما أن الأوصاف أيضاً كذلك وإلا فأصل المقابلة بين العينين وكذلك وصف الصحة، فيكون أخذ الأرش فيما لو كان المبيع معيباً ثابتاً على خلاف القاعدة.

في إبطال إثبات الأرش بمقتضى القاعدة الأولية

أقول: تقدم في خيار العيب وغيره أن شيئاً من الثمن لا يكون مقابلاً لشيء من الشرط والأوصاف، ومجرد صيرورتهما داعيين لبذل شيء من الثمن في مقابل العين لا يقتضي تقسيط الثمن على الوصف والشرط مع أنه لو كان شيئاً من الثمن مقابل الوصف أو الشرط /٤١٧/ فليس مقتضىٰ ذلك ثبوت الأرش عند فقدان الوصف وتعذر الشرط، بل يكون مقتضاه بطلان المعاملة بالنسبة إلى مقدار وقع في مقابل الشرط أو الوصف على القول بصحة تبعيض الصفقة. وعلى القول بعدم الصحة لابدّ من أن يصير البيع باطلاً رأساً، فلا يناسب القول بأنه مخيّر بين الرد

الشرط بقاعدة الضرر منحصر بصورة كان وجوب الوفاء بالعقد حكماً موجباً لورود الضرر على المشتري مثلاً كما إذا فرضنا أن البيع في صورة عمل بالشرط يبذل الناس بإزائه ذلك الثمن دون ما لو لم يكن الشرط في البين.

وأما في صورة فرضنا أن المبيع يكون قيمته السوقية مساوياً للثمن أو أكثر ولو لم يكن الشرط في البين نفي مثل هذا الفرض، ليس وجوب الوفاء بالعقد مع تعذر الشرط حكماً ضررياً لترفعه قاعدة الضرر، فيثبت الخيار.

ويمكن أن يقال: إن تسلم الفقهاء ثبوته في صورة تعذر الشرط أيضاً في الصورة الأولى لأنه الغالب وليس نظرهم إلى الصورة الثانية، بل لا يوجد داعٍ للفسخ فيه غالباً. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ٦/٧٣، الرابعة: حكم تعذر الشرط.

والأرش كما أوضحناه هناك.

نعم، يمكن أن يقال في المقام بثبوت الأرش بالوجه الذي قيل بثبوت الأرش في خيار الغبن. وذلك بأن يقال: إن خيار تعذر الشرط من الخيارات الغير المنصوصة، فيكون الدليل عليه قاعدة الضرر.

وعلى هذا فيدعى أن قاعدة الضرر لايثبت خصوص الخيار، بل الأعم من الخيار والأرش، وذلك لأن الحكم بثبوت الخيار كان مبنيّاً على دعوى أن الحكم بلزوم العقد في صورة تعذر الشرط أو فقدان الوصف /٤١٨/ يكون حكماً ضررياً، فلابدّ أن يكون هذا الحكم مرتفعاً بقاعدة الضرر، فيثبت الخيار بعد أن الدليل على الصحة موجود مع الغمض عن دليل اللزوم، وقاعدة الضرر لا ترفع أصل الصحة.

في إبطال التمسك بقاعدة لا ضرر لإثبات الأرش عند تعذر الشرط وإبطال سائر أدلة الأرش

وعلى هذا نقول: إن هذا الدليل على ثبوت الخيار باطل، بل بقاعدة الضرر يثبت أعمّ من الخيار والأرش. وذلك إما بدعوى أن الحكم الضرري هو وجوب الوفاء بالعقد بدون التدارك بالأرش، وارتفاع هذا الحكم الضرري بأحد الوجهين.

وإما بدعوى أن الحكم بوجوب الوفاء بنفسه ليس بضرري، بل هو بضميمة جريان البراءة من لزوم التدارك بالأرش وقع الضرر برفع أحد الحكمين.

وإما بدعوى أن الحكم بوجوب الوفاء مشروط بتدارك مَن عنده الزيادة /٤١٩/ للزيادة؛ يعني أنه لو بذل المشتري للزيادة إلى البايع فحينئذٍ يجب على البايع الوفاء بالمعاملة. واستفادة هذا الإشتراط يكون من قوله «لا ضرر ولا ضرار»[1].

هذا؛ ولكنا نقول: إن توضيح هذه الوجوه مع بيان فسادها تقدم في خيار الغبن

---

١) الكافي ٢٩٢/٥ ـ ٢٩٦، باب الضرار، ح ٢.

وأثبتنا هناك أن قاعدة الضرر لا تقتضي إلا ثبوت الخيار؛ فراجع.

ثم على القول بثبوت الأرش لو قلنا به بأخذ هذين الوجهين، فيكون مقتضاهما أن يكون مقدار الأرش بمقدار تقدم في خيار العيب، وهو مقدار جزء من الثمن كما هو مقتضىٰ الوجه الأول أو من مطلق مال المشتري كما هو مقتضىٰ الوجه الثاني يكون نسبة ذلك الجزء أو ذلك المال إلى نفس الثمن كنسبة التفاوت بين كون المبيع مع الشرط وبلا شرط.

ومقتضىٰ ذلك أنه لو لم يوجب الشرط تفاوتاً مالياً في المبيع بأن يكون بذل الثمن بإزائه مع الشرط وبلا شرط على حدٍّ سواء، فلا يكون في البين أرش، فيعين خصوص الخيار إلا أن يقال في /٤٢٠/ هذا الفرض: لا دليل على الخيار أيضاً لعدم معلومية الإجماع على ثبوته، ولا تجري قاعدة الضرر أيضاً.

في إبطال استحقاق أجرة الشرط عند تعذره

وأما لو قلنا بثبوت الأرش من جهة أن العمل بالشرط حق للبايع استحقه على المشتري فعند التعذر يستحق أجرة ذلك العمل لو كان له أجرة كما لو كان الشرط خياطة ثوب كما أنه لو كان الشرط صبغ ثوب، فيستحق قيمة الصبغ ولو كان من قبيل مال العبد فسيتحق قيمته عند التعذر.

فيكون مقدار الأرش مخالفاً لمقدار تقدم شرحه كما هو واضح إلّا أن الأرش بهذا المعنى أيضاً لا دليل عليه؛ لأنه في المثالين الأولين كان الدليل لزوم الوفاء بالشرط من الآية والرواية.

فحينئذ لو استفدنا من وجوب الوفاء بالشرط حقاً للبايع يثبت حتى حال تعذر الشرط، فحينئذٍ يجوز التمسك بما دل على عدم بطلان حقوق المسلمين بينهم كما تقدم في فروع خيار الغبن لإثبات الأجرة والقيمة.

ولو تمّ هذا فلا دليل على ثبوت الخيار للبايع لارتفاع الضرر بذلك، ولا دليل على الخيار غير قاعدة الضرر، إلّا أن هذا الوجه فاسد لعدم استفادة حق للبايع /٤٢١/ مما دل على وجوب الوفاء بالشرط حين تعذر الشرط؛ لأن وجوب الوفاء لا يأتي في صورة تعذر الشرط، فكيف يمكن استفادة الحق منه في صورة تعذر الشرط.

والحكم التكليفي وإن كان تبعاً للحكم الوضعي إلّا أن استكشاف الحكم الوضعي من الحكم التكليفي. ويمكن أن يكون مقدار الحكم الوضعي بمقدار الحكم التكليفي، فبعد ذلك لا يمكن استكشاف الحكم الوضعي في مورد ليس الحكم التكليفي هناك كما أوضحنا ذلك في مسألة النهي في العبادات وفي مسألة أصالة الركنية في مسألة البراءة.

في أنه عند تعذر الشرط لم يملك المشروط له أجرته

إن قلت: أي مانع في استصحاب الحق الثابت قبل التعذر.

قلت: قبل التعذر كان حقه نفس العمل بالشرط، وهو صار متعذراً، ويكون المقصود إثبات عوضه، والإستصحاب لا يثبت العوض.

وأما المثال الأخير، فالشرط فيه ليس من الشرط الذي محل الكلام لما تقدم من أن مال العبد من توابع المبيع؛ غاية الأمر أن تبعيته موقوف على الشرط بنفس البيع، ومع الشرط يصير المشتري مالكاً لمال العبد.

فعلى هذا نقول: مقتضىٰ القاعدة الأولية أن يكون ضرره وخسرانه عند التعذر والتلف على المشتري الذي صار مالكاً له /٤٢٢/ ولم يثبت هنا ما يوجب ارتفاع هذه القاعدة الأولية.

نعم، في خصوص عين المبيع ثبت أن تلفه قبل قبضه يكون من مال بايعه وأما

توابع المبيع لم يثبت فيها مثل هذا، كما لا يخفى على المراجع فيما تقدم في أواخر مسألة خيار التأخير وغيرها مما ذكرنا فيه حكم مسألة تلف المبيع قبل القبض.

فيما لو تعذر الشرط وقد خرج العين عن يد المشروط عليه

قوله: الخامسة: لو تعذر الشرط وقد خرج[1].. اه.

أقول: يستفاد حكم هذه المسألة مفصلاً في موضعين من كلامنا فيما تقدم في مسقطات خيار الغبن ومحل ذكر هذه المسألة في أحكام الخيارات التي وضع في كتاب المصنف (ره) بعد أحكام الشروط وإن كان محلها بعد الخيارات وقبل الشروط.

وعلى كل حال، نحن نشير هنا إلى شطر قابل مما ذكرناه هناك، **فنقول**:

أما بقاء الخيار بعد خروج العين عن سلطنة المشروط عليه فلأن متعلق حق الخيار هو العقد ولم يرتفع، فله فسخه.

نعم، في باب المعاطاة يقولون: لم يثبت الخيار، بل لهما ترادّ العينين وهو متعذر بعد /٤٢٣/ تلف العين.

في أن حق الخيار متعلق بالعقد، فلا مانع من النقل

ثم لما يكون متعلق حق الخيار نفس العقد، لا العين، فليس للمشروط له حق على العين قبل الفسخ، فلا مانع من أن يتصرف المشروط عليه قبل الفسخ في ملكه بأن يبيعه وإن قلنا بأنه يشترط في صحة البيع عدم تعلق حق أحد على العوضين كما تقدم عند التعرض لاشتراط الطلقية في المبيع.

---

١) كتاب المكاسب ٧٦/٦، الخامسة: هل خروج العين عن سلطنة المشروط عليه مانع عن الفسخ؟

ثم إذا صار البيع الثاني من المشروط عليه صحيحاً وكان المفروض أن الخيار ثابت للمشروط له بعده فحينئذٍ لو فسخ المشروط له البيع الأول، فليس للمشروط له فسخ البيع الثاني حتى يقع النزاع في أن فسخ البيع الثاني من أصله أو من حينه كما تقدم توضيح وجهه في الموضع المشار إليه.

في أن الفسخ من حينه، لا من أصله وبعض ما يتفرع عليه

نعم، لو كان للمشروط له فسخ البيع الأول الذي كان له الخيار فيه من أصله وفسخ من أصله، /٤٢٤/ فهذا يكشف من أن البيع الثاني كان فاسداً من أصله وأنه صدر من غير أهله إلا أنه لا وجه لأن يكون للمشروط له أن يفسخ البيع الأول من أصله؛ لأن العقد هو العهد والمعاهدة، وما كان من المعاهدة في السابق لا يمكن رفعها، ورفع المعاهدة التي معنى الفسخ بالنسبة إلى الزمان اللاحق أيضاً صادق.

والقول برفع المعاهدة السابقة من أصلها لا حقيقة حتى يقال إنه محال، بل حكمي وهو أمر ممكن، مردود بأنه يحتاج إلى دليل جديد غير مجرد أن له الخيار. وتقدم في الموضع المشار إليه توضيح أنه لا دليل عليه.

ثم إذا فسخ البيع الأول وكان البيع الثاني باقياً بحاله فللمشروط له أن يرجع إلى البدل من المثل أو القيمة كما أوضحناه في الموضع المشار إليه.

في أنه عند تعذر الشرط لو فسخ يرجع إلى البدل لو نقل العين

قوله: هذا كله مع صحة العقد الواقع بأن لا يكون منافياً للوفاء[1] .. اه.

أقول: كون العقد الثاني منافياً لنفس وجوب الوفاء /٤٢٥/ بالشرط إنما هو بأن

---

١) نفس المصدر.

يصير الشرط سبباً لتعلق حق بالعين كما لو كان الشرط وقف المبيع. وهنا يرجّح صحة البيع الثاني مع إذن المشروط له فى البيع أو إجازته للبيع بعده.

وهذا مبني على أن الشرط حق، لا حكم وأن هذا الحق بخصوص المشروط له مطلقاً حتى فيما كان الشرط مما أخذ فيه قصد القربة كالوقف وأنه ليس من حق الله. وهاتان المقدمتان يأتي الكلام فيهما في المسألة السادسة.

ويتوقف صحة كلامه على مقدمة أخرى أيضاً، وهو أن يكون الإذن أو الإجازة من المشروط له إسقاطاً لحقه. ففي الإذن السابق يرتفع الإشكال رأساً وفي الإجازة لابدّ أن يقال بعد صحة الإجازة في الجملة: إنه لا فرق بين الإجازة في المقام وبين الإجازة في البيع الفضولي، وإن كانت الإجازة في باب الفضولي من باب إلحاق الشرط وهو الرضاء بالبيع، وفي المقام من باب رفع المانع كما تعرّضنا له في كتاب الرهن.

وإذا عرفت هذا /٤٢٦/ فنقول: أما المقدمتان الأوليان فسيأتي الكلام فيهما في المسألة السادسة ـ إن شاء الله ـ.

في بيان كون صحة البيع من المشروط عليه متوقفاً على إذن المشروط له

وأما الثالثة وهي كون الإذن والإجارة مسقطان للحق، فقد تقدم الإشكال عليه في أول مسقطات خياري المجلس والشرط وغيرهما.

وحاصله أن الإكتفاء بالإذن والإجازة إنما هو لو قام الدليل على كفاية الرضاء. وأما عنوان الإسقاط فيحتاج إلى الإنشاء بلفظ أو فعل أو إشارة بأن ينشأ سقوط الحق بشيء منها حتى نقول: إن أمر الحق لما كان بيد صاحب الحق فيعدّ عند العرف إسقاطه عهداً، فيشمله ما دل على وجوب الوفاء بالعهد.

وهذا وجه لكون البيع باطلاً ولو مع إذن المشروط له أو إجازته حيث إن حقه المانع عن صحة البيع لم يسقط بمجرد ذلك.

نعم، مقتضىٰ ذلك التفصيل بين صورة أسقط حقه أولاً أو بعد البيع فيصح البيع، وبين صورة لم يسقط الحق فيكون البيع باطلاً.

وأما لو قلنا: إن شرط الوقف ليس بحق أو إنه حق الله ولو كان للمشروط له مدخلية فيه، فيكون مقتضاه بطلان البيع ولو مع إسقاط المشروط له لحقّه /٤٢٧/ أيضاً؛ لأن المفروض أن هذا الحق مانع عن صحة البيع وليس هذا الحق لخصوص المشروط له حتى يسقط بإسقاطه، فيصح البيع.

في أن الحق صحة البيع من المشروط عليه ولو لم يأذن المشروط له

وأما وجه كون البيع صحيحاً على نحو الإطلاق فبأن يثبت أن تعلق مثل هذا الحق بالمبيع ليس مانعاً عن صحة بيعه كما تعرّضنا له عند التعرض لاشتراط الطلقية في المبيع؛ لأن المفروض أن المبيع ملك للمشروط عليه، والبيع عبارة عن مبادلة مال بمال بنقل ملكية كل واحد إلى صاحبه. فمعنى البيع يتحقق؛ غاية الأمر أنه يدعي أن وجوب الوفاء بالشرط ينافي مع صحة البيع ونحن نقول: إن وجوب الوفاء بالشرط ينافي مع لزوم البيع لا مع صحته كما تقدم في مسألة اشتراط الطلقية في المبيع.

وعلى هذا نقول: لو كان دليل صحة البيع منحصراً بما دل على لزومه، فبعد معارضة ما دل على لزوم الوفاء بالشرط مع ما دل على وجوب الوفاء بعقد البيع، لا يبقى لنا دليل على صحة البيع. وأما لو كان للبيع دليل صحة أخرى غير ما دل على لزومه، مثل قوله ﴿أحل الله البيع﴾[1] فلا ينافي وجوب الوفاء بالشرط مع هذا

---

١) البقرة: ٢٧٥.

الدليل على صحة البيع. فحينئذٍ نقول بصحة البيع وإن وجب على المشروط عليه أن يفسخ هذا البيع ويفي بالشرط.

إن قلت: من أين /٤٢٨/ تثبت أن الخيار ثابت للمشروط عليه في البيع الثاني دائماً؟

قلت: له طريقان:

الأول أن نقول: إن الخيار يكون في البيع ثابتاً من أول الأمر من جهة خيار المجلس وبعد انقضاء المجلس وحصول التفرق نشك في بقاء الخيار من جهة وجوب الوفاء بالشرط، فنستصحب الخيار. وتقدم في أوائل الخيارات وأصالة اللزوم أن استصحاب الخيار لا مانع فيه ومقدم على الأصل المقتضي للزوم.

وفيه: أنه بعد تفرق المجلس يكون لنا الدليل الإجتهادي على اللزوم من قوله «**وإذا افترقا وجب البيع**» كما تقدم في أصالة اللزوم والمعاطاة من التمسك بهذا الخبر لإثبات لزوم البيع بعد التفرق إلا أن يقال: إن ما دل على وجوب الوفاء بالشرط كما يكون معارضاً مع ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ كذلك يكون معارضاً مع قوله «**وإذا افترقا وجب البيع**».

الثاني أن نقول: المفروض أن وجوب الوفاء بالشرط منافٍ مع لزوم البيع مطلقاً، والمفروض أن وجوب الوفاء بالشرط ثبت أولاً مطلقاً بلا مانع، وبعد ذلك لا يمضي الشارع ما يوجد مما يكون حكمه منافياً له.

وقد عرفت أن الحكم المنافي له وجوب الوفاء بالبيع ولزومه. وإذا ثبت أن البيع لا يصير لازماً بعد ذلك والمفروض أنه قام الدليل على مجرد صحة البيع من دون لزومه، فنقول: إن نتيجة ذلك صحة البيع وثبوت الخيار له والأمارات يكون مثبتها حجة.

وعلى هذا لو نذر شخص بأن يتصدق عيناً معينةً من أمواله فباعه، يكون صحيحاً، ويكون له الخيار في فسخ البيع ويجب عليه الفسخ والتصديق بها. وما

ذكره المصنف (ره) في أوائل ما كتبه في كتاب الزكاة[١] من أن وجوب الوفاء بالنذر /٤٢٩/ يشمل لما بعد زمان تحقق البيع وذلك يقتضي بطلانه، فعرفت فساده لأن صحة البيع غير منافٍ لوجوب الوفاء بالنذر حتى يرفع صحته.

في أنه يكون للمشروط له أو عليه فسخ ما صدر من العقود عن المشروط عليه وغير ذلك مما يتعلق به

قوله: كان للمشروط له فسخه[٢].. اه.

أقول: لما كان مذهب المصنف (ره) في مفروض المقام أن صحة البيع يتوقف على إجازة المشروط له فإطلاق الفسخ منه ينافيه مسامحة؛ لأن الفسخ إنما يتعلق بالبيع الصحيح، وفيما نحن فيه تتوقف تمامية البيع على الإجازة، فالمراد من الفسخ الرد.

قوله: نعم، لو لم نقل بإجبار المشروط عليه[٣].. اه.

أقول: لا نرى مدخلية للقول بإجبار المشروط عليه بالعمل بالشرط وعدمه في المقام؛ لأن الإشكال في صحة البيع من المشروط عليه كان من جهة أن الشرط أحدث حقاً في المبيع، ويكون بيعه منافياً لوجوب الوفاء بالشرط. وهنا اختار المصنف (ره) أن صحة البيع من المشروط عليه يتوقف على إذن المشروط له أو إجازته. ومجرد القول بأنه ليس للمشروط له إجبار المشروط عليه، لا يرفع الوجه الذي ذكر لتوقف صحة البيع من المشروط عليه على إذن المشروط له أو إجازته.

---

١) أنظر: كتاب الزكاة: ٥٨، سقوط الزكاة في النذر المنجّز المطلق.

٢) كتاب المكاسب ٧٦/٦، لو كان العقد المخرج للعين منافياً للشرط.

٣) كتاب المكاسب ٧٧/٦، لو كان العقد المخرج للعين منافياً للشرط.

والذي يناسب لتفريع ما ذكره بعد ذلك أن يقول:

نعم، لو لم نقل بتوقف صحة التصرف في البيع من المشروط عليه على إذن المشروط له وإنما يكون للمشروط له في صورة تصرف المشروط عليه في المبيع وامتنع عن العمل بالشرط خيار الفسخ بأن يفسخ البيع الأول، فحينئذٍ لو فسخ المشروط له البيع الأول فيأتي الكلام /٤٣٠/ في أن هذا الفسخ أي شيء يقتضي. وهنا نقول:

في بيان عدم مناسبة بعض ما قاله المصنف في المقام

بالنسبة إلى اقتضاء فسخ المشروط له للبيع الأول وأنه يكشف عن فساد العقد الثاني أم لا بل يرجع المشروط له إلى القيمة أو غير ذلك، تقدم الكلام قُبيل ذلك في أول المسألة الخامسة. والقول بأن العقد الثاني ينفسخ من أصله أو حينه، غير مناسب هنا، بل ذلك يناسب في البيع الأول وتقدم الحق فيه واقتضاؤه أيضاً كما أن الكلام في صحة البيع الثاني من جهة أن الشرط اقتضى حقاً في المبيع وأنه هل يقتضي هذا الشرط فساد البيع الثاني أم لا أو يكون التفصيل في المسألة، تقدم قُبيل ذلك أو عرفت أن تمكن المشروط له من الإجبار وعدمه لا يختلف حكم المسألة.

نعم، مقتضىٰ ما تقدم أنه لو كان تصرف المشروط عليه من التصرف الذي لا يقبل لتعلق الخيار به كالعتق حيث إن الحرّ لا ينقلب رقاً أو كان دليل صحته منحصراً بما دل على لزومه فيكون أصل تصرف المشروط عليه فاسداً.

نعم، نقل المصنف (ره) هنا تفصيلاً آخر غير ما تقدم نقله.

فعن التذكرة[1] والروضة[2] في صورة كان البيع أولاً هو بيعه بشرط عتقه أي

---

١) تذكرة الفقهاء ٢٧١/١٠، تناول شرط العتق للعتق المجاني.

٢) أنظر: الروضة البهية ٥٠٦/٣.

مجاناً، فحينئذٍ لو تصرف المشروط عليه فيه فإن كان تصرفه بعتقه بشرط الخدمة فيكون المشروط له مخيّراً بين إمضاء البيع الأول أو فسخه، وعلى الفسخ لا يبطل العتق من جهة التغليب التي يكون في العتق، بل يرجع إلى قيمة العبد.

وأما لو كان تصرف المشروط عليه غير العتق من البيع أو الوقف أو غيرهما، فحينئذٍ لو فسخ المشروط له للبيع الأول /٤٣١/ فيبطل نفس العقود الواقعة على المبيع من المشروط عليه.

في نقل كلمات بعض في مسألة التخلف عن الشرط

وعن الدروس[١]: أن للبايع المشروط له فسخ العقود الواقعة من المشروط عليه على المبيع.

وعن جامع المقاصد[٢]: أن المشتري المشروط عليه ممنوع من كل تصرف ينافي العتق المشترط.

ونحن نقول: ظاهر كلام جامع المقاصد أن كل عقد صدر من المشروط عليه غير نفس العتق المشترط، يكون باطلاً. وهذا مبني على كون صحة تلك العقود منافياً لوجوب الوفاء بالشرط.

وقد عرفت فساده.

ويحتمل أن يكون مراده ما ذكرناه من أن كل عقد ليس فيه الخيار أو يكون دليل صحته منحصراً بما دل على لزومه، يكون فاسداً دون غيره، وفي غيره يصح ويكون الخيار للمشروط عليه.

وأما الدروس لمّا ادعى أن للبايع فسخ العقود التي أوقعها المشروط عليه وكون

---

١) الدروس ٢١٦/٣، في الشرط.

٢) جامع المقاصد ٤٢٦/٤، حكم ما لو شرط كون الأمة أو الدابة حاملاً.

الخيار في تلك العقود للبايع لا ينطبق على القاعدة، فلابدّ أن يكون مراده من الفسخ ردّ تلك العقود لتوقف صحتها على إذن البايع أو إجازته كما اختاره المصنف (ره)، فلذا قال المصنف[1] (ره): إن ظاهره ما اخترناه.

في توضيح كلمات بعضٍ وتطبيقها مع القواعد

ويمكن أن ينطبق كلامه مع ما قلناه من أن صحة تلك العقود لا تنافي وجوب الوفاء بالشرط، بل لزومه فيثبت الخيار.

نعم، نحن قلنا بثبوت الخيار للمشروط /٤٣٢/ عليه وهو يدعي الخيار للمشروط له وهو البايع. وأحد الوجهين اللذين قلنا لثبوت الخيار لا يأبى عما ذكره أيضاً؛ فتأمل.

وأما كلام التذكرة[2]، فما قاله من صحة عتق العبد بشرط الخدمة فعكس ما اخترناه، حيث إن العتق لا يجري فيه الخيار، فينافي مع وجوب الوفاء بالشرط.

نعم، يجوز أن يقال: إن اشتراط الخدمة منافٍ للشرط، لا نفس العتق، فيصح العتق ويبطل الشرط كما في كل شرط فاسد على المختار.

وأما ما قاله في غير العتق من أنه إذا فسخ المشروط له للبيع الأول، فتبطل[3] تلك العقود، فهو وإن كان في الجملة موافقاً لنا من صحة تلك العقود أولاً، إلّا أن بطلانها بفسخ البيع الأول مبني على أن يكون فسخ البيع الأول من أصله. وقد عرفت فساده.

---

١) كتاب المكاسب ٦/٧٧ ـ ٧٨، إذا فسخ المشروط له ذلك العقد.

٢) تذكرة الفقهاء ١٠/٢٧٠، تناول شرط العتق للعتق المجاني.

٣) في الأصل المخطوط: فيبطل.

[سقوط خيار تخلف الشرط بالتصرف في العين]

قوله: ثمّ إن هذا الخيار[١] .. اه.

أقول: الخيار الثابت للمشروط له بعد تعذر الشرط أو الإمتناع منه سقوطه بأحد العوضين لا وجه له، فكذا بمطلق التصرف من المشروط له في الثمن. وأما التصرف الكاشف عن الرضاء بالبيع فاستدلّ لمسقطيته بقوله عليه السلام «**فذلك رضىً منه**»[٢] الوارد في بعض أخبار خيار الحيوان.

وتقدم في خيار الغبن /٤٣٣/ وغيره: أنا منعنا صحة التمسك بهذا التعليل في غير خيار المجلس والحيوان.

نعم، الخيار الثابت في المقام يكون بقاعدة الضرر نظير خيار الغبن، ونحن أثبتنا في خيار الغبن أن كل تصرف لذي الخيار ليس مسقطاً لخياره، بل ما قصد وأنشأ سقوط خياره به، ومجرد التصرف والرضاء غير كافيين.

في مسقطات خيار تعذر الشرط أو الإمتناع منه

قوله: السادسة: للمشروط له إسقاط شرطه[٣] .. اه.

أقول: أما ما كان من قبيل اشتراط حمل الدابّة ومال العبد فتقدم عند التعرض لحكم الشرط الصحيح أنه خارج عن الشرط المتنازع فيه وأنه من توابع المبيع، وأن التوابع تارة يكون تبعها على نحو الإطلاق كالحريم وغيره وتارة تكون موقوفة على الإشتراط، وبعد الإشتراط تكون تبعاً للمبيع في انتقال ملكيتها إلى المشتري.

---

١) كتاب المكاسب ٧٨/٦، هل يسقط خيار تخلف الشرط بالتصرف في العين؟

٢) الكافي ١٦٩/٥، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٢.

٣) كتاب المكاسب ٧٩/٦، السادسة: للمشروط له إسقاط شرطه.

وبعد صيرورته ملكاً له يكون انتقاله عن المشتري بإحدى الأسباب الموجبة لنقل الملك وليس الإسقاط مؤثراً فيه.

وكذلك ما كان من قبيل شرط الغاية صورة تقدم أنه كان صحيحاً كاشتراط ملكية عين، فإنه أيضاً ليس من قبيل /٤٣٤/ الحق ليسقط بالإسقاط.

في أن للمشترط له إسقاط شرطه من غير فرق بين أن يكون الشرط من قبيل عتق العبد أو غيره

وأما ما كان من قبيل شرط الفعل وهو الذي كان محل الكلام، فظاهرهم التسلم على أنه يسقط بالإسقاط، إلا أنه استثنى بعضهم عن ذلك ما كان حقاً لغير المشروط له. ومثّلوا له باشتراط عتق العبد إما لتعلق حق العبد بهذا الشرط أو لتعلق حق الله به، فلا ينفع إسقاط المشروط له في سقوطه.

ولا يخفىٰ أن دعوى تعليق حق العبد به ليس من جهة أن الشارع جعل سلطنته للعبد فيه ليقال: إنه لا دليل عليه، وإن تفرّع عليه بعض: أن للعبد إسقاطه، بل لانتفاع العبد به.

وعلى هذا، فعلى القائل به أن يلتزم بعدم مسقطية إسقاط المشروط له في كل شرط يكون فيه انتفاع للغير كاشتراط بيع المبيع بأجنبي بأقل من ثمن المثل إلى غير ذلك، كما أن دعوى تعلق حق الله به ليس من جهة تعلق وجوب الوفاء من الشرع به ليقال: إنه مشترك في تمام الشروط، بل من جهة أخذ القربة في المشروط له وكونه /٤٣٥/ محبوباً لله.

فعلى القائل بذلك أن يلتزم بعدم مسقطية إسقاط المشروط له في كل شرط يكون المشروط محبوباً لله وأخذ فيه قصد القربة كاشتراط التصدق. والمصنف (ره) يورد عليهم:

تارة بالنقض بما لو اشترط بيع المبيع بأجنبي بأقل من ثمن المثل أو أن يتصدق المبيع على أجنبي.

أقول: لعلّهم يلتزمون بعدم سقوط أمثال ذلك أيضاً بإسقاط المشروط له، لأن مجرد عدم تعرّضهم لأمثال ذلك ليس شاهداً على أنهم لا يلتزمون فيها أيضاً بذلك.

وتارة بالحلّ من أن وجوب الوفاء بالشرط ليس إلا من جهة كون الشرط شرطاً للمشروط له وقيام بحقه، يعني أن وجوب الوفاء بالشرط من جهة وجوب أداء حق المشروط له؛ لأن الشرط اقتضى حقاً له.

ونحن نقول في مورد يكون محل الكلام من أنه يكون للمشروط له إسقاط الشرط أم لا، ليس منشأ النزاع أن الشرط حكم أو حق، بل منشأ النزاع أن الشرط حق خاص بالمشروط له حتى يسقط بإسقاطه.

وعلى هذا فنحن نتعرض لحال أصل الشرط.

ووجه تسلم أنه يسقط بإسقاط المشروط له في الجملة حتى يعلم في ضمنه حال التفصيل الذي ذكره بعض أيضاً، فنقول /٤٣٦/ على الميزان الذي تقدم منّا في مسقطات خيار المجلس في مقام الفرق بين الحق والحكم وأن الحق مقتضى القاعدة سقوطه بالإسقاط أن أنشأ الإسقاط بقوله «أسقطت فلاناً» يسمّى عهداً على الإسقاط ويكون مقتضاه السقوط إلّا أن مجرد ذلك لا يكفي إلا في صورة يسمّى ذلك عهداً عند العرف أيضاً حتى يشمله قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾[1]، فيقتضي ذلك صحته على التحقيق من أن العقد يشمل الإيقاعات أيضاً كما ذكرناه هناك.

---

١) المائدة: ١.

في الإشارة إلى بيان الفرق بين الحكم والحق وأن الشرط من الثاني وأن مقتضى القاعدة سقوطه بالإسقاط

وإذا عرفت ذلك **فنقول**: إن ما لم يكن أمره بيد الشخص، لا يسمّى عهده فيه بالإسقاط أو غيره عهداً في نظر العرف. ومن هذا القبيل نفس الحكم الشرعي التكليفي. وهذا بخلاف ما لو أعطى الشارع نفس ذلك الشيء إلى الشخص، فيترتب عليه جواز التصرف.

فعهد ذلك الشخص في ذلك الشيء يعدّ عهداً في نظر العرف، فيشمله قوله تعالى ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾، فيقتضي ذلك صحته.

والأول من قبيل الحكم التكليفي كما لو جوّز الشارع لشخص أن يتصرف في عين، والثاني من الحكم الوضعي الذي صحّحنا مجعوليته /٤٣٧/ في بعض الموارد.

وذلك كما لو أعطى الشارع ذلك العين إلى ذلك الشخص فيترتب الحكم التكليفي، وهو جواز التصرف عليه.

والفرق بين الحكم الوضعي والتكليفي بالإعتبار المشار إليه أو شبه ذلك الإعتبار على ما حقّقناه في محله في مورد اعترفنا بمجعولية الحكم الوضعي.

وإذا عرفت ذلك **فنقول**: إن الأمر بوجوب الوفاء بالشرط في المقام ليس من قبيل الحكم التكليفي التعبدي الصرف، بل مرجعه إلى إمضاء ما وقع عليه العهد والإلزام بعدم التخلف عن ذلك العهد، ولذلك لو كان مفاد العهد والعقد ملكية عين أو منفعة أو يوجب حدوث حق، فالأمر بالوفاء أيضاً مقتضاه تحقق ما جعل في ذلك العهد.

وعلى هذا نقول في المقام ـ حيث شرط ايجاد فعل على المشروط عليه ـ : إن

المجعول بين المشروط له والمشروط عليه عمل للمشروط له بحيث أخذ في نظرهما أن للمشروط له مطالبته من المشروط عليه كما أن للمشروط له رفع اليد عنه.

ومنه نرىٰ أنه في صورة وقع مثل هذا /٤٣٨/ الشرط ممن نظره ليس إلى حكم الشرع أيضاً أنه يصح عنده مطالبة المشروط له من المشروط عليه العملَ بالشرط كما أن المشروط له لو أسقط حقه، فيعذرون المشروط عليه عن العمل بالشرط.

وإذا عرفت ذلك، **فنقول**: قد عرفت أن الأمر بوجوب الوفاء بالشرط نتيجة تحقق عين ما جعلاه والمفروض أن المجعول من قبيل الحكم الوضعي الذي يكون أمره بيد المشروط له، فعلى هذا لو أنشأ إسقاطه فيصير عهداً عرفاً، فيشمله ما دل على وجوب الوفاء بالعهد وينتج ذلك صحة الإسقاط.

والذي ذكرناه لا يفرق بين صورة ينتفع الغير المشروط له أيضاً بالشرط أو كان المشروط محبوباً لله أم لا.

ومما ذكرنا ظهر بطلان التفصيل الذي ذكره في التذكرة[١] والدروس[٢] وغيرهما.

في أن للمشروط له إسقاط حقه من المشترط

قوله: السابعة: قد عرفت أن الشرط[٣].. اه.

أقول: في شرط الفعل الذي كان محل الكلام إذا تعذر ليس أرش لعدم دليل خاص عليه كما في تخلف وصف الصحة كما تقدم في خيار العيب وليس على طبق القاعدة أيضاً على التحقيق من أنه ليس للشرط قسط من الثمن كما مرّ كراراً،

---

١) تذكرة الفقهاء ٢٦٦/١٠، إجتماع الحقوق في العتق المشروط.

٢) الدروس ٢١٦/٣، في الشرط.

٣) كتاب المكاسب ٨١/٦، السابعة: الشرط لا يقسط عليه الثمن.

لأن ما يقع في العقد في مقابل الثمن نفس المبيع.

نعم، الإلتزام بالشرط في ضمن العقد يصير داعياً لزيادة بذل الثمن بإزاء نفس /٤٣٩/ المبيع، لا أن تكون[١] تلك الزيادة بإزاء الشرط. وعلى هذا فعلى التحقيق من انحلال العقد إلى عقود متعددة لو وجد مانع في جزء من المبيع يرجع ما وقع بازائه من الثمن بعد تقسيط أجزاء الثمن على أجزاء البيع الذي كان في مقابله.

وهذا بخلاف الشرط؛ فإنه لو فسد لم يرجع جزء من الثمن لعدم وقوعه في مقابله، بل كان داعياً ولا يقسط الثمن عليه كسائر ما يصير داعياً لزيادة بذل الثمن في مقابل المبيع.

في أن تعذر الشرط لا يوجب الأرش

قوله: ولكن قد يكون الشرط تضمن[٢].. اه.

أقول: في صورة باع مثلاً أرضاً وشرط أن يكون مأة زرع، فظهر أنه كان أنقص، نحن: تارة نتكلم في الفروض المحتملة لهذة المسألة.

وتارة في أن ما نحن فيه من أي واحد منها.

وتارة في الجواب عن الوجوه التي تقتضي خلاف ما نختاره.

في الصور التي تفرض فيما لو شرط مقداراً أو ظهر النقصان وحكم كلّ واحد من تلك الفروض

أما الأول فنقول: كما تقدم في مسألة خيار الرؤية، إن للمسألة صور[اً]:

---

١) في المخطوطة: يكون.

٢) كتاب المكاسب ٨١/٦، إذا كان الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة.

منها أن يكون المبيع العين الشخصية التي كانت أنقص مما شرط ولم يكن إنشاء البيع معلّقاً على ذلك الشرط.

وفي هذا الفرض لا يمكن أن يكون الشرط بمعنى الإلزام والإلتزام؛ لأنه لابدّ أن يكون متعلقهما الفعل أو الترك حتى يكون مقدوراً. وفيما نحن فيه لو كان تلك الأرض الخاصة أنقص من مأة زرع، فلا يمكن صيرورته مأة، ففي هذا الفرض لابدّ من أن يقال: إن الشرط إخبار[ه] عن مقدار البيع الشخصي فظهر كذبه.

وتقدم أن الشرط يستعمل في الإخبار عن خصوصيات البيع وصفاته، وفي هذا الفرض نقول: إن الثمن وقع بإزاء العين الشخصية التي كانت مشاراً إليها؛ غاية الأمر أن اعتقاد أنها مأة زرع صار داعياً لبذل الثمن المعين بإزاء تلك العين، فلا يقسط الثمن على الشرط لعدم وقوع المقابلة بين الثمن وبين الشرط، بل اعتقاد تحقق الشرط صار داعياً لجعل المقابلة بين الثمن والعين الشخصية.

إن قلت: إن غاية الأمر أنك قلت: إن الشرط هنا إخبار عن مقدار المبيع إلّا أن ذلك لا يقتضي عدم تقسيط الثمن على الشرط كما سيأتي بُعيد ذلك عن المصنف (ره) فيما لو أخبر البايع بوزن المبيع المعين فباعه اعتماداً على إخباره.

قلت: عرفت أن مقتضىٰ القاعدة عدم ثبوت الأرش. وعلى هذا نمنع الأرش في هذا المثال أيضاً، وليس الأرش فيه مسلماً، بل الأكثر ظاهراً على عدم ثبوت الأرش فيه أيضاً كما يظهر مما نقله المصنف (ره) في شرايط المبيع عند التعرض لجواز الإعتماد بإخبار البايع عن وزن المبيع وكيله؛ فإنه عند ظهور التخلف /٤٤١/ ونقصانه عن مقدار أخبره، ظاهر الأكثر ثبوت الخيار فقط.

ومنها أن يكون المبيع العين الشخصية أيضاً إلا أنه علّق إنشاء البيع على الشرط فظهر تخلف الشرط وهنا يكون البيع باطلاً ولو على القول بصحة التعليق في الإنشاء؛ لأن إنشاء البيع والرضاء كان في فرض لم يكن تحقق لذلك الفرض لأن الإنشاء الذي مدلول الكلام وإن لم ينفكّ عنه إلا أنه بمنزلة المرآة لما ينشأه وما

يقصد حصوله وما قصد حصوله كان على فرض لم يكن لتلك الفرض وجود، فليس في البين إنشاء ولا رضاء كما سيوضح ذلك عند التعرض لحكم الشرط الفاسد.

ومنها أن يكون المبيع كلياً كمأة منّ من الحنطة على الذمّة وكان لفظ الشرط بياناً لمقدار المبيع الكلي، ولا إشكال في صحته.

وهنا لو أدى أنقص من ذلك المقدار، لم يبرء ذمّته، بل لابدّ من أن يؤدي إلى أن يصل إلى ذلك المقدار.

ومما ذكرنا ظهر أنه لا يثبت الأرش في شيء من فروض المسألة.

وأما الثاني فنقول:

أولاً لا يخفى أنه في صورة كانت عيناً شخصية وشرا لها البايع ويقول: /٤٤٢/ بعت هذا، فالظاهر أن المبيع العين الشخصية، ومجرد أنه يشترط فيه أمراً ينكشف أنه لم يكن فيه، لا يوجب لصرف هذا الظهور بأن يقال: إن المبيع كان كلياً.

وهذا ما أشار إليه المحقق الثاني من أن الإشارة مقدم على الوصف.

وأما ظهور الكلام في أن الإنشاء كان معلقاً على الشرط أم لا، بعد أن المبيع هو العين الشخصية، فنقول: إن التعبيرات لبيان الشرط مختلفة وليس مجال التفصيل.

وأما الثالث فنتعرض له في ضمن الحواشي الآتية.

[ملاحظة جانب القيدية أو الجزئية]

قوله: لا يوجب عدم تقسيط الثمن عليه[1] .. اه.

أقول: قد تقدم أنه لا يقسط الثمن عليه وأنه على طبق القاعدة، بل قول الأكثر أيضاً.

---

١) كتاب المكاسب ٨٢/٦، هل يلاحظ جانب القيدية أو الجزئية.

في أنه لو أخبر بوزن المبيع أو اشترط فظهر النقصان، يكون الخيار للمشتري دون إرجاع مازاد من الثمن

قوله: كما لو كالا طعاماً[1] .. اه.

أقول: ثبوت الأرش هنا أيضاً غير مسلَّم، وحاله كحال الإخبار عن الوزن الذي تقدم الكلام فيه؛ فراجع إلى الموضع المشار إليه.

وأما دعواه أن العرف يفهم مقابلة الثمن لمجموع المقدار المعين المشترط هنا، ففيه: أن البيع لم يكن كلياً والعين الشخصية لم تكن بتلك المقدار، فكيف يفهم العرف أن المبيع هو ذلك المقدار مع أنه لو قال العرف بذلك فيكون ذلك /٤٤٣/ خطأ غير متّبع من أهل العرف، بل أهل العرف أيضاً لا يقولون؛ لأن وقوع شيء بإزاء شيء ومقابلته له الذي هو مفاد البيع إنما يصح في نظر العرف أيضاً بين الموجودين، لا موجود ومعدوم؛ غاية الأمر أن الموجود أعم من أن يكون وجوده خارجياً كالأعيان الخارجيه أو اعتبارياً مثل ما يجعلونه في الذمة، فإنه فى نظر العرف والعقلاء يترتب على ما في الذمة آثار العين الخارجية، فكانت ذمته بمنزلة صندوق وضع فيه مال الغير.

وفيما نحن فيه يكون المفروض أن المقدار الناقص ليس في الذمة وليس موجوداً خارجياً، فلم يبقَ إلّا أن تخيل أن هذا الموجود بهذا المقدار صار داعياً لبذل الثمن بإزاء نفس العين الموجودة.

وأما التمسك لإثبات رجوع ما قابل الجزء الناقص من الثمن في متساوي الأجزاء الذي تساوت قيمة أجزاء النوع منه أي الأجزاء الخارجية بفحوى خبر إبن حنظلة التي وردت في مختلف الأجزاء التي تختلف كثيراً، بل غالباً قيمة أجزائه

---

١) كتاب المكاسب ٨٣/٦، فروع المسألة: الأول: تبين النقص في متساوي الأجزاء.

الخارجية، فسيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله تعالى شأنه العزيز ـ.

في أنه لو تبين نقصان المبيع لم يرجع شيء من اليمين إذا كان المبيع جزئياً، لكن يكون الخيار

/ ٤٤٤ / قوله: الثاني: تبين النقص في مختلف الأجزاء، والأقوى فيه ما ذكر من التقسيط[1] .. اه.

أقول: أما التمسك للتقسيط بأنه على طبق القاعدة، فقد عرفت فساده في متساوي الأجزاء، بل أمر التقسيط هنا أصعب من جهة أن مختلف الأجزاء لا يلزم تساوي قيمة أجزائه، فبأي مقدار يفرض ما يساوي الجزء المعدوم كما سيأتي الكلام فيه.

وأما التمسك له بخبر إبن حنظلة فلا نناقش عليه بأنه مشتمل على ما لا نقول به ومخالف للقواعد حيث رجّحنا، حيث رجّحنا حجية الخبر الذي يكون مشتملاً على أشباه ذلك مما لا يعمل به، بل نقول بعدم اعتبار سنده حيث لم يقم حجة على وثاقة عمر بن حنظلة[2]، بل يلوح من جامع المقاصد[3] أن في السند من يكون

---

١) كتاب المكاسب ٨٣/٦، الثاني: تبين النقص في مختلف الأجزاء.

٢) من لا يحضره الفقيه ٢٣٩/٣، باب بيع الكلاء والزرع والأشجار والأرضين والقنى والشرب والعقار، ح ٣٨٧٥، والرواية هي: «روي عن عمر بن حنظلة عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل باع أرضاً على أن فيها عشرة أجربة، فاشترى المشتري ذلك منه بحدوده ونقد الثمن وأوقع صفقة البيع وافترقا.

فإذا مسح الأرض إذاً هي خمسة أجربة.

قال: إن شاء استرجع فضل ماله وأخذ الأرض وإن شاء رد البيع وأخذ ماله كلّه إلا أن تكون إلى حد تلك الأرض له أيضاً أرضون فيوفيه ويكون البيع لازماً له والوفاء له بتمام المبيع فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع فإن شاء المشتري أخذ الأرض واسترجع فضل ماله وإن شاء رد وأخذ المال كلّه.

مجهولاً حاله أيضاً.

هذا، مع أنه يختصّ بخصوص الأرض، والتعدي عنه بغيرها من مختلف الأجزاء أو متساوي الأجزاء موقوف على القطع بعدم الفرق.

قوله: مع عدم إمكان العلم به عند الحاجة[1].

أقول: تقريب أصل الإشكال أن خمسة أجربة يكون المفروض انه ليس لها وجود في الخارج ليعين ما يقع بإزائها من الثمن. والوجود الفرضي أيضاً لم ينفع في ذلك؛ لأن المفروض أن الأرض مختلفة الأجزاء، يعني تتفاوت[2] قيمة أجزائها ولا وجه لفرض أرض تكون قيمتها مقداراً معيناً.

ففي الحقيقة ليس في البين واقع ليعيّن عند الحاجة حدّها، كما أنه في بدو الأمر أيضاً ليس له /٤٤٥/ تعيّن واقعاً.

وملخّص جوابه (ره) عن الإشكال أن ما قصد وقوعه* بإزاء الجزء الناقص من الثمن يقع مقابلاً له كما لو اشترى منّاً من الخلّ ومنّاً من الخمر بزعم أنه خلّ، فيفرض الخمر خلاً حيث قصد وقوع ما يوازي من الثمن منّاً من الخلّ في مقابل هذا الخمر.

ففي المقام أيضاً زعم أن هذه القطعة من الأرض عشرة أجربة، فلابدّ أن يفرض كل جزء منها مضاعفاً لو اختلفت قيمة أجزائها، وإلا يمكن أن يفرض بنحوٍ آخر

---

٣) جامع المقاصد ٤٢٩/٤، حكم ما لو تبين المباع زائداً أو ناقصاً.

١) كتاب المكاسب ٨٦/٦، الثاني: تبين النقص في مختلف الأجزاء.

٢) في المخطوطة: يتفاوت.

*) ***يعني أن المدار على قصد وقوع الثمن في مقابل شيء وأنه أي مقدار من الثمن قصد وقوعه في مقابل ذلك الشيء. ومنه صرح بعض بأنه لو اشترى الخلّ والخمر بزعم أن الخمر أيضاً خلّ، فيفرض الخمر خلاً لأنه قصد وقوع مقدار من الثمن في مقابل ذلك الخمر وذلك المقدار بمقدار ما لو كان خلاً. (منه قدس سره).***

أيضاً كما يفرض ثلاثة من الخمسة ثمانية.. إلى غير ذلك.

[تبيّن الزيادة في متساوي الأجزاء]

قوله: الثالث: أن تتبين الزيادة عما شرط على البايع.. إلى قوله: لا بشرط عدم الزيادة[1].. اه.

أقول: لو فرض جهلهما بوزن المبيع فيبطل البيع للغرر. ولو فرض أن البايع عالم بأن وزن المبيع مأة منّ ويشترط بلوغه بهذا المقدار ولو لا بشرط عدم الزيادة إلّا أن بناء البيع على المأة وكان عالماً بأنه لا يزيد عن ذلك، فكشف الزيادة عن ذلك، فمقتضى قاعدة الضرر ثبوت الخيار للبايع لعدم تحقق إقدام من البايع على ورود الضرر عليه بعد علمه على عدم الزيادة وكون البيع مبنياً عليه؛ لأن مجرد عنوان لا بشرط الزيادة لا يوجب الإقدام منه على الضرر حتى لا يرفعه قاعدة الضرر ولو كان لا بشرط مراده حقيقة بأن يكون جاهلاً بمقدار المبيع، فيبطل البيع.

في أنه لو بان زيادة المبيع عما شرط يكون الخيار للبايع وليس له أخذ الزيادة في المبيع الجزئي

قوله: شرط عرفاً وليس بمنزلة الإستثناء[2].. اه.

أقول: لا يخفىٰ أن المصنف (ره) دعواه هنا عكس /٤٤٦/ ما اختاره في صورة انكشاف نقصان المبيع، ونحن قلنا في المقامين: إن العلم بأن المبيع مقداره فلان، صار منشأً لجعل الثمن بإزائه وقبول ذلك من المشتري. فالثمن بإزاء نفس العين الشخصية زائداً كان عما اشترط أو ناقصاً وتخلف الداعي لا يوجب إلا الخيار من

---

١) كتاب المكاسب ٨٧/٦، الثالث: تبين الزيادة في متساوي الأجزاء.

٢) كتاب المكاسب ٨٧/٦، حكم الزيادة.

جهة الضرر في المقام.

وأما لو قلنا: إن الثمن يقع بإزاء ما شرط، فلا فرق بين المقامين لوضوح أن قوله «بعت هذا بهذا بشرط أن يكون مقداره فلان» لا فرق فيه بين المقامين، بل من يقول في صورة النقيصة يقع في مقابل المبيع مقداراً من الثمن وإن باقي الثمن يقع في مقابل المعدوم مع أن فيه الإشكال العقلي، فبطريق أولى لابدّ أن يقول: إن الثمن يقع في مقابل جزء من المبيع المشار إليه لعدم الإشكال العقلي فيه، وملاحظة المقصود بلحاظ الشرط أيضاً مشترك بينهما.

وأما اعترافه بما اخترناه من اقتضاء القاعدة وإثبات مدّعاه في طرف النقيصة بالنص فمردود بأن النص لو عمل به ففي خصوص الأرض ولو تعدى عنها بتنقيح المناط فيجري في المقام أيضاً بعد اقتضاء القاعدة في المقامين عدم الإختلاف بما ذكره.

[حكم الشرط الفاسد]

قوله: القول في حكم الشرط الفاسد[1] .. اه.

أقول: يدّعي المصنف أن الشرط الفاسد لو لم يكن مفسداً /٤٤٧/ لأصل البيع يستحب الوفاء به ويكون مراده في صورة لم يكن فساده لكونه محرماً أو غير مقدور وشبه ذلك، بل كان فساده مثلاً من جهة كونه محرماً لحلال كشرط أن لا يطلق لو قلنا إنه محرِّم للحلال كما تقدم تفصيل الكلام فيه.

والدليل على استحباب الوفاء به إندراجه تحت عنوان الوعد.

إن قلت: إن هذا يقتضي استحباب الوفاء على القول بكون الشرط الفاسد مفسداً أيضاً.

قلت: قد تقدم في أول باب الشروط أن الشرط هو الإلتزام التابع خلافاً

---

١) كتاب المكاسب ٨٩/٦، مسألة في حكم الشرط الفاسد.

للمصنف (ره) في بعض كلماته. وعلى هذا فهنا التزامه كان تابعاً لبقاء العقد، فمع ارتفاع العقد من البين ليس له التزام ليقال إنه يصدق عليه الوعد.

وأما الكلام في أن الشرط الفاسد مفسد أم لا، فنقول: صيرورته موجباً لفساد البيع الذي كان ذلك الشرط فيه موقوفاً على أن يوجب فساد الشرط لاختلال شرط من شروط صحة البيع، إلا أن من يدعي أن الشرط الفاسد مفسد يكون مدّعاه أن الشرط الفاسد مطلقاً بأي وجه كان فساده لا ينفك عن اختلال ما هو شرط لصحة البيع.

وأما من يدعي أن الشرط الفاسد ليس مفسداً، فيكون مدّعاه منع هذه الملازمة، ولكنه ليس منكراً لاقتضاء بعض الشروط الفاسدة لاختلال شرط من شروط صحة البيع، فمثل ذلك الشرط الفاسد /٤٤٨/ يكون مفسداً. فهنا مقامان:

فيما يدعى من الشروط الفاسدة كونها بالخصوص مفسدة

الأول في بيان الشروط الفاسدة التي يدعى أنها بالخصوص مفسد[ة] لصيرورتها موجبة لاختلال شرط من شروط صحة البيع مع غمض العين عن ثبوت الملازمة الكلية من أن كل شرط فاسد يوجب لتلك الإختلال.

الثاني في أنه يكون دليل على ثبوت الملازمة الكلية من أن كل شرط فاسد يوجب لاختلال شرط صحة البيع أم لا.

في الشروط الفاسدة التي تكون مفسدة على القولين

أما المقام الأول، فنقول: من الشروط التي يدّعى أنها بالخصوص موجب لاختلال شرط من شروط صحة البيع، الشرط المنافي لمقتضى ذات البيع كاشتراط

أن لا يملك المشتري للمبيع؛ لأن مرجعه إلى عدم قصد البيع أولاً، وتقدم أن قصد البيع شرط في صحة البيع.

ومنها الشرط الفاسد لأجل الجهالة وهنا **نقول**: لو كان الشرط من قبيل شرط وزن المبيع ومقداره، فتقدم أنه ليس من الشرط المتنازع فيه إلا أنه لا إشكال في أنه لو كان مجهولاً يوجب جهالة المبيع، فيفسد البيع.

وأما لو كان من قبيل شرط الفعل، فتقدم أن الشرط المجهول ليس فاسداً فضلاً من أن يكون مفسداً /٤٤٩/ إلّا أن الكلام هنا على فرض كونه فاسداً.

وعلى هذا **نقول**: لو كان وجه بطلانه اعتبار عدم الجهل في نفس الشرط، فهذا لا يقتضي جهل العوضين، وأما لو كان وجهه أن للشرط قسط من الثمن وأنه يصير جزء المعوض، فيلزم مجهولية المبيع، فسيأتي أن هذا الوجه ذكروه في مطلق الشرط الفاسد بوجه آخر.

ومنها اشتراط بيع المبيع بالبايع وتقدم أنه أيضاً ليس بفاسد إلا أنه لو قلنا بفساده من جهة لزوم الدور أو لزوم عدم قصد البيع، فيكون مفسداً أيضاً.

ومنها اشتراط جعل الخشب المبيع صنماً.

ودعوى فساد البيع من جهة أنه أكل المال بالباطل ليس بصحيح لأن الثمن وقع بإزاء الخشب مع التراضي منهما، ففساد البيع مبني على كون كل شرط فاسد مفسداً.

وأما التمسك لفساد البيع بالإجماع والأخبار، فموكول إلى محله.

ومنها ما نقله المصنف (ره) عن جماعة من كون الشرط غير مقدور التسليم كصيرورة الزرع سنبلاً، فادعوا أن ذلك موجب لأن يصير المبيع غير مقدور التسليم، ونحن **نقول**: مجرد كون الشرط غير مقدور التسليم، غير ملازم مع أن يصير المبيع غير مقدور التسليم.

نعم، لو لزم هذا المحذور يكون مفسداً.

تنبيه

[في الفرق بين الاستدلال بأن للشرط قسطاً من الثمن]

[والإستدلال بعدم التراضي]

من استدل لكون مطلق الشرط الفاسد مفسداً بأن للشرط قسطاً من الثمن، فيصير الثمن مع فساد الشرط مجهولاً.

فمقتضى كلامه أن لا يقول بمفسدية الشرط الفاسد في صورة لم يكن للشرط الفاسد مالية ليصير شيء من الثمن بإزائه كالشرط الفاسد الذي يكون فساده /٤٥٠/ لأجل عدم تعلق غرض مقصود للعقلاء به كأكل طعام بعينه وشبهه.

ومثل ذلك اشتراط الكفر في العبد المبيع على إشكال فيه قد تقدم.

ومثل ذلك اشتراط أن يكيل المبيع بكيل معين شخصي.

وأما من استدل لكون الشرط الفاسد مفسداً بعدم التراضي بالبيع مع انتفاء الشرط، فيلزمه أن يقول بمفسدية أمثال هذه الشروط أيضاً.

نعم، نسب المصنف[1] (ره) إلى الشهيدين أنهما ـ مع استدلالهما للمفسدية بعدم التراضي بالبيع مع انتفاء الشرط ـ يظهر منهما صحة البيع وفساد الشرط في صورة اشتراط كفر العبد المبيع أو جهله بالعبادات.

في حدّ اقتضاء ما استدلّ به لكون الشرط الفاسد مفسداً

قوله: فالقول بالصحة في أصل المسألة لا يخلو عن قوة[2].. اه.

---

١) كتاب المكاسب ٩٢/٦، التفصيل المنسوب إلى ابن المتوّج.

٢) كتاب المكاسب ٩٢/٦، القول بالصحة لا يخلو من قوة.

أقول: تقدم منا في بيع ما يملك وما لا يملك أن صاحب الجواهر[1] في باب الشرط في كتاب البيع يدعي الإتفاق على أن فساد الشرط يوجب فساد أصل العقد إذا كان العقد مقيداً ومعلّقاً على الشرط، سواء كان الرضاء به مقيداً أو أصل صحته أو لزومه؛ نعم، في الأخير أنه يوجب الخيار في العقد، وعلى أن فساد الشرط لا يوجب فساد العقد لو لم يكن في البين تعليق، بل كان الشرط مجرد التزام بفعل في العقد وأن محل الكلام فى صورة لم يقطع بأحد الطرفين ولم يكن في اللفظ قرينة على أحدهما.

ونحن **نقول:** أما البطلان على فرض التعليق بأن يكون إنشاء المعاملة /٤٥١/ أو الرضاء بها معلقاً على الشرط الفاسد، فلا ينبغي التأمل فيه ولو مع الغمض من أن التعليق بنفسه موجب للفساد مطلقاً كما تقدم شطر من الكلام في ذلك في الشرط السابع من شرايط صحة الشرط.

وذلك لأن كل واحد من إنشاء النقل المعتبر في باب المعاملات والعقود وكذا الرضاء به ليسا بموجودين على فرض عدم صحة الشرط؛ لأن الإنشاء والرضاء كانا على فرض وجود الشرط وفي غير هذا الفرض ليس إنشاء ولا رضاء. والمفروض أن الشرط ليس بموجود، فلا إنشاء منه ولا رضاء، وهما معتبران في صحة العقد.

فيه إشارة إلى بيان الفرق بين الإنشاء الذي مدلول وما هو معتبر في العقد

إن قلت: كيف تقول بعدم الإنشاء مع أنه كان مدلولاً للفظ والمفروض أنه استعمل فيه فيكون الإنشاء موجوداً على كل حال؟ بل إنشاء المعاملة على فرض

---

١) جواهر الكلام ٢١١/٢٣ ـ ٢١٦، الكلام في صحة البيع المشتمل على الشرط الفاسد وبطلانه.

وجود الشرط لا معنى له؛ لأن الإنشاء عبارة عن الإيجاد فلو أوجد فصار موجوداً، وجد الشرط أم لا كما أنه لو لم يوجد فلا ينفعه وجود الشرط.

قلت: كما تقدم في الشرط السابع ظاهراً أن الإنشاء إيجاد اعتباري ولا يتوقع منه لوازم الإيجاد الخارجي وآثاره، وفي الإيجاد الإعتباري لا مانع من أن يكون على فرض بحيث لو كان ذلك الفرض موجوداً أوجد وإلا فلا.

وبمجرد /٤٥٢/ أن يقصد النقل من قوله «بعت»، سواء كان على فرض خاص له وجود أم لا، يتحقق الإنشاء الذي هو مدلول اللفظ ويخرج اللفظ عن كونه غير مستعمل في المعنى. وهذا غير منافٍ للقول بأنه لم يقصد النقل في فرض ليس المعلق عليه موجوداً حيث إن الايجاد كان اعتبارياً وكان على فرض غير حاصل، فلم ينشأ على هذا الفرض بل لا يصدق شيء من العناوين من البيع والعقد في صورة لم يكن المعلق عليه موجوداً ليشمله العمومات.

في أنه لو كان الشرط فاسداً[1] فلا يوجب ذلك بنفسه نقصاً

وأما الصحة على فرض كون الشرط مجرد الإلتزام بشيء في ضمن العقد من دون تعليق في البين لأنه بعد ما وقع الإنشاء مطلقاً ولم يكن الرضاء أيضاً معلقاً، فيكون عنوان العقد والإنشاء والرضاء متحققاً ولو كان الشرط فاسداً فلم يوجب فساد الشرط موجباً لاختلال شيء مما يعتبر في صحة العقد واقتران إنشاء العقد بالإلتزام بالشرط لا يقتضي بأزيد من كون تخيل صحة الشرط منشأً للرضاء بالعقد، فيكون عدم الرضاية التقديرية بنفس العقد موجوداً، وهو غير مضرٍّ بعد وجود الرضاية الفعلية بنفس العقد كما سيوضح ـ إن شاء الله تعالى شأنه ـ.

ثم اعلم أن الشرط في ضمن العقد من قبيل الثاني الذي ليس فيه تعليق شيء

---

١) في المخطوطة: فاسدة.

بالشرط؛ لوضوح /٤٥٣/ أن الشرط بمعنى الإلزام والإلتزام، فلا يقتضي الإلتـزام بشيء في ضمن العقد، ولا دخل له لأن يخرج العقد عما كان عليه بدون الشرط حيث كان الإنشاء بدون الشرط مطلقاً غير معلق بشيء، والتصريح بتعليق الإنشاء خارج عما هو محل الكلام من مجرد ذكر الشرط في ضمن العقد، وظاهر اللفظ حجة فيما يكون ظاهراً فيه.

فيما هو شرط لصحة العقد من الإنشاء والرضاء

ثم لما كان الإنشاء مطلقاً، فمقتضاه إيجاد النقل مطلقاً بمقتضى ظاهر اللـفظ، فلابدّ أن يكون ذلك مرضيّاً له؛ لوضوح أن ما يفعله الإنسان عن اختياره ويعمله مرضي عنده وظاهر اللفظ حجة من هذه الجهة أيضاً.

فلم يبق للإلتزام بالشرط إلّا أن تخيل صحته صار داعياً للرضاء بنفس مـفاد العقد فعلاً.

نعم، لو كان عالماً بفساد الشرط لم يكن راضياً إلّا أن عدم الرضاية التقديرية غير مضرٍّ بعد وجود الرضاية الفعلية بوجوه:

في أن الرضاء التقديري كافٍ في جواز التصرف معه

الأول أنه بعد وجود الرضاء الفعلي ـ كما هو المفروض ـ يصدق عـرفاً أن له طيب النفس، وكون الرضاء التقديري على خلافه بمعنى لو التفت إلى فساد الشرط لم يكن راضياً غير مضرٍّ بصدق أن له طيب النفس بعد وجود الرضاء الفعلي.

وتوضيح المقام ـ كما أشرنا إليه في أوائل مسألة بيع الفـضولي ـ أنـا ذكـرنا /٤٥٤/ هناك أن مقتضىٰ قـوله عليه السلام «**لا يـجوز لأحـد أن يـتصرف فـي مـال غـيره إلا**

بإذنه»[١] توقف جواز التصرف في مال الغير على إذنه في التصرف، ولكن مقتضىٰ قوله عليه السلام «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه»[٢] كفاية مجرد رضاء المالك في التصرف في جواز التصرف إلّا أنا قلنا: إن الجمع العرفي القريب بينهما أن اعتبار الإذن لكونه كاشفاً عن الرضاء غالباً كما فهم العلماء، فيصير جواز التصرف في مال الغير دائراً مدار رضاء ذلك الغير.

ثمّ إن الرضاء وطيب النفس وإن كان من الحالات النفسية التي لا تحصل للمالك إلا عند التفاته إلى تصرف ذلك الغير، إلّا أن أهل العرف يطلقونه على الأعم من ذلك ومن صورة كان للمالك حالة لو التفت إلى التصرف لكان له الرضاء وطيب النفس وإن لم يكن بالفعل ملتفتاً إلى تصرف ذلك الغير. فكأنهم يطلقون على ما يكون مركوزاً في خزانة القلب بحيث لو التفت لرضي.

في مال الغير وأنه إذا تعارض مع الرضاء الفعلي فالمدار على الفعلي

ومنه لو تصرف شخص في مال أحد فمنعه آخر فأجاب بأني أعلم أنه راضٍ، يكتفون به، ولا يصح في نظر العرف سلب الرضاء عنه، وليس ذلك منهم من الخطأ في التطبيق حيث إنهم بعد إطلاقهم على حقيقة معنى /٤٥٥/ الرضاء أيضاً لا يرفعون اليد عن هذا الإطلاق، بل ليس في نظرهم انصراف في لفظ الرضاء عن هذا الفرد، وإلا لم يقولوا بأني أعلم أنه راضٍ بمجرد أنهم سمعوا أنه يجوز التصرف مع رضاء المالك. ومنه لا تأمل للفقهاء في الإكتفاء بإذن الفحوى وشاهد الحال في جواز التصرف في مال الغير.

---

١) كمال الدين وتمام النعمة: ٥٢٠ ـ ٥٢١، الباب الخامس والأربعون: ذكر التوقيعات، ح ٤٩.

٢) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٨، وفيه: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه».

فحال الرضاء الشأني والتقديري كحال الرضاء الفعلي.

وأما لو وقعت المعارضة بينهما كما في مسألتنا وكما في [ما] لو ظن من كان صديقه أنه عدوّ له فنهاه أو بالعكس، فالمدار على الفعلي منهما؛ لأن الرضاء الشأني إنما يطلق عليه الرضاء عند العرف في صورة لم يكن فعلاً متصفاً بعدم الرضاء.

نعم، لو ظنّ المالك أن هذا المال مال الغير، فأذن له في التصرف مع أنه لو علم أنه ماله لم يرض بالتصرف، فهنا نقول بعدم جواز التصرف كما ذكرناه في مسألة الفضولي فيما لو باع ثم بان أنه مالك؛ لأنه ليس منه هنا رضاء فعلي بالتصرف في ماله وإنما له رضاء فعلي بأكل هذا الشيء والتصرف فيه.

والظاهر من قوله «**لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه**» هو أن يرضى بالتصرف في ماله، وهذا العنوان غير محقَّق هنا.

الثاني أنه في صورة كان الرضاء الفعلي بالمعاملة موجوداً لو كان عدم الرضاء التقديري مضرّاً، فيلزم فساد أكثر المعاملات التي يقع في الخارج ولا يحتاج إلى الإقالة.

ولم يقل به أحد كما قاله المصنف (ره)، بل يلزم فساد جلّ المعاملات في غير ما ذكره المصنف (ره) أيضاً؛ لوضوح أن غالب المعاملات يكون لدواعي يظهر تخلفها بعد المعاملة.

فلو قلنا: إن الرضاية الفعلية كافية في صدق الرضاء الذي شرط للصحة ولو كان عدم الرضاء التقديري على خلافها، وإلا فلابدّ أن يقال بفساد كل هذه المعاملات.

/ ٤٥٦/ **الثالث** أنه لو فرضنا أنا شككنا في كفاية الرضاء الفعلي في صحة المعاملة في صورة كان للمالك عدم الرضاء التقديري فنتمسك لصحة العقد بالعمومات؛ لأن ما دل على اعتبار طيب النفس، مخصص للعمومات، والمخصص مردّد بين الأقل والأكثر، فالمرجع في المقدار المشكوك هو العمومات، حيث إن

الشك في مقدار التخصيص، لا مصداق المخصص.

في الجواب عن الوجوه التي ذكرت لكون الشرط الفاسد مطلقاً مفسداً لكونه موجباً لاختلال شرط من شرائط صحة العقد

ثم إنك إذا عرفت أن مقتضىٰ القاعدة أن الشرط في ضمن العقد الذي لم يعلق العقد عليه أن لا يكون فساده موجباً لفساد أصل العقد، فنقول: إن الوجوه التي ذكرت لكون فساد الشرط موجباً لفساد البيع الذي وقع الشرط فيه أيضاً كلها فاسدة وفساد بعض وجوههم ظهر مما تقدم، وبعض آخر منها يظهر وجه فسادها مما ذكره المصنف (ره) ومما نذكره ـ إن شاء الله ـ في ضمن الحواشي الآتية.

قوله: صار العوض مجهولاً[1] .. اه.

أقول: تقريب الإستدلال في صورة كان الشرط على البايع أن للشرط قسطاً من الثمن، فإذا بطل الشرط لفساده بطل ما وقع بإزائه من الثمن. وهو غير معلوم، فتتطرق الجهالة إلى الثمن، فيوجب ذلك فساد البيع.

قوله: وفيه بعد النقض[2] .. اه.

/٤٥٧/ **أقول**: لو كان المهر في النكاح عوضاً عن البضع حتى يقال: إن الشرط مع المهر صار في مقابل البضع، لكان النقض مناسباً، لكنه ليس كذلك؛ لأن البضع في النكاح ليس في مقابل المهر وإن قلنا في خصوص المتعة أنه تكون المقابلية والعوضية.

---

١) كتاب المكاسب ٩٢/٦، أدلة القائلين بالإفساد.

٢) نفس المصدر.

هذا مع أن بعض مراتب الجهل في الصداق غير مضرٍّ مسلماً، بخلاف ثمن البيع.

قوله: أولاً منع مقابلة[١] .. اه.

أقول: تقدم قُبيل ذلك وعند التعرض لعدم الأرش بتعذر الشرط أن الثمن يكون مقابلاً لخصوص المبيع، لا مع الشرط وأن الشرائط كالأوصاف في أنها لا يقابل بالأعواض كما تقدم في خيار الرؤية وثبوت الأرش في فقد وصف الصحة على خلاف القاعدة، وتقدم أن الشرائط والأوصاف توجبان كثرة مالية المبيع وقيمته وأن الجهل بمقدار مالية المبيع وقيمته غير مضرٍّ بصحة البيع كما تقدم في مسقطات خيار الغبن.

قوله: وثانياً منع جهالة[٢] .. اه.

أقول: لو كان نظر من قال: إن ما يقع بإزاء الشرط مجهول، أن الشرط لكونه فاسداً يكون كذلك، ففيه: أنه لا يصير مأذوناً مما لا يملك.

وقد تقدم في محله أنه يعين ما يقع بإزائه، فيفرض صحة الشرط ويعين ما يقع /٤٥٨/ بإزائه بنحوٍ ذكره المصنف (ره).

في أنه مع فساد الشرط يكون الرضاء الذي شرط في صحة المعاملة موجوداً وأن الشرط لا يقابل الثمن وليس الإنشاء معلقاً عليه

قوله: الثاني: أن التراضي[٣] .. اه.

---

١) نفس المصدر.

٢) كتاب المكاسب ٩٣/٦، الدليل الثاني وجوابه.

٣) كتاب المكاسب، الإستدلال بالروايات.

أقول: معنى كون الشرط ربطياً أنه التزام تابع لتحقق أصل العقد، لا أن العقد يكون معلقاً عليه.

وعلى الأول كما هو الظاهر من الشرط في ضمن العقد على ما تقدم الكلام فيه قبل التعرض لنقل كلمات المصنف (ره) في المسألة المتنازع فيها، فنقول: قد تقدم أن انتفاء الشرط لا يقتضي انتفاء الرضاء، بل العلم بصحة الشرط يصير منشأً لإنشاء البيع على نحو الإطلاق وأن الرضاء الفعلي بمقتضى الظاهر الحجة يكون تابعاً له وأن كون الرضاء التقديري على خلافه غير مضرٍّ كما أنه في صورة يظهر فقد جزء من المبيع أو وصفه، سواء كان وصف الصحة أو وصف الكمال، وكذلك الشرط الفاسد في النكاح والشرط الغير المذكور في العقد أيضاً كذلك.

وتقدم أنه في باب المعاملات لو كان الرضاء بها على تقدير وجود الشرط أو الوصف، فذلك يقتضي بطلان المعاملة مسلّماً بعد فرض عدم الوصف والشرط كما أنه لو كان الثمن مقابلاً للوصف أو الشرط فذلك يقتضي الأرش على القول بأن العقد ينحلّ إلى العقود.

وأما لو كان تخيل /٤٥٩/ وجود الشرط أو الوصف منشأً لبذل الثمن الخاص في مقابل عين المبيع فقط والرضاء به، فتخلف الشرط أو الوصف لا يوجب إلا الخيار.

وتقدم أن الشرط في ضمن العقد من قبيل الأخير، وتقدم قُبيل ذلك أن الشرائط والأوصاف لا يقابل بالأعواض، بل المقابل نفس العين وأن لوجودهما مدخلية لبذل الثمن الزائد في مقابل نفس العين كما تقدم في خيار العيب، بل وكذلك تخلف شرط المقدار الذي يكون بمنزلة جزء المبيع حيث تقدم أن المعدوم لا يقابل شيئاً حتى في نظر العرف.

فلو كان ما يقابل بالثمن هو الموجود الخارجي المشار إليه، فليس اعتقاد المقدار فيه إلا من قبيل الداعي لبذل الثمن في مقابل الوجود الخارجي.

ولو كان ما يقابل بالثمن هو المتصف بالمقدار، فيصير المبيع كلياً خارجاً عن الفرض إلا أنه تقدَّم عند بيان تقدُّم الإشارة على الوصف أن المبيع هو الشخصي الموجود في الخارج وأن اعتقاد المقدار فيه من قبيل الداعي.

هذا، ولنرجع إلى أصل المطلب، فنقول: حاصل ما قلناه أن الرضاء الذي شرط في باب المعاملات موجود بمقتضى القاعدة من غير حاجة إلى أن نقول: إن العلماء يقولون بوجود الرضاء فيما هو من نظائر ما نحن فيه.

في نقل ما ذكره المصنف من أنه لو تخلف القيود المقوّمة يفسد البيع بخلاف القيود الغير المقوّمة وأن الشرط من الثاني

قوله: وحلّ ذلك أن القيود[1] .. اه.

أقول: وملخّص ما يقوله في مقام الحلّ من أن فساد الشرط لا يوجب رفع الرضاء عن أصل العقد أنه يذكر أولاً مقدمة، وهي: أن /٤٦٠/ القيد المأخوذ في المطلوب إما أن يكون على نحو يحكم العرف بانتفاء المطلوب إذا انتفى ذلك القيد وإما أن يكون على نحو يحكم العرف بعدم انتفاء المطلوب بانتفاء ذلك القيد؛ ففي الأول ليس رضاء، فيقيد البيع، بخلاف الثاني، فإن العرف يحكم فيه ببقاء المطلوب والرضاء.

وفي مسألة خيار الرؤية تفرع على هذه المقدمة أن تخلف بعض الأوصاف التي تشترط في المبيع لا يوجب فساد البيع وبعضها يوجب فساد البيع.

ثم بعد هذه المقدمة يدَّعى في المقام أن الشرط على نحو الإطلاق من القيود التي يحكم العرف ببقاء المطلوب عند انتفاء هذا القيد وهو الشرط. فمع فساد الشرط يكون الرضاء موجوداً عرفاً.

---

١) كتاب المكاسب ٩٥/٦، الإستدلال بالروايات.

ونحن نقول: أما ما ذكره في مقدمته، فقد أبطلناه في مسألة خيار الرؤية مفصلاً وقلنا: إنه لا تفصيل بين الأوصاف التي يشترط وجودها في المبيع، ثم يظهر التخلف، بل إنشاء البيع لو كان معلقاً على هذا الشرط، فيكون البيع فاسداً مطلقاً.

وأما لو قصد نقل العين الخارجية مطلقاً ورضي به لتخيل أنها واجد لذلك الوصف، فيصح البيع ويكون له الخيار، كما أنه لو لم يقصد بيع العين الخارجية، بل الموصوف، فيصير المبيع كلّياً؛ والتفصيل في محله.

وأما ما ذكره في المقام من أنه مع فساد الشرط يكون /٤٦١/ الرضاء موجوداً مطلقاً فنقول: كما تقدم في بيع ما يملك وما [لا] يملك أيضاً أنه لو كان المراد أنه مقتضىٰ نفس العقد مرضي فعلاً ولو مع عدم الشرط، فليس الأمر كذلك.

ولو كان المراد أنه من قبيل تعدد المطلوبي بمعنى أن مقتضىٰ العقد مع الشرط كان مطلوباً وعلى فرض انتفاء الشرط كان مقتضىٰ العقد بنفسه أيضاً مطلوباً، **ففيه**: أن المفروض أن الشرط صار داعياً على العقد والنقل، فليس النقل بدون الشرط مطلوباً.

ولو كان المراد أن النقل مطلوب فعلاً وإن صار تخيل صحة الشرط منشأً للرضاء الفعلي بالنقل؛ غاية الأمر أن عدم الرضاية التقديرية أيضاً موجود حيث إن الشرط لم يكن باقياً له لأجل فساده، إلا أنه لما يكون الرضاء الفعلي موجوداً فيكون كافياً في صحة البيع ولا يضرّه عدم الرضاء التقديري، فعلى هذا يرجع إلى ما ذكرناه سابقاً.

ثمّ إن تمسكه بالعرف في بقاء المطلوب إنما يصح لو كان فهم العرف مستنداً إلى اللفظ ليكون حجة، وذلك بأن يقول: إن العرف يفهم من قوله ﷺ «**لا يحلّ مال امرئ إلا بطيب نفسه**»[1] كفاية الرضاء الفعلي فقط أيضاً كما استظهرناه سابقاً، أو بأن

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٨، وفيه: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه».

يقول بعد تسلم كفاية الرضاء الفعلي فقط: إنه يستفاد من العقد وجود الرضاء الفعلي؛ لأنه إنشاء مطلقاً من دون تعليق وإن الفعل الصادر عن المختار كاشف عن رضاه بما فعله وإن اللفظ حجة في ذلك كما تقدم ذلك منّا سابقاً على نحو التفصيل.

هذا، إلّا أن كلام المصنف (ره) يأبى من حمله على ما ذكرناه، /٤٦٢/ فيكون الإشكال وارداً عليه.

في الأخبار التي تتوهم دلالتها على كون الشرط الفاسد مفسداً وبيان عدم تمامية شيء منها على الدلالة عليه

قوله: الثالث رواية عبد الملك[1] .. اه.

أقول: لو كان الشرط أن لا تكون خسارة المبيع من نقصان قيمته أو تلفه أو غصبه على المشتري بأن يكون الشرط أن الحكم الشرعي يكون كذلك، فهذا الشرط فاسد كما تقدم؛ فالإستدال بالخبر من جهة أنه تدل على كراهة هذا الشرط، فلو كان أصل المعاملة صحيحاً، فلابدّ أن يكون الشرط مستحب الوفاء من جهة أنه وعد وتقدم استحباب الوفاء به.

وأما لو كان البيع فاسداً، فليس الشرط التزاماً ليكون وعداً؛ لأن الشرط إلتزام تابع فليس التزاماً على فرض انتفاء المتبوع.

وأجاب المصنف (ره) بأن المراد من قوله «لا ينبغي» في الخبر، كراهة أصل البيع المشتمل على الشرط المذكور.

ونحن نقول: الشرط الذي ذكره في الخبر وكان فاسداً، هو شرط نفس الحكم وإلا لم يكن فاسداً.

---

١) كتاب المكاسب ٩٢/٦، الإستدلال بالروايات.

وعلى هذا لو كان المراد من قوله «لا ينبغي»[1] كراهة البيع المشتمل على هذا الشرط، فيكون له ظهور في صحة أصل الشرط أيضاً، وهو خلاف المقصود.

ولو كان المراد كراهة اشتراط هذا الشرط، فيكون له ظهور في صحة أصل الشرط أيضاً، وهو خلاف المقصود.

ولو كان المراد كراهة اشتراط هذا الشرط، فيكون ساكتاً عن الصحة والفساد في كل من البيع ونفس الشرط /٢٦٣/ كما أنه لو قلنا: إن المراد بقوله «لا ينبغي» هو بيان الفساد بأن يكون المراد أنه لا ينبغي صدوره منه لكونه فاسداً كالنواهي التي يحمل على الإرشادية، فحينئذٍ نقول: لو كان المراد عدم صحة الشرط، ففي الخبر ظهور في أن الشرط الفاسد ليس مفسداً.

ولو كان المراد عدم صحة أصل البيع، فعلى هذا أيضاً لا يدلّ على أن الشرط الفاسد مفسد لاحتمال أن يكون وجه فساد أصل البيع من جهة أنه صار معلقاً على الشرط الفاسد حيث إن الخبر غير آبٍ من أن يحمل على صورة كان إنشاء البيع معلقاً على الشرط، فافهم.

في الجواب عن الأخبار التي استدلّ بها على مفسدية الفاسد

قوله: ورواية الحسين بن المنذر[2][3].. اه.

---

١) الإستبصار ٨٤/٣، باب من باع من رجل شيئاً على أنه إن ربح كان بينهما وإن خسر لا يلزمه شيء، ح ٢، والرواية هي: «أحمد بن محمد بن عيسى عن علي بن الحكم عن عبدالملك بن عتبة قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل ابتاع منه طعاماً أو ابتاع متاعاً على أن ليس علي منه وضيعة، هل يستقيم هذا وكيف يستقيم وحد ذلك؟

قال: لا ينبغي».

فالوجه فيه أن نحمله على ضرب من الكراهية دون الحظر.

٢) كتاب المكاسب ٩٦/٦، الإستدلال بالروايات.

أقول: هذا الخبر وكذا خبر علي بن جعفر عليه السلام لو تمّت دلالته على كون الشرط الفاسد مفسداً، فهو في خصوص صورة كان الشرط الفاسد هو شرط بيع المبيع من البايع، ومفسدية هذا الشرط الفاسد غير ملازم لمفسدية الشرط الفاسد مطلقاً، بل تقدم أن من قال بأن هذا الشرط فاسد، فإنما قال به من جهة أن نفس البيع يفسد من جهة لزوم الدور أو عدم القصد إلى البيع، فيقيد الشرط أيضاً.

إن قلت: إنك في الشرط السابع من شرائط صحة الشرط رجّحت عدم كون هذا الشرط موجباً لفساد البيع بحسب القاعدة ولا فاسداً /٤٦٤/ بنفسه، وعلى هذا فإذا فرضنا أن الخبرين دلّا على فساد هذا الشرط وفساد العقد به، فيكشف ذلك من أن الشرط الفاسد مفسد مطلقاً.

قلت: بعد فرض دلالة الخبرين عليها، نحن لا نقطع بعدم الخصوصية لهذا الشرط الفاسد، فلا يجوز قياس غيره عليه.

وممّا ذكرنا ظهر سرّ عدم تعرض العلماء لهٰذين الخبرين في أدلّة القائلين بأن الشرط الفاسد مفسد وإن ذكرهما المصنف (ره) هنا؛ هذا كلّه أولاً.

وثانياً أنه لا دلالة في الخبرين بوجه على فساد البيع الأول وإنما غاية مفادهما ـ ولو بالمفهوم ـ ثبوت البأس في بيع المبيع ثانياً من البايع الذي هو مقتضىٰ الشرط.

---

٣) الكافي ٢٠٢/٥، باب العينة، ح ١، والرواية هي: «عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن عيسى عن إبن أبي عمير، عن حفص بن سوقة عن الحسين بن المنذر قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: يجيئني الرجل فيطلب العينة، فاشترى له المتاع مرابحة، ثمّ أبيعه إياه ثم أشتريه منه مكاني.

قال: فقال: إذاً كان بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع وكنت أنت أيضاً بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتر، فلا بأس.

قال: قلت: فإن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد ويقولون: إن جاء به بعد أشهر صلح. فقال: إن هذا تقديم وتأخير، فلا بأس به».

بقي الكلام في وجه البأس فيه، فنقول: يظهر من المصنف (ره) أن وجه البأس فيه أن الشرط الذي فرض في الرواية كان خارج العقد، فلم يجب الوفاء به إلا أن المشتري الأول توهم لزوم الشرط عليه، فوقع البيع منه ثانياً من دون رضاء به.

وفيه: أنه من جهة الرضاية وطيب النفس للمشتري بالبيع الثاني لا فرق بين أن يكون الشرط صحيحاً أم لا، بل الرضاء الفعلي موجود فيهما بالبيع الثاني ولو لاعتقاد أن الشرط لازم الوفاء. وتقدم أنه مع وجود الرضاء الفعلي لا يضرّ عدم الرضاية التقديرية بصحة البيع.

وإذا عرفت أن مقتضىٰ القاعدة صحة البيع الثاني أيضاً، فنقول: إن الخبر لا يدلّ على فساده أيضاً؛ لأنه غاية /٤٦٥/ الأمر أن المستفاد من الخبرين ولو بالمفهوم ثبوت البأس فيه، وهو لا يدل على الأزيد من الكراهة، بل لو قلنا كما ذكره المصنف (ره) من أن المراد من الشرط هو الشرط الخارج عن العقد، فلا يدل على كراهة البيع الثاني أيضاً في صورة شرط في ضمن العقد الأول أن يبيع المبيع من المشتري، لكنه لا وجه لتخصيص الشرط في الخبر بما كان في خارج العقد، ولا أقل من الإطلاق الشامل لما في ضمن العقد أيضاً.

فيما يستدلّ به من الأخبار على عدم مفسدية الشرط الفاسد

قوله: منها ما عن المشايخ الثلاثة في الصحيح[1] .. اه.

أقول: تقريب دلالته على أن الشرط غير مفسد، أنه عليه السلام رتّب آثار صحة البيع مع أنه حكم بفساد الشرط.

نعم، من المحتمل أن يكون الشرط في بيع بريرة خارج العقد، فيخرج عن محل الكلام. ولا يدفع هذا الإحتمال بالإطلاق؛ لأنه حكاية قضية. ولعل

---

١) كتاب المكاسب ٩٨/٦، يدلّ على الصحة من الأخبار.

النبي ﷺ كان عالماً بأن الشرط كان في خارج العقد.

نعم، لو دل خبر معتبر من الأخبار الواردة في نقل هذه القضية أن وجه فساد الشرط هو كونه مخالفاً للسنة، فيثبت منه أن الشرط كان في ضمن العقد بناءً على أن الشرط الذي كان في خارج العقد يكون فاسداً ولو لم يكن مخالفاً للسنة.

ولا يخفى أنه لو تمّت دلالته على المدعى، فمجرد كونه مطابقاً لقول العامة لم يصر منشأً لحمله على التقية لما قلنا في محله من أن الحمل على التقية منحصر بصورة كان للخبر معارض، وإلا فيؤخذ بظاهره ما أمكن، فلا نحتاج بما أجاب في الجواهر عن ذلك بأن العامة مختلفين في المسألة.

[ما يدل على الصحّة من الأخبار]

/ ٤٦٦ / قوله: ومنها مرسلة جميل[1][2] .. اه.

أقول: تقريب الدلالة أنه حكم بفساد شرط الميراث، وظاهره صحة أصل البيع. ويناقش بأنه يدل على صحة شرط أن لا توهب ولا تباع، وهو خلاف الإجماع.

وأجيب تارة بمنع الإجماع، وهو كذلك كما تقدم.

وتارة بأن ما دل على لزوم الوفاء بهٰتين الشرطين يحمل على الإستحباب، وهو يقتضي صحة العقد؛ لأن الشرط التزام تابع وبدون العقد ليس له وجود حتى يكون وعداً يستحب الوفاء به كما تقدم الكلام فيه.

---

١) كتاب المكاسب ٩٩/٦، ما يدلّ على الصحة من الأخبار.

٢) وسائل الشيعة ٣٠٠/٢١، باب حكم ما لو شرط لامرأة أن لا يخرجها من بلدها، ح ٣، والرواية هي: «عن علي بن اسماعيل الميثمي عن ابن أبي عمير وعلي بن حديد جميعاً عن جميل بن درّاج عن بعض أصحابنا عن أحدهما ـ عليهما السلام ـ في الرجل يشتري الجارية ويشترط عليها لأهلها أن لا يبيع ولا يهب ولا يورث، قال: يفي بذلك إذا شرط لهم، إلا الميراث.

قال محمد: قلت لجميل: فرجل تزوج امرأة وشرط لها المقام في بلدها أو بلد معلوم؟

فقال: قد روى أصحابنا عنهم عليهم السلام أن ذلك لها وأنه لا يخرجها إذا شرط لها».

إن قلت: على هذا لا يناسب استثناء شرط الميراث.

قلت: بعد أنه يورث المال، فليس له المال ليستحب له الوفاء بالشرط، بخلاف ترك الهبة والبيع، فإنه مقدور له.

أقول: على تقدير تسليم الإجماع لو قلنا: إن اشتمال الخبر على ما لا نقول به غير مضرٍّ بالأخذ بسائر ما يدل عليه الخبر وإلا فنقول: بعد أن الظاهر الذي كان حجة صار غير معمول به، فلا وجه للعمل على خلاف ظاهره الذي لم يكن حجة فيه، مع أنه لم يكن له معارض يقتضي الجمع العرفي لهذا الحمل.

وأما صحيحة الحلبي فيكون حاله من حيث الإشكال مثل مرسلة جميل، إلا أنه يكون أظهر في المطلوب من وجهين:

لاشتماله على قوله «**فإنها تورث**»، فإنه كالصريح في صحة أصل البيع.

ولاشتماله على قوله «**وكل شرط خالف كتاب الله**»[1]، فإنه كالصريح في عموم هذا الحكم، وهو صحة البيع في أغلب الشروط /٤٦٧/ الفاسدة.

قوله: ويؤيده ما ورد[2].. اه.

أقول: تقدم بيان الفارق بين الشرط في النكاح والشرط في غيره من المعاملات، وبعد وجود ذلك الفارق يشكل التأييد؛ فافهم.

بيان إجمالي في أن الشرط الفاسد ليس بمفسد

---

١) الكافي ٢١٢/٥، باب الشراء الرقيق، ح ١٧، والرواية برمّتها هي: «علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الشرط في الإماء ألا تباع ولا تورث ولا توهب، فقال: يجوز ذلك غير الميراث، فإنها تورث وكلّ شرط خالف كتاب الله فهو ردّ».

٢) كتاب المكاسب ١٠٠/٦، ما يدلّ على الصحة من الأخبار.

قوله: والإنصاف أن المسألة[1] .. اه.

أقول: لعل نظره إلى أن ما تقدم منه من التفصيل بين القيود وأن الشرط من القيود الغير المقوّمة محل الإشكال، لكنك عرفت توضيح حال المسألة من حيث القاعدة والأخبار وأنه لا إشكال في أن الشرط الفاسد من حيث إنه فاسد ليس بمفسد ما لم يكن في البين تعليق أو كان لخصوص شرط فاسد خصوصية توجب انتفاء بعض شرائط صحة العقد كما تقدم تفصيل الكلام في ذلك كلّه.

قوله: ثمّ على تقدير صحة العقد، ففي ثبوت الخيار.. إلى قوله: وأدلّة الضرر قد تقدم[2] .. اه.

في رفع المناقشات عن قاعدة الضرر وأنها لا تثبت الخيار إلا في صورة كان وجوب الوفاء ضررياً

أقول: من المناقشات على قاعدة الضرر أنه ورد عليه التخصيص الكثير الموجب لوهنها، فلا يجوز التمسك بها من دون جابر لها من عمل العلماء بها في خصوص المورد.

وفيه: أنا أجبنا عن هذا الإشكال في قاعدة الضرر وقلنا: إن التمسك بها لا يحتاج إلى جابر؛ فراجع.

ومن المناقشات عليها أن العمل بقاعدة الضرر موجب لإحداث /٤٦٨/ فقه جديد.

وفيه: بعد تسليم كون ذلك بنفسه محذوراً، أنا ذكرنا في قاعدة الضرر أن هذا

---

١) كتاب المكاسب ١٠٠/٦، المسألة في غاية الإشكال.

٢) كتاب المكاسب ١٠١/٦، هل الشرط الفاسد يوجب الخيار للمشروط له؟

الإشكال منشأه عدم تنقيح قاعدة الضرر وتعيين موارد جريانه من غيره كما سنشير إليه هنا.

وأما دعوى المصنف (ره) من أن المرفوع بقاعدة الضرر هو الضرر الغير الناشي عن تقصير المتضرر في دفعه، سواء كان الجهل متعلقاً بالموضوع أو الحكم، ففيه: أنه لم يؤخذ أمثال هذه الخصوصيات في قاعدة الضرر، بل المرفوع بقاعدة الضرر كل حكم ضرري يكون الإمتنان في رفعه دون غيره، وهذا لا يقتضي التفصيل الذي ذكره المصنف (ره) قطعاً.

وإذا عرفت هذا، فنقول: إن نفس صحة العقد ليس حكماً ضررياً تكون المنّة في رفعه في شيء من الموارد كما أوضحناه في قاعدة الضرر.

نعم، لزوم الوفاء بالعقد قد يصير ضررياً ويكون رفعه منشأً للخيار بعد بقاء الصحة التي يكون عليها دليل على حدة.

وفي مسألتنا لو فرض أن الثمن بحسب القيمة كان مساوياً للمبيع أو أقل منه ولو بدون انضمام الشرط إليه، فليس وجوب الوفاء بالعقد الذي كان شرطه فاسداً على /٤٦٩/ المشتري حكماً ضررياً على المشتري ليرفع بقاعدة الضرر؛ لأن مجرد تخلف الداعي لا يعد ضرراً حقيقةً ولا عرفاً.

وأما لو كان الثمن بدون الشرط أكثر من المبيع، فيكون لزوم الوفاء على المشتري بمجرد العقد حكماً ضررياً، فيرفع بقاعدة الضرر ويثبت له الخيار بعد أن أصل الصحة له دليل على حدة ولم يوجد لها رافع. ويدخل هذا في خيار الغبن؛ ومجرد أن الضرر في خيار الغبن المعروف ناشٍ من الجهل بالموضوع وهنا ناشٍ من الجهل بالحكم، غير فارق بعد أن الضرر لم يقدم عليه في المقامين، وتكون المنّة في رفع الحكم المثبت لذاك الضرر*.

---

*) ذكر في باب شروط البيع في المختلف فرعاً ناسب التعرض له هنا؛ لأن فيه دعوى أن بعضاً من الشروط التي يكون من حيث هو صحيحاً يكون موجباً لحرمة البيع، أو بل لفساده أيضاً،

فيفسد الشرط أيضاً، فإنه يقول: أولاً يجوز بيع اليسير بأضعاف قيمته بشرط أن يقرض البايع المشترى، لأنهم نصّوا على جواز أن يبيع الإنسان شيئاً بشرط الإقراض أو الإستقراض أو الإجارة أو السلف أو غير ذلك من الشروط السائغة. وقد كان بعض من عاصرناه يتوقف في ذلك، ثمّ يبسط الكلام في الدليل على الجواز الذي هو مختاره ويذكر له خمسة وعشرين وجهاً.

ثمّ يتصدى لذكر ما تمسك به المانعون من الجواز من الأخبار وغيرها. ثمّ يتصدى للجواب.

ومن الأخبار التي ينقله عن المانعين للجواز ما رواه يعقوب بن شعيب في الصحيح [كما في الاستبصار ١٠/٣ باب القرض لجرّ المنفعة ح ٧] عن الصادق ـ عليه السلام ـ، قال: «سألته عن رجل يسلم في بيع أو تمر عشرين ديناراً ويقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين ديناراً.

قال: لا يصلح إذا كان قرضاً يجرّ نفعاً [في المصدر: شيئاً]، فلا يصلح.

ثمّ أجاب تارة بأنه يحمل على الكراهة وتارة بأنه معارض بما رواه محمد بن مسلم في الحسن عن الصادق عليه السلام.

قلت: إن من عندنا يروون أن كلّ قرض يجرّ المنفعة فهو فاسد.

قال: أو ليس خير القرض ما جرّ منفعة».

أقول: سائر الأخبار أيضاً لو تمّ سنداً ودلالة على محظور في القرض الذي يجرّ منفعة، لابدّ أن يحمل على الكراهة لمعارضته مع حسنة محمد بن مسلم وغيرها مما يدلّ على الترخيص لما حقّقناه من أن التصرف في دليل المنع معين عند تعارض دليل المنع والترخيص.

وثانياً قوله «لا يصلح» ليس له ظهور في الحرمة أو الكراهة.

وثالثاً النهي متعلق بنفس القرض، لا البيع المشتمل على شرط القرض.

ومما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلا مثلها، فإن جوزي أجود منها فليقبل ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترطه من أجل قرض ورقة.

وفيه مع اشتراك محمد بن قيس بين الثقة وغيرها أن محل الكلام محاباة البيع مع اشتراط القرض، لا العكس. فإن اشتراط النفع بالقرض حرام بالإجماع.

ومما رواه خالد بن حجاج، قال: «جاء الرباء من قبل الشروط وإنما يفسده الشروط». وفيه أن الرباء إنما يحدث بأن يشترط الزيادة في المتساوي جنساً وهو غير محل الكلام لوضوح أنه ليس المراد أن كل شرط يوجب الرباء.

في أن إسقاط المشروط له للشرط الفاسد هل يوجب صحة العقد على القول بأن الشرط الفساد مفسد أم لا

قوله: الثاني لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد[1].. اه.

أقول: ولعل الأول لهذا الثاني كان مقدراً في عبارته.

وعلى كل حال، نقول: تقدم أن للمشروط له إسقاط شرطه إلّا أن الظاهر أن هذا الفرع الذي ذكر هنا لإسقاط المشروط له الشرط الفاسد، ليس مبنياً على ذلك.

وتوضيح المقام أنه على كون الشرط الفاسد مفسداً لو أسقط المشروط له للشرط الفاسد بعد العقد، / ٤٧٠/ فهنا يقع الكلام في أن ذلك يوجب صحة العقد أم لا، وهنا نقول: لو كان الدليل على أن الشرط الفاسد مفسد من قبيل الأخبار المتقدمة أو دعوى أنه مع فساد الشرط يصير الثمن مجهولاً، فلا وجه لصيرورة العقد صحيحاً بعد إسقاط الشرط.

وأما لو كان الدليل على كون الشرط الفاسد مفسداً هو أن العقد بدون الشرط لم يقع التراضي عليه؛ نظراً إلى أن التراضي وقع على العقد الخاص، فبدون الخصوصية يكون أكلاً للمال من غير تراضٍ، فنقول:

لو كان وجه الفساد مجرد عدم التراضي، فتكون حاله كحال بيعي الفضولي والمكره في أن الرضاء اللاحق ينفع في صحة العقد إلّا أن المصنف (ره) دعواه أن المانع عن الصحة أولاً لم يكن مجرد عدم التراضي حيث يقول: إن ما وقع العقد

ومما رواه خالد بن صبيح، عن أبي عبدالله ـ عليه السلام ـ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضه والفصل بينهما هو النكر».

وفيه أنه صريح في الرباء وهو محرم، لكنه غير محل الكلام. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ١٠٢/٦، لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد على القول بإ فساده.

عليه لا يقع التراضي عليه، وما يقع التراضي عليه لم يقع العقد عليه.

وكلامه يتم بناء على أن نقول: إن للشرط قسطاً من الثمن وإن الثمن وقع مقابلاً للشرط والمبيع معاً.

وأما لو منع ذلك بل قرر إشكال مفسدية / ٤٧١ / الشرط الفاسد بوجه آخر، وهو أن يقول: إن الثمن وقع بإزاء المبيع، لكن الرضاء بهذه المعاوضة حصل للمشتري لتوهم صحة الشرط، وعلى فرض عدم الصحة ليس له الرضاء بهذه المعاوضة أو أن الرضاء الفعلي وإن كان موجوداً كما قرّر سابقاً، لكن عدم الرضاء التقديري مضرّاً بالرضاء الفعلي، فحينئذٍ ينفع الرضاء اللاحق، فيصير إسقاط الشرط موجباً لصحة العقد.

والحاصل أن الكلام في هذا الفرع فرضي حيث قلنا بأن الشرط الفاسد ليس مفسداً. فإذا تكلّمنا على القول بالمفسدية، فلابدّ من أن يلاحظ أنه على أي دليل من أدلّة القول بالمفسدية نتكلّم؟ وبأي تقرير نقرره؟ فتدبّر جيّداً.

في أن الشرط الفاسد المذكور قبل العقد هل يفسد العقد على القول بكون الفاسد مفسداً؟

قوله: الأولى لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد.. إلى قوله: وجهان مبنيّان[1] .. اه.

أقول: أما لو قلنا: إن الشرط المذكور قبل العقد لا أثر له ولا يجب الوفاء به ومع ذلك يكون العقد صحيحاً، فالملازمة / ٤٧٢ / واضحة من أن الشرط الإبتدائي قبل العقد إذا كان فاسداً، لا يوجب فساد العقد على القول بأن الشرط الفاسد يكون مفسداً.

بيان الملازمة: أن المفروض أنا نتكلّم على فرض أن الشرط الإبتدائي مع أنه لا

---

١) كتاب المكاسب ٦/١٠٤، لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد.

أثر له، لا يؤثر في فساد العقد.

فعلى هذا نفس الشرط الإبتدائي شرط فاسد، ولا تأثير له في فساد العقد بحسب القاعدة، لا من حيث لزوم الجهل بالثمن ولا من حيث رفع التراضي عن العقد. وهما دليل مفسدية الشرط الفاسد بحسب القاعدة.

إن قلت: من أدلّة مفسدية الشرط الفاسد الأخبار.

قلت: على فرض تماميتها، يمكن منع شمولها للشرط الإبتدائي قبل العقد. وأما لو قلنا بثبوت الأثر للشرط المذكور قبل العقد وإن كان خلاف التحقيق وخلاف المشهور، فاقتضاء ذلك للقول بأن الشرط الفاسد المذكور قبل العقد يوجب فساد العقد على القول بأن الشرط الفاسد مفسد، فبدعوى أن الدليل /٤٧٣/ على ثبوت الأثر للشرط المذكور قبل العقد لابدّ من أن يكون هو قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾[1] وقوله ﷺ «**المؤمنون عند شروطهم**»[2]، وذلك لدعوى أن الشرط وإن لم يذكر في العقد إلا أنه قيد معنوي في العقد، كما تقدم في محله.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: من حيث تعليق الرضاء بالعقد على ثبوت الشرط ومن حيث قسط الثمن على الشرط اللذين هما دليلا مفسدية الشرط الفاسد، لا فرق بين أن يكون الشرط قيداً معنوياً في العقد أو ذكر فيه لفظاً أيضاً؛ فان مجرد ذكره لفظاً لا يغيّر شيئاً من هاتين الجهتين بعد أنه بحسب المعنى مأخوذ في العقد بنحوٍ كان مأخوذاً في صورة ذكر لفظاً.

إلا أنه لقائل أن يقول: إن من جملة الأدلة التي ذكرت لوجوب الوفاء بالشرط الإبتدائي المذكور قبل العقد هو أنه لم يقم الإجماع على عدم وجوب الوفاء بخصوص هذا الشرط الإبتدائي، فلا مانع من التمسك بقوله ﷺ «**المؤمنون** /٤٧٤/ **عند شروطهم**» لوجوب الوفاء، وإن الشرط الإبتدائي الذي قام الإجماع على عدم

---

١) المائدة: ١.

٢) الإستبصار ٢٣٢/٣، باب من عقد على امرأة وشرط لها أن يتزوج عليها ولا يتسرى، ح ٤.

وجوب الوفاء به، غير هذا.

وعلى هذا فلا مانع من أن يقال: إنه لا يصير قيداً معنوياً للعقد حتى يلازم فساده فساد العقد على القول بأن الشرط الفاسد مفسد، ومع ذلك يكون له الأثر ويجب الوفاء به، فلم تثبت الملازمة من هذا الطرف بمقتضى جميع الأدلة.

ونحن وإن منعنا صدق الشرط على الشرط الإبتدائي، إلا أنك عرفت أن كثيراً منهم يقولون بصدقه عليه، والمفروض أنا نتكلّم هنا على فرض تسليم كلامهم وإلا فقد تقدم أنا قلنا سابقاً: إن الشرط الفاسد ليس بمفسد وإن الشرط الإبتدائي غير لازم الوفاء إلا في بعض الفروض.

هنا إشارة إلى ميزان أن الشرط الفاسد قبل العقد أو فيه في أي مورد يكون مفسداً

قوله: وهنا قول ثالث في مسألة اشتراط بيع المبيع من البايع[1] .. اه.

أقول: قد تقدم عند بيان أن الشرط الفاسد مفسد، أن الشرط الفاسد لا يصير مفسداً إلا أن يصير منشأً لاختلال /٤٧٥/ شيء من شرايط صحة العقد؛ غاية الأمر أن بعضهم ادعى أن كل شرط فاسد يلازم مع اختلال ما هو شرط لصحة العقد، وبعضهم أنكر الكلية ولكن كان معترفاً بأن بعض الشروط الفاسدة يكون مفسداً لكونه بالخصوص موجباً لاختلال شيء من شروط صحة العقد.

ومن تلك الشروط اشتراط بيع المشتري المبيع من البايع، فان من قال بكون هذا الشرط فاسداً، إنما قال بذلك من جهة أنه يوجب الدور في البيع أو يوجب رفع القصد عن البيع وأن معه ليس قاصداً للبيع مع أن القصد شرط في صحة البيع.

وعلى هذا إذا تريد أن تعيّن أن الشرط الفاسد قبل العقد يوجب فساد العقد،

---

١) كتاب المكاسب ١٠٤/٦، الثالث: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد.

فلابدّ أن تلاحظ أنه يوجب لاختلال شرط من شروط صحة البيع والعقد أم لا.

وإذا عرفت ذلك، **فنقول**: إن مدعى بعض كما تقدم، أن شرط بيع المبيع من البايع رافع للقصد للبيع الذي هو شرط في صحة العقد.

وعلى هذا القول لابدّ أن يلاحظ من أنه لو ذكر مثل هذا الشرط قبل العقد أيضاً، يرفع القصد عن البيع /٤٧٦/ ليكون مفسداً في هذا الفرض أيضاً أم لا.

وعلى تقدير اقتضاء الشرط هنا لاختلال شرط صحة العقد لو ذكر هذا الشرط قبل العقد، لا يلازم أن يكون كل فاسد ذكر قبل العقد كذلك على القول بالمفسدية، مع أنه على القول بالمفسدية يوجب لاختلال شرط آخر كالعلم بالثمن والرضاء، فلابدّ أن يلاحظ لزوم الإختلال لو ذكرت* قبل العقد فيها مستقلاً.

في توضيح كلام المسالك ودفع بعض المناقشات عنه وذكر بعض المناقشات عليه

ثم إنه لا بأس من أن نوضح كلام المسالك[1]، فنقول: قد تقدم أنا قلنا: إن اشتراط بيع المبيع من البايع لا يوجب لرفع القصد عن البيع، فالتكلم هنا على الغرض، ولما لم يكن لهذا الغرض تحقق لنلاحظ حقيقة الأمر، فلابدّ أن نلاحظ كلام القائلين بأن هذا الشرط يرفع القصد عن البيع من أنه أي شيء يكون**، **فنقول**:

يظهر من آخر العبارة التي نقلها المصنف (ره) هنا عن المسالك أنه يقول: إن قصد البايع لأن يردّ المشتري المبيع إليه لو كان ناشياً من علمه بأن المشتري

---

*) *أي سائر الشروط الفاسدة. (منه قدس سره).*

١) مسالك الأفهام ٢٢٤/٣، النقد والنسيئة.

**) *يقتضي. (منه قدس سره).*

/٤٧٧/ يفعل هذا بمقتضىٰ مروّته وإنصافه، فهذا غير مضرٍّ بصحة البيع.

وأما لو كان ناشياً من أن له إلزاماً على المشتري من أن يردّ المبيع إليه، فهو مضرٍّ بصحة البيع.

ومراده من أن له إلزاماً على المشتري، هو اعتقاده لذلك. وعلى هذا فعدم حكمه بفساد العقد في صورة كان في نفسها أن يبيع المشتري المبيع إلى البايع لكن لم يشترطاه، فمن جهة اعتقاده أنه ليس له إلزام على المشتري بذلك، وكذلك لو ذكر الشرط قبل العقد وعلم أنه غير لازم الوفاء.

وهذا بخلاف ما لو اعتقد أن الشرط قبل العقد أيضاً لازم الوفاء أو أنه علم أنه غير لازم الوفاء، إلا أنه كان بناؤه على ذكر الشرط في العقد، إلا أنه وقع منه النسيان في مجرد ذكر اللفظ بعد أنه كان حال العقد معتقداً لأن له الإلتزام من جهة أنه كان في مقام ذكر الشرط فيه.

ومما ذكرنا يعلم حال ما أورده عليه المصنف (ره)، فإنه يورد عليه تارة بأن علمه بفساد الشرط غير مانع من أن يكون إقدامه على العقد جامع الشرط كما أن الغاصب يعلم بفساد عقده ومع ذلك يقدم على المعاملة حقيقة.

أقول: قد عرفت /٤٧٨/ أن الذي يستفاد من المسالك هو أن الشرط الفاسد المذكور إنما يوجب لفساد العقد في صورة كان معتقداً بأن له إلزام المشتري على العمل بالشرط. وعلى هذا فلو كان مراده أعمّ من الإعتقاد الحقيقي أو البنائي، فيكون الإيراد عليه وارداً.

وتارة بأنه في صورة نسيان الشرط لو كان النسيان عن أصل الشرط ومنه يوقع العقد مطلقاً فلا يوجب فساد الشرط فساد العقد لعدم الإقدام على العقد مقيداً.

وفيه: أن ظاهر عبارة المسالك أن النسيان عن مجرد ذكر الشرط بعد أنه كان بصدد ذكره وكان في ذكره تقيد العقد به حيث قال: أو نسي ذكره مع ذكره.. اه.

ثمّ إن صاحب المسالك[١] في مقام دفع الإيراد عن المحقق[٢] يقول في توضيح كلام المحقق: إنّ كلاً من اللفظ والقصد شرط في الصحة وكذلك في البطلان، فلا يكفي مجرد اللفظ في البطلان، /٤٧٩/ فيورد عليه بأنه إذا كان اللفظ والقصد معاً شرطاً[٣] في الصحة، ففقدان أحدهما يكفى في البطلان.

ونحن نقول: لو كان المراد من قوله «إن اللفظ والقصد شرط في الصحة» هو صحة الشرط في صورة لم يكن الشرط من الشروط الفاسدة، فحينئذ لا إشكال في أن فقدان أحدهما يكفي في فساد الشرط، إلّا أن الكلام ليس في فساد الشرط وإلا فالشرط في المقام يكون المفروض أنه شرط فاسد، بل الكلام في فساد أصل العقد بواسطة فساد الشرط. وهنا لا مانع من القول بأن اللفظ والقصد شرط في صيرورة الشرط الفاسد منشأً لفساد العقد؛ فافهم.

ثم لا يخفىٰ أن ما ذكره في المسالك من أن العقود تابعة للقصود، قد بيّنّا حاله عند التعرض لاشتراط القصد في المتبايعين في شروط المتعاقدين.

[فساد الشرط لعدم تعلق غرضٍ معتدّ به]

قوله: المسألة الثانية.. إلى قوله: إن الوفاء بها لما لم يجب[٤].. اه.

أقول: هذا منه عجيب لأن عدم وجوب الوفاء بالشرط شرعاً لو كان منشأً لعدم كون هذا الشرط مفسداً، فذلك يقتضي أن لا يكون شيء من الشروط الفاسدة مفسدة؛ لأنه لا يجب الوفاء شرعاً بشيء منها مع أنّا نتكلم هنا على القول بكون مطلق الشرط الفاسد مفسداً، /٤٨٠/ بل يجوز القول بأنه من جهة أن التعذر*

---

١) مسالك الأفهام ٣٠٨/٣ ـ ٣٠٩، بيع ما اشتراه قبل القبض.

٢) جامع المقاصد ٢٦٢/٤، يجوز لبائع المتاع شراؤه، وما يتعلق بهذه المسألة.

٣) في المخطوطة: شرط.

٤) كتاب المكاسب ١٠٨/٦، الرابع لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتدّ به.

*) *أي الشرط. (منه قدس سره).*

والتخلف عن الشرط لا يوجب الخيار، أيضاً لم يكن فرق بين هذا الشرط الفاسد وسائر الشروط الفاسدة.

وثانياً إن الجواب الذي ذكره من الوجه الذي ذكره من أن لغوية الشرط لا ينافي تقييد العقد بها في نظر المتعاقدين لا ربط به*؛ لأن التقييد المذكور لا يقتضي وجوب الوفاء به شرعاً.

ثمّ إن ما ذكره المصنف (ره) هنا تكرار منه حيث إنه ذكر حكم ذلك في أول المسألة وقلنا هناك من أن الشرط الذي لا مالية فيه بعد كونه فاسداً في نفسه، لا يوجب فساد أصل العقد لو كان دليل مفسدية الشرط الفاسد لزوم الجهل في الثمن، بخلاف ما لو كان دليل المفسدية عدم التراضي بالعقد بدون الشرط.

وأيضاً تقدم أن اشتراط كفر العبد ليس من هذا القبيل، بل ليس فاسداً أيضاً؛ فراجع.

في مسألة إرث الخيار وأنه منطبق على القاعدة وليس دليله مجرد الإجماع

قوله: الخيار موروث بأنواعه بلا خلاف[1].. اه.

---

*) ***وكذا التقييد في نظر المتعاقدين لا يوجب لأن يصير تعذر الشرط الفاسد لو تخلفه موجباً للخيار.***

ثم لو كان مراده من تقييد العقد بالشرط تعليق إنشاء البيع بالشرط، فمثل هذا يوجب فساد العقد ولو كان الشرط صحيحاً.

ولو كان مراده عدم التراضي بالعقد على تقدير فساد الشرط، فيرد عليه مع الغمض مما تقدم أن عدم الرضاية التقديرية غير مضرٍّ مع الرضاية الفعلية، أن ذلك يرجع إلى ما تقدم من دعوى عدم الرضاء بالعقد إذا كان الشرط فاسداً. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ١٠٩/٦، في أحكام الخيار، الخيار موروث بأنواعه.

[موروثية خيار المجلس]

أقول: لا يخفى أولاً أن النزاع في كون خيار المجلس موروثاً ليس منشأه الإختلاف في استثناء هذا الخيار عن الحكم الثابت للخيار، وإنما منشأه الإختلاف في تحقق المسقط لهذا الخيار بمجرد الموت لدعوى أن الإفتراق بين المتبايعين يحصل بموت أحدهما وأن الافتراق الموجب لسقوط خيار المجلس ما يعمّ مثل هذا الإفتراق.

/ ٤٨١/ ثم إنه يظهر من المصنف (ره) أن كون الخيار موروثاً ينحصر دليله بالإجماع؛ لأن مقتضىٰ الأصل عدم انتقال الخيار إلى الورثة؛ لأنه لم يكن الخيار لهم قبل موت المورِّث.

واستصحاب بقاء الخيار الثابت للمورِّث لا ينفع؛ لأن خيار الفسخ كان أولاً للمورِّث والوارث موضوع آخر لم يكن الخيار له.

فلو كان الغرض إثبات الخيار للوارث، فيصير الأصل مثبتاً، بل يجوز أن يقال: نعلم بارتفاع ما كان من الخيار أولاً والشك في حدوث خيار آخر؛ لأن الخيار لا يقوم إلا بذي الخيار.

وعلى هذا فيدعى أنه ليس لنا دليل يرفع هذا الأصل إلا الإجماع.

وأما ما تمسّكوا أنه من آيات الإرث والنبوي، فلا تتمّ دلالتهما، وذلك لأن النبوي وهو «**ما ترك الميت من حق فلوارثه**»[1] بعد دعوى انجبار ضعف سنده بالعمل كما في الجواهر؛ غايته أنه يدلّ على أن الحق يورث، وكذلك آيات الإرث فإنها أيضاً تدلّ بعمومها أن الحق يورث؛ لأن مثل قوله تعالى ﴿**فلها نصف ما ترك**﴾[2] من

---

١) لم يجئ بهذا اللفظ في الجوامع الحديثية للعامة والخاصة، نعم ورد بلفظ «من ترك مالاً فللوارث» في الفقيه ٢٥٤/٤، ح ٨١٨ والوسائل. صرح بذلك كله في هامش مسالك الإفهام ٣٤١/١٢ الثالثة وصى تورث كالمال، فراجع.

٢) النساء: ١٧٦.

جهة حذف المتعلق يقتضي العموم فيما يتركه الميت ويذهب من مال أو حق، وعموم الموصول بمقدار عموم صلته؛ وقد عرفت عموم الصلة من جهة حذف المتعلق.

/ ٤٨٢/ فيناقش على الإستدلال بهما من وجهين:

الأول: أنه لا طريق لنا لإثبات كون الخيار حقاً من غير جهة الإجماع الذي قد عرفت أنه يثبت أصل المدعى.

والثاني: أنه لا طريق لنا لإثبات كونه حقاً قابلاً للإنتقال من غير جهة الإجماع المشار إليه مع أن تمامية الإستدلال بالنبوي والآيات موقوفة على إثبات هاتين المقدمتين.

ونحن نقول: إن توضيح المقام يتوقف على بيان المراد من الحق والحكم، وبيان ما يعيّن أحدهما عن الآخر عند الشك، وبيان ما هو مقتضى الأصل والقاعدة في صورة لم يكن لنا طريق إلى تميز الحق من الحكم.

في بيان أقسام الحقوق وأنه منها ما يكون قابلاً لكلّ من الإرث والنقل والإسقاط ومنها ما لا يكون كذلك

ونحن وإن تعرضنا لبيان الفرق بين الحق والحكم في مسقطات خيار المجلس مفصلاً إلا أنه نكرّره هنا إجمالاً لبيان ترتب الثمرة المقصودة في المقام عليه من كون إرث حق الخيار على طبق القاعدة، **فنقول**:

[الفرق بين الحق والحكم]

أما المقام الأول فنقول: إنه نقلت في تعليقاتي على المكاسب في هذا المقام عن بعض الأساتيد بما حاصله: إن الحق ما يكون قابلاً للإسقاط ما لم يمنع عنه مانع،

والحكم ما لا يكون كذلك، وذلك لأنا نرىٰ /٤٨٣/ أن من الحقوق:

ما يكون قابلاً للإسقاط والنقل والإرث كحق التحجير.

ومنها ما يكون قابلاً للإسقاط والنقل دون الإرث كحق المضاجعة بناءً على أن نقول: إن ما ورد في أن سودة وهبت ليلتها إلى عايشة يكون من قبيل نقل حقها إليها، لا أنها أسقطت حقها ثم جعله النبي[ﷺ] لعايشة باختياره.

ومنها ما يكون قابلاً للإرث والإسقاط، دون الانتقال كحق الشفعة.

ومنها ما لا يكون قابلاً إلا للإسقاط كحق الزوج على الزوجة.

ومما ذكرنا ظهر أن الحق في جميع الأقسام قابل لأن يسقط، فلا مانع من أن يعرف الحق بما يكون قابلاً للإسقاط.

نعم، ربما يوجد مانع عن الإسقاط، فلذا قيّدنا في التعريف بصورة عدم المانع، ووجود المانع عن الإسقاط بأن يصير الحق مشتركاً بين شخصين كحق الحضانة للقيط حيث إنه مشترك بين اللقيط والملتقط. ولعل حق الرضاع أيضاً في الجملة من هذا القبيل.

أقول: أولاً لا يخفىٰ أن حق الزوج على الزوجة ليس قابلاً للإسقاط، ولذا لو قال «أسقطت حقي» أيضاً يكون بعد مسلطاً عليها. والظاهر أنه لا إشكال /٤٨٤/ فيه.

وثانياً حق الحضانة للقيط الذي قال بأنه لا يسقط، لو فرضنا أنه لا ينتقل ولا يورث أيضاً فلا وجه لتسميته حقاً كما سيوضح ـ إن شاء الله ـ.

وأما لو كان قابلاً لغير الإسقاط، فلم يتم التعريف بأن الحق ما يكون قابلاً للإسقاط.

هذا، مع أنه لو فرضنا أن كل حق يكون قابلاً للإسقاط فليس موجباً لأن يعرف بأنه ما يكون قابلاً للإسقاط مع أن المراد منه ما يكون قابلاً للإرث أو النقل أو الإسقاط على سبيل منع الخلوّ؛ لأن هذا اصطلاح من الفقهاء ومرادهم من الحق هو

ذلك كما سيوضح ـ إن شاء الله ـ.

في بيان الطرق التي يميز بها كلّ من الحق والحكم عن الآخر وبيان حال تلك الطرق

وأما المقام الثاني وهو أنه هل لنا طريق إلى تميز الحكم من الحق أم لا؟ يظهر من المصنف في المقام أنه ليس لنا طريق إليه من غير أن يقوم نص أو إجماع عليه ونقلنا التصريح بذلك عن الأستاد (ره) في مسألة أن الإجازة حكم حتى لا تورث أو أنه حق حتى تورث، فإنه قال في رد المصنف (ره) هناك: إن التميز بين الحق والحكم غير ممكن لنا؛ إذ نحن لا نفهم الفرق بين جواز التصرف للواهب وبين جواز التصرف لذي الخيار مع أن الأول حكم لا يورث والثاني حق يورث.

/ ٤٨٥ / وعلى هذا نقول: إنه إذا حكم الشارع بجواز عمل لشخص، فحينئذٍ لو قام دليل على أن هذا الحكم بجواز التصرف لهذا الشخص يصير إرثا أو أنه يسقط بإسقاطه أو ينتقل إذا نقل، فنحن نسمّي هذا الحكم حقاً كما أنه لو ثبت أنه ليس قابلاً لشيء منها، فنسمّيه بالحكم، ولا نفهم حقيقة الحق والحكم حتى نعيّن شيئاً منهما من دون أن يقوم عليه دليل شرعي.

فتعيين كل منهما إما بالاجماع أو قيام دليل آخر، وإلا فالمرجع القواعد والأصول من عدم الإرث والنقل وغيرهما؛ إنتهى.

ونقلت في بعض تعليقاتي على المكاسب عن بعض الأساتيد أنه قال: قد ورد لفظ الحق والحكم في الأخبار، فلابدّ من تعيين المعنى العرفي له، **فنقول:**

كل مورد استفدنا من دليله أن السلطنة الثابتة تكون للشخص. فنقول: إن أهل العرف يسمّونه بالحق، وكل مورد استفدنا من دليله أن السلطنة من آثار الموضوع الكلي وأن ثبوتها للشخص لاندراجه في الكلي، فنقول: إن أهل العرف يسمّونه

بالحكم.

ولا يخفى أن هذا الوجه للفرق توهم من عبارة المصنف أيضاً في بيع الفضولي عند بيان أن الإجازة تورث أم لا، ونحن ناقشنا عليه هناك:

أولاً بأن هذا الميزان يكون مشتبهاً /٤٨٦/ لأنه في كل مورد فرض، يجوز أن يقال: إنه من هذا القبيل أو ذلك القبيل.

وثانياً أن الحكم في جميع الموارد للأشخاص؛ لأنه لا معنى لثبوت الحكم للكلي من حيث إنه كلي.

نعم، يمكن أن يكون خصوصيات الأفراد ملحوظة أو لم تكن ملحوظة، إلّا أن تعيين ذلك أيضاً بالنسبة إلى من ثبت له الحكم مشكل أو غير ممكن. ولا يخفىٰ أن ما ذكرناه غير منافٍ لما ذكرناه في استصحاب الشرايع السابقة من أن الأحكام تكون للعناوين؛ لأن ما ذكرناه هناك مرجعه إلى المسامحة في موضوع المستصحب.

وثالثاً نقول: إن الغرض في المقام إثبات آثار الحق من النقل والسقوط والتورث، ولم يقم بعد دليل على ثبوت هذه الآثار لما يطلق عليه الحق عرفاً حتى نعين مصداقه بما ذكرت، فنترتب الآثار؛ إذ مجرد إطلاق لفظ الحق على بعض الأحكام غير منتجٍ لشيء حتى أنه في خصوص الحكم الشخصي الذي أطلق عليه لفظ الحق في الأخبار لا يعلم ترتب هذه الآثار عليه بمجرد إطلاق لفظ الحق؛ كيف ولا ملازمة في إطلاق لفظ الحق على شيء من الأحكام مع ترتب هذه الآثار عليه كما أنه يطلق لفظ الحق على سلطنة الزوج على الزوجة مع أنها ليست قابلة لشيء منها، وعلى حق المضاجعة وليس قابلاً للإرث /٤٨٧/ وعلى حق الشفعة مع أنه ليس قابلاً للنقل.

نعم، في الإرث ورد أن ما تركه الميت من حق، فهو لوارثه كما تقدم، فهنا لما ترتب الأثر ـ وهو الإرث ـ على الحق، فلا مانع من أن يرجع في تعيين معناه إلى

العرف كسائر الألفاظ التي ورد في لسان الشرع في بيان موضوع الأحكام أو غيرها، بل لو علمنا الملازمة بين الإرث والنقل والإسقاط أيضاً نقول: ما يطلق عليه الحق عرفاً يثبت فيه أنه ينقل بالصلح أو غيره ويسقط بالإسقاط أيضاً.

ولا يضرّ بما ذكرناه أن يثبت في مورد عدم الإرث فيما يطلق عليه لفظ الحق عرفاً؛ لأن الدليل الشرعي قابل للتخصيص كسائر العمومات والإطلاقات أيضاً.

نعم، هذا يتم لو قام دليل مطلق على الملازمة، بل لنا أن نقول: إن إطلاق لفظ الحق من الشارع على حكم يكشف من أن المجعول من الشرع هو الحكم الوضعي وعليه نقول: إن مقتضى القاعدة أن يورث وأن ينتقل وأن يسقط ببيانٍ تقدم في مسقطات خيار المجلس.

وسيأتي بيانه في الجملة هنا ـ إن شاء الله ـ.

وقد عرفت أن الدليل الشرعي قابل للتخصيص، فلا ينافي مع إطلاق لفظ الحق من الشارع على حكمٍ، وثبوت عدم ترتب الآثار عليه من الإرث والنقل والإسقاط؛ لأن كل ما نقول بمقتضى العمومات والدليل /٤٨٨/ الشرعي قد عرفت أنه قابل للتخصيص.

بقي الكلام في بيان ما هو المختار في بيان ما هو الطريق لتشخيص الحق من الحكم بحيث يترتب على الحق آثاره من الإرث وغيره، وإن أوضحنا ذلك في مسقطات خياري المجلس والغبن، لكن نكرّره هنا على نحو الإختصار ويوضح في ضمنه بعض ما لم يوضح حاله في المقامين المشار إليهما، **فنقول:**

في بيان الحكم الوضعي وأن كونه مجعولاً بمعنى كونه منشأً وأن ذلك يتمّ لو تحقق عنوانه بنفس الإنشاء

قد ذكرنا عند التعرض لبيان الأحكام الوضعية في مسألة الإستصحاب أنه لا

إشكال في مجعولية الأحكام التكليفية ومعنى الجعل فيها إنشاء كل واحد منها بلفظ وضع لإنشائها أو يستعمل في إنشائها ولو مجازاً، مثل «جعلت هذا الفعل واجباً» في مقام الإنشاء، لا الإخبار على التحقيق من أن الوجود الإنشائي لا مانع فيه بوجه كما يقوله جميع العلماء ومتعارف في الألفاظ استعمالاً أو وضعاً كما في صيغة «إفعل» وغيره من الإنشاءات، خلافاً لبعض مشايخنا.

وحقيقة الوجوب وكذلك سائر الأحكام يتحقق بنفس هذا الإنشاء من دون حاجة إلى تغيّر في شيء من الواقعيات.

وأما الأحكام الوضعية فلو فرض أنها لم تتحقق حقيقتها بمجرد الإنشاء الذي هو أمر /٤٨٩/ إعتباري حيث إنه عبارة عن قصد حصول المعنى باللفظ، فليست قابلة للجعل كما أنه بالنسبة إلى الجزئية لو فرض طروّ جهة وحدة على أشياء متعددة كصيرورتها متعلقاً لأمر واحد أو غير ذلك، فهنا ينتزع الجزئية لكل واحد من تلك الأشياء المتعددة، فتكون الجزئية هنا منتزعة من الحكم التكليفي أو غيره وليست بمجعولة.

وأما لو لم تطرء جهة وحدة على تلك الأشياء، فلا تنتزع الجزئية. ولو قال قائل «جعلت الجزئية لشيء منها» فيكون ذلك لغواً من دون تحقق منشأ الإنتزاع ومع وجود تحقق منشأ الإنتزاع، لا يحتاج إلى الجعل؛ فعلى هذا فحقيقة الجزئية لا تتحقق بمجرد الجعل.

وأما لو فرض أن الحكم الوضعي أيضاً تتحقق حقيقته بمجرد الإنشاء والجعل والإعتبار من دون حاجة إلى سبق منشأ اعتبار، بل هو كالتكليفي تتحقق حقيقته بنفس الإنشاء والإعتبار من معتبر كان له هذا الشأن، فيكون مجعولاً.

نعم، على قول العدلية لابدّ لأن يكون لهذا الإعتبار حكمة كما أن التكليفي أيضاً كان كذلك.

في بيان حقيقة الحكم الوضعي وأنه ينشأ أولاً ويجعل التكليفي من آثاره ويجوز جعل مجرد التكليفي فيكون حكماً

ثمّ /٤٩٠/ إن هذا الحكم الوضعي يكون الحكم التكليفي أثراً له، لا منشأ انتزاع له، سواء أستفيد ذلك الحكم التكليفي من نفس ما دل على جعل الحكم الوضعي أو من نفس جعله أو من دليل آخر ولو لم يترتب عليه الأثر التكليفي بوجه من الوجوه، يصير جعل ذلك الحكم الوضعي لغواً، لا لاحتياجه إلى منشأ انتزاع كما في القسم الأول الذي قلنا بأنه منتزع من التكليفي، بل لأن جعله يصير بلا فائدة، وإلا فقد عرفت أن حقيقته توجد بنفس الإنشاء والإعتبار؛ وتمام الكلام في هذا المقام موكول إلى محله.

وإذا عرفت هذا، فتقول: إن الحق يكون من قبيل الحكم الوضعي، فيكون التكليفي أثراً له.

وأما الحكم فعبارة عن عين الحكم التكليفي، فعلى هذا نقول: لو كان إنشاء الشارع تجويز تصرف في شيء، فللمكلف أن يفعله وأن لا يفعله ويكون المجعول من الحكم التكليفي.

وأما لو كان تجويز /٤٩١/ الشرع للتصرف في شيء من آثار شيء آخر جعله أولاً، فيكون المجعول هو الحكم الوضعي كما لو كان المنشأ للشارع أن العين أو المنفعة أو غير ذلك ملك لك وأن أمره بيدك وكان الحكم التكليفي أثراً له.

ثمّ إنه في صورة كان المجعول نفس الحكم التكليفي فليس للمكلف شيء يكون له التصرف فيه ونفس الحكم التكليفي ليس له أن ينقله أو يسقطه لأن أمره بيد الشارع، لا بيد المكلف.

وأما في صورة كان المجعول نفس الحكم الوضعي، فيصدق أن للمكلف شيئاً

ويتحقق هذا العنوان.

وفي هذا الفرض ذكرنا في خيار الغبن أن العمومات تقتضي صحة النقل والإسقاط.

وفي مثل هذا الفرض لو ثبت عدم جواز الإسقاط وغيره، فنقول: إن هذا تخصيص عليها، ولا يضرّ ذلك بمورد لم يثبت التخصيص. وكذلك في صورة كان المجعول هو الحكم الوضعي، فيصدق هناك أنه كان لهذا الشخص /٤٩٢/ شيء وأنه مات وتركه، فيكون مقتضىٰ أدلّة الإرث أن يكون لوارثه، بل الأموال كلها من هذا القبيل حيث اعتبر فيها كون هذه العين أو المنفعة لهذا الشخص وكان جواز التصرف مترتباً عليه، فيشملها أدلة الإرث.

وهذا بخلاف ما لو كان المجعول من الشارع مجرد الحكم التكليفي كجواز التصرف في المسجد، فإن الموجود هنا نفس الحكم وحكم شخص ليس لشخص آخر حتى يصدق أنه كان له شيء وتركه.

في بيان أن الخيارات من الحقوق من غير فرق بين المنصوصة وما ثبت بقاعدة الضرر

بقي الكلام في أن الخيارات من قبيل الحق أو الحكم، فنقول: بعد ما عرفت أن للشارع أن يجعل الحكم الوضعي ويجعل التكليفي أثراً له كما فيما يحكم الشارع بأنه ملك فلان وماله وغير ذلك، كذلك له أن يجعل مجرد الحكم التكليفي أولاً كما في حكمه بوجوب زكاة الفطرة والنذر وغير ذلك. فعلى هذا فلابدّ أن تلاحظ الألفاظ الصادرة من الشارع، فإنه بعد إمكان الطرفين يكون ظهور /٤٩٣/ اللفظ حجة في تعيين كل منهما.

وعلى هذا نقول: إن التعبير الذي له ظهور في أن المجعول الحكم التكليفي، فهو

مثل «يجوز» وشبهه. وأما لو كان التعبير أن هذا الشيء لفلان أو أن أمره بيده أو أنه حقه، فيكون أشباه ذلك ظاهرة في أن المجعول هو الوضعي، فعلى هذا نقول: إن مثل قوله «له الخيار» أو «لك الخيار» ظاهر في أن المجعول هو الحكم الوضعي، ولكن هذا يثبت المقصود بضميمة المقدمات السابقة في خصوص الخيارات المنصوصة، دون الخيارات التي تثبت بقاعدة الضرر.

نعم، لنا برهان على أن الخيار مطلقاً لا يمكن إلا أن يكون من قبيل الحق، لأن ما يكون لذي الخيار، لا يمكن أن يكون من قبيل الحكم التكليفي؛ لأن مجرد جواز قوله «فسخت» كان لكل أحد، وأما التصرف في العين فمن الواضح أنه من آثار الفسخ وانتقال المال.

فالذي ثبت لذي الخيار أن له أن يفسخ العقد، فيدخل كل من العينين في ملك الآخر /٤٩٤/ حتى يترتب عليه جواز التصرف، فالمجعول ليس إلا الحكم الوضعي كما أن مقتضى أدلّة الخيار أيضاً رفع وجوب الوفاء بالعقد؛ فينتج أن العقد من حيث الإثبات والرفع يكون أمره بيده، فيكون حكماً وضعياً.

إن قلت: إن مقتضىٰ ذلك أن يكون جواز رجوع الواهب أيضاً من قبيل الحق، مع أنهم يسلّمون أنه من الحكم، وذلك لأنه لابدّ أن نقول في الواهب أيضاً: إن له [أن] يتملك العين أو يفسخ العقد لتملكها.

وعلى كل حال، ما يثبت للواهب يكون من قبيل الحكم الوضعي.

قلت: هذا لا يضرّ بشيء، لأنا نقول: إن جواز رجوع الواهب أيضاً من قبيل الحق؛ غاية الأمر أنه بعد أن العمومات قلنا إنها تقتضي[1] ترتب الإرث وصحة النقل والإنتقال في كل ما يصدق عليه الحق أو يكون حقاً بالمعنى المتقدم، نقول: إن العمومات لا مانع من تخصيصها في بعض الموارد.

---

١) في المخطوطة: يقتضي.

في أن الخيارات من قبيل الحقوق وأنها تورث

فتلخص مما ذكرناه أن مقتضىٰ أدلة الإرث أن يورث حق الخيار، وأما سائر المطالب المتعلقة بالحكم و /٤٩٥/ الحق فموكول إلى المقامين المشار إليهما.

في أن إرث حق الخيار ليس تبعاً لإرث المال

قوله: بقي الكلام في أن إرث الخيار ليس تابعاً[1] .. اه.

أقول: لا يخفىٰ أن الوارث لو كان ممنوعاً من أصل الإرث لكونه رقّاً أو كافراً أو قاتلاً للمورّث، فلا فرق في ذلك بين إرث المال والحق، فلا يرث شيئاً منهما.

وأما لو كان ممنوعاً من خصوص إرث المال كما لو فرض استغراق دين الميت لتركته وقلنا في هذا الفرض: إنه لا يرث الوارث شيئاً من المال، فهذا لا يمنع من إرث حق الخيار المتعلق بتلك الأموال.

وذلك لأن حق الخيار كان شيئاً ثابتاً للمورث، وتقدم أن أدلّة الإرث كان مفادها أن كل ما للمورث فهو لوارثه، وتقدم أنا أثبتنا أن حق الخيار مما كان للميت وأنه ليس من الحكم التكليفي، والمفروض أن المانع وجد عن خصوص إرث المال. وأما الخيار المتعلق به الذي كان للميت، فلم يوجد له مانع.

وهذا الوجه الذي ذكرنا لإرث حق الخيار يجري في صورة كان تعبد شرعي بعدم إرث المال أيضاً كغير الولد الأكبر بالنسبة إلى حق الخيار المتعلق بالحبوة، وكالزوجة بالنسبة إلى حق الخيار المتعلق بما يحرم عنه الزوجة كالأرض، سواء كان حق الخيار في بيع اقتضى إنتقال تلك /٤٩٦/ الأعيان إلى الميت أو عنه.

---

١) كتاب المكاسب ١١١/٦، إرث الخيار ليس تابعاً لإرث المال.

ولا يخفىٰ أن ما ذكرناه يقتضي أن يصير الخيار الثابت للأجنبي إرثاً لوارثه في صورة كان الخيار مطلقاً غير مقيد بما يرتفع عنه قابلية البقاء، كما التزمه في الجواهر[١] وفاقاً للتحرير[٢]، خلافاً للقواعد[٣] والإيضاح[٤]، كما نقله المصنف[٥] عنهما.

وسيأتي تتميم الكلام بعد الفراغ من شرح كلام المصنف (ره).

في بيان أن إرث الخيار ليس تبعاً لإرث المال وبيان كلام المصنف (ره) في ممنوعية الزوجة عن الخيار في الجملة

قوله: ولم أجد من جزم بعدم الإرث مطلقاً وإن أمكن توجيهه[٦].. اه.

أقول: حاصل التوجيه أنه بالنسبة إلى صورة كان ما يحرم عنه الوارث منتقلاً عن الميت، كما لو كان الوارث الزوجة وقد باع زوجها الميت الأرض التي لا ترث فيها، فتارة يدعى أن الخيار علاقة لذي الخيار فيما انتقل عنه، توجب سلطنته عليه وهنا لا علاقة للزوجة فيما انتقل عن الميت وهو الأرض.

وتارة يدعى أن الخيار علاقة لذي الخيار فيما انتقل عنه من حيث استرداده إلى نفسه أو إلى من هو من قبله كما في الأجنبي والزوجة، لا تردّ الأرض إلى نفسها، وليس من قبل من ردّ الأرض /٤٩٧/ إليه أيضاً.

وتارة يدعى أن خيار الوارث لابدّ أن يكون على نحو خيار مورثه من حيث

---

١) جواهر الكلام ٧٧/٢٣، لا فرق في إرث الخيار بين حصوله فعلاً للميت وبين حصول سببه.
٢) تحرير الأحكام ٢٨٧/٢، القسم الثالث: خيار الشرط.
٣) قواعد الأحكام ٦٨/٢، في أحكام الخيار.
٤) إيضاح الفوائد ٤٨٧/١، أحكام الخيار.
٥) كتاب المكاسب ١١٤/٦، كلام فخرالدين.
٦) كتاب المكاسب ١١٢/٦، الأقوال في المسألة.

الإسترداد إلى النفس أو الغير وإرث الزوجة للخيار في مفروض المقام ليس كذلك.

ولا يخفى أنه يلزمه على الوجهين الأخيرين تسليم أن لا يكون مانعاً من أن يورث وارث الأجنبي المجعول له الخيار، للخيار الثابت لمورّثهم.

وأما بالنسبة إلى صورة كان ما يحرم عنه الوارث منتقلاً إلى الميت، فهنا لما يكون للزوجة أن يردّ ثمنه إلى نفسها، فلا يأتي فيه شيء من الوجوه السابقة، فهنا يدّعى شيء آخر، وهو أنه وإن كان للزوجة علاقة إلى ذلك الثمن من حيث استرداده إلى نفسها كما كان لمورّثها إلا أنها لا تتمكّن من إيصال عوضه، وهو الأرض إلى غير ذي الخيار الذي كان بايع الأرض، حيث صارت الأرض ملكاً لسائر الورثة، ومن شرط الخيار التمكن من إيصال العوض أيضاً.

ويستشهد لذلك بما ادعاه في خيار /٤٩٨/ المجلس من منع ثبوت خيار المجلس للوكيل وانصراف أدلة الخيار عنه؛ لأن المال بمجرد الشراء ينتقل إلى الموكل، فليس قادراً بالفسخ إن يردّ العوض إلى الطرف الآخر.

في توضيح كلام المصنف (ره) في بيان ممنوعية الزوجة عن حق الخيار المتعلق بما تحرّم عنه الزوجة

ثم يتصدى للفرق بين الوكيل وبين المقام بأن ملك من باع الأرض بالميت للثمن كان متزلزلاً، وهذا التزلزل باقٍ بعد الموت ولو لم تملك الزوجة للخيار، حيث إنها تكون كسائر الورثة أن تردّ الثمن.

ففي مثل هذا الفرض لا مانع من أن ترث الزوجة أيضاً للخيار الباقي بعد الموت.

وهذا بخلاف الوكيل؛ لأن تزلزل ملك الطرف الآخر الذي يريد الوكيل أن يردّه، يتوقف على أن يكون الخيار للوكيل.

وعلى هذا، فالقول بأن الوكيل لا يثبت له خيار المجلس غير منافٍ للقول بأن الزوجة ترث الخيار في العقد الواقع على ما تحرم الزوجة عنه إذا كان ما تحرم عنه الزوجة، منتقلاً /٤٩٩/ إلى الميت.

هذا، مضافاً إلى أنه في هذا الفرض لم يكن مانع من أن تستردّ الزوجة الثمن، لأنها يردّها إلى نفسها، وإنما المانع كان من جهة أنها لم تكن متمكنة من إيصال العوض إلى البايع، ونقول: إن هذا غير مانع من ثبوت الخيار للزوجة، وإلا فلابدّ أن تقول بعدم ثبوت الخيار لسائر الورثة في عكس المسألة، وهو ما لو كان ما تحرم عنه الزوجة منتقلاً عن الميت لعدم تمكن سائر الورثة من إيصال العوض، حيث إن العوض انتقل إلى الزوجة بالموت.

إن قلت: هنا أيضاً نقول: إن سائر الورثة يكون لهم الخيار بقدر حصتهم.

قلت: على هذا يلزم بعد فسخ الورثة تبعض الصفقة، وعلى هذا فالأقوى التفصيل بين صورة كان ما تحرم عنه الزوجة منتقلاً إلى الميت، فالزوجة ترث الخيار، دون صورة كان ما تحرم /٥٠٠/ عنه منتقلاً عن الميت.

هذا ملخّص كلام المصنف (ره).

ثمّ بعد ذلك ينقل كلام بعض من يقول بهذا التفصيل وكلام بعض من يقول بخلافه، فيردّه. ونحن نقول:

في الرد على المصنف (ره) فيما احتجّ به لعدم إرث الزوجة لحق الخيار، في الجملة

أولاً لا يخفى عليك أنه تقدم في خيار المجلس أن الوكيل ربما يصدق عليه البيّع كما لو كان أمر المال بيده في التجارة، فيكون له الخيار. ولا وجه لدعوى

انصراف دليل الخيار عنه مثل قوله عليه السلام «البيّعان بالخيار»[١].

ودعوى أنه غير متمكن من إيصال العوض لانتقاله إلى الموكل، موهونة من جهة أن أدلّة الخيار في جميع الموارد مقدمة على مثل «لا يحلّ مال امرئ إلا بطيب نفسه»[٢] ومثل «الناس مسلّطون على أموالهم»[٣].

ومنه لا مانع من ثبوت الخيار للأجنبي، بل مقتضى أدلّة الخيار في جميع الموارد منافٍ مع قوله «لا يحلّ مال».. اه وأشباه ذلك.

وثانياً نقول: لا فرق بين إرث الزوجة للخيار وبين ثبوت الخيار للوكيل من الجهة /٥٠١/ التي ذكرها؛ لأنه في الوكيل أيضاً التزلزل والخيار للعقد يكون ثابتاً ولو لم نقل بثبوت الخيار للوكيل. وذلك لأنه لو لم يكن خيار المجلس للوكيل يكون للموكل ولو في بعض الموارد، كما تقدم في خيار المجلس.

---

١) الكافي ١٧٠/٥، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٤ و٥ و٦، والروايات هنّ:

علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن جميل وابن بكير عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول:

قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيّعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان ثلاثة أيام.

قلت: الرجل يشتري من الرجل المتاع، ثمّ يدعه عنده ويقول: حتى نأتيك بثمنه.

قال: إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له.

أبو علي الأشعري عن محمد بن عبدالجبار عن صفوان عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال:

قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيّعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام.

محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن جميل عن فضيل عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: ما الشرط في الحيوان؟

فقال: إلى ثلاثة أيام للمشتري.

قلت: فما الشرط في غير الحيوان؟

قال: البيّعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما.

٢) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٨، وفيه: لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه.

٣) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩.

وثالثاً نقول: كل دليل أثبت حكماً أو شيئاً آخر، فلابدّ أن يرجع في تعيين خصوصياته أيضاً إلى ذلك الدليل.

وعلى هذا نقول: إن المصنف (ره) لمّا أنكر كون إرث الخيار على طبق القاعدة وجعل الدليل على ثبوته الإجماع، فله أن يدعي أن الإجماع لا لسان له ليعين به الخصوصيات، لاختلاف كلمات المجمعين. وعلى هذا فكيفية الإرث كان مورداً للإحتمالات التي نقلنا هنا عنه في شقي المسألة.

هذا، إلا أنه لو كان الوجه في ذكر الإحتمالات كون دليل الإرث لبّياً لا لسان له، فلابدّ أن يأخذ بالمتيقن، فينكر إرث الزوجة للخيار المتعلق بما تحرم عنه رأساً، بل ينكر إرث الخيار في الدين المستغرق المتقدم ذكره ونظائره، إلا أن يقال: إنه حصل له القطع بالإحتمال الذي رجّحه، لكن فيه: أنه قطع في غير محل بعد أنه ليس مدرك /٥٠٢/ له حيث إن أغلب ما ذكره كان مجرد دعوىً وكان في البين احتمال أن يكون الواقع كذلك، ومجرد الظن بأحدها أيضاً ليس بحجة.

في بيان أن إرث الخيار ليس تبعاً لإرث المال ولو قلنا إن متعلق حق الخيار العين في الجملة

وأما على ما ذكرناه من أن إرث الخيار على طبق القاعدة، فنقول: قد تقدم أن الخيار كان واحداً مما كان للميت وتركه، وعرفت أن مقتضى أدلة الإرث أن كل ما كان للميت وتركه يكون لوارثه.

وعلى هذا فلابدّ أن يلاحظ من أن ما كان للميت وتركه في باب الخيارات أي شيء يكون، فتقول: لو قلنا: إن الخيار حق في العين يعني يكون لذي الخيار إسترجاع العين كما في المعاطاة، فحينئذٍ يجوز أن يقال: إن ما يثبت للوارث لابدّ أن يكون بنحوٍ كان للمورّث كما ادعاه المصنف أخيراً بأن نعقل أحد العوضين من

غير ذي الخيار إلى نفسه وأخراهما من نفسه إلى غير ذى الخيار.

ومقتضىٰ ذلك أن لا يرث الزوجة للخيار المتعلق بما تحرم عنه رأساً.

ويجوز أن يقال: إن له أن ينقل أحد العوضين إلى نفسه والآخر /٥٠٣/ إلى غير ذي الخيار.

وأما كون نقل الآخر إلى غير ذي الخيار، فيكون الخيار في استرجاع كلّ عين إلى محلها من ملك نفسه، فلم يؤخذ ذلك فيه، والميت وإن كان ينقل من ملك نفسه إلى غير ذي الخيار إلّا أن كون ذلك من ملك نفسه، فغير مأخوذ في معنى الخيار.

وعليه فيكون الخيار للزوجة ثابتاً في صورة كان ما تحرم عنه منتقلاً إلى الميت دون ما لو كان منتقلاً عنه كما اختاره المصنف (ره).

وأما لو قلنا: إن الخيار حق في نفس العقد، فذلك يقتضي ثبوت إرث الخيار للزوجة مطلقاً؛ لأنه على هذا نقول: إن حلّ العقد وفسخه كان للميت وكل ما كان للميت يكون لوارثه. وقيام الدليل على كون الزوجة ممنوعةً[١] عن المال لا يقتضي أن تكون ممنوعةً[٢] من حق آخر كان ثابتاً للميت.

وقد تقدم أن دليل الخيار مقدم على مثل «**لا يحلّ مال امرئ ..**» اه، وقوله «**الناس مسلّطون على أموالهم**»[٣].

في بيان ما يؤيد أو يدلّ على أن حق الخيار متعلق بالعقد لا العين في تمام الخيارات

وإذا عرفت ذلك، فنقول: الحق أن الخيار حق في نفس العقد، ومعناه أن لذي

---

١) في المخطوطة: ممنوعاً.

٢) في المخطوطة: ممنوعاً.

٣) نفس المصدر السابق.

الخيار حلّ العقد وفسخه. فيترتّب عليه انتقال العوضين. وذلك لأنه مع الغمض من أن المشهور يقولون ببقاء الخيار بعد تلف العين، فلا يمكن أن يكون /٥٠٤/ الخيار نفس العين.

ومع الغمض من دعواهم الإتفاق على مشروعية الإقالة بعد تلف العينين الكاشف من أن العقد بعد التلف قابل للفسخ، ومع الغمض من دعوى صاحب الجواهر[1] في باب الخيارات بأن دعوى تعلق حق الخيار بنفس العين مخالف لكلام معظم الأصحاب، ويمكن دعوى القطع بخلافه المؤيد ذلك بأنا لم نرَ من كان مشيه في تمام الفروع على أن يكون حق الخيار متعلقاً بالعين، بل إنما صدر ذلك من بعضهم في بعض الموارد.

ومع الغمض من أنه يقول المصنف (ره) في آخر أحكام الخيارات من أن المراد بالخيار ملكية فسخ العقد وأن يمنع هو كون المراد منه في كلام الشارع ذلك.

وعلى كل حال، مع الغمض عن ذلك كله نقول: أما بالنسبة إلى الخيارات التي تكون دليلها قاعدة الضرر، فلما ذكرنا في قاعدة الضرر من أنها لا ترفع صحة العقد الضرري لعدم المنة في رفعها وإنما ترفع لزوم الوفاء بالعقد.

وإذا كان دليل صحة العقد غير دليل لزومه، فتصير النتيجة أن العقد صحيح وغير لازم /٥٠٥/ الوفاء في حق ذي الخيار، ولا معنى لذلك إلا ثبوت خيار حل العقد وفسخه له والمثبت في باب الأمارات حجة.

هذا، مع أنه لا إشكال في أن العقد قابل لأن يفسخ وقاعدة الضرر تجري بعد تلف العين، فيثبت رفع وجوب الوفاء وأن له أن يفسخ، فيرجع إلى البدل بتقريب تقدم في مسقطات خيار الغبن.

وأما بالنسبة إلى الخيارات المنصوصة، فبعد غمض العين من إمكان دعوى

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٩٠، إذا تلف المبيع بعد قبضه فهو من مال المشتري وإن كان الخيار للمشتري خاصة فالتلف من مال البايع.

القطع من أنه من هذه الجهة يكون حالها بمثل الخيارات التي ثبتت بقاعدة الضرر، ومع غمض العين من إمكان دعوى أن بإطلاق أدلّة الخيارات لشمولها لما بعد تلف العين، يمكن رفع الإجماع عن متعلق الخيار وأن متعلقه العقد، لا العين، **نقول**: إن الأخبار الواردة في خياري المجلس والحيوان كثير[ة]:

منها كان مضمونها أنه يكون الخيار قبل التفرق وفي الثلاثة وأنه بعدهما وجب الشراء.

والمراد بوجوب الشراء لزوم البيع، فمقابلة ذلك للخيار يصير منشأً لظهور أن الخيار في نفس الشراء والبيع بأن يرفعه ويفسخه.

هذا كلّه مع أن مقتضىٰ /٥٠٦/ القاعدة أن يكون الخيار في نفس العقد بأن يفسخه ويرفعه بحلّ المعاهدة التي حصلت بالبيع. وذلك لأن مجرد ترادّ العينين مع بقاء البيع والعقد تصرف في ملك الغير، فلابدّ أن يكون ذلك متفرعاً على رفع أصل البيع أولاً كما أنه في الطلاق الرجعي لابدّ من أن يكون الإستمتاع من الزوجة متفرعاً على سبق الرجوع ولو كان إنشاء الرجوع بفعل مقدمات الإستمتاع.

إن قلت: فما تقول في المعاطاة مع أن الخيار هناك في ترادّ العينين؟

قلت:الذي يقوله المشهور في باب المعاطاة أن تلف العين أو العينين ملزم. وقد يناقش على كون التلف ملزماً على القول بكون المعاطاة بيعاً؛ فأجاب بعض بأن الخيار هناك في ترادّ العينين.

ونحن نقول: لو سلّمنا الإجماع على لزوم المعاطاة بعد تلف العين، فلا مانع من كون التلف ملزماً كما أنه لا مانع من كونه موجباً لسقوط الخيار.

في كيفية استحقاق الخيار

قوله: مسألة في كيفية استحقاق..إلى قوله: الأول ما اختاره[1] .. اه.

---

١) كتاب المكاسب ١١٧/٦، مسألة: وجوه في كيفية استحقاق الورثة للخيار.

أقول: تقدم /٥٠٧/ كراراً أن كل دليل يثبت مطلباً، فلابدّ أن يؤخذ خصوصيات ذلك المطلب أيضاً من ذلك الدليل، فعلى هذا بناءً على طريقة المصنف من جعله الدليل على أصل الإرث هو الإجماع، فلابدّ أن يأخذ خصوصياته أيضاً من الإجماع، وعند عدم الإجماع على شيء من الخصوصيات، فلابدّ من أن يرجع إلى الأصول.

وأما على ما تقدم منّا من شمول أدلّة الإرث للمقام، فلابدّ من أن يلاحظ أنه يستفاد شيء من الكيفيات الأربعة التي نقلها المصنف (ره) أو غيرها من تلك الأدلة أم لا؛ فإن دلّت على كيفية فيؤخذ بها وإلا فلابدّ من الرجوع إلى الأصول، **فنقول**:

أما الأدلة فأربعة:

منها الآيات الواردة في قسمة كل من الورّاث من التركة وما ورد من الأخبار بمضمونها.

وهنا نقول: إن تلك الآيات تعين لكل من الوارث جزءً معيناً من التركة من النصف والثلث وغيرهما، إلا في صورة كان الوارث واحداً، فله التمام، وليس هنا محل الكلام.

في أن ما دلّ على توريث حق الخيار ليس متعرضاً لبيان كيفية استحقاق كلّ من الورثة لحق الخيار

/٥٠٨/ وعلى هذا فيشكل الأمر في مثل حق الخيار من جهة أنه غير قابلٍ للتجزية. وأما لحاظ التجزية في متعلق الخيار بأن من يكون له نصف المبيع مثلاً، فله أن يفسخ نصف البيع وهكذا، **ففيه**:

أولاً أن بعضاً من ورّاث الحق، غير مالك للمبيع كالزوجة في صورة انتقل الأرض إلى الميت كما تقدم.

وثانياً لا شاهد لنا على لحاظ التجزية بالنسبة إلى متعلق الخيار ونمنع أن دلالة الإقتضاء يكون مقتضاه ذلك، لاسيّما أن الآيات شاملة للمال والتجزية هناك في نفس المال.

وثالثاً ـ وهو العمدة ـ أنه لم يكن للمورّث أن يفسخ في نصف المعاملة أو ثلثه مثلاً، فكيف ينتقل إلى الوارث ما لم يكن لمورّثهم.

ومنها قوله تعالى ﴿ وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾[1].

وفيه: أنا ذكرنا في مسألة أولياء الميت أن مفاد الآية أولوية ذوي الأرحام إلى الميت وما يتعلق به /٥٠٩/ من الأجانب. وكذلك الأقرب رحماً من الأبعد بلحاظ تخصيص الأولوية ببعض الأرحام.

وأما كيفية الأولوية فليست الآية بصدد بيانها ليؤخذ بما يقتضيه إطلاقها مع أن الآية ليست بصدد بيان حال غير ذوي الأرحام من الورثة كالزوجة.

ثم إنه لو أغمضنا من أن إطلاق الآية وارد مورد حكم آخر، فنقول: إن المفاد أولوية كل من ذوي الأرحام بتمام ما كان للميت، مع أن أموال الميت ليست كذلك، فيرد على الآية التخصيص الأكثر الموهن.

ومنها ما دل على أن التركة أو الحق للوارث كالنبوي المتقدم، وهنا نقول أيضاً: إن أمثال هذه التعبيرات ليست مسوّقة لبيان كيفية استحقاق الورثة حتى نتجمّد بما يقتضيه الإطلاق.

وعلى تسليم كون أمثال هذه التعبيرات في مقام بيان كيفية الإستحقاق، فنقول: إن الظاهر من العبارة أن يكون التركة /٥١٠/ لطبيعة الوارث، وهو الإحتمال الرابع الذي ذكره المصنف (ره)، إلا أن نتيجة ذلك ليس إلا ما ذكره في الإحتمال الأول من أن الإجازة لا تأثير لها.

وكل واحد فسخ العقد يوجب لارتفاع العقد، وذلك بناءً على أن نقول: إن حق

---

١) الأنفال: ٧٥، والأحزاب: ٦.

الخيار عبارة عن حق اختيار الفسخ، وأما الإمضاء فليس حقاً، بل من قبيل إسقاط الحق أو عدم إدراك الحق.

ومنها ما دل على أن التركة للورثة كما ادعاه المصنف (ره) ونحن نقول:

في عدم استفادة كيفية استحقاق الورثة للحق الذي يورث من شيء من أدلة الإرث

أولاً إن هذه التعبير لو كان وارداً في شيء من الأخبار ليست مسوّقةً لبيان الإستحاق.

وثانياً على تسليم أنه مسوّقة لبيان حال إرث الوارث من جميع الجهات، فنقول:

إن المصنف (ره) بعد ما احتمل أن يكون المراد من الورثة جنس الجمع أو جنس الفرد أو الإستغراق القابل للجمل على المجموعي أو الأفرادي، رجح أن المراد جنس الفرد ولعلّه للمقايسة بمثل «ركبت الخيل» أو «**خُذ ما خالف العامة**»[1]

---

١) هذه العبارة مضمون رواية الكافي ٦٧/١، باب اختلاف الحديث، ح ١٠، والرواية برمّتها هي: «محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن محمد بن عيسى عن صفوان بن يحيى عن داود الحصين عن عمر بن حنظلة، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة في دين أو ميراث فتحاكما إلى السلطان وإلى القضاة، أيحل ذلك؟

قال: من تحاكم إليهم في حق أو باطل فإنما تحاكم إلى الطاغوت وما يحكم له فإنما يأخذ سحتاً وإن كان حقاً ثابتاً له؛ لأنه أخذه بحكم الطاغوت وقد أمر الله أن يكفر به. قال الله تعالى: ﴿ يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ﴾.

قلت: فكيف يصنعان؟

قال: ينظران [إلى] من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً فإني قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبله منه فإنما استخف بحكم الله وعلينا ردّ والرادّ علينا الرادّ على الله وهو على حد الشرك بالله.

بناءً على أن مخالفة بعض العامة كافية كما ذكرناه في باب الترجيح، وبمثل قولك /٥١١/ «أعطِ هذا المال بالفقراء» و«إن الصدقات للفقراء» إلى غير ذلك.

وفيه: أن حمل الجمع المحلّىٰ باللام على أن المراد جنس الفرد، خلاف الظاهر وفي الأمثلة المشار إليها يكون للقرينة على خلاف الظاهر؛ ففي مثل «ركبت الخيل» من جهة أنه لا يركب إلا فرساً واحداً، وفي مثل «**خذ ما خالف العامة**» لقرينة ذكرناها في محله، وفي سائر الأمثلة ترفع اليد عن الإستغراق من جهة

قلت: وإن كان كل رجل اختار رجلاً من أصحابنا فرضيا أن يكونا الناظرين في حقهما واختلفا فيه حكماً وكلاهما اختلفا في حديثكم؟

قال: الحكم ما حكم به أعدلهما وأفقههما وأصدقهما في الحديث وأورعهما ولا يلتفت إلى ما يحكم به الآخر.

قال: قلت: فإنهما عدلان مرضيان عند أصحابنا لا يفضل واحد منهما على الآخر؟

قال: فقال: ينظر إلى ما كان من روايتهم عنا في ذلك الذي حكما به المجمع عليه من أصحابك فيؤخذ به من حكمنا ويترك الشاذ الذي ليس بمشهور عند أصحابك فإن المجمع عليه لا ريب فيه، فإن الأمور ثلاثة: أمر بيّن رشده فيتبع، وأمر بيّن غيّه فيجتنب، وأمر مشكل يردّ علمه إلى الله وإلى رسوله. قال رسول الله ﷺ: حلال بيّن وحرام بيّن وشبهات بين ذلك، فمن ترك الشبهات نجا من المحرمات ومن أخذ بالشبهات ارتكب المحرمات وهلك من حيث لا يعلم.

قلت: فإن كان الخبران عنكما مشهورين قد رواهما الثقات عنكم؟

قال: ينظر، فما وافق حكمه حكم الكتاب والسنة وخالف العامة، فيؤخذ به ويترك ما خالف حكمه حكم الكتاب والسنة ووافق العامة.

قلت: جعلت فداك! أرأيت إن كان الفقيهان عرفا حكمه من الكتاب والسنة ووجدنا أحد الخبرين موافقاً للعامة والآخر مخالفاً لهم، بأي الخبرين يؤخذ؟

قال: ما خالف العامة ففيه الرشاد.

فقلت: جعلت فداك! فإن وافقهما الخبران جميعاً؟

قال: ينظر إلى ما هم إليه أميل حكامهم وقضاتهم فيترك ويؤخذ بالآخر.

قلت: فإن وافق حكامهم الخبرين جميعاً؟

قال: إذا كان ذلك فارجه حتى تلقي إمامك فإن الوقوف عند الشبهات خير من الإقتحام في الهلكات.

الإجمال أو عدم إمكان البسط، وإلا فكثير منهم يعترفون على أن حمل الفقراء مثلاً على أن الغرض بيان المصرف، ليصير المرجع إلى أن المراد جنس الفرد، خلاف الظاهر.

وأما في المقام الذي يكون المراد من الجمع جماعة معدودين أعني ورثة الميت، فليس في البين ما يصرف اللفظ عن ظاهره، وهو الإستغراق الأفرادي، فلابدّ أن يحمل عليه. فحينئذٍ يكون الظاهر أن التركة مشتركة بين الورثة. وعلى هذا نقول: إن الإشتراك قد تقدم أنه /٥١٢/ لا يجيء في الحق لكونه بسيطاً.

ثم لو قلنا: إن المراد أن التركة كلّها لكل واحد من الورثة، فحينئذٍ لابدّ من أن يخرج عنه المال، فيرد عليه التخصيص الأكثر الموهن.

في أن مقتضى الأصل كون الخيار للمجموع

إن قلت: على ما ذكرت من عدم شمول آيات الإرث المتضمنة لكيفية التقسيم لإرث الحق، فمن أين قلت: إن الحق يورث؟

قلت: في صورة كان الوارث واحداً، يدل على أن تمام التركة له. وهذا لا مانع من شموله للحق، فحينئذٍ يلحق غيرهما به أيضاً لعدم القول بالفصل والقطع بعدم الفرق*.

---

*) *بل على ما ذكرنا، سائر أدلّة الإرث غير ما تصدى للتقسيم شاملة للحق ولو كان الوارث متعدداً، ولكن ليس في مقام بيان كيفية التقسيم.*

إن قلت: بعد أن الحق والخيار يكون مورثاً لا يجوز دعوىٰ أنه خارج عن الآيات التي تصدى لبيان تقسيم التركة بالنصف والربع وغير ذلك.

قلت: ما هو عين مفاد الآيات تقدم أنه لا يمكن أخذه بالنسبة إلى نفس حق الخيار وبعد ذلك يجوز أن يقال: إن هذا النحو من التقسيم كان بلحاظ أن التركة في الغالب كان تقسيمه كذلك كما أن إرث الزوجة وغير الأكبر من الأولاد على مذهب الإمامية فيما عين بلحاظ الغالب

فتلخّص مما ذكرناه أن أدلّة الإرث ليس فيها دلالة على كيفية استحقاق الورثة لحق الخيار.

وأما الأصول فنقول: تقدم قبل الشروع في الخيارات أن مقتضى الأصل عند الشك هو بقاء المعاملة والملكية الثابتة أولاً قبل الفسخ، فعلى هذا نقول: ما علم خروجه عن هذا الأصل هو خصوص صورة /٥١٣/ اجتمع الورثة على الفسخ. وهذا مختار المصنف (ره).

نعم، هو اختار ذلك بزعم استفادة ذلك من الأدلة، لكن نقول به بمقتضى الأصل بعد ما عرفت من سكوت الأدلة عن كيفية الإستحقاق. وما يقوله المصنف (ره) من أن ما اخترناه من الوجه الأول يكون مراده الوجه الأول من وجهي الوجه الثالث، فلا تهافت بين كلماته.

في جريان ما تقدم في سائر الحقوق إلا ما خرج

ثم اعلم أن ما تقدم من مقتضىٰ القاعدة لا يتفاوت بين الخيارات، بل ولا بين الحقوق إلا في مورد ثبت بدليل غير ما قلناه كما في حق القذف وحق القصاص كما أشار إليهما المصنف (ره).

نعم، المشهور في حق الشفعة أنه بعد عفو بعض الورثة عنه يكون لغيره الأخذ بالشفعة في تمام المبيع وليس فيه دليل خاص، وهو مخالف لما قلناه.

أو نحوه. هذا كله أولاً.

وثانياً كون هذا التقسيم بلحاظ متعلق حق الخيار تقدم أنه لا يتمّ في حق من يرث الحق ولا يرث المال الذي يتعلق به الخيار. وأيضاً تقدم أن خيار الفسخ في البعض لم يكن للمورّث حتى ينتقل إلى الوارث. هذا كله أولاً.

وثانياً لا امتناع في سكوت آيات التقسيم عن الحق رأساً مع أنه كان موروثاً، ثبت ذلك بسائر الأدلة. (منه قدس سره).

في أن ما ذكره بل وما ذكره في الجواهر لتطبيق قول المشهور على القاعدة في مسألة حق الشفعة لا يتمّ شيء منهما

وتصدى المصنف (ره) لتطبيق قول المشهور على القاعدة بأن عفو البعض لو صار سبباً لعدم صحة الأخذ بالشفعة لغيره، فيلزم الضرر على غير العافي.

ونحن نقول: لو كان المراد من الضرر حصول الشركة /٥١٤/ لو لم يؤخذ بالشفعة، ومنه تمسك بعضهم بقاعدة الضرر لإثبات حق الشفعة، بل وبعض الأخبار الغير المعتبرة الواردة في حق الشفعة فيه التعليل بالضرر لثبوت حق الشفعة، **ففيه:**

أولاً أنه ليس ضرر في عدم الشفعة؛ لأنه لو كان الشركة ضرراً، فهو كان موجوداً قبل بيع الشريك أيضاً؛ غاية الأمر أنه يتبدل الشريك.

وثانياً في خصوص المقام بعد الأخذ بالشفعة يصير المبيع مشتركاً بين الورثة مع أن قبله كان الشريك واحداً. وأما لو كان المراد من الضرر ذهاب حق الشفعة، ففيه: لو كان حق الشفعة للمجموع، فلم يذهب من كل واحد شيء من الحق لأنه لم يثبت لكل منهم ما بأزيد من ذلك.

وأما لو كان المراد أنه في صورة يؤخذ بالشفعة يكون لكل واحد من المبيع بمقدار حصّته من الإرث، فسقوط الحق من بعضٍ يوجب ورود ضرر عدم رجوع حصته من المبيع إلى كل منهم لو سقط بعفو البعض.

قلت: أولاً الثابت لكل منهم ذلك على فرض الإجتماع على الفسخ، لا مطلقاً. ومع هذا الإحتمال ليس موضوع الضرر محرزاً.

وثانياً مع الغمض عن ذلك نقول: لو كان المراد /٥١٥/ أن الضرر صادق على لزوم تخلف الداعي والغرض كما يلوح من المصنف في قاعدة الضرر، ثم تقول: إن غير العافي تعلق غرضه بالأخذ بالشفعة، **ففيه:** مع أن ذلك على تماميته لا ينتج إلا

ثبوت الخيار في مقدار نصيبه مع أن قول المشهور أن له الأخذ بالشفعة في تمام المبيع أنه لو قلنا بذلك يلزم تعارض الضررين؛ لأن غرض العافي بل المشتري تعلق بعدم الأخذ بالشفعة، والمفروض أنه لا يؤخذ بالشفعة إلا في الكل.

وأما لو كان المراد لزوم الضرر المالي، ففيه:

أولاً أنه لا يثبت الحكم بنحو الكلية، إذ ربما يكون ثمن المبيع أزيد من قيمة المبيع.

وثانياً أن هذا من قبيل عدم الإنتفاع؛ لأنه لم يكن مالكاً للزيادة، بل يريد أن يتملكها.

ثم لا يخفىٰ أن نظير هذه المقاولات يجري في حق الخيار من توهم إمكان إثباته لكل واحد من الورثة بقاعدة الضرر، لكنك بالتأمل فيما ذكرناه تقدر على رفع الإشكال في حق الخيار أيضاً، فبحسب القاعدة يكون حال حق الشفعة كحال حق الخيار في ثبوته للمجموع من حيث المجموع كما أنه بعد احتمال ثبوت حق الشفعة للمجموع لا يتمّ ما ذكره في الجواهر، لتطبيق قول المشهور على القاعدة أيضاً /٥١٦/ بأن عفو العافي إنما يسقط إستحقاق نفسه الأخذ، لا الشفعة عن مقدار حقه لعدم تبعض الشفعة*.

ثم لا يخفىٰ أن ما ذكرناه بحسب القاعدة في حق الشفعة من ثبوته للمجموع بحيث يسقط بعفو البعض ولو عن حقه، ليس خلافه مسلماً عند الفقهاء، بل في الجواهر[1] بعد قول المحقق «فيه تردّد»، يحتمل أن يكون مراده سقوط حق الشفعة رأساً بعفو البعض؛ فافهم، كما أن المصنف يظهر منه أنه محتمل كلام الدروس أيضاً.

---

*) ***وفيه أن الإشكال من جهة أن الأخذ بالشفعة يتوقف على اختيار كل الورثة كما هو مقتضىٰ الأصل، وما ذكره لا يرفع هذا الإشكال. (منه قدس سره).***

١) جواهر الكلام ٢٣/٧٦ ـ ٧٧، لا فرق في إرث الخيار بين حصوله فعلاً للميت وبين حصول سببه.

قوله: وحاصله أنه متى فسخ أحدهم وأجاز الآخر لغي الفسخ.

أقول: بل لغيت الإجازة أيضاً، لكن ينبغي أصل الخيار الثابت قبل ذلك للجميع بالإستصحاب.

في حكم فسخ الورثة مع تلف العين

قوله: فرع: إذا اجتمع الورثة[1] .. اه.

أقول: هنا مسائل:

منها أنه بعد فسخ الورثة لو كان عين الثمن موجوداً في التركة دفعوه إلى المشتري وإن لم يكن موجوداً، أخرج من مال الميت، وذلك لأن الثمن كان عند الميت مضموناً بعوضه في زمان بقاء العقد وبعد الفسخ يرتفع الضمان بالمسمّى، فيصير مضموناً بالمثل والقيمة، حيث إن يده كان يد ضمان كما أوضحنا ذلك في مسقطات خيار الغبن.

وبعبارة أخرى أثبتنا بقاعدة الضرر وبقوله ﷺ «**على اليد..**»[2] أن من تلف عنده ما انتقل إليه بالبيع، فبعد الفسخ يكون ضامناً لعوضه من مثله أو قيمته.

إن قلت: إن الميت ليس له عهدة /٥١٧/ ليقال: إن يده يد ضمان، فيتعلق العوض على عهدته، فيؤخذ من تركته؟

قلت: مع غمض العين عما سيأتي نقول:

أولاً إنه يمكن القول بأن هذا هو العهدة الثابتة في زمان حياته.

وثانياً سلّمنا أن العهدة في زمان الحياة ارتفع بالمسمّى في البيع عوضاً إلا أنه

---

١) كتاب المكاسب ١٢٥/٦، إذا اجتمع الورثة على الفسخ.

٢) عوالي اللئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع، ح ٦، والرواية هي: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي».

نقول: لا مانع من تعلق مال على عهدة الميت حيث أوجد سببه نظير أن ما يدخل في الشبكة يدخل في ملكه لأنه نصب الشبكة وأوجد ما هو سبب التملك، كما أنه لم يكن مانع من أن يكون الدين والزكاة والحج وغيرها باقياً على عهدته. والذي يرتفع بالموت ولا يتعلق به بعده، هو الأحكام التكليفية، دون الوضعية التي لها آثار تكليفية على غيره من الأخذ من ماله كما لو كان الدين على الصبي.

نعم، هنا إشكال على المسألتين معاً، وهو أنه بالموت ينتقل الثمن إلى الورثة، فيكون بمثل صورة إنتقله الميت في حال حياته، فبالفسخ لا يرجع حيث إنه بحكم التلف كما تقدم في مسقطات خيار الغبن، بل تمام تركة الميت ينتقل إلى الورثة، فحين الفسخ ليس للميت مال ليدفع إلى المشتري. والدفع من مال الورثة كالدفع من مال الأجنبي لا وجه له.

في أن الخيار لا يسقط مع تلف العين إذا [كان] للمورث مال وأن الوارث يدفع عن ماله

هذا، ودفع هذا الإشكال إما بأن يلتزم بأن الخيار لا يورث وإن كان خلاف الإجماع حيث إن الفسخ وأخذ المعوض من دون ردّ العوض أو بدله ضرر على المشتري، وردّ العوض من مال الورثة كردّه من مال الأجنبي لا وجه له.

وإما بأن يلتزم بأن /٥١٨/ للورثة الفسخ وأخذ المعوض من دون رد العوض وإن يلزم الضرر على المشتري.

وإما أن يلتزم بما قيل من أنه بالموت لا ينتقل شيء من التركة إلى الورثة وإنما تقوم الورثة مقام المورث، فتملك التركة.

وإما أن يلتزم بما سيجيء من المصنف من أن للورثة أن يفسخ ويردّ العوض من مال أنفسهم.

نعم، يقول المصنف بذلك في صورة لم يكن للميت مال ونحن بمقتضى الإشكال السابق أدرجنا صورة يكون له مال بصورة لم يكن للميت مال حيث قلنا: إن مال الميت ينتقل إلى الورثة حين الموت، فحين الفسخ ليس للميت مال لينتقل إلى المشتري.

هذا، ولكن الإحتمالات كلّها مردودة: أما الفسخ بدون ردّ العوض أو بدله، فإنه ضرر.

وأما القول بأن الخيار لا يورث، فمع غمض العين عن كونه خلاف الإجماع مبني على أن لا يكون لنا مصحح لثبوت الخيار، وسيأتي المصحح ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وأما القول بأن الإرث ليس فيه نقل المال، **ففيه**: أنه ما ذكرت عين الإعتراف بأنه ينتقل المال ومجرد اختلاف التعبير لا ينفع.

وأما القول بأن العوض أو بدله يردّ من مال الوارث، **ففيه**: أنه ليس نتيجة الفسخ ذلك كما تقدم.

إن قلت: إذا بطل تمام الإحتمالات، فلابدّ أن تلتزم بأن الخيار لا تورث.

قلت: يجوز لنا رفع الإشكال بوجه آخر ونقول مقدمةً لرفع الإشكال: إنه لا يخفى عليك أن أصل الإشكال مشترك الورود بين انتقال المبيع من المشتري /٥١٩/ إلى الورثة وبين دفع الثمن أو بدله إلى المشتري.

وذلك لأنه بعد الفسخ انتقال المبيع من المشتري إلى الورثة أيضاً لا وجه له؛ لأنه لو كان الإنتقال بمقتضى الفسخ، فهو يقتضي انتقاله إلى البايع الميت، والمفروض أنه ليس قابلاً لأن يملك.

إن قلت: إن الملكية أمر اعتباري ولا مانع من ثبوتها للميت ويخرج هذا الأمر الإعتباري عن اللغوية إذا ترتب عليه آثار تكليفية ولو في حق غير المالك مما يتعلق به كما في مال الصبي حيث يصرفه الوليّ في مصالحه.

وعلى هذا نقول: إن الميت لما أوجد سبب الملكية في حال حياته وهو البيع الخياري. فهذا يوجب لأن المبيع في ملكه بعد، فحينئذ العقد من الورثة نظير ما لو نصب شبكة في حال حياته فدخل الصيد فيه بعد مماته.

قلت: لو فرضنا أنه بعد الموت يملك شيئاً جديداً، فلا دليل على أنه ينقل إلى الورثة؛ لأن مقتضى أدلة الإرث أن ما تركه الميت حيث مات وترك، ينقل إلى الورثة، ولا دليل على أنه لو ملك شيئاً بعد الموت ينتقل إلى الورثة.

وعلى هذا، ففي جميع الأسباب التي أوجدها في حال حياته، لابدّ أن يقال: إن هذا الأمر التقديري كان ثابتاً له حال حياته، فلابدّ أن ينتقل نفس هذا الأمر التقديري بالموت إلى الورثة، لا أن المسبب يدخل أولاً في ملك الميت ثم ينقل إلى الورثة لما عرفت أنه لو سلّم أن الميت لا يمتنع أن يملك، أيضاً لا دليل على أن ما يملكه بعد الموت ينتقل إلى الورثة.

هذا، لكن سيأتي أن مقتضىٰ أدلة الإرث ليس انتقال خصوص الخيار إلى الورثة، بل مقتضاها انتقال آثار الفسخ أيضاً إلى الورثة. وعليه نقول: إن الذي ليس قابلاً لجريان ما ورد من الآيات في تقسيم التركة بين الورثة نفس الحق.

وأما آثاره وهي ما تترتب على الفسخ وحلّ العقد، فلا مانع من جريان التقسيم فيها، فتشملها آيات الإرث أيضاً.

ولا يلزم هنا أن يثبت للوارث ما لم يكن للمورث أيضاً؛ لأنه إذا تحقق الفسخ ولو بفسخ كل الورثة، يجري التقسيم فيما هو من آثار الفسخ، بل الظاهر أنه مثله.

وإن كان بمقتضى أدلّة الإرث، فمقتضاها إنتقال المال من الميت إليهم لا من المشتري الذي يكون رجلاً أجنبياً عنهم.

هذا، وحلّ الإشكال من الطرفين أنه تقدم أن مقتضىٰ أدلّة الإرث أن كل ما كان للميت وتركته فهو لوارثه.

وعلى هذا نقول: الذي كان للميت في حال حياته أن يفسخ العقد ويترتب عليه

آثار الفسخ من نقل المبيع إلى نفسه وردّ عوضه إن كان موجوداً أو بدله لو كان تالفاً بمقتضى «على اليد» بتقريب تقدم، كما أنه في حق الشفعة كان للميت أن يدفع الثمن من ماله ويأخذ المبيع. ومقتضىٰ أدلّة الإرث أن يكون للوارث أيضاً ذلك.

ومما ذكرنا ظهر أمران:

أحدهما أنا لا نحتاج إلى إثبات الضمان في حق الميت حال موته ليناقش بما تقدم، بل يثبت الضمان في حقه حال حياته على تقدير الفسخ وتلف العين كما في غير هذا المورد، ثم /٥٢٠/ نقول بثبوت هذا الأمر التقديري للوارث على تقدير الفسخ كما أن كل ما كان للمورث كان على تقدير الفسخ لهم.

الثاني أن عين الثمن لو كان باقياً عند المورث فيعين رده كما أن المورث كان كذلك. وأما لو لم يكن عين الثمن عندهم، فيردّون البدل من مالهم كما أنه كان للمورث ذلك، فلا يلزم أن يكون البدل من أعيان تركة الميت.

وسيأتي توضيح لذلك بُعيد هذا، وتقدم في الهامش بأوضح منه.

في حكم الخيار مع الدين المستغرق وأنه يلاحظ حال الغرماء في الفسخ وعدمه

قوله: ولوكان على الميت[1] .. اه.

أقول: في صورة كان دين الميت مستغرقاً لتركته وكان خيار في بيع، فبعد ما تقدم أن الخيار ينتقل إلى الوارث في هذا الفرض، يقع الإشكال في موضعين:

الأول أنه لو كان الخيار نافعاً بحال الغرماء بأن يؤدى بواسطة الفسخ دين الميت بأزيد مما يؤدى بدون الفسخ، فهل يجبر الوارث على الفسخ أم لا؟

الثاني أنه لو كان الفسخ مضرّاً بحال الغرماء بأن يؤدى دين الميت بالفسخ بأقل

---

١) كتاب المكاسب ١٢٥/٦، إذا اجتمع الورثة على الفسخ، فيه «وإن كان على الميت».

مما يؤدى بدون الفسخ، فهل يكون للوارث الفسخ أم لا؟

أما وجه عدم جواز الإجبار في الفرض /٥٢١/ الأول وجواز الفسخ لهم في الفرض الثاني فمن جهة أن الخيار انتقل إلى الورثة وليس للغرماء حق على الورثة.

وأما جواز الإجبار في الفرض الأول وعدم جواز الفسخ في الفرض الثاني فبأن نقول: إنه دلّ الدليل على أن الإرث بعد الدين[١]، والمراد إما أنه وإن ينتقل التركة إلى الورثة، إلا أنه يعين عليهم صرفها في الدين أو أنه لا ينتقل التركة أيضاً إلى الورثة، بل يكون باقياً على حكم مال الميت يؤدى عنه دينه.

وعلى كلا التقديرين لا وجه لأن يقال: إن خصوص ما يكون مالاً من التركة يكون حاله كذلك من أنه يؤدى عنه دينه، بل كل ما يكون للميت ويمكن أداء الدين منه يكون انتقاله إلى الورثة أو انتقاله إليهم بنحو الإستقرار بعد الدين.

قوله: ولو لم يمكن للميت مال[٢].. اه.

أقول: مما تقدم منا ظهر أن دفع الثمن من مال /٥٢٢/ الورثه بقدر المخصص. وسيأتي توضيحه أيضاً* ـ إن شاء الله ـ.

---

١) وآيات الإرث لا مانع من شمولها لآثار الخيار كما تقدم ويأتي وإن كانت ساكتة عن نفس حق الخيار لعدم قابليته للتقسيم كما تقدم.

٢) كتاب المكاسب ١٢٥/٦، إذا اجتمع الورثة على الفسخ.

* ***مقتضى ما تقدم من أن أدلّة الإرث يشمل كل من نفس حق الخيار وآثاره، نقول بالنسبة إلى نفس الحق لما لم يكن قابلاً للتقسيم فالأدله ساكتة عن تقسيمه. وأما بالنسبة إلى آثار الخيار لما يكون قابلاً للتقسيم، فلا مانع من شمول ما دل من الآيات وغيرها للتقسيم لها ومن هنا يكون لكل واحد من الثمن بمقدار حصته.***

ثمّ إن الظاهر أن أحداً ليس منكراً الأن لكل واحد من الثمن بمقدار حصته مع أنه لو لم يكن أدلّة الإرث شاملة لآثار الفسخ والخيار، فلا ينطبق ذلك مع الدليل. فهذا شاهد آخر لشمول أدلّة الإرث لكل من حق الخيار وآثاره. (منه قدس سره).

في أن للورثة الفسخ ودفع الثمن من مالهم إذا كان الثمن تالفاً وإلا يدفع عينه كالمورث

وأما القول بأنه لم يكن للورثة إلا الفسخ وأنه بعد الفسخ يدخل المبيع في ملك الميت ويخرج الثمن عن ملكه لو كانت عيناً موجودة، وأما لو كان الثمن عيناً تالفة أو كلياً فيدفع المبيع عن هذا الدين، بل لو كان للميت دين آخر أيضاً اشترك الغرماء مع المشتري في المبيع الذي دخل في ملك الميت، فمردود:

أولاً بما تقدم من أن الثابت للورثة بمقتضى أدلّة الإرث كل ما كان للمورث وأن الثابت للمورّث هو الفسخ وما يترتب عليه من استرجاع المبيع ورد الثمن أو عوضه نظير حق الشفعة حيث كان للمورث أن يدفع الثمن من ماله ويأخذ المبيع، فللورثة أن يدفعوا الثمن من مالهم ويأخذوا المبيع.

إن قلت: إن مقايسة حق الخيار بحق الشفعة في غير محله؛ لأن ما كان للمورث في حق الشفعة نفس دفع الثمن من ماله وأخذ المبيع.

وأما في حق الخيار الذي كان للمورث نفس حل العقد ونسخه.

وأما انتقال المبيع إليه والثمن أو عوضه إلى المشتري فمن الآثار القهرية المترتبة على الفسخ ولم يكن هو بنفسه للمورث لينتقل إلى الوارث.

/ ٥٢٣/ **قلت**: نفس أثر الفسخ أيضاً كان للميت. ومقتضىٰ أدلّة الإرث ثبوته للورثة؛ لأنه لم يؤخذ في أدلّة الإرث أن ما كان للميت سلطنة فيه يكون نفس السلطنة للوارث ليخص بنفس الخيار دون آثاره.

ومما ذكرنا ظهر أن الخيار الثابت للوارث ليس من قبيل ما ثبت للوكيل والأجنبي، بل الخيار حق نفسه كالمورث.

وثانياً نقول: على القول بأن ما ثبت للوارث مجرد الفسخ فليس لنا طريق للقول

بأن الثمن ينتقل إلى الوارث كما تقدم بقرينة قُبيل ذلك.

وثالثاً نقول: على القول بأن ما للوارث مجرد الفسخ وأنه بالفسخ ينتقل المبيع إلى الميت ويشتغل ذمته بالثمن، يلزم أن يصير الشخص مالكاً لشيء بعد موته.

وأعجب منه أنه يلزم اشتغال ذمته بعد الموت بعد أنه مات ولم يكن عليه شيء.

ومما ذكرنا ظهر فساد ما ذكره المصنف (ره) من أن ذمة الميت /٥٢٤/ يشتغل بالثمن أو عوضه، وأن أداء الورثة لهذا الدين يكون بمثل أداء شخص أجنبي له.

في أنه لو قلنا بثبوت الخيار لكلّ واحد فله الفسخ ونقل المبيع إلى نفسه ودفع الثمن عن ماله

قوله: ثم لو قلنا بجواز الفسخ لبعض..إلى قوله: ففي انتقال المبيع[1] .. اه.

أقول: على القول بأن حق الخيار يكون لكل واحد من الورثة بحيث يجوز لكل منهم الفسخ لو قلنا: إن ما ثبت لكل واحد، مجرد الفسخ، فحينئذٍ لا فرق بين أن يفسخ بعض أو يفسخ الكل في أن المبيع ينتقل إلى الكل؛ لأن المفروض أن ترتب أثر الفسخ من الأمور القهرية ولا يورث، فلا يختلف الأثر في المقامين.

وأما لو قلنا: إن خيار الفسخ مع ما يترتب عليه من الأثر يكون لكل واحد من الورثة، فمقتضى ذلك أن نقول: لكل منهم أن يفسخ وينتقل المبيع إلى نفسه ويرد العوض أو بدله كما أنه كان للمورث ذلك؛ لأن مقتضىٰ ذلك أن كل ما كان للمورث يكون لكل واحد من الورثة /٥٢٥/ من الفسخ وما يترتب عليه.

قوله: مسألة: لوكان الخيار لأجنبي[2] .. اه.

---

١) كتاب المكاسب ١٢٦/٦، إذا فسخ بعض الورثة.

٢) كتاب المكاسب ١٢٧/٦، مسألة: لو كان الخيار للأجنبي ومات.

أقول: أما وجه انتقاله إلى وارثه من أنه حقٌّ تركه فيكون لوارثه، فمنطبق على ما تقدم منا. وأما وجه انتقاله لمن اشترط له من المتعاقدين لأنه بمنزلة الوكيل، فبيّن الفساد لأنه كيف يجوز دعوى أنه بمنزلة الوكيل مع أن له أن يختار من الفسخ وعدمه خلاف ما يريده من اشترط له.

إن قلت: إنه بمثل الوكالة اللازمة كما لو جعله وكيلاً في ضمن عقد لازم.

قلت: في هذا الفرض نقول: إن الوكالة أيضاً حق ينتقل إلى وارث الوكيل، وثانياً لا معنى لانتقال ما ثبت للوكيل إلى الموكّل، بل الموكّل في غير المقام يكون له ما كان للوكيل في زمان حياة الوكيل؛ غاية الأمر أنه بموت الوكيل يذهب ما كان للوكيل. وأما الموكّل كان له ذلك قبل موت الوكيل، فيكون له بعده أيضاً ولا ينتقل /٥٢٦/ إليه شيء من الوكيل.

في أن الخيار المجعول للأجنبي ينتقل إلى وارثه إذا لم يكن مقيداً بقيد ينتفي بمجرد الموت

وأما وجه عدم انتقال خياره إلى أحد من جهة أن ظاهر الجعل مدخلية نفس الأجنبي، فهنا نقول:

أولاً لا يخفى أنه لو سلّمنا ذلك، فليس بمنافٍ لما تقدم منّا من انتقال خيار الأجنبي إلى وارثه؛ لأن ما تقدم إنما كان على فرض أن لا يكون الخيار محدوداً غير قابل للبقاء.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: لا يخفىٰ أولاً أن من يقول بأن هذا الخيار يورث، ليس بلازم عليه أن يثبت إطلاق اشتراط الخيار للأجنبي بحيث يشمل وارثه أيضاً، كيف ولو ثبت مثل هذا الإطلاق، فيدلّ نفس الشرط على ثبوت الخيار لوارث الأجنبي مع أن الغرض إثبات الخيار لهم بأدلّة الإرث.

نعم، إثبات الخيار لوارث الأجنبي بأدلّة الإرث يتوقف على أن لا يكون شرط الخيار للأجنبى مقيّداً بزمان حياته أو مقيداً بصدور الفسخ من لسانه وشبه ذلك، بل قد يدَّعى عدم صحة هذه القيود في شرط الخيار؛ لأن مرجعه إلى شرط أن لا يرث الخيار وشرط /٥٢٧/ عدم الإرث من الشرط المخالف للكتاب كما تـقدم. لكنا نقول: فرق بين اشتراط أن لا يرث الخيار وبين اشتراط شيء يرتفع موضوع الإرث؛ لأنه إذا كان الخـيار مشـروطاً بـزمان حـياة الأجـنبي، والمـفروض أن للمشترط أن يشترط الخيار إلى أي زمان بعد ما تقدم أن مجهولية الشرط أيضاً غير مضرٍّ. ففي الفرض المذكور إذا مات الأجنبي، فلا يصدق في حقه أنه ترك شـيئاً كان له ليكون مقتضىٰ أدلة انتقاله إلى وارثه.

وهذا بخلاف صورة جعل له الخيار مطلقاً؛ فإنه بعد الموت يصدق في حقه أنه ترك شيئاً كان له، كما يكون هذا العنوان صادقاً في صورة جعل الخيار المـطلق لواحد من المتبايعين؛ إذ لا فرق بين المقامين.

وأوضح من ذلك صورة كان للخيار المجعول للأجنبي مدة معلومة ومات في بين المدة، فإنه لا ينبغي التأمل في أنه يصدق في حقه أنه مات وترك حقاً كـان /٥٢٨/ له؛ كيف ولو لم يمُت لكان الخيار ثابتاً له، فبعد الموت يصدق أنه ترك حقاً كان له بعد أنه لم يكن محدوداً بالحياة حتى يرفع الصدق من أنه مات وترك شيئاً.

في أن انتقال الخيار المجعول للعبد إلى مولاه باطل

قوله: لكن هذا يقتضي أن يكون عبد[1] .. اه.

أقول: في القواعد[2] يعلّل عدم انتقال الخيار المجعول لعبد الأجنبي إلى مولاه

---

١) كتاب المكاسب ١٢٨/٦، مسألة: لو كان الخيار للأجنبي ومات.

٢) قواعد الأحكام ٦٩/٢، في أحكام الخيار.

بأنه لم يمنع حقاً لمولاه. ولعل نظره إلى أن مجرد تكلّم العبد بعقدٍ أو إجازة أو فسخ ليس فيه محذور ولا يتوقف على إذن السيد، لعدم عدّ مجرد القول تصرفاً في ملك المولى. وهذا بخلاف صورة يريد أن يتصرف بقوله في شيء من حقوق المولى وأمواله، فيكون أمر ذلك إلى سيده بمقتضى ما ورد في نكاح العبد لنفسه من أن ذلك إلى سيده؛ لأنه يستفاد من ذلك أن كلّما يثبت أو يجعل للعبد فيما يتعلق بأموال المولى وحقوقه، فيكون أمر ذلك إلى سيده.

هذا، ولكن المسألة محل الإشكال /٥٢٩/ وليس هنا محل تحقيقه إلا أنه نقول: إن انتقال الخيار المجعول للعبد إلى سيده يتوقف على اقتضاء ما دل على محجورية العبد على أن كل حق يثبت للعبد فهو لسيده كدلالة أدلّة الإرث من أن ما يكون للمورّث ينتقل إلى وارثه. ولو تمّ مثل هذه الدلالة فيقتضي ذلك انتقال الخيار المجعول لعبد الأجنبي عن المتعاقدين أيضاً إلى مولاه.

في التصرف الذي يتحقق به الفسخ

قوله: مسألة: ومن أحكام الخيار.. إلى قوله: والمقصود هنا بيان أنه كما يحصل الإسقاط[1].. اه.

أقول: تقدم في مسألة البيع الفضولي أنهم يقولون: إن تصرف المالك فيما انتقل إليه إجازة وتصرفه فيما انتقل عنه ردّ، وتقدم هناك حال شقي المسألة.

وكذلك تقدم هناك وفي خيار الحيوان والشرط والغبن أنهم يقولون: إن تصرف ذي الخيار فيما انتقل إليه إسقاط لخياره وتصرفه فيما انتقل عنه فسخ، والكلام هنا ليس في مجرد أن الفسخ يتحقق بالتصرف فيما انتقل عن ذي الخيار في الجملة، بل الكلام هنا في إثبات الملازمة /٥٣٠/ الكلية بمعنى أن كل تصرف منه كان فيما

---

١) كتاب المكاسب ١٢٩/٦، مسألة: هل الفسخ يحصل بالفعل كما يحصل بالقول؟

انتقل إليه مسقطاً لخياره، كان ذلك التصرف منه فيما انتقل عنه فسخاً كما ينقل المصنف (ره) دعوى الإتفاق عليه.

في التصرف الموجب لإسقاط الخيار أو الفسخ وبطلان مقايسة أحدهما بالآخر

ونحن نتكلم هنا تارة في المقيس عليه وتارة في المقيس:

أما المقيس عليه وهو أن التصرف منه فيما انتقل إليه يكون مسقطاً لخياره، فنقول: تقدم في مسقطات خياري الحيوان والشرط أن صاحب الجواهر[1] قال: إن مطلق التصرف مسقط لخيار الحيوان، ثم تعدى منه إلى سائر الخيارات أيضاً، والمصنف (ره) في خيار الحيوان جعل المعيار في التصرف المسقط بكل تصرف يكشف عن الرضاء نوعاً، ثم تعدى منه إلى سائر الخيارات أيضاً.

ونحن رجّحنا في خيار الحيوان أن مجرد التصرف من دون اعتبار كشف عن الرضاء ولو نوعاً، يكون مسقطاً للخيار، لكن لا مطلق التصرف، بل بعض التصرفات التي شرحنا حالها هناك ولم نتعد من ذلك إلا إلى خيار المجلس وإن كان بعض التصرفات الآخر مسقطاً لبعض الخيارات الأخر كخيار العيب بمدرك آخر.

نعم، قلنا: إن نفس الرضاء بأي /٥٣١/ شيء انكشفنا عنه، أيضاً يكون مسقطاً لخيار الحيوان والمجلس، وأيضاً **قلنا:** إن كل تصرف قصد به الإسقاط وإنشاء الإسقاط به يكون مسقطاً لخيار الحيوان ولغيره من الخيارات أيضاً.

واما المقيس وهو أن التصرف من ذي الخيار فيما انتقل عنه، يكون فسخاً، **فنقول:** لا يخفى عليك:

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٢٩، الخيار (أي الحيوان) يسقط باشتراط سقوطه وبالتزامه، و٢٣/٦٥، التصرف من المشتري يسقط خيار الشرط.

أولاً أن المصنف (ره) ينسب إلى الأكثر أنهم جعلوا التصرف المسقط للخيار كل تصرف كان مؤذناً بالرضاء ببقاء العقد للخبرين اللذين أشار إليهما.

في أنه يعتبر قصد الفسخ بالتصرف الموجب للفسخ بحسب القاعدة والرجوع في الطلاق به شيء آخر والفسخ يتحقق بالتصرف لا قبله من حيث القاعدة ولو ثبت خلافه في الرجوع فبدليل خاص

ثم إنه يتعدى ذلك في الفسخ أيضاً إلا أنه يقول: إن التصرف الذي يوجب الفسخ هو كل تصرف أراد به الفسخ بحيث يصير فسخاً فعلياً؛ يعني كل تصرف ينشأ به الفسخ زعماً منه أن التصرف المقرون بالرضاء متحد مع قصد الفسخ بنفس التصرف.

ثم إنه **يقول**: إن التصرف الموجب للفسخ منحصر بذلك وإن قلنا بكون مطلق التصرف مسقطاً كما /٥٣٢/ هو قول بعض.

ويناقش على ذلك بما يدّعي تحققه ظاهراً من الإتفاق على اتحاد الحكم في الموضعين.

وأجاب عن ذلك بأن أكثر كلمات هؤلاء اعتبار الرضاء في التصرف المسقط، فيلزمهم اعتباره في التصرف الفاسخ.

ولعل مراده أنه بعد الإتفاق على اتحاد الحكم في المقامين لابدّ أن يقال باعتبار الدلالة على الرضاء فيهما.

ثم إنه يناقش في اعتبار الرضاء والقصد في التصرف الموجب للفسخ بعد تسلّم صحة مقايسة المقام بالتصرف المسقط للخيار بأن أكثر أمثلتهم في التصرف الذي قالوا بكونه مسقطاً، غير كاشف عن الرضاء.

ثم إنه يعتذر عن هذه المناقشة بالنسبة إلى التصرف الموجب للفسخ بأن لنا

أصولاً يحرز بها الرضاء وقصد الفسخ مثل أصالة الصحة.

وفيه: أن المناقشة على اعتبار الرضاء أو قصد الفسخ أو الإسقاط والجواب مبني على اعتبارهما بحسب الواقع، إلا أنه عند الشك نحرزهما بالأصول الجارية في /٥٣٣/ الشبهات الموضوعية.

هذا، ونحن **نقول**:

أولاً إن ثبوت الإتفاق على اتحاد ما يحصل به الإسقاط وما يحصل به الفسخ غير معلوم، بل معلوم العدم مع أنه على فرض ثبوته غير كاشف عن رأي الحجة للعلم أو الإحتمال بأن مستندهم ما بأيدينا من الأدلة والإعتبارات التي يتمسكون بها.

توضيح المقام: أن المصنف (ره) مع أنه في خيار الحيوان جعل المسقط ما يكشف عن الرضاء نوعاً من التصرفات مسقطاً وتعدى إلى سائر الخيارات، يصرّح هنا باعتبار الرضاء الفعلي في الفسخ، بل إنشاء الفسخ بنفس التصرف ليصير فسخاً فعلياً، بل يصرّح باعتبار الإنشاء في المسألة الآتية فيدعي أن الفسخ لا يحصل قبل التصرف للإتفاق على أن الفسخ، بل مطلق الإنشاء لا يحصل بالنية، بل لابدّ من حصوله بقول أو فعل، بل ينقل عن التذكرة[1] وغيره إشتراط الرضاء. وينسب إليهم في صدر كلامه هناك إشتراط الإنشاء كما تقدم أنه اعتبر الرضاء وجعل ذلك دليلاً على اعتبار الإنشاء.

هذا، مع أن ظاهر المشهور في التصرف المسقط للخيار أن مجرد /٥٣٤/ التصرف يكون مسقطاً كما تقدم في مسقطات خيار الحيوان، واعترف به هنا في الجملة حيث إن كثيراً من أمثلتهم مما لم يدل على الإلتزام والرضاء بالعقد أصلاً، وتقدم في خيار الحيوان أن صاحب الجواهر أيضاً كان مدّعاه أن المشهور يقولون بأن مجرد التصرف يكون مسقطاً للخيار.

---

١) تذكرة الفقهاء ١٨٢/١١، وقوع الفسخ بالقول والفصل وبيان أنواع الفعل.

وثانياً نقول: إن مجرد الرضاء بالفسخ والتصرف فيما انتقل عنه غير إنشاء الفسخ بالتصرف؛ لأن الإنشاء فعل قلبي والرضاء كيفية نفسانية، فمجرد التصرف في حال الرضاء بالفسخ لا يصير فسخاً فعلياً.

وأما ما يقوله المصنف (ره) في المسألة الآتية من أنه فرق بين الإنشاء بالقول والإنشاء بالفعل، فإنه في الأول يحصل الإنشاء بنفس القول؛ لأن القول دالّ عليه. وأما الفعل فلعدم دلالته على الإنشاء لا يحصل الإنشاء بنفس الفعل، بل بإرادته المتصلة بالفعل، ففيه: أنه مع ذلك كلّه فرق بين مجرد الرضاء والتصرف وبين إنشاء الفسخ بالتصرف؛ فإن إنشاء الفسخ على هذا أيضاً يتحقق بأن يكون الغرض من إيجاد الفعل في الخارج حصول الفسخ به.

ففي /٥٣٥/ الحقيقة يكون الغرض حصول الفسخ بنفس التصرف، لا بإرادته المتصلة به. وأما مجرد الرضاء بالفسخ مع التصرف، فيمكن أن يكون في حال لم يكن مريداً لأن يحصل الفسخ بنفس هذا التصرف.

فتلخص أن مجرد الرضاء بالفسخ والتصرف غير كافٍ في حصول الفسخ الفعلي وليس فيه إنشاء الفسخ أيضاً بوجه.

وثالثاً نقول: إنا نقلنا عن الأستاد (ره) في مسألة البيع الفضولي أنه ادعى أن حصول الفسخ بالفعل المقرون بقصد الفسخ أيضاً على خلاف القاعدة إلا أنه نقول به لظهور الإجماع، والإجماع المنقول الذي يستفاد من قولهم أن كل تصرف يكون مسقطاً للخيار، يكون مثله موجباً للفسخ أيضاً وغير ذلك، وأن [في] المسائل الفقهية لو لم يكتف بمثل ذلك ليصير الفقه منقلباً.

ولكنا قلنا ـ كما تقدم في مسقطات خيار الحيوان أيضاً ـ : إن مثل قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾[1] يدلّ /٥٣٦/ على صحة الفسخ الفعلي كما يدلّ على صحة الفسخ القولي؛ لأن العقد بمعنى العهد، وكل من العقود والإيقاعات مندرجتان تحت

---

١) المائدة: ١.

العهد من غير فرق بين القولي والفعلي منها، بل يشمله* قوله ﴿أوفوا بالعهد﴾[١] وأشباه ذلك من العمومات، وذلك لوضوح أن لفظ العهد غير مأخود في تحقق صدق العهد ولا قصد لفظ العهد، بل كل من كان أمر شيء بيده وإنشاء فيه شيئاً بلفظ أو بفعل يكون العهد منه عليه صادقاً.

هذا، مع أنه يكفينا في المقام صدق عنوان الفسخ على التصرف الذي قصد به الفسخ بعد أن المفروض أن الدليل دلّ على أن له خيار الفسخ وليس لبيان ما يتحقق به الفسخ محل آخر حتى يقال: إنه من جهة أن الفسخ بما يتحقق ليس بصدد البيان وأوكّله إلى محله كما تعرّضنا لتوضيح ذلك في بحث الفضولي عند التعرض لبيان تحقق الردّ بالفعل.

في أنه لو قصد الفسخ بالتصرف يتحقق الفسخ وحكم صورة شك في أنه قصد الفسخ به أم لا

قوله: بضميمة فعل المسلم على الصحيح شرعاً على ارادة إنفساخ العقد قبل[٢]..

اه.

/٥٣٧/ **أقول**: هذا بعد فرض أن قصد الفسخ معتبر في تحقق الفسخ بالتصرف كما تقدم أنه الحق، والغرض هنا إحراز صغرى قصد الفسخ بالأصل الجاري في الشبهات الموضوعية، بأن يشك شخص غير هذا المتصرف كالحاكم في أنه قصد الفسخ بهذا التصرف أم لا.

---

*) *عند التعرض لكون التصرف مسقطاً في خيار الحيوان، ذكرنا شرحاً في إثبات هذا المدعى. (منه قدس سره).*

١) الإسراء: ٣٤.

٢) كتاب المكاسب ١٣١/٦، دلالة التصرفات غير الجائزة لغير السالك على إرادة الفسخ بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح.

ولما فرضنا أن التصرف بدون إذن المالك يكون حراماً فالمراد من أصالة حمل فعل المسلم على الصحيح أصالة حمله على الجواز عند دوران الأمر بين أن يكون ما صدر عنه حراماً أو جائزاً.

وإحراز قصد الفسخ بهذا الأصل يتوقف على أمور:

في أن إثبات قصد الفسخ بأصالة الصحة يتوقف على أمور بعض منها محل الإشكال

منها أن يكون هذا الأصل من الأمارات حتى يجوز أن يقال: إن مثبته حجة.

ومنها أن يكون دليل اعتباره مطلقاً حتى يمكن إثبات اللوازم بـه، وذلك لأن الأمارة ربما لا يكون مثبتها حجة إما لقصور دليل اعتبارها عن ترتب اللوازم وإما لوجود مخصّص لها عن ترتب اللوازم.

وذكرنا في آخر الإستصحاب أن أصالة الجواز لو لم يكن أصلاً، ليس له دليل يقتضي ترتب اللوازم.

ومنها أنه بعد تسليم كون أصالة الجواز أمارة ونقول: /٥٣٨/ إنه يثبت اللوازم، يتوقف إثبات قصد الفسخ به في المقام على ثبوت الملازمة بأن يكون عدم قصد الفسخ ملازماً مع ارتكاب المتصرف للقبيح والحرام.

وعلى هذا فإذا احتمل في حقه أنه اعتقد رضاء المالك في التصرف، فلا يثبت قصد الفسخ.

نعم، هذا الإحتمال لا يأتي في صورة كان التصرف في المبيع من قبيل وطي الأمة وشبهه.

نعم، هنا لو احتمل في حقه أنه كان تصرفه في الأمة لاعتقاد تحليل مولاها له، فترتفع الملازمة بين جواز التصرف وقصد الفسخ كما أنه لو احتمل في حقه أنه كان

تصرفه من جهة نسيان البيع أيضاً، ترتفع الملازمة بين قصد الفسخ وجواز التصرف.

ومنها أن نقول: إنه في صورة يقصد الفسخ، يتحقق الإنفساخ قبل التصرف كما ادعاه المصنف (ره). وأما لو قلنا: إن الفسخ يتحقق بنفس التصرف، فهذا التصرف من ابتداء صدوره منه كان /٥٣٩/ حراماً. وقد تقدم منّا قُبيل ذلك وسيأتي توضيحه أن الفسخ في صورة قصد الفسخ يتحقق بنفس التصرف لما ينقله المصنف (ره) من الإتفاق على أن الفسخ لا يتحقق بالنية، ولمّا نرىٰ أنه لا يصدق الفسخ عرفاً على مجرد النية، بل في صورة يقصد الفسخ بنفس التصرف يعدّ نفس التصرف فسخاً ولو قصد حصول الفسخ قبله، فيكون مجرد نية ولا يعلم تحقق عنوان الفسخ به عرفاً.

والتصرف الذي يتحقق به الرجوع في باب الطلاق لو قلنا بجوازه، فهو للأخبار الخاصة التي يستكشف منها أن الطلاق يرتفع قبل التصرف ولو بأن يكون التصرف كاشفاً عنه بحيث لو لم يتصرف، لم يرتفع الطلاق واقعاً، فيكون التصرف من قبيل الشرط المتأخر الذي بيّنّا في غير المقام وجه صحته، وأنه ليس هذا من الشرط الذي يكون بمعنى جزء العلة ليمتنع تأخره، فليس ما يثبت في النكاح* على طبق القاعدة ليتعدى عن مورده إلى غيره.

/ ٥٤٠/ قوله: ثمّ إن مثل التصرف الذي يحرم[1] .. اه.

أقول: لو كان تصرف ذي الخيار تصرفاً يتوقف نفوذه على الفسخ، فهنا تارة

---

*) ***الطلاق. (منه قدس سره).***

١) كتاب المكاسب ١٣٢/٦، دلالة التصرفات الإعتبارية المتوقف نفوذها على الملك على إرادة الفسخ.

يكون ذلك التصرف غير قابل للفضولية كما لو أعتق العبد[١] وقلنا: إن الإيقاعات لا تقبل للفضولية كما تقدم في بحث الفضولي، فحينئذٍ يدور هذا التصرف بين أن يكون قبل الفسخ ليكون فاسداً أو بعده ليكون صحيحاً.

في أنه لو شك في قصد الفسخ بالتصرف فهل يمكن إثباته بأصالة عدم الفضولية وقصد الغير

فهنا لو كان الشك في أنه قصد الفسخ بتلك التصرف أم لا، فيحرز قصد الفسخ بأصالة الصحة الجارية في أفعال المسلمين بعد البناء على أن أصالة الصحة من الأمارات التي مثبتها حجة، وبعد البناء على أنه في صورة يقصد الفسخ بالتصرف يحصل الفسخ قبل التصرف.

وتارة يكون ذلك التصرف قابلاً للفضولية كالبيع، فهنا تكون الصحة الشأنية للتصرف ثابتةً قبل الفسخ، فلا تنفع أصالة الصحة في إثبات قصد /٥٤١/ الفسخ على القول بأنه في دوران الصحة بين الصحة الشأنية كما في الفضولي وبين الصحة الفعلية، لا يثبت هذا الأصل للصحة الفعلية كما بيّنّا وجهه في مسألة أصالة الصحة.

نعم، نسب المصنف (ره) إلى المحقق الثاني[٢] أنه قال: يثبت قصد الفسخ بضميمة أصالة عدم الفضولية إليه. وحمل المصنف (ره)[٣] كلامه على أن مراده أصالة عدم قصد وقوع العقد عن الغير بناءً على أن وقوع العقد عن الغير يتوقف على قصد وقوعه عن ذلك الغير، فلذا يرد عليه بعد الغمض عما تقدم:

---

١) في المخطوطة: العقد.

٢) جامع المقاصد ٤/٣١٠ ـ ٣١١، أحكام تتعلق بالخيارات.

٣) كتاب المكاسب ٦/١٣٣، دلالة التصرفات الإعتبارية المتوقف نفوذها على الملك على إرادة الفسخ.

أولاً بما ذكرناه في بيع الفضولي لنفسه من عدم لزوم قصد الغير في الفضولي وعدم لزوم قصد النفس في البيع لنفسه، بل وقوع العقد عن النفس أو عن الغير تابع لكون المبيع مثلاً ملكاً لنفسه أو غيره؛ لأن البيع عبارة عن مبادلة مال بمال بجعل ملكية كل منهما مقام الآخر، فيلزمه دخول الثمن في ملك مالك المثمن، سواء كان هو نفس البايع أو غيره.

ولا يكون المتبايعان من أركان العقد كما كان /٥٤٢/ الزوج والزوجة من الأركان في عقد النكاح، والتوضيح في محله.

في بيان المراد من أصل عدم قصد الغير وأنه لا يثبت به قصد الفسخ إما لأنه ليس بحجة أو لغير ذلك

وثانياً بعد تسليم لزوم قصد الغير في الفضولي نقول: إن إثبات قصد الفسخ بأصالة عدم قصد الغير يتوقف على كون أصل عدم قصد الغير من الأمارات ليكون مثبته حجة، فيثبت به قصد الفسخ والمصنف (ره) تصدى لإثبات ذلك بدعوى أن المراد من هذا الأصل الظاهر.

ونحن نقول: لو كان المراد من هذا الظاهر ظهور اللفظ، ففيه: مع الغمض من أن المناسب على هذا دعوى ظهور اللفظ في قصد البيع عن نفسه، لا في عدم قصد الغير أن الظهور فيه ممنوع.

ولو كان المراد أن الظاهر من حال العاقد ذلك، ففيه: مع أن المناسب على هذا أيضاً التعبير بأن ظاهر حاله قصد العقد عن نفسه، أن هذا الظهور على تسليمه ليس مستنداً إلى اللفظ ولا دليل على اعتباره من بناء العقلاء أو غيره.

ولو كان المراد أنه ليس المراد من هذا الأصل الإستصحاب حتى لا يكون /٥٤٣/ مثبته حجة، بل المراد هو أصل العدم الذي يكون بناء العقلاء عليه ويكون

مثبته حجة لكونه من الأمارات ويجري عند الشك في وجود كل حادث، **ففيه**: أنا لا نقول بحجية أصل العدم على الإطلاق، بل إذا أحرز المقتضي للشيء وشك في وجود مانعه، وكان احتمال وجود المانع موهوناً في نظر العقلاء وليس المقام منه.

ولو كان المراد هو الغلبة بمعنى أن الغالب أن العقد الصادر من الشخص أنه ليس من غيره، بل من نفسه، **ففيه**: مع إمكان منع الغلبة، أنه لا دليل على اعتباره لعدم إحراز بناء العقلاء على العمل به في مثل المقام، وليس دليل آخر على اعتباره أيضاً.

وثالثاً بعد تسليم ما تقدم، نقول: إن لأصالة عدم قصد الغير معارضاً. أما لو قلنا بلزوم قصد النفس في البيع عن النفس أيضاً فواضح، وإلا نقول: لا أقل من أنه معارض بأصالة عدم قصد الفسخ؛ لأن المفروض أن تحقق الفسخ بالتصرف يتوقف على قصد الفسخ به. وهو أيضاً /٥٤٤/ يكون الشك في حدوثه.

في أن تقديم أصالة عدم قصد الغير على أصالة عدم قصد الفسخ مما لا وجه له

وما ادعاه المصنف من أن أصالة عدم قصد الغير يكون حاكماً على أصالة عدم الفسخ، لا وجه له؛ لأن دعوى الحكومة من جهة دعوى أن أصالة عدم قصد الغير تكون سبباً وأصالة عدم قصد الفسخ تكون مسبّباً.

وفيه: أنه كما يمكن دعوى أن الشك في قصد الفسخ يكون ناشياً من الشك في أنه قصد البيع عن الغير يمكن دعوى عكس ذلك أيضاً، بل الشك فيهما ناشٍ عن أمر ثالث، وهو العلم الإجمالي بأنه إما قصد البيع عن نفسه أو قصد وقوع البيع عن الغير، بل هذا العلم الإجمالي أيضاً ليس بعلم، بل إنما فرض وجود العلم بأحدهما لأجل أصالة حمل فعل المسلم عن الصحيح في الجملة بعد فرض أنه لو لم يقصد

البيع عن الغير ولم يقصد الفسخ أيضاً، يقع العقد فاسداً صرفاً، فلا يقع عن نفسه ولا عن غيره، فيثبت بها أحد القصدين /٥٤٥/ بعد دعوى أن أصالة الصحة من الأمارات.

ومنه يرد هنا إيراد رابع أيضاً وهو: أنه لو قصد الفسخ بهذا التصرف أيضاً ولم يقصد الفضولية، فتتوقف صحة البيع عن نفسه على أحد الأمرين:

أحدهما أن نقول: إن التصرف يكشف عن تحقق الفسخ قبله، حتى يكون البيع صحيحاً عن نفسه لوقوعه على ملكه.

وثانيهما أن الفسخ يتحقق بأول جزءٍ من عقد البيع وأن تحقق الملكية لنفسه في ضمن عقد البيع يكفي في صحة البيع عن نفسه. وأما لو منعنا الأمرين ـ كما سيأتي الكلام فيه إن شاء الله ـ، فحينئذٍ يكون مقتضىٰ أصالة الصحة بعد جعلها من الأمارات أن نقول: إنه لم يقصد الفسخ بهذا التصرف وقصد البيع عن غيره، وإلا فيكون فساد البيع معلوماً كما لو قصد به الفسخ وقصد البيع عن نفسه.

نعم، لا مانع من أن /٥٤٦/ نقول: إن الفسخ يتحقق بهذا التصرف الذي قلنا بفساده بعد فرض قصد الفسخ به كما في الجواهر[1] إشارة إليه.

وسيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله تعالى ـ.

في الدليل على اعتبار قصد الفسخ في تحقق الفسخ بالتصرف وأن مقايسته بالتصرف المسقط لا وجه له

قوله: وكيف كان فلا إشكال[2] .. اه.

أقول: قد تقدم أن أصل الكلام في اعتبار قصد الفسخ في التصرف الموجب

---

١) أنظر: جواهر الكلام ٢٣/٦٨، التصرف من المشتري يسقط خيار الشرط.

٢) كتاب المكاسب ٦/١٣٣، لا إشكال في إناطة الفسخ بدلالة التصرف عليه.

للفسخ إلا أنه في مقام دفع الإشكال عن ذلك حيث كان مدرك اعتباره ذلك من جهة مقايسة المقام بالتصرف المسقط للخيار.

ودعوى الإتفاق على عدم الفرق بين المقامين، فكان يشكل ذلك بأن ما جعلوه من التصرف مسقطاً، ليس كاشفاً عن الرضاء بالسقوط، فضلاً عن قصد الإسقاط به.

تصدى المصنف (ره) لمطلب أجنبي عن جواب هذا الإشكال حيث لم يقتض ما ذكره لاعتبار قصد الفسخ، بل على فرض الإعتبار تصدى لإحرازه ببعض الأصول عند الشك.

وبالجملة، ما تقدم من كلامه لم يدل على اعتبار قصد الفسخ، ولكن هنا تصدى لإثبات اعتبار قصد الفسخ.

وشاهده على ذلك /٥٤٧/ أنه ينقل من كلمات العلماء ما يدل على اعتبار قصد الفسخ، مثل مناقشتهم في كون بعض التصرفات فسخاً بإمكان صدوره عمن تردّد في الفسخ. ثمّ يتفرع على ذلك عدم تحقق الفسخ بما كان من التصرفات غير كاشف عن الرضاء بالفسخ.

ونحن نقول: قد تقدم منا أن تحقق الفسخ بكل تصرف قصد الفسخ به يكون على طبق القاعدة وأن ما لم يقصد الفسخ به، فلا تقتضي القاعدة تحقق الفسخ به. وليس دليل آخر أيضاً على تحقق الفسخ به؛ لأنه وإن كان في بعض كلماتهم دعوى الإتفاق على أن كل تصرف يكون مسقطاً، يكون موجباً للفسخ، وتقدم أن التصرف المجرد مسقط للخيار، إلا أنك قد عرفت أنه يظهر من كلماتهم في التصرف الموجب للفسخ اعتبار قصد الفسخ ـ كما تقدم شطر من كلماتهم وسيأتي شطر أخرى منها ـ. وهذا موهن لدعوى الإتفاق على عدم الفرق بين المقامين.

ثمّ اعلم أنه تقدم منّا أن مجرد التصرف في حال يكون راضياً بالفسخ، مغاير مع /٥٤٨/ قصد الفسخ بالتصرف وأن الذي يتحقق به الفسخ هو الثاني دون الأول.

في وجود القائل لكل من الإحتمالين من أن الفسخ يحصل بنفس التصرف ومن أنه يحصل قبله

قوله: مسألة: هل الفسخ يحصل بنفس[١] .. اه.

أقول: تارة يقع الكلام بعد اعتبار قصد الفسخ في التصرف الموجب للفسخ في أن الفسخ هل يحصل قبل ذلك التصرف ولو بآنٍ ما أو أنه يحصل الفسخ بنفس التصرف حتى يكون التصرف مقدَّماً على الفسخ ولو في الجملة قضاءً لكون الفسخ معلولاً للتصرف وتارة فيما يتفرع على ذلك.

أما المقام الأول فنقول فيه بأن ما نقله عن بعض مواضع التذكرة[٢] بأن اللازم ـ بناءً على القول بتضمن الوطي للفسخ ـ عود الملك.. اه، صريح في الترديد بين القولين، بل وظاهر في وجود القائل لكل منهما كما أن ما عن التحرير[٣] من أن الفسخ يحصل بأول جزء من الوطي كالصريح في أن الفسخ يحصل بنفس التصرف لا قبله وكذلك ما نقله في تصرف الواهب، بناءً على أنه لا فرق بين الفسخ ورجوع الواهب.

/٥٤٩/ كما أن ما ينقله من كلماتهم في الفرع الذي يذكره ـ أعني في صحة ذلك التصرف وعدم صحته لو كان من العقود، وحرمته وعدم حرمته لو كان من التصرف الذي يحرم من دون رضاء المالك ـ واضح الدلالة في وجود القائل للقولين وأن بعض يقول بأن الفسخ يحصل قبل التصرف وبعض يقول بأنه يحصل بنفس التصرف.

---

١) كتاب المكاسب ١٣٤/٦، مسألة: هل التصرف سبب أو كاشف.

٢) تذكرة الفقهاء ١٦١/١١، حكم وطئ الأمة في زمن الخيار وما يتعلق بذلك من فروع.

٣) تحرير الأحكام ٢٩٦/٢، في محله (أي الخيار) وأحكامه.

وإذا عرفت وجود القائل لكل واحد من الإحتمالين، بل وأن القائل بأن الفسخ يحصل بنفس التصرف يكون أكثر، فحينئذٍ نقول: لا وجه لما تصدى المصنف (ره) له في صدر كلامه من التصرف في ظاهر كلام المشهور حيث إنه ظاهر كلماتهم أن الفسخ يحصل بنفس التصرف لما يستفاد منهم أن التصرف فسخ فعلي في مقابل الفسخ القولي ولدعوى الإتفاق على أن الفسخ، بل كل إنشاء لا يحصل بمجرد النية.

والمصنف حمل الأول على أن التصرف دالّ على الفسخ والثاني على أن المراد أن الفسخ لا يحصل بالنية الغير المتعقّبة بالتصرف لمجرد أنه رأى أن تمسك العلامة في موضع من التذكرة بأصالة الصحة / ٥٥٠/ لا ينطبق إلا على القول بأن الفسخ يحصل قبل التصرف.

وعلى كل حال، قد ظهر مما تقدم أنه لا إشكال أن المسألة ذات قولين، بل وظاهر المشهور أن الفسخ يحصل بنفس التصرف، لا قبله. والذي يستدل أو يمكن أن يستدل للقول بأن الفسخ يحصل قبل التصرف أمور:

فيما يمكن أن يثبت به لأن الفسخ يحصل قبل التصرف، لا به ووجه بطلان ما يثبت له

منها مقايسة المقام بالرجوع في الطلاق بالوطي واللمس حيث إنهما جائزان.

وفيه: أنه لو رجّحنا أن الرجوع يحصل قبل التصرف هناك، فهو للأخبار الخاصة الواردة هناك، وليس على طبق القاعدة. وليس إجماع على عدم الفرق بين المقام وبين الرجوع في باب الطلاق.

ومنها مقايسة التصرف الموجب للفسخ بالتصرف الذي يكون من ذي الخيار فيما انتقل إليه مسقطاً لخياره، بعد دعوى أن التصرف الموجب لسقوط الخيار

يكون مناطه الرضاء بسقوط الخيار كما استظهر /٥٥١/ المصنف من بعض كلماتهم أن رضاء ذي الخيار بسقوط خياره موجب لسقوط خياره، فنقول: إن حال الفسخ أيضاً كذلك من أن مناط تحقق الفسخ هو الرضاء بالفسخ، فحينئذٍ نقول: إن الرضاء بالفسخ يكون قبل التصرف الذي يقصد به الفسخ أيضاً موجوداً.

وفيه: أن الفرق بين المسقط للخيار والموجب للفسخ موجود؛ لأنه بالنسبة إلى المسقط للخيار قد تقدم أن مقتضىٰ التعليل الوارد في خيار الحيوان «**فذلك رضىً منه**» أن نفس الرضاء يكون موجباً لسقوط الخيار، وليس لنا مثل هذا التعليل بالنسبة إلى ما يوجب الفسخ، وليس دعوى إجماع على عدم الفرق من هذه الجهة، فضلاً عن ثبوت الإجماع عليه.

نعم، بالنسبة إلى التصرف، قد تقدم دعوى الإتفاق على عدم الفرق بين ما يوجب سقوط الخيار وبين ما يوجب الفسخ، ولا دخل له بما نحن فيه، مع أنك عرفت قُبيل ذلك موهونية هذه الدعوى أيضاً، وأن مقتضىٰ كلماتهم وجود الفرق بين المقامين.

/٥٥٢/ **ومنها** أن نقول: إنه قبل التصرف ينشأ الفسخ في نفسه، ثمّ يتصرف.

في الجواب عما يمكن أن يستدل به للقول بأن الفسخ يحصل قبل التصرف الذي به الفسخ

وفيه: **أولاً** أنه خلاف الفرض؛ لأن محل الكلام في صورة يكون الغرض أن يحصل الفسخ بالتصرف وقبل التصرف ليس إلا إرادة الفسخ بالتصرف.

وثانياً أن تحقق الفسخ بالإنشاء النفسي خلاف ما ادعوا من الإتفاق عليه من أن الفسخ ـ بل كل إنشاء ـ لا يحصل بمجرد النية، بل الإنشاء لابدّ من أن يكون إما بالقول أو الفعل.

وثالثاً نحن وإن نقول إنه بالإنشاء القلبي يتحقق عنوان العهد في بعض الموارد إلا أنه لا نسلّم ذلك في جميع الموارد.

وعلى هذا نقول: إن تحقق عنوان العهد والفسخ بمجرد الإنشاء القلبي غير معلوم.

ومنها أن نقول: إن التصرف يكشف عن حصول الإنفساخ بأن ما قبل التصرف كما أن العتق في مسألة «أعتق عبدك عني» يكشف عن حصول ملكية المعتق لهذا العبد بآنٍ ما قبل العتق.

وفيه: أن القول بأن العقد ينفسخ بأن ما قبل التصرف إنما يناسب في مورد كان لنا /٥٥٣/ قواعد مسلّمة لا تنطبق إلا عليه كقولهم بنظيره في مسألة «أعتق عبدك عني» كما تقدم منّا في باب المعاطاة.

وفيما نحن فيه لو فرض توقف صحة البيع الذي يقصد به الفسخ مثلاً أو جواز اللمس الذي يقصد به فسخ بيع الأمة على القول بتقدير الإنفساخ بآنٍ ما قبل ذلك التصرف من البيع واللمس، إلا أنه نقول: إن صحة ذلك التصرف أو جوازه ليس مسلماً لنلتزم بتقدير الإنفساخ بآنٍ ما قبل التصرف ـ كما سيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى ـ.

ومنها أن الفسخ يحصل بإرادة المتصرف التي يكون متصلة بالتصرف، كما يدعيه المصنف[1] (ره) بدعوى أن كل ما يكفي فيه الفعل من الإنشاءات ولا يعتبر فيه خصوص القول.

فلابدّ من أن نقول فيه بأن المنشأ يحصل قبل ذلك الفعل بالإرادة المتصلة به نظراً إلى أن الفعل لا إنشاء فيه، لعدم دلالته على ما ينشأه.

---

١) كتاب المكاسب ٦/١٣٥ ـ ١٣٦، مسألة: هل التصرف سبب أو كاشف؟

في عدم تمامية شيء مما يتمسك به للقول بأن الفسخ يحصل قبل التصرف

نعم، بعد القول /٥٥٤/ بأن الفسخ مما يكتفى فيه بالفعل، فلابدّ من أن نقول: إن الفسخ أبداً لا يحصل باللفظ أيضاً؛ لأن لفظ «فسخت» أيضاً أبداً مسبوق بإرادة الفسخ، كما أن الفعل كان مسبوقاً فيها.

أقول: فيه:

أولاً إن تحقق الفسخ بمجرد إرادة الفسخ خلاف ما تقدم من دعوى الإتفاق عليه من أن الفسخ لا يحصل بمجرد النية.

وثانياً إذا سلمت أن الإنشاء لا يحصل بالفعل والتصرف، فحينئذٍ لا وجه للقول بأن الفسخ يحصل بالفعل. وذلك لأن الفعل لمّا لم يمكن إنشاء الفسخ به، فلا يتحقق عنوان الفسخ به. وأما الإرادة المتصلة به فإرادة للفسخ وإرادة الفسخ غير الفسخ.

إن قلت: تحقق أصل الفسخ بالفعل مسلّم لم ينكره أحد.

قلت: الإتفاق على تحقق الفسخ به من جهة أنهم يقولون: إن إنشاء الفسخ يتحقق بالفعل /٥٥٥/ كما يتحقق باللفظ، كما يظهر من كلماتهم. وعلى هذا، لو رأينا أن الإنشاء لا يمكن أن يتحقق بالفعل، فنقول: إن الإتفاق غير نافع بعد ما علمنا فساد مدرك كلامهم.

وثالثاً نقول: لا مانع من إنشاء الفسخ أو إنشاء شيء آخر بالفعل، كما يمكن الإنشاء باللفظ. وذلك لأن الفرق بينهما في أن اللفظ يدلّ على تحقق المنشأ وتكون دلالته أيضاً مقصودة.

وأما الفعل فلا دلالة فيه بنفسه على تحقق المنشأ إلا أنهما مشتركان في أن الغرض من ذكر اللفظ وكذا الغرض من التصرف الذي يفعله، أن يتحقق الفسخ مثلاً

به وكذلك في سائر الإنشاءات.

وهذا المقدار يكفي في تحقق عنوان الفسخ أو غيره من العناوين بنفس الفعل عرفاً، فيندرج في تحت العمومات.

في إثبات صحة تصرف ذي الخيار بالنسبة إلى التصرف الذي يقصد به الفسخ

/ ٥٥٦ / قوله: وهذا لا يخلو عن قوة[1] .. اه.

أقول: لا يخفى عليك أولاً أنه يلوح من بعض كلمات المصنف أنه يتكلم في صحة تصرف ذي الخيار على القول بفساد بيع الفضولي حيث سلّم في ضمن كلامه السابق أن البيع لا يؤثر في نقل مال الغير من جهة دلالة «**لا بيع إلا في ملك**» على فساد البيع في صورة لو أثّر حال صدوره يؤثر في نقل مال غير البايع.

ويظهر من بعض كلماته أنه يتكلم في صحة بيع ذي الخيار على القول بصحة البيع الفضولي، وأن الغرض هنا إثبات صحة البيع من دون توقف على الإجازة ثانياً.

ومنه أورد على من قاس المقام بمسألة «من باع ثمّ ملك» بأنه على فرض صحته يوجب إعتبار إجازة العاقد ثانياً.

هذا، إلّا أن الوجه الذي يذكره لصحة هذا العقد ويكون مختاره، يكون /٥٥٧/ مقتضاه صحة هذا العقد، سواء قلنا بصحة الفضولي أم قلنا بفساده، حيث صار ملخّص ما ذكره أن ما دل على فساد الفضولي يكون مقتضاه أن البيع لا يؤثر في نقل مال الغير وتأثير العقد بعد تماميته. وفي المقام يحصل الفسخ بأول جزء من العقد، فيكون تأثيره في ملك العاقد.

---

١) كتاب المكاسب ١٣٩/٦، رأي المؤلف في المسألة.

ونحن نقول: إن إثبات صحة تصرف ذي الخيار حتى على القول بفساد البيع الفضولي بنحوٍ ذكره المصنف يتوقف على إثبات ثلاث مقدمات:

في إثبات صحة التصرف الذي يقصد به الفسخ على القول بأن الفسخ يحصل بنفس التصرف

منها أن يكون المقتضي لصحة التصرف في صورة يصير المبيع ملكاً للعاقد في ضمن عقد البيع موجوداً. وهنا نقول: من العمومات المقتضية لصحة العقود قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾[1].

وهنا نقول: إن الحكم بوجوب الوفاء متعلقه العقد وجزء العقد ليس بعقد، فالوجوب لا يتعلق بالعاقد إلا بعد /٥٥٨/ تمامية العقد، حيث إنه لم يتحقق العقد. وبعد تمامية العقد يتمكن العاقد من الوفاء بالعقد، حيث إن المبيع يكون ملكه في ذلك الزمان، فيشمله العموم ويقتضي صحة بيعه.

ومنها أن لا يكون هنا مخصص للعمومات ولو على القول بفساد الفضولي. وذلك بأن نقول بعد تسليم تمامية ما يدل على بطلان البيع الفضولي: إن دليل البطلان لا يشمل المقام، وذلك بأن نقول: إنه ليس مفاد تلك الأدلة اشتراط ملكية العاقد من ابتداء العقد في صحة العقد، بل يدل على اعتبار ملكيته قبل تماميته بحيث كان وقوع العقد على المحل القابل، والعقد لا يصير عقداً إلا بعد تماميته.

وهنا نقول: إن ما دل على بطلان الفضولي من قوله «**لا بيع إلا في ملك**»[2] وغيره، ليس مفادها بأزيد من أن البيع ليس إلا في ذلك العاقد.

وعلى هذا نقول: تقدم منا في أول المعاطاة وغيرها أن ألفاظ المعاملات /٥٥٩/

---

١) المائدة: ١.

٢) عوالي اللئالي ٢٤٧/٢، باب المتاجر، ح ١٦، وفيه: «لا بيع إلا في تملك».

من البيع وغيره عند العرف حقيقة في الصحيح منها، أعني ما يترتب عليه الأثر، لصحة سلب عنوان تلك المعاملة عما لا يترتب عليه الأثر عند العرف.

ومنه قلنا: إنه لو حكم الشارع بفساد معاملة كانت صحيحة عند العرف، فليس هذا تخصيصاً للعمومات الدالّة على صحة تلك المعاملة.

بل يكون هذا من قبيل تخطئة الشارع للعرف في صدق عنوان تلك المعاملة عليه.

وإذا عرفت هذا فنقول: جزء عقد البيع لما لا يترتب عليه الأثر عند العرف، فليس ببيع وإنما يصير بيعاً بتمامية العقد، وفي ذلك الزمان يكون المبيع ملكاً للبايع، فلا يقتضي ما دل على بطلان البيع الفضولي على بطلان عقد يصير البايع العاقد مالكاً للمبيع في وسط العقد.

ومنها أن يثبت أن الفسخ يحصل بأول جزء من العقد الذي أوقعه على العين. وهنا نقول: تقدم في أصل هذا الفرع أن المصنف (ره) ادعى أن إنشاء الفسخ وإنشاء غيره لا يحصل بنفس التصرف، فلابدّ أن يكون بإرادته /٥٦٠/ للفسخ المتصلة بالتصرف.

ونحن قلنا هناك: إن الإنشاء باللفظ والفعل وإن كان بينهما فرق من جهة أن اللفظ يدل على ما ينشئه، ويكون الغرض والقصد من ذكره تلك الدلالة أيضاً، فيكون القصد بنحوٍ يدل عليه اللفظ ولفظ «فسخت» بتمامه يدل على الفسخ، فلابدّ أن يحصل الفسخ بتمامه.

وأما الفعل فلا دلالة فيه على ما ينشئه إلّا أن اللفظ والفعل مشتركان في أن الغرض من إيجاد كل منهما حصول الفسخ به وهذا المقدار يكفي في تحقق عنوان الفسخ بالفعل أيضاً.

في إثبات صحة التصرف الذي يصدر من ذي الخيار إذا قصد به الفسخ

وعلى هذا نقول: إن الجزء الأول الذي يصدر منه من الفعل، يكون الغرض حصول الفسخ به، ولا يناسب أن يكون غرضه حصول الفسخ بتمام التصرف بعد عدم دلالة نفس التصرف على الفسخ.

بل من الواضح البديهي أنه في صورة كان قصد الفسخ ببيعه للعين يكون قصده للفسخ بالإيجاب الذي يصدر منه، ولا مدخلية للقبول الذي يصدر من المشتري الفسخ مع أن البيع لا يتم إلا بالقبول.

فوضح مما ذكرناه أنه لا ينبغي الإشكال في /٥٦١/ أن الفسخ يحصل بأول جزء من التصرف الواقع على العين، وبعد ضمّ المقدمتين السابقتين إلى ذلك يرتفع الإشكال عن صحة ذلك التصرف من غير فرق بين أن يكون ذلك التصرف مما يجري فيه الفضولي كالعقود أو مما لا يصح الفضولي فيه كالإيقاعات لو قلنا: إن الفسخ يحصل بالجزء الأول من تصرف ذي الخيار.

وأما لو قلنا: إنه يحصل بتمام تصرفه، فيشكل الصحة في الإيقاعات، لأن حصول الملكية بعد تمامية الإيقاع، فلم يرد العتق مثلاً على ملك نفسه.

نعم، لا مانع في البيع على كل حال؛ لأنه بالإيجاب يتحقق الفسخ مع أنه لا يتحقق البيع إلا بعد القبول، فيكون البيع وارداً على ملك نفسه.

ثمّ اعلم أنه لو قلنا: إن الفسخ يحصل بتمام العقد، فحينئذٍ نقول: أما على القول بصحة الفضولي. فلا إشكال في صحة هذا العقد من دون حاجة إلى الإجازة ثانياً؛ لأنه لمّا باع المال باعتقاد أنه ينقل ماله، فيكون الرضاء الذي شرط في صحة العقد بتمام خصوصياته موجودة هنا من أول الأمر، كما لا يخفى على من راجع فيما

تقدم منّا في مسألة «من باع ثمّ ملك».

وأما على القول بفساد الفضولي، فيمكن القول أيضاً بصحة هذا التصرف بعد صحة المقدمتين الأوليين؛ لأن تأثير العقد أو الإيقاع بعد تمامهما، وبعد تمامهما يكون المفروض أن العين تصير ملكاً له. فعند تمامية المقتضي يرتفع المانع أيضاً، فلا مانع من تأثير ذلك التصرف.

/ ٥٦٢ / قوله: مع أنه لو فرض دلالة[1] .. اه*.

---

١) كتاب المكاسب ١٤١/٦، رأي المؤلف في المسألة.

*) ***توضيح المقام: أن التصرفات التي يكون من ذي الخيار في ما انتقل عنه قاصداً بها إن كان ذلك التصرف من قبيل العقود والإيقاعات، فكان النزاع في صحة ذلك التصرفات وتقدم الكلام فيه. وأما لو كانت تلك التصرفات من قبيل الأكل والشرب والوطي، فالكلام في حرمة تلك التصرفات حيث إن التصرف ابتداءً ليس في ملكه، لأن التصرف علة للفسخ الموجب للملك، ومن هنا التزم بحرمة الجزء الأول من ذلك التصرف الذي يتحقق به الفسخ.***

ونوقش عليه من وجوه:

الأول ما ذكره في الجواهر من أن ما دل على أن لذي الخيار الفسخ المستفاد مما دل على أن له الخيار يشمل كل فاسخ من فعل أو قول، فيدلّ على جواز ذلك الفعل وهو حاكم على ما دل على حرمة ذلك التصرف.

أقول: لعل ذلك من جهة أن قوله «له الخيار» يشمل الخيار به في التصرف فيما انتقل عنه بقصد الفسخ، سواء كان ذلك التصرف من قبيل البيع أو من قبيل الأكل والشرب وليس له انصرافاً عن ذلك، فيدل على إباحة ذلك التصرف.

وأجاب المصنف [كتاب المكاسب ١٤٠/٦، رأي المؤلف في المسألة] ***عنه: تارة بأن الجواز المستفاد من قوله «له الخيار» هو الجواز الوضعي وهو صحة الفسخ ولا ينافي ذلك كون ما يحصل به الفسخ حراماً.***

وتارة أنه لو سلّم الدلالة يعين الحمل على حصول الفسخ قبل التصرف جمعاً بين الأدلة.

الثاني ما يستفاد من الجواهر أيضاً من أن التصرف في ملك الغير الذي يصير كالجزء الأول من التصرف ملكاً لنفسه، شمول ما دل على حرمة التصرف في مال الغير له غير واضح. فحينئذٍ يكون الترخيص مقدماً.

أقول: عمدة الإشكال في دلالة أدلّة الخيار على الجواز التكليفي -كما تقدم-، وإلا يكون هذا الجمع معيناً لضعف شمول أدلّة الحرمة لهذا الفرد.

أقول: لو فرضنا أن ما دل على أن له الفسخ بالتصرف وغيره للإطلاق والصدق يدل على إباحة التصرف الذي يحصل به الفسخ أيضاً، فحينئذٍ كما يمكن أن يقال:

الثالث ما ذكره بعض المحشين من إمكان أن يكون الجزء الأول من تصرف ذي الخيار فيما انتقل حلالاً. وذلك لأن تقدم الفسخ على الملكية ذاتي، لا زماني. وعليه ففي إثبات حلّية ذلك التصرف بتمامه لا حاجة إلى قول المصنف: إن الفسخ يحصل بإرادته المتصلة بالتصرف، كما قال.

أقول: تقدم أن المصنف تمسك بكلام التذكرة حيث تمسك لتحقق الفسخ بالتصرف بصيانة فعل المسلم عن القبيح بأنه لا يصان عنه إلا إذا وقع الفسخ قبله بالإرادة المتصلة بالتصرف وهذا المحشي يمنع ما ذكره المصنف، ولكن يتصدى لإمكان حلية تمام التصرف بوجهين آخرين:

أحدهما ما تقدم من أن تقدم التصرف على الفسخ ذاتي، لا زماني.

وثانيهما أن التصرف من قبيل الشرط المتأخر لحصول الفسخ قبله.

أقول: تقدم أن ما ذكره العلامة ليس باتفاقي ليتكلّف لتوجيهه مما ذكره المصنف أو المحشي، ومقتضىٰ القاعدة ترتب الفسخ على التصرف، فيكون بدو التصرف حراماً لأن[ه] ورود التصرف على مال الغير.

فتلخص أنه على المختار التصرف في نفس العين بدوه حرام، وأما العقود الواقعة عليها فصحيح وأما الإيقاعات الواقعة عليها فإنا قلنا: إن الفسخ يحصل بأول جزء منها، فصحيح أيضاً وإلا لم يقع العتق وغيره على ملك نفسه؛ فتأمل، ولا يجري الفضولي أيضاً فيها.

وعلى قول المحشي من أن التصرف مطلقاً من قبيل الشرط المتأخر أو أن تأخر الفسخ ذاتي، لا زماني، فلا يكون التصرف حراماً ويكون كل من العقود والإيقاعات صحيحاً أيضاً وكذلك على مختار المصنف تبعاً لما نقله من الشهيد والمحقق الثانيين [راجع المسالك ٢١٦/٣ وجامع المقاصد ٣١٠/٤].

ثمّ إن المصنف إستفاد من كلام المبسوط فيما نقله عنه من الحكم بصحة تبايع المتصارفين في مجلس الصرف أنه أيضاً يقول بحصول الملكية قبل التصرف، حيث إن الفسخ يمنع من حصول الملكية في زمان الخيار.

ومنه تمنع من صحته مع ما انتقل إلى كل واحد إلى شخص ثالث، ولكن في بيع كل من المتبايعين إلى الآخر يقول: إنه يوجب لقطع الخيار، فيحصل الملكية فيصح منهما ثانياً.

وهذا يتوقف على حصول الملكية قبل البيع نظير ما اختاره المصنف (ره). (منه قدس سره).

إن ذلك لحصول الإنفساخ قبل التصرف ليصير التصرف في ملكه، كذلك يمكن أن يقال: إن ذلك لترخيص هذا المقدار من التصرف في مال الغير لتعلق حق من ذلك المتصرف بذلك المال.

في أنه لو أعتق ذو الخيار المبيع والثمن فهل يعتق شيء منها أم لا وحكم الفسخ والإسقاط

قوله: فرع: لو اشترى عبداً بجارية.. اه.

أقول: في صورة باع شخص جاريته بعبد المشتري، فإما أن يفرض أن خيار الفسخ في هذا البيع لخصوص البايع أو لخصوص المشتري أو لهما.

والبحث في هذا الفرع في حكم ما لو قال البايع «أعتقتهما» في كل واحد من الفروض الثلاثة، وهنا نقول: أما الفرض الأول وهو أن يكون الخيار لخصوص البايع وقال «أعتقهما»، فنقول: إن المصنف هنا نقل قول بأنه تنعتق الجارية وقول بأنه ينعتق العبد ولكنه يختار عدم عتق الجارية ولا العبد، وأن العقد يكون باقياً وكذا الخيار الثابت له بوجهٍ ذكره في المتن.

/٥٦٣/ ونحن نقول: الظاهر أن المراد من الخيار الثابت له هو خيار الشرط، لا خيار الحيوان؛ لأنه ثابت للمشتري قطعاً، مع أنه فرض ثبوته لكل واحد من البايع فقط والمشتري فقط.

وعلى هذا نقول: تقدم منا في مسقطات خيار الحيوان وغيره أن التصرف بحسب القاعدة إنما يكون مسقطاً في صورة أنشأ الإسقاط به.

وأما مجرد التصرف مطلقاً أو بعض التصرفات الخاصة كان مسقطاً في بعض من الخيارات، إلّا أن ذلك لأجل النصوص الخاصة، وذكرنا أنه ليس إجماع على أن كل تصرف يكون مسقطاً في شيء من الخيارات يكون مسقطاً في غيره أيضاً.

وعلى هذا نقول: إن خيار الشرط لم يكن فيه نصّ خاص على أن التصرف مسقط له، فيقتصر في المسقط له بكل تصرف ينشأ الإسقاط به.

وأما الفسخ فحصوله بالتصرف في جميع الموارد مشروط بأن ينشأ به الفسخ، لأن القاعدة لا تقتضي بأزيد من ذلك، وليس لنا نصّ خاص على أن الفسخ يحصل بالتصرف بحيث يستفاد منه أزيد من ذلك.

ودعوى الإجماع على أن كل تصرف يكون مسقطاً، يكون نظيره موجباً للفسخ، قد تقدم في المسألة السابقة أنها موهونة حيث إن كثيراً من التصرفات التي /٥٦٤/ لم يكن فيها رضاء بالبيع، كان مسقطاً في الجملة، مع أنه تقدم أن في كلماتهم شواهد على أنه في التصرف الموجب للفسخ يعتبرون إنشاء الفسخ به.

في أنه يعتبر قصد الفسخ بالتصرف ليحصل به الفسخ وكذلك في المسقط، فيتحقق المانع

وإذا عرفت اعتبار قصد الإنشاء في كل من التصرف المسقط والتصرف الموجب للفسخ في المقام، فنقول: إن مجرد التصرف في الجارية والعبد بعتقهما لا يقتضي إسقاط الخيار ولا الفسخ.

فلو لم نعلم منه إنشاء شيء منهما، فلم يحصل شيء منهما ويكون مقتضىٰ الأصل بقاء العقد وبقاء الخيار، وإن قلنا بأن العبد ينعتق من جهة أنه كان ملكه على فرض جريان نظير تبعّض الصفقة في البيع فيه أيضاً.

وأما لو علم منه قصد خصوص الفسخ أو قصد خصوص الإسقاط، فيعمل على مقتضىٰ أي واحد منهما قصد.

وأما لو كان قصده إنشاء كل من الفسخ والإسقاط، فهنا نقول: إن مجرد إنشائهما لا مانع فيه لما ذكرنا في خاتمة البراءة وغيرها أن الإنشاء عبارة عن قصد

حصول المعنى باللفظ، وهو ممكن أن يتعلق بالأمر المستحيل، إلا أنه يظهر من بعض كلماتهم أن كل مورد يعتبر الإنشاء، يعتبر القصد أيضاً كما /٥٦٥/ يذكرونه في كتاب الطلاق وتقدم الكلام فيه في شرايط صحة البيع. والقصد عبارة عن إرادة حصول ما ينشأ في الخارج، ولذا لا يعتنى بإنشاء اللاغي والساهي وأشباه ذلك.

ومقتضىٰ القاعدة أيضاً إعتبار القصد حيث إنه بدونه لا يصدق شيء من عناوين العقود والإيقاعات عرفاً حتى يندرج تحت العمومات المفيضة للصحة.

وعلى هذا نقول: إن الفسخ وإسقاط الخيار من قبيل المتناقضين، وإرادة وقوعهما غير ممكن. وعلى هذا لا يمكن قصد وقوعهما، فلا يتحقق شيء منهما وإن قلنا بأن العبد لما كان ملكه ينعتق لما تقدم.

وعلى هذا في هذا الفرض أيضاً مقتضىٰ الأصل بقاء العقد وبقاء الخيار.

وأما الفرض الثاني، فالمفروض أنه لا خيار للمعتق حتى يكون تصرّفه إسقاطاً وفسخاً، وأما من جهة عتق العبد والجارية فكما في المتن.

وأما الفرض الثالث فمن جهة إسقاط حق الخيار وحصول الفسخ، فكما في الفرض الأول.

وأما من جهة العتق، فلو فرضنا أن البايع للجارية قصد خصوص الفسخ من قوله «أعتقتها»، فتعتق الجارية بناءً على صحة الإيقاع الذي يقع على ما انتقل عنه بقصد الفسخ وبناءً على جريان نظير تبعّض الصفقة في العتق أيضاً.

في أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يتصرف فيما انتقل إليه في زمان خيار الآخر أم لا

ثم لو قلنا بعدم صحة تصرف أحد المتعاقدين في زمان خيار الآخر، فعدم انعتاق العبد واضح، وإلا نقول: لو قلنا في الإيقاع على ما انتقل بقصد الفسخ

يحصل الفسخ بأول جزء من الإيقاع.

فعتق العبد ليس وارداً على الملك بخلاف عتق الجارية، فلا مانع فيما قلناه.

وأما لو قلنا: إن الفسخ يحصل بتمام الإيقاع، فيجوز القول بالعكس بأنه يعتق العبد دون الجارية.

[تصرف غير ذي الخيار تصرفاً يمنع من استرداد العين]

/٥٦٦/ قوله: مسألة: من أحكام الخيار عدم جواز[1] .. اه.

أقول: ما نقله المصنف (ره) في المسألة من الأقوال يرجع إلى ستة أقوال:

منها المنع من الإتلاف دون التصرفات الناقلة، إلا أنه لو فسخ ذو الخيار يفسخ العقد من أصله.

ومنها كسابقه إلا أنه لو فسخ، يفسخ من حين الفسخ.

ومنها المنع من التصرفات الناقلة أيضاً.

ومنها المنع من مطلق التصرف المنافي لخيار الآخر حتى يشمل مثل الإستيلاد أيضاً.

ومنها المنع من التصرفات الناقلة غير العتق.

ومنها جواز تمام التصرفات.

وليس علينا التعرض لإثبات أن المشهور هو القول الأخير أم لا، وأن خصوص بعض الأكابر يظهر منه القول الأخير /٥٦٧/ أم لا؛ لعدم فائدة معتنى بها في ذلك عندنا.

وسيأتي بعد اثني عشر ورقاً أن المصنّف يناقش على جواز تصرف غير ذي

---

١) كتاب المكاسب ١٤٤/٦، مسألة: هل يجوز تصرف غير ذي الخيار تصرفاً يمنع من استرداد العين؟

[الخيار] في زمان خيار الآخر بدعوى الإتفاق من الجامع[١] والدروس[٢] على عدم جواز التصرف كما أنه سيأتي الجواب عنه هناك أيضاً.

نعم، من يكون قائلاً بعدم جواز التصرف، مبنياً على أن غير ذي الخيار لا يملك العين في زمان الخيار، لا يعدّ من القائلين بعدم جواز التصرف في مسألتنا التي يكون الكلام فيه مبنيّاً على أنه يملك العين وانه لا ينبغي المناقشة فيه كما أن المشهور بلا تأمل يكون بناؤهم على أنه يملك العين.

[المناقشة في الحجة المذكورة]

قوله: هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه المنع، لكنه لا يخلو عن نظر[٣].. اه.

أقول: لا ينبغي التأمل في أنه لو ثبت أن حق الخيار متعلق بنفس العقد بأن يكون لذي الخيار حلّ العقد وأن لحل العقد آثاراً في كل من زمان وجود العينين أو تلفهما تترتب عليه قهراً ـ كما تقدم في مسألة إرث الخيار ـ فلابدّ من أن نقول: إنه يكون لغير ذي الخيار أن يتصرف فيما انتقل إليه بكل تصرف أراد؛ لأنه كان ملكه ولم يتعلق به حق الغير ـ كما تقدم في مسألة اشتراط الطلقية في المبيع ـ. وبعد ذلك لو فسخ ذوالخيار، يترتب عليه ما كان أثراً لحل العقد في زمان تلف العين أو نقله.

/ ٥٦٨ / وتقدم في أواخر مسقطات خيار الغبن أن أثر حل العقد في زمان العين هو الرجوع إلى المثل أو القيمة. وعلى هذا، فالمهمّ في مقام إثبات جواز التصرفات لغير ذي الخيار إثبات أن حق الخيار متعلقه نفس العقد.

والذي قيل أو يمكن أن يقال لإثبات ذلك وجوه:

---

١) الجامع للشرائع: ٢٤٨، أحكام الخيار.

٢) الدروس ٣٠٢/٣، أحكام الربا في النقدين.

٣) كتاب المكاسب ١٤٩/٦، المناقشة في الحجة المذكورة.

فيما يستدلّ به لإثبات أن متعلق حق الخيار هو نفس العقد، لا العين بأن يكون له الترادّ

منها ما قيل من أن جواز جعل الخيار للأجنبي دليل على أن الخيار في حل العقد وإلا ليس للأجنبي استرداد العين إلى نفسه.

وفيه: أنه على فرض كون متعلق الخيار هو العين يحتمل أن يكون هو عبارة عن خيار استرجاع كل عين إلى محله، وهذا يمكن ثبوته للأجنبي أيضاً كما تقدم شطر من الكلام في ذلك في مسألة إرث حق الخيار وأنه يورثه من لا يملك المال كالزوجة بالنسبة إلى الأرض.

هذا كله لو كان جعل الخيار جوازه مسلماً وإلا فيمكن منع جوازه أيضاً.

ومنها الإتفاق على جواز التناسخ بعد تلف العينين، بناءً على أنه من هذه الجهة لا فرق بين الفسخ والتفاسخ الذي يعبّر عنه بالإقالة.

فإنه لو كان متعلقه العين، فلا /٥٦٩/ يمكن بعد تلف العينين، فيكشف من أن متعلقه العقد. فإذا حل العقد يرجع إلى المثل أو القيمة كما تقدم وجهه في آخر مسقطات خيار الغبن.

إن قلت: إن حق الرهانة لا إشكال في أنه متعلق بالعين مع أنه عند التلف يجعل بدله رهناً، فمجرد الرجوع إلى المثل والقيمة لا يصير دليلاً على أن متعلق الحق ليس هو العين.

قلت: لو كان المراد أن مجرد تلف العين المرهونة يكون موجباً ليجعل الراهن بدله رهناً، ففيه: أنه لا وجه له ولم يعلم أن يلتزم أحد بذلك.

ولو كان المراد أنه لو أتلفه الراهن، فلابدّ من أن يجعل بدله رهناً، ففيه: أن القياس مع الفارق؛ لأنه هنا إذا أتلف العين فأتلف حق الغير والإتلاف بنفسه موجب

للضمان كما أن إتلاف المرتهن أو غيره أيضاً كان موجباً لضمان نفس المال للراهن.

ومنها ما تقدم منا في مسألة إرث الخيار عند التعرض لأن حق الخيار يرثه من لا يرث المال أم لا.

فيما يقوى في النظر صحة جعله دليلاً على أن حق الخيار متعلق بنفس العقد، لا العين

ولا بأس من أن نعيد ذكره هنا على نحو التلخيص، فنقول: بعد الغمض من الشهرة على أن الخيار باقٍ بعد تلف العين المتوقف على أن يكون متعلق حق الخيار هو العقد.

وبعد الغمض من دعواهم الإتفاق على مشروعية / ٥٧٠/ الإقالة بعد تلف العينين الكاشف من أن العقد بعد التلف قابل للفسخ، بل يمكن جعله دليلاً كما يظهر من المصنف بدعوى عدم الفرق من هذه الجهة بين الفسخ والتفاسخ.

وبعد الغمض من أن صاحب الجواهر[1] في باب الخيارات يقول بأن دعوى تعلق حق الخيار بنفس العين مخالف لكلام معظم الأصحاب المؤيَّد ذلك بأنا لم نر من كان مشيه في تمام الفروع على ذلك وإنما صدر من بعضهم في بعض الموارد، كما أن المصنف (ره) لم يعنون هنا دليل الخصم أيضاً على أن يكون متعلق حق الخيار هو العين إبتداءً، مع أنه في آخر أحكام الخيارات يميل إليه، وكان كلامه في إرث الخيار لمن لا يملك المال متردّداً من هذه الجهة.

وبعد الغمض من أنه سيأتي من المصنف في آخر أحكام الخيارات أن المراد من

---

١) جواهر الكلام ٢٣/٩٠، إذا تلف المبيع بعد قبضه فهو من مال المشتري وإن كان الخيار للمشتري خاصة فالتلف من مال البايع.

الخيار ملكية فسخ العقد وإن يمنع هو كون المراد منه في كلام الشارع ذلك أيضاً.

فيما يقتضي صحة تصرف أحد المتعاقدين فيما انتقل إليه في زمان خيار الآخر من تعلق الخيار بالعقد أو غيره

وبالجملة، بعد الغمض عما تقدم نقول: إن الخيارات على قسمين:

الأول أن يكون مدرك ثبوتها قاعدة الضرر. وفيها نقول: إنا ذكرنا في خيار الغبن وقاعدة الضرر وغيرهما أن قاعدة الضرر لا ترفع صحة العقد الضرري لعدم المنة في رفعها، بل إنما ترفع لزوم الوفاء بالعقد، فتصير النتيجة في صورة كان دليل / ٥٧١ / صحة العقد غير دليل لزومه أن العقد صحيح وغير لازم الوفاء في حق ذي الخيار. ولا معنى لذلك إلا ثبوت خيار حل العقد وفسخه له، والمثبت في باب الأمارات حجة.

هذا، ويجوز إثبات المدعى بوجه آخر، وهو أن نقول: تقدم في خيار الغبن وسيأتي أيضاً أن حل العقد في حال تلف العين يكون من آثاره الرجوع إلى المثل والقيمة، وبه يرفع الضرر في صورة كان قيمة الثمن أقل من قيمة المبيع.

ففي صورة تلف العين، تجري قاعدة الضرر ويرفع وجوب الوفاء بالعقد، لأن الضرر نشأ هنا منه، لا غير؛ إذ لا يمكن استرداد العين والمفروض أن حل العقد ينتج الرجوع إلى القيمة وهو رافع للضرر، فالضرر نشأ من لزوم الوفاء، وإذا ارتفع لزوم الوفاء، فينتج الخيار في حل العقد وفسخه.

القسم الثاني من الخيارات ما يكون مدرك ثبوتها النصوص والأخبار، وهنا نقول: بعد الغمض من أنه يمكن دعوى القطع من أنها من حيث إن متعلق حق الخيار هو العقد أو العينين، يكون حالها بمثل الخيارات التي ثبت بقاعدة الضرر.

وبعد الغمض من إمكان دعوى أن بإطلاق أدلّة الخيارات لشمولها لما بعد

/ ٥٧٢ / تلف العين يمكن رفع الإجمال عن متعلق الخيار وأن متعلقه العقد، لا العين، نقول: إن الأخبار الواردة في خياري المجلس والحيوان كثير[ة]:

منها كان مضمونها أنه يكون الخيار قبل التفرق وفي الثلاثة وأنه بعدهما وجب الشراء، والمراد بوجوب الشراء لزوم البيع.

فمقابلة ذلك للخيار يصير منشأً لظهور أن الخيار في نفس الشراء والبيع بأن يرفعه ويفسخه.

هذا كلّه مع أن مقتضى القاعدة ـ مع الغمض عن جميع ما تقدم ـ أن يكون الخيار بأي دليل ثبت خياراً في نفس العقد بأن يفسخه ويرفعه بحل المعاهدة التي حصلت بالبيع.

وذلك لأن مجرد ترادّ العينين مع بقاء البيع والعقد تصرف في ملك الغير، فلابدّ أن يكون ذلك متفرعاً على رفع أصل البيع أولاً كما أنه في الطلاق الرجعي لابدّ من أن يكون الإستمتاع من الزوجة متفرعاً على سبق الرجوع ولو كان إنشاء الرجوع بفعل مقدمات الإستمتاع أيضاً.

إن قلت: فما تقول في المعاطاة؟ مع أن الخيار هناك في ترادّ العينين والإشكال الذي قرّرت يجري هناك أيضاً.

قلت: هناك أيضاً نقول: إن الخيار في نفس حل البيع / ٥٧٣ / وإن ترادّ العينين متفرع عليه، وإن ذلك ليس مخالفاً لكلام الفقهاء. وذلك لأن الذي يكون مسلّماً عند المشهور في باب المعاطاة أن تلف العين أو العينين ملزم، ونوقش على القائلين بأن المعاطاة بيع بأن كون التلف ملزماً لا ينطبق على القاعدة لعدم دليل على سقوط الخيار به.

فأجاب عن ذلك بعض من القائلين بأن المعاطاة بيع بأن الخيار في باب المعاطاة في ترادّ العينين وبعد التلف لا يمكن الترادّ.

ونحن نقول: لو سلّمنا الإجماع على لزوم المعاطاة بعد تلف العين، فنقول: نفس

الإجماع دليل على كون التلف ملزماً. وهذا لا مانع فيه كما أنه لم يكن مانع من أن يكون التلف موجباً لسقوط سائر الخيارات؛ إذ قد عرفت أن الترادّ لابدّ من أن يكون متفرعاً على رفع البيع وإلا يكون تصرفاً في ملك الغير، فلا يمكن أن يكون الترادّ ثابتاً من دون رفع البيع.

قوله: ألا ترى أن حق الشفيع[1] .. اه.

أقول: هذا ليس شاهداً على تعلق حق ذي الخيار بالعقد، لا العين، بل هذا شاهد على أصل المطلب من جواز تصرف غير ذي الخيار في زمان خيار خصمه.

في صحة تصرف غير ذي الخيار فيما انتقل إليه ولو قلنا على خلاف الحق من أن متعلق الخيار العين

/٥٧٤/ وتوضيح المقام: أن لصحة تصرف أحد المتعاقدين فيما انتقل إليه في زمان خيار الآخر طريقين. وتختلف حالهما في فروع المسألة، فلا يناسب الخلط بينهما:

الأول ما تقدم من أن متعلق حق الخيار هو نفس العقد وأن حل العقد في كل زمان له أثر كما تقدم شرحه وأن حق ذي الخيار لم يتعلق بالعين بوجه من الوجوه، فيكون لغير ذي الخيار أن يتصرف فيما انتقل إليه كل تصرف يريد، لأن العين ملك طلق له.

الثاني أن نقول: إن حق الخيار تعلق بنفس العين، ولكن مع ذلك يكون لغير ذي الخيار أن يتصرف فيما انتقل إليه ببعض التصرفات الناقلة مثلاً، لا مانع من أن يبيع ما انتقل إليه إلى شخص آخر لمنع اشتراط الطلقية للمبيع في صحة البيع.

---

١) كتاب المكاسب ١٤٩/٦، المناقشة فيظ الحجة المذكورة.

وذلك لأن المفروض أنا نتكلّم على قول المشهور من أن غير ذي الخيار يملك لما انتقل إليه في زمان /٥٧٥/ الخيار.

وعلى هذا نقول: إن البيع عبارة عن مبادلة مال بمال وهذا العنوان هنا محقق، فيشمله العمومات المقتضية لصحة المعاملات؛ لأن مجرد تعلق حق شخص آخر بنفس العين لا دليل على كونه مانعاً من صحة البيع؛ غاية الأمر أن حق ذي الخيار باقٍ على العين، وثبوت حق تملك العين لذي الخيار غير مانع من أن يصير العين ملكاً للمشتري الجديد، كما أنه لم يكن مانعاً عن ملك بايعه قبيل البيع. وكذلك تعلق حق المجنيّ عليه على العبد الجانى غير مانع من صحة بيعه حيث إنه يملكه المشتري بنحو كان ملكاً للبايع متعلقاً لحق الغير. بل كذلك نقول في الرهن، ولا مانع من أن يكون ملك شخص رهناً على دين شخص آخر.

هذا بحسب القاعدة، وأما النهي عن التصرف في الرهن فيمكن أن يقال: إن المراد منه التصرف في العين، ومجرد إجراء صيغة البيع ليس تصرفاً فيها. فعليك بالمراجعة بما ذكرناه في مسألة اشتراط الطلقية في المبيع.

نعم، لو كان التصرف من قبيل العتق وقلنا: إنه ليس قابلاً للفضولية والتعليق وإن الحرّ /٥٧٦/ ليس قابلاً لأن يتعلق به حق الإسترقاق.

فلا يصح عتق عبد يكون للغير حق الإسترقاق عليه كما أن التصرف المتلف غير جائز على عين تعلق بها حق الغير لو فرض كون حقّه منها فعلياً وأنه يذهب بالتصرف. وعليك بالمراجعة إلى الموضع المشار إليه.

في شرح بعض كلمات المصنف في مقام الإستدلال على صحة تصرف غير ذي الخيار في زمان الخيار

قوله: مع أن الملك في الشفعة أولى بالتزلزل[1] .. اه.

---

١) نفس المصدر.

أقول: في باب الشفعة يكون من المسلّم أن الشفيع له إبطال تصرف المشتري إلا أن ذلك من جهة تسلّم أن حقه متعلق بالعين ومجرد تصرف المشتري فيها لا وجه لأن يكون رافعاً لحق الغير المتعلق بالعين.

وأما في مسألة الخيار على القول بأن حق الخيار متعلق بالعين وإن لم نظفر له على قائل به بحيث يسلك على مقتضاه في جميع الموارد، فتكون حاله كحال الشفعة من أنه لابدّ من أن يقال: إن لبذل الخيار إبطال ما وقع من التصرف على العين.

وأما على المشهور من كون متعلق حق الخيار هو العقد، فحينئذٍ لا وجه لأن يكون لذي الخيار إبطال ما وقع من التصرفات على العين.

فالإتفاق الذي ينقله في الشفعة والإختلاف الذي ينقله في المقام مدركه إختلاف /٥٧٧/ المبنى.

إن قلت: إنك قلت: إن يذهب المشهور أن حق الخيار متعلق بنفس العقد وإن مقتضى ذلك أن لا يكون لذي الخيار إبطال التصرفات بقول المشهور مع أن فيه خلافاً شديد[اً].

قلت: بعضهم يقولون بأن له إبطال التصرفات بناءً على تعلق الخيار بالعقد أيضاً بوجه يأتي بيانه ـ إن شاء الله تعالى شأنه ـ.

قوله: وأما سقوط الخيار بالتصرف الذي[1] .. اه.

لو قلنا بالطريقة الأولى التي هي المشهور من أن الوجه في صحة تصرف غير ذي الخيار هو أن حق الخيار متعلق بالعقد، فحينئذٍ نحتاج إلى ما ذكره المصنف (ره) من الجواب.

وأما لو قلنا بصحة التصرفات ولو كان الحق متعلقاً بنفس العين، فحينئذٍ لا

---

١) كتاب المكاسب ١٥٠/٦، المناقشة في الحجة المذكورة.

نحتاج إلى الجواب عن هذا الوجه؛ لأنه غاية الأمر أن سقوط الخيار بالإذن في التصرف في العين يكشف من أن متعلق حق الخيار هو العين، إلّا أن هذا ليس بمثمرٍ لما عرفت من أن تعلق حق ذي الخيار على العين غير مانع من صحة التصرفات الواقعة على العين من غير ذي الخيار.

قوله: والحاصل أن عموم «الناس»[1].. اه.

أقول: لو فرضنا الشك في صحة تصرفات غير ذي الخيار، فلا ينفع قوله «الناس..»[2] اه لرفع هذا الشك بعد ما تقدم في مسألة /٥٧٨/ المعاطاة من أن قوله «الناس..» اه ليس مشرعاً للأسباب، بل الدليل على صحة التصرفات هو العمومات المقتضية لصحة المعاملات بعد تحقق موضوع المعاملة من البيع وغيره من مبادلة مال بمال وغير ذلك كما تقدمت الإشارة إليه.

في أنه على المشهور من صحة تصرف غير ذي الخيار هل يعمّ ذلك تمام الخيارات أم لا يجري في بعض منها

قوله: في الخيارات الأصلية[3].. اه.

أقول: إلى هنا تمّ الكلام في أصل المسألة من صحة تصرفات غير ذي الخيار في الجملة. ومن هنا يكون الكلام في فروع هذه المسألة، ومنها تعميم صحة التصرفات إلى تمام الخيارات.

وهنا نقول:

---

١) كتاب المكاسب، ١٥٠/٦، الجواز لا يخلو عن قوة.

٢) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩.

٣) كتاب المكاسب ١٥٠/٦، المناقشة في الحجة المذكورة.

أما على ما هو الحق والمشهور من تعلق حق الخيار بالعقد، فصحة التصرف في الخيارات الأصلية لا إشكال فيها.

وأما الخيار المجعول بالشرط أيضاً مقتضى القاعدة أن لا يكون مانع من صحة التصرف فيه أيضاً إلّا أن المصنف (ره) يدعي أن الظاهر من اشتراطه الخيار إرادة إبقاء العين والملك ليستردّه عند الفسخ.

وفيه: أن مجرد أنه يريد ذلك وأن داعيه على جعل خيار حل العقد ذلك، لم يصر منشأً لعدم جواز التصرف في العين بالنقل وغيره بعد أنها ملك طلق له على الفرض من أن /٥٧٩/ متعلق حق الخيار هو العقد؛ لأن ما يكون من قبيل الدواعي غير لازم الوفاء وغير مضرٍّ بما يقتضيه العقد من ثبوت الملك المطلق للمتصرف في المقام.

إن قلت: إن جعل الخيار في العقد ينحلّ إلى شرطين: شرط الخيار وشرط إبقاء الملك إلى آخر زمان الخيار.

قلت: هذا مما لا شاهد له؛ كيف والشرط الآخر يحتاج إلى إنشاء آخر بنحوٍ من الأنحاء وليس في البين إلا الإرادة والداعي.

ثمّ على التسليم نقول: إنه في صورة تلف العين يكون الخيار باقياً ولو فسخ يرجع إلى البدل كما هو مقتضىٰ القاعدة.

وأما الإتلاف فغير جائز بمقتضى وجوب الوفاء بالشرط وكذا نقل العين بالبيع وغيره؛ لكن لو باع، هل يوجب حرمة البيع فساده أم لا، فيه كلام.

ولعله يأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وأما على القول بتعلق حق الخيار بالعين وعدم اشتراط الطلقية في صحة البيع كما تقدم، نقول: أما في غير خيار الشرط فقد /٥٨٠/ تقدم أن مقتضى القاعدة صحة التصرفات الناقلة الغير المنافية لبقاء حق ذي الخيار على العين.

وأما في خيار الشرط فلم يبعد هنا دعوى أن جعل خيار استرداد العين يرجع

إلى شرطين، لكن على هذا القول لو تلف العين فلابدّ من أن يقال بسقوط الخيار. وأما صحة التصرفات الناقلة فيمكن القول بها بعد ما تقدم من عدم مانعية تعلق حق الغير على العين من الصحة في الجملة.

وبعد إمكان أن يقال: إن حرمة البيع من جهة وجوب الوفاء بالشرط، لا يقتضي فساده.

ولقائل أن يقول: نسلّم أن الشرط من جهة اقتضاءه الإبقاء لا يثبت وجوب الوفاء به إلا وجوب الإبقاء، وهو لا يقتضي فساد البيع إلا أنه من جهة إقتضاءه لثبوت خيار ردّ العين نقول: لابدّ أن يلتزم بأحد الأمرين:

الأول أن نقول: إن صحة البيع لا يرفع خيار رد العين كما أنه بهذا الوجه صححنا سابقاً عدم اشتراط الطلقية من هذا الحق في صحة البيع، وإلا فحق خيار الإسترداد حق سابق على البيع، لا وجه لذهابه بالبيع.

وعلى هذا الوجه لا حرمة للبيع أيضاً لعدم التنافي بين خيار رد العين مع صحة البيع.

الثاني أن نقول: بفساد البيع لأن حق استرداد العين حق سابق على البيع. وهذا مبني على البيع لو صح يذهب حق الخيار من البين.

وعلى هذا التقدير لا يكون إيجاد صورة البيع حراماً؛ لأنه لا يذهب الحق به. فاقتضاء الشرط لوجوب الإبقاء لا ينتج إلا حرمة الإتلاف الحقيقي.

وأما الإتلاف الحكمي فغير ممكن لتثبت حرمته.

نعم، في الفرض السابق الذي كان حقاً من أن متعلق حق الخيار نفس العقد لو قلنا على خلاف التحقيق من أن شرط الخيار يرجع إلى شرط إبقاء العين، يجوز أن يقال بحرمة البيع وصحته؛ لأن نفس الحق لا يذهب من البين على هذا التقدير.

في أن الإستيلاد في زمان الخيار مانع من رد العين أم لا على المدركين السابقين

قوله: وأما مع فعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف[١] .. اه.

أقول: هذا أيضاً من الفروع لأصل المسألة التي تقدمت أنا نتكلم فيها، فنقول: إنا نتكلم في هذا الفرع أيضاً تارة على القول بأن حق الخيار متعلقه العقد كما هو الحق وتارة على القول بأن متعلقه العين.

أما على الأول، فنقول: على هذا الفرض تكون الأمة ملكاً طلقاً له، فاستولدها. فإذا قام الدليل على أن أم الولد لا تصير[٢] ملكاً للغير، فنقول: إنه ليس له معارض لأن حق ذي الخيار كان متعلقاً بالعقد وأثر الفسخ في زمان لا يمكن رد /٥٨١/ العين، هو الرجوع إلى البدل ولم يكن اقتضاء فسخ العقد لرجوع العين بأزيد من رجوعها إذا لم يكن في البين مانع من رجوعها.

وليس إفادة ذلك من دليل لفظي كان له إطلاق حتى يعارض لإطلاق ما دلّ على عدم تملك أم الولد.

والأصول العدمية لا تعارض[٣] الأصول اللفظية، إلا أن يقال بما تقدم منا في خيار الغبن من أنه ليس لنا دليل على أن أم الولد لا تصير ملكاً لغير مولاه الذي استولدها بالأسبات الموجبة له من الفسخ وغيرها وإنما يستفاد من الأدلة أنه ليس للمالك نقل أم الولد إلى غيره ببيع ونحوه.

وأما على الثاني لو قلنا في الفرض الأول الذي كان متعلق حق الخيار العقد إنه

---

١) كتاب المكاسب ١٥٠/٦، حكم الإتلاف وفعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف.

٢) في المخطوطة: لا يصير.

٣) في المخطوطة: لا يعارض.

يكون لذي الخيار فسخ العقد وأخذ العين بالوجه الذي أشرنا إليه في الحاشية، فنقول به على الثاني أيضاً.

وأما منعنا هناك فنقول على الثاني بعد تسليم أن تعلق حق الغير بالأمة ابتداءً لا يصير ذلك مانعاً من أن تصير أم الولد بعد ذلك أنه تقع المعارضة بين دليل الحقين، ولا مانع من استصحاب الحق السابق؛ أعني ذي الخيار، فله أخذ العين.

فهنا يناسب القول بأن حق ذي الخيار على العين أسبق، بل لو قلنا: إن أم الولدية مانعة عن الرد، فيكون الوطي الموجب له موجباً لإذهاب حق الغير، فيكون حراماً إلى غير ذلك مما ليس هنا مجال تفصيله.

في حكم فسخ ذي الخيار في صورة انتقلت العين من الطرف المقابل إلى ما ليست ببيع ونحوه

قوله: ومنه يعلم حكم نقله عن ملكه[1].. اه.

أقول: لو فسخ ذو الخيار في زمان انتقلت العين عن ملك الطرف المقابل ببيع ونحوه، فهنا تارة يقع الكلام في أن فسخ البيع الأول يقتضي انفساخ البيع الثاني لتردّ نفس العين إلى ذي الخيار أو أنه لا يقتضي ذلك، بل لابدّ من أن يرجع إلى البدل، وهو مثلها أو قيمتها.

وتارة في أنه لو قلنا بانفساخ البيع الثاني، فهل ينفسخ من أصله أو من حين الفسخ.

/ ٥٨٢ / **أما المقام الأول** فتارة نتكلم فيه على ما هو الحق والمشهور من تعلق حق الخيار بالعقد، وتارة على القول بتعلق حق الخيار بالعين.

أما على تعلق حق الخيار بالعقد، فحينئذٍ نقول بما تقدم في مسقطات خيار

---

١) كتاب المكاسب ١٥١/٦، حكم ما لو نقله عن ملكه.

الغبن من أنه لم يكن مانع من نفوذ تصرف غير ذي الخيار فيما كان ملكاً طلقاً له وصار ذلك التصرف موجباً لخروج العين عن ملكه، فيكون ذلك بمثل إتلاف العين في أنه بعد الفسخ لابدّ من أن يرجع إلى البدل؛ لأن اقتضاء فسخ العقد لرجوع نفس العين إنما هو في صورة كانت العين باقية على ذلك الطرف المقابل.

إن قلت: إن ذا الخيار يفسخ العقد الأول من أوله، فيكشف ذلك عن بطلان العقد الثاني حيث يكشف من أن غير ذي الخيار لم يكن مالكاً في زمان البيع الثاني.

قلت: تقدم عند التعرض لاشتراط الطلقية في المبيع من أن اقتضاء الفسخ لصيرورة العقد كأن لم يكن، إنما هو بالنسبة إلى ما بعد الفسخ كما اختاره المصنف (ره) هنا.

وذلك /٥٨٣/ لأن العقد هو العهد والمعاهدة، وما كان من المعاهدة في الزمان السابق رفعه غير ممكن، ورفع المعاهدة بالنسبة إلى الزمان اللاحق أيضاً صادق.

والقول برفع نفس المعاهدة السابقة من أصلها حكماً ـ لا حقيقة حتى يقال: إنه محال ـ يحتاج إلى دليل جديد غير ما دل على مجرد أن له الخيار، فإنه يتعلق بما هو ممكن، لا بما هو محال.

إن قلت: إن ما ذكرت يتم في الخيارات التي ثبتت بالنص، حيث إن مجرد أن له الخيار لا يقتضي ذلك بعد أن العقد كان صحيحاً قبل الفسخ.

وأما ما ثبت من الخيارات بقاعدة لا ضرر، فلا مانع من إثبات هذا الكشف الحكمي فيه؛ نظراً إلى أن فوات خصوصيات العينية ضرر عليه لتعلق قلبه بها.

قلت: تقدم في خيار الغبن أنا أوضحنا أن فوات الخصوصيات العينية لا يعدّ ضرراً عرفاً ليرفع بقاعدة الضرر مع أن لنا أن نقول بعد تسليم عدّ مثل ذلك ضرراً: إنه معارض بضررٍ أقوى منه، وهو عدم مضي تصرف الغابن في ملكه.

إن قلت: قد حقّق في محله أن قاعدة الضرر يرفع كل حكم /٥٨٤/ شرعي يوجب الضرر والحكم الشرعي الذي يكون في المقام لزوم العقد وصحته، وما

ذكرت من لزوم تعارض الضررين إنما هو لو كان المرفوع صحة العقد، فلا يملك الغابن للعين حتى يكون عدم مضي تصرفه فيها ضرراً عليه ليعارض مع ضرر المغبون، فلا مانع من أن نقول: قاعدة الضرر دليل على فساد العقد من أول الأمر.

قلت: نحن ذكرنا في قاعدة الضرر وخيار الغبن أن المرفوع بقاعدة الضرر كل حكم ضرري تكون المنّة في رفعه، وأن رفع الصحة رفع اختيار للمغبون ولا منّة في رفعها في حقه حتى في صورة تعلق قلبه بخصوصيات العينية؛ لأنه ربما يريد مع تعلق قلبه بها بقاء العقد وصحته.

في حكم البيع الثاني لأحد المتعاقدين في زمان خيار الآخر على خلاف التحقيق من تعلق حق الخيار بالعين

وأما لو قلنا على خلاف الحق والمشهور من أن متعلق حق الخيار هو العين وأن لذي الخيار حق استرداد العين وتملّكه، وردّ بدله وعوضه، فحينئذٍ نقول: /٥٨٥/ قد تقدم أن صحة بيع غير ذي الخيار لما انتقل إليه، كان مبنياً على أن نقول: إن بيع العين غير منافٍ لتعلق حق ذي الخيار بالعين؛ لأن البيع كان عبارة عن مبادلة مال بمال، والمفروض أن غير ذي الخيار مالك للعين.

وكما أن تعلق حق ذي الخيار غير مانع من أن تكون العين ملكاً لغير ذي الخيار، فكذلك غير مانع من أن يكون ملكاً لمن يشتري غير ذي الخيار ذلك العين به.

وتلخّص من ذلك أن حق استرداد العين المخصوص كان ثابتاً لذي الخيار قبل البيع، فيكون ذلك الخيار باقياً بعده أيضاً فيستردّ العين من المشتري. ومقتضىٰ ذلك فسخ البيع الثاني من حين الفسخ؛ لأن حق استرداد العين يكون من قبيل حق تملك العين بعوضه والتملك من زمان الفسخ.

ومما ذكرنا ظهر فساد ما نقله المصنف (ره) في خيار الغبن مبنياً على أن متعلق حق الخيار هو العين من أن البيع الثاني ينفسخ من أصله؛ لأن البيع الثاني وقع على ما تعلق /٥٨٦/ به حق الغير، فيكون متزلزلاً من أصله.

هذا كلّه على القول بتعلق حق الخيار بالعين، لكنك عرفت أن هذا المبنى فاسد، وأن الحق أن متعلق حق الخيار هو نفس العقد.

وعرفت أنه على هذا، لا تأثير لفسخ ذي الخيار للعقد الأول لأن يبطل العقد الثاني الذي صدر من غير ذي الخيار على العين، فيكون حال فسخ ذي الخيار للعقد الأول بمثل حال تلف العين قبل قبضه وبعد بيع العوض الآخر المقبوض في أنه ينفسخ البيع الأول دون الثاني ويصير مستحقاً لعوض المبيع ثانياً وانفساخ العقد بأمر غير اختياري في هذا الفرض، وانفساخه في مسألتنا بالإختيار غير فارق من الجهة التي نحن نتكلم فيها.

في أنه لو كان البيع الواقع على ما انتقل إلى أحد المتبايعين في زمان خيار الآخر بيعاً خيارياً فينفسخ بفسخ الأول أم لا

ثم هذا كلّه لو كان نقل غير ذي الخيار للعين ببيع لازم أو عهد لازم آخر، وأما لو كان نقله لها ببيع خياري ونقل جائز، فهنا نقول: قد تقدم أن فسخ ذي الخيار في البيع الأول لذلك البيع التي ليس من أصله ليقتضي فساد العقد الثاني، لازماً كان أو جائزاً، وكذلك ليس /٥٨٧/ لذي الخيار في البيع الأول أن ينفسخ البيع الثاني بنفسه؛ لأن الخيار فيه لم يكن له وإنما كان الخيار فيه لذي الخيار في البيع الثاني كما أن دعوى أن لذي الخيار في البيع الأول أن يفسخ البيع الثاني، جائزاً كان أو لازماً، لا وجه له بعد فرض أن حق خياره متعلق بنفس العقد الأول، لا بترادّ العينين ـ كما تقدم توضيحه ـ.

نعم، في صورة كان العقد الثاني جائزاً، يكون في البين كلام آخر وهو أن يكون لذي الخيار في البيع الأول أن يلزم البايع في البيع الثاني أن يفسخ البيع الثاني الذي يكون له الخيار فيه وأنه إذا امتنع، فسخه الحاكم من باب أنه ولي الممتنع. ومع تعذر الحاكم يفسخه ذو الخيار في البيع الأول بنفسه كما ينقل المصنف[١] (ره) في خيار الغبن ذلك عن المسالك.

ووجّه المصنف هناك كلام المسالك[٢] بعد فرض أن المغبون بمجرد فسخه يملك بدل العين، بأن البدل بدل الحيلولة وفي بدل الحيلولة مع التمكن من رد أصل العين يجب ردها.

ثمّ إن المصنف (ره) يناقش على هذا الوجه بأن وجوب رد العين مع التمكن في مورد /٥٨٨/ بدل الحيلولة التي يذكرونه في كتاب الغصب من جهة أنه لا يخرج أصل العين عن ملك مالكه مع رد بدل الحيلولة.

هذا، ولكنا ذكرنا هناك أن الدليل على وجوب رد البدل إلى المغبون في صورة خرج العين عن ملك الغابن قبل الفسخ إنما هو قوله ﷺ «على اليد..»[٣] اه، وأن مقتضاه رد أصل العين، وأنه مع التعذر يقوم ردّ البدل مقام ردّ العين.

في أنه يكون لذي الخيار في البيع الأول إلزام ذي الخيار في البيع الثاني على فسخ البيع الثاني ليأخذ العين أم لا

وبعد هاتين المقدمتين نقول في صورةِ فَسَخ ذوالخيار للعقد الأول: يكون البايع الثاني متمكناً من ردّ العين بفسخ العقد الثاني، فلم يتعذر ردّ أصل العين حتى يرجع

---

١) كتاب المكاسب ١٩٢/٥ ـ ١٩٣، لو خرج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائز.

٢) مسالك الأفهام ٢٠٦/٣، خيار الغبن.

٣) عوالي اللئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع، ح ١٠٦.

إلى بدلها كما أنه على ما ذكرناه لا إشكال في وجوب رد أصل العين لو اتفق أن البايع الثاني فسخ العقد الثاني قبل فسخ ذي الخيار في العقد الأول للعقد الأول.

وكذلك لا إشكال في وجوب رد العين لو اشتراها البايع الثاني قبل فسخ ذي الخيار في العقد الأول للعقد الأول.

وما ذكره المصنف (ره) في رد ما ذكرناه في المسألتين في خيار الغبن من أن الغابن ملك العين بملك جديد تلقّاه من مالكه وأن المغبون إذا فسخ يملك /٥٨٩/ ملكه السابق الذي ارتفع عقده الناقل لها بالفسخ وهو غير هذا الملك الجديد ففيه: أنك عرفت أن اختلاف الملكية غير مضرٍّ بعد أن هذه العين عين العين السابق وأن الدليل على الضمان هوَ قوله عليه السلام «على اليد».. اه، وإقتضاؤه لضمان البدل بعد تعذر رد العين والمفروض أنه غير متعذّر.

نعم، لو فرضنا أنه لتعذر رد العين في صورة صار رد العين متعذراً، قلنا: إن مقتضى «على اليد».. اه رد البدل.

فحينئذٍ لو فرضنا أنه انتقل العين بعد ذلك إلى البايع الثاني بوجه، فلا يجب ردّها إلى ذي الخيار في العقد الأول بفسخه؛ لأن أداء العين حصل بأداء بدلها أولاً، وليس عليه الأداء إلا مرّة بمقتضى قوله «على اليد» كما تقدم في خيار العين.

وأما في مسألة بدل الحيلولة لا تخرج العين عن ملك مالكه بعد رد البدل أيضاً، فلا يقاس مقامنا به.

ثمّ إن من العجب أن المصنف[1] (ره) يناقش على وجوب رد البدل:

تارةً بدعوى الإجماع من الجامع[2] والدروس[3] على عدم صحة التصرفات الواقعة في زمان الخيار.

---

١) كتاب المكاسب ١٥٢/٦، هل يلزم العاقد بالفسخ؟

٢) الجامع للشرائع: ٢٤٨، أحكام الخيار.

٣) الدروس ٣٠٢/٣، أحكام الربا في النقدين.

وتارة بأنه لم يظهر من كلمات الفقهاء التي نقلها من القائلين بجواز التصرف في زمان الخيار قول بجواز الرجوع إلى البدل في غير العتق والإستيلاد.

ونحن نقول: أما المناقشة / ٥٩٠/ الأولى فيرد عليها:

أولاً أنه لم يناسب ذكرها في المقام وإنما يناسب التعرض لها عند التعرض لأصل المسألة وهو جواز التصرف في زمان الخيار؛ لأن المقام الذي يكون الكلام فيه في فرع من فروع هذه المسألة.

وثانياً نقول: قد تقدم أنه لا إجماع في المسألة وأن المسألة خلافية بتصريح كثير بجواز التصرف في زمان الخيار، بل ادعى بعض أن الأكثر يقولون به، بل قيل: إنه المشهور.

وثالثاً أنه لا يظهر دعوى الإتفاق على عدم جواز التصرف في زمان الخيار من عبارة الجامع والدروس؛ لأن عدم التعرض في مقام التشقيق غير ظاهر في ذلك مع أن الشهيد صرّح بجواز التصرف في موضعين آخرين.

ورابعاً على فرض تسليم الإتفاق نقول: إن الإتفاق في فروع أبواب المعاملات التي لم تكن معنونة في زمان الأئمة[عليهم السلام]، لا يكشف عن شيء. وقول الفقهاء بشيء في أمثال ذلك من باب أنه أدّى نظرهم إلى أن القواعد يقتضيه.

في الجواب عن المناقشة على جواز التصرف في زمان الخيار والمناقشة على أخذ البدل بعد الفسخ

وأما المناقشة الثانية، ففيه مع الغمض من أن الكلام في فرع من فروع البدل، فلا يناسب ذكر الإشكال على نفس البدل في المقام: أن مجرد عدم تعرضهم لذكر البدل إلا في العتق والإستيلاد، لا يدل على أنه ليس البدل إلا فيهما. كيف، وكثيراً ما يتعرضون في / ٥٩١/ بعض المسائل بعض الفروع المترتبة عليها ولا يتعرضون

لها في غير ذلك البعض. مثلاً في خيار الغبن يتعرضون لكثير من الفروع الجارية في سائر الخيارات ولا يتعرضون لها في سائر الخيارات وهكذا.

قوله: ثمّ على القول بانفساخ العقد الثاني[1] .. اه.

أقول: لو كان مدرك القول بانفساخ العقد الثاني أن ذا الخيار في العقد الأول يفسخ العقد الأول من أصله، فتقدم أن مقتضىٰ ذلك أن الفسخ يكشف من عدم تحقق العقد الثاني من أصله ولو كان مدركه إثبات أن لذي الخيار في العقد الأول أن يفسخ العقد الثاني إما مطلقاً أو في صورة كان العقد الثاني خيارياً، فزمان انفساخ العقد الثاني بعد ثبوت هذا المبنى من زمان يفسخ ذي الخيار للعقد الثاني بعد فسخ العقد الأول.

ولو كان مدركه إثبات أن لذي الخيار بعد فسخ العقد الأول أن يلزم الطرف المقابل لفسخ العقد الثاني في صورة كان له الخيار فيه، فزمان انفساخ العقد الثاني من زمان يفسخه ذي الخيار فيه أو من يقوم مقامه.

ولو كان مدركه أن حق الخيار يتعلق بالعين وأن لذي الخيار ترادّ العينين ولو بعد بيعه بثالث، فزمان الإنفساخ من زمان الترادّ وتملك العين من جهة أن هذا الحق كان له في العين ولم يكن البيع مانعاً عنه كما هو المفروض.

في زمان فسخ العقد الثاني على القول به

/٥٩٢/ هذا، واستدل على انفساخ العقد الثاني من أصله بأن كلّاً من المتعاقدين بعد الفسخ لابدّ من أن يتلقى الملك عن الآخر. وهذا مع فرض أن العين انتقلت عن

---

١) كتاب المكاسب ١٥٢/٦، هل يكون انفساخ العقد الثاني على القول به من حين فسخ الأول أو من أصله؟

أحدهما إلى ثالث يتصور على وجهين:

الأول أن نقول: إن العقد الثاني يوجب تملك الثالث موقتاً إلى زمان يفسخ العقد الأول، فينتقل بعده إلى غير ذي الخيار في العقد الأول ومنه ذو الخيار فيه، إلّا أن هذا مردود بعدم معروفية التملك الموقت في الشرع.

الثاني أن يفسخ العقد الثاني بفسخ العقد الأول. وهذا لا محذور فيه، فهو المتعين.

أقول: هذا أمر عجيب؛ لأن أمثال هذه الكلمات إنما تناسب في صورة قام ضرورة أو إجماع على أن العقد الثاني ينفسخ وكان مدركه غير معلوم، فتصدى لتعيين خصوصياته بأشباه هذه الكلمات.

وأما في المقام، فلم يكن انفساخ العقد الثاني مسلماً. وكل من يقول به، يقول به لتطبيقه على القاعدة.

وعلى هذا فلابدّ من أن يرجع في تعيين خصوصياته أيضاً إلى تلك القاعدة، كما تقدم منّا شرح ما يقتضيه القاعدة؛ لأن كل دليل أثبت شيئاً، فلابدّ من أن يرجع في تعيين خصوصياته إليه أيضاً.

في حكم التصرف قبل حدوث الخيار على القول بالمنع فيه

قوله: ففي جواز التصرف قبل تنجز[1].. اه.

أقول: لما كان الكلام /٥٩٣/ في هذا الفرع على قول من يقول بعدم جواز التصرف في زمان الخيار، فلابدّ أن يتكلم في هذا الفرع على تسليم دليل المنع من التصرف، ونرى أن ذلك الدليل يقتضي عدم جواز التصرف قبل حدوث الخيار في صورة يحدث الخيار بعد ذلك أم لا؛ لما تقدم أن كل دليل يثبت شيئاً لابدّ من أن

---

١) كتاب المكاسب ١٥٣/٦، هل يجوز التصرف قبل تنجز الخيار أم لا؟

يرجع في تعيين خصوصياته أيضاً إليه.

وعلى هذا نقول: تقدم أن عدم جواز التصرف في زمان الخيار كان موقوفاً على أن نقول: إن متعلق حق الخيار ليس هو العقد، بل العين، وعلى أن نقول باشتراط الطلقية في صحة البيع.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: قبل حدوث الخيار تكون العين ملكاً طلقاً للمتصرف من غير فرق بين أن تعلم من أنه لو بقي العين يحدث الخيار المتعلق بنفس العين أم لا، ومن غير فرق بين أن يكون سبب الخيار حادثاً أم لا.

فلا مانع له من أن يتصرف في العين قبل حدوث الخيار لعدم تعلق حق من الغير على العين كما هو الفرض. والنزاع الصغروي في بعض الأمثلة المذكورة في كلام المصنف (ره) خارج عن محل الكلام كما تقدم شطر من الكلام فيه في مسقطات الخيارات التي منها /٥٩٤/ الإسقاط قبل حدوث الخيار.

إن قلت: فما تقول في صحة التصرف في العين التي وقع النذر بتصدقها قبل تنجز النذر لعدم حصول الأمر التيّ كان وجوب التصدق معلقاً عليه ومشروطاً به؟

قلت: تقدم في مسألة اشتراط الطلقية في المبيع مفصلاً أنه لا مانع من التصرف إذا كان وجوب التصدق مشروطاً قبل تحقق شرطه.

ثم لو قلنا: إن الدليل على عدم جواز التصرف ما ذكره المصنف من دعوى الإتفاق عليه من الجامع والدروس، فنقول: إن ذلك أيضاً لا يقتضي عدم جواز التصرف بأزيد مما ذكرناه[1].

قوله: الأول: لو منعنا عن التصرف[2].. اه.

أقول: مقتضىٰ ما تقدم منّا أن التصرف المتلف للعين لكل من المتعاقدين فيما

---

١) من قوله «ثم لو قلنا» إلى هنا جاء في هامش المخطوطة أدرجناه في المتن لربطه به.

٢) كتاب المكاسب ١٥٤/٦، فرعان: الأول: هل يجوز التصرف المعرض لفوات حق ذي الخيار؟

انتقل إليه ليس بحرام، كما أنه تقدم منّا أن الإستيلاد ليس من التصرف المتلف ولا بحكمه.

لكن الكلام هنا على القول بكون التصرف المتلف حراماً وأن الإستيلاد بحكم التصرف المتلف في جواز الوطي الذي في معرض الإستيلاد الذي من التصرف المتلف، وهنا نقول: لما يكون الشك في تحقق الإستيلاد من هذا الوطي، فيكون الشك في التحريم من جهة الشبهة الموضوعية ويكون مقتضى الأصل البراءة، إلا أن يقال: إن تحريم الوطي بالنسبة إلى هذه الأمة كان ثابتاً قبل الإنتقال إليه، فيستصحب.

إن قلت: إن الحرمة الثابتة سابقاً غير الحرمة المحتمله حدوثها[1] / ٥٩٥ / في الزمان اللاحق، فيكون من قبيل الإستصحاب الكلي الذي لا نقول بحجية، وهو أن يعلم بارتفاع الفرد الذي علم وجوده سابقاً ويحتمل حدوث فرد آخر مقارناً لارتفاع الفرد الذي كان سابقاً، فيشك من أجل ذلك في بقاء القدر المشترك.

فإن هذا القسم من استصحاب الكلي ليس بحجة رأساً ولو في ترتب الأثر على نفس بقاء القدر المشترك.

قلت: لا نتعقل التعدد في الحرمة إلا بلحاظ تعدد متعلقه. وأما إذا كان المتعلق شيئاً واحداً، فتكون الحرمة شيئاً واحداً ويكون الشك في بقاءه.

نعم، يكون التعدد في علة وجوده، فإن علة الحرمة في الزمان السابق كون الأمة ملكاً للغير وعلة الحرمة في الزمان اللاحق ثبوت الخيار في العقد الناقل لها لغير الواطي، واختلاف العلة غير مضرٍّ بعد أن الحرمة تكون شيئاً واحداً.

ما احتمل فيه نجاسة ذاتية كالمني الذي نحتمل أن يكون بحكم الكافر للتبعية لأبويه إذا كان المأخذ للحكم بطهارته قاعدة الطهارة، فلو صار بدنه نجساً بالنجاسة العرضية، فإذا غسلناه بالماء قد يقال: إنه تستصحب النجاسة، وهذا أيضاً

---

١) في المخطوطة: المحتملة حدوثه.

ليس من القسم الثالث من استصحاب الكلي بتقريب بيّنّاه في استصحاب الحرمة؛ ولكن فيه: أن النجاسة العرضية مغاير[ة] للنجاسة الذاتية، فيصير استصحاب النجاسة من القسم الثالث من أقسام الإستصحاب.

نعم، بالنسبة [إلى] وجوب الإجتناب الثابت حال النجاسة العرضية يجوز أن يقال بمثل ما قلناه من أنه ليس الإختلاف في نفس الحرمة وإنما الإختلاف في علة الحرمة وهو غير مضرٍّ باستصحاب الحرمة.

نعم، ناقشنا في مسألة تطهير المياه وفي مسألة تطهير المتنجسات على هذا لاستصحاب الحرمة:

أولاً بأنه لا يثبت وجوب الإجتناب عن الملاقي.

وثانياً بأن الشك في الحرمة ناشٍ من الشك في الطهارة. وعليه فتكون أصالة الطهارة سببيةً بالنسبة إلى استصحاب الحرمة، والأصل السببي ولو كان من الأصول الصرفة مقدم على الأصل المسببي ولو كان من الأصول البرزخية كتقدم قاعدتي الطهارة والبراءة على استصحاب الإشتغال.

ومن هنا بالنسبة إلى الشبهات الحكمية في باب المطهرات لمّا ناقشنا على استصحاب النجاسة فيها، فيكون المرجع فيها قاعدة الطهارة، بعد أنه بيّنّا في المقامين عدم المانع من إجراء قاعدة الطهارة فيها.

[اجارة العين في زمان الخيار]

/ ٥٩٦ / قوله: الثاني: هل يجوز إجارة العين[1] .. اه.

أقول: هذا فرع من فروع تصرف أحد المتبايعين فيما انتقل إليه في زمان خيار الآخر، فنقول: كما تقدم من أنه لو كان متعلق حق الخيار هو العقد ـ كما هو الحق المشهور ـ، فلا مانع من جواز إجارة العين؛ لأن العين على هذا ملك طلق له فيكون

---

١) كتاب المكاسب ١٥٥/٦، الثاني: هل يجوز إجارة العين في زمان الخيار؟

مالكاً لمنفعته، فلا مانع من نقل منفعته.

وأما لو كان متعلق حق الخيار هو العين، فهنا يناسب أن يقال فيه وجهان: من كونه مالكاً له ومن أن استحقاق المستأجر للعين لاستيفاء المنفعة مانع عن حق استرداد العين الذي كان ثابتاً لذي الخيار.

هذا، ولكنّك عرفت سابقاً أن نقل العين لم يكن مانعاً من حق ذي الخيار.

توضيحه: أن البيع عبارة عن المبادلة بين المالين في الملكية، والإجارة عبارة عن نقل المنفعة بالعوض، والمؤجر كان مالكاً للمنفعة تبعاً لمالكيته للعين. وكونه مالكاً للمنفعة والعين غير منافٍ لثبوت حق استرداد العين لذي الخيار، فكذلك إذا نقلت /٥٩٧/ المنفعة بالإجارة إلى شخص ثالث لم يكن ذلك مانعاً من حق استرداد العين لذي الخيار كما تقدم توضيحه.

في أنه لو آجر ففسخ ذوالخيار هل تبطل الإجارة في بقية المدة كما عن المحقق (ره) أم لا؟

قوله: ولو آجره من ذي الخيار أو بإذنه ففسخ[1] .. اه.

أقول: بعد فرض صحة الإجارة إما لما اخترناه من أنه لا مانع من صحة الإجارة وإما لفرض الكلام في صورة آجره بنفس ذي الخيار أو بإذنه، فهنا يقع الكلام في أنه لو فسخ ذي الخيار بعد ذلك، فهل تبطل الإجارة في بقية المدة كما نقل عن المحقق القمى (ره) أم لا؟

ومبنى القولين أن غير ذي الخيار يملك المنفعة المستمرّة للعين أو أن ملكه للمنفعة متزلزل؛ **فنقول توضيحاً للمقام**: إن ملكية المنفعة الدائمة للعين لا إشكال فيه في صورة كان الشخص مالكاً للعين بنحو لا يكون لأحد خيار في إزالته.

---

١) كتاب المكاسب ١٥٥/٦، لو آجره من ذي الخيار أو بإذنه ففسخ.

ولذا لو آجرها في مدة طويلة، ثم باع أصل العين فينتقل العين إلى المشتري مسلوبة المنفعة بالنسبة إلى زمان مدة الإجارة /٥٩٨/ حيث كان مالكاً للمنفعة، وقد استوفاها بالإجارة، فلا تصير تابعة للعين.

كما أنه لا ينبغي الإشكال في أن الملك الموقوف على البطون لو آجره البطن السابق في مدة، ثم مات في وسط المدة، تنفسخ الإجارة من ذلك الزمان لأن البطن السابق لم يكن مالكاً للمنفعة الدائمة لهذه العين، بل كان مالكاً لمنفعتها مادام حياته إما لما سيأتي أو لما يستفاد من المصنف (ره) من أن البطن اللاحق لا يتلقى الملك من البطن السابق عليه حتى يقال: إنه يتلقاه مسلوب المنفعة؛ بل يتلقى الملك من الواقف كالبطن السابق، والمنفعة تابعة لملك العين، ولم يكن البطن السابق مالكاً للعين على نحو الإطلاق.

ومنه لا يجوز له نقل العين. وإذا لم يكن مالكاً للعين على نحو الإطلاق، فلم يملك المنفعة الدائمة لها.

في أن غير ذي الخيار هل يملك المنفعة المستمرة بمجرد مالكيته للعين أم لا وما في نظائرها

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن الكلام في أن مالكية غير ذي الخيار لما انتقل إليه هو الملكية المطلقة حتى يكون مالكاً /٥٩٩/ لمنفعتها الدائمة أو يكون له الملكية المحدودة، نظير ملكية المال الموقوف للبطون، فنقول: إن المصنف (ره) يذكر هنا وجهاً لكونها من قبيل الثاني، ثم يناقش عليه ويستقر رأيه على أنها من قبيل الأول.

وحاصل ذلك الوجه أن الملكية الثابتة لغير ذي الخيار يكون زوالها بزوال سببها، وهو العقد الخياري حيث يرتفع بالفسخ. فليس ملك ذي الخيار متلقى عن

غير ذي الخيار، بل يكون مستنداً إلى ما كان قبل تملك ذي الخيار له، فتتبعه المنفعة، ولم يتلق الملكية عن غير ذي الخيار ليقال: إنه يتلقاه مسلوب المنفعة حيث نقل المنفعة قبل ذلك إلى شخص آخر، فيكون المقام كما لو زال الملك بانتهاء سببه كما في ملك البطن الأول من الموقوف عليه، فإن المنفعة تتبع مقدار تملكه للعين.

في ما ذكر لكون غير ذي الخيار مالكاً للمنفعة المستمرة فلا يبطل الإجارة بفسخ ذي الخيار

وأما المناقشة، فيقول:

أولاً بأنه منقوض بما إذا وقع التفاسخ بعد الإجارة مع عدم التزام أحد ببطلان / ٦٠٠ / الإجارة.

وثانياً بأنه يكفي في ملك المنفعة الدائمة تحقق الملك المستعدّ للدوام لولا الرافع ولو آناً ما.

هذا، ونحن نقول: إن في كلا الوجهين نظر[اً]:

أما الأول:

فأولاً أن المصنف (ره) في مسألة خيار الغبن عنون هذه المسألة وقال بإمكان الفرق بين الفسخ بالخيار والتفاسخ في الجملة. وبعد ذلك كيف يتعدى من حكم يتسلّمونه في التفاسخ إلى الفسخ؟

وثانياً أن هذا الفرع ـ أعني عدم فسخ الإجارة الواقعة على أحد العوضين بعد وقوع التفاسخ في عقد البيع الواقع على العوضين ـ غير مذكور في أكثر الكتب، فكيف يقال [إن الإ]جماع قائم على عدم انفساخ الإجارة، مع أن أمثال هذه الفروع لا تكشف اتفاق الفقهاء فيه عن شيء، بعد أن القطع أو الظن أو الإحتمال موجود

على أن ما قالوه فيه لتخيّلهم أن القاعدة تقتضيه.

وأما الثاني فمجرد ادعاء لم يذكر له مدركاً، بل يكون منافياً لما جعله الميزان في معرفة الملكية المطلقة المستتبعة للمنفعة الدائمة.

في بيان الوجه الصحيح لكون غير ذي الخيار مالكاً للعين مطلقاً فيكون مالكاً لمنفعتها المستمرّة

وتوضيح المقام يتوقف /٦٠١/ على ذكر مقدمة، وهي أنه لا يخفى عليك:

أولاً أنا تعرّضنا في مسألة أصالة اللزوم أن اللزوم والجواز ليسا من قبيل الفصل للملكية بحيث إذا اتحد الجواز مع الماهية المشتركة يصير نوعاً. وإذا اتحد اللزوم معه يصير نوعاً آخر كالحيوان، إذا اتحد مع الناطقية أو الساهلية، لأنا لا نتعقل من كون الملكية جائزة إلا كون الفسخ رافعاً لها، فأصل الملكية خارجة عن الجواز كما أن كون المذي رافعاً للوضوء ليس جزءاً مقوّماً للوضوء، فنفس الملكية في الملكية الجائزة واللازمة حقيقة واحدة كفردين من الملكية الجائزة؛ فراجع.

وثانياً قد تقدم في بيع الوقف أن الوقف على البطون إما مشترك بين البطون باشتراك خاص من كون مالكية كل بطن للعين في زمان وأن الواقف أنشأ الملكية كذلك وإن يقال إن البطن اللاحق مالك شأناً، لعدم وجوده /٦٠٢/ فعلاً وأن فعليته تتوقف على وجوده.

وإما أنه ملك للبطن الموجود والبطن اللاحق، له حق بالفعل لأن يملك العين في زمان وجوده وأن الملكية في زمان وجوده.

وعلى هذا فلو أراد البطن الموجود لأن يبيع العين في زمان حياته، فمرجعه إلى إجازة العين في زمان حياته ولو أراد بيع العين مطلقاً، فلم يكن مالكاً لها؛ لأن مرجع القولين إلى أن للبطن الموجود ملكية محدودة.

وثالثاً لا يخفى عليك أن ملكية المنفعة تابعة لملكية العين. فلو ملك العين مطلقاً فيملك المنفعة مستمرّاً، ولو ملكها في زمان فتملك المنفعة في ذلك الزمان، لا مستمرّاً، وتتحقق الملكية المطلقة بأن يحتاج رفع الملكية عن المالك إلى رافع، سواء كان ذلك الرافع أمره بيد المالك السابق ليكون تلقّي الملكية لغير المالك السابق عنه؛ إذ لا يكون أمره بيده كما في ملكية غير ذي الخيار، حيث إن رفع /٦٠٣/ الملكية يكون أمره بيد ذي الخيار. وهذا بخلاف الوقف؛ فإن ارتفاع الملكية هناك لانتهاء حدّها لا من جهة أنه رفعها رافع.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن غير ذي الخيار ملك العين بنحو الإطلاق ـ كما تقدم وجهه ـ، فيكون مالكاً للمنفعة المستمرّة لها.

فعلى هذا نقول: لو قلنا: إن حق الخيار يكون متعلقاً بالعقد، فحينئذٍ نقول: إنه لم يكن لذي الخيار حق أيضاً في ذلك العين وإنما حقه في العقد.

نعم، حلّ العقد في كل زمان يكون له أثر كزمان بقاء العين أو تلفها، فكان غير ذي الخيار مالكاً للمنفعة المستمرّة من دون تعلق حقّ أحد عليه، فلا مانع من صحة الإجارة الناقلة للمنفعة ولا وجه لبطلانه بفسخ ذي الخيار، بل لابدّ أن يلاحظ أثر الفسخ في حال تلف المنفعة من ضمانها بالعوض على ما سيأتي.

وأما لو قلنا: إن حق الخيار تعلق بنفس العين، ومرجعه ـ كما تقدم ـ إلى أن له حق تملك العين وملكية المنفعة تابعة لملكية العين، /٦٠٤/ فعلى هذا لو كان بيع العين أو إجارتها منافية لهذا الحق بأن يذهبه من البين، فذلك دليل على عدم صحتهما أولاً.

وأما لو لم تكن منافية لهذا الحق ـ كما رجّحناه ـ، فذلك بأن يكون له أن يتملك العين، فيتبعه المنفعة. ومقتضىٰ ذلك بطلان الإجارة من زمان الفسخ.

تنبيه

[في عدم بطلان الإجارة بفسخ ذي الخيار]

لا يخفى عليك أنه على التحقيق من عدم بطلان الإجارة بفسخ ذي الخيار، نقول: إن لذي الخيار أن يرجع إلى غير ذي الخيار ليأخذ منه عوض المنفعة التي استوفاها بالإجارة بالنسبة إلى بقية المدّة من الإجارة بعد فسخ ذي الخيار للبيع، خلافاً لما اختاره المصنف (ره)، كما تقدم الكلام في دليل المصنف على ما اختاره مع جوابه في مسألة خيار الغبن في المسقطات.

فيما لو آجر في مدة الخيار ففسخ ذوالخيار فهل يبطل الإجارة كما يقوله المحقق القمي ونقل عبارته

قوله: ثمّ إن الفاضل القمي (ره) إلى قوله: وعلّله[1] .. اه.

أقول: لا يخفى أنه تعرض للمسألة في أوائل كتاب الإجارة، وعبارته في مقام التعليل الذي نقله المصنف (ره) هكذا:

بجهة آنكه بسبب فسخ معلوم می‌شود كه مشترى مالك منافع تتمهٔ مدت نبوده است وأصل اجاره هم متزلزل ومراعى بوده است بـه حـصول /٦٠٥/ فسـخ از جانب بايع بسبب رد ثمن[2]؛ انتهى.

---

١) كتاب المكاسب ١٥٦/٦، ما أفاده المحقق القمي في المسألة والمناقشة فيه.

٢) جامع الشتات ٤٣٢/٣، كتاب الإجارة، مسألة: ٢٠٣.

وهذه العبارة صريحة في أن المشتري لم يكن مالكاً للمنافع التي تكون للعين بعد فسخ البايع من أول الأمر؛ فلذا تكون صحة الإجارة من المشتري متزلزلة بالنسبة إلى فسخ البايع برد الثمن، نظير إجارة العين الموقوفة من البطن السابق بالنسبة إلى زمان موته، كما أن هذا المثال يكون مذكوراً في السؤال الذي تصدى المحقق القمي (ره) للجواب عنه.

وعلى هذا فالمناقشة على المحقق القمي ما تقدم تفصليه من أن مالكية المشتري للمنافع ليس بمثل مالكية البطن السابق من الموقوف عليهم لمنافع العين الموقوفة؛ بل المشتري ملك أولاً المنافع المستمرّة للعين، فلا يبطل إجارته بفسخ البايع للبيع.

وأيضاً ظهر مما ذكرنا أن المحقق القمي (ره) ليس مراده أن يتمسك بالأصل العملي لبطلان الإجارة بعد الفسخ بعد فرض الشك الذي هو موضوع الأصل /٦٠٦/ ليناقش عليه بأن مقتضىٰ الأصل عدم انفساخ الإجارة بتقريب أن المحقق القمي (ره) يسلّم صحة الإجارة أولاً.

وهذا مبني على أن نقول: إن المنفعة بعد الفسخ قابلة لأن يملكها بالغير قبل الفسخ.

وعلى هذا، فإذا شك عند الفسخ في بطلان الإجارة وانفساخها نقول: إن مقتضىٰ الأصل بقاء آثار العقد وعدم انفساخها.

في أنه لا مانع من تصرف غير ذي الخيار مع إذن ذي الخيار إنما الإشكال في أنه يوجب سقوط خياره

قوله: ثم إنه لا إشكال في نفوذ التصرف[1] .. اه.

---

١) كتاب المكاسب ١٥٧/٦، إذا أذن ذو الخيار في التصرف.

أقول: عدم الإشكال في نفوذ التصرف مع إذن ذي الخيار من جهة أن التصرف لو كان منافياً لحقه فنقول: إن الحق قابل للنقل كما تقدمت الإشارة إليه في أول أحكام الخيارات عند التعرض لإرث حق الخيار بمقتضى القاعدة، فإذن صاحب الحق كإذن صاحب الملك كافٍ في صحة البيع وغيره. وإنما الإشكال في أن هذا الإذن من ذي الخيار يوجب سقوط خياره أم لا، وهنا مسألتان:

الأولى أن يقع التصرف المأذون فيه من البيع أيضاً في الخارج.

الثانية أن لا يقع ذلك التصرف بعد الإذن.

في الوجه الذي ذكر لكون إذن ذي الخيار مسقطاً لخياره وبيان صحته وسقمه

أما الأولى /٦٠٧/ فاستدلّ على أن الإذن من ذي الخيار مسقط لخياره من وجهين:

الأول أنه وإن لم يكن منافاة بين الإذن في البيع مثلاً وإرادة الفسخ بأن يفسخ بعد البيع ويرجع إلى القيمة كما في كل فسخ يقع بعد تلف العين، إلّا أن الإذن يدل على الإلتزام بالعقد عرفاً، ونحن نقول: إن التمسك بهذا الوجه يمكن أن يكون بأحد النحوين:

النحو الأول أن نقول: إن الرضاء ببقاء البيع وعدم فسخه يوجب لسقوط الخيار. ثم ندعي أن العرف يفهم من الإذن أن ذي الخيار راضٍ ببقاء العقد وعدم انفساخه، فيكون حجة في ذلك، بعد أنه ليس لنفس الإذن موضوعية هنا.

ونحن نقول: أما ادعاء أن نفس الرضاء ببقاء البيع وعدم الخيار يكون كافياً في سقوط الخيار، فتقدم الكلام فيه في مسقطات خيار الحيوان والشرط والغبن وغيرها.

وحاصله: أنا استفدنا من التعليل الوارد في بعض أخبار خيار الحيوان من قوله «فذلك رضىً منه»[1] أن الرضاء مسقط للخيار، إلّا أن الذي يستفاد من النص على ما أوضحناه في محله سقوط خيار الحيوان أو هو مع خيار المجلس أيضاً /٦٠٨/ بالرضاء.

وأما سقوط سائر الخيارات بالرضاء، لو كان مدركه دلالة ذلك التعليل عليه، فمنعناها في محله. ولو كان مدركه تنقيح المناط، فالقطعي منه غير حاصل وغيره غير نافع.

ولو كان مدركه دعوى عدم القول بالفصل بين الخيارات من هذه الجهة، فتقدم مفصلاً أن الإتفاق الذي يمكن كشف قول المعصوم منه، غير موجود هنا كدعوى عدم الفصل بين ما يوجب سقوط الخيار وبين ما يوجب الفسخ، كما تقدم شطر من الكلام فيه في أواخر المسائل المتعلقة بإرث حق الخيار.

وأما ادعاء أن الإذن في التصرف يكشف عن الرضاء ببقاء العقد لينفع في مورد قلنا بكون الرضاء مسقطاً، فنقول: لو أذن في البيع، ثم فسخ العقد واعتذر بأن غرضي من الإذن أن أفسخ وأرجع إلى قيمة مثل ذلك العين، فيسمع ذلك منه في نظر أهل العرف ولا يعدّون هذا الفسخ منافياً /٦٠٩/ لإذنه السابق، وهذا يكشف من أن الظن الحاصل منه يكون ظناً خارجاً من اللفظ وليس بحجة.

نعم، لو حصل القطع من إذنه أنه رضي ببقاء العقد وقلنا بكفاية الرضاء في المسقطية، فلا إشكال.

وكذلك لو حصل منه الإطمينان بالرضاء وقلنا بحجية الإطمينان مطلقاً بعد فرض كفاية نفس الرضاء.

الوجه الثاني الذي ذكر لكون إذن ذي الخيار في البيع مع وقوع البيع أيضاً مسقطاً لخيار ذي الخيار، وحاصله: أنه ليس لذي الخيار أن يرجع إلى العين لفوات محلّه

---

١) الكافي ١٦٩/٥، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٢.

حيث نقل إلى الغير ولا إلى قيمتها؛ لأن إتلاف حق الغير ـ إذا كان بإذنه ـ لا نسلّم أنه يستعقب الضمان.

ونحن نقول: لو قلنا بما تقدم من أنه خلاف الحق وخلاف المشهور من أن حق الخيار متعلق بأصل العين، فما ذكر من الدليل، لا مناقشة عليه، كما أن صاحب الجواهر أيضاً اعترف بصحة هذا الوجه على هذا التقدير.

/ ٦١٠/ وتوضيحه بعد فرض تعلق حق ذي الخيار بخصوص العين نقول: ليس له الرجوع إلى نفس العين؛ لأن المفروض أن البيع كان عن إذنه، فيكون بمثل العقد الصادر عنه، فيجب عليه الوفاء بهذه المعاملة، كما كان هذا واجباً على المالك؛ لأنه لتعلق حقه بالعين يكون له الوفاء والحل لهذه المعاملة الجديدة، فيتعلق عليه وجوب الوفاء.

وأما الرجوع إلى القيمة فيتوقف على دليل يقتضي ضمان الحقوق بالإتلاف، كما يكون هذا الدليل موجوداً في الأموال. وعلى هذا نقول: إن التمسك لذلك بقوله ﷺ «**على اليد**»[1].. اه غير مناسب؛ لأن مفاده ضمان العين والشخص لا يضمن مال نفسه.

نعم، يناسب التمسك لضمان إتلاف الحقوق بمثل قوله عليه السلام «**ولا يبطل حقوق المسلمين بينهم**»[2]، كما تقدم شطر من الكلام في ذلك في مسقطات خيار الغبن، إلا أنه لا يناسب التمسك به للمقام؛ لأنه بعد إذن ذي الحق في البيع يكون إبطال الحق من ذي الحق، لا من غيره.

هذا، وسيأتي تمام الكلام في هذه المسألة في المسألة الآتية.

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع، ح ١٠٦.

٢) الكافي ١٩٨/٧، باب حد الغلام والجارية اللذين يجب عليهما الحد تاماً، ح ٢.

في أن الإذن لغير ذي الخيار في التصرف فيما انتقل إلى غير ذي الخيار يوجب سقوط الخيار عن ذي الخيار أم لا؟

قوله: ولو أذن ولم يتصرف المأذون[1].. اه.

أقول: هذه هي المسألة الثانية المشار إليها سابقاً. والأولى أن يتعرض لها قبل المسألة السابقة، وذلك لأن /٦١١/ المناسب أن يتعرض أولاً لما يقتضي كون مجرد الإذن من ذي الخيار موجباً لسقوط خياره، فلو لم يتم دليل على كون مجرد الإذن مسقطاً، فيأتي البحث في أنه إذا وقع التصرف المأذون فيه من غير ذي الخيار أيضاً، فهل يوجب لسقوط الخيار أم لا؟

ويتمسك له بالوجه الثاني من الوجهين اللذين تقدما مع المناقشة عليهما في المسألة السابقة.

في الوجوه التي ذكرت لكون مجرد الإذن موجباً لسقوط خيار ذي الخيار

وعلى كل حال، فالذي يتمسك لكون مجرد الإذن من ذي الخيار لتصرف غير ذي الخيار فيما انتقل إلى غير ذي الخيار موجباً لسقوط خيار ذي الخيار وجوه على ما يستفاد من أطراف كلام الجواهر والمصنف (ره):

منها دلالة الإذن على الرضاء ببقاء البيع.

ومنها أنه ظاهر في إنشاء الإلتزام بالبيع.

ومنها أن المراد من الإذن رفع ما حصل بسببه المنع من تصرف غير ذي الخيار،

---

١) كتاب المكاسب ١٥٧/٦، لو أذن ولم يتصرف المأذون.

وهو خيار ذي الخيار، فيكون المراد من الإذن إسقاط الخيار.

ومنها أن الحجر أعني المنع من التصرف لا يرتفع مع بقاء الخيار، فأصالة الصحة في الإذن يقتضي قصد رفع الخيار به.

ومنها أن نتمسك لذلك برواية السكوني[1] كما ذكره المصنف[2] (ره).

ونحن نقول:

أما الوجهان الأولان فتقدمت المناقشة عليهما /٦١٢/ في المسألة الأولى.

وأما الثالث، فنقول: أولاً على التحقيق من أن متعلق حق الخيار هو العقد، فليس خيار ذي الخيار مانعاً من صحة تصرف غير ذي الخيار فيما انتقل إليه، بل وكذلك لو قلنا: أن متعلق حق الخيار هو العين؛ بناءً على ما تقدم من عدم اشتراط الطلقية في صحة البيع.

ثم بناءً على أن متعلق حق الخيار هو العين واشتراط الطلقية في البيع أيضاً، نقول: لو كان المراد أن الإذن في البيع يصير ظاهراً في إنشاء إسقاط الخيار، فهو ممنوع في حق العالم بهاتين المرتبتين، فضلاً عن الجاهل الذي يحصل القطع في حقه بأنه لم يقصد إنشاء إسقاط الخيار.

وأما لو كان المراد أنه يحمل على أنه قصد إنشاء إسقاط الخيار من جهة حمل فعل المسلم على الصحة ـ كما هو مقتضى الوجه الرابع ـ فنقول بعد توقف ذلك على تمام ما تقدم في الوجه الثالث مما لا نقول به وبعد الغمض عن كل شيء آخر:

---

١) وسائل الشيعة ٢٥/١٨، باب أن صاحب الخيار إذا أوجب البيع على نفسه ورضي به سقط خياره، ح ١، والرواية هي: «محمد بن يعقوب عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار، فعرض له ربح فأراد بيعه.

قال: ليشهد أنه قد رضيه فاستوجبه ثم ليبعه إن شاء، فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه».

٢) كتاب المكاسب ١٥٨/٦، رأي المؤلف.

إن أصالة الصحة مجراها الشبهة الموضوعية كأن يكون للإذن صحيح وفاسد ونشك في أن ما صدر هل هو الفرد الصحيح منه أو الفاسد /٦١٣/ منه.

وهنا يكون المفروض أن الذي يوجب سقوط الخيار هو إنشاء إسقاطه والشك يكون في أصل وجوده، حيث يكون الشك في أنه إنشاء إسقاط الخيار بالإذن أم لا، وإن شئت قل: إن هذا من قبيل الشك في الأركان الذي لا نقول بحجية أصالة الصحة معه.

وأما الأخير ـ وهو خبر السكوني ـ، فبعد تسليم سنده، إنما يكون دالاً على أن العرض على البيع يكون موجباً لسقوط الخيار، فلعل ذلك من جهة أنه قسم من التصرف، وهذا القسم من التصرف يكون مسقطاً كما تقدم مثله في خياري الحيوان والعيب.

ولو سلّمنا أنه من جهة الكشف عن الرضاء، فنقول: تقدم أن الإذن لم يكن كاشفاً عن الرضاء بطريق القطع.

إن قلت: إن العرض على البيع أيضاً لم يكن كاشفاً عن الرضاء بطريق القطع، فلابدّ أن يكون من باب كشفه عن الرضاء نوعاً.

قلت: من المحتمل أن يكون مرتبة كشف الإذن عن الرضاء بأقل من مرتبة كشف العرض على البيع عن الرضاء، وخبر السكوني ـ كما في الجواهر ـ فيمن اشترى ثوباً شرط فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: «**فليشهد أنه قد رضيه واستوجبه، ثمّ ليبعه إن شاء، فإن أقامه بالسوق ولم يبعه، فقد وجب عليه البيع**».

وردّه في الجواهر[1] بأنه مع اشتماله على ما لانقول به من اشتراط بيع ذي الخيار بالإستيجاب قبل البيع، يمكن منع دلالته لاحتمال إرادة إقامة المستوجب في السوق منه، فيكون حاصله أنه مع الاستيجاب يسقط الخيار إن لم يبعه. ومتى

---

١) جواهر الكلام ٧٣/٢٣، لو أذن أحدهما بالتصرف فيما انتقل إليه وتصرف الآخر فيما انتقل إليه أيضاً سقط خيارهما.

قام الإحتمال بطل الإستدلال بعد منع الظهور.

أقول: فما ذكره إيراد آخر غير ما ذكرناه.

قوله: والأولى أن يقال بأن الظاهر[١] .. اه.

أقول: بالنسبة /٦١٤/ إلى الفسخ أيضاً نمنع أن الإذن في التصرف فيما انتقل عنه ظاهر في إنشاء الفسخ به كما أن مجرد كشفه عن الرضاء على تسليمه غير كافٍ، كما تقدم.

وأما قوله «ولأن إباحة بيع مال الغير لنفسه غير جائز»[٢] .. اه.

ففيه:

أولاً قد تقدم أن أصالة الجواز ليس مثبته حجة، مع أن مجرد الإذن في بيع مال الغير لنفسه لا دليل على حرمته، وإنما المحرّم أن يتصرف في نفس العين بنقله في الخارج، لا مجرد إجراء صيغة البيع عليه.

إن قلت: إن الإذن في البيع لنفسه يؤول إلى التصرف في العين والإعانة على الإثم حرام.

قلت: لو سلّمت المقدمات فنقول: تقدم أن أصالة الجواز ليس مثبته حجة، فلا يثبت بذلك أنه قصد الفسخ.

وأما ما ذكره في الجواهر من أن كل ما ذكر لكون الإذن في التصرف فيما انتقل إلى غير ذي الخيار مسقطاً، يجري في كون إذنه بالتصرف فيما انتقل عنه فسخاً، **ففيه**: أنه تقدم عدم تمامية شيء منها هناك مع أن إجراء بعضها هنا قياس لا نقول به.

---

١) كتاب المكاسب ١٥٨/٦، رأي المؤلف.

٢) كتاب المكاسب ١٥٨/٦، رأي المؤلف.

في أن المبيع يملك بنفس العقد خلافاً لظاهر بعض ما نقل عن الشيخ والحلي وابن السعيد

قوله: المشهور أن المبيع يملك بالعقد[١] .. اه.

أقول: المشهور أن المبيع يملك بالعقد ملكاً طلقاً وأثر الخيار ـ حيث إن متعلق الخيار هو العقد ـ ليس إلا تزلزل العقد وصيرورة الملك في معرض الزوال.

نعم، على القول بأن حق الخيار يكون متعلقاً بالعين، يكون أثر الخيار ثبوت حق لذي الخيار في مال الغير.

هذا، ولكن نسب إلى الشيخ وابن الجنيد[٢] وابن السعيد[٣] توقف الملكية على مضي زمان الخيار مع عدم تحقق الفسخ في الجملة، إلّا أن ما نقل من كلماتهم أو نسب إليهم كما نقلها المصنف (ره)، ليس على نهج واحد. فمن بعض منها /٦١٥/ يظهر أن اللزوم يتوقف على مضي زمان الخيار، وهو محتمل محكي الخلاف وغيره، فيكون موافقاً مع المشهور.

هذا مقتضىٰ صدر الكلام المنقول عن الخلاف في خصوص خيار المجلس. وبالنسبة إلى خيار الشرط لو كان الخيار للبايع فقط أو للمتبايعين، يظهر منه أن نفس الملكية يتوقف على انقضاء الخيار وعدم الفسخ. وأما لو كان الخيار لخصوص المشتري، فيخرج المبيع عن ملك البايع بمجرد العقد ولكن لا يدخل في ملك المشتري إلا بعد انقضاء زمان الخيار وعدم الفسخ قبله.

---

١) كتاب المكاسب ١٦٠/٦، مسألة: هل المبيع يملك بالعقد كما هو المشهور أو يتوقف على انقضاء الخيار؟

٢) أنظر: كتاب المكاسب ١٦٠/٦ ـ ١٦١، مسألة: هل المبيع يملك بالعقد كما هو المشهور أو يتوقف على انقضاء الخيار؟

٣) الجامع للشرايع: ٢٤٨، أحكام الخيار.

والمصنف في أحكام الخيار حمل هذا الكلام منه على أن انقضاء زمان الخيار كاشف عن حصول الملكية من زمان العقد حتى لا يلزم أن يصير الملك بلا مالك من زمان العقد إلى زمان انقضاء الخيار.

ومن بعض منها يظهر مجرد المنع عن التصرف في زمان الخيار، فيكون موافقاً مع المشهور أيضاً من جهة حصول الملكية من أول زمان صدور العقد وإن يكن منكراً لجواز التصرف الذي تقدم الكلام فيه في [ال]مسائل السابقة، وهذا يظهر من الوجه المحكي عن الدروس[١].

ومن بعض منها يظهر منع الملك في زمان الخيار، إما ظاهراً بأن نقول: إن مضي زمان الخيار وعدم الفسخ كاشف عن حصول الملك من أول زمان صدور العقد أو واقعاً بأن نقول: إن مضي زمان الخيار وعدم الفسخ موجب لحصول الملكية بعد انقضاء الخيار.

ثمّ إن عدم حصول الملكية ظاهراً أو واقعاً إما في الأعم من خيار البايع أو المتبايعين أو خصوص المشتري، كما هو مقتضىٰ إطلاق العبارة المحكية عن المحقق وجماعة وصريح التحرير[٢]، أو في غير الخيار المختص بالمشتري، كما هو مقتضىٰ عبارة محكي الخلاف[٣] بالنسبة إلى منع الملكية واقعاً يعمّ ما نقله عنه عن باب الشفعة تدلّ على أن منع الملكية في زمان الخيار إذا كان الخيار للبايع أو لهما.

وأما إذا كان الخيار بخصوص المشتري فتثبت الملكية من زمان العقد كما يقوله المشهور.

وسيأتي الكلام في أن الخلاف في تمام الخيارات أو بعضها.

---

١) الدروس ٢٧٠/٣، خيار الشرط وأحكامه.

٢) تحرير الأحكام ٥٦٩/٤، كتاب الشفعة، الفصل الثالث: في كيفية الأخذ.

٣) الخلاف ٤٤٥/٣، لو باع شقصاً بشرط الخيار.

في التمسك للعمومات المقتضية لصحة المعاملات؛ لأن المبيع يملكه المشتري في زمان الخيار

قوله: فالأقوى هو المشهور لعموم أدلّة[١] .. اه.

أقول: يستدلّ لقول المشهور بوجوه:

منها العمومات المقتضية لصحة البيع، وهي على قسمين:

قسم منها تدل على لزوم البيع ويستفاد منها صحة البيع. وهذا القسم لا يدل على حصول الملكية في زمان الخيار إلا ببعض تقريبات تقدم في بيع الفضولي؛ فراجع.

وقسم منها تدل على صحة البيع من غير جهة دلالته على لزومه. وهذا القسم لا مانع من التمسك به في المقام كقوله تعالى ﴿ أحل الله البيع﴾[٢]، فإنه بأي وجه قلنا بدلالته على صحة البيع، يقتضي الصحة وحصول الملكية في زمان الخيار، كأن نقول بدلالته على حلية جميع التصرفات المترتبة على البيع أو نقول بدلالته على الحلية الوضعية، فيدلّ على صحة البيع ابتداءً أو نقول بدلالته على الحلية التشريعية. فيستفاد منها الصحة كما شرحنا ذلك كله في أوائل بيع المعاطاة.

فيما يستدلّ لصيرورة المبيع ملكاً للمشتري في زمان الخيار وفيه أن مجرد الإنشاء لا يكفي في تحقق الأمر في الخارج

وكقوله تعالى ﴿ تجارة عن تراض﴾، وهنا نقول: لو قلنا بصحة التمسك بإطلاق

---

١) كتاب المكاسب ١٦٤/٦، استظهار ما يوافق المشهور من المبسوط.

٢) البقرة: ٢٧٥.

التجارة عن تراض، فلا إشكال في دلالته على المدعي.

وأما لو قلنا بأنه لا يجوز التمسك بإطلاقه لمنع كون القضية الإستثنائية في مقام البيان بالنسبة إلى حكم المستثنى، فحينئذٍ أيضاً يمكن التمسك به نظراً إلى أنه لو كان مناط جواز /٦١٧/ التصرف هو اللزوم، لم يناسب تعليق جواز التصرف على غير اللزوم أعني مجرد التجارة عن تراض.

وكقوله عليه السلام «**البيّعان بالخيار ما لم يفترقا**»[1] بتقريب أنه لو كان المراد خيار أن يردّ كل منهما لما انتقل عنه إلى ملكه، فيدل على أنه قبل الرد كان ملكاً للآخر. ولو كان المراد خيار حل العقد ـ كما استظهرناه سابقاً عند التمسك به لإثبات أن متعلق حق الخيار هو العقد بقرينة قوله «**وإن إفترقا وجب البيع**»[2]، فنقول: إن البيع عبارة عن تبادل المالين في الملكية؛ فهذا المعنى لابدّ أن يكون محققاً قبل الفسخ، ومقتضاه حصول الملكية*.

ولا يتوهم أن هذا يقتضي حصول الملكية في خصوص مورد خيار المجلس دون سائر الخيارات؛ لأنا نقول: إن خيار المجلس ثابت في كل بيع من أول زمان صدور البيع. ومقتضىٰ هذا الخبر حصول الملكية في زمان هذا الخيار، وثبوت خيار آخر في البيع لا يرفع هذا الإقتضاء؛ /٦١٨/ لأن ثبوت الخيار غير منافٍ لحصول الملكية، سواء كان الخيار في ترادّ العينين أو في حل العقد.

---

١) الكافي ٥/١٧٠، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٤ و٥ و٦.

٢) الكافي ٥/١٧٠ ـ ١٧١، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٧.

*) ***ومنه نقول: إن كل خبر يدل في كل مورد على تحقق البيع في زمان الخيار، فهو يدل على حصول الملكية؛ لأنا لا نتعقل في معنى البيع غير كونه عبارة عن تبادل المالين في الملكية بأن يقوم ملكية كل من العوضين مقام الآخر.***

ومنه قلنا في بيع الفضولي لنفسه: إن دخول كل من العوضين في ملك مالك العوض الآخر قهري عند تحقق البيع. وتقدم قبل المعاطاة أن ألفاظ المعاملات موضوعة للصحيحة منها وهو ما يترتب عليه الأثر في الخارج. (منه قدس سره).

[ضعف ما استدلّ به في التذكرة]

قوله: توضيح الضعف[١] .. اه.

أقول: إنشاء البيع عبارة عن قصد حصول معنى البيع، وهو المبادلة بين المالين في الملكية في الخارج إما بلفظ أو بغيره. وحصول المنشأ بنفس هذا الإنشاء قهري، إلا أن الإنشاء لا يقتضي بأزيد من حصول المنشأ إعتباراً، كما هو الحال في تمام الإنشاءات.

وأما حصول البيع في الخارج بحيث ينزع ملكية الثمن للبايع والمبيع للمشتري ـ وهو المراد من البيع الصحيح الذي يترتب عليه الأثر ـ فلا يكفي مجرد إنشاء البيع في تحققه، لا في نظر العرف ولا في نظر الشرع*؛ كيف وإنشاء البيع يتحقق بنفس الإيجاب، مع أن ترتب الأثر عليه في الخارج يتوقف على تعقبه بالقبول في نظر العرف والشرع، مضافاً إلى الشرائط الأخر التي تكون لتأثير الإنشاء في الخارج عند كل واحد من العرف والشرع، كما أن العاقد أيضاً ليس داعيه تحقق النقل والإنتقال في الخارج بمجرد إنشاء البيع إذا كان عالماً بالشرائط الشرعية والعرفية في تأثير الإنشاء في النقل والإنتقال في الخارج، بل داعيه حصول /٦١٩/ الأثر وترتب الأثر عند تحقق شرائطه حيث إن هذا الإنشاء والإعتبار له الأثر في نظر كل من الشرع والعرف عند تحقق الشرائط التي تكون له في نظر كل منهما.

ثمّ إن ما ذكرناه أيضاً كان مقتضاه كما ذكره المصنف (ره) من عدم صحة الوجه الذي أورد عليه المصنف (ره) وإن كان كلامنا مخالفاً لما ذكره المصنف (ره) في بعض المباني.

نعم، تقدم منا قبل مسألة المعاطاة أن ألفاظ المعاملات موضوعة للصحيحة منها

---

١) كتاب المكاسب ١٦٩/٦، ضعف ما استدل به في التذكرة.

*) *وفيه قلنا بأنه لا مانع من إنشاء المحالات وأنه يتحقق للمنشأ وجود اعتباري وإن لم يكن له في الخارج أثر في نظر العرف والشرع. (منه قدس سره).*

وهو ما يترتب النقل والإنتقال عليه.

وعلى هذا ففي كل دليل معتبر ثبت إطلاق لفظ البيع من الائمّة عليهم السلام على البيع الخياري، فنقول: إن مقتضاه ترتب النقل والإنتقال عليه؛ لأن إطلاق لفظ البيع على غيره مجاز.

وأيضاً يظهر من أدلتهم وعنواناتهم أن النزاع في تملك المشتري للمبيع في زمان الخيار وأنه لا إشكال في أن الثمن يصير ملكاً للبايع.

وعلى هذا يرد عليهم أن تمليك أحد العوضين مما لم ينشأه أحد من المتعاقدين، بل الذي أنشأه هو المبادلة بين المالين، فكيف يتحقق الملكية في أحد الطرفين، مع أنه لم يقع الإنشاء عليه.

وما يقولون في باب الفضولي: إنه لازم من طرف الأصيل دون المالك، ليس المراد منه أن المال ينتقل من طرف الأصيل دون المالك، بل المراد أن الأصل ليس له الإختيار كما كان الإختيار ثابتاً للمالك.

نعم، توهم بعض حصول النقل من أحد الطرفين ظاهراً؛ لكنه فاسد كما هو واضح، وبيّنّاه في محله.

نعم، يصرح في الجواهر بأن من ينكر حصول الملكية للمنع للمشتري في زمان الخيار ينكر ملكية الثمن أيضاً للبايع فيه إجماعاً محكياً، إن لم يكن محصلاً لاستحالة انتقال أحد العوضين دون الآخر، ولخروجه عن حقيقة المعاوضة، ولزوم الجمع بين العوض والمعوض.

أقول: لو كان المدعى عدم حصول الملكية من الطرفين، لم يناسب عنوان المسألة في المبيع وعدم التعرض لذكر الثمن.

ولعل ما ذكره في الجواهر مثل كلام مدعي الإجماع مبني على اجتهاد أنفسهما.

في الأخبار التي تمسك بها للقول بأن المشتري لم يملك المبيع في زمان الخيار والجواب عنها

قوله: إن العمدة في قول المشهور[1] .. اه.

أقول*: فيما تقدم لم يذكر في أدلّة قول المشهور من الأخبار الواردة في الخيارات إلا قوله عليه السلام «البيّعان بالخيار».. اه، لكنّه قال لمكان لفظ الخيار، ونحن بيّنّا هناك تقريب الإستدلال بنحو يجري في كل خبر ورد على ثبوت الخيار لأحدهما أو كليهما من الشارع / ٦٢٠/ معبّراً بلفظ الخيار، وهنا يجعل من أدلّة قول المشهور مطلق أخبار الخيار.

فهذا اعتراف منه بصحة ما ذكرناه مع أن في كلامه السابق إشارة إليه.

مضافاً إلى أنا قلنا: إن كل مورد ثبت من الشارع إطلاق لفظ البيع أيضاً على البيع الخياري، يكون دليلاً على قول المشهور.

ومضافاً إلى أن المناقشات التي ذكرها المصنف (ره) على الوجوه التي ذكرها

---

١) كتاب المكاسب ١٧٠/٦، العمدة في قول المشهور.

*) *أولاً ليس مراد الجواهر أن مفاد العقد هو الإنتقال من حين العقد بحسب يكون زمان الحال مأخوذاً فيه كما أن ظاهر المصنف أنه ينسب إليه ذلك، بل مراد الجواهر والذي ينبغي حمل كلامه عليه أن الإنشاء لما وجد في الحال، فلابدّ أن يحقق المنشأ أيضاً في الحال.*

نعم، نحن قلنا: إنه لا يقتضي إلا تحقق المنشأ في الحال اعتباراً. وهذا أيضاً لا يتخلف.

وأما اقتضاء ذلك لتحقق الأثر في الخارج بحيث ينتزع ملكية الثمن للبايع والمبيع للمشتري يتوقف على اقتران القبول وضمّ ما هو من الشرايط في نظر العرف والشرع.

نعم، بعض الأمور ليس شرطاً في نظر العرف ولكنه شرط في نظر الشرع.

ثمّ في فرض كان في البين شرائط شرعية ليس تأخير الإمضاء من الشرع من قبيل أثر العقد عن المقصود، وإنما هو تخلف عما يتخيله المتعاقدان في صورة لم يكونا ملتفتين إلى الشرائط الشرعية، وإلا فليس في البين هذا التخلف أيضاً. (منه قدس سره).

لقول المشهور بعض من تلك المناقشات غير واردة عليها وليس لنا مجال التفصيل.

ولعل المتأمل يطلع على ما كان من تلك المناقشات غير واردة على تلك الوجوه.

قوله: وهذه الأخبار إنما يجدي[١] .. اه.

أقول: مفاد هذه الأخبار ـ بعد فرض تمامية دلالتها ـ هو عدم تملك المشتري للمبيع في زمان الخيار الخاص بالمشتري.

نعم، ذيل صحيحة إبن سنان دلّ على تملك المبيع في زمان الخيار المشترك بينهما أيضاً.

وعلى هذا يمكن المناقشة على ذلك بأنه ليس لنا قائل بعدم تملك المشتري للمبيع في زمان الخيار الخاص بالمشتري كما يظهر من الدروس[٢] والجامع[٣] وإن كان ما حكي عن المحقق والجماعة وكذا التحرير[٤] وجود القائل بعدم التملك في زمان الخيار الخاص بالمشتري، بل ذيل عبارة الخلاف وإن حمل على أن المراد أن انقضاء زمان الخيار وعدم الفسخ كاشف عن دخول المنع في ذلك المشتري من زمان صدور العقد.

نعم، مقتضىٰ ما نقله المصنف (ره) عن باب الشفعة ثبوت الملكية في زمان الخيار الخاص بالمشتري، كما أن ما عن الدروس ربما قطع الشيخ تملك المشتري إذا اختص الخيار.

وعلى كل حال نحن نقول: إن دلالة هذه الأخبار على عدم تملك المشتري

---

١) كتاب المكاسب ١٧١/٦، المناقشة في الإستدلال المذكور.

٢) الدروس ٢٧٠/٣، خيار الشرط وأحكامه.

٣) الجامع للشرايع:٢٤٨، أحكام الخيار.

٤) تحرير الأحكام ٥٦٩/٤، كتاب الشفعة، الفصل الثالث: في كيفية الأخذ.

للمبيع في زمان الخيار المختص بالمشتري من وجهين:

الأول أن /٦٢١/ هذه الأخبار بأجمعها تدل على أن ضمان المبيع في زمان الخيار على البايع، لأنها بين أن يدلّ على ذلك بالصراحة وبين أن يظهر منه ذلك.

وعلى هذا نقول: إذا كان ضمان المبيع على البايع، فلابدّ أن يكون المبيع ملكاً له بقاعدة «الضمان بالخراج» التي تقدم شرحها في مسألة المقبوض بالبيع الفاسد، حيث إن مفادها أن من يتلف العين عن ملكه، يكون مالكاً لما يخرج من العين من المنافع. وهذا يقتضي أن تكون العين ملكاً له.

الثاني أن الظاهر من قوله عليه السلام في صحيحة إبن سنان «**حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري**»[1].. اه، أن صيرورة المبيع ملكاً للمشتري بعد انقضاء زمان الخيار.

في الجواب عن الأخبار التي تمسك بها للقول بأن المشتري لايملك المبيع في زمان الخيار

ونحن نقول: أما الوجه الأول فيرد عليه بعد تسليم قاعدة «الضمان بالخراج» بحيث تكون الملازمة ثابتة من الطرفين أن كون المبيع حال تلف ملكاً للبايع غير منافٍ لما يلتزمه المشهور في مورد تلف المبيع في زمان خيار المشتري من أن العقد باقٍ ما قبل التلف ينفسخ ويدخل المبيع في ملك البايع، ثم يتلف عن ملكه على ما سيأتي في المسألة الآتية ـ إن شاء الله ـ.

فهذه الأخبار لا تدل على خلاف الأدلة المتقدمة التي /٦٢٢/ كان مقتضاها أن المشتري يملك المبيع في زمان الخيار.

إن قلت: إن مقتضىٰ الأصل عدم انفساخ العقد بآنٍ ما قبل التلف.

---

١) الكافي ١٦٩/٥ ـ ١٧٠، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٣.

قلت: من المقرّر في محله أن الأصول اللفظية ترفع من البين كل أصل عدمي كان على خلافها، وما تقدم مما اقتضى أن المشتري يملك المبيع في زمان الخيار، كان من الظواهر، فلا ترفع اليد من تلك الظواهر لأصالة عدم الإنفساخ، بل الأمر بالعكس.

في الجواب عما تمسك لعدم تملك المشتري المبيع في زمان الخيار

إن قلت: إذا علم عدم تملك المشتري في زمان الخيار للمبيع في جزء من الزمان، فلا يجوز التمسك بتلك الظواهر لتملّكه في سائر الأزمنة؛ لأن الزمان غير مأخوذ على نحو القيدية.

قلت: التخصيص المعلوم هو التخصيص الأزماني، ولو قلنا بعدم الملكية في زمان الخيار، فيلزم التخصيص الفردي، والتخصيص الفردى غير معلوم في المقام، فلا مانع من التمسك بالعام هنا كما أوضحته في تنبيهات الإستصحاب في مسألة دوران الأمر بين التمسك بالعام واستصحاب حكم المخصص.

هذا يتمّ لو دل دليل على أن المشتري يملك المبيع في زمان الخيار كما لو قلنا بتمامية دلالة شيء من الأخبار الخاصة للقول المشهور الدالة على حصول الملكية في زمان الخيار.

وأما لو كان هو مجرد العمومات، فيقول: إن الملكية في زمان ارتفاع الخيار مسلّم، فالتخصيص أزماني صرف؛ هذا أولاً.

وثانياً نقول: إن التخصيص الأزماني أيضاً على تلك الظواهر غير معلوم؛ لأن مفاد تلك الأدلة أن المشتري يملك المبيع في زمان الخيار، وهو متوقف على بقاء العقد/ ٦٢٣/.

وعلى هذا نقول: إن المشهور يقولون: إنه في زمان ضمان البايع للمبيع ليس

العقد باقياً، لأنهم يقولون بأنه ينفسخ العقد أولاً، فيدخل المبيع في ملك البـايع، فيتلف عن ملكه.

وأما الثاني وهو التمسك بقوله عليه السلام «**ويصير المبيع للمشتري**» فتقول: يلوح من بعض تعبيرات المصنف (ره) في المسألة الآتية أن المشهور يفسّرون هذه الفـقرة بأن المبيع يصير بعد سقوط الخيار مختصاً بالمشتري ولازماً عليه.

ونحن نقول: إن العبارة لا تأبى من أن تحمل على هذا المعنى لو قلنا: إن اللام ليس معناه الملكية، كما تعرضنا له في باب ولاية الأب عند التعرض للولايات؛ بل معناه الإختصاص، وحملها على الملكية في صورة تحمل عليها، ليس للوضع، بل للإطلاق حيث تقتضي ثبوت الإختصاصات بأجمعها وليست الملكية إلا هذا.

وعلى هذا نقول: إن قوله «**ويصير المبيع للمشتري**» يـجوز أن يكـون بـلحاظ الإختصاص اللزومي. ويؤيده أن بعض الإختصاصات في المبيع للمشتري حصل بنفس العقد قطعاً.

فالذي يثبت له بسقوط الخيار، لا يـجوز أن يكـون نـفس الإخـتصاص بـل إختصاص زائد على /٦٢٤/ ما ثبت له بنفس العقد.

وعلى هذا فيجوز أن يكون الإختصاص الزائد الذي يثبت له بسقوط الخيار هو الإختصاص اللزومي، وأما الإختصاصات الموجبة لنفس الملكية، كانت حاصلة له قبل سقوط الخيار أيضاً؛ هذا كلّه أولاً.

وثانياً نقول: لو فرض ظهور ما في هذه الأخبار على أن المشتري لا يـملك المبيع في زمان الخيار، فلا يقاوم ما تقدم من الدليل على أنه يملكه. فـإن تـلك الأدلة أظهر، فيكون مقتضىٰ الجمع التصرف في الظاهر.

هذا؛ مضافاً إلى أن القول بعدم تملك المشتري للمبيع في زمان الخيار، لا أقل من أنه خلاف المشهور، وقد ذكرنا كراراً بأنا لا نقول بحجية الظواهر التي يكون فتوى المشهور على خلافها، للعلم الإجمالى بمخالفة كثير مـنها للـواقـع، إلّا أن

يناقش في جريان هذه الكلية هنا؛ فتأمل.

في تحديد مقدار ينكر بعض حصول ملكية المبيع للمشتري

قوله: إن مقتضىٰ إطلاق ما تقدم[١] .. اه.

أقول: تمسك هنا بإطلاق عبارة الخلاف والمبسوط لكون الخيار المنفصل داخلاً في محل النزاع، إلا أن كلماته الآتية تقتضي خروجها عن محل النزاع وأن تملك المشتري للمبيع فيه مسلّم.

/٦٢٥/ وأيضاً يتمسك بوجوه خمسة على أن محل النزاع خيار الشرط والحيوان ويلحق بهما خيار المجلس وأن سائر الخيارات لم ينكر أحد أن المشتري يملك المبيع في زمان الخيار فيها.

ومن تلك الوجوه كون العنوان في شرط الخيار، والشرط لا يطلق إلا على خيار الحيوان، كما في الأخبار وخيار الشرط.

ومنها اختصاص الأخبار التي تمسك لهم بها بخيار الحيوان والشرط.

ومنها التعبير بـ«انقضى الخيار» في بعض الأخبار، وهو ظاهر في الخيار الزماني، وهو خيار الحيوان والشرط.

وأما خيار المجلس، فيظهر من كلام الشيخ في الخلاف[٢] والمبسوط[٣] والإستبصار[٤] كونه محل الخلاف، وكذا من كلام الدروس[٥] والجامع[٦] حيث قالا:

---

١) كتاب المكاسب ١٧٢/٦، هل القول بالتوقف يشمل الخيار المنفصل؟

٢) الخلاف ٢٢/٣، ثبوت العقد بالإيجاب والقبول.

٣) المبسوط ٨٣/٢، بيع الخيار وذكر العقود التي يدخلها الخيار وما لا يدخلها.

٤) الإستبصار ٧٣/٣، باب أن الإفتراق بالأبدان شرط في صحة العقد، ذيل ح ٤

٥) الدروس ٢٧٠/٣، خيار الشرط وأحكامه.

٦) الجامع للشرايع: ٢٤٨، أحكام الخيار.

إن كل خيار يمنع من التصرف في المبيع فهو داخل فيما يتوقف الملك على انقضائه وخيار المجلس يكون فيه المنع من التصرف على ما صرّحوا به.

ومنها أن ما لا منع فيه من التصرف في زمان الخيار، لا نزاع في أن المشتري يملك المبيع فيه في زمان الخيار، كما تقدم من الدروس والجامع، وفي الخيار المنفصل كما في العيب وغيره لا يجوز القول بالمنع من التصرف قبل حدوث الخيار ولا القول بأن المشتري يملك العين أولاً، ثم يخرج عن ملكه، مع أن الإلتزام بأحدهما /٦٢٦/ مما لا مفرّ منه بعد المقدمة السابقة.

ومنها أن الشيخ[1] (ره) ادعى الإجماع على تملك المشتري للمبيع في زمان الخيار في خيار العيب وكذلك العلامة.

أقول: وفي بعض الوجوه التي ذكرها نظر.

في أن تلف المبيع على البايع في زمان خيار المشتري في الجملة أو مطلقاً، بل قيل تلف الثمن على المشتري

قوله: ومن أحكام الخيار كون المبيع في ضمان[2].. اه.

أقول: الضمان بمعنى اشتغال عهدة شخص لمال شخص آخر ـ وهو المعنى المعروف من الضمان ـ خلاف الأصل، كما هو واضح.

وأما الضمان بمعنى كون تلف مال على شخص يكون ضرره وخسارته عليه ويخرج ذلك المال من كيسه، فإن فرض كون ذلك المال من شخص آخر غير من كان ضمانه عليه. فيرجع الضمان فيه إلى المعنى الأول؛ لأن كون تلف مال شخص على شخص آخر إنما يكون بأن يكون على ذلك الشخص الآخر وعوضه على

---

١) المبسوط ١٢٦/٢، الإشارة إلى أن الخراج بالضمان، وفيه: «لا خلاف».

٢) كتاب المكاسب ١٧٥/٦، مسألة: المبيع في ضمان من ليس له الخيار.

الشخص الأول.

وأما لو فرض كون ذلك المال من مال من كان التلف عليه أيضاً، فيكون هذا معنى آخر للضمان؛ لكنه خلاف معناه المعروف. وهو المراد من الضمان في قوله ﷺ «**الضمان بالخراج**»[1] الذي هو عبارة أخرى من قولهم «**من له الغنم فعليه الغرم**».

والضمان بهذا المعنى على طبق الأصل، حيث إن مال الشخص إذا تلف يكون مقتضىٰ الأصل عدم تعلقه بعهدة شخص آخر.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إن كون ضمان المبيع على البايع بعد فرض أن المبيع انتقل /٦٢٧/ إلى المشتري، لو كان على فرض إنفساخ البيع بآنٍ ما قبل التلف ـ كما يقوله المشهور ـ، فيكون الضمان بالمعنى الثاني.

وهو على طبق الأصل، إلّا أن انفساخ البيع خلاف الأصل.

وأما لو لم يكن على فرض انفساخ العقد بآنٍ ما قبل التلف، فيصير الضمان بمعناه المعروف، وهو بنفسه خلاف الأصل.

فتلخّص أن ضمان البايع للمبيع ـ على كل حال ـ يكون على خلاف الأصل.

نعم، على مذهب من يقول: إن المشتري لم يملك المبيع في زمان الخيار ويكون باقياً على ملك البايع، يكون ضمان البايع له على طبق الأصل؛ لكنّا لا نتكلم على هذا القول، بل عرفت بطلانه في المسألة السابقة، وإنما نتكلم على قول المشهور، وهو أن المشتري يملك المبيع في زمان الخيار.

فيما يستدلّ على أن التلف في زمان على من لا خيار له من الإجماع والإخبار

وعليه عرفت أن ضمان البايع له على خلاف الأصل، وسيأتي من المصنف

---

١) عوالي اللئالي ٢١٩/١، الفصل التاسع، ح ٨٩، وفيه: «الخراج بالضمان».

(ره) دعوى أن مقتضىٰ الأصل هو الضمان وأنه فاسد لابتنائه على حجية الإستصحاب التعليقي، ونحن لا نقول به؛ فالأصل عدم الضمان، إلا أنه استدل لانقلاب هذا الأصل في الجملة في مقامنا بوجهين: الأخبار والإجماع، ولابدّ أن نتكلم في كل منهما حتى نرىٰ أن ما يتمّ منهما أي مقدار يكون اقتضاؤه وأنه هل يثبت الكلية المدعاة في كلام بعض من أن التلف في زمان الخيار مطلقاً /٦٢٨/ على من لا خيار له، فنقول:

أما الأخبار فعمدتها صحيحة إبن سنان:

«عن الرجل يشتري العبد بشرط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد أو الدابة ويحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟

فقال: على البايع حتى ينقضى الشرط ثلاثه أيام ويصير المبيع للمشتري[1]**، شرط له البايع أو لم يشترط.**

قال: وإن كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري، فهو من مال البايع»[2].

أقول: صدر الخبر كان فيه السؤال عن تلف المبيع في زمان شرط الخيار، إلا أنه لما فرض خيار الشرط أقلّ من خيار الحيوان الثابت في المورد فأجاب عليه السلام بأن تلف المبيع بعد القبض على البايع حتى ينقضي خيار الحيوان، وهو ثلاثة أيام من غير فرق بين أن يشترط للمشتري خيار أم لا.

ثم قال: «**وإن كان بينهما شرط**» والمراد خيار الشرط بقرينة «**بينهما**» وبقرينة «**أياماً معدودة**» وإطلاقه يعمّ ما لو كان شرط الخيار لهما أو لكل منها، إلا أن يخصّه بالخيار المجعول للمشتري لمنع الإطلاق لمكان قوله «**شرط له قبل ذلك**» والمراد. هناك هو شرط الخيار للمشتري، أو يدعى أن الإجماع قائم على عدم كون تلف

---

١) إلى هنا في الكافي ١٦٩/٥ ـ ١٧٠، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٣.

٢) تهذيب الأحكام ٢٤/٧، باب عقود البيع، ح ٢٠.

المبيع* على البايع في غير هذا الفرض.

ثمّ إن في قوله «أياماً معدودة» إشارة إلى كون أيام الخيار المشروط غير كثيرة؛ لأنه في مقابل أيام لا تعدّ ولا تحصى التي تستعمل في أيام كثيرة مثل قوله تعالى: ﴿أياماً معدودة﴾ و﴿دراهم معدودة﴾، فلا يشمل الخيار الذي يكون أيامه متكثرة ويكون طويلاً.

فمما ذكرناه ظهر أن هذا الخبر لا يدل إلا على أن تلف المبيع في أيام خيار الحيوان والشرط يكون على البايع في الجملة.

ثمّ إن المصنف (ره) ادعى دلالة هذا الخبر على أن تلف المبيع على البايع إذا كان التلف في زمان خيار المجلس وكان خاصاً بالمشتري، كما لو اشترط سقوط الخيار على البايع.

في بيان دلالة الأخبار على أن التلف على من لا خيار له وحدّ دلالتها

وجه الدلالة: أن قوله عليه السلام «حتى ينقضي شرطه» يكون المراد: حتي ينقضى خياره. وهذا الخيار شامل لخيار المجلس؛ لأنه يطلق لفظ الشرط على خيار

---

*) *إطلاق الصحيحة يقتضي أن يكون ضمان المبيع على البايع في صورة الخيار لكل من البايع والمشتري أيضاً ولكن في الجواهر: قيل: لا خلاف أن تلف المبيع هنا على المشتري وإنما يكون الضمان على البايع في صورة كان الخيار خاصاً للمشتري.*

وعن تعليق الإرشاد: أن الخيار للأجنبي من طرف المشتري كخياره أيضاً؛ لكنه مخالف للصحيحة بعد أن الخيار للأجنبي تحكيم لا توكيل؛ ففي الحقيقة ليس هنا خيار للمشتري.

نعم، في الجواهر [٨٦/٢٣، إذا تلف المبيع بعد قبضه فهو من مال المشتري]*إن لم ينعقد إجماع على إلحاق خيار الأجنبي معه بخياره خاصة، كان المتجه حينئذٍ الإقتصار على المتيقن من الصحيح وهو ما إذا كان الخيار للمشتري خاصة.*

أقول: لا مانع من أن نقول: إطلاق الصحيح أيضاً بمقتضى التعميم. (منه قدس سره).

المجلس في الأخبار.

ونحن نقول بعد فرض إطلاق لفظ الشرط على خيار المجلس في الأخبار: إن الإطلاق والإستعمال أعمّ من الحقيقة، فمجرد إطلاق لفظ الشرط على خيار المجلس في مورد، لا يصير منشأً لأن يحمل لفظ الشرط على ما يعمّ خيار المجلس؛ هذا أولاً.

وثانياً نقول: لو فرضنا /٦٣٠/ أن خيار المجلس يكون من مصاديق الشرط حقيقة، إلا أنه ليس للفظ الشرط في الخبر إطلاق ليعمّ كل ما يكون شرطاً لأن قوله «**حتى ينقضي شرطه**» يكون عقبه ما يبيّنه، وهو قوله «**ثلاثة أيام**» فإنه بيان لشرطه الذي علق الحكم بانقضائه.

وأما قوله في ذيل الخبر «**وإن كان بينهما شرط أياماً معدودة**»، فيكون المراد من الشرط فيه خصوص خيار الشرط من وجهين.

ثم إنه (ره) ذكر وجهاً لاقتضاء هذا الخبر لكون التلف ممن لا خيار له حتى يعمّ خيار المجلس وغيره؛ بل ويعمّ تلف كل من الثمن والمثمن، وهو أن قوله بعد ذلك «**ويصير المبيع للمشتري**» بمنزلة التعليل* للحكم؛ يعني أن العلة في أن التلف يكون على البايع هو أن الخيار كان للمشتري ولم يكن البيع لازماً عليه، فيرتفع الضمان على البايع بصيرورة البيع لازماً على المشتري.

ونحن نقول:

أولاً لابدّ من أن يتكلم في أنه يستفاد التعليل من قوله (ع) «**ويصير المبيع للمشتري**» حتى نتكلم في حد إقتضائه فنقول: لو كان حمله على بيان علة الحكم من جهة أنه لو لم يكن المراد ذلك /٦٣١/ فيصير ذكر هذه الفقرة لغواً؛ لأن حكم المسألة قد علم مما تقدم عليه، فنقول: إن صيرورة البيع لازماً عليه، لم يعلم مما تقدم، لعدم حجية مفهوم العدد أو لاحتمال أن يكون الخيار له من وجه آخر؛ هذا

---

*) *والمناط. (منه قدس سره).*

أولاً.

وثانياً: لا مانع من أن يكون ذكر قوله «ويصير المبيع للمشتري» لتوضيح ما تقدم، مع أنه لم يكن في اللفظ ما يدلّ على أنه علة. والدليل العقلي من جهة لزوم اللغوية يبطل بمجرد احتمال فائدة أخرى لذكر قوله «ويصير المبيع للمشتري».

وأما لو كان وجه حمله على بيان علة الحكم من جهة أنه علّق الحكم على عنوان يناسب لأن يكون عليه للحكم، ففيه:

أولاً أن تعليق الحكم على مضي خيار الحيوان وقوله «ويصير المبيع للمشتري» يكون توضيحاً له.

وثانياً نحن لا نرى مناسبة لأن يكون تلف المبيع على البايع، مع أنه ملك للمشتري، لا بهذا الوجه ولا بغيره حتى يقال: إنه يناسب أن يكون هذا العنوان علة للحكم.

وثالثاً تعليق الحكم على العنوان المناسب يكون فيه من حيث هو إشعار بالعلية، ولا يصل إلى حد الدلالة ليجوز الإتكال /٦٣٢/ عليه. وليس بناء العقلاء على الإتكال بأمثال هذه الإشعارات في إثبات الحكم الذي هو خلاف الأصل.

ومما ذكرنا ظهر أنه لا يحتاج إلى بيان حد اقتضاء التعليل. وما سمّوه مناطاً في المقام لفساد أصل مبناه كما أنه ظهر مما ذكرنا عدم الحاجة إلى مطلب آخر يذكره المصنف (ره) بعد ذلك مبتنياً على تمامية التعليل، حيث يتصدى لإخراج بعض الخيارات وأنه يختصّ بما كان من الخيارات تزلزل العقد فيه وعدم كون البيع لازماً على المشتري ثابتاً من أول الأمر.

ويستظهر ذلك من لفظ «حتى» الظاهرة في الإبتداء، فيختص بخيار المجلس والحيوان والشرط ولو كان منفصلاً؛ بناءً على أن المبيع متزلزل ولو قبل زمان الشرط.

وبالجملة، نحن لم نفهم أصل التعليل والمناط من الخبر، فلا يستفاد من الخبر

تعميم، فلا يحتاج إلى التكلم في أنه يمكن اختصاصه بالخيارات المتصلة أم لا*.

وأما سائر الخيارات فلا يستفاد منها خصوصية إلا أنه في خبر عبدالرحمان في السؤال /٦٣٣/ عن التلف عن خيار الشرط الذي كان يوماً أو يومين في بيع الأمة يقول: ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي بشرطه، وظاهره مضي خيار الشرط المسؤول عنه، فذلك يقتضي أن لا يكون التلف على البايع في بقية الثلاثة أيام التي هو خيار الحيوان، فيكون مخالفاً لخبر إبن سنان المتقدم، إلا أن من الواضح أن خبر إبن سنان أظهر في ثبوت الضمان في تمام ثلاثة أيام من هذا الخبر في الدلالة على نفي ضمان البايع بعد مضي يوم أو يومين التي زمان خيار الشرط.

---

*) نعم، بناءً على استفادة الكلية إما لدعوى أن قوله «ويصير للمشتري» علة في المقام أو لدعوى أنه يعلم منه أن المناط في رفع الضمان صيرورة البيع لازماً عليه وإن لم يكن لذلك وجه لو لم يكن في مقام التعليل نقول: إن سرّ تخصيص الحكم بكلّ خيار كان ثابتاً من بدو العقد دون الخيارات المنفصلة من جهة أن ظاهر الخبر أن الضمان ثابت حتى يمضي الخيار ويصير البيع لازماً.

وظاهره أن الخيار ثابت من بدو الأمر إلى ذلك الزمان وفي الخيار المنفصل لما يكون البيع لازماً قبل حصول الخيار، فليس ضمان في ذلك الزمان.

نعم، يمكن الإيراد عليه: أولاً بمنع أن مثل خيار العيب والرؤية يكون منفصلاً لأن هذا ليس مسلماً كما تقدم شرح ذلك في كل واحد من خيار العيب وغيره.

وثانياً يمكن القول بأن الخيار وإن كان منفصلاً، إلا أن الضمان ثابت قبل انقضاء الخيار ولو حال لزوم العقد أيضاً كما مرّ احتمال نظير هذا القول في المسألة السابقة في حق الشيخ (ره)؛ فتأمل.

وثالثاً هو يعترف بأن خيار الشرط يكون الضمان فيه ثابتاً ولو كان منفصلاً أيضاً فبكل وجه يقال هناك يمكن القول في غيره أيضاً.

إن قلت: في خيار الشرط يسلم أنه على خلاف القاعدة؛ لكنه يقول به لإطلاق قوله «وإن كان بينهما شرط»..إلخ.

قلت: نحن نتكلم على فرض أن الصحيحة تدلّ على ثبوت الضمان في زمان الخيار في تمام الخيارات بمقتضى التعليل وأنه دلّ على أن ذلك في صورة كان الخيار لم يكن منفصلاً من جهة حتى ينقضي..إلخ؛ فتأمل. (منه قدس سره).

وأيضاً تقدم أن خبر إبن سنان كان ظاهره أن كون تلف المبيع على البايع في زمان خيار الشرط يختص بصورة كانت مدة الشرط قصيرة، وعلى هذا نقول: إن إطلاق النبوي المروي عن قرب الإسناد يعمّ هذا الحكم لمطلق خيار الشرط، إلا أن الظاهر أن سنده غير معتبر واستناد الفقهاء إلى خصوص هذا الخبر غير معلوم ليجبر ضعفه.

وأما الإجماع فلا إشكال في ثبوته في الجملة وإن كان مدركه الأخبار.

إنما الكلام في الكلية، وهو أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له في المعاملة /٦٣٤/ من غير فرق بين تلف الثمن والمثمن ومن غير فرق بين الخيارات.

وهذه الكلية بعض شقوقها[1] على طبق القاعدة.

إنما الكلام فيما كان منها على خلاف القاعدة كتلف المبيع على البايع والثمن على المشتري.

وعلى كل حال، لم نرَ من صرّح بالإجماع على هذه الكلية.

في بيان كلمات العلماء في مسألة أن التلف على من لا خيار له وأنه أي أحد منه يكون مسلماً

نعم، ما نقلها المصنف (ره) هنا من كلماتهم، يكون كلام صاحب الرياض[2] ومفتاح الكرامة مشتملاً على دعوى أن هذه الكلية مما لا خلاف فيها، إلا أن من الواضح أن مدرك كلامهما كلمات المتقدمين مما نقله المصنف هنا وغيرها، فنقول: مجرد الفتوى على الكلية يستفاد مما نقله عن السرائر[3] والدروس[4]. والظاهر أن

---

١) في الخطوطة: شقوقه.

٢) رياض المسائل ٢٠٥/٨، الأحكام المتعلقة بالخيار.

٣) السرائر ٢٧٧/٢، هلاك المتاع في مدة الخيار.

العبارة التي نقلها عن السرائر يكون غلطاً، حيث إنه فرع على الكلية ضمان البايع للمبيع في صورة كان الخيار للبايع دون المشتري، وهذا ينتج عكس المدعى.

وأما ما نقله عن المقاصد[٥]، فمن عبارته الأولى يستفاد التردّد في ثبوت هذه الكلية ومن عبارته الثانية يظهر منها التردد في جريان هذه القاعدة الكلية في خيار الغبن والرؤية.

وأما كلام المسالك، فليس فيه إلا الفتوى بضمان البايع للمبيع /٦٣٥/ في زمان خيار المشتري. وهذا شق من شقوق تلك الكلية، كما أنه يظهر من عبارة آقا جمال ومجمع البرهان[٦] أن ضمان المشتري للمبيع في زمان خيار مسلّم.

في أنه لا إجماع على أن التلف على من لا خيار له مطلقاً

ثمّ إن المصنف بعد تخيله من دلالة كلماتهم المشار إليها على أن التلف في زمان الخيار مطلقاً يكون على من ليس له الخيار بحسب الظاهر البدوي، تصدى لمنع استفادة الكلية منها من وجهين:

الأول أن الظاهر من قولهم «التلف في زمان الخيار» هو الخيار الزماني.

وفيه: بعد تسليم دلالة لفظ التلف في زمان الخيار على ذلك: أنه ليس الزمان مأخوذاً في تعبيراتهم.

نعم، عبارة الرياض ومفتاح الكرامة أخذ فيها لفظ «مدة الخيار»، إلا أنك عرفت أن الأصل كلمات من تقدم عليهما لوضوح أن دعواهما أن المستفاد من القوم ـ يعني الفقهاء ـ ذلك.

---

٤) الدروس ٣/٢١٠ ـ ٢١١، في القبض.

٥) جامع المقاصد ٤/٣٥٦، حكم ما لو تجدد العيب قبل القبض.

٦) مجمع الفائدة والبرهان ٨/٤٠٦ـ ٤٠٧، حكم ما لو تلف المبيع بعد الثلاثة.

الثاني أنه يدعى الإتفاق على أن التلف في زمان خيار العيب الثابت للمشتري ليس على البايع. وعلى هذا، فما ذكره في ضمن الشواهد على ذلك من أن الإقتصاص من العبد الجاني إذا كان في خيار المشتري كان من ضمان البايع إما أن يكون اشتباهاً أو غلطاً في العبارة.

ومما ذكرنا إلى هنا يظهر أنه لا وجه لدعوى الإجماع على أن التلف في زمان الخيار على من لا خيار له /٦٣٦/ بنحو الإطلاق.

فعلى هذا، فكل مقدار تمّت دلالة الأخبار عليها من هذه القاعدة، وأما الأزيد من ذلك ـ لو كان على بعض مراتبه الإتفاق ـ، فلا نقطع مدركاً لهم سوى الأخبار بحيث يوجب القطع بالحكم أو الإطمينان به لو قلنا بحجية الإطمينان أيضاً مطلقاً.

في أن الثمن لو تلف في زمان خيار البايع كيف يكون حكمه فيما لو كان الثمن كلياً وأقبض فرداً

قوله: مضافاً إلى استصحاب ضمان[1] .. اه.

أقول: تقدم أنا لم نستفد من الأدلة تعميم القاعدة للثمن بحيث لو تلف في زمان خيار البايع يكون ضمانه وتلفه على المشتري؛ وأما إثبات ذلك بالأصل، فنقول: تقدم أنا قلنا: إن الضمان المتنازع فيه يكون على خلاف الأصل الا أن الإستصحاب الذي يجريه في المقام ـ لو تمّ ـ ينقلب الأصل الذي ذكرناه سابقاً إلا أنا نقول: إن الإستصحاب الذي يقوله المصنف (ره) في المقام يكون تعليقياً والإستصحاب التعليقي وإن كان حجة عند المصنف (ره)، إلا أنه ليس بحجة عندنا كما أوضحناه في باب الإستصحاب.

ووجه كون الإستصحاب هنا تعليقياً أن الضمان بمعنى انفساخ العقد بآنٍ ما قبل

---

١) كتاب المكاسب ١٨١/٦، عموم الحكم للثمن والمثمن.

التلف وردّ كل عوض إلى مالكه وتلف التالف من ملك مالكه أو بمعنى العهدة التي تقدم شرحها، أفرض أنه حكم وضعي /٦٣٧/ مجعول، إلّا أن هذا الضمان لم يكن له وجود في زمان قبل القبض، بل كان له وجود تقديري بمعنى لو تلف العيين في زمان قبل القبض، يتحقق هذا الضمان.

ثم إنه بعد انقلاب حالة من جهة تحقق القبض مع بقاء الخيار، نشك في بقاء هذا الوجود التقديري وأنه لو تلف بعد القبض أيضاً يتحقق الضمان المذكور أم لا، فتكون حاله كحال ماء العنب في أنه كان أولاً بحيث لو غلى يحرم وبعد انقلاب حالته بصيرورته زبيباً نشك في بقاء الحرمة التقديرية له أيضاً، أم لا بمعنى أنه في حال الزبيبية أيضاً لو غلى يحرم أم لا.

ثمّ إن ما ذكره من الإستصحاب مع أنه تعليقي يتوقف على القول بأن تلف الثمن قبل القبض يكون من مال المشتري بأن ينفسخ العقد ويدخل الثمن في ملك المشتري، فيكون تلفه ـ كما هو مختار المصنف ـ من المشتري، لا من البايع كما يظهر من الجواهر في أحكام الخيارات.

ثمّ على مذهب المصنف (ره) من جريان القاعدة في الثمن أيضاً وأنه لو تلف في مدة خيار البايع يكون تلفه من المشتري، ففي البيع الخياري الذي يكون خياره مشروطاً بردّ الثمن أو مثله لو تلف الثمن قبل ذلك الرد، ينفسخ العقد ويدخل المبيع في ملك البايع، سواء قلنا بأن الخيار ثابت قبل الرد أو أنه يحدث الخيار بعد الرد، لما تقدم منه أن خيار الشرط وإن كان منفصلاً، إلا أنه يوجب تزلزل العقد بدو الأمر والتزلزل في حكم الخيار في أن /٦٣٨/ التلف في زمانه يكون على من لا خيار له؛ وقد تقدم الإشكال عليه ولو بعد تسليم مبناه.

ثمّ هذا كلّه فيما لو كان الثمن شخصياً وأما لو كان كلياً فسيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله تعالى شأنه ـ.

فيما لو كان الثمن كلياً وأقبض فرداً منه فتلف
وكذلك المبيع لو كان كلياً فتلف الفرد

قوله: لأن مقتضىٰ ضمان المبيع[1] .. اه.

أقول: في صورة كان الثمن كلياً وأقبض المشتري فرداً منه وكان الخيار للبايع وتلف المقبوض في زمان خيار البايع وقلنا بجريان قاعدة التلف في مدة الخيار على من لا خيار له في الثمن أيضاً، يمنع المصنف (ره) الضمان في المقام لكون الثمن كلياً لدعوى أن المراد من الضمان ـ على ما فهمه غير واحد ـ بقاء المقبوض على ما كان عليه قبل القبض.

فعلى هذا نقول: لو كان الثمن شخصياً، فكان حاله قبل القبض أنه قبل التلف بآنٍ ما ينفسخ العقد ويدخل الثمن في ملك المشتري ويتلف من ماله. وهذا المعنى لا مانع في بقائه بعد القبض في زمان الخيار أيضاً.

وأما لو كان الثمن كلياً وأقبض فرداً منه، فحاله قبل القبض أنه لو تلف لم يتحقق قبض الثمن وليس إقتضاؤه فسخ العقد، فبقاء ذلك بعد القبض بأنه لو تلف بعد القبض يصير بمنزلة الغير /٦٣٩/ المقبوض، فلابدّ من إقباض فرد آخر من الكلي لأداء الثمن من دون انفساخ في العقد، فيرد عليه: أن هذا خلاف الظاهر من الضمان في الأخبار؛ لأن الظاهر منها هو أن ينفسخ العقد ويدخل الثمن في ملك المشتري ويتلف من ماله كما في الثمن الشخصي.

ثمّ يقول: فتأمل؛ ولعلّ الأمر بالتأمل إشارة إلى كون الضمان بمعنى انفساخ العقد بآنٍ ما قبل التلف ليس مسلماً على ما سيأتي في كلامه، فحينئذٍ لو قلنا: إن المراد من الضمان بقاء العين على ما كان عليه قبل القبض، فلا مانع من الأخذ

---

١) كتاب المكاسب ١٨٢/٦، إذا كان الثمن أو المثمن كلياً.

باقتضاء ذلك في كل مورد وإن كان مقتضاه مختلفاً في الموارد، أو إشارة إلى أنه لو استظهرنا من الأخبار أن المراد من الضمان بقاء العوض على ما كان عليه قبل القبض، فحينئذٍ لا يجوز أن يكون الضمان في تمام الموارد بمعنى انفساخ العقد بآنٍ ما قبل التلف.. اه.

إن قلت: إن العلماء فسّروه بذلك.

قلت: ما ذكروه بيان لما هو مقتضىٰ الضمان في بعض موارده وهو ما لو كان كل من العوضين شخصياً أو إشارة إلى أن الظاهر من الضمان الوارد في الأخبار أن يكون تلف المال من الضمان، فضمان الثمن على المشتري إنما يكون بآنٍ يكون / ٦٤٠ / تلفه من المشتري وخسارته عليه.

فعلى هذا نقول: كون تلف الثمن الشخصي على المشتري بأن ينفسخ العقد بآنٍ ما قبل التلف ويدخل الثمن في ملك المشتري، فتلف من ماله. وأما في صورة كان الثمن كلياً فيكون تلفه عليه بأن يضرّ مقبوضه بمثل عدم المقبوض فيكون عليه إعطاء فرد آخر من ذلك الكلي.

في عدم جريان التلف في زمان الخيار في الكلي

هذا؛ ونحن نقول: لا دليل على جريان قاعدة الضمان في مدة الخيار على من لا خيار له في المبيع لو كان كلياً وقبض فرداً منه فضلاً من أن يعمّم هذا الحكم في الثمن الكلي أيضاً. وذلك لأن مورد الأخبار ضمان المبيع الشخصي حيث إن موردها العبد والدابة، ومن الواضح أن الظاهر هو عبد أو دابة مخصوص معيّن في الخيار حينئذٍ، فلا يشمل صورة كان المبيع كلياً وقبض فرداً منه؛ لأنه على تسليم أن المبيع عند العرف يطلق مسامحة على هذا المقبوض وأن إطلاق المبيع يشمله، نقول: لم يكن في الخبر لفظ مبيع يجوز دعوى أن إطلاقه يشمله الفرد المقبوض

الكلي؛ لأنه في مورد يجوز التمسك بالإطلاق، لم يذكر لفظ المبيع، وفي مورد ذكر لفظ المبيع، لا يجوز التمسك بإطلاقه؛ لأن إطلاقه وارد مورد حكم آخر؛ /٦٤١/ فراجع.

وعلى هذا فالحكم في مورد الخبرية لما هو مبيع حقيقة. فحينئذٍ لو تعدّينا بدعوى اتحاد المناط أو التعليل إلى الثمن، فلا يتعدى إلا إلى ما هو ثمن حقيقة، لا إلى ما هو ثمن مسامحة.

في كيفية ضمان البايع للمبيع في مدة الخيار

قوله: ثمّ إن ظاهر كلام الأصحاب.. إلى قوله: إن المراد بضمان[1] .. اه.

أقول: حاصل ما نقله المصنف (ره) من كلمات العلماء في المقام أن من المسلم أن كون ضمان المبيع قبل قبضه على بايعه بأن يفسخ العقد بآنٍ ما قبل التلف، فيدخل المبيع في ملك البايع، فتلف من ماله. وقد تقدم أصل هذه المسألة في آخر خيار التأخير، وسيأتي في أحكام القبض مفصلاً.

في بيان ما رجّح كون ضمان البايع للمبيع بانفساخ البيع بآنٍ ما قبل التلف فتلف منه

وأما ضمان البايع لتلف المبيع بعد القبض في مدة خيار المشتري، وهكذا غير هذا الفرض مما يكون الضمان ثابتاً في مدة الخيار، فظاهر المشهور أن الضمان فيه أيضاً بمثل ضمان البايع للمبيع قبل القبض في أنه ينفسخ العقد بآنٍ ما قبل التلف إلى آخر ما تقدم، إلا أنه يظهر من صدر العبارة التي نقلها عن الدروس والتذكرة

---

١) كتاب المكاسب ١٨٣/٦، ظاهر كلام الأصحاب أن المراد بضمان من لا خيار له إنفساخ العقد.

غير ذلك، حيث اعترفا بأنه لو تلف المبيع بعد القبض في مدة خيار المشتري، يكون ضمانه على البايع ويكون /٦٤٢/ الخيار للمشتري باقياً.

ومن الواضح أن بقاء الخيار فرع بقاء أصل البيع، فحينئذٍ كون ضمان المبيع على البايع مع أنه تلف في ملك المشتري، بأن يتعلق قيمة المبيع أو مثله على ذمة البايع.

ثمّ إن المصنف (ره) يذكر في آخر كلامه احتمالاً آخر، وظاهره أن يكون المراد من ضمان البايع للمبيع بعد التلف في زمان الخيار بعد القبض أن الخيار بعدُ يكون باقياً للمشتري. فلو فسخ العقد فيدخل الثمن في ملكه وليس ضامناً للمبيع الذي تلف عنده.

فينتج في هذا الفرض أن تصير خسارة المبيع على البايع.

وأما لو لم يفسخ المشتري للبيع، فيكون الثمن باقياً على ملك البايع وليس على البايع عوض المبيع، وينتج هذا كون خسارة المبيع علي المشتري.

وإذا عرفت هذا، فنقول: إن الإحتمال الأخير لما يلزمه أن لا يكون خسارة المبيع على البايع إذا تلف في زمان الخيار في صورة لم يفسخ المشتري للبيع، فيرده إطلاق ما دل على أن المبيع لو تلف في زمان خيار المشتري يكون ضمانه على /٦٤٣/ البايع، كما في صحيحة إبن سنان؛ لأن الظاهر أن المراد من كون ضمانه على البايع أن يكون خسارته وضرره عليه وتلفه منه.

وأما المعنيين الأوليين فكانا مشتركين في أن خسارة تلف المبيع على كل حال كان على البايع، فإطلاق كون ضمان المبيع على البايع لا ينافي مع شيء منهما بعد ما عرفت من أنا لا نفهم من كون ضمانه عليه إلا أن يكون خسارته على البايع.

نعم، يكون الفرق بين المعنيين من جهتين أخريين، مثل انفساخ البيع على قول المشهور وعدم انفساخه على القول الثاني، ومثل أنه على قول المشهور يصير المشتري مالكاً للثمن وعلى القول الثاني لا يملك الثمن وإنما يكون له قيمة المبيع

أو مثله بأن يطالب ذلك من البايع ولكن الخبر لا يعين شيئاً من الخصوصين ليكون معيناً لإحدى المعنيين.

في أن ضمان البايع للمبيع بآنٍ ينفسخ البيع بآنٍ ما قبل التلف، فيدخل المبيع في ملكه فيتلف منه

ومع ذلك كله يمكن ترجيح قول المشهور من وجهين:

الأول أنه على قول المشهور يكون تلف المبيع في ملك البايع وعلى القول الثاني يكون تلفه في ملك المشتري؛ فعلى هذا نقول: إن ظاهر بعض فقرات صحيحة إبن سنان أن تلف المبيع يكون في ملك البايع وهو قوله عليه السلام / ٦٤٤/ «**فهلك أي المبيع في يد المشتري فهو من مال البايع**»[1]، فإن الظاهر من هذا أن الهلاكة والتلف من مال البايع حقيقة.

إن قلت: إذاً لزم أن يعطي البايع عوضه إلى المشتري، فيصدق أن تلفه من مال البايع.

قلت: هذا الصدق من باب المسامحة والمجاز ولا وجه لأن يرفع اليد عن ما هو مقتضىٰ ظاهر اللفظ أولاً ما لم يقم القرينة على خلافه.

إن قلت: مقتضىٰ الأصل عدم الإنفساخ الذي يلتزمه المشهور.

قلت: مع الغمض عن معارضته بأصالة عدم تعلق مال على عهدة البايع عوضاً عن المبيع، إنا ذكرنا كراراً أن الظواهر اللفظية ترفع من البين كل أصل عدمي كان على خلافها. وإذا ثبت أن تلف المبيع من مال البايع بمعنى أنه يتلف حال كونه ملكاً له.

وقد تقدم أنا أثبتنا في المسألة السابقة أن المشتري يملك المبيع في زمان

---

١) تهذيب الأحكام ٢٤/٧، باب عقود البيع، ح ٢٠.

الخيار، فلابدّ من أن نلتزم بأنه ينتقل من المشتري إلى البايع. ولما كان مقتضىٰ الإستصحاب بقاء الملكية إلى زمان علم الإنقلاب وكذلك بقاء البيع، فلذا لا يلتزم بالإنفساخ إلا بآنٍ ما /٦٤٥/ قبل التلف.

الثاني أنه تقدم أن ضمان المبيع في زمان خيار المشتري على البايع والظاهر منه كما تقدم أن خسارة تلفه على البايع.

وعلى هذا إذا انضمّ ذلك إلى قاعدة «الضمان بالخراج» بناءً على أن مفادها الملازمة الكلية بين كون خسارة مال وتلفه على شخص وبين أن تكون منافعه ونماءاته له أيضاً المستلزمه لكون عين ذلك المال أيضاً له، فينتج هذا أن البيع في زمان تلفه كان ملكاً للبايع.

ولمّا أثبتنا سابقاً أن المبيع ينتقل بنفس العقد والشرايط الحافّة به إلى المشتري، فعلى هذا لابدّ من أن نلتزم بأنه ينتقل إلى البايع قبل التلف وأنه بآنٍ ما قبل التلف بإعانة الإستصحاب ـ كما تقدم ـ.

والقول بأن الإنفساخ خلاف الأصل، قد عرفت جوابه من أن ظواهر الألفاظ والأصول اللفظية يرفع كل أصل عدمي كان على خلافها.

وما نقلناه في أواخر مسألة المعاطاة عن الأستاد من أن الإلتزام بتقدير الملكية آناً ما وأشباه ذلك إنما يكون في مورد لو لم يلتزم بذلك يلزم دور أو محال آخر ولم يمكن التصرف /٤٦٦/ في شيء آخر يوجب رفع الدور، مردود بأن هذا لا وجه له، بعد أن من المسلّم أن ظواهر الألفاظ ترفع كل أصل عدمي كان على خلافها ولا خصوصية لهذا الأصل العدمي المخصوص.

نعم، لو بنينا على التصرف في شيء من ظواهر الألفاظ في المقام، فتعين قاعدة «الضمان بالخراج» للتصرف لأضعفية دلالته على الملازمة المتقدمة بالنسبة إلى ما دل على أصل الضمان في المقام. وما دلّ على أن المشتري يملك المبيع في زمان خيار نفسه، فيتعين من ذلك القول الثاني المنسوب إلى الدروس والتذكرة، كما

تقدم. وسيأتي من المصنف إشارة إليه في أحكام القبض.

في حكم تلف أجزاء المبيع وأوصافه وفي كيفية كون ضمان تلف الوصف على البايع

قوله: ثمّ إن الظاهر أن حكم تلف[1] .. اه.

أقول: حكم تلف جزء المبيع كثلثه أو ربعه كما هو المراد من جزء المبيع في كلماتهم. وكذلك تلف وصف الصحة كحكم تلف نفس المبيع مثلاً لما في صحيحة إبن سنان أو يحدث فيه حدث، بل تقدم في خيار العيب في شرح مثل هذه العبارة أنه يشمل كل نقصان ورد على المبيع، فيشمل نقصان وصف الكمال أيضاً، كما لو تلف من الأمة المبيعة ما كان /٦٤٧/ من شعر رأسه من قبيل الصفات الكمالية الخاصة بها الموجب لارتفاع قيمتها حيث لم تكن مثل هذه الخصوصية الكمالية في أمثالها.

ثمّ إن ضمان الجزء لا مانع من أن يكون على نحو ضمان الكل بأن ينفسخ العقد بآنٍ ما قبل التلف، فيدخل الجزء في ملك البايع، فيتلف من ماله على التحقيق من أن تبعض الصفقة على طبق القاعدة؛ لأن العقد الواحد ينحلّ إلى العقود بلحاظ أجزاء المبيع.

فحينئذٍ لا مانع من القول بأنه ينفسخ بعض العقود الإنحلالية دون غيره وحدوث خيار تبعض الصفقة بذلك للمشتري ـ مضافاً إلى ما كان له من الخيار ـ مطلب آخر خارج عما نحن بصدده.

---

١) كتاب المكاسب ١٨٥/٦، لو كان التالف هو البعض.

في كيفية ضمان الأوصاف لو تلف في زمن الخيار وأنه بالعهدة أو الإنفساخ أو غيرهما

وأما ضمان وصف الصحة، فعلى القول بأن الأرش على طبق القاعدة بأن نقول: إن وصف الصحة أيضاً يقابل شيئاً من العوض كالجزء، فيصير حاله كحال الجزء، بخلاف ما لو قلنا بأن العوض يقابل نفس العين وإن الأوصاف لا يقابل بالأعواض مطلقاً وإن حكم الشارع بالأرش من باب الغرامة.

فعلى هذا التقدير لا يمكن القول بانفساخ /٦٤٨/ العقد بالنسبة إلى وصف الصحة، فلا يكون وصف الصحة ضمانه كضمان نفس العين. وأما الأوصاف الكمالية فتقدم في خيار الرؤية قول بثبوت الأرش في تخلفه وقلنا: إن ذلك لابدّ من أن يكون مبنيّاً على دعوى أن الأوصاف مطلقاً يقابل بالأعواض.

فعلى هذا يمكن كون ضمان وصف الكمال على نحو ضمان العين، إلّا أن المشهور عدم ثبوت الأرش هناك وأن الأوصاف الكمالية لا يقابل بالأعواض؛ بل نحن رجّحنا في خيار العيب أن الأوصاف حتى وصف الصحة أيضاً لا يقابل بالأعواض.

فعلى هذا لا يصير ضمان كل من وصف الصحة أو الكمال بمثل ضمان أصل العين.

وعلى هذا فلابدّ أن نلتزم في المقام بأحد من الأمور:

منها أن نقول: إن ضمان تلف أصل العين بانفساخ العقد بنحوٍ تقدم شرحه، وأما وصفا الصحة والكمال فضمانهما بأن يتعلق مقدار التفاوت بين واجد الوصف وفاقده من القيمة بعهدة البايع.

وهذا التفكيك لا يوجب استعمال لفظ في الخبر في المعنيين لما عرفت أن

الضمان هناك /٦٤٩/ بمعنى أن خسارة تلف العين على البايع واختلاف محقق الضمان في الموارد لا يوجب استعمال لفظ الضمان في المعنيين.

ويؤيد هذا التفصيل أن الوجهين اللذين ذكرناهما سابقاً لكون الضمان بانفساخ العقد بآنٍ ما قبل التلف لا يجيء شيء منها في ضمان الوصفين؛ لوضوح أن النماء لأصل العين، لا لأوصافه. وقوله «**فهلك وهو في يد**».. اه ظاهر في هلاكة نفس العين.

وعلى هذا، فبعد أنك عرفت أن كون الضمان على البايع بمعنى أن خسارة التلف عليه وهو محقق في المقامين وليس في الخبر ما يدل على أن محققها في الموارد على نهج واحد، فلا مانع من القول بهذا التفصيل.

ومنها أن نمنع كون ضمان وصفي الصحة والكمال على البايع بدعوى أن قوله «وإن يحدث فيه حدث» يختص بتلف الأجزاء ولا يشمل تلف الوصفين.

ومنها أن نقول: إن الأوصاف مطلقاً تقابل بالأعواض كالأجزاء وإن العقد الواحد ينحلّ إلى عقود.

ومنها أن نقول: عند تلف كل من وصفي الصحة والكمال، بل وكذلك عند تلف الجزء، ينفسخ نفس البيع /٦٥٠/ رأساً بمثل ما تقدم منّا في تلف نفس العين من أنه بآنٍ ما قبل التلف ينفسخ البيع رأساً في تمام الموارد، وغير الإحتمال الأول فاسد.

أما الثاني، فلمنافاته لظاهر قوله عليه السلام في صحيحة إبن سنان «**أو يحدث فيه حدث**» لوضوح شموله لزوال وصف الصحة، بل وصف الكمال أيضاً.

وأما الثالث، فلما أوضحنا في خيار العيب والرؤية ظاهراً أن الأوصاف مطلقاً لا تقابل الأعواض.

وأما الرابع فمع أنه لا وجه له مخالف للإتفاق، كما يوضح ذلك من كلماتهم في مواضع منها كلماتهم في مسألة أن العيب الحادث بعد العقد في زمان يكون ضمان

ذلك العيب على البايع كالعيب الحادث قبل القبض أو العيب الحادث في المبيع في زمان خيار المشتري في خيار الحيوان والشرط، أو مع خيار المجلس أيضاً، فإنهم يقولون: هذا العيب لا يمنع من الرد بالخيار الثابت أولاً؛ بل هذا العيب يكون حاله كالعيب الذي كان قبل العقد، يعني أنه بنفسه يوجب خيار الرد أو الأرش.

والمصنف (ره) في خيار العيب يتصدى لتطبيق ذلك على القاعدة بأنه يقدّر أن العقد إنما وقع عليه بعد حدوث العيب.

بل يمكن دعوى أن ثبوت خسران العيب والصفة على البايع ـ كما هو معنى الضمان على ما تقدم ـ لا طريق له في نظر العرف إلا ثبوت الأرش، بل يظهر من الروضة أنه لا طريق له حقيقة إلا بذلك.

في أن ضمان تلف الوصف بالأرش أم بغيره وأن حكم الشارع بالإتلاف بمثل التلف أم لا؟

ومنه يورد بتنافي كلامي المحقق حيث حكم بالضمان وعدم الأرش /٦٥١/ كما نقل عنه المصنف (ره) في الموضع المشار إليه من خيار العيب.

ومما ذكرنا ظهر أن المتعين هو الإحتمال الأول المتقدم في الأمر الأول؛ لأن غيره مخالف للدليل المعتبر من العقل والنقل والإجماع، كما لا يخفى على المتأمل فيما قدّمناه؛ فراجع وتأمل.

قوله: ومنها حكم الشارع عليه[1] .. اه.

أقول: الظاهر من قوله عليه السلام «**فهلك**» في صحيحة إبن سنان هو أن يتلف بآفة سماوية. وفي الجواهر لم يلحق الإتلاف بحكم الشرع بالتلف.

---

١) كتاب المكاسب ١٨٥/٦، إذا كان التلف بالإتلاف.

ويمكن أن يقال في سرّ الإلحاق وجهان:

الأول أن يقال: إن المناط في كون الضمان على البايع في صورة التلف عدم ثبوت ضامن للعين.

الثاني أن نقول: إن الظاهر من هلاكة العين ذهاب العين من البين، من دون أن يكون لتلفه إختيار تام فيه لأحد من الناس.

[التلف بالإتلاف]

قوله: وأما إذاكان بإتلاف[1].. اه.

أقول: من هنا إلى آخر المسألة ليس الكلام فيه في حكم التلف في زمان الخيار الذي يكون التلف فيه على غير ذي الخيار؛ لأنه كان مختصاً بالتلف. وأما الإتلاف في زمان الخيار يذكر /٦٥٢/ هنا بمجرد المناسبة. وتقدم شطر من الكلام في ذلك في مسقطات خيار العين عند التعرض لكون التصرف مسقطاً لخيار الغبن.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: لو كان إتلاف ذي الخيار لما انتقل عنه، فذلك يوجب فسخ العقد في الجملة على ما تقدم شرحه في المسائل السابقة. وأما لو كان إتلافه لما انتقل إليه فيوجب سقوط خياره ـ كما تقدم ـ، لكن لا مطلقاً لأن يكون الإتلاف مسقطاً إنما هو لأجل كونه تصرفاً، وتقدم في الموضع المشار إليه من خيار الغبن شطر من الكلام.

ونقول هنا بنحو الإجمال: إن الإتلاف منه قبل العلم بالخيار فيه غير مسقط لخياره باعتراف المصنف (ره) إلا في مثل خيار العيب الذي كان في العين إطلاق يشمل هذا الفرض، وكذلك خيار الحيوان والمجلس على ما تقدم الكلام /٦٥٣/ في كل منها في محله.

وأما بعد العلم بالخيار ـ لو أنشأ إسقاط الخيار بالإتلاف ـ فتقدم في المسائل

---

١) كتاب المكاسب ١٨٥/٦، إذا كان التلف بالإتلاف.

السابقة أنه مسقط، وإلا فلو قلنا إن مطلق ما يكشف عن الرضاء بالبيع يكون مسقطاً لكل خيار فرض، فيكون مسقطاً مطلقاً، وإلا تختص المسقطية بخيار العيب والحيوان والمجلس في الجملة، وتقدم أن الرضاء بالبيع غير إنشاء الإسقاط بالتصرف.

في تصرف غير ذي الخيار في كل واحد مما انتقل عنه أو إليه وحكم إتلاف الأجنبي لأحد العوضين

قوله: وإن كان بإتلاف غير ذي الخيار[1] .. اه.

أقول: لا إشكال في عدم كون تصرفه مسقطاً للخيار إلا في مثل خيار العيب يكون عدم قيام المبيع بحاله مسقطاً له، لكن لو أتلف غير ذي الخيار لما انتقل عنه، فبعد الفسخ يرجع ذو الخيار إلى عين ما انتقل إلى غير ذي الخيار.

وأما لو أتلف غير ذي الخيار لما انتقل إليه، فبعد الفسخ يرجع ذو الخيار إلى مثل المتلف أو قيمته.

قوله: وإن كان بإتلاف أجنبي[2] .. اه.

أقول: من الواضح أنه هنا أيضاً لا يسقط خيار ذي الخيار، سواء أتلف الأجنبي للمبيع أو الثمن، إلا الخيار الذي يكون عدم بقاء المبيع بحاله مسقطاً له، كما في خيار العيب.

---

١) كتاب المكاسب ١٨٥/٦، إذا كان التلف بالإتلاف.

٢) كتاب المكاسب ١٨٥/٦، لو كان الإتلاف من الأجنبي.

في بعض الوجوه التي ذكرت لرجوع ذي الخيار إلى غير ذي الخيار أو إلى المتلف

وإنما الكلام في أنه لو فسخ ذو الخيار، فأي شيء /٦٥٤/ يترتب عليه، فنقول: لو فرضنا أن الخيار كان للبايع فقط وكان ما أتلفه الأجنبي هو المبيع الذي كان عند المشتري، فهنا يكون الكلام في أن البايع بعد الفسخ يأخذ بدل المبيع من المتلف أو المشتري أو يكون مخيراً في الرجوع إلى أي واحد منهما.

وحاصل الوجه الأول الذي ذكره هنا للرجوع إلى خصوص المتلف أن المتلِف بنفس التلف، يتعلق بدل المبيع المتلَف على ذمته، وهذا البدل كان ملكاً للمشتري الذي كان مالكاً للمبيع المتلَف. وبعد الفسخ نقول: إن الفسخ حل العقد ومقتضاه ردّ كل من العوضين إلى مالكه الأولى، والمبيع لما لم يكن باقياً فيقوم بدله الذي كان في ذمة المتلِف مقامه بمقتضى البدلية، فيصير ما في ذمة المتلف ملكاً للبايع، فيكون له الرجوع إليه.

ونوقش على ذلك بأن ما في ذمة المتلف وإن كان بدلاً عن المبيع، لكنا نمنع أن يكن مقتضىٰ البدلية أن يصير البدل ملكاً /٦٥٥/ للفاسخ، فيكون له الرجوع إليه.

كيف، ونحن نرى التخلف في بعض الموارد؛ مثلاً لو باع المشتري المبيع قبل الفسخ بالثمن الذي يأخذه بدلاً عن المبيع، مع أنهم لا يلتزمون بأن للبايع إذا فسخ بعد ذلك الرجوع إلى خصوص ذلك الثمن المأخوذ في البيع الثاني وكذلك لو رجع المشتري إلى المتلف قبل الفسخ، فيكون ما أخذه المشتري بدلاً عن المبيع، مع أنه تقدم في مسقطات خيار الغبن أنه ليس للفاسخ أن يلزم بأخذ خصوص ما أخذه المشتري من المتلف.

إن قلت: كيف تسمّون ما في ذمة المتلف بدلاً للمبيع، مع أنكم تنكرون ثبوت

أحكام المبيع له؟

قلت: بدليته بلحاظ أنه يجب ردّه إلى مالكه وهو المشتري، كما يجب رد نفس العين إليه قبل التلف، لا بلحاظ أنه كما كان للفاسخ الرجوع إلى المبيع، كذلك يكون له الرجوع إلى بدله.

في ما يذكر لرجوع ذي الخيار إلى المتلف الأجنبي وبيان صحته وسقمه

إن قلت: إن ما ذكرت كان مقتضاه عدم رجوع الفاسخ إلى المتلف، لكن لا يثبت به أن له الرجوع /٦٥٦/ إلى المشتري.

قلت: نثبت صحة الرجوع إليه بمقتضى نفس الفسخ؛ لأنه عبارة عن حل العقد، فيقتضي دخول الثمن في ملك المشتري وخروج بدل المثمن المتلف عن ملكه، فلابدّ أن يتعلق البدل بذمة المشتري، فيكون المبيع قبل تلفه مضموناً على المشتري. فبعد التلف يتعلق بذمته، لا بشيء من الأمور الخارجية كالثمن الذي يكون بدلاً له أو غير ذلك.

أقول: ما ذكرناه هنا بهذا البيان بمنزلة الشرح للوجه الذي ذكره المصنف للرجوع إلى غير ذي الخيار.

وأما الوجه الثاني الذي ذكره المصنف (ره) للرجوع إلى المتلف بعد الفسخ من أن الفسخ لرجوع العين قبل تلفها في ملك الفاسخ أو لاعتبارها عند الفسخ ملكاً تالفاً للفاسخ، ففيه: أنه لا نرى وجهاً لاقتضاء الفسخ لرجوع العين إلى ملك الفاسخ قبل التلف أو اعتبار كونها ملكاً له عند الفسخ، مع أن كون العين في ضمان المتلف الذي تصدى لإثباته بذلك غير متوقف على ذلك لو لم يكن الإحتمال الأخير مضرّاً بأصل ضمان المتلف، حيث إن الإتلاف قبل الفسخ ـ كما هو المفروض ـ.

وثالثاً أن المقصود الأصلي إثبات أن الفاسخ إلى المتلف ومجرد إثبات المتلف ضامن لا يثبت ذلك مع أن كون المتلف ضامناً مما لا إشكال فيه، كما لا إشكال أن قرار الضمان أيضاً عليه.

وسائر ما ذكره في المقام واضح لا يحتاج إلى بيان.

[بيان القول الحقّ]

بقي الكلام في بيان الحق في المقام، فنقول: نحن وإن بيّنّا الحق في المقام في آخر مسقطات خيار الغبن، إلا أنه لا بأس من أن نشير إليه هنا إشارة إجمالية، فنقول:

أولاً لا يخفى أنه لا ينبغي التأمل في أن قرار الضمان على المتلف وإنما الكلام في أنه يكون للبايع أن يرجع إلى المتلف أو المشتري أو يكون له التخيير في الرجوع إلى كل منهما، وهنا نقول: لا يخفىٰ أن المصنف (ره) في آخر مسقطات خيار الغبن يدعي أن الذي يستقر بذمة المتلف /٦٥٧/ بإتلافه هو نفس العين.

واستشهد لذلك بكلام الفاضلين من أنه لو صالحه بنفس المتلف بأقل من قيمته، لم يلزم الرباء، وإن صالحه على قيمته بالأقل لزم الرباء.

ونحن نقول: لو تمّ هذا المبنى، فذلك يقتضي أن يكون للبايع أن يرجع إلى المتلف؛ لأن الفسخ عبارة عن حل العقد، ومقتضاه رجوع كل من العوضين إلى محله الأولى.

والمفروض أن عين المبيع موجود في عهدة المتلف، فيقتضي ذلك أن يكون للبايع أن يرجع إلى المتلف.

نعم، هذا الوجه لم يمنع من جواز رجوعه إلى المشتري أيضاً، بل لو ثبت أن العين تكون على عهدة المشتري، فيكون له الرجوع إليه أيضاً.

وعلى كل حال، فلنتكلم في هذا المبنى من تعلق نفس العين بذمة المتلف،

فنقول: أولاً إنه لا امتناع عقلاً في أن تجيء نفس العين على ذمّة المتلف، نظراً إلى أن الحكم الوضعي ثبوته غير متوقف على القدرة إذا لم يلزم كون اعتباره لغواً، كما ذكرنا نظير ذلك في /٦٥٨/ مسألة المقبوض بالعقد الفاسد عند التعرض لحكم صورة تعذر المثل في المثلي وأن المضمون قيمة زمان التعذر أم الفسخ، إلا أن مجرد الإمكان غير كافٍ لو لم يقتض الدليل بثبوته.

فيما يمكن أن يقال للقول بأن ما يتعلق بالذمة بعد التلف نفس المتلف، لا بدله

وعلى هذا نقول: إن المستفاد من كلام الفاضلين ـ حيث يظهر من كلامهما صحة المصالحة بكلّ من المتلَف وقيمته لو لم يلزم الرباء ـ أن كلاً من العين وقيمتها يتعلق بذمة المتلف أو أنه يتعلق بذمته أحدهما التخييري الذي يكون التخيير فيه بأيديهما.

وهذا المعنى لا يمكن إثباته من أدلة الضمانات، بل لو أمكن إثبات تعلق العين على عهدة المتلف، فإنما هو تعلقها معنىً فقط.

والذي قابل من أدلة الضمانات أن يدعى دلالته على تعلق نفس العين على ذمة المتلف هو قوله عليه السلام «**على اليد ما أخذت**»[1].. اه، نظراً إلى أن ظاهره أن ما يتعلق بالعهدة هو ما اندرج ودخل تحت اليد وهو نفس العين.

وفيه: أنه معارض بظاهر الغاية التي ذكرت في هذا الخبر حيث إن ظاهره أن ما يحصل به الأداء هو عين ما كان على عهدته.

/٦٥٩/ وعلى هذا نقول بعد أنا نتكلم على تقدير اقتضاء هذا الخبر للضمان لو تلف العين أيضاً: إنه لابدّ إما من التصرف في المعنى في إقتضائه أن الذي يتعلق

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع، ح ١٠٦.

بالذمة هو نفس العين أو في الغاية في إقتضائه أن ما يوجب رفع العهدة هو أداء عين ما كان في العهدة بأن نقول: إن الذي ثبت على العهدة هو بدل العين من أول الأمر أو أن الذي يحصل به الأداء بدل ما كان على الذمة، فيشكل إثبات أحد الطرفين.

فتلخص مما ذكرناه أن الوجه في رجوع ذي الخيار إلى المتلف لو كان، هو أن الذي يتعلق بذمة المتلف نفس العين المتلفه، فيكون مبناه فاسداً.

وأما لو كان الوجه بعد الإعتراف بأن ما يتعلق بذمة المتلف بدل العين، هو أن البدلية يكون مقتضاه ذلك، فتقدم أن مقتضىٰ البدلية ليس ذلك، بل ليس في الأدلة عنوان البدلية أيضاً، وإنما مقتضىٰ الأدلة أن المتلف لمال الغير يكون ضامناً بمعنى أن يجب ردّ مثله أو قيمته إلى المالك، فيسمّون المثل أو القيمة بدلاً بلحاظ أنه كما يجب رد العين إلى المالك، كذلك يجب رد هذا المثل أو القيمة / ٦٦٠/ أيضاً إليه.

ومجرد ذلك لا يقتضي أن يثبت لهذا المثل أو القيمة كل حكم كان ثابتاً للعين المتلفة.

ثم إنا لا نرى وجهاً آخر لرجوع ذي الخيار إلى المتلف غير هٰذين الوجهين اللذين عرفت عدم اقتضائهما لذلك. فعلى هذا، لو أثبتنا أن الدليل الذي يدل على رجوع ذي الخيار إلى المشتري الذي فرض أنه ليس له خيار في صورة كان الإتلاف من المشتري يدلّ على رجوع البايع إلى المشتري ولو كان التلف هو الأجنبي أيضاً، فيثبت تمام المقصود من أن للبايع ذي الخيار أن يرجع إلى المشتري بمقتضى ذلك الدليل وليس له الرجوع إلى المتلف بمقتضى الأصل.

في أنه لو تلف الأجنبي للمبيع يرجع الفاسخ البايع إلى المشتري

نعم، للمشتري أن يرجع إلى المتلف لاستصحاب جواز الرجوع له إليه الذي

ثبت له قبل الفسخ، بل الدليل الذي يدل على جواز رجوع المشتري إلى المتلف قبل الفسخ يدلّ على جواز رجوع المشتري إليه بعد الفسخ، فلا يحتاج إلى الإستصحاب أيضاً، فثبت مما ذكرناه أن قرار الضمان على المتلف.

/ ٦٦١/ بقي الكلام فيما ادّعيناه من أن ما دل على رجوع البايع إلى المشتري لا يفرق بين أن يكون التلف منه أو من الأجنبي، فنقول: نحن ذكرنا ذلك في آخر مسقطات خيار الغبن، فلا نكرّره هنا، فعليك بالمراجعة.

في بيان دعوى أن ذا الخيار لا يجب عليه التسليم في زمان الخيار

قوله: مسألة: ومن أحكام الخيار ما ذكره في التذكرة[1] .. اه.

أقول: إن قلت: إن المصنف (ره) نسب إلى العلامة أنه يظهر منه دعوى الإجماع على أن ذا الخيار لا يجب عليه التسليم ابتداءاً مع أن عبارة التذكرة[2] مقتضاها عدم وجوب التسليم ابتداءً على كل واحد من البايع والمشتري.

قلت: ظاهر عبارة التذكرة أو محتمله أن الخيار يكون لكل واحد من البايع والمشتري، فلذا لا يجب التسليم على كل منهما ابتداءاً وعدم وجوب التسليم ابتداءً على خصوص ذي الخيار علم من قوله «لم يبطل خياره بالنسبة إلى المتبرع منهما بالتسليم»، فلم يعلم من كلامه عدم وجوب التسليم على غير ذي الخيار ابتداءً.

ثم إنه يظهر منه عدم وجوب التسليم من ذي الخيار ولو بعد تسليم الآخر أيضاً إذا كان التسليم مع بقاء الخيار؛ لأنه لم يذكر هنا أيضاً مخالفاً؛ واستظهار الإجماع من جهة عدم نقله للمخالف.

---

١) كتاب المكاسب ١٨٧/٦، مسألة: هل يجب تسليم العوضين في زمان الخيار؟

٢) تذكرة الفقهاء ١٨١/١١، عدم وجوب تسليم المبيع وكذا تسليم الثمن في زمان الخيار.

وعلى كل حال، عدم /٦٦٢/ وجوب التسليم الذي ادعاه ليس مبنيّاً على ما تقدم من قول الشيخ (ره) من أن المبيع لا يملكه المشتري في زمان الخيار ولا يناسب تفريعه على ما تقدم من قول جماعة من أنه لا يجوز التصرف لغير ذي الخيار في زمان الخيار كما هو واضح، ومنع وجوب التسليم منافٍ لقاعدة «**الناس مسلّطون على أموالهم**»، ولا وجه لرفع اليد عن القاعدة بمجرد هذه العبارة من التذكرة بتوهّم أنه يدعي الإجماع عليه.

كيف، مع أنه موهون بعدم تعرّض الأصحاب له، مع أنا لا نتّكل بمجرد إجماع منقول على إثبات شيء، كما لا يخفىٰ على المراجع مما ذكرناه في مسألة الإجماع المنقول.

هذا، مع أنه لم يدع في التذكرة الإجماع على ما ذكره، ومجرد عدم ذكر المخالف يجوز أن يكون له وجه آخر، وليست نفس عبارته أيضاً ظاهرة في دعوى الإجماع.

في إبطال دعوى عدم وجوب التسليم في زمان الخيار

قوله: مسألة: قال في القواعد[1]**: لا يسقط**[2].. اه.

أقول: في صورة لا ينفسخ العقد بتلف العين ويكون العقد باقياً، يكون الكلام في أن الخيار يسقط بتلف العين أم لا.

وهنا نقول: لو قلنا: إن متعلق حق الخيار هو العقد كما /٦٦٣/ رجّحناه سابقاً عند التعرض لجواز التصرف لكل من المتعاقدين فيما انتقل إليه في زمان خيار الآخر، فحينئذٍ نقول: لو لم يكن لدليل الخيار إطلاق يشمل بعد تلف العين، فلا

---

١) قواعد الأحكام ٧٠/٢، في أحكام الخيار.

٢) كتاب المكاسب ١٨٩/٦، مسألة: هل يسقط الخيار بتلف العين؟

مانع من استصحاب بقاء الخيار لما بعد تلف العين، حيث يكون الفرض في صورة كان الخيار ثابتاً قبل تلف العين على التحقيق من حجية الإستصحاب مع الشك في المقتضي، إلا أن يقوم دليل يدل بنحو من الأنحاء على أن الخيار يسقط بتلف العين على ما سنبيّنه ـ إن شاء الله ـ.

في بقاء الخيار بعد تلف العين

وأما لو كان متعلق حق الخيار هو العين، بأن يكون لذي الخيار ترادّ العينين، فلا يعقل بقاؤه بعد تلف العين. وعلى هذا لو قام الدليل على بقاء الخيار، فيقال: إن هذا شيء آخر نزّله الشارع منزلة الخيار الذي كان سابقاً.

وإذا عرفت هذا، فنقول: تقدم في الموضع المشار إليه أنا رجّحنا أن متعلق حق الخيار هو العقد.

وتوضيحه: أن بعد ما ذكرنا هناك مؤيدات كثيرة لكون متعلق حق الخيار / ٦٦٤/ هو العقد، قلنا: إن ما كان من الخيارات مدرك ثبوتها قاعدة لا ضرر، فهذه القاعدة تقتضي أن يكون متعلق حق الخيار هو العقد من وجهين.

في التفصيل بين الخيارات وأنه أي واحد منها

وأما الخيارات المنصوصة، فقلنا: إن من الأخبار الواردة في خيار المجلس والحيوان يستفاد أن المراد من الخيار الذي ذكر هناك، خيار حل العقد وفسخه. وهذا يصير قرينة على أن المراد من لفظ الخيار الوارد في الأخبار في سائر الخيارات أيضاً يكون المراد خيار حل العقد وفسخه، فيرتفع الإشكال عن غير خيار الشرط الذي يجعل خيار ترادّ العينين، وما فرض من الخيارات المنصوصة

أنه لم يذكر فيه لفظ الخيار، بل قال: إن له رد العين.

هذا مضافاً إلى أنا ذكرنا هناك أنه لا يمكن أن يكون متعلق حق الخيار هو العين؛ لأن ترادّ العينين مع بقاء العقد تصرف في ملك الغير. وذلك بعد أن من الواضح أنه ليس المراد من الخيار أن يتملك مال الغير ابتداءً، /٦٦٥/ نظير تملك المباحات، بل على طبق موازين المعاوضة، فحينئذٍ نقول: تملك العين يتوقف على رفع العقد الذي اقتضى نقلها.

ومنه قلنا: إن في المعاطاة أيضاً لابدّ أن يقال: إن لكل منهما فسخ العقد ورفعنا الإشكال عن ذلك؛ فراجع.

ومما ذكرنا ظهر حال الخيار المنصوص المعنون بعنوان الرد، وكذا الخيار المجعول منهما المعنون بذلك، فإن فيها أيضاً نقول: إن متعلق حق الخيار أيضاً هو العقد وإن اعتبرنا أن يكون فسخه بترادّ العينين، نظير أن يجعل الإستمتاع من المطلقة محققاً للرجوع بأن يقصد به الرجوع.

نعم، فيما كان من الخيارات بمثل هاتين الخيارين معنوناً بعنوان الردّ من الواضح أنه لا يجوز التمسك بالإطلاق لثبوت الخيار وبقائه بعد تلف العين، بل لو قلنا: إنه يكون له المفهوم أو يقتضي أن يكون فسخ العقد بترادّ العينين، فحينئذٍ لابدّ من أن نقول بعدم بقاء الخيار بعد تلف العين وأنه لا يجوز التمسك باستصحاب الخيار لما بعد تلف العين، /٦٦٦/ كما أنه في كل من الخيارات التي قلنا إنه يكون مقتضىٰ الإطلاق أو استصحاب بقاءه بعد تلف العين، لو قام دليل على أن تلف العين مسقط لتلك الخيار فنقول بعدم بقاء الخيار بعد تلف العين وأنه خارج عن محل الكلام.

وعلى هذا، ففي مثل خيار العيب لمّا قام الدليل على أن الخيار مادامت[1] العين باقية، فنقول بعدم بقاء خيار العيب بعد تلف العين. وكذلك خيار التدليس على ما

---

١) في المخطوطة: مادام.

ادعاه المصنف (ره) من أن الدليل قام على أن تلف العين مسقط له.

وأما ما ذكره المصنف (ره) من الدليل على عدم بقاء خيار العيب والتدليس بعد تلف العين من أنه علم من الخارج أن جعل الخيار لدفع ضرر الصبر على العين المعيبة أو المدلّسة، ففيه مع أنه استخراج مناط لا شاهد له: أنه لو علمنا أن علة جعل الخيار ذلك أيضاً، لا يمنع ذلك من استصحاب بقاء الخيار بعد تلف العين إلا أن يقوم دليل آخر على أنه بارتفاع هذا الضرر يرتفع /٦٦٧/ الخيار أيضاً.

في أن متعلق حق الخيار العقد وأنه يقتضي بقاء الخيار بعد تلف العين في الجملة

فتلخّص أنه في مثل خيار العيب والتدليس يكون الحكم بعدم بقاء الخيار بعد تلف العين لما دلّ على أن تلف العين مسقط له، لا للمناط الذي استخرجه المصنف (ره) وجعل ما دل على أن تلف العين لما دل على أن تلف العين مسقط متمّماً له. وفي مثل الخيار المعنوَن بعنوان الرد.

وكذا خيار الشرط لو اشترط خيار الرد، نقول: لو قلنا: إنه يدلّ بالمفهوم على سقوط الخيار بعد التلف أو إن مقتضاه أن يكون الفسخ بنفس الرد وإلا لا مانع من استصحاب الخيار إذا لم نحتمل أن يكون الخيار الثابت أولاً مقيداً بأن يكون فسخه بنفس الرد؛ لأن المقيد لا يمكن بقاؤه وخيار حل العقد بغير هذا الوجه لم يعلم وجوده السابق.

نعم، لا يجوز الحكم بوجود الخيار بعد تلف العين من باب إطلاق دليل الخيار هنا. وأما خيار الغبن والرؤية وكذب البايع مرابحة، فعلى طبق القاعدة.

فعلى التحقيق من أن متعلق حق الخيار هو العقد، يكون الخيار باقياً بعد تلف العين إما للإطلاق أو الإستصحاب كما تقدم في مسألة خيار الشرط في صورة كان

الخيار للبايع مشروطاً بردّ الثمن أو مثله يدعى أن تلف المبيع موجب لسقوط خيار البايع، تارة من جهة أن الغرض من جعل الخيار ردّ عين المبيع، وهذا الغرض فات بالتلف.

وفيه: أن الغرض من قبيل الداعي لجعل الخيار والداعي ليس مقيداً للخيار لوضوح أن دليل صحة شرط الخيار إنما يقتضي صحة ما جعل شرطاً، لا ما كان غرضاً في جعل هذا الشرط وإلا يلزم فساد جلّ المعاملات التي تقع لأغراض خاصة تتخلف تلك الأغراض.

وتارة لدعوى أن أدلة الخيار من الإجماع والأخبار على التسلط للرد والإسترداد، وليس فيهما التعرض لفسخ العقد.

وفيه: أن محل الكلام في صورة يكون المجعول بالشرط خيار فسخ العقد. وعليه فما يذكر من الرد والإسترداد في الأخبار ومعاقد الإجماعات من قبيل التفريع على الفسخ بلحاظ الغالب الذي تكون العين باقية عند الفسخ فليس ذلك مقيداً للخيار المجعول.

وتارة بدعوى أن الخيار عبارة عن ملك فسخ العقد في كلمات العلماء.

وأما في كلمات الشارع فإرادة هذا المعنى منه غير متعينة.

وفيه: ما ذكرناه في المتن من أن الخيار لا يجوز أن يكون متعلقه سوى العقد والبيع مع أنا استظهرنا ذلك من الأخبار أيضاً.

نعم، يمكن تخصيص الخيار بصورة بقاء العين كما أنه يمكن أن يجعل بأن يكون فسخ العقد بردّ العين والترادّ كما أوضحنا حاله أيضاً في المتن.

قوله: مسألة: لو فسخ ذو الخيار فالعين[1] .. اه.

أقول: نحن تارة نتكلم في شمول ما دل على ضمان اليد للمقام وتارة فيما

---

١) كتاب المكاسب ١٩٣/٦، مسألة: ضمان العين في يد الفاسخ بعد الفسخ.

يكون مانعاً من اقتضاء /٦٦٨/ اليد للضمان، وتارة في أنه يكون المانع من الضمان موجوداً في حق الفاسخ أو في حق مقابله أم لا ويعلم في ضمنها ما هو الفارق بينها.

أما المقام الأول، فنقول: إنه بعد الفسخ يكون عين مال كل واحد تحت يد الآخر، فيشمله عموم «**على اليد ما أخذت حتى تؤدي**»، وقد بيّنّا في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد أن مفادها أن ما جاءت تحت اليد والإستيلاء يكون على عهدة ذي اليد وأنه مع وجودها يجب رده، ومع التعذر يجب رد بذل حيلولته، ومع التلف يجب رد بدل عينه.

في تقريب دلالة «على اليد».. اه على أن الفسخ بعد تلف العين يوجب ضمان العين التالفة

ويمكن تقريب شمول عموم «**على اليد**» للمقام بوجه آخر، وهو أن نقول: إن العين قبضت من أول الأمر مضمونة، فكانت مندرجة تحت «**على اليد**».

نعم، بالفسخ بطل ضمانه بالثمن المسمّى مثلاً، فتعين ضمانها بالعوض الواقعي؛ أعني المثل والقيمة كالمقبوض بالعقد الفاسد.

هذا، ولكن يرد على التقريب /٦٦٩/ الأول بأن العين بعد الفسخ وإن كانت تحت استيلاء غير صاحبها، إلا أنها من باب بقاءها تحت استيلائه، ومجرد البقاء ليس فعل اختياري من ذي اليد، مع أن الظاهر من الفعل الذي ينسب إلى الشخص أن يصدر منه عن اختياره ـ كما حقّقناه في محله ـ.

وعلى هذا، فبعد الفسخ لا يصدق على ذي اليد أنه أخذت العين حتى يقتضي كون العين مضمونة عليه.

ويرد على التقريب الثاني بأن مفاد «على اليد»[1].. اه، كون ما أخذ ذي اليد على عهدته ـ كما حقّقناه في محله ـ.

وعلى هذا نقول: إنه قبل الفسخ كان ما أخذ كل منهما ملكاً لنفسه ولا معنى لأن يكون مال الشخص على عهدة نفسه.

إن قلت: فعلى هذا يشكل إثبات الضمان في صورة كان فسخ العقد بعد تلف العين على المشهور من جواز الفسخ بعد تلف العين كما مرّ في المسألة السابقة؛ لأنه قبل تلف العين كانت العين ملك نفسه ولا يضمن الإنسان مال نفسه وحين الفسخ كانت[2] العين معدومة، فليست تحت يد أحد ليقال بأن قوله عليه السلام «على اليد» / ٦٧٠/ يشملها، فيقتضي كونها مضمونة.

في بيان وجه دلالة «على اليد..» على الضمان بعد الفسخ

قلت: تقدم قبل المسألة السابقة أن دليل الضمان في صورة كان الفسخ بعد تلف العين ليس منحصراً بقوله «على اليد».

هذا مع أنه يكون لنا أن نرفع الإشكال عن اقتضاء قوله عليه السلام «على اليد» للضمان في المسألتين.

وتوضيح المقام: أنا لا نقول بشمول «على اليد».. اه لصورة كان ما في يد كل منهما ملكاً لذي اليد كزمان قبل الفسخ، ولا لزمان الفسخ ليقال: لا يصدق الأخذ في مسألتنا وليست اليد رأساً في الفسخ بعد تلف العين؛ بل نقول: إنه في زمان الفسخ يصير الإستيلاء الذي حصل على العين من ابتداء البيع مصداقاً لقوله صلى الله عليه وآله

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع، ح ١٠٦.

٢) في المخطوطة: كان.

«على اليد ما أخذت»[1] ولا مانع في ذلك لأنه بعد البيع وإن كان ما قبض ملكاً لمن قبضه إلا أن ذلك في مقابل ضمانه بالمسمّى وفي مقابل العوض، وبالفسخ [أ]بطل تلك المعاوضة.

فعلى كل منهما أن يردّ ما أخذه أولاً إلى صاحبه بمقتضى قوله «على اليد».. اه. وهذا معنى ما تقدم من أن العين قبضت مضمونة، فإذا بطل ضمانه بالمسمى تعيّن ضمانه بالعوض الواقعي لاندارجه حينئذٍ / ٦٧١ / تحت قوله «على اليد».. اه*.

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع، ح ١٠٦.

*) *وبتقريب آخر نقول: نقلنا عن بعض عند التمسك بالآيات للملازمة بين العقل والشرع في الأدلة العقلية أنه قال: لو قلنا: إن الشارع نزل ردّ كل من الثمن والمثمن منزلة الآخر مما دلّ على صحة البيع فلا يرد تخصيص على خبر «على اليد ما أخذت».. اه، وإلا يرد عليه التخصيص، فأصالة عدم التخصيص دليل ثبوت هذا التنزيل.*

ونحن رجّحنا أنه دليل على هذا التنزيل، فلا مفرّ إلا من القول بالتخصيص، وعلى هذا نقول: إن ما ثبت من التخصيص هو الأزماني وأما التخصيص الفردي فيما يتعلق به الفسخ من العقود غير معلوم بالنسبة إلى كل من الثمن والمثمن.

إن قلت: إن «على اليد» لا يشمل لما هو ملك ذي اليد والمبيع حين ما أخذه المشتري كان ملكاً له.

قلت: جواب ذلك يظهر مما ذكرناه في المتن من أن الأخذ السابق يصير حين الفسخ مصداقاً لقوله «على اليد».. اه، ولا يخفى أن من ارتكب التنزيل السابق لئلا يرد التخصيص على قوله «على اليد» نظره إلى أن قوله «على اليد».. اه يشمل كل ما يأخذه شخص من شخص فارتكب التنزيل لئلا يرد التخصيص.

وعلى هذا التقدير رجّحنا التخصيص وقلنا بوجه الرجوع الى المثل والقيمة بعد الفسخ والتلف. وأما لو قلنا: إن قوله «على اليد» لا يشمل إلا أخذ مال الغير وإن المبيع قبل الأخذ صار بالبيع ملكاً للمشتري، فلا يكون أخذه من مصاديق «على اليد».. اه، فحينئذٍ نقول بما قلنا قبيل ذلك من أنه وإن لم يكن مصداق لقوله ﷺ «على اليد».. اه حال الأخذ، إلّا أن نفس هذا الأخذ يصير مصداقاً لقوله «على اليد».. اه حين الفسخ؛ لأن عدم كونه مصداقاً له من أول الأمر إنما هو لضمانه بالمسمّى وإمضاء الشارع له وبعد الفسخ ارتفع المانع عن الشمول.

وذلك نظير ما لو قال السلطان: كلّ من تصرف في مال الغير فعليه درهم، ثم تصرف شخص في مال صار بالمعاهدة اللازمة مالاً لنفسه، ثم قام الدليل على إرتفاع تلك المعاهدة بعد ذلك

في أن الإذن رافع للضمان في الجملة

وأما المقام الثاني فنقول: لا إشكال في أن الإذن المالكي رافع للضمان، لمثل قوله عليه السلام «**ليس على الأمين إلا اليمين**» حيث إنه لو كان الضمان ثابتاً، فكان على الأمين غير اليمين أيضاً.

ويلحق بالإذن المالكي إقدام المالك على المجانية كالإمر بإلقاء ماله في البحر أو الإذن في الأكل ومثله الهبة الفاسدة.

وذلك إما لشمول أدلّة الأمين له أيضاً أو لفحواه أو لغير ذلك مما تقدم في المقبوض بالعقد الفاسد، وفي مسألة توارد الأيدي على المال المغصوب.

التصرف بحيث كان هذا العين لم تكن ملكاً للمتصرف من أول الأمر، فإن انفساخ الكلية السابقة بمنزلة أن لم يكن ملكه من أول الأمر من هذه الجهة، لا بمنزلة دخوله في ملكه جديداً وإن كان بحسب الواقع ملكاً جديد، بل وضوح حال ما نحن فيه أشدّ من هذه المثال.

هذا، والعمدة في رفع الإشكال ما ذكرناه في مثبتات خيار المجلس من أنه لا دليل على أن المراد من قوله «ما أخذت».. اه هو أخذ مال الغير، وذلك لأنا نقول: عدم شموله لمال نفسه إنما هو لوضوح حاله من عدم الضمان فيه. وهذا يجري في بعض أفراد مال الغير أيضاً. وأما كلّ مورد لم يكن عدم الضمان فيه واضحاً، فيشمله العموم من غير فرق بين أن يكون الأخذ من مال نفسه أو غيره وعدم اندراجه في العموم أولاً غير مضرٍّ بعد أن المعلوم هو التخصيص الأزماني، دون الفردي، كما أوضحته في محله.

إن قلت: مقتضى بعض التعبيرات أنه قبل الفسخ أيضاً ليس خارجاً عن تحت «على اليد».. اه حيث يقولون قبل الفسخ كان مضموناً بالمسمّى، كما أشار إليه المصنف هنا أيضاً.

قلت: فيه: أولاً أنه ليس مقتضى «على اليد».. اه الضمان بالمسمّى وإلا كان «على اليد».. اه من أدلة صحة البيع، فيكون مقتضى «على اليد» شيءٌ آخر غير ما اقتضاه.

وعليه لا مفرّ إلا أن يقال بالتخصيص أو التخصص بالنسبة [إلى] «على اليد».

وثانياً إذا فرضنا أنه حصل الغاية بأخذ المسمى، فلا يدلّ «على اليد» بعد الفسخ على الضمان بالمثل أو القيمة إلا أن يقال: مقتضى الفسخ إرتفاع خصوص الأداء، فيحتاج الى أداء آخر؛ فتأمل. (منه قدس سره).

ثمّ إن ما ذكرناه من عدم كون الأمين ضامناً، يختص بغير موارد خصّ عموم «**ليس على الأمين إلا اليمين**»[1] فيها كما في عارية الذهب والفضة وغير ذلك.

وأما الإذن الشرعي فيظهر منهم أنه أيضاً رافع للضمان، نظير الإذن المالكي، ما لم يثبت المخصّص له.

وتقدم منا في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد أن الدليل على الكلية هنا غير ثابت*.

في أن المانع من الضمان ليس في طرف ذي الخيار وغيره

وأمّا المقام الثالث فنقول: من جهة وجود المقتضي للضمان لا فرق بين الفاسخ والطرف الآخر، /٦٧٢/ وأما من جهة الرافع للضمان، فمن طرف ذي الخيار يتوهم وجود الإذن الشرعي دون المالكي، أما وجود الإذن الشرعي فلأن الشارع أذن له في الفسخ ويلزم من ذلك الإذن في بقاء مال الطرف الآخر عنده حتى يوصله إليه، وأما عدم الإذن المالكي فمن جهة أنه لم يصدر من غير الفاسخ ما يدل على بقاء ماله عند الفاسخ ومن طرف غير ذي الخيار يتوهم وجود الإذن المالكي دون الشرعي.

أما وجود الإذن المالكي فمن جهة أن الفسخ كان باختيار ذي الخيار وذلك يقتضي رضاه في بقاء ماله عند الطرف المقابل حتى يصله إليه.

وأما عدم وجود الإذن الشرعي، فلأن الشارع لم يأذن له في شيء ليستفاد منه الرخصة في بقاء مال ذي الخيار عنده.

---

١) لم نجد رواية بهذا النص.

*) *قلنا في محله: إن قوله تعالى ﴿إنما السبيل على الذين [يظلمون الناس] ويبغون..﴾ اه* [الشورى: ٤٢] *يدلّ على رفع الضمان هنا أيضاً. (منه قدس سره).*

ونحن نقول: يرد على التوهمين:

أولاً بأنه لم يصدر من المالك ولا الشارع ما يدل على الإذن بكون مال كل منهما عند صاحبه، وذلك لوضوح أن تجويز الفسخ وكذلك نفس الفسخ يقتضيان أن يتملك كل منهما ما عند الآخر، وليس ذلك ملازماً للإذن في كون مال كل منهما عند الآخر.

وثانياً /٦٧٣/ نقول: لو تمّ أمثال هذه لإثبات الإذن، فيمكن إثبات كل من الإذن الشرعي والمالكي من الطرفين.

وثالثاً تقدم أنه ليس يتمّ لنا دليل على أن الإذن الشرعي مطلقاً رافع للضمان ليترتب عليه الفروع الخلافية؛ فتأمل*.

---

*) في سورة الشورى [: ٤١ ـ ٤٢] ﴿ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبغون في الأرض بغير الحق أولئك لهم عذاب أليم﴾.

قوله ﴿من سبيل﴾ نكرة في سياق النفي، فيدلّ على نفي كلّ سبيل على من انتصر عن ظلمه.

ثم إنه بمقتضى كلمة «إنما» ينحصر السبيل بمن يظلم الناس ويبغي بغير حق ولفظ البغي لا يصدق إلا مع صدور عما هو حق نفسه مع الالتفات إلى أنه ليس بحقه كما هو الظاهر من لفظ البغي.

ويشهد عليه قوله بعد ذلك ﴿أولئك لهم عذاب أليم﴾. فمقتضى عموم الآية نفي كل سبيل عمن يكون وضع يده على حق الغير أو ماله من غير التفات أو أنه يدخل مال الغير تحت استيلائه قهراً كما في المقام حيث يدخل مال تحت استيلائه بالفسخ قهراً.

فإذا فرض أنه لم يصدر تصرف منه في هذا المال ولا يقصر في كلّ تكليف عليه متعلق يحفظ هذا المال أو ردّه إلى صاحب المال بحيث لم يصدق البغي والظلم في حقه، بل لم يحتمل صدق الظلم والبغى عليه.

فمقتضى الحصر في نفي كل سبيل عنه التي منها الضمان.

إن قلت: إن هذا ينتج عدم الضمان في كثير من الموارد التي يلتزمون فيها بالضمان، كالمقبوض بالسوم، بل المقبوض بالعقد الفاسد في الجملة.

قلت: مقتضى القاعدة أن نقول بعدم الضمان إلا أن يقوم إجماع على الضمان أو يكون شمول دليل الضمان أظهر من شمول الحصر في الآية له أو يكون دليل خاص على الضمان

في أن إطلاق العقد يقتضي النقد

قوله: إطلاق العقد إلى قوله: وعلّله[1] .. اه.

أقول: لقائل أن يناقش على هذا التعليل بأنه نسلّم أن اقتضاء العقد إنتقال كل من العوضين إلى الآخر ويلزمه اشتغال ذمة المشتري بالثمن حين العقد إلّا أن ذلك لا يقتضي وجوب الأداء على المشتري عند مطالبة البايع مع بذل المبيع للمشتري أو تمكينه منه.

وذلك لأن الثمن لو كان مؤجلاً ـ كما في النسبة ـ أيضاً يكون مقتضىٰ العقد انتقال العوضين حين العقد مع أن هناك لا يجب على المشتري بذل الثمن عند مطالبة البايع.

فتلخّص أن الثمن تارة يكون معجّلاً وتارة يكون مؤجلاً، ولزوم الأداء عند المطالبة في الأول دون الثاني وإن كان انتقال العوضين فيهما حال العقد، فلا ينتج مجرد أن انتقال العوضين حال العقد لوجوب الأداء عند المطالبة، إلا أن يثبت أن الثمن كان من قبل المعجّل ولو لدعوى أن / ٦٧٤ / إطلاق العقد يقتضي ذلك.

ومنه يستدل في الجواهر على أن إطلاق العقد يقتضي النقد بأن الإطلاق ينصرف إليه.

هذا، ولكن الجواب عن الإشكال بأن نقول: من الواضح أنه ليس المراد من كون الثمن مؤجلاً هو أن يكون تعلقه بذمة المشتري بعد الأجل؛ كيف وانتقال المبيع حال العقد ولا يمكن التفكيك بين العوضين في ذلك وإلا يخرج عن كونه بيعاً وبعد ما ثبت أن الثمن في ذمته حال العقد، فالمراد من كون الثمن مؤجلاً لابدّ

مقدم على العموم المشار إليه. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ١٩٨/٦، مسألة: إطلاق العقد يقتضي النقد.

أن يكون بأحد المعنيين:

الأول ما يستفاد هنا من التذكرة من أن يكون للمشتري حق في تأخير الثمن عن مطالبة البايع عنه.

الثاني ما يستفاد من المصنف في المسألة الثالثة بعد هذه المسألة من أن لا يكون للبايع حق مطالبة الثمن من المشتري قبل الأجل.

وإذا عرفت هذا، فنقول: مرجع ذلك كلّه إلى أنه بنفس البيع يستقرّ الثمن في ذمة المشتري.

ثمّ إن لاستقرار الثمن في الذمة أحكاماً[1] كجواز المطالبة ووجوب الأداء. والدليل على ثبوت هذه الأحكام قوله «**النّاس مسلّطون**»[2].. اه وغير ذلك. وثبت من الخارج أنه لو اشترط خلاف هذا الحكم في العقد فينتفي هذا الحكم.

/ ٦٧٥/ وعلى هذا فما لم يشترط هذا الشرط تكون تلك الأحكام ثابتة للدين الذي يستقرّ في الذمة.

في أن شرط التعجيل تأكيد أم لا

قوله: مع أن مرجع عدم المطالبة[3].. اه.

أقول: بعد فرض أن الإطلاق يقتضي وجوب الأداء عند المطالبة، فلو أرادا من اشتراط تعجيل الثمن عين ذلك، فيكون الشرط تأكيداً لما يقتضيه الإطلاق، ولو أرادا منه أن يعجّل بالأداء من دون المطالبة فلم يصر الشرط تأكيداً إلا أن غرض المصنف إثبات عدم وجوب الأداء إلا عند المطالبة، ولو كان المراد من الشرط أن

---

١) في المخطوطة: أحكام.

٢) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩.

٣) كتاب المكاسب ١٩٩/٦، إذا اشترطا تعجيل الثمن.

يعجّل بالأداء من دون المطالبة أيضاً، نظراً إلى أن ترك المطالبة من البايع إسقاط لحقه.

ونحن نقول: إنه وإن تقدم أن للمشروط له إسقاط حقه من الشرط وبعد الإسقاط لا يجب الوفاء بالشرط، إلّا أن مجرد ترك المطالبة ليس إسقاطاً لحقه؛ بل ولا يكشف عن الرضاء بترك التعجيل في صورة يشترط التعجيل بدون المطالبة.

وفي الجواهر[١] يحتمل في مسألتنا وجوب الأداء مع عدم المطالبة ولو لم يشترط التعجيل؛ بل يلوح من كلامه في النظر الثالث في كتاب البيع ترجيحه له لدعوى أن إطلاق العقد يقتضي وجوب التسليم.

وفيه ما سيأتي عند التعرض لأحكام القبض عند التعرض للقول في وجوب القبض أنا لا نرى في العقد إقتضاءً سوى تمليك كل من العوضين من الآخر ومقتضىٰ الأصل البراءة عن وجوب الأداء قبل المطالبة لو فرض الشك فيه قبل المطالبة.

[نقل كلام الشهيد في الدروس]

قوله: فذكر الشهيد (ره) في الدروس[٢] أن فائدة[٣].. اه.

أقول: تقدم في حكم الشرط الفاسد أن وجه كون تخلف الشرط أو تعذّره موجباً للخيار /٦٧٦/ في صورة لم يكن إجماع إلا قاعدة لا ضرر وتقدم أن مجرد تخلف الداعي لا يعدّ ضرراً عرفاً.

وعلى هذا نقول في صورة كان قيمة الثمن أنقص من قيمة المبيع في المتأخر الذي كان بعد زمان العقد الذي كان رد الثمن فيه واجباً بنقصان لم يكن ذلك

---

١) جواهر الكلام ٩٨/٢٣، من ابتاع شيئاً مطلقاً أو اشترط التعجيل كان الثمن حالاً.

٢) الدروس ٢٠٢/٣، في النقد والنسئية.

٣) كتاب المكاسب ١٩٩/٦، إذا اشترطا تأجيل الثمن.

النقصان في زمان صدور العقد، فهناك تكون المعاملة ضررية على البايع بضررٍ لم يقدم عليه.

فحينئذٍ نقول: إن قوله «لا ضرر» تقدم أنه لا يرفع نفس صحة العقد، لأنه لا منّة في رفعه؛ لكنه يرفع وجوب الوفاء بالعقد ومقتضاه ثبوت الخيار في صورة كان دليل صحة للعقد غير ما دل على لزومه.

ومما ذكرناه ظهر حال ما ذكروه في فائدة شرط تعجيل الثمن من أن تأخيره يوجب خيار فسخ البيع للبايع.

وتوضيح المقام: أنه أولاً يظهر منهم أن ثبوت هذه الفائدة أعم من أن نقول: إن شرط تعجيل الثمن تأكيد لما يقتضيه إطلاق العقد أم لا؛ لأن عبارة الدروس كما نقله في الجواهر أنه قال: إن الشرط مؤكد وأفاد التسلط على الفسخ إذا عيّن زمان النقد، فأخلّ المشتري به.

[كلام الشهيد الثاني وصاحب الجواهر]

ثمّ عن الشهيد الثاني أنه قال في المسالك[1] بالخيار في صورة التخلف إذا لم يعيّن زمان النقد وأطلق التعجيل أيضاً.

وعبارته في الروضة[2] كما نقله في الجواهر هكذا: لو قيل بثبوت الخيار مع الإطلاق أيضاً لو أخل عن أول وقته كان حسناً.

وفي الجواهر يناقش على الروضة بأن التعجيل إذا كان له أفراد متعددة مختلفة، فلا يصح الشرط للجهالة؛ بل على تقدير صحة الشرط لا وجه لكون التأخير عن أول وقته موجباً للخيار، بل يختصّ بصورة ينتفي تمام أفراد التعجيل على نحو التكليف بالمطلق.

---

١) مسالك الأفهام ٢٢٣/٣، النقد والنسيئة.

٢) الروضة البهية ٥١٣/٣، النقد والنسيئة.

أقول: إشكاله الأول إنما هو على فرض الإبهام مع أن إشكاله الثاني على فرض إطلاق شرط التعجيل لتمام أفراده.

ثمّ إن المصنف يدعي أن ثبوت الخيار للإخلال بالتعجيل غير متوقف على عدم التمكن من الإجبار، كما في سائر الشرائط التي لا يوجب التخلف عنها للخيار إلا بعد تعذر الإجبار. ولكن صاحب الجواهر دعواه توقف الخيار على تعذر الإجبار كما في سائر الشرايط كما في المسالك.

أقول: على ما قلنا مجرد تخلف الشرط لا يوجب الخيار إلا أن يكون في البين إجماع، وهو غير معلوم. وفي الجواهر أحال المسألة إلى مقام آخر، فيظهر منه: أن الإجماع على الخيار غير ثابت عنده.

نعم، في صورة كانت المعاملة ضررية بنحو ذكرناه في المتن، يكون تخلف الشرط على طبق القاعدة موجباً للخيار، بل غير متوقف على الإجبار؛ لأنه قبل الزمان الخاص الذي وقت الأداء لا يجوز الإجبار، وإذا انقضى يتعذر الشرط وهو أيضاً يوجب الخيار.

إن قلت: يكون الغرض أن ثبوت الخيار قبل مضي وقت الأداء يتوقف على الإجبار.

قلت: لو كان وقت الأداء باقياً، لا وجه لحدوث الخيار؛ فتأمل.

في أن تأخير الثمن مع شرط النقد يوجب الخيار أم لا

قوله: مسألة: يجوز اشتراط تأجيل[1] .. اه.

أقول: وذلك بأن يشترى بثمن معلوم إلى أجل معلوم بأن يكون حق المطالبة بعد الأجل أو كان حق التأخير في الأداء إلى الأجل كما تقدمت الإشارة إليه، وهذا

---

١) كتاب المكاسب ٦/٢٠٠، مسألة: جواز اشتراط تأجيل الثمن مدّة معينة.

هو النسية.

والمصنف (ره) بعد الفراغ مما يتعلق بالنقد، تعرض لما يرتبط بالنسية.

[مسائل]

وهنا مسائل:

منها أن يكون الأجل معلوماً /٦٧٧/ بنحو أشار إليه في المتن واستدل على اعتبار ذلك بوجهين:

الأول قاعدة الغرر، وتقدم في خيار الشرط وأحكام الشرط الصحيح تفصيل الكلام في ذلك، وملخصه: أن الذي ثبت خبريته هو أن النبي نهى عن بيع الغرر، وأشرنا إلى وجه دلالته على فساد البيع الغرري.

وأما نهي النبي عن الغرر، فلم تثبت خبريته ولا دلالته على فساد أيضاً. ومنه قلنا: إنه لا مانع من أن يكون الشرط مجهولاً في الجملة؛ لأنه غير البيع ولا يرجع إليه أيضاً كما فصّلناه في محله، إلا أنه قلنا: إن الشرط تارة يكون لبيان خصوصيات العوضين، وهذا غير الشرط الذي يكون معنوناً في كلماتهم ويتمسّكون لصحته بمثل «المؤمنون»[1].. اه، ويذكرون له أحكاماً؛ بل هذا الشرط بمنزلة بيان خصوصيات العوضين.

وما نحن فيه من هذا القبيل، والجهل فيه يوجب الغرر في البيع لأن الغرر في البيع بلحاظ وجود الغرر في العوضين.

نعم، إشتراط الأجل في النسية قد عرفت أنه عبارة /٦٧٨/ عن إسقاط حق مطالبة البايع أو إسقاط حق وجوب الأداء عن المشتري عند مطالبة البايع. وهذا هو الذي يناسب جعله من خصوصيات الثمن وأن الجهل به يوجب الغرر في البيع.

---

١) الإستبصار ٢٣٢/٣، باب من عقد على امرأة وشرط لها أن يتزوج عليها ولا يتسرى، ح ٤.

في أن اشتراط الإمهال في مطالبة الثمن غير النسية ولا مانع من كون المدّة هنا مجهولاً في الجملة

وأما لو جعل الثمن حالّاً واشترط إمهال البايع للمشتري في مدة وقلنا: إنه لا يرجع إلى إسقاط حق قلنا به في النسية؛ بل قلنا: إنه عند مطالبته بحسب الأداء وإن كان الواجب عليه بمقتضى وجوب الوفاء بالشرط ترك المطالبة، نظير أنه لو حلف الأب على أن لا يأمر الولد بشيء، ثم أمره، يكون إطاعته واجبة وإن كان الواجب على الأب ترك الأمر، فحينئذٍ نقول: إن هذا الشرط ليس مما يرجع إلى بيان خصوصيات العوضين، كما أن دليل صحته مثل قوله «المؤمنون».. اه، فحينئذٍ يكون حاله كحال سائر الشروط التي قلنا: إن الجهل في الجملة غير مضرٍّ بصحتها.

ويؤيد ما قلناه أو يشهد عليه ما ذكره في الوسائل[1] في باب السلف، فإنه بعد ما /٦٧٩/ نقل الأخبار التي تدل على اشتراط الأجل المعلوم في السلف، قال: إن ما تقدم من جواز بيع ما ليس عنده حالّاً لا ينافي هذه الأحاديث، لأنها تدل على اشتراط الأجل مع إرادة السلف، لا مع إرادة الحلول وهو ظاهر؛ إنتهى.

والغرض من ذلك أن كون المثمن حالّاً غير أن يكون أداؤه بالفعل، بل يجوز أن يكون مع لحاظ الأمهال أو اشتراطه.

الثاني الأخبار التي أشرنا إليها من أنها تدلّ على أن الأجل في السلف لابدّ من أن يكون معلوماً والتمسك بها في المقام للقطع بعدم الفرق من هذه الجهة بين المسألتين.

نعم، في الغنية في باب السلف يذكر خبراً يشمل بعمومه للمقام أيضاً وهو قوله

---

١) وسائل الشيعة ٢٩١/١٨، باب اشتراط ذكر الأجل المضبوط في السلم، ذيل ح ٨.

«لا تتبايعوا إلى حصادٍ ودياس[١] بل إلى شهر معلوم»[٢].

[نقل كلام الإسكافي]

قوله: وعن الإسكافي في المنع عن التأخير إلى ثلاث[٣].. اه.

أقول: هذا هو المسألة الثانية من المسائل المشار إليها سابقاً، وهنا نقول: لا إشكال في أن مقتضىٰ العمومات صحة /٦٨٠/ بيع النسية إذا كان الأجل المضروب للثمن ثلاث سنين أو أزيد منه؛ بل وكذا مقتضىٰ الإطلاقات الواردة في باب النسية من بيع شيء بثمن مؤجل وكثير من إطلاقاتها وإن كانت واردة في مقام بيان حكم آخر، إلا أنه يظهر من مساقها تسلّم صحة جعل الأجل بمقدار كان متعارفاً بين الناس.

ومن الواضح أن جعل الأجل ثلاث سنين وأزيد يكون متعارفاً.

في الجواب عما استدلّ به على المنع من تأخير الأجل في النسية إلى ثلاث سنين

وإذا عرفت ذلك، فنقول: مستند المنع من التأخير إلى ثلاث سنين الخبران اللذان نقلهما المصنف (ره).

وظاهر الأول منهما المنع عن ثلاث سنين، لا الأزيد منه، وظاهر الثاني منهما

---

١) الدياس هو استعمال الدواب في دوس أكداس سنابل الحنطة وغيرها لتفصل الحب عن التبن كما في لسان العرب. صرّح بذلك في هامش مستدرك الوسائل ٣١١/١٣، ح ٣ عند ذكره للرواية نقلاً عن عوالي اللآلي.

٢) عوالي اللآلي ٢٢١/١، ح ٩٤؛ غنية النزوع: ٢٢٧، باختلاف يسير. وانظر الخلاف ٢٠٢/٣. والرواية مذكورة في المغني لابن قدامة ٢٥٦/٤ أيضاً.

٣) كتاب المكاسب ٢٠٠/٦، عدم الفرق في الأجل بين الطويل والقصير.

صحة التأخير إلى ثلاث سنين والمنع من الأزيد.

وعلى هذا نقول:

أولاً إن الظاهر من المنع عن التأخير إلى ثلاث سنين أو الأزيد في هٰذين الخبرين أن لا يكون للحرمة أو الفساد، بل للإرشاد إلى أن ذلك مضرّ بحالك في الدنيا لترتب بعض المفاسد الدنيوية عليك أو لا أقل من احتمال أن يكون المنع لذلك.

إن قلت: كما قيل: إن شأن /٦٨١/ الإمام عليه السلام ومنصبه بيان الأحكام الشرعية فيحمل كلامه على بيان الحكم الشرعي عند الشك.

قلت: كون منصب الإمام عليه السلام بيان الحكم الشرعي غير منافٍ لصدور غيره عنه أيضاً؛ بل كون غالب كلماتهم في بيان الحكم الشرعي أيضاً ممنوع وإن كان الغالب أن ما ينقله الرواة من كلماتهم وأقوالهم ما يظنّون أنها في مقام بيان الأحكام، دون ما يصدر عنهم على عادات الناس، لكن مجرد ظنّ الراوي أيضاً ليس حجة لنا، بل الراوي أيضاً ربما ينقل لمجرد احتمال أنه في مقام بيان الأحكام.

وثانياً على تسليم الظهور في أن المنع في الخبرين لبيان الحكم الشرعي نقول: قد عرفت التعارض بينهما.

والجمع في خصوص المقام بأن يقال: إن المنع للإرشاد وهو يختلف في الموارد.

وثالثاً يكون المنع في هٰذين الخبرين منافياً للإطلاقات التي لا يناسب هذا التقييد فيها، وفي مثل المقام يحمل المنع على الإرشادية في بناء العقلاء.

ورابعاً /٦٨٢/ قد عرفت أن الأصحاب لا يقولون بالمنع عن التأخير إلى ثلاث سنين إلّا الإسكافي، وهذه موهن لاعتبار الخبرين؛ فتأمل.

في أنه لا مانع من الإفراط في التأخير في أجل ورفع الإشكال عنه حتى من دعوى مخالفته للكتاب

قوله: وهل يجوز الإفراط[١] .. اه.

أقول: مقتضىٰ العمومات صحة البيع ولو مع الإفراط في التأخير؛ بل وكذا إطلاق ما دلّ على صحة البيع الذي ثمنه يكون مؤجلاً كما يلوح من الدروس[٢] وإن يمكن دعوى انصراف هذه الطائفة إلى صورة لم يكن الأجل خارجاً عن المتعارف، كألف سنة.

وقد نوقش على ذلك بأن الأجل الكذائي يكون جعله سُفَهائيّاً، ويجاب:

أولاً بأنا لا نريد أن نتمسك بالأدلة لصحة هذا الشرط ابتداءً ليقال: إنه لا يشمله العمومات لكونه سفهائياً كما في الشرط في ضمن العقد، بل نقول: هذا الشرط بمنزلة البيان لخصوصيات العوضين وخارج عن الشرط المصطلح، ويكفي في صحته ما دل على صحة هذا البيع.

وعلى هذا نقول: إن هذا الشرط لا يوجب لأن يكون نفس /٦٨٣/ هذا البيع لغواً سفهائياً، فتشمله العمومات. ووجه عدم صيرورة نفس هذا البيع سفهائياً أنه يمكن الإنتفاع بهذا الثمن من غير البيع كالصلح وغيره، بل وفي البيع أيضاً كما نقله المصنف (ره) عن التذكرة[٣]؛ هذا أولاً.

وثانياً أن الثمن المؤجل بموت المشتري يصير معجلاً.

ومما ذكرنا ظهر أن ما ذكره المصنف (ره) في عنوان هذه المسألة من تقييد

---

١) كتاب المكاسب ٢٠١/٦، هل يجوز الإفراط في التأخير؟

٢) الدروس ٢٠٤/٣، في النقد والنسيئة.

٣) تذكرة الفقهاء ٢٥١/١١، وجوب تعيين الأجل في النسيئة بما لا يحتمل الزيادة والنقيصة.

الأجل المفرط بما إذا لم يصل إلى حدٍّ يكون البيع منه سفهاً والشراء أكلاً للمال بالباطل، غير مناسب لأن إشكال سفهية الأجل موجود على جميع التقادير وما يذكر لدفعه، لا يفرق بين الموارد، كما لا يخفى.

[اشتراط الأجل بما زاد عن الحياة]

قوله: ثم إنه إذا فرض[1].. اه.

أقول: أما دعوى أن اشتراط الأجل مما زاد عمل يحتمل بقاء المشتري إليه لغواً فتقدم الجواب عنه، وهو أن أصل البيع لا يصير لغواً، فتشمله العمومات وإنما تضرّ لغوية الشرط في صورة تحتاج إلى دليل آخر لصحته، غير ما دل بعمومه على صحة هذا البيع الخاص.

وأما دعوى أن هذا الشرط يكون مخالفاً للكتاب والسنة، ففيه: /٦٨٤/

أولاً أنه لو قلنا بأن جعل الأجل بما زاد عن الحياة يكون مخالفاً للكتاب والسنة، فلا يختص الإشكال بصورة ذكرها، بل لو جعل الأجل بمقدار يحتمل بقاء المشتري أيضاً، ثم مات قبل ذلك، فلابدّ أن يكشف من فساد الشرط وعلى القول بكون الفاسد مفسداً يكشف عن فساد البيع؛ بل جميع الأقوال على فرض تمامية الإشكال كما ستأتي الإشارة إليه.

وثانياً أن نفس السنة التي يكون المدعى أن هذا الشرط مخالف له، يقتضي صحة هذا الشرط؛ لأن المراد من السنة هو ما دل على أن الدين المؤجل يصير بالموت معجلاً وهو بنفسه يكون دليلاً على صحة الدين المؤجل.

وثالثاً نقول: تقدم أن الشرط المخالف للكتاب إما عبارة عن جعل حكم غير الحكم الذي جعله الشارع، كما لو كان الشرط أن لا يكون الطلاق بيد الزوج وأشباه ذلك وتحققه في المقام بأن يكون الشرط أن لا يعجّل الدين بالموت، لا أن

---

١) كتاب المكاسب ٢٠١/٦، هل يجوز الإفراط في التأخير؟

يجعل الأجل بما زاد عن الحياة؛ لأنه ليس مخالفاً لما دل على أن الدين المؤجل يصير معجلاً بالموت وإما عبارة عن غير ذلك وهو غير مناسب في المقام.

في أن جعل الأجل إلى زمان يحتمل عدم بقاء المشتري إليه لا يوجب الجهل بالأجل الذي يوجب الفساد

/ ٦٨٥ / قوله: كان اشتراط مدة مجهولة[1] .. اه.

أقول: يعني فيكون شرط الأجل فيما يحتمل بقاء المشتري إليه أيضاً فاسداً؛ بل على القول بأن الشرط الفاسد يكون مفسداً، يصير أصل البيع باطلاً؛ بل الشرط في المقام لمّا يكون بمعنى بيان خصوصيات العوضين، فالجهل به يوجب الجهل في المبيع ويوجب البطلان قطعاً.

ويرد عليه:

أولاً أنه يلزم على هذا بطلان بيع النسية، بل السَلم مطلقاً إلا في ما لو جعل الأجل فيهما بمقدار كان المتبايعان عالمين ببقاء حياة المشتري أو البايع إليه، وهو فرض نادر، فينتج ما ادعاه فساد جلّ من المعاملات.

وثانياً نفس ما دلّ على أن الدين المؤجل يصير معجلاً بالموت يدل على صحة ما يكون من الديون أجله زائداً على الحياة، فيدلّ على أن الجهل بالأجل الذي يحصل من جهة هذا الحكم من الشرع غير مضرٍّ.

وثالثاً نقول: فرق بين أن يجعل الأجل إلى موت المشتري وبين أن يجعل الأجل مدّة معيّنة واتفق موت المشتري قبل ذلك وإن الأول يوجب الفساد للغرر دون الثاني.

---

١) كتاب المكاسب ٢٠٢/٦، هل يجوز الإفراط في التأخير؟

في بيان معنى الغرر وأنه لا يشمل كلّ جهل وأنه لا يقتضي البطلان باحتمال صيرورة الدين معجلاً

وتوضيح المقام يتوقف على بسط /٦٨٦/ الكلام في الجملة في قاعدة الغرر كما أشرنا إليها في المسقط الثاني من مسقطات خيار الغبن، فنقول:

لا يخفىٰ أن الغرر لا يتحقق بمجرد الجهل بشيء من العوضين، بل لو اعتبرنا المعلومية فيهما مطلقاً، فمن جهة سائر النصوص أو الإجماع فكلّ جهل لم يكن نصّ ولا إجماع على مضرّيته ولم يتحقق عنوان الغررية أيضاً، فلا يوجب البطلان.

وعلى هذا فلابدّ أن نتعرّض لمعنى الغرر، فنقول: إختلفت التفاسير في معنى الغرر والجامع بين الكل كون الشخص متردداً في ورود الضرر عليه ويكون هذا التردد منشأً لتزلزله حتى يصدق أنه أقدم على ما فيه الخطر والخوف.

وما يقتضي من التفاسير أن يكون أعمّ من ذلك، لم تثبت حجيته على مسلكنا في باب إثبات اللغات.

وإذا عرفت هذا، فنقول: أما في صورة جعل أجل الثمن إلى زمان موت المشتري، فيكون البيع فاسداً لوجهين:

الأول لما دل على اشتراط أن يكون الأجل معلوماً.

الثاني /٦٨٧/ للغرر حيث إن اختلاف الأجل يوجب اختلاف مالية الثمن، والبايع يكون في خطر من ذلك لاحتمال أن لا يموت المشتري إلا بعد مدة طويلة.

وأما في صورة يجعل الأجل إلى مدة معينة ويحتمل موت المشتري قبلها ويصير الثمن معجلاً، فيكون البيع صحيحاً وإن كان نظير الترديد السابق موجوداً هنا أيضاً.

وذلك لأن ما دل على اشتراط أن يكون الأجل في النية معلوماً، يكون الظاهر

منه هو الأجل المجعول من المتعاقدين. وهو هنا معلوم كما أن في الجواهر أيضاً إشارة إليه.

وأما الغرر فليس في المقام؛ لأنه بالنسبة إلى البايع أقدم على أجل معين، فلو مات المشتري قبله فيصل إليه نفع فلم يكن متزلزلاً في ورود ضرر عليه غير ما أقدم هو عليه ولا يصدق الغرر بالنسبة إليه.

وأما المشتري فلو مات قبل المدة، فلابدّ أن يعطى تركته بإزاء ديونه ولا فرق له بين المؤجل والمعجل منها.

نعم، يحصل التفاوت لوارثه، وهو أيضاً /٦٨٨/ من قبيل قلّة وصول النفع إليهم وكثرته، لا التردد في ورود الضرر وعدم وروده.

في أن الأجل وكذلك الوزن لا يكفي فيهما مجرد التعين واقعاً بل يعتبر المعلومية أيضاً

قوله: ثمّ إن المعتبر في تعيين المدّة تعيينه في نفسه[1] .. اه.

أقول: حاصل ما رجّحه المصنف (ره) في المقام أن تعين الأجل في نفسه غير كافٍ وكذلك في أوزان البلدان، بل لابدّ من أن يعلمهما المتعاقدان، بل يشترط المعلومية لهما عند العقد، لا عند الإلتفات والحساب.

ونحن نقول: لو فرض أنه يجعل الأجل إلى المهرجان وهو أول الميزان أو إلى الفضح وهو عيد النصارى أو إلى الفطير وهو عيد اليهود، وكانت هذه الأيام متعينة في نفسها، وكان المتبايعان عالمين بأن لها تعين واقعاً ولكن لم يعلما عدد الأيام الواقعة في البين إلى هذه الأيام، ولا عدد الشهور الواقعة في البين، ولا أن هذه الأيام في أي فصل من الفصول يقع، فهنا يكون البيع باطلاً للجهل بالأجل وللغرر.

---

١) كتاب المكاسب ٢٠٢/٦، هل يجوز الإفراط في التأخير؟

وكذلك في أوزان البلدان لو صارت كذلك بأن يكون لها /٦٨٩/ تعين وضبط، إلا أن المتبايعين أو أحدهما لم يعلم منه إلا اسماً.

وأما لو فرضنا أنه يجعل الأجل إلى النيروز أو أول الميزان ويكون المتبايعان عالمين بأنهما في أي فصل وقعا ويعلمان الأيام التي تكون إلى تلك الأجلين، لكن إجمالاً بحيث يكون قابلاً للزيادة والنقصان ولو بمقدار شهر أو أزيد، كما هو المتعارف بين نوع الناس حيث لم يعلموا من تلك الآجال إلا هذا المقدار، فحينئذٍ نقول: لو لم يتعلق غرض البايع إلا بوصول الثمن إليه في ذلك الفصل، فالبيع صحيح؛ لأن ما دل على اعتبار أن يكون الأجل معلوماً، لم يدل على اعتبار الملعومية بأزيد من ذلك لأن الأجل في هذا الفرض معلوم عرفاً، كما أن البيع في الفرض الذي ذكرناه ليس بغرري؛ لأنه بعد فرض أن الفرض تعلق بوصول الثمن إليه في ذلك الفصل ليس في خطر وتزلزل من أن ما يكون /٦٩٠/ من الأيام واقعة بين هذا الزمان إلى تلك الأجل أي مقدار يكون.

في أنه بعد تعين الأجل أو الوزن لابدّ من المعلومية أيضاً

وقد تقدمت إشارة إجمالية إلى معنى الغرر قبيل ذلك؛ فراجع.

وأما لو كان غرض البايع متعلقاً بأشخاص الأيام، كأكثر المعاملات الواقعة بين التجار، فهنا يكون البيع فاسداً ما لم يعين حال البيع مقدار الأيام التي تكون إلى تلك الأجل، وذلك للغرر على ما بيّنّا معنى الغرر في المسقط الثاني من مسقطات خيار الغبن.

ثمّ إن أوزان البلدان أيضاً يكون حالها كذلك؛ مثلاً من أسماء الأوزان لفظ الحقة في مملكة الروم، وهو يختلف باختلاف البلدان، فإذا ورد شخص بلدة وعلم أن للحقّة هنا حدّاً منضبطاً، ثمّ عرف حدّها بحسب التقريب، وفي مقام الشراء لم

يتعلق الغرض إلا بهذا الحد التقريبي، فلا يكون في شراء حقه غرر، ولا يكون وزن المبيع مجهولاً بتقريب تقدم.

وأما من تعلق غرضه بعدد المثاقيل ولم يعلم حد الحقّة من المثاقيل ويكون متزلزلاً، فيكون البيع فاسداً للغرر.

في الوجوه التي ذكرت لفساد البيع لو كان الثمن مردّداً

قوله: مسألة: لو باع بثمن حالاً وبأزيد منه مؤجلاً[1] .. اه.

أقول: إستدل على فساد هذا البيع:

تارة بالغرر. ولعله بلحاظ أن اختيار إحدى الثمنين لا يمكن أن يكون لهما، بل لأحدهما /٦٩١/ وهو المشتري، فيكون البايع على خَطر؛ فتأمل.

وتارة بأن الثمن يكون مجهولاً وإن كان مردوداً بأن الثمن أحدهما وكل منهما يكون معلوماً، وتارة بأن الثمن يكون مبهما؛ يعني مردداً وهو يوجب البطلان، كما لو كان المبيع مردداً، إذ الترديد يوجب عدم حصول الملك حال العقد، وهو منافٍ لسببية العقد وإنشائيته؛ لأن مرجعه إلى عدم إنشاء التمليك في طرف الثمن بعد أن تمليك الأمر المردّد لا معنى له، والمردد غير أحدهما الكلي.

وتارة بالأخبار، مثل ذيل خبر محمد بن قيس على ما عن الكافي[2] ومثل النبوي «**لا يحلّ صفقتان في واحدة**»[3]. ويؤيده ما ورد من النهي عن شرطين في بيع وعن بيعين في بيع.

واستدل على صحة البيع المذكور بخبر محمد بن قيس وهو معتبر وبخبر

---

١) كتاب المكاسب ٢٠٤/٦، مسألة: هل يصح البيع لثمنين حالاً ومؤجلاً؟

٢) الكافي ٢٠٦/٥، باب الشرطين في البيع، ح ١.

٣) مستدرك الوسائل ٣١٣/٣، باب حكم من باع سلعة بثمن حالاً وبأزيد منه مؤجلاً، ح ٢.

السكوني.

وفي الجواهر[١] نقل المناقشة على التمسك بخبر محمد بن قيس لصحة البيع المذكور:

تارة بأن غايتها الدلالة على وقوع الإيجاب بها خاصة.

وتارة بأن الذي فهمه الجماعة ـ كما ستعرف ـ ترتب الحكم المذكور في هذا الخبر على فساد المعاملة.

وتارة بأن ما يستفاد من هذا الخبر من صحة البيع المذكور ينافي مع ذيله الذي نقل في الكافي ذلك الدليل.

في حكم ما لو كان الثمن مردداً ومبهماً في الجملة

وأجاب في الجواهر عن الكلّ:

أما عن الأول بأن الظاهر من الرواية إرادة وقوع تمام البيع، لا إيجابه خاصة، ونحن نقول: الخبر هكذا: **قال امير المؤمنين: من باع سلعة وقال ثمنها كذا وكذا، يداً بيد وكذا نظيره، فخذها /٦٩٢/ [بأي][٢] ثمن شئت**.. اه.

وعلى هذا نقول: إن قوله «**من باع**» ظاهر في وقوع البيع التام، كما في الجواهر؛ لأن ألفاظ المعاملات ـ كما تقدم قبل المعاطاة ـ موضوعه للصحيحة منها والإيجاب بلا قبول ليس بصحيح، لا بنظر العرف ولا بنظر الشرع، إلا أنه يوهن هذا الظهور قوله «**وقال ثمنها**».. اه؛ لأن الظاهر منه أن قوله «**وقال**».. اه في مقام بيان قوله «**باع**».. اه.

فمن المحتمل أن يكون المراد من قوله «**فخذها**» هو القبول الصادر من

---

١) جواهر الكلام ١٠٢/٢٣، في حكم ما لو باع بثمنحال أو بأزيد منه إلى أجل.

٢) الزيادة من المصدر.

المشتري لأصل البيع بإحدى الثمنين أو أنه يخيّره، ثم يقع القبول على أحدهما.

وظاهر الخبر هو التخيير في إيقاع القبول بأحدهما المعين، لا الأمر بقبول المردد فلا يدل هذا الخبر إلا أن الإيجاب فقط كان بالمردد، فيكون الحق مع المناقش، لا المجيب.

في وجه دعوى أن الحكم في الخبر مترتب على فساد المعاملة

هذا، إلا أنه لو عملنا بخبر السكوني وهو خبر آخر يستدلّ به على الصحة، فليس هذا الإشكال وارداً عليه؛ لأنه اشتمل على أنه أخذ المتاع على ذلك الشرط وبعد ذلك يقول: قال عليه السلام «**هو بأقلّ الثمنين وأبعد الأجلين**»[1].

وأما عن الثاني فيمنع ترتب الحكم فيها على الفساد.

أقول: الحكم المذكور في الخبر أنه ليس له أي للبايع إلا أقلّهما أي أقلّ الثمنين وإن كانت نظره يعني يؤخذ المقدار الأقل من الثمنين ولو بعد الأجل. وإليه يرجع الحكم المذكور في خبر السكوني المستفاد من قوله عليه السلام «**هو أقل الثمنين وأبعد الأجلين**» بناءً على أن /٦٩٣/ يحمل على أن المراد أقلّ الثمنين ولو في أبعد الأجلين.

وعلى ذلك، فللبايع أن يطالب الثمن الأقل في العاجل أيضاً؛ لكن إن تأخر إلى الأجل أيضاً ليس له إلا الأقل، إلا أنه سيأتي أن في الدروس أخذ بظاهر خبر السكوني وتصرف في الخبر الأول وقال: إنه ليس للبايع أن يطالب في العاجل أيضاً.

وعلى كل حال، يكون المفروض وكذلك مفاد الخبر أن الإنشاء وقع على أن الثمن لو كان بعد الأجل فهو الأكثر، مع أنه قال في الخبر: إن الثمن بعد الأجل أيضاً

---

١) تهذيب الأحكام ٥٣/٧، باب البيع بالنقد والنسيئة، ح ٣٠.

هو الأقل، فليس هذا حكماً مترتباً على صحة المعاملة حيث لم يقع الإنشاء عليه ولا التراضي به.

فلابدّ أن يكون هذا حكماً مترتباً على فساد المعاملة، كما أن ظاهر العبارة المنقولة عن القاضي والغنية أيضاً ذلك، حيث حكما أولاً بفساد المعاملة وبعد ذلك قالا: فإن أمضى البيّعان أو تراضيا به، فليس للبايع إلا أقل الثمنين.

في وجه نظر من قال: إن الحكم في الخبرين ليس مترتباً على فساد المعاملة بل بيع وشرط فاسد

وأما وجه نظر /٦٩٤/ من منع أن يكون الحكم المذكور في الرواية مترتباً على فساد المعاملة، فبأنه يحمل الخبر على أن الثمن هو الأقل، لكن شرط على المشتري أن يعطي البايع في صورة أخّر المشتري أداء الثمن إلى الأجل شيئاً زائداً؛ لكن هذا الشرط فاسد؛ لأن تأجيل الحال زيادة رباً محرم وفساد الشرط لا يوجب فساد المشروط لكن عليه يجوز للبايع أن يطالب الثمن في العاجل أيضاً وإما بناءً على ما تقدم من مذهب الدروس[1] من أنه ليس للبايع أيضاً أن يطالب الأقل أيضاً إلا بعد الأجل، فيقال أيضاً: إن أصل الثمن هو الأقل أيضاً ولكن الزيادة ليست في مقابل الأجل ـ كما هو مقتضىٰ ما تقدم ـ؛ بل في مقابل إسقاط البايع حقه من التعجيل الذي يقتضيه العقد وهذا أيضاً فاسد لكونه ربوي، إلا أن فساد المقابلة لا يقتضي فساد الإسقاط كما احتمل ذلك في مصالحة حق القصاص /٦٩٥/ بعبد يعلمان أنه حرّ أو عبد الغير، وعن التحرير أنه يرجع إلى الدية.

ولا يخفى أن مراد الجواهر[2] من منع كون الحكم في الرواية مترتباً على فساد

---

١) الدروس ٢٠٣/٣، في النقد والنسيئة.

٢) جواهر الكلام ١٠٣/٢٣ ـ ١٠٤، في حكم ما لو باع بثمن حال أو بأزيد منه إلى أجل.

البيع ذلك؛ يعني أنه كان بيع وشرط فاسد والحكم مترتب على صحة البيع، بل ربما حمل مثل عبارة القاضي[١] والغنية[٢] أيضاً على ذلك وأن مرادهم من الفساد فساد الشرط.

فتلخّص مما ذكرنا أن القائل بالفساد والقائل بالصحة في المقام على فساد المعاملة فيما هو ظاهر الخبرين.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إن أصل المسألة كانت في صورة كان الثمن مردّداً بين الأقل في العاجل والأكثر في الأجل وعرفت أن صحته مخالفة للقاعدة من وجهين أو وجوه ومخالف لطائفة من الأخبار.

وأما الخبران اللذان كانا دليلين على الصحة بمقتضى ظاهرهما من دون تصرف فيهما، لمّا كانا مشتملين على الصحة وأن الثمن يصير هو الأقل ولو في الأجل، وهو خلاف ما وقع الإنشاء عليه وخلاف ما وفع التراضي، فيلزم من الأخذ بظاهر الخبرين ـ مضافاً إلى ما تقدم ـ خلاف قواعد /٦٩٦/ أخر أيضاً*.

---

١) أنظر: مختلف الشيعة ١٢٣/٥، الفصل الثامن: في النقد والنسيئة حكم بيع المتاع بأجلين ونقدين مختلفين.

٢) غنية النزوع: ٢٣٠، الفصل الرابع: في أحكام البيع.

*) ***بعد تسليم أن ظاهر الخبرين صورة ترديد الثمن في الإيجاب والقبول وأنه حكم هنا بأن يؤخذ بالأقل إما مؤجلاً أو ولو بعد الأجل، فعلى هذا، الحكم بصحة المعاملة بمعنى إمضاء ما وقع عليه الإنشاء وحصل التراضي به غير ممكن.***

وعليه، فمراد من يقول بصحة هذا البيع مجرد أن للإنشاء هنا تأثير وذلك إما بتصرف في الخبرين بحمل الزيادة بعد الأجل على شرط تأجيل الأقلّ المعجّل بالزيادة أو على إسقاط حق التعجيل بالزيادة أو على أنه كان الشرط للزيادة بعد الفراغ من العقد وكان العقد بخصوص الأقل وإما بدون تصرف في الخبرين، بل يدعى أن إنشاء الكذائي أثره الأقلّ، سواء قلنا بحرمة نفس هذا البيع أو كراهته للجمع بين الخبرين.

وما دل من الأخبار على فساده بحملها على الحرمة أو الكراهة، أولاً نقول بالحرمة والكراهة للبيع أيضاً.

وأما مراد من يقول بالفساد أنه لا أثر للإنشاء المرقوم، وأما الحكم بأخذ الثمن من جهة

في تحقيق المقام وأن الحق فساد المعاملة المذكورة والإشارة إلى ما قاله الفقهاء في المسألة وفي حمل الخبرين

وعلى هذا نقول: من قال بصحة المعاملة المذكورة وأنه يؤخذ بأقل الثمنين ولو بعد الأجل وقال بحرمة هذا البيع أيضاً كما احتمل المصنف (ره) ذلك في عبارة المقنعة[1].

فيظهر منه أنه عمل بظاهر الخبرين ولو كان فيه خلاف القواعد.

وأما حكمه بحرمة هذا البيع، فمن جهة أنه حمل الأخبار التي تقدمت أنه استدل بها على فساد هذا البيع على الحرمة وبيان التحريم، وكذلك من قال بصحة هذا البيع وكراهته كما في الناصريات.

نعم، هو حمل الأخبار السابقة على بيان كراهة هذا البيع، وأما سائر ما يقال في المقام، فمبني على التصرف في ظاهر الخبرين.

ثم التصرف إما على ما لا يكون فيه خلاف قاعدة، أو على ما يكون خلاف القاعدة فيه أقل من الأخذ بظاهرهما.

وذلك لأن /٦٩٧/ ظاهر بعض الفقهاء أن البيع فاسد وأنه لو تراضيا عليه يؤخذ بأقل الثمنين مطلقاً، كما تقدم عن القاضي والغنية.

تلف المبيع عند المشتري في صورة كان ثمنه مساوٍ للثمن المجعول الأقل أو من جهة أنه بعد فساد المبيع المرقوم إذا وقع الرضاء على تنفيذه يكون الحكم الشرعي لهذا الرضاء أن يدفع الثمن المجعول الأقل في مقابل المبيع.

هذا ملخّص ما ذكروه. (منه قدس سره).

١) المقنعة: ٥٩٥، الباب الخامس: البيع بالنقد والنسيئة.

في وجه عدم جواز العمل بظاهر الخبرين ولا بمؤولهما ولذا يحكم بفساد البيع

وهذا مبني على التصرف في ظاهر الخبرين مع أن خلاف القاعدة أيضاً موجود فيما ذكراه، كما أن من قال في الخبرين: إنه كان بيعاً وشرطاً بأحد النحوين السابقين وإن الشرط كان فاسداً أيضاً، تصرف في ظاهر الخبرين بنحو آخر.

وكذلك من قال في الخبرين: إنه كان بيعاً وشرطاً وإن الشرط كان بعد العقد ـ كما نقل في الجواهر ذلك عن بعض ـ، أيضاً تصرف في ظاهر الخبرين، بل تصرفه أبعد عن الكل.

نعم، عليه لا يلزم خلاف قاعدة أصلاً.

وقد يحمل الخبران ـ كما احتمل المصنف (ره) ذلك في عبارة المقنعة ـ على أن البيع كان فاسداً وأن المبيع أخذه المشتري بالعقد الفاسد، فيكون مضموناً عليه وأن المبيع /٦٩٨/ تلف عند المشتري وكانت قيمته بمقدار الثمن العاجل الذي في العقد، كما هو المتعارف في البيوع من أن المبيع قيمته بمقدار الثمن الذي يؤخذ نقداً، فيستقرّ تلك القيمة على ذمّته حتى يؤديه ولو بعد الأجل المسمّى في العقد.

ونحن نقول: من أراد أن يعمل بالخبرين، فإن كان المراد العمل بغير ظاهرهما، فإن كان المراد العمل بهما بعد حملهما على معنى لا يلزم فيه خلاف قاعدة، بل كانت منطبقة على القواعد، فهذا عمل بنفس القواعد.

وإن كان المراد العمل بهما بعد حملهما على معنى كان فيه خلاف قاعدة في الجملة، ففيه: أنه لا دليل لنا على حجية غير الظواهر ومجرد أن الظاهر لا يجوز الأخذ به، لا يجعله حجة في معنى آخر يمكن القول به.

نعم، في الجمع بين الظواهر يؤخذ بخلاف الظاهر في الجملة؛ لكن بعد أنه

يرجع إلى قيام قرينة عرفيه عليه. وأما مجرد أن الظاهر غير صحيح، ليس /٦٩٩/ قرينة على ذلك.

وأما لو كان المراد العمل بظاهر الخبرين، ففيه: أنك عرفت أن ظاهرهما كان فيه خلاف قواعد كثيرة، مضافاً إلى الأخبار المعارضة. وهذا موهن لظهورها ويسقطها عن الحجية.

وإن شئت قل: إن الظاهر التي يكون على خلاف المشهور والقواعد يكون العلم الإجمالي حاصلاً بأن كثير منها خلاف الواقع وهذا العلم الإجمالي يوجب سقوط تمام تلك الظواهر عن الحجية كما ذكرنا ذلك كراراً.

ثم إنه لو فرضنا أنا عملنا بالخبرين بوجه في موردهما وهو أن يكون الثمن مردداً بين العاجل والأجل، فلا يعمل في نظير المورد وهو أن يكون الثمن مردداً بين الأجلين: أحدهما قريب والآخر بعيد.

في أنه لو ألزم المديون على الدائن بقبول الدين قبل الأجل فهل يصير القبول واجباً عليه أم لا

قوله: مسألة: لا يجب على المشتري[1] .. اه.

أقول: عدم وجوب أداء الدين على المديون قبل الأجل المجعول لذلك الدين واضح؛ لأن هذا فائدة التأجيل في كل مورد صحّ التأجيل وإنما البحث العمدة في المقام في أنه لو أداه المديون قبل /٧٠٠/ الأجل وألزم الدائن على أخذه، فهل يجب على الدائن قبول ذلك الدين أم لا؟

وهنا نقول بعد أن من المسلم ـ كما يأتي في المسألة الآتية ـ أنه في الدين الغير

---

١) كتاب المكاسب ٢١٢/٦، مسألة: هل يجب القبول على البايع لو تبرع المشترى بدفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل؟

المؤجل يكون القبول واجباً على الدائن إذا ألزم المديون بقبوله وبعد أنه لم يوجد في المقام خصوصية إلا التأجيل لذلك الدين، فحينئذٍ نقول: لو كان التأجيل حقاً لخصوص المديون، فحينئذٍ إذا ألزم المديون بقبول الدين يجب على الدائن قبوله؛ لأن المفروض أن حكم الدين وجوب القبول عند الأداء ولم يوجد للدائن حق يرفع هذا التكليف عنه والمفروض أن التأجيل حق لخصوص المديون.

وأما إذا كان التأجيل حقاً مشتركاً بينهما، فلا يجب القبول على الدائن؛ لأن اشتراك الحق بينهما بأن يكون للدائن أيضاً عدم القبول قبل الأجل.

فعلى هذا، نحن نتكلم هنا:

تارة في حكم ما لو شككنا في أن التأجيل حق لخصوص المديون أو يكون حقاً مشتركاً بينهما.

وتارة في أنه يكون لنا طريق لإثبات أحد الطرفين من أن الحق خاص أو مشترك أم لا.

أما المقام الأول /٧٠١/ فنقول فيه: إن الدليل على وجوب قبول الدين في صورة كان الدين حالاً، هو أن في عدم القبول يكون ضرراً وظلماً على المديون. وعلى هذا، فلو فرضنا أن التأجيل يكون حقاً للدائن أيضاً في أن يؤخر القبول إلى رأس الأجل، فحينئذٍ ليس عدم القبول ضرراً وظلماً على المديون، بل الإلتزام بالقبول يكون ضرراً وظلماً على الدائن حيث يوجب ذلك إذهاب حق الدائن.

فعلى هذا لو شككنا في أن التأجيل حق للدائن، أيضاً فنشك في أن عدم قبول الدين من الدائن ظلم وضرر على المديون أم لا. وبعد الشك في تحقق عنوان الظلم والضرر، فلا يجوز التمسك بدليل الضرر والظلم، لوجوب القبول لوضوح أن التمسك بالدليل بعد إحراز موضوعه، وإذا لم يثبت وجوب القبول على الدائن، فحينئذٍ نقول: إن وجوب القبول تكليف مشكوك ومقتضىٰ الأصل البراءة عنه.

إن قلت: إلزام الدائن بقبول الدين المؤجل أيضاً حرمته مشكوكة لاحتمال أن

يكون التأجيل حقاً خاصاً للمديون، لا حقاً مشتركاً بين الدائن والمديون.

قلت: من الواضح أنه بمجرد احتمال ثبوت تكليف على شخص لا يجوز إلزام ذلك الشخص على العمل به بعد أن التكليف المشكوك مقتضىٰ الأصل البراءة عنه، لوضوح أن إلزام الغير على عمل إيذاء له، فيشمله ما دل على حرمة إيذاء المؤمن من الكتاب والسنة، مثل ﴿ **والذين يؤذون المؤمنين [والمؤمنات] بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبيناً** ﴾[1] وغير ذلك، ولم يخرج عن تحت ما دل على حرمة الإيذاء عنوان يكون الشك في كون ما نحن فيه من مصداقه حتى يكون المقام من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية؛ بل الشك هنا في أصل التخصيص، فلا مانع من التمسك بالعام له.

إن قلت: إن الآية تدل على حرمة إيذاء لم يكتسبه الشخص ومن المحتمل أن يكون التزام الدائن بشرط التأجيل من قبيل كسب الايذاء ولما كان المخصص متصلاً، فلا يجوز التمسك بالعام لما يحتمل كونه من أفراد المخصص ولو كان الشك في أصل التخصيص؛ لأن إجمال المخصص يسري إلى العام.

قلت: أولاً المراد من الإكتساب هو أن يفعل شيئاً يستحق الإيذاء، مثل أن يأتي بما يوجب الحد أو التعزير أو الضرب للنهي عن المنكر، كما يستفاد ذلك من المفسرين أيضاً. وعليه نقول: مجرد إيجاد سبب التكليف ليس كسباً للإيذاء؛ بل معصية التكليف يكون اكتساباً للإيذاء، ولم يوجد هنا معصية بعد أن التكليف مشكوك ورخص الشارع في تركه بادلة البراءة.

وثانياً على فرض كون مثل هذا المخصص المتصل مضرّاً بجواز التمسك بالعام، نقول فيما دل على حرمة الإيذاء ما ليس مقروناً بمثل هذا التخصيص المجمل ولا مانع من التمسك به لحرمة الإيذاء في مثل المقام الذي يكون الشك في خروجه عن

---

١) الأحزاب: ٥٨.

تحت عموم حرمة الإيذاء، مثل ما في الأصول الكافي[١] في باب من آذى المسلمين واحتقرهم في خبر صحيح كما في مرآت العقول[٢] عن هشام بن سالم قال: سمعت أبا عبدالله يقول: قال الله ـ عزّ وجلّ ـ: **ليأذن بحرب منّي من أذى عبدي المؤمن**. وفسّر «**ليأذن**» بل يعلم مِن «أذن بالشيء» إذا علم به.

ومنه قوله تعالى ﴿ **فأذنوا بحرب من الله** ﴾[٣].

ومما ذكرنا ظهر أن ما ذكره في الجواهر[٤] من أن الدليل على عدم وجوب القبول قبل الأجل منحصر بالإجماع، يتمّ لو أثبتنا أن التأجيل حق مختص بالمديون، وإلا فقد عرفت من أنه لو شككنا في ذلك أيضاً، يكون مقتضىٰ الأصل عدم وجوب القبول، فضلاً من أن يثبت أنه /٧٠٢/ حق مشترك بينهما.

في ما استدلّ به على أن التأجيل حق للمديون ووجه بطلانه وأن الشك كافٍ في عدم وجوب القبول

وأما المقام الثاني فنقول: استدل لإثبات أن التأجيل حق مختص للمديون في أن يؤخر الأداء إلى رأس الأجل بأن جعل الأجل بمصلحته وبأن الثمن يزاد لأجله وبأنه يطلب النقصان في مقابل التعجيل وبأن المؤجل كالواجب الموسّع وليس المراد فيه الأداء في رأس الأجل، بل الأداء من الزمان الأول إلى رأس الأجل كالواجب الموسع الذي يجوز أداؤه في كل جزء من الزمان ولا يجب إلا في آخر الوقت.

---

١) الكافي ٣٥٠/٢، باب من أذى المسلمين واحتقرهم، ح ١.

٢) مرآة العقول ٣٧٧/١٠، من أذى المسلمين واحتقرهم، ح ١.

٣) البقرة: ٢٧٩.

٤) جواهر الكلام ١١٥/٢٣، عدم وجوب أخذ الثمن على البائع إن دفعه تبرعاً قبل حلول الأجل.

ونحن نقول: لو كان الشرط من قبيل عمل لأحد المتعاقدين كخياطة ثوب للبايع، فهذا حق لمن يجعل العمل له وهو البايع وكذلك لو كان الشرط عدم فعل كعدم مطالبة الثمن من المشتري في زمان، فهذا حق للمشتري الذي كان الشرط عدم المطالبة منه، وكذلك لو كان الشرط عدم حق مطالبة الثمن عن المشتري في زمان، فيكون هذا أيضاً حق للمشتري.

وأما لو كان الشرط مركّباً من عدم حق المطالبة للبايع مثلاً وحق الإمتناع من الأخذ للبايع، فيكون الحق بينهما.

وإذا عرفت هذا، فنقول: المثال المعروف في الدين المؤجل أن يقول «بعتك هذا بدرهم إلى شهر»، وهو ظاهر في أن المراد درهم يقع إقباضه وأخذه إلى شهر /٧٠٣/ ولما جعل هذه الخصوصية في نفس الثمن بأن يكون الثمن كذلك، فيخرج عن كونه مجرد شرط الفعل؛ بل ينتج رفع الحق من الطرفين بأن لا يكون للبايع مطالبة الثمن في تلك المدة ويكون له الإمتناع من القبول، فيكون الحق من الطرفين.

ثم لو لم نستظهر هذا المعنى، فنقول: لا أقل من أنه ليس ظاهراً في خلافه، فيكون احتمال أن يكون للبايع حق الإمتناع من قبول الثمن موجوداً، ومع هذا الإحتمال قد تقدم أنه لا يتمّ ما استدل به على وجوب قبول الدين عليه.

إن قلت: إن الأصل عدم حق للبايع في الإمتناع.

قلت: هذا الأصل ليس أثره وجوب القبول، مع أن هذا الأصل لا تحقق موضوع الضرر والظلم ليترتب عليه وجوب القبول*؛ بل الشك باقٍ ـ كما تقدم ـ

---

*) ***ولقائل أن يقول بعد الإعتراف بأنه في الدين الحالي يكون عدم القبول ضرراً وظلماً على المديون وأنه في الدين الذي يكون أداؤه رأس الأجل، ليس عدم قبوله قبل الأجل ضرراً وظلماً على المديون، فيلزم من ذلك أنه في الدين المؤجل يكون الحق مشتركاً وأنه نتيجة جعل الدين مؤجلاً، إلا أن يقال: نحن نغمض عن ذلك ونقول: وجوب القبول قبل رأس الأجل يدور مدار صدق الظلم والضرر في عدم القبول، لا على ثبوت حق للبايع وعدمه.***

وإذا عرفت هذا، فنقول: نسلّم أن شرط الأجل لمصلحة المديون، إلا أن ذلك لا ينافي مع كون المجعول ما يثبت الحق للطرفين والمدار على ما يجعل شرطاً، لا ما يكون غرضاً. وأما القول بأنه يزاد الثمن بالأجل وأنه ينقص الثمن لو أراد التعجيل، ففيه: أن شيئاً من ذلك لا ينافي المقصود، فإن الغرض الغالب عند /٧٠٤/ الناس أن يكون الثمن معجلاً وعدم القبول لا يتعلق به الغرض إلا نادراً؛ ولا ينافي أن يكون الحق مركّباً منهما.

في منع كون التأجيل مقتضاه الوجوب التخييري

وأما دعوى أنه من قبيل الواجب التخييري، ففيه: أنه نسلّم وجوب القبول في صورة كان من قبيل الواجب التخييري، كما لو كان الشرط هو أن يكون المشتري مخيّراً في أداء المال إلى آخر الأجل، ولكن الاجل المضروب للدين ليس كذلك، أو لم يعلم كونه كذلك؛ لأن معنى قوله «بدرهم إلى شهر» لو كان أن عليه أداؤه من زمان الحال إلى شهر، فيصير من قبيل الواجب الموسّع.

وأما لو كان الغرض أن الدرهم المذكور يقع أخذه وإقباضه بعد شهر والتعبير بلفظ «إلى» من جهة أن الشهر غاية للأجل المضروب الذين اشترط أن يكون الإقباض والأخذ بعده؛ فتدبّر.

والحاصل لو لم نقل إن المضروب للثمن أو سائر الديون من قبيل الثاني، فلا أقل من أنه لا دليل على خلافه وأنه من قبيل الأول أيضاً حجة، فيرجع إلى الأصل

وعليه نقول في صورة كان الدين مؤجلاً: صدق الظلم والضرر في عدم القبول قبل الأجل غير معلوم وأصالة عدم الحق للبايع ليس بنفسه له أثر. وإن ترد أن تثبت به أولاً ثبوت الظلم والضرر في عدم القبول قبل الأجل، لم يترتب عليه وجوب القبول، فيكون الأصل مثبتاً وهو ليس بحجة. (منه قدس سره).

/ ٧٠٥/ المتقدم ذكره.

في أنه هل يسقط أجل الدين بالإسقاط أم لا

قوله: ثم إنه لو أسقط المشتري[١] .. اه.

أقول: يدعي العلامة في التذكرة[٢] أن المديون لو أسقط أجل الدين لم يسقط، فليس لصاحب الدين مطالبته في الحال.

وحاصل ما قيل هنا أنه:

تارة يعلّل بأن عدم سقوطه بالإسقاط من جهة أن التأجيل حق مشترك لا لخصوص المديون.

وفيه: أن الإشتراك غير مانع من أن يسقط حق من أسقط حقه وهو المديون؛ غاية الأمر أنه يبقى حق صاحب الدين.

وتارة بأن التأجيل قد ثبت بالعقد اللازم.

وفيه: أنه تقدم في باب الشروط في مسألة أن للمشروط له إسقاط حقه أن ثبوت الحق بالعقد اللازم غير مانع من أن يسقط بالإسقاط.

وتارة بما نقله المصنف من باب الشروط عن بيع التذكرة من أن الأجل صفة واحدة تابعة، لا يفرد بالإسقاط.

ونحن نقول: لو كان تبعاً صرفاً لا يمكن الإنفكاك، فلا يسقط بالإسقاط إلّا أن الإشكال في صغراه؛ بل / ٧٠٦/ التأجيل مقتضاه أن يكون للمديون أن لا يؤدي إلا بعد الأجل وأن يكون للدائن أن لا يقبل إلا بعد الأجل.

فمرجعه إلى حقّين وإن وقع التعبير عنه بلفظ واحد بعد أن الثمن على ذمة

---

١) كتاب المكاسب ٢١٣/٦، هل يسقط أجل الدين إذا أسقطه المشتري المستحق له؟

٢) تذكرة الفقهاء ٢٣/١٣، عدم وجوب دفع المؤجل قبل أجله.

المشتري من أول العقد. فتقييد كونه إلى رأس المدة ليس إلا بلحاظ عدم لزوم الأداء قبل الأجل على المديون وعدم وجوب القبول على الدائن قبل الأجل، بل كونه حقاً لهما، ليس إلا بلحاظ ما قلنا.

ولذا نقول: إن الأجل المجعول وإن كان بصورته بسيطاً من كون الثمن إلى رأس الأجل؛ لكنه منحلّ إلى أن للمديون التأخير في الأداء وللدائن التأخير في القبول وليس الحقيقة إلا بلحاظ ذلك.

ثمّ على القول بأن الحق مشترك وأن حق المديون تبع لا يستقلّ بالإسقاط لو اجتمعا على الإسقاط يسقط، وهو المراد من التقايل في كلام جامع المقاصد[1].

في أنه يسقط حق التأجيل بالإسقاط ما لم ينذر التأخير

ثم إنه لو نذر المديون بأن لا يؤدي إلا بعد الأجل، فيتعلق به وجوب الوفاء بالنذر بأن لا يؤدي إلا بعد الأجل بعد فرض رجحانه، حيث إن النذر كان نذر ترك الفعل، وكان الترك راجحاً على الفرض، وحين وقوعه لم يكن مانع من صحته ووجوب التأخير في الأداء عليه غير منافٍ للحق الذي كان له من التأخير، إلا أنه يسقط الحق عن قابليته للإسقاط.

ويمكن القول بأن النذر هنا يرجع إلى استيفاء ذي الحق لحقه، فخرج عن قابليته للإسقاط.

وبوجه آخر نقول ـ كما قلنا في نظائره ـ: إنه لا يمكن الجمع بين وجوب الوفاء بالنذر ووجوب الوفاء بعهد الإسقاط. فبعد تقدم النذر أولاً وشمول وجوب الوفاء له حيث إنه في ذلك الزمان لم يكن مانع من وجوب الوفاء به، فبعد ذلك لا يشمل وجوب الوفاء لعهد الإسقاط لوجود المانع قبله، ودليل صحته منحصر به.

---

١) جامع المقاصد ٤١/٥، لو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان.

مع أنه لو شككنا في أنه يسقط بالإسقاط، فنستصحب الحق ووجوب الوفاء بالنذر، بعد أن الحق أن الإستصحاب حجة مع الشك في المقتضي وبعد أن استصحاب قابلية سقوطه بالإسقاط الثابت له قبل النذر، من الإستصحاب /٧٠٧/ التعليقي الذي ليس حجة عندنا.

في الدليل على وجوب قبول الدائن للدين عند إلزام المديون

قوله: مسألة: إذا كان الثمن، بل كل دين[١] .. اه.

أقول: في صورة دفع المديون الدين الثابت عليه إلى مالكه وجب القبول عليه، ولو امتنع سقط اعتبار رضاه في تعيين الدين في ما عيّنه المديون.

واستدل المصنف (ره) للأول بأن في امتناعه إضراراً وظلماً، وللثانى بقوله ﷺ «**لا ضرر**»[٢].

في نقل ما ذكر لدلالة قوله «لا ضرر» على سقوط اعتبار قبول الدائن عند امتناعه في خروج ذمة المديون عن الدين

ونقلت في أواخر مكتوباتي في كتاب الرهن أنه استدل بقوله «لا ضرر» لأصل وجوب القبول بما حاصله: أن الفقهاء اختلفوا في أن أداء الدين معاملة أو تعيين ما في الذمة إما كونه معاملة بلحاظ أن ما في ذمة المديون مال قابل لأن يشتريه كل أحد ويجب المعاملة في صورة كان المشتري هو المديون؛ لأن بقاء الدين في ذمته كبقاء مال شخص أجنبي في بيته ضرر على المديون، ورفع هذا الضرر بدون إعطاء

---

١) كتاب المكاسب ٢١٦/٦، مسألة: وجوب قبول الثمن، بل كل دين إذا كان حالاً أو حل.

٢) الكافي ٢٩٢/٥ ـ ٢٩٣، باب الضرار، ح ٢.

العوض ضرر على الدائن، وأما مع العوض، فلا ضرر على واحد منهما، فتصير المعاملة واجبة.

/٧٠٨/ وأما كونه تعيين ما في الذمة، فبلحاظ أن الدين يكون كلياً. وتعيين هذا الكلي يكون بيد المديون. وإذا عين المديون في المجانس يجب القبول على الدائن؛ لأن بقاء الدين على ذمة المديون ضرر على المديون. ونقلت في مسألة ولاية الحاكم على قبول الدين عن الدائن الممتنع عن القبول في باب الولايات في شرائط المتعاقدين أنه استدل على سقوط اعتبار قبول الدائن عند امتناعه عن القبول في تعيين الدين فيما يعيّنه المديون أيضاً بقوله «لا ضرر» بما ملخصه: أن مفاد قاعدة الضرر أن الحكم الضرري مرفوع، فلابدّ لنا من أن نعدّ أحكام الشارع وكل حكم يجيء من قبله الضرر نحكم برفعه وأن هذا الحكم ليس موجوداً في أحكام الشارع.

وعلى هذا فتقول: إن خروج ذمة المديون عن الدين يحتاج إلى أمرين:

أحدهما تعيين المديون ذلك الدين من ماله وهذا الحكم ليس بضرري؛ أعني شرطية تعيين المديون لخروج ذمته عن الدين؛ لأنه باختيار المديون، فلم يرفعه قوله «لا ضرر».

وثانيهما /٧٠٩/ قبض الدائن. والضرر في مفروض المقام يكون من قبل شرطية القبض لخروج ذمة المديون عن الدين، فلابدّ من أن نقول بعدم شرطية القبض بمقتضى ما عرفت في مفاد قوله «لا ضرر» ومقتضىٰ ذلك ثبوت الولاية لنفس المديون.

إن قلت: إن ورود الضرر موقوف على عدم كون الحاكم ولياً عن الممتنع، وإلا فلا ضرر من قبل اشتراط القبض؛ لأن له أن يقبض المال إلى الحاكم، فتمامية المقصود يتوقف على إثبات عدم ولاية الحاكم.

قلت: ولاية الحاكم إنما يكون لمن لا ولي له، وعلى هذا فلابدّ لنا من أن نغمض

العين من ولاية الحاكم رأساً، ثم نراجع الأدلة في كل مقام نشك في أن هنا ولياً، فإن صاعد الأدلة على ثبوت الولاية لشخص خاص، فنقول هناك بعدم ثبوت الولاية للحاكم ولو لم يعين ولي بوجه فنقول هناك بولاية الحاكم.

وعلى هذا لا وجه للمناقشة على ما دلّ على ثبوت الولاية لشخص باحتمال ثبوت الولاية /٧١٠/ للحاكم.

ثم اعلم أن المشهور يتمسكون لإثبات كل من وجوب القبول على الدائن ومن إسقاط اعتبار قبوله في الجملة عند الإمتناع بقاعدة الضرر، إلا أن المصنف (ره) بالنسبة إلى الحكم التكليفي، أعني وجوب القبول بأن الإمتناع من القبول يكون ظلماً أيضاً، ونقلنا عن الأستاد (ره) في كتاب الرهن أنه زاد بالنسبة إلى الحكم الوضعي، أعني سقوط اعتبار قبول الدائن في تعيين الدين فيما يعيّنه المديون، التمسك بقاعدة الحرج أيضاً.

في أن الجواهر منكر وجود دليل على سقوط اعتبار القبول في فراغ ذمة المديون والرد عليه

هذا، ولكن يظهر من الجواهر[1] أنه بالنسبة إلى الحكم الوضعي، وهو سقوط اشتراط القبول لا يدل شيء من الأدلة عليه، حيث إنه بعد ما يذكر أولاً ما ذكره المشهور من التمسك بقاعدة الضرر لإثبات سقوط اعتبار القبول في تعين الدين فيما عيّنه المديون، يقول في بعض فروع المسألة: قد ذكرنا ذلك كلّه موافقة لكلماتهم /٧١١/ التي جملة منها مجرد دعوى بلا دليل؛ فضلاً عن أن يصلح قاطعاً لأصالة عدم تشخص الدين وعدم ملك المستحق وعدم براءة المستحق عليه، إلى أن يقول: إنه لو أمكن الدين في ماله فيدسّ في ماله لصدق الأداء والإيصال بالدسّ

---

١) جواهر الكلام ١١٩/٢٣، وجوب أخذ المتاع على من اشترى سلماً إن تمكنه البايع منه.

على وجه يدخل في سلطانه، إلى أن يقول: نعم، هنا بحث في ولاية الحاكم عنه أو في حال غيبة الدائن؛ إنتهى.

ونحن نقول: لا إشكال في أن امتناع الدائن من قبول الدين عند إلزام المديون بقبول ما عيّنه من المجانس يكون ظلماً، لكن الظلم من الدائن لا يوجب إلا حرمته ووجوب القبول ولا يثبت الحكم الوضعي.

نعم، بذلك يثبت وجوب أخبار الدائن من كلّ أحد من باب الأمر بالمعروف ودعوى أن الحكم ببقاء الدين على ذمة المديون في صورة امتناع الدائن من القبول من إرادة المديون إفراغ ذمته ظلم عليه و﴿ **أن الله ليس بظلّام للعبيد** ﴾[1] مردودة بأن التكليف ليس بظلم.

إن قلت: لو لم يصدق الظلم على التلكيف، فلابدّ أن لا يصدق الحيف والجور أيضاً عليه وهذا ينافي مع أن الفقهاء يتمسكون في بعض الموارد بقاعدة الحيف لرفع الحكم لقوله تعالى ﴿ **أم يخافون أن يحيف الله** ﴾[2].. الآية، كما أنا نقلنا في مسقطات خيار الغبن ذلك عن الرياض، بل نحن أيضاً تمسكنا به.

قلت: في المقام تفصيل يحتاج إلى ذكر بعض الأمور:

منها أن محل النزاع مجرد صدق الظلم والحيف عرفاً. ولا ينافي ذلك مع أنه لو ثبت الحكم من الله مما يعده أهل العرف حيفاً وظلماً، فنخطئ العرف في تسمية ذلك حيفاً أو ظلماً، وإنما ينفع الصدق العرفي فيما لم يثبت من الشارع تخطئة أهل العرف، نظير أن أهل العرف يعدون ذبح الحيوانات ظلماً؛ لكنه بعد ما ثبت أن الشرع أذن فيه ونعلم أن الشارع لا يأذن في الظلم، فنقول: إنه من باب تخطئة أهل العرف في عدّ ذلك مصداقاً للظلم.

ومنها أن للمولى سلطنة على العبد ومنه لا يعدّ تكليفه بعبده في كثير من الأمور

---

١) آل عمران: ١٨٢.

٢) النور: ٥٠.

ظلماً أو حيفاً.

ومنها أنه في صدق العرفي للظلم أو الحيف في كثير من الموارد لا فرق بين ما يفعله الله مع عباده وبين ما يفعله سائر الموالي مع عبيدهم؛ مثلاً لو كان لمولى عبيد لم يوجد بين العبيد خصوصية مرجحة لبعضهم على بعض ومع ذلك أخذ المولى ما يعدونه العقلاء حقاً لبعض من ذلك العبيد وأعطاه إلى غيره من سائر عبيده، فأهل العرف يقولون: إن ذلك حيف وظلم.

ومثل هذا الصدق العرفي محقق في تصور مثل هذا الحكم من الله مع عبيده وهذا يصير دليلاً على عدم ثبوت هذا الحكم من الله لقوله تعالى ﴿ **أم يخافون أن يحيف الله**﴾ وقوله تعالى ﴿ **إن الله ليس بظلام للعبيد**﴾.

ولا ينافي ذلك مع أنه لو ثبت مثل هذا الحكم من الله، فنقول: إن ذلك من باب التخطئة في المصداق وإنه لا ظلم في ذلك ولا جور وإنه يكشف ذلك من جهة لم يكن تلك الجهة بيد أهل العرف.

وقد حققنا في الأدلة العقلية وفي أول البيع أن هذا لا يمنع من التمسك بمجرد الصدق العرفي في كلّ مورد لم يثبت تخطئة الشارع لأهل العرف.

نعم، هذا الوجه لا يعين أن المنفي خصوص اعتبار الرضا أو أصل اشتراط القبض وإنما ينفي ما يعدّ ظلماً وجوراً كما أن قاعدة الحرج أيضاً حاله كذلك. وسيأتي اقتضاؤهما في مسألتنا ـ إن شاء الله تعالى ـ.

إن قلت: نسلّم منك أن كل حكم يصدق الظلم والحيف عليه عرفاً مقتضى الآيتين نفيه، إلا أن المفروض أن تخطئة الشارع لأهل العرف في جعل شيء من الحكم أو غيره مصداقاً للظلم والحيف ممكن وكلما يكون ممكناً، ظواهرالألفاظ حجة فيه ولو كان الدلالة بمثل الإطلاق أو المفهوم.

وعلى هذا فمجرد أن يكون مقتضى إطلاق الأدلة اشتراط القبض والرضاء وعدم ولاية الحاكم وغيره هنا كافٍ في رفع صدق الظلم والحيف في المقام، فينحصر

صحة التمسك بالآيتين بصورة كان القول باعتبار ذلك كلّه هو الأصول.

قلت: مع فرض صدق الظلم والحيف على حكم نمنع أنه مجرد اقتضاء بعض الظواهر خلاف ذلك يعين تقديم تلك الظواهر؛ كيف والمعارضة ثابتة وإنما يعين التخطئة في المصداق في صورة كان حكم الشارع ثبوته بلا إشكال.

وثانياً نمنع ثبوت تمام ما يتوقف عليه عنوان الظلم والحيف بالأدلة الإجتهادية.

وأما التمسك بالضرر لإثبات الحكم الوضعي، /٧١٢/ فلا مانع فيه، إلا أن الإشكال في صدق الضرر؛ لأنه من حيث الإعتبار وإن يمكن أن يقال: إن الدين بمنزلة مال يكون في عهدة المديون وإن عهدته بمنزلة بيته، إلا أن ذلك لا يصحح صدق الضرر عرفاً ليشمله قوله «لا ضرر».

في أنه لا مانع من التمسك بالحرج في سقوط اعتبار قبول الدائن أو رضاه عند امتناعه

وأما التمسك بأدلة الحرج، فلا مانع فيه؛ لأن المديون إذا أراد تفريغ ذمته وفرضنا أن الدائن يمتنع عن قبول الدين، ففي مثل الفرض لو توقف تفريغ ذمته على قبول شخص الدائن، فهذ الحكم يكون موجباً للحرج.

وقد ذكرنا في محله أن مفاد أدلة الحرج عدم مجعولية كل حكم موجب للحرج وسيوضح ـ إن شاء الله ـ أن هذا أي شيء ينتج في المقام.

إن قلت: إن أدلة الحرج إنما ينفي حكماً يوجب المشقة البدنية، لا ما يشقّ على النفس تحمله، كما في المقام.

قلت: نحن وإن ذكرنا ذلك في بعض المواضع، لكنه لعدم صدق الحرج عرفاً وفي المقام يكون الحرج عرفاً صادقاً، بل يجوز أن يقال: إن صدق الحرج على ما يكون فيه مشقة بدنية إنما هو لأنه يشقّ على النفس تحمله.

ومنه لا يصدق الحرج على كلّ عمل صعب يكون النفس شائقاً إليه بحيث لا يلتفت إلى صعوبته بوجه من الوجوه لعشقه إليه.

هذا مضافاً إلى أنه يستفاد من بعض الأدلة المعتبرة للحرج أن الدين ليس فيه ضيق كصحيحة البزنطي الواردة في جلود العراق.

ومن الواضح أن الضيق إنما يكون صدقه عرفاً على كل ما يوجب ضيق النفس ولا مناسبة لدعوى اختصاصه بما يوجب المشقة البدنية؛ فتدبّر جيّداً.

نعم، قاعدة الحرج لا يعين أن المنفي خصوص اعتبار الرضاء أو غير ذلك، إلا بضميمة قواعد أخر، وسيوضح ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وإذا عرفت هذا فنقول: بالنسبة إلى الحكم الوضعي؛ أعني تفريغ ذمة المديون، فالمصنف (ره) نقل عن جامع المقاصد[1] أنه بعد تعيين المديون ما في ذمته في الشخص جاز للحاكم أن يتولى القبض من دون /٧١٣/ إكراه للدائن على القبض؛ نظراً إلى أن السلطان ولي الممتنع وأن المراد منه من يمتنع بالإختيار.

ولكن المصنف رجح أنه يجبر الحاكم للدائن على القبض ويكرهه عليه وأنه يكفي مجرد أخذه ويسقط اعتبار رضاه في تحقق القبض.

نعم، لو امتنع الإكراه أيضاً، فحينئذٍ يجوز للحاكم أن يتولى نفس القبض؛ بناءً على أن الممتنع من يمتنع ولو بعد الإجبار.

في مناقشات الأستاذ (ره) على ثبوت الولاية للحاكم والجواب عنه

ونحن نقلنا في باب الولايات عن الأستاذ (ره): أن الولاية لنفس المديون وأنه يكفي مجرد تعيينه لما في ذمته في الشخصي في خروج الدين عن ذمته وأنه يسقط اعتبار قبول الدائن في ذلك، فلا توجد للحاكم ولاية، لا قبل إجبار الدائن

---

١) جامع المقاصد ٢٤٨/٤، حكم ما لو أحضر المثل أو أكثر أو بعضه وقت الحلول.

ولا بعده لما تقدم من أن قاعدة الضرر تثبت الولاية للمديون؛ يعني يدل على سقوط اعتبار القبض وأنه لا وجه لملاحظة احتمال ولاية الحاكم في دلالة «لا ضرر» على ولاية المديون؛ لأن ولاية الحاكم ليس في عرض الولايات /٧١٤/ بمقتضى قوله «الحاكم ولي من لا ولي له». وقد تقدم أن قاعدة الضرر إذا لم يلحظ احتمال ولاية الحاكم فيه، يدل على سقوط إعتبار القبول ومقتضاه ثبوت الولاية للمديون؛ هذا أولاً.

وثانياً نقول: إن كون الحاكم ولي الممتنع ليس مضمون خبر حتى يبنى المسألة على معنى الممتنع المذكور فيه، بل هو من عبارات بعض العلماء.

وفي مقام آخر أورد عليه بأنه على فرض كونه خبراً يكون هكذا من أن السلطان ولي الممتنع، والمراد من السلطان هو الإمام، فإثبات الولاية للحاكم بذلك يتوقف على إثبات عموم النيابة للحاكم.

ونحن قلنا: إن مجرد كونه خبراً أيضاً غير كافٍ؛ لأنه مرسل، فيحتاج في حجيته إلى الإنجبار وهو بأن يكون عمل المشهور عليه بحيث يستندون إليه. وهذا غير معلوم كما أن كونه خبراً أيضاً غير معلوم وهو أيضاً مضرٌّ بالإستدلال.

هذا، ونحن نقول: يرد على الأستاد (ره):

في الجواب عن الأستاد فيما استدل به على رفع احتمال ولاية الحاكم في قبض الدين

/٧١٥/ أولاً بأن احتمال أن يكون للحاكم ولاية القبول موجود وبعد ذلك لا يمكن إثبات الولايةِ للمديون بقوله «لا ضرر». وكون ولاية الحاكم متأخرة عن الولايات الخاصة لا ينفع في رفع الإشكال، وذلك لأن قوله «الحاكم ولي من لا ولي له» غاية الأمر أن يدل على أن ولاية الحاكم ليس في عرض سائر الولايات، بل

يكون متأخرة عنها وحينئذٍ يكون مقتضاه أنه لو دل الدليل على ثبوت الولاية لشخص في مورد وكان أدلة ولاية الحاكم أيضاً شاملاً له، فنخصص أدلة ولاية الحاكم هنا ونقول: إن ولاية الحاكم بعد موت مثل هذا الشخص.

وأما إذا فرضنا أنه ليس لسان الدليل ثبوت الولاية لشخص خاص، بل إنما الدليل يقتضي أن يكون في البين ولي ويكون بنحو لو فرضنا عدم ثبوت الولاية هناك للحاكم يدل على ثبوت الولاية لشخص معين، فهنا لا نسلّم أن يقتضي كون الحاكم ولياً لمن لا ولي له أن يكون /٧١٦/ ذلك الشخص ولياً.

وما نحن فيه من هذا القبيل؛ لأن قاعدة الضرر لا يقتضي أن يكون المديون ولياً.

نعم، لو لم يكن الحاكم ولياً ليرفع ضرر المديون به، لكان المناسب أن يكون المديون ولياً ليرفع الضرر به.

وثانياً نقول: إن الأمر في المقام ليس دائراً بين ثبوت الولاية للحاكم أو المديون ليقال: إن المديون ولي خاص، فيقدم على الحاكم؛ بل الأمر دائراً بين ثبوت الولاية للحاكم وعدمه؛ لأن تفريغ الذمة كان متوقفاً على تعيين المديون وقبض الدائن والمقصود إسقاط اعتبار القبض، لا أن للمديون ولاية القبض من قبل الدائن.

وأما تعيين الدين في الشخصي كان للمديون من إبتداء الأمر.

في أن الحرج والضرر يرفعان خصوص ما فيه الحرج أو الضرر واحتمال جعل البدل يكون المرجع فيه الأصول

وإذا عرفت ما تقدم، فنقول: إن الدليل في المقام ـ كما عرفت ـ منحصر بالضرر ـ كما قالوا ـ، أو بالحرج ـ كما قلنا ـ.

وعلى /٧١٧/ هذا نقول: مع إمكان إكراه الدائن على القبض: فنفس القبض

ممكن وأما الرضاء المأخوذ فيه غير ممكن لعدم قابليته للإكراه، فهنا لو توقف خروج الدين عن ذمة المديون على رضاء الدائن، فيكون موجباً للحرج أو الضرر، فلابدّ من أن يسقط إعتبار الرضاء هنا قطعاً، كما أنه لو لم يمكن إكراه الدائن على القبض، فهنا لو توقف براءة ذمة المديون على قبض الدائن، فيوجب الحرج أو الضرر.

فلابدّ من أن يسقط إعتبار القبول في هذا الفرض إلا أن سقوط اعتبار الرضاء في الفرض الأول، واعتبار أصل القبض رأساً في الفرض الثاني غير منافٍ لأن يكون قبض الحاكم بدلاً عن قبض الدائن في الفرض الأول كما قاله المحقق الثاني أو في الفرض الثاني كما قاله المصنف (ره)؛ لأن مقتضىٰ الضرر والحرج رفع ما يوجبهما وساكت عن ثبوت شيء آخر لم يكن أولاً بعد رفع ما يوجب الحرج، كما أنه في صورة يمكن الإكراه على القبض الذي يقتضي الحرج /٧١٨/ رفعَه، خصوصُ اعتبار الرضاء في القبض، إلا أنه من الممكن هنا رفع اعتبار القبض رأساً وكفاية تعيين المديون لما في ذمته في الشخصي في براءة ذمته، كما ادعاه الأستاد.

وذلك نظير أنه إذا كان المسح بشيء من موضع المسح في الرجل في الوضوء موجباً للحرج، فالذي يدل عليه أدلة الحرج رفع وجوب المسح عن خصوص ذلك الموضع، لكن لا ينافي اعتبار وجوب المسح على المرارة الموضوعة على ذلك الموضع، كما أنه لا ينافي رفع وجوب مسح ذلك الرجل رأساً أيضاً ودليل الحرج ساكت عنهما، وهكذا نظائر المقام.

ومنه كثير الإحتمالات في باب التيمم في صورة كان في إحدى يدي المتيمّم مانع من الضرب على التراب والمسح، وليس شأن دليل الحرج والضرر إلا رفع ما يوجب الحرج أو الضرر، وإما سائر الخصوصيات لابدّ من أن يرجع /٧١٩/ فيها إلى الأصول أو القواعد الأخر.

مثلاً فيما ذكرناه من مثال الوضوء إما يعمل بقاعدة الميسور ويعين أن الوضوء

في المقام واجب مع سقوط جزء من المسح من دون حاجة إلى البدل، كما أنه لو لم يجر قاعدة الميسور ولا قاعدة أخرى، يرجع فيه إلى الأصول.

فبناءً على أن الشرط للصلاة هو الطهارة التي عبارة عن أمر واقعي وأنه لا مانع من التكليف به، فلا مفرّ له إلا من الإحتياط بإتيان كل ما يحتمل إعتباره، حيث إن استصحاب عدم حصول الطهر جارٍ بدونه.

وأما لو كان الشرط نفس الوضوء فيبتنى المسألة على مسألة البراءة والإشتغال في دوران الواجب بين الأقل والأكثر، كلّ على مذهبه.

وأما في مسألتنا /٧٢٠/ فيكون مقتضىٰ الأصل عدم فراغ الذمة حتى يأتي بما هو المتيقن بأن يعين الدين في الشخصي ويقبضه إلى الحاكم، بل لو أمكن الإقباض إلى الدائن كرهاً فيفعله بعد ذلك حتى يبرء ذمته.

في أن في مسألتنا لابدّ من أن يراعى الإحتياط بإتيان ما يحتمل توقف خروج الذمة عن الدين عليه

ثمّ إن لزوم مراعاة ما ذكرناه من الإحتياط مبني على عدم قيام دليل على عدم الولاية الحاكم أو على عدم الحاجة إلى الإقباض كرهاً مع إمكانهما.

وعلى هذا ثبوت لزوم الإحتياط المذكور موقوف على عدم تمامية شيء مما ذكروه أو يمكن أن يذكر لإثبات عدم ولاية الحاكم أو عدم لزوم القبض من دون الرضاء، فنقول: أما ما ذكر لإثبات عدم ولاية الحاكم في المقام فوجوه:

في الوجوه التي نقلتها لرفع احتمال ولاية الحاكم على قبول الدين عن المديون والجواب عنها

منها أنه في الجواهر تمسك في صدر كلامه لإثبات عدم ولاية الحاكم بإطلاق أدلة الضرر. ولعل تقريب /٧٢١/ الإستدلال أنه قبل الإمتناع كان براءة الذمة

موقوفاً على تعيين المديون وقبول الدائن ولم يكن ولاية للحاكم.

فعلى هذا نقول: إن دليل الضرر ارتفع إعتبار قبول الدائن ودل إطلاقه على أن ما سواه من الأحكام يكون باقياً على ما كان قبل الإمتناع.

وفيه: أن إطلاق الضرر يقتضي رفع كل ضرر ولم يكن متعرضاً لحال ما سواه من الأحكام.

إن قلت: فعلى هذا، ففي كل مورد تحكم برفع حكم وضعي أو تكليفي بقاعدة الضرر أو الحرج أو غيرهما، فيأتي في البين إحتمال جعل بدل له ولابـدّ لك أن تراعي ذاك الإحتمال.

قلت: الإحتمالات المشار إليها ـ لو لم يرفع ـ محتملة بشيء من الأدلة أو الأصول المعتبرة، فحينئذٍ لو لم يكن لذاك الإحتمال منشأً عقلائي، فالعقلاء لا يعتنون بتلك الإحتمال ونحن أثبتنا في محله اعتبار بناء العقلاء على نحو الإطلاق، وأما لو كان لذاك الإحتمال منشأً عقلائي، /٧٢٢/ فلا مانع من مراعاة احتماله ولا يلزم فيه محذور.

ومنها ما نقلته عن الأستاد (ره) في باب ولاية الحاكم من أن ما كان له مدخلية فى تفريغ ذمة المديون تعيينه للدين من ماله وإقباضه بالدائن.

والمفروض أنه ارتفع اعتبار القبض للضرر وبعد ذلك من أين يجيء احتمال اعتبار قبض الحاكم.

وفيه ما فيه؛ لأنه يمكن جعل قبض الحاكم بدلاً عن قبض الدائن ومنشأ الإحتمال العقلائي بعض الوجوه الغير المعتبرة واختلاف العلماء.

ومنها ما نقلته عنه (ره) أيضاً من أنه سيأتي أنه بعد قبض الحاكم أيضاً لا دليل على أن ذلك المقبوض يخرج عن مال المديون؛ لأن سقوط اعتبار قبض الدائن إنما هو في حصول براءة المديون، لا في صيرورة ذلك المال ملكاً للدائن.

وعلى هذا، فله أن يسترجعه من الحاكم. **وفيه**: أنه لو استرجعه وتصرف فيه،

فيشتغل ذمته به؛ لكن هذا نشأ من اختياره وأما لو استرجعه وأقبضه بالدائن، فيعلم بفراغ ذمته لمراعاة تمام الإحتمالات.

والأحوط أن يصير وكيلاً عن /٧٢٣/ الحاكم في إقباضه بالدائن كرهاً ليراعى تمام الإحتمالات.

ومنها ما نقلته عنه أيضاً من أن القبض يشترط فيه القصد، والحاكم لا يعلم أن له ولاية القبض، فكيف يقصد القبض.

وفيه:

أولاً أنه لو كان المراد من القصد الإعتقاد، فهذا غير معتبر في الدائن أيضاً؛ لأنه لو كان شاكّاً في أصل الدين وأقبضه مراعاتاً للإحتياط، فيكفي ذلك في براءة ذمة المديون لو كانت ذمته مشغولة ولو كان المراد من القصد مجرد الإلتفات أو بداعي كونه عن الدين ولو محتملة، فلا مانع من تحققه هنا.

وكذلك لو كان بمعنى الإنشاء الذي قلنا من أنه لا مانع من تعلقه بالحالات أيضاً.

وثانياً إذا فرضت اعتبار شيء في القبض ولا يمكن تحصيله في المقام، فنفس دليل الحرج يصير دليلاً على سقوط اعتباره في المقام، فيرتفع احتمال اعتباره، كما دلّ على سقوط اعتبار قبض الدائن في حصول /٧٢٤/ براءة ذمة المديون.

إشارة إلى ما هو مفاد أدلة الحرج وأنه لو امتنع الحاكم عن القبول يسقط احتمال ولايته

وذلك لأنا ذكرنا في محله: أن مفاد أدلّة الحرج رفع كل حكم تكليفي أو وضعي يوجب الحرج، سواء كان الحرج في متعلقه أو مقدماته الموجودية أو العلمية؛ لأن الموجب للحرج هو نفس الحكم في جميع التقادير؛ فتدبّر.

تنبيه

لا يخفى عليك أن احتمال ولاية العدول على القبض من الدائن الممتنع بعد تعذر الحاكم، يكون حاله كحال احتمال ولاية نفس الحاكم ابتداءً في أنه ليس في البين ما يرفع احتمال اعتباره، فلابدّ أن يراعى احتماله في مقام الإحتياط ليحصل العلم ببراءة الذمة.

نعم، من المسلّم بيننا وبين الأستاد (ره) من أنه لو تعذر القبض إلى الحاكم أو العدول إما لعدم وجودهما أو لعدم قبولهما لأن يقبضا عن الدائن، نظراً إلى أن مجرد احتمال ولايتهما لا يثبت وجوب القبول /٧٢٥/ عليهما.

ولو قلنا: إنه على فرض ثبوت ولايتها بحسب القبول عليها ـ كما تعرّضنا لذلك كله في باب الولايات ـ، فحينئذٍ يكون لهما أن ينفي وجوب القبول عن أنفسهما بأصالة البراءة، فحينئذٍ يمتنعان عن القبول.

فعلى هذا نقول بسقوط احتمال اعتبار قبضهما في خروج ذمة المديون عن الدين.

ووجهه واضح؛ لأن توقف خروج ذمة المديون عن الدين في مثل هذا الفرض يوجب الحرج أو الضرر، فيوجب الحرج أو الضرر لعدم شرطية قبضهما في هذا الفرض حيث إنهما يرفعان كل أمر مجعول يوجب الحرج أو الضرر.

ثم هذا كلّه فيما ذكر لإثبات عدم ولاية الحاكم على القبض في المقام، وعرفت عدم تمامية شيء منها.

في دعوى أن القبض غير قابل للإكراه لأن قوامه ببعض الأمور القلبية التي لا يتحقق بالإكراه

وأما ما ذكر لعدم الحاجة إلى القبض إلى الدائن كرهاً في براءة ذمة المديون

فوجوه تعرّضنا لها في باب /٧٢٦/ الولايات، وعمدتها ما نقلناه عن الأستاد (ره) من أن القبض غير قابل للإكراه لاعتبار بعض الأمور القلبية فيه من الرضاء والقصد لو لم نقل: إن القبض عين الرضاء بما عيّنه المدين وإن اللفظ والفعل من الكواشف عنه.

ثمّ على هذا المبنى تارة يمنع كون العقود والإيقاعات أيضاً قابلتين لأن يتعلق بهما الإكراه، نظراً إلى اعتبار الرضاء والقصد فيهما أيضاً.

ومنه يمنع الإكراه بالحق في باب العقود والإيقاعات وإن قال به الفقهاء في موارد عديدة.

وتارة يرجع عن ذلك ويقول في باب العقود والإيقاعات: لما يكون الرضاء المعتبر فيهما من الشرايط الشرعيه ويمكن سقوط اعتباره، فهما قابلان لأن يكر، عليهما إلا في صورة علم أن المكره بالفسخ لا يقصد الإنشاء، فلا يتحقق عنوان العقد والبيع وغير ذلك.

ثم إنه في إثبات ما نقلناه عنه يذكر بعض المباني الفاسدة عندنا وبعض ما يكون مخالفاً لمذاقه (ره) في غير /٧٢٧/ المقام وبعض الدعاوي الفاسدة، ونحن نعرض عن ذلك كله ونقتصر على ما هو التحقيق في المقام؛ **فنقول:**

أما أن القبض قابل لأن يكره عليه أم لا، فلا يخفى عليك:

أولاً أن المراد من القبض أو القبول الذي يقولون باعتبارهما، لو كان عبارة عن الرضاء الذي يكون له كاشف من لفظ أو فعل أو كان عبارة عن الأخذ المقرون بالرضاء بحيث لا يصدق عنوان القبض بدون الرضاء ـ كما نقلنا ذلك كلّه عن الأستاد في الموضع المشار إليه ـ، فحينئذٍ من الواضح أن القبض ليس قابلاً لأن يكره عليه؛ لأنه بالإكراه لا يتحقق ذلك العنوان بعد فرض أن الأمر القلبي لا يتحقق بالإكراه.

في وجه نظر المصنف (ره)
من أنه يكره بالقبض ويسقط اعتبار الرضاء

وتوضيح المقام: أنه بعد تسليم أن الأمر القلبي لا يتحقق بنفس الإكراه كالرضاء المعتبر في القبض ـ كما هو مسلّم عند الأستاد (ره) /٧٢٨/ والمصنف (ره) ـ فحينئذٍ نقول: لو كان ذلك الأمر القلبي من قبيل المقوّم للقبض عرفاً بحيث لا يصدق القبض عرفاً بدونه، سواء كان عبارة عن الرضاء المقيد أو الأخذ المقيد بالرضاء، فحينئذٍ لو وقع الإكراه، فيقع على أمر آخر غير القبض، فلا وجه للإكراه كما يدعيه الأستاد.

وأما لو قلنا: إن عنوان القبض يتحقق ولو لم يكن الرضاء أيضاً؛ لأنه عبارة عن مجرد الأخذ وأما الرضاء فشرط شرعي للقبض الذي شرط في خروج المال عن عهدة المديون، فحينئذٍ نقول: إن ما يعتبر في خروج الدين عن عهدة المديون هو القبض والرضاء والذي يكون متعذراً هو الرضاء، فلابدّ من أن يسقط خصوص الرضاء، دون القبض لإمكان تحصيله بالإكراه، فلابدّ من أن يحصله بالإكراه.

إن قلت: على مذاق الأستاد (ره) لابدّ من أن تقول بعدم وجوب الإكراه من باب الحكم التكليفي أيضاً /٧٢٩/ أعني مجرد الأمر بالمعروف أيضاً؛ لأنه بعد أن الرضاء مأخوذ في القبض عرفاً، فيكون مقوماً له وبعد أن الإكراه على الأمر القلبي غير ممكن لأنه لا يحصل بالإكراه. فحينئذٍ لو أكرهه، يكون الإكراه على مجرد الأخذ وهو غير ما كان واجباً عليه، فلا يصير هذا الإكراه واجباً من باب الأمر بالمعروف، بل يكون حراماً.

قلت: كما نقلنا عنه في باب ولاية الحاكم ملتزم بذلك كلّه، بل نقول بحرمة الإكراه من وجه آخر أيضاً، وهو أن القبض وإن كان واجباً عليه، إلا أن له بدلاً

وهو قبض الحاكم وكل واجب يكون له بدل لا يجوز الإكراه عليه، ويحرم فيه الأمر بالمعروف وإن كان هذا الكلام منافياً لما تقدم من قيام الدليل على أنه ليس للحاكم ولاية في المقام.

فيما دلّ على وجوب القبض على الدائن والمناقشة عليه وأنه لو لم يثبت الوجوب وامتنع عن القبض يسقط اعتباره

هذا؛ ولكنّا نقول:

أولاً إن ثبوت / ٧٣٠/ البدل للواجب ـ على تسليمه ـ إنما هو لخروج ذمة المديون. ولا ينافي هذا مع كون القبض واجباً عينياً على الدائن، مع أن البدلية عند امتناع الدائن ولو بعد الإكراه، فلا ينافي مع جواز إكراه الدائن على القبض.

وثانياً تقدم أن مجرد امتناع الدائن عن قبول دينه الذي كان له على ذمة المديون ظلم ما لم يثبت لخروج الدين عن ذمة المديون مخلص آخر، أو ما لم يكن له مخلص آخر لا يحتاج إلى مؤنة زائدة.

وعلى الأخير يشكل الإكراه لو احتملنا فراغ ذمته بمجرد تعيينه الدين في الخارج إلا أنه لو احتملنا ذلك وامتنع عن القبول وكان في الإقباض إلى الحاكم مؤنة زائدة، فحينئذٍ في صورة الإمتناع عن القبول لابدّ من [أن] نقول بخروج ذمة المديون عن الدين بمجرد تعيينه الدين في الخارج وإطراحه عند الدائن، كما / ٧٣١/ تقدم نظيره في امتناع الحاكم عن القبول.

وأما لو قلنا: إن الظلم صادق في عدم القبول ما لم يثبت لخروج ذمة المديون مخلص آخر لا يحتاج إلى مؤنة، فضلاً من أن يقول: إن كفاية مجرد التعيين أو قبض الحاكم في خروج ذمة المديون إنما هو بعد تعذر القبض ولو بالإكراه أيضاً، فحينئذٍ نقول: إن كون الإمتناع عن القبول ظلماً إنما هو من جهة أن القبول أمر

إختياري للدائن؛ لأن الظلم من العناوين المقبحة ولا مدخلية للأمر الغير الإختياري في الجهات المقبحة، فلابدّ أن يكون الدائن مختاراً في القبول وعدمه.

فعلى هذا لا مانع من إكراهه عليه من باب الأمر بالمعروف.

إن قلت: إن الرضاء بشيء كيف يكون إختيارياً.

في أن رضاء الدائن لو كان شرطاً فأعمّ من الرضاء العرضي وأن الرضاء العرضي يمكن حصوله بالضرب والإجبار

قلت: لو فرض أن الإنسان يكون في نفسه كارهاً عن قبول الدين ومع ذلك بأخذ الدين كرهاً /٧٣٢/ ويقول «قبلت أن يكون هذا عن مالي»، فلا يمكن التأمل في أنه يكفي عن القبض الذي يكون معتبراً في خروج عهدة المديون عن الدين لو لم نقل إنه يكفي فيه مجرد إيصال المال إلى يده ولو من دون رضاء منه رأساً، كما تقدم من الجواهر أن الدس في ماله بحيث يدخل تحت سلطانه يكفي في تحقق الإيصال والأداء المأمور بهما في صورة الإمتناع عن القبول؛ بل نقل ذلك عن بعض بنحو الإطلاق.

وبالجملة، لو لم نقل بذلك، فلا أقل من أن إنشاء القبول الناشي عن الرضاء العرضي يكون كافياً في تحقق القبض الذي يكون شرطاً في خروج ذمة المديون عن الدين، وهما قابلان لأن يحصلا بالضرب الذي هو آخر مراتب الأمر بالمعروف.

في أنه لو قلنا بوجوب القبض على الدائن فيمكن القول بأنه يجوز إجباره وضربه حتى يختار القبض مع الرضاء

إن قلت: كيف تقول بأنه يضرب ويكره على الإنشاء /٧٣٣/ والرضاء العرضي

مع أنه وإن كانا قابلين لأن يحصلا بالضرب والإكراه، إلا أنه لا طريق لنا إلى أنهما في أي زمان يحصلان.

قلت: نفس الضرب الذي يحصل من جهة النهي والزجر عن المنكر أو للأمر بالمعروف ليس على المنكر أو ترك الواجب الذي وقع؛ لأن هذا الضرب لا يمكن أن يكون زاجراً عن المنكر السابق، بل بالنسبة إلى المنكر الذي وقع، لا يجوز الضرب إلا من باب التعزير الذي هو شأن الحاكم.

وأما الضرب الذي يكون من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ويعدّ من آخر مراتبهما إنما هو بالنسبة إلى ما لم يقع من المنكر ليكون رادعاً عنه في حق من يكون عازماً على المنكر يضرب إلى أن يزول العلم من عزمه على فعل المنكر أو أنه بعد ما علم عزمه على المنكر يضرب حتى يحصل* / ٧٣٤/ العلم بأنه ارتدع

---

*) *إعلم أنه تقدم أن بقاء اشتغال ذمة المديون عند إرادته للأداء ضرر وحرج عليه ومنه يجب على الدائن القبض عند دفع المديون لماله إليه وهذا مبرء لذمة المديون، وقبض الدائن عبارة عن أخذ الدين وقبوله عن دينه على رضائه به. ثم عند امتناع الدائن عن الأخذ لدينه وقبوله عنه يقع الكلام في مقامين:*

الأول في أن عدم أخذ الدائن وقبوله عن دينه يكون المفروض أنه معصية، فيصير المنكر فيه واجباً كما في سائر المعاصي.

ثم إن القبض وإن كان الرضاء مأخوذاً فيه وهو أمر قلبي غير قابل للإكراه، بل مادام يكون كارهاً ليس راضياً، إلا أن القبض حتى رضاءه يكون مقدوراً للدائن وإلا لم يكن واجباً عليه.

نعم، إحراز القبض بمعنى الأخذ مع الرضاء لمن يجبره على القبض يكون مشكلاً، ومن هذه الجهة نقول: إما أن يجبره ويضربه على القبض إلى أن يحتمل حصول القبض أو إلى أن يعلم حصوله.

الثاني في أن القبض مبرء لذمة المديون، ومن هذه الجهة يقول: إن الضرر والحرج يقتضيان لرفع الحكم الذي يصير حرجياً أو ضررياً ومقتضى ذلك أن كل مورد توقف براءة ذمة على شيء يكون من قبل غيره مما صار متعذراً بوجه أن يرتفع شرطيته في براءة ذمة المديون، فيحصل له البراءة بدون ذلك الشيء التي كان شرطاً لو لم يتعذر، سواء كان ما تعذر نفس القبض والأخذ أو القبول والرضاء المأخوذين فيه.

وإذا عرفت [ذلك] نقول: إن تفريغ ذمة المديون كان متوقفاً على تعيينه للدين من ماله

وتسليمه الى الدائن ثم القبض من الدائن ورضاءه به. فكلّ من الأخيرين لو صار متعذراً يرتفع شرطيته في براء ذمة المديون فيبرء ذمته من الدين بلونهما كما في كل شرط آخر يتعذر.

وإنما الكلام في لزوم مراعاة جهتين أخريين مع فرض إمكانهما في حصول البيتين ببراءة ذمة المديون:

الأولى في لزوم إجبار الدائن على القبض لو أمكن بعد تعيين المديون الدين من ماله، وهنا لا إشكال في أنه لو لم ينفع الإجبار في حصول يعنى أخذ الدين والرضاء به عن دينه، فحينئذٍ يسقط اشتراط لزوم تقدم جبر الدائن في سقوط اشتراط القبض في براءة ذمة المديون، كما أنه في صورة يعلم أنه يحصل نفس القبض بواسطة الجبر، فهنا لم يتعذر نفس القبض أو شيء من شرائطه حتى يقال بسقوط اعتبارهما في براءة ذمة المديون بقاعدة الحرج والضرر.

ثم إنك عرفت أنه لا مانع في نفس الجبر بمقدار وجوب النهي عن المنكر وعرفت أنه لا امتناع في حصول الرضاء من الداين أيضاً. ثمّ بناءً على ما تقدم لو كان المديون أو الحاكم على مسلك من يقول: إن الجبر من الحاكم شاكاً في حصول القبض والرضاء بواسطة جبر الدائن، فهنا يعلم تعذر القبض حتى يقال بسقوط اعتباره في براءة ذمة المديون ونفس الجبر قد عرفت أنه لا مانع فيه أصلاً، بل واجب على كل أحد.

نعم، لو أجبر ولم يؤثر في حصول القبض والرضاء، فحينئذٍ يسقط إعتبار أصل القبض والرضاء في براءة ذمة المديون بقاعدة الضرر، بل الحرج كما هو كذلك في صورة علم من ابتداء الأمر أن الجبر لا يثمر في حصول القبض والرضاء.

الثانية في أنه في صورة صار القبض والرضاء من الدائن متعذراً من بدو الأمر أو بعد الجبر، فيجيء الكلام في أنه لو احتمل احتمالاً عقلائياً ثبوت بدل من الشارع عن هذا القبض في براءة ذمة المديون، فهل يلزم إيجاد يحتمل البدلية في ثبوت البراءة للمديون أم لا. مثلاً لو فرضنا أنه لم يقم دليل على أن قبض حاكم الشرع بمنزلة قبض الدائن ولكن يكون في البين احتمال ولاية الحاكم في هذا المقام، فهل يلزم مراعاة ذلك بأن يقبض بالحاكم مع تيسّره وإلا يستصحب إشتغال ذمة المديون وكذلك لو احتمل ثبوت بدل آخر عن القبض مثل طرح المال عند الدائن وإعلامه به.

وبعبارة أخرى يكون الكلام في أن دليل الضرر أو الحرج الذي دل على سقوط اعتبار قبض الدائن في براءة ذمة المديون عند تعذر القبض، هل له دلالة على عدم الحاجة إلى هذا البدل في براءة ذمة المديون أم ليس له دلالة على ذلك حتى يكون المرجع في صورة عدم إيجاد [ما] يحتمل فيه البدلية إستصحاب عدم حصول براءة ذمة المديون، فنقول هنا: أما بناءً على ما

رجّحنا هنا في المتن من أنه ليست هذه الدلالة لأدلة الضرر والحرج، فلا يرفع هذا الإحتمال بدليل الضرر وإطلاقه ـ كما يدعى ذلك ـ نقول: أما إحتمال البدلية لا طريق لنا إليه لتحرزه، فيرفع احتمال اعتباره نص أدلة الضرر أو الحرج؛ بل دلالة مثل قاعدة الضرر على عدم اشتراط ذلك في براءة ذمة المديون يكون بمثل دلالتها على عدم اشتراط نص القبض عند تعذره في براءة ذمة المديون. وأما في صورة كان في البين احتمال بدل معين عن القبض إلا أن احتماله مما لا يعتني العقلاء به. فهنا نص بناء العقلاء الذي قلنا بحجيته مطلقاً دليل على عدم اعتبار ذلك أيضاً في براءة ذمة المديون، بل هذا في حكم التعذر، فيكون نص دليل الضرر أيضاً دليلاً على عدم اعتبار ذلك في براءة ذمة المديون؛ بل ما دل على ذم الوسواسي وأهل الإبتلاء شامل لمثل ذلك.

وأما احتمال بدلية شيء يكون ملتفت إليه ويكون احتمال بدليته عقلائياً، نظير قيام قبض الحاكم مقام قبض الدائن أو بدلية طرح المال عند الدائن وشبه ذلك عن قبضه، فهنا نقول: أما في صورة تعذر هذا البدل أيضاً بوجه، فنص دليل الضرر الدالّ على عدم اعتبار قبض الدائن عند التعذر يدل على عدم اعتبار قبض تعذّر هذا البدل أيضاً بوجه نص دليل الضرر الدالّ على عدم اعتبار قبض الدائن عند التعذر يدلّ على عدم اعتبار قبض الحاكم أيضاً في هذا الفرض في براءة ذمة المديون. وأما لو لم يتعذر البدل وكان تحصيل البدل سهلاً لا عسر فيه.

فحينئذٍ لو كان محتمل البدلة منحصراً بشيء واحد ولم يمكن في إيجاد ذلك البدل مانع آخر أيضاً، فحينئذٍ على المبنى السابق نتكلم عليه يتوقف ارتفاع استصحاب بقاء الدين على ذمة المديون على إيجاد ذلك المحتمل البدلية.

ومثل ذلك لو كان في البين احتمال بدل آخر أيضاً عن القبض الذي كان شرطاً ولم يكن مانع من الجمع بينهما ولم يكن حرج على المديون في الجمع بينهما أيضاً.

وأما لو كان في البدل أو البدلين أو أكثر أو بعض منها ضرر أو حرج، فيرفع احتمال اعتبار ما كان فيه ضرراً أو حرج على المديون بنص أدلة الضرر والحرج.

بقي الكلام فيما لو فرض مثلاً احتمال واحد من البدلين عن قبض الدائن وكان كل منهما بلا مانع بوجه من غير ضرر أو حرج في شيء منهما، إلا أنه يكون المانع في الجمع بينهما أو كان الجمع بينهما موجباً للضرر أو الحرج.

ففي هذا الفرض مقتضى دليل الحرج والضرر عدم توقف حصول البراءة للمديون على الجمع بينهما، سواء كان الجمع غير ممكن أو كان فيه أو ضرر. وذلك كما لو احتمل أن يكفي في براءة ذمة المديون إما بتعيين المديون الدين من ماله، ثم تسليمه الى الحاكم وإما بمجرد

وارتفع العزم كما أن في جامع الشتات* إشارة إليه.

ثم إنك إذا عرفت أن الإنشاء والرضاء المعتبرين في المقام ليسا بأزيد مما قلنا من أنه يحصل بنفس الإكراه، فحينئذٍ لو حصلا بنفس الإكراه، فيخرج الدين عن ذمة المديون بنفس هذا القبض من دون حاجة إلى شيء آخر، بل يمكن أن يقال: إن ظاهر كلامه في حصولهما حجة على حصولهما؛ لأن الإكراه وإن كان موجوداً، إلا أن ما اعتبرناه يكون المفروض حصوله بنفس الإكراه**.

تعيين الدين من ماله مع إعلام الدائن به، كما يحتمل أن يتوقف على خراج المال عند الدائن أو وضعه في يده أو حجره، كما أنه يحتمل اعتبار الدين في ماله أو يحتمل كفايته في براءة ذمته، مع أن الجمع بين كثير منها غير ممكن أو يحتاج الجمع الى مؤنة، فيوجب الضرر أو أنه يكون في الجمع بينها الحرج، بل ربما مع الغمض عما تقدم يكون في الجمع بينها احتمال مانع آخر بأن يكون احتمال المانع في نفس الجمع بين المحتملين، كما لو احتمل أن يكون كفاية القبض يؤخذ منه ثانياً ويطرح عند الدائن وكذلك احتمال أن يكفي المطرح عند الدائن في صورة لم يؤخذ منه، ثم يقبض الى الحاكم. وعليه الجمع بين المحتملات لغو أيضاً.

وبالجملة، كل محتمل به محتملات البدلية يكون في الجمع بينه وبين محتمل آخر غيره حرج أو ضرر أو فيه شيء محتمل للمانعية عن الآخر، فهنا يتوقف رفع الضرر والحرج متوقفاً على أن لا يكون الأزيد من واحد منهما له مدخلية في براءة ذمة المديون، بل ذلك الواحد أيضاً يكون اختياره بيد المديون حيث لا طريق له غير ذلك، بل ذلك الواحد أيضاً لم يكن فيه ضرر ولا حرج وإلا يقتضي رفع الحرج والضرر لسقوط اعتبار البدل رأساً.

نعم، في صورة لم يكن شيء من الموانع المشار إليها في الجمع، فالقطع براءة ذمة المديون يتوقف على الجمع بين تلك المحتملات البدلية بناءً على المبنى السابق من أن إطلاق ما دل على رفع الضرر والحرج لا يدل على رفع احتمال البدلية، كما رجّحناه في المتن.

ومما ذكرنا ظهر أنه مع إمكان إجبار الدائن على القبض والأخذ لا مانع من الإكتفاء به في حصول براءة ذمة المديون، لاحتمال كفايته، ولا يمكن الجمع بينه وبين غيره من محتملات البدلية عن القبض ولو تصور إمكان الجمع بنحو، فيكون فيه احتمال مانعية كل عن الآخر. (منه قدس سره).

*) سؤال وجواب ميرزا قمي (ره). (منه قدس سره).

**) ذكرنا في بيع المكره أنه في صورة أكره على نفس العقد، فالذي يصير مضطراً هو نفس [العقد]، فيتعلق الرضاء العرضي بنفس العقد، دون مقتضاه من تبادل المالين.

فما ذكرناه في بيع المكره من أن أصالة القصد لا يجري في حق المكره بالفسخ في بعض الموارد غير جارٍ في المقام، إلا أن الحق أن الموارد مختلفة من حيث وجود القرائن الخاصة التي تكون في الموارد على أن مجرد اللفظ صدر عنه كرهاً أو أنه حصل له الرضاء العرضي وإنشاء القبول حقيقة، وكل مورد لم يتمكن من إحراز القبض بأي وجه كان، يسقط اعتباره ولو من جهة عدم ثبوت جواز إكراه الدائن على القبض حيث يحتمل سقوط اعتبار القبض بمجرد أن لا يقبض، كما تقدم نظيره في تعذر القبض إلى الحاكم.

ثمّ إن ما ذكرناه إلى الآن في القبض المكره عليه من جهة تحقق عنوانه وما /٧٣٥/ يعتبر فيه من الشرائط.

وأما بعد فرض تحقق عنوانه وما يعتبر فيه أو سقوط بعض ما يعتبر فيه بالضرر أو الحرج، يقع الإشكال في صحته الفعلي من جهة أخرى، وهو أن مقتضىٰ حديث الرفع المشتمل على قوله «وما استكرهوا عليه»[1] فساده.

هذا؛ ولكنّا رفعنا هذا الإشكال عن مطلق الإكراه بالحق، بأن القدر المتيقن من مساق حديث الرفع* غير الإكراه بالحق؛ فراجع إلى ما ذكرناه في باب الولايات وبيع المكره.

نعم، الرضاء العرضي يتعلق بنفس تبادل المالين الذي هو مؤدى البيع في صورة اضطرّ إلى نفس مؤدى البيع كما لو صار مضطراً وملحّاً إلى مبلغ معين وهو يتوقف على بيع داره حقيقة ليصير مالكاً لذلك المبلغ حقيقة، فيتعلق الرضاء بفساد العوضين أي البيع، فيوجد الرضاء العرضي بنفس التبادل ليصير مالكاً للثمن فيصرفه في حاجته. (منه قدس سره).

١) الكافي ٤٦٣/٢، باب ما رفع عن الأمة، ح ٢، والرواية هي: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن أمتي تسع خصال: الخطأ والنسيان وما لا يعلمون وما لا يطيقون وما اضطروا إليه وما استكرهوا عليه والطيرة والوسوسة في التفكر في الخلق والحسد ما لم يظهر بلسان أو يد.

*) ***حديث الرفع وارد مورد الامتنان ومنه لا يشمل كل أثر لا منّة في رفعه كصحة العقد المضطرّ إلى شيء من العقود وغيرها كالبيع لقضاء حوائجه بثمن المبيع الذي يكون خروجه عن ملكه شاقاً عليه. (منه قدس سره).***

هذا في حكم الإكراه بالحق في القبض كما في المقام؛ وأما الإكراه بالحق في باب العقود والإيقاعات، كما قالوا به في إكراه الزوج على بيع ماله لنفقة زوجته وإكراه مالك العبد والدابة على بيعهما إذا امتنع من الإنفاق عليهما وإكراه الراهن على بيع الرهن لأداء مال المرتهن.

وكذلك ورد في بعض الأخبار المعتبرة أن الوالي يجبر ولي الزوج على الطلاق إلى غير ذلك كما تقدم في باب الولايات.

في أنه لو تحقق الإنشاء والقصد دون الرضاء يتحقق عنوان المبيع بالإكراه

فنقول: إن الأمور القلبية المعتبرة في صحة البيع ـ كما /٧٣٦/ تقدم في محله ـ الإنشاء والقصد إلى تحقق مضمون البيع من قوله «بعت»* والرضاء بمضمون العقد.

---

*) *الإنشاء عبارة عن قصد حصول المعنى بنفس اللفظ، وقيل مقارناً للفظ. وعلى كل حال، فهذا معنى استعمال اللفظ في المعنى في باب الإنشاءات، ونحن رجّحنا في محله أن استعمال اللفظ في المعنى في غير باب الإنشاء عبارة عن قصد المعنى من اللفظ بحيث أن يكون ذكر اللفظ بمنزلة ذكر نفس المعنى ولا يقصد حصول المعنى ليدخل في الإنشاء.*

ثمّ إن قصد الإنشاء يوجد في حق الهازل واللاغي ومن يكون في مقام تعليم العقد، بل يصعب عدم قصد الإنشاء في اللفظ المستعمل فيه إلا بالإلتفات إلى التورية ويتم قصد الإنشاء بإتمام اللفظ وبدون قصد الإنشاء لا يتحقق عنوان العقد.

وبعض أنكر نفس الإنشاء وليس بشيء.

وأما القصد فعبارة عن إرادة وقوع مضمون العقد في الخارج ولو بعد إلحاق الشرايط بعد مدة، ومجرد الإنشاء يكون أمراً إعتبارياً وموجود في نفس الإيجاب، إلا أنه لا يقتضي بنفسه لترتب المضمون في الخارج.

ثمّ إن قصد إرادة وقوع المضمون ليس في كلام الهازل واللاغي ومن يكون في مقام التعليم.

ثم هذا أيضاً كقصد الإنشاء شرط لتحقق عنوان العقد وهما موجودان في عقد الفضولي

وعلى هذا، لو قلنا: إن الأمور القلبية غير قابلة للإكراه، فحينئذٍ نقول: بالنسبة إلى الإنشاء لو لم يتحقق، فينتفي عنوان البيع والعقد رأساً؛ لأن الإنشاء جزء مقوّم لهما عرفاً، فحينئذٍ يكون الإكراه على البيع لغواً؛ لأنه لا يحصل عنوان البيع بالإكراه إلا أنا ذكرنا في بيع المكره وباب الولايات أن من لم يكن ملتفتاً إلى التورية، يقصد الإنشاء قهراً؛ لأن الناس مجبولة على قصد المعنى من اللفظ إذا لم يكونوا ملتفتين إلى التورية ـ كما هو الغالب ـ.

وأما بالنسبة إلى قصد وقوع مضمون البيع أيضاً نقول كذلك من أن انتقاءه يوجب انتفاء عنوان البيع، إلا أنه أيضاً كثيراً ما يحصل قهراً. وأما الرضاء بمضمون العقد، فهو ليس مقوّماً لعنوان البيع عرفاً، بل هو شرط شرعي، فحينئذٍ يجوز أن يقال: إن رفع الضرر عن الزوجة كان متوقفاً على أن يبيع الزوج ماله برضاءه والذي تعذر من ذلك خصوص الرضاء، فلابدّ أن يسقط نفس الرضاء عن الإعتبار /٧٣٧/ دون نفس البيع، فيتعين الإكراه على البيع بعد ما تقدمت الإشارة إليه من أن قوله «ما استكرهوا عليه»[1] في حديث الرفع لا يشمل الإكراه بالحق.

وعقد الوكيل وليس فيهما الرضاء؛ لأن المراد رضاء المالك وهذين القصدين من العاقد.

إن قلت: إذا كان العقد صادراً من المالك وكان قاصداً بمعنى أنه مريد لوقوع مضمون العقد في الخارج، فيكون له الرضاء أيضاً بمعنى أن هذا القصد يتحد مع الرضاء وإن كان الرضاء عرضياً ناشياً من اللابدّية كما في عقد المكرة.

قلت: حصول أسباب القصد مغاير مع حصول أسباب الرضاء؛ لأن الإنسان ربما يتخيل بواسطة الإكراه أن الإضطرار لا يرتفع إلا بأن يقصد وقوع مضمون العقد، فيقصد وقوع المضمون في عقد المكره؛ ولكن قلبه لا يرضى بنفس النقل.

نعم، لو اضطرّ إلى نفس مضمون العقد، فيحصل الرضاء العرضي الذي قلنا بكفايته في صدق طيب النفس وذلك كما إذا احتاج إلى أن يملك مبلغاً معيناً ولا حيلة له إلا ببيع داره، فيرضى بنفس مضمون البيع لرفع هذا الإضطرار.

ثم يشهد على ما قلنا ـ مضافاً إلى ما تقدم ـ أن القصد مقوّم لعنوان العقد في نظر العرف والشرع والرضاء شرط خارج في نظرهما. (منه قدس سره).

١) الكافي ٤٦٣/٢، باب ما رفع عن الأمة، ح ٢.

هذا، ولكن بمقتضي ما تقدم منا من أن قاعدة الضرر يرفع اعتبار الرضاء وساكت عن قيام شيء آخر مقامه، فحينئذٍ نقول: من المحتمل أن يكون للحاكم ولاية على البيع بعد الرضاء، فيتعين الإحتياط بأن يبيع الحاكم أيضاً.

وسيوضح أنه مع احتمال ولاية الحاكم لا يصير جواز الإكراه مشكلاً، بعد أنه لا إشكال في وجوب البيع على الزوج مقدمة للإنفاق*.

في أن الرضاء العرضي يكفي وأنه موجود في المضطرّ دون المكره

ثمّ إن لنا في المقام كلامين:

الأول أنا ذكرنا في بيع المكره أن الرضاء العرضي يكفي في صحة البيع وغيره من العقود والمراد من الرضاء العرضي أن يكون منشأ رضاءه الإلجاء والإضطرار واللابدّية، كأن يبيع ماله وداره للإضطرار إلى ثمنه حيث يريد أن يصرفه فيما هو مضطرّ إليه.

وجه الكفاية صدق الرضاء وطيب النفس عليه، مضافاً إلى أنه لو لم يكن هذا الرضاء كافياً، يلزم بطلان كثير من المعاملات وكل مورد صار مضطراً إلى البيع

---

*) *نسلّم أن حديث الرفع لا يرفع الأثر في الإكراه بالحق ومع ذلك يكون الإشكال في الإكراه من وجوه:*

الأول لو قلنا بأن الحاكم ولي من يمتنع بالإختيار أو احتملنا ذلك كما تقدم في الإكراه على القبض، إلا أن يمنع ذلك.

الثاني من جهة أنه المكره لو قال «قصدت» و«أردت»، كما سيأتي.

الثالث من جهة أن المقصود بالأصالة في غالب موارد الإكراه بالحق تحصيل المال، فلابدّ من الإكراه بنفس المال.

وعليه لا يبقى إشكال كما سيأتي ولا وجه للإكراه بالبيع الذي هو مورد الإشكال. (منه قدس سره).

يكون هذا الرضاء موجوداً؛ لأن الإضطرار تعلق إلى ثمن المبيع وهو يتوقف على نقل داره مثلاً إلى المشتري في مقابل الثمن، فيحصل للبايع الرضاء العرضي بمضمون /٧٣٨/ البيع والمفروض أن هذا الرضاء يكون كافياً في صحة البيع كما أن قوله «**ما اضطرّوا إليه**» في حديث الرفع لا يقتضي رفع الصحة عن هذا البيع، لأنه خلاف المنة.

وأما الإكراه بالبيع، فنقول: إنه يوجب الإضطرار إلى نفس البيع الذي هو سبب للنقل والإنتقال، فيكون عدم الرضاء المطلق الذي كان متعلقاً بالأثر ـ وهو النقل والإنتقال ـ باقياً بحاله، فلم يتعلق الرضاء بنقل ماله.

وإذا عرفت هذا، فنقول: إن غالب موارد الإكراه بالحق لا وجه للإكراه على نفس البيع ليصير صحته محل الإشكال.

في أنه يجبر بالزوج مثلاً على نفس الإنفاق ليضطرّ بالبيع

مثلاً في باب إنفاق الزوج على الزوجة يجبر الزوج على نفس الإنفاق حتى يصير مضطراً إلى بيع ماله، فيبيع ماله، فحينئذٍ يصح البيع لوجود جميع شرائط الصحة فيه حتى في صورة كان الإجبار على الإنفاق ظلماً أيضاً، كما أن هذا حيلة لتصحيح البيع والعقد في موارد الإكراه بالباطل أيضاً.

في أنه لو صار البيع واجباً فيجبر إلى أن يعلم السرّ أيضاً على احتمال

الثاني أن نقول: على فرض أن يكون الواجب على الزوج في المثال المتقدم نفس البيع، فحينئذٍ نقول ـ كما تقدم في الإكراه على /٧٣٩/ القبض ـ: إن قصد

وقوع البيع من قوله «بعت» مع الرضاء العرضي يكون أمراً إختيارياً للزوج وإلا لم يكن البيع واجباً عليه.

وعلى هذا يجبر الزوج ويضرب من باب الأمر بالمعروف حتى يفعل كما تقدم أن مورد الأمر بالمعروف هو مثل ذلك، كما يضرب حتى يرتفع عزمه عن المعصية ويبنى على أن لا يفعل، إلا أنه يشكل الأمر في المقام لو قلنا بأنه لا يجوز الضرب من باب الأمر بالمعروف إلا في صورة نعلم أنه لم يقصد البيع ولم يرض به.

فحينئذٍ لو شككنا في حصولهما، فلا يجوز الإجبار بعده مع أنه يشكل الحكم بصحة البيع من الشك في قصد البيع والرضاء بمضمون العقد.

فهنا لابدّ من أن نقول بسقوط اعتبار رضاه في صحة البيع بقاعدة الضرر حيث إن اعتبار الرضاء فيه يوجب الضرر على الزوجة؛ بل لو قلنا: إن المتعذر هو القصد وبدونه لا يتحقق البيع، فحينئذٍ لابدّ من أن نقول بسقوط اعتبار بيعه أيضاً في نقل ماله لقاعدة الضرر، سواء قلنا بولاية الحاكم بعده أم لا؛ فتدبّر جيّداً.

في لزوم التفكيك بين خسارة العين على الشخص وكون منافعها له ومدرك قاعدة الضمان بالخراج

/ ٧٤٠/ **قوله: وقاعدة الضمان**[1][2] .. اه.

أقول: تقدم أن القبض من الدائن شرط في تعيين الدين في الشخصي ليصير ذلك المعين ملكاً للدائن ويخرج الدين عن عهدة المديون.

وما تقدم من سقوط اشتراط الرضاء المأخوذ في القبض أو نفس اشتراط القبض، فإنما هو بالنسبة إلى خروج الدين عن ذمة المديون للحرج أو الضرر، لا

---

١) في المكاسب: وقاعدة مقابلة الخراج بالضمان غير جارية هنا.

٢) كتاب المكاسب ٢١٨/٦، جواز التصرف في المعزول وعدم وجوب حفظه من التلف.

بالنسبة إلى اشتراطهما في تعين الدين في الشخصي ليصير ملكاً للدائن.

فعلى هذا مقتضىٰ القاعدة والإستصحاب بقاء ذلك المعين على ذلك المديون، فيكون منافعه له، مع أنه لو تلف يكون تلفه من مال الدائن. فما اقتضته القواعد في المقام يكون منافياً لقاعدة «الضمان بالخراج».

ثم اعلم أولاً أن فرض المسألة في صورة تعذر قبض الحاكم ولم نقل بثبوت ولاية المؤمنين من العدول أو غيرهم أيضاً على القبض من قبل الدائن وإن كان لهم ولاية على إجبار الدائن على القبض إذا أمكن، كما قاله المصنف، كما أنه يجري على القول بعدم ولاية القبض للحاكم أيضاً وإن لم يتعذر قبضه، أو قلنا: إن ولايته بل وولاية المؤمنين على القبض من جهة براءة ذمة المديون، لا من جهة تعين الدين من الشخصي، فإنه في جميع هذه الفروض إذا تعذر الإجبار على قبض الدائن يجري فيه ما ذكرناه من أن منافع ما يعين للدين تكون للمديون، وتلفه بدون التفريط يكون على الدائن بمقتضى القاعدة والإستصحاب.

وأجاب المصنف (ره) عنه بأن هذه القاعدة غير جاريةٍ في المقام، ونحن نقول: لو قلنا بعدم تمامية /٧٤١/ هذه القاعدة، فلا إشكال. وأما لو تمت بنحو الكلية بأن من كان خسارة مال عليه، فتكون منافعه له، فحينئذٍ نقول: يقع التعارض بين الدليلين اللذين اقتضيا التفكيك بينهما، فلابدّ من علاج التعارض.

في بيان مدرك قاعدة الضمان بالخراج وأن مدركه الموثقة ولا يقتضي الملازمة بين مطلق الخسارة والمنافع

وإذا عرفت هذا، فنقول: نحن تعرّضنا لأصل هذه القاعدة في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد، والمدرك لها النبوي ﷺ العامي «الضمان بالخراج» وبعض الأخبار من الخاصة، منها: موثقة إسحق بن عمار من الأخبار التي تقدمت في خيار الشرط،

حيث يقول فيه في مقام بيان الوجه لكون منافع المبيع للمشتري: «ألا ترى أنها لو أحرقت كانت من ماله».

ولا إشكال فيه من حيث السند؛ لأن الموثقة حجة عندنا بخلاف النبوي. فإنه مرسل عامي وانجباره غير معلوم؛ لأن من شرطه الإستناد. ولعل نظر الأستاد حيث ادعى هناك انجباره إلى مجرد كون قول المشهور على طبقه في الجملة.

وأيضاً ليس في الموثقة /٧٤٢/ إشكال من جهة الدلالة على المدعى، بخلاف النبوي ﷺ، فإن فيه الإشكال من جهة المراد من لفظ الضمان المأخوذ فيه، ومن جهة لفظ الخراج المأخوذ فيه.

وبعد تسليم أن المراد من الضمان، الخسارة دون العهدة وأن المراد من الخراج منافع العين، يكون إشكال في الدلالة على التلازم من الطرفين. ونحن رجّحنا في محله عدم ظهور النبوي ﷺ في ثبوت القاعدة المدعاة في المقام.

وأيضاً لا يرد على الموثقة تخصيص؛ وأما النبوي ﷺ ـ على فرض دلالته على الكلية ـ مخصص بموارد كثيره كالمغصوب والمقبوض بالعقد الفاسد والمقبوض بالسوم إلى غير ذلك؛ فإن الأعيان فيها مضمونة.

مثلاً المغصوب لو تلف، يتعلق عوضه بعهدة الغاصب، ويجب رد ذلك العوض إلى المالك، فالضمان بمعنى العهدة وبمعنى خسارة العين على الغاصب، مع أن العين قبل التلف كان منافعه /٧٤٣/ لمالكه.

وأمثال ذلك ليس تخصيصاً على الموثقه؛ لأن المغصوب أيضاً تلفه من مال مالكه وتعلق عوضه على عهدة الغاصب، غير منافٍ له.

ثم إنا نقلنا عن الأستاد (ره): أنه ناقش على الموثقة بأن قوله «ألا ترى».. اه في مقام بيان حكمة الحكم السابق، لا علته.

وفيه: أنه خلاف الظاهر ـ كما هو واضح ـ.

إن قلت: إنه مع ذلك كلّه لا ينتج في المقام من أنه لما يكون تلف ذلك المتعين

من مال الدائن، فلابدّ أن يكون منافعه له أيضاً، لاحتمال أن العين بآنٍ ما قبل التلف يدخل في ملك الدائن، فيتلف من ماله ـ كما قاله المصنف (ره) ـ.

قلت: ظاهر التعليل أن العين لو صارت بحيث لو تلفت، يتلف من مال شخص، فلابدّ من أن تكون منافعه لذلك الشخص أيضاً من تلك الحال، فيشمل المقام.

في أنه لما يكون تلف العين من مال الدائن، فلابدّ من أن نقول: إنه صار ملكاً له من حين عيّنه المديون

وحينئذٍ لو علمنا بثبوت الملازمة بين كون منافع العين مال شخص وبين كون تلف العين ملكه، فنقول: إن العين أيضاً من أول الأمر تكون ملكاً /٧٤٤/ للدائن.

ثمّ إنك إذا عرفت ما تقدم فنقول: مقتضىٰ قاعدة الحرج أو الضرر كون تلف ذلك العين من مال الدائن، ومقتضىٰ القاعدة والإستصحاب كون تلك العين قبل التلف ملكاً للمديون وتكون منافعها له أيضاً.

مع أن مقتضىٰ قاعدة «**الضمان بالخراج**» ـ كما عرفت ـ هو أن من يكون التلف عليه، لابدّ من أن يكون المنافع له أيضاً، فلابدّ من تخصيص واحد من القواعد الثلاث في المقام.

والمتعين أن تخصيص ما دل على أن الملك والمنافع للمديون لأن دليل الحرج والضرر مقدمان على سائر أدلّة الأحكام، وما دل على الملازمة بين كون تلف العين على شخص وبين أن يكون منافعها له أيضاً لمّا يكون متصدياً لنفس الملازمة، يكون أقوى مما اقتضى بعمومه أو إطلاقه كون المنافع للمديون، فضلاً من أن نقول: /٧٤٥/ إن مدركه منحصر بالإستصحاب.

ثم لو قلنا بأن كون تلفها من مال الدائن وكون منافعها أيضاً له ـ كما قلناه ـ يلازم مع كون العين ملكاً للدائن، فحينئذٍ لابدّ أن نقول بعدم جواز تصرف المديون

فيه. نعم، لو أتلفه المديون، فعلى كل حال تتعلق[١] العين بعهدته ويكون ضامناً.

قوله: ومقتضىٰ القاعدة عدم [وجوب][٢] حفظه[٣].. اه.

أقول: بعد أن المصنف (ره) يختار عدم وجوب الحفظ من التلف على نحو الإطلاق على المديون بالنسبة إلى ما يعينه للدين، ينقل عن المحقق الثاني[٤] أنه فرق بين ما لو عرضه على المالك أو أعلمه به وبين ما لو طرحه عنده، فيكفي وجوب الحفظ في الثاني، دون الأول.

وعلّل المصنف (ره) ذلك بأن المبرء للعهدة التخلية والإقباض المتحقق في الثاني دون الأول.

أقول: هذا ليس تفصيلاً في وجوب الحفظ الذي كان كلام المصنف (ره) فيه، بل هذا تفصيل في براءة عهدة المديون عن الدين من أنه مع الإطراح والحفظ يبرأ، دون ما لو انتفى أحد القيدين.

هذا؛ مع أن الإطراح والحفظ كأنهما متنافيان.

ولا يخفى أن صاحب الجواهر[٥] ينقل كلام المحقق الثاني هكذا من أنه بعد ما حكم من أنه في صورة امتنع الدائن عن قبول الدين، يبرأ ذمة المديون بمجرد التعيين، قال: هل هو مشروط بالحفظ بمجرى العادة، فيكون أميناً، أم لا، فلا يكون الحفظ واجباً.

ثم يستشهد للثاني بأنهم أطلقوا نفي الضمان عنه دفعاً للضرر ولو وجب الحفظ

---

١) في المخطوطة: يتعلق.

٢) الزيادة من المصدر.

٣) كتاب المكاسب ٢١٨/٦، جواز التصرف في المعزول وعدم وجوب حفظه من التلف.

٤) جامع المقاصد ٤١/٥، عدم وجوب دفع المؤجل قبل الأجل وعدم وجوب أخذه إن تبرع به الأخذ.

٥) جواهر الكلام ١١٨/٢٣، إن امتنع البايع من أخذ الثمن وتلف كان من ماله.

الدائم لبقي الضرر المحذور وألزم بالضمان بالتقصير فيه.

ونتيجة الفرق إلى آخر ما نقلة المصنف (ره) عنه باختلاف ما، إلا /٧٤٦/ أنه يقول هنا: فينتفي وجوب الحفظ في الثاني، دون الأول وإن اشتركا في عدم الضمان.

ثم يقول في الجواهر[1]: ولعل مراده بالإشتراك في عدم الضمان على تقدير عدم التفريط، لا مطلقاً.

أقول: الظاهر أنه ليس نظره من قوله «وإن اشتركا في عدم الضمان» هو الضمان الذي ينشأ من تلف مال الغير ليحتاج إلى التقييد بعدم التفريط، بل مراده نفي ضمان العهدة؛ يعنى أصل الدين الذي كان على ذمته، كما أن صدر كلامه كان في ذلك.

وعرفت أن المصنف (ره) أيضاً فهم منه أن نظره في ذيل كلامه إليه بمقتضى التعليل الذي ذكره لكلامه وإن كان في كلام المصنف (ره) اشتباهاً آخر، ولكن ذاك الإشتباه ناشٍ من جهة غلط النسخة التي نقلها المصنف (ره) من عبارة المحقق الثاني*.

---

١) جواهر الكلام ١١٨/٢٣، إن امتنع البايع من أخذ الثمن وتلف كان من ماله.

*) ***عبارة جامع المقاصد قبل كتاب الرهن في النسخة التي عندنا هكذا: إن المالك إذا امتنع من قبض حقه في موضع وجوب القبض وتعذر الحاكم، قد بَيّنا زوال الضمان عنه بتعيينه، فهل انتفاء ضمانه مشروط بالحفظ بمجرى العادة فيكون أميناً، أم لا، فلا يكون الحفظ واجباً عليه، لم أجد تصريحاً؛ لكن قوة كلام الأصحاب تشهد للثاني حيث أطلقوا نفي الضمان عنه دفعاً للضرر ولو وجب الحفظ الدائم لبقي الضرر المحذور وللزم الضمان بالتقصير فيه.***

ونتيجة الفرق بين ما إذا عرضه على المالك بعد تعيينه ولم يأت به، لكن أعلمه بالحال وبين ما إذا أتاه به وطرحه عنده، فينتفي وجوب الحفظ في الثاني، دون الأول وإن اشتركا في عدم الضمان؛ إنتهى.

أقول: صدر كلامه في أن ضمان العهدة التي كان أولاً على المديون، هل يكون رفعه مشروطاً بحفظ العين التي يعينه المديون في مقام براءة ذمته كما أن التمسك بأن الأصحاب

في أن مراعاة احتمال طرح المتعين عند المديون بخلاف الحفظ الدائم وإشارة إلى ما في عبارة المصنف (ره)

وعلى كل حال، نحن نقول: لو احتملنا مدخلية طرح ما يعينه المديون عند الدائن في براءة ذمة المديون ـ كما استفيد من كلام المحقق الثاني ـ، فحينئذٍ لابدّ من مراعاة هذه الجهة بمقتضى الميزان الذي تقدم منا في تحصيل القطع ببراءة ذمته.

وأما لو احتملنا اعتبار الحفظ الدائم في خروج ذمته من الدين، فنرفع هذا الإحتمال بدليل الحرج الذي /٧٤٧/ ارتفع اعتبار أصل القبض.

ثم إنه بعد طرح المديون ما تعينه عند الدائن وإعراض الدائن عنه لو أخذه المديون ثانياً لحفظه عن التلف إحساناً له في حق الدائن، فلا سبيل على المديون

أطلقوا نفي الضمان عنه دفعاً للضرر على أن رفع ضمان المديون عن الدين بعد تعيين الدين غير مشروط على حفظ ما يعينه للدين.

وأما قوله: ولو وجب الحفظ الدائم.. إلخ [جامع المقاصد ٤١/٥، عدم وجوب دفع المؤجل قبل الأجل وعدم وجوب أخذه إن تبرع به الأخذ]، *دليل على عدم وجوب الحفظ مع قطع النظر من أن رفع الضمان السابق مشروط به أم لا.*

وأما قوله: نتيجة الفرق.. اه، فظاهره أنه بالنسبة إلى نفس وجوب الحفظ الذي أنكره في آخر كلامه رأساً يقول بالتفصيل الذي ذكره. وأما كون الحفظ شرطاً لرفع الضمان السابق الذي عبارة عن ثبوت الدين على المديون، فيمنعه مطلقاً، يعني يبرأ ذمة المديون من الدين، سواء حفظ ما عينه، أم لا. وهو المراد من قوله: وإن اشتركا في عدم الضمان.

فقول الجواهر: ولعل مراده بالإشتراك في عدم الضمان على تقدير عدم التفريط، لا مطلقاً، ليس على ما ينبغي ـ كما تقدم ـ

وأما قول المصنف (ره) فيما ذكره من التعليل، فمن جهة أن نسخته كان غلطاً، حيث ينقل: فيكتفي وجوب الحفظ.. إلخ، مع أن النسخة الصحيحة أنه ينتفي وجوب الحفظ.

نعم، من ذلك يتولد على المصنف بعض إشكالات أخر. (منه قدس سره).

في غير صورة التفريط كما أنه لو لم يأخذه ولكن أعرض الدائن عنه وصار ذلك المال معرضاً للتلف، فحينئذٍ يكون كلام آخر من أن حفظ مال الغير واجب أم لا، وهذا الوجوب لا اختصاص له بالمديون.

وتقدم حال هذه المسألة في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد وذكرنا هناك ما استدل به لوجوب الحفظ وفي قاعدة «لا ضرر» أثبتنا دلالة «لا ضرر» على وجوب الحفظ، إذا لم يرد ولا حرج على الحافظ.

قوله: ثمّ إن المحقق الثاني[1] ذكر[2].. اه.

أقول: المراد من إنسحاب حكم مسألتنا فيمن أجبره الظالم على نصيب شريكه أو في صورة أخذ الغاصب جزء المشاع بنية نصيب شريكه أن قاعدة الضرر يصير منشأً لتعين نصيب الشريك فيما يأخذه المكرَه بالفتح أو نفس الظالم.

وهنا نقول: إن مقتضىٰ القاعدة الأولية بقاء المال على الإشاعة، فيكون الضرر عليهما /٧٤٨/ ولا يتوهم كون المكرَه بالفتح ضامناً لنصيب الشريك في الفرض الأول؛ لأن قوله ﷺ «ما استكرهوا عليه» في حديث الرفع يرفع الضمان عن المكرَه وتكون المنة ثابتة للأمة في رفع الضمان هنا وإن كان ذلك موجباً للضرر على الشريك ـ كما تقدم في بيع المكرَه وغيره ـ.

في أن قصد الظالم لا يصير منشأً لتعين ما يأخذه من المال المشترك وأن جعل الزيادة في مقابل الأجل رباً

وليس الكلام هنا من هذه الجهة، وإنما الكلام من جهة دعوى تعيين ما يأخذه

---

١) جامع المقاصد ٥/٤٠ ـ ٤١، عدم وجوب دفع المؤجل قبل الأجل وعدم وجوب أخذه إن تبرع به الأخذ.

٢) كتاب المكاسب ٦/٢١٩، كلام المحقق الثاني في من أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب.

الظالم [في] المسألتين من نصيب الشريك بقاعدة الضرر، ونحن نقول: مقتضىٰ القاعدة الأولية أن يكون المال المشترك باقياً على الإشاعة، فيكون الضرر الوارد من الظالم عليهما كما تقدم، وقاعدة الضرر لا تصلح لرفع القاعدة الاولية؛ لأنه كما أن في عدم تعين ما يأخذه الظالم في نصيب الشريك ضرراً على هذا الشخص، كذلك في تعينه فيه ضرر على الشريك.

ومجرد أن نية الظالم أن يرد الضرر على الشريك، لا يوجب لعدم صدق الضرر على هذا الضرر أو أن لا تكون المنة في رفعه، وبعد تعارض الضررين يصير المرجع هو القاعدة الأولية.

وأما دعوى أنه في المسألة الأولى قاعدة الضرر تقتضي ثبوت ولاية التقسيم للمكرَه بالفتح، ففيه: أنه لو كان المراد من الولاية على التقسيم أن يكون له أن ينوي كون المتلف من مال الشريك، ففيه: أن هذا النحو من الولاية ضرر على الشريك، فلا تثبته قاعدة الضرر لتعارض الضررين؛ بل وكذلك لو كان المراد إثبات الولاية للمكرَه ـ بالفتح ـ لجريان قاعدة الضرر في الضرر الذي يحصل من إتلاف المكرَه ـ بالفتح ـ ولو فرض أنه يقسم أولاً، ثم يتلف نصيب الشريك.

وأما الضرر الذي يكون في نفس عدم التقسيم ومنه يجبر الشريك على التقسيم مع حضوره وفي حال غيبته يتولى عنه ولي الغائب وهو الحاكم، فمثل هذا الضرر لا يثبت الولاية لنفس المكرَه ـ بالفتح ـ ولا ينفي الرجوع إلى ولي الغائب مثل الحاكم، وهو خارج عنه محل الكلام.

وكذلك حال مثال /٧٤٩/ الدين الذي أشار إليه المصنف (ره).

قوله: ومما ذكرنا من أن مقابلة الزيادة[1] .. اه.

---

١) كتاب المكاسب ٢٢٣/٦، عدم الفرق بين المصالحة عن التأجيل بالزيادة أو المقاولة عليها من غير عقد.

أقول: الربا في القرض بجعل الزيادة في مقابل التأجيل في أول المدائنة في ضمن عقد القرض والربا في المقام بجعل الزيادة في مقابل التأجيل في الدين الذي كان ثابتاً، وبالنسبة إلى الثاني يكون المدعى أنه أعم من أن يكون المقابلة بالصلح أو بمجرد المقاولة، بل في الأول أيضاً وإن كان العنوان هناك أن يكون من الشرط في ضمن عقد القرض.

وصاحب الجواهر[1] يدخل في عنوان الرباء ما لو كانت المقابلة بين الزيادة والتأجيل بالبيع والجعالة.

ولعل عدم تعرض المصنف (ره) لهما من جهة عدم تحقق عنوانهما؛ لأن البيع بين العينين والتأجيل لا يكونان من الأعيان، والجعالة جعل مال على عمل، لا على الترك، كترك المطالبة.

في أن مطلق جعل المال في مقابل التأجيل ربوي وأنه لافرق بين أول المدائنة وبعدها

وعلى كل حال، يكون /٧٥٠/ الكلام في استفادة الكلية من الأدلة، وهو أن مطلق مقابلة المال في مقابل التأجيل يكون ربويّاً محرماً، فنقول: لو قلنا من أن الربوي يصدق عرفاً على مطلق مقابلة الزيادة في مقابل التأجيل ببعض الشواهد التي ذكره المصنف (ره) لأصل المسألة وإلا نقول: إن خبر إبن أبي عمير[2] يستفاد

---

١) جواهر الكلام ١٠٤/٢٣، في حكم ما لو باع بثمن حال أو بأزيد منه إلى أجل.

٢) الكافي ٢٥٩/٥، باب الصلح، ح ٤، والرواية هي: «علي بن إبراهيم، عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سئل عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول: أنقدني كذا وكذا وأضع عنك بقيته أو يقول: أنقدني بعضه وأمد لك في الأجل فيما بقي عليك.

قال: لا أرى به بأساً. إنه لم يزدد عليرأس ماله. قال الله ـ عزّ وجلّ ـ: ﴿ فلكم رؤوس أموالكم

من تعليله لعدم البأس بأنه لم يطلب بأزيد من رأس ماله مستشهداً بالآية الواردة في الربوي أن أخذ الزيادة في مقابل التأجيل يكون ربوياً محرماً، لكن ليس له إطلاق ليشمل المقابلة بينهما بصيغة الصلح ونحوه؛ لأن مورد التعليل غير ذلك.

وليس التعليل ناظراً إلى هذه الجهة، إلا أن أدلّة المسألة ليست منحصرة في ذلك؛ بل ما ورد في المنع من الربوي في القرض يشمل المقام لاشتمالها على أن إعطاء الزيادة عند الأداء لا بأس به ما لم يشترطاه، فيستفاد منه أنه لو اشترط الزيادة قبل الأداء /٧٥١/ فيكون ربوياً. وهذا أعم من أن يكون اشتراط الزيادة في أول المدائنة أو بعدها قبل الأداء، بل موثقة إسحق بن عمار[1] المشتملة على هذا المضمون ظاهر[ة] في أن الإشتراط بعد المدائنة وقبل الأداء يوجب الربوي.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إن الإشتراط يشمل المقاولة، بل يمكن القول بشموله لمطلق المقابلة ولو بطريق الصلح؛ لظهور ما دل على عدم البأس ما لم يشترطاه في أن المراد أنه إذا لم يكن منهما سابقة على أخذ الزيادة في مقابل الأجل، فلا بأس؛ فعليك بالمراجعة.

في بعض الموارد التي شبيهة بالربوي وليس رباءً

قوله: وظهر أيضاً أنه يجوز[2].. اه.

لا تظلمون ولا تظلمون﴾.

١) الكافي ٢٠٥/٥، باب العينة، ح ١٠، والرواية هي: «أبو علي الأشعري عن الحسن بن عبدالله عن عمه محمد بن عبدالله عن محمد بن إسحاق بن عمار، قال: قلت للرضا عليه السلام: الرجل يكون له المال قد حلّ على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوي مائة درهم بألف درهم ويؤخر عنه المال إلى وقت. قال: لا بأس، قد أمرني أبي ففعلت ذلك. وزعم أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عنها، فقال له مثل ذلك.

٢) كتاب المكاسب ٢٢٣/٦، عدم الفرق بين المصالحة عده التأجيل بالزيادة أو المقاولة عليها من

أقول: يعني في صورة كان الغرض الأصلي متعلقاً بأخذ الزيادة في مقابل التأجيل يجعل تلك الزيادة جزء العوض في معاملة لازمة ويشترط في ضمنه تأخير الدين عليه.

والمصنف (ره) تمسك لجوازه ببعض الأخبار الواردة في كيفية التخلص من الربوي بذلك، وصاحب /٧٥٢/ الجواهر[1] يستشهد لجوازه ببعض الأخبار المشتملة عن السؤال عن ذلك، فيقول في الجواب: لا بأس به.

ونحن نقول: إن مقتضىٰ القاعدة أيضاً صحة ذلك؛ لأنه لم يجعل الزيادة في مقابل الأجل، فليس ربوياً بوجه.

وكون الغرض الأصلي ذلك لا يوجب اندراجه تحت عنوان ما كان رباءً.

وتنقيح المناط ـ لو أمكن إدعاؤه من حيث هو ـ فله في المقام موهن لحصول القطع بأمثال هذه المناطات؛ لأن من المسلم أن المعاملة الربوية بألف مقابل لو ضمّت ضميمة إلى كل واحد من العوضين، يخرج عن الربوي ويصير كل جزء مقابل غير مجانسه.

قوله: وظهر أيضاً من التعليل[2] .. اه.

أقول: تنقيص بعض الدين المؤجل ليأخذه بعداً، لا مانع فيه كما هو مورد التعليل لعدم البأس في صحيح إبن أبي عمير، بل وصحيحة محمد بن مسلم[3]

غير عقد.

١) جواهر الكلام ١٢١/٢٣ ـ ١٢٢، جواز تعجيل الثمن بنقصان منها.

٢) كتاب المكاسب ٢٢٤/٦، عدم الفرق بين المصالحة عن التأجيل بالزيادة أو المقاولة عليها من غير عقد.

٣) وسائل الشيعة ٣٧٦/١٨، باب جواز تعجيل قضاء الدين بنقيصة منه أو تعجيل بعضه بزيادة في أجل الباقي لا تأخيره بزيادة فيه، ح ١، والرواية هي: «محمد بن علي بن الحسين بإسناده عن أبان عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يكون عليه دين إلى أجل مسمى فيأتيه

أيضاً، كما في الجواهر[١]، بل مرسل أبان[٢] أيضاً يدلّ على صحته، وهو مذكور أيضاً في الجواهر، مع أن الربوي أخذ الزيادة وهنا لا يؤخذ الزيادة.

وتقدم الكلام في دعوى القطع باتحاد المناط أيضاً.

/٧٥٣/ ثم إنه في الجواهر احتمل أن يكون حطّ مقدار من الدين صلحاً أو إبراءً ونحن نقول: إذا قال «أنقدني كذا وأضع عنك بقيته» كما في الخبر[٣] أو ما يقرب ذلك، يكون صحيحاً، سواء قلنا: إنه يندرج في عنوان الصلح أو الإبراء أم لا.

[معارضة العمومات مع روايتي يعقوب وعبيد]

قوله: وفي دلالتها نظر. وفيما سبق من العمومات كفاية إذ[٤].. اه.

أقول: لعل وجه النظر في دلالة رواية يعقوب وعبيد[٥] على قول المشهور من

غريمه، فيقول: أنقدني من الذي لي كذا وكذا وأضع لك بقيته أو يقول:أنقدني بعضاً وأمد لك في الأجل فيما بقي، فقال: لا أرى به بأساً ما لم يزد على رأس ماله شيئاً. يقول الله ـ عزّ وجلّ ـ: ﴿فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾».

١) جواهر الكلام ٢٢١/٢٣ ـ ٢٢٢، جواز تعجيل الثمن بنقصان منها.

٢) الكافي ٢٥٨/٥ ـ ٢٥٩، باب الصلح، ح ٣، والرواية هي: «الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن الحسن بن علي عن أبان عمن حدثه عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يكون له على الرجل دين، فيقول له قبل أن يحل الأجل: عجّل لي بنصف من حقي على أن أضع عنك النصف أيحلّ ذلك لواحد منهما؟

قال: نعم».

٣) أي خبر محمد بن مسلم كما مرّ آنفاً، والمنقول قريب من هذا المضمون لا نصّه. والعبارة التي نقلها المصنف تجدها في حديث علي بن إبراهيم عن الحلبي في الكافي ٢٥٩/٥، باب الصلح، ح ٤: «أنقذني كذا وكذا وأضع عنك بقيته..».

٤) كتاب المكاسب ٢٢٨/٦، توهم معارضة العمومات مع روايتي خالد وعبدالصمد.

٥) الكافي ١٨٦/٥، باب السلم في الطعام، ح ٨، والراوية هي: «حميد بن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعة عن غير واحد عن أبان بن عثمان عن يعقوب بن شعيب وعبيد بن زرارة، قالا: سألنا أبا عبدالله عليه السلام عن رجل باع طعاماً بدراهم إلى أجل، فلما بلغ ذلك الأجل تقاضاه، فقال: ليس عندي دراهم، خذ مني طعاماً.

ثبوت المستثنى منه على كلية من جهت أن الظاهر أن الطعام الذي يبيعه المشتري ثانياً غير الطعام الذي اشتراه منه أولاً. وهذا خارج عن المورد الذي نسبوه إلى الشيخ (ره) من أنه منع صحة البيع فيه.

هذا؛ مع أن من المحتمل أن يكون إعطاء الطعام من باب إيفاء الدين بالمتاع، لا بيع الطعام من البايع.

ولا يخفى أن صحيحة منصور بن حازم[1] أيضاً محتمل لأن يكون الذي يبيعه غير الذي اشتراه؛ فراجع.

نعم، صحيحة بشار[2] بن يسار[3] يدل على قول المشهور كرواية الحسين بن منذر[4].

قال: لا بأس به، إنما له دراهم يأخذ بها ما شاء»

١) تهذيب الأحكام ٤٣/٧، باب بيع المغبون، ح ٦٩،والرواية هي: «عنه عن صفوان بن يحيى عن منصور بن حازم، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه، فأتى الطالب يتقاضاه فقال المطلوب: أبيعك هذه الغنم بدراهمك الذي لك عندي، فرضي.

قال: لا بأس بذلك».

٢) في المخطوطة: يسار.

٣) الكافي ٢٠٨/٥، باب بيع النسيئة، ح ٤، والرواية هي: «محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن محمد بن إسماعيل عن منصور بن يونس عن شعيب الحداد عن بشار بن يسار، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل يبيع المتاع بنساء فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه.

قال: نعم، لا بأس به.

فقلت: له: اشتري متاعي؟

فقال: ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك».

٤) الكافي ٢٠٢/٥، باب العينة، ح ١، والرواية هي: «عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن عيسى عن إبن أبي عمير عن حفص بن سوقة عن الحسين بن المنذر، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: يجيئني الرجل فيطلب العينة فأشتري له المتاع مرابحة، ثمّ أبيعه إياه ثم أشتريه منهمكاني.

قال: فقال: إذا كان بالخيار إن شاع باع وإن شاء لم يبع وكنت أنت أيضاً بالخيار إن شئت

وأما خبر قرب الإسناد[١] فليس في النسيئة، بناءً على انصراف السؤال إلى النقد وإلا يجوز التمسك بعموم ترك الإستفصال أيضاً، كما أن دلالة صحيحة يسار أيضاً من جهة عموم التي يوجد من ترك الإستفصال عن كون الثمن مساوياً أم لا.

وأما خبر إبن المنذر، فإن قلنا: إن قوله فيه «أبيعه» ينصرف إلى النقد، فيتوقف الإستدلال على ما تصدى في الجواهر[٢] لإثباته من أن العينة عرفاً ولغة شراء ما باعه نسية.

ثم بعد ذلك يكون الإستدلال بعموم ترك الإستفصال عن كون الثمن في الشراء الثاني مساوياً مع الثمن في البيع الأول أم لا؛ لأن الشيخ (ره) يعترف بالصحة في صورة التساوي.

وأما /٧٥٤/ الخبر المنقول عن كتاب علي بن جعفر عليه السلام، فيكون رداً على الشيخ في الجملة.

في الأخبار التي تدلّ على صحة بيع المبيع نسية من البايع والجواب عما يستدلّ به على خلاف ذلك

ومما ذكرناه ظهر أنه لا ينحصر دليل قول المشهور بالعمومات وإن كان فيها كفاية، إلا أن تمامية التمسك بها يتوقف على عدم تمامية دليل قول الشيخ (ره)،

اشتريت وإن شئت لم تشتر، فلا بأس.

قال: قلت: فإن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد ويقولون: إن جاء به بعد أشهر صلح، فقال: إن هذا تقديم وتأخير، فلا بأس به».

١) قرب الإسناد: ٢٦٧، باب ما يحل من البيوع، ح ١٠٦٢، والرواية هي: «سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم إلى أجل، ثمّ اشتراه بخمسة دراهم أيحل؟

قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس».

٢) جواهر الكلام ١٠٩/٢٣، جواز ابتياع البايع المتاع قبل حلول أجل الثمن...

فلابدّ من التعرض له، فنقول: إن المصنف (ره) نقل عن الشيخ (ره) أنه تمسك لإثبات قوله برواية خالد بن الحجاج[١] وبرواية عبدالصمد بن بشير[٢]، وزاد في الجواهر[٣] خبر[٤] الحلبي أيضاً.

أما خبر خالد، ففيه: أن الظاهر منه أن الطعام الذي يبيعه من البايع غير ما اشتراه منه.

هذا، مع أن تعليل المنع بأنه لا خير فيه شاهد على أن المراد من النهي الكراهة ولعل الكراهة من جهة مطالبة دينه ليلجأه إلى بيع طعامه الذي محل حاجته، كما يلوح من الخبر.

وأما خبر عبدالصمد، فلم يتعرض / ٧٥٥/ المصنف (ره) للجواب عنه.

---

١) الإستبصار ٧٦/٣ ـ ٧٧، باب من باع طعاماً إلى أجل فلما حضره الأجل لم يكن عند صاحبه الثمن...، ح ١، والرواية هي: «محمد بن أحمد بن يحيى عن يعقوب بن يزيد عن خالد بن الحجاج قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل بعته طعاماً بتأخير إلى أجل مسمى. فلما جاء الأجل أخذته بدراهمي، فقال: ليس عندي دراهم ولكن عندي طعام فاشتره مني.

فقال: لا تشتره منه فإنه لا خير فيه».

٢) من لا يحضره الفقيه ٢٠٧/٣ ـ ٢٠٨، باب البيوع، ح ٣٧٧٧، والرواية هي: «روى عن عبدالصمد بن بشير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سأله محمد بن القاسم الحناط فقال: أصلحك الله أبيع الطعام من الرجل إلى أجل، فأجيء وقد تغير الطعام من سعره، فيقول: ليس عندي دراهم.

قال: خذ منه بسعر يومه.

قال: أفهم ـ أصلحك الله ـ إنه طعامي الذي اشتراه مني.

قال: لا تأخذ منه حتى يبيع ويعطيك.

قال: أرغم الله أنفي، رخص لي فرددت عليه فشدد علي».

٣) جواهر الكلام ١١٣/٢٣، جواز ابتياع البايع المتاع بعد حلول الأجل بمثل ثمنه حالاً أو مؤجلاً.

٤) من لا يحضره الفقيه ٢١٧/٣، باب البيوع، ح ٣٨٠٦، والرواية هي: «روى حماد عن الحلبي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى ثوباً ثم رده على صاحبه، فأبى أن يقبله إلا بوضيعة.

قال: لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباع بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الأول ما زاد».

وفي الجواهر[١] أجاب عنه بوجوه:

منها أن الطعام زاد سعره وكان غرض البايع أن يشتريه منه بسعره الذي باعه أولاً، فأجاب الإمام عليه السلام أولاً: **أنه خذه منه بسعر يومه**. فألحّ البايع على أن يشتريه بسعره الذي باعه أولاً، فأجاب عليه السلام: **لا تأخذ منه حتى يبيعه ويعطيك أي ثمنه عوض دينه**، فالمنع من جهة إلجائه على أن يبيعه بغير سعر اليوم.

ثم إنه يرد على الشيخ أن البيع هنا كان مساوياً لما كان في البيع الأول وهذا كله مسلّم الصحة.

وأما خبر الحلبي[٢] المشتمل على أن المشتري أراد أن يرد الثوب المشتري بوضيعة فمنعه عن ذلك، فالظاهر أن المراد من الرد هو الإقالة، لا البيع ثانياً.

وعلى هذا يكون المنع لاختلال /٧٥٦/ شرائط الإقالة حيث إنها لا تصح مع الزيادة أو الوضيعة.

في دعوى المصنف (ره) أن مراد الشيخ [الطوسي] أن عوض العوض في حكم العوض في الربويات وبيان ما يلزمه

قوله: واعلم أنه قال الشيخ (ره) في المبسوط[٣][٤].. اه.

أقول: لا يخفى أن المصنف (ره) هنا ينسب إلى الشيخ (ره) غير ما نسبوه إليه من أن المحظور بيع المبيع نسية من البايع بعد حلول الأجل بجنس الثمن، لا مساوياً أو الأعمّ من ما بعد حلول الأجل، كما عن الحدايق[٥] أو يختص ذلك

---

١) جواهر الكلام ١١٣/٢٣، جواز ابتياع البايع المتاع...

٢) من لا يحضره الفقيه ٢١٧/٣، باب البيوع، ح ٣٨٠٦.

٣) المبسوط ١٢٣/٢، حكم بيع ما لم يقبض.

٤) كتاب المكاسب ٢٢٩/٦، ما حكي عن الشيخ من عدم جوازأخذ بدل الطعام طعاماً إذا كان أزيد.

٥) الحدائق الناضرة ١٣٠/١٩، في أحكام النقد والنسيئة.

بالطعام كما عن بعض وأن مراد الشيخ غير ذلك كلّه.

وحاصل ما ينسب المصنف (ره) إلى الشيخ واستخرجه من كلماته بنحو فصّل في المتن أن الشيخ (ره) يقول: إن عوض العوض له حكم العوض في عدم جواز التفاضل مع اتحاد الجنس الربوي.

مثلاً إذا اشترى مأة منّ من الحنطة بعشرة دنانير، فتصير هذه العشرة من الدنانير بمثل مأة منّ من الحنطة. فإذا يشترى به حنطة، فلا يجوز التفاضل كأن يشترى به مع ضميمة مأة منّ من الحنطة أو يشترى به فقط مأة منّ الحنطة بزيادة منّ.

وعلى هذا فلا فرق بين أن يشترى به عين الطعام الذي باعه أولاً أو غيره من جنس الحنطة، كما أنه لا فرق بين أن يكون البيع الثاني قبل حلول الأجل أو بعده كما نسبه إليه صاحب الحدايق.

ثمّ إن ذلك لا يختص ببيع الطعام كما قال بعض ولا يعمّ /٧٥٧/ جميع الأجناس، بل يختص بصورة كان المبيع من الربويات.

في ردّ من قال: إن عوض العوض في حكم العوض في باب الرباء وأنه لم يعلم له قائل ولم يفهموه من الشيخ (ره)

ثمّ إن مدرك الشيخ (ره) في الكلية المدعاة من أن عوض العوض في حكم العوض في باب الربوي مضافاً إلى الأخبار الخاصة الواردة في المنع عن بعض أفراد هذه الكلية مع التفاضل في باب السلم وفي المقام، كخبر خالد بن الحجاج وخبر عبدالصمد التعليل الوارد في خبر علي بن جعفر عليه السلام عن أخيه، قال: **سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة، أياخذ بقيمته دراهم؟**

قال: إذا قوّمها دراهم فسد؛ لأن الأصل الذي يشترى به دراهم، فلا يصح دراهم

بدراهم[1].

وجه الدلالة أن المراد من الأصل الذي يشتري به دراهم هو الحنطة أو الشعير أو التمر، ووجه كونه دراهم من جهة أنه اشتراها قبل ذلك بالدراهم.

وفيه: أولاً أن الخبر مجمل؛ لأنه لم يعلم وجه كون الحنطة وغيرها دراهم؛ إذ لم يكن في الكلام ما يدل على أنه اشتراها بالدراهم، ومجرد كون حنطته عنده لعله من غير جهة اشترائها بالدراهم.

وأما بعد ذلك يشتري /٧٥٨/ بها الدراهم، فلم يعلم وجه كون الحنطة وغيرها دراهم قبل ذلك.

وثانياً أن الخبر يمنع عن مطلق المقابلة، أعم من أن يكون على وجه التساوي أو التفاضل، وتقييده بخصوص صورة التفاضل لا وجه له.

وأما الأخبار الخاصة التي تمسك لاعتضاد القاعدة بها، ففي خصوص ما ورد منها في المقام فقد تقدم منع الدلالة ومعارضتها بأخبار أخر وعدم إثباتها للكلية بعد صحة السند والدلالة.

وثالثاً نقول: إن الأخبار الكثيرة المعتبرة تدلّ على أن التفاضل في غير المتجانسين لا مانع فيه، وهي يشمل المقام.

وصاحب الجواهر نقل بعضاً من تلك الأخبار في أوائل باب الربوي في البيع، بل يظهر من الجواهر أنه لا خلاف في ذلك بوجه حيث نقل الإتفاق عليه ولم ينقل من أحد خلاف فيه بوجه، بل في أواخر باب الربوي في /٧٥٩/ البيع ينقل في الشرايع من جملة الحيل للفرار عن الربوي أن يبيع الجنس الربوي بدراهم، ثم يشتري بتلك الدراهم أزيد مما باعه من ذلك الجنس أو أقل. ولم ينقل في الجواهر خلافاً في صحة هذه الحيلة، وهي عين مسألتنا.

---

١) قرب الإسناد: ٢٦٤ ـ ٢٦٥، باب ما يحلّ من البيوع، ح ١٠٥١؛ تهذيب الأحكام ٣٠/٧، باب بيع المضمون، ح ١٧.

فيظهر من ذلك أن ما نسبه المصنف (ره) إلى الشيخ لم يكن معهوداً عند أحد وإلا لنقلوا مخالفته في الموضعين المشار إليهما في باب الرباء.

[إذا اشترط في البيع الأول نقله إلى من انتقل عنه]

قوله: وأما الحكم في المستثنى وهو ما إذا[1] .. اه.

أقول: أولاً لا يخفى أن الحكم بفساد بيع اشترط في ضمنه أن يبيع المبيع بالبايع ليس اتفاقياً، كما عن المفاتيح؛ لأنه يظهر الخلاف من إطلاق الجواز في المقنعة والنهاية ومحكي السراير.

بل قد يظهر من جامع المقاصد[2] ذلك وغيرهما ممن اقتصر في الإستدلال على البطلان بما عن التذكرة[3] من الدور وبأنه لم يقصد النقل معه؛ ثم تصدّوا لإفساد الوجهين. ذلك كما في الجواهر.

وعلى كل حال، استدل على بطلانه بأن صحته مستلزم للدور كما عن التذكرة وبأنه غير قاصد للبيع كما عن الشهيد وبالأخبار كخبر الحسين بن منذر /٧٦٠/ وخبر قرب الإسناد المتقدم ذكرهما عند التعرض لحكم المستثنى منه، كما عن الحدايق[4].

وعلى كل حال، نحن نقول: هذه المسألة تقدمت عند التعرض لشرايط الشرط الصحيح، وتقدم أن لزوم الدور وعدم قصد البيع يتمّان في صورة كان نفس البيع معلقاً على الشرط، وإلا فمجرد اشتراط مثل هذا الشرط في البيع لا مانع فيه بحسب القواعد.

---

١) كتاب المكاسب ٢٣٢/٦، إذا اشترط في البيع الأول نقله إلى من انتقل عنه.
٢) جامع المقاصد ٢٠٤/٤، حكم البيع نسيئة بزيادة عن القيمة أو بنقصان.
٣) تذكرة الفقهاء ٢٥١/١٠، حكم ما لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه إياه أو على غيره.
٤) الحدائق الناضرة ١٣٠/١٩، في أحكام النقد والنسيئة.

في الجواب عن الخبرين اللذين تمسك بهما على فساد بيع اشترط في ضمنه بيع المبيع من البايع

وأما الأخبار، ففي الجواهر[1] قد يناقش فيها بالطعن في السند. ونحن نقول: على فرض ضعف السند لا يجوز دعوى انجبار الضعف بعمل الأصحاب لما ذكرناه من أن مجرد الشهرة لا يوجب جبر الضعف ما لم يكن قول المشهور عن استناد بالخبر، وفي المقام ليس كذلك؛ لانهم يتمسكون للبطلان بالدور وعدم القصد ولم يذكروا الأخبار هنا، بل تقدم دعوى أن الإستناد إلى الأخبار حدث من الحدايق.

وأما دلالة الخبرين على المدعى ـ بعد تسليم السند ـ، فنقول:

أولاً لا يخفى أنه لو تم السند والدلالة، فنقول: لما كان الحكم بالفساد على خلاف القواعد ـ كما تقدم ـ، فنقتصر في الخروج عنها على /٧٦١/ خصوص موردها وهو بطلان البيع الذي يشترط فيه على المشتري بيع المبيع فيه من البايع إذا كان الثمن كلياً، فلا نقول بالبطلان في صورة انتفاء شيء من القيود كما اعترف به في الجواهر أيضاً.

وثانياً نقول: إنه في الجواهر ناقش على الخبرين بأن مفهومهما ليس بأزيد من ثبوت البأس في هذا البيع وهو لا يقتضي الحرمة ولا الفساد.

وعلى خصوص خبر الحسين بن منذر: أولاً بتضمنه بما لا يقول به أحد من عدم اشتراط المشتري ذلك على البايع.

وثانياً أن الظاهر من الخبر أن الشرط المذكور كان صحيحاً لازم الوفاء بحيث لا يجوز لهما أن يتخلفا عنه بحيث يرتفع الخيار عنها بعد الإشتراط وإن يحرم البيع الثاني أو هو والبيع الأول بالشرط.

---

١) جواهر الكلام ١٠٩/٢٣، جواز ابتياع البايع المتاع قبل حلول أجل الثمن..

ويكون الحاصل حينئذٍ حرمة الإشتراط وإن كان لو فعل التزم به، وهو غير الإشتراط المحرم الذي يفسد ويفسد العقد على الأصح؛ فتأمل.

وعلى خصوص خبر قرب الإسناد بأن البأس في اشتراط البيع بنقيصة.

في جواب المصنف عن الخبرين

ثمّ إن المصنف أجاب عن مناقشات الجواهر ـ غير الأخير منها ـ، إلا أنه ناقش على الخبرين /٧٦٢/ من وجه آخر وحاصله: أن مدعى القائلين بالفساد فساد البيع الأول، مع أن ظاهر الخبرين أن البأس في المبيع الثاني، بل وأن البيع الأول لا بأس فيه.

وعلى هذا نقول: إن فساد البيع الثاني لا يجوز أن يكون مع فرض صحة الشرط الذي كان في البيع الأول، فلابدّ أن يفرض فساد ذلك الشرط إما لكونه خارج العقد أو لكونه شرطاً فاسداً غير مفسد.

وعلى هذا فلابدّ أن يكون الوجه في فساد البيع الثاني صدوره من غير طيب النفس مبنيّاً على الإلتزام السابق.

أقول: في خبر قرب الإسناد قال: إذا لم يشرط ورضيا، فلا بأس، فيصير بمثل أن يقول: «إذا جاء زيد وأكرمك فاكرمه»، في أن وجوب الإكرام ينتفي بانتفاء كل من [عدم] المجيء والإكرام وفي المقام أيضاً يرتفع عدم البأس بانتفاء كل من عدم الشرط أو الرضاء.

وعلى هذا نسلّم أن الخبرين ظاهران في أن البأس المستفاد من المفهوم يكون متعلقاً بالبيع الثاني، إلا /٧٦٣/ أن مقتضىٰ المفهوم ـ كما عرفت ـ ثبوت البأس في صورة اشترط ورضيا، فلم يكن الوجه في عدم صحة البيع الثاني عدم طيب النفس كما ذكره المصنف (ره).

وعلى هذا نقول: إن ثبوت البأس في البيع الثاني لا يجمع مع كون الشرط في البيع الأول صحيحاً، فلابدّ أن يكون فاسداً لعدم ذكره في ضمن العقد، كما أنه لا دلالة في الخبر على أنه كان مذكوراً في ضمن العقد.

ثمّ إن البأس في البيع الثاني ليس معناه الفساد أو الحرمة؛ لأنه لا يدل على أزيد من الكراهة ولعل منشأه أن الإلتزام الفاسد صار منشأً للرضاء بالبيع الثاني، ومثل هذا البيع مكروه.

وعلى كل حال، لم يستفد من الخبرين /٧٦٤/ فساد البيع الأول ولا الشرط المذكور إذا كان مذكوراً في ضمن العقد.

تنبيه

[حول خبر الحسين بن منذر]

إعلم أنه في خبر الحسين بن منذر لا يقول: إن لم يشترط فلا بأس، ليقال: إن مقتضىٰ المفهوم ثبوت البأس في صورة يشترط في ضمن البيع الأول بيع المشتري المبيع بالبايع، بل قال: إذا كان ـ أي المشتري ـ بالخيار، إن شاء باع وإن شاء لم يبع وكنت أنت بالخيار، إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتر، فلا بأس.

فالشرط في هذه القضية الشرطية المذكور في خبر الحسين بن المنذر هو ثبوت الخيار لكل منهما في البيع الثاني وعدم ملزم على كل منهما، وقوله «لا بأس» بالنسبة إلى البيع الثاني. فمقتضى المفهوم ثبوت البأس إذا كان في البين ملزم على البيع الثاني على أحدهما أو كلاهما.

ثم هذا الملزم الذي يوجب رفع الخيار عنهما يجوز أن يكون من قبيل النذر على إيقاع البيع الثاني وشراء منهما أو القسم عليه أو الشرط أو غير ذلك.

ثم هذا الملزم الذي أوجب رفع الخيار عنهما، لو كان المراد هو الملزم الصحيح

الشرعي فلا يناسب أن يكون المراد من المفهوم ثبوت البأس في البيع الثاني، سواء كان البأس بمعنى الكراهة أو الحرمة، بل حمل البأس على الفساد أيضاً غير مناسب بعد فرض وجوب البيع الثاني من جهة الملزم الصحيح الشرعي. فحينئذٍ لابدّ أن يتعلق البأس بنفس إيجاد هذا الملزم الشرعي.

وعليه فلا يدل الخبر على فساد شيء من البيع الأول والشرط في ضمنه ولا البيع الثاني.

وأما لو كان المراد من الملزم الذي أوجب رفع الخيار عنهما غير الملزم الصحيح الشرعي بل الملزم في بناء المتبايعين كما لو كان بشرط فاسد شرعاً أو بمجرد المقاولة التي صار بناؤها على عدم التخلف عنها، فحينئذٍ لا مانع من أن يكون البأس وعدم البأس متعلقاً بالبيع الثاني كما هو ظاهر الخبر.

وعليه أيضاً لا يدل على أزيد من كراهة البيع الثاني في صورة وجد بينهما الملزم الكذائي لعدم دلالة ثبوت البأس على أزيد من ذلك في البيع الثاني الذي يكون متعلقه.

[تنبيهات]

وينبغي التنبيه على أمور:

الأول أن ما نقله من زعم أهل المسجد في هذا الخبر إنما هو التفصيل بين وقوع البيع الثاني بعد البيع الأول بأقل من أشهر، ففاسد وبين وقوع البيع الثاني بعدة أشهر، فيكون صحيحاً. والإمام عليه السلام يردّ هذا التفصيل بأنه مجرد تقديم وتأخير، وهذا غير موجب للفرق.

وهذا الكلام لا يشهد أن تفصيل الإمام عليه السلام بالقضية الشرطية من جهة صحة البيع الثاني وفساده حتى يقال: إن مقتضاه فساد البيع الثاني، وذلك لأن كلام الإمام عليه السلام في بيان مجرد أن تفصيل أهل المسجد بلا وجه بعد أنه نقل الرواي كلامهم للإمام

بعد ما سمع كلام الإمام في المسألة.

الثاني أنه على ما بيّنّا في معنى الرواية من أن الإمام عليه السلام بالقضية الشرطية يريد أن يفصّل بين صورة كان بين المتبايعين في البيع الأول ملزم في الجملة على البيع الثاني، فيكون فيه البأس، وإلا فلا بأس فيه، لا يبقى مورد للإيراد الأول من الجواهر من أن الخبر مشتمل على ما لا يقول به أحد اعتبار عدم اشتراط المشتري ذلك على البايع.

وتوضيح الفساد أنه يفصّل بين صورة وجود ملزم وبين غيره ولم يبيّن أن الملزم أي شيء.

الثالث أنه بالبيان الذي ذكرناه للرواية ظهر رفع سائر الإشكالات.

نعم، لا يدلّ الخبر على فساد شيء.

في القبض ومعناه اللغوي والعرفي

قوله: القول في القبض[1] .. اه.

أقول: القبض لغة بمعنى الأخذ باليد[2] أو بجميع الكفّ[3]، بل الظاهر هو الأخير على ما سيوضح، بل معناه العرفي أيضاً كذلك كما في الجواهر[4]. وعلى هذا نقول: إن القبض صار موضوعاً لأحكام كثيرة لتوقف صحة كثير من العقود عليه كالهبة والصدقة وغيرهما، ومثل كونه منشأً لرفع ضمان البيع عن البايع.

وكذلك يحرم أو يكره بيع المبيع قبل القبض إلى غير ذلك مما يترتب عليه،

---

١) كتاب المكاسب ٢٤١/٦، القبض لغة.

٢) القاموس المحيط ٣٤١/٢، مادة «قبض».

٣) مجمع البحرين ٤٤٨/٣، مادة «قبض».

٤) جواهر الكلام ١٤٩/٢٣، الكلام فيما يتحقق به القبض.

وإنما الإشكال في معنى القبض الذي موضوع لتلك الأحكام حيث إنه في المسالك[١] وإن اتكل في تعيين معناه إلى بعض الأخبار في الجملة، إلا أنه سيوضح ـ إن شاء الله ـ أن الأخبار لا تفي لتعيين معناه.

ومقتضىٰ القاعدة أن يرجع في تعيين معناه إلى اللغة والعرف، إلا أن الفقهاء تسلّموا على أن المعنى /٧٦٥/ العرفي واللغوي ليسا بمراد لما عرفت أنه في اللغة والعرف بمعنى الأخذ أو الأخص منه، مع أن الفقهاء اتفقوا على أن القبض في غير المنقول مجرد التخلية وفي المنقول نقل المصنف عنهم هنا سبعة أقوال.

ونحن قبل التعرض لما هو المختار وكيفية تطبيقه على القاعدة، نتعرض لما هو مختار الجواهر والمصنف (ره) في المقام، فنقول:

فيما قاله الجواهر في معنى القبض

أما الجواهر[٢] **فقال**: إن الذي يقوى في النفس أن القبض في جميع المقامات عبارة عن تحويل السلطنة العرفية من المنقول منه إلى المنقول إليه، سواء حصلت السلطنة الشرعية قبله بالعقد كما في البيع ونحوه، أو لا، كالوقف والهبة ونحوهما.

ويتحقق ذلك في غير المنقول برفع المنافيات للمنقول إليه ورفع يد الناقل والإذن للمنقول إليه، بل الإذن ليس مأخوذاً فيه، بل ذلك معتبر حيث يكون للناقل حبس العين لتسلّم الثمن أو المثمن.

ثمّ بعد ذلك لا يحتاج إلى وصول المنقول إليه بنفسه أو وكيله إلى المنقول أو تصرفه فيه، بل لا يحتاج إلى مضي زمان لو كان بعيداً عن المنقول إليه. وذلك لصدق أن المال في يده وقبضه وتحت سلطنته، كما أنه في المنقول منه لم يكن

---

١) مسالك الأفهام ٢٣٨/٣، حقيقة القبض.

٢) جواهر الكلام ١٥٠/٢٣، الكلام فيما يتحقق به القبض.

بأزيد من ذلك، وكذلك كل أحد بالنسبة /٧٦٦/ إلى ما في تحت سلطانه.

وأما في المنقول يتحقق بالإستيلاء على العين استيلاء يستطيع به على النقل والأخذ وغيرهما من دون حاجة من أن يتحقق ذلك منه فعلاً ضرورة صدق تحقق المراد من القبض بطرح العين بين يدي المنقول إليه على وجه يتمكن من الفعل فيها كيف يشاء أخذاً ونقلاً ونحوهما؛ إذ ليست أمواله التي بيده ويصدق عليها أنها مقبوضة وتحت قبضته وفي يده إلا كذلك من غير حاجة إلى التصرف والمماسة الحِسّيين، كما أنه ليس ذلك بمثل غير المنقول في كفاية التخليه إلا أن يكون مراد من اكتفى بالتخلية مطلقاً أنها في غير المنقول غيره في المنقول لتوافق ما قلناه.

في تحقيق المصنف (ره) في معنى القبض

وأما المصنف (ره)، فحاصل مرامه أن هنا موضوعين لكل واحد منهما أحكام:

أحدهما الإقباض، وهو من فعل البايع.

وثانيهما القبض، وهو من فعل القابض، وهو المشتري، فلا يكفي في تحقق القبض التخلية التي من فعل البايع وإن فسرت برفع جميع الموانع ورفع به الناقل والإذن، من غير فرق بين المنقول وغيره، وإنما يكفي ذلك في تحقق الإقباض الذي هو فعل البايع.

قال كاشف الرموز[1] بعد قوله «إن القبض مصدر بمعنى التقبيض وهو التخلية»: إنه من طرف البايع والواهب بمعنى التمكين من التصرف.

ثم بعد ذلك قال: /٧٦٧/ إن القبض مطلقاً هو استيلاء المشتري عليه وتسلطه عليه الذي يتحقق به معنى اليد ويتصور فيه الغصب؛ إنتهى.

ونحن نقول:

---

١) كشف الرموز ٤٧١/١، حكم بيع ما لم يقبض.

أولاً لا يخفى عليك أن الإقباض يتوقف تحققه على تحقق القبض. فلو اعتبرنا في تحقق القبض فعلاً من المشتري القابض، فيتوقف تحقق عنوان الإقباض أيضاً عليه كما سيأتي اعتراف المصنف (ره) به أيضاً.

نعم، في تحقق الإقباض لابدّ من فعل من البايع أيضاً، بخلاف القبض؛ فإنه لا يتوقف عليه، بل يكفي فيه فعل المشتري فقط.

وعلى هذا لو قام الدليل على كفاية مجرد رفع الموانع ورفع اليد والإذن من البايع، فلابدّ أن يقال: إن الشرط هو تمكين البايع، لا الإقباض والقبض.

وثانياً لا يخفى عليك أن قطع غصن من أغصان الشجرة ليس غصباً لنفس الشجرة. وكذلك العبور في ملك الغير، بل بعض التصرفات فيه ليس غصباً لذلك الملك والأرض ما لم يمنع المالك من التصرف فيه. فلو اعتبرنا في تحقق القبض اليد الموجبة لتحقق عنوان الغصب، ففي كثير من الموارد يتوقف تحقق القبض على تكلفات /٧٦٨/ شاقّة.

في وجه كون القبض بمعنى الإستيلاء والسلطنة

وثالثاً لا يخفى عليك أن القبض في اللغة والعرف الأخذ بالكفّ، بل بجميعه. ومنه يقال قبضة وقبضتان ونصف قبضة، إلا أنه يستعمل مجازاً في الإستيلاء والسلطنة على الشيء تشبيهاً لما في اليد والكف، حيث إن ذا اليد مستولٍ عليه. وكذلك مرادفات القبض كلفظ اليد واليمين. ومنه ﴿ **والأرض جميعاً قبضته**[1] **والسماوات مطويّات بيمينه** ﴾[2]. ﴿ **يد الله فوق أيديهم** ﴾[3] ﴿ **أولي الأيدي والأبصار** ﴾[4].

---

١) في المخطوطة: قبضناه.

٢) الزمر: ٦٧.

٣) الفتح: ١٠.

ومثله «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[٥] كما مرّ في مسألة المقبوض بالبيع الفاسد. والمراد من القبض الوارد في محل كلامنا من الأخبار هو المعنى المجازي، أعني الإستيلاء والسلطنة، وذلك لوجهين:

في بيان الوجه لكون المراد من القبض الإستيلاء وبيان محققه

الأول أن المبيع وغيره مما ورد فيه القبض أعمّ مما يناسب فيه القبض بمعناه الحقيقي كـ«قليل من الدراهم» وشبهه.

ومما لا يناسب فيه القبض بمعناه اللغوي كالأراضي والأشجار والدور /٧٦٩/ وأشباه ذلك، بل الأكثر من الأشياء لا يناسب فيه القبض بمعناه اللغوي.

وأما المعنى المجازي وهو الإستيلاء والسلطنة فيناسب الكل، فهذا يكون قرينة على أن المراد معناه المجازي.

الثاني أن نسبة القبض إلى المال وما يشبهه كالبيع، يكون قرينة على أن المراد من القبض السلطنة، إما لأنه بمعناه اللغوي يضاف إلى الأشياء بعناوينها الأولية أو لأنه في القبض بمعنى الأخذ بالكف، لا يناسب اعتباره في أمثال هذه الموارد بنظر العرف، بخلاف القبض بمعنى السلطنة والإستيلاء.

ثم إنه بقي الكلام في أن الإستيلاء والسلطنة بمَ يتحقق، فنقول: تحققه بحيث يستند إلى القابض ويصير فعلاً له، إنما هو بوقوع القبول من المشتري القابض بعد تحقق التمكين من البايع بنحوٍ تقدم في كلام [صاحب] الجواهر، أو يصير مقهوراً. نعم، إحضار المال عند القابض أو وكيله أيضاً ليس بشرط في جميع ما يعدّ من

---

٤) ص: ٤٥.

٥) نقل كثيراً في المجامع العامية مثل سنن ابن ماجة ٨٠٢/٢، ح ٢٤٠٠؛ سنن الترمذي ٥٦٦/٣، ح ١٢٦٦؛ مسند أحمد بن حنبل ٨/٥ و١٢ و١٣ وغيرها كما في هامش الخلاف ٢٢٨/٣.

المنقول؛ كيف وربما يكون المال لكثرته غير قابل لذلك، بل هنا يكتفى بإحضار مفتاح المحل الذي يكون ذلك المال فيه عند القابض أو وكيله بلا إشكال.

نعم، على كل حال يعتبر القبول من القابض كما تقدم في فروع مسألة النقد والنسبة أن القبول والرضاء من الدائن شرط في تحقق قبض الدين أيضاً؛ بل الظاهر أنه بعد رفع المنافيات من تصرف البايع ورفع يد البايع عن المال والإذن والطرح ـ كما تقدم تفصيله ـ لو قصد /٧٧٠/ المشتري للتصرف في المال وبنى عليه، يصدق عرفاً أنه استولى على ذلك المال من دون حاجة بصدور لفظ «قبلت» منه.

نعم، يكون القبول منه كاشفاً عن قصد التصرف والبناء عليه. فبعد ما صدر من البايع ما تقدم من رفع المنافيات وغيره مما يكون محققاً للتمكين، لا يلزم أن يصدر من المشتري في صدق أنه استولى على ذلك المال إلا قصده التصرف فيه بحيث لم يكن معرضاً عن ذلك المال ولا متأملاً في القبول، بل القبض يحصل بأخذ المشتري بنحو يقهر البايع.

نعم، لم يتحقق الإقباض هنا.

إن قلت: أي فرق بين المقام وبين الغصب الموجب للضمان مع أن سبب الضمان هناك اليد واليد أيضاً بمعنى الإستيلاء والسلطنة كالقبض في المقام؟

قلت: في باب الغصب لما لم يرفع المالك يده عن المال وكان مستولياً عليه، فتحقق الإستيلاء من الغاصب على ذلك المال، لا يتحقق بمجرد القصد ما لم يرفع سلطنة المالك عليه بمنعه من التصرف وتصرفه فيه بنفسه، وهذا بخلاف المقام؛ فإن البايع رفع يده عن المال /٧٧١/ بنفسه ورفع المنافيات عن تصرف المشتري، فكان للمشتري كمال الإستيلاء على المال من دون صدور شيء منه أصلاً، وإنما اعتبرنا قصده التصرف لتحقق صحة نسبة الفعل إليه من أنه استولى على المال في مقابل المعرض والمتأمل اللذين لم يصدق في حقهما أنهما استوليا على المال.

في أنه لو قلنا بكفاية التسليم فيرجع إلى عدم اعتبار القبض وفي أن مجرد تمكين البايع لا يرفع ضمانه

قوله: فنقول: رفع الضمان بأن استند فيه.. اه.

أقول: إن اعتبرنا القبض يتوقف على فعل من المشتري بنحو تقدم شرحه، وكذلك لو اعتبرنا الإقباض؛ لأنه لا يتحقق إلا بالقبض الذي هو فعل من المشتري. وأما لو لم نعتبر في رفع الضمان إلا ما هو من فعل البايع من رفع المنافيات عن تصرف المشتري وشبه ذلك مما يكون من فعل البايع، فحينئذٍ لابدّ من أن نقول: إن شيئاً آخر غير القبض والإقباض يكون رافعاً للضمان وهو تمكين البايع وتسليمه.

فيكون هذا نظير ما عن المحقق الثاني من أن النقل في المكيل والموزون يرفع الضمان وإن لم يكن قبضاً، ونظير أن إتلاف المشتري يرفع الضمان وإن لم يكن قبضاً، إلا أن الإشكال /٧٧٢/ في كفاية مجرد تمكين البايع في رفع الضمان، بعد أنه في النبوي علّق رفع الضمان على القبض الذي هو من فعل المشتري، وفي رواية عقبة علّق على الإقباض، وهو يتوقف على القبض الذي هو من فعل المشتري.

ودعوى أن المراد من الإقباض مجرد ما كان من فعل البايع وأن التعبير بالإقباض والاخراج مسامحة مسّت الحاجة إليها من التعبير، مردودة بأنه يمكن التعبير بالتمكين والتسليم لو كان الشرط مجرد ما كان من فعل البايع، فلم تكن ضرورة في التعبير بالإقباض مع أنه من المحتمل أن يكون التعبير بالإقباض لاعتبار عنوان الإقباض، كما أنه يحتمل أن يكون المعتبر التمكين وإن عبّر عنه بالإقباض.

وعلى هذا فتعيين الأول يحتاج إلى دليل، مع أن النبوي يشترط نفس القبض.

قوله: وأما ما ذكره بعضهم من اعتبار النقل.. اه.

أقول: لو كان مدرك اعتبار النقل كونه مأخوذاً في معنى القبض فهو مردود بما ذكره في المتن.

في دلالة خبر عقبة على اعتبار النقل لكن سنده ضعيف

وأما لو كان مدركه خبر /٧٧٣/ عقبة فنسلّم دلالته من جهة أن اعتبار الإخراج من خصوص بيت البايع وإن كان خلاف الإجماع، إلا أن ذلك لا يصير منشأً لأن يحمل على الخروج من مجرد استيلاء البايع وسلطنته؛ لأن الظاهر أن البيت كناية عن المكان الذي كان متعلقاً بالبايع ولو كان تعلقه به من جهة أنه مكان مباح يكون محل متاعه، إلا أنه نقول: إن سنده ضعيف كما في الجواهر ذلك ومن أخذ بمضمونه لم يعلم استناده إليه حتى يتوهم انجبار ضعفه؛ لأن من اعتبر النقل من المسالك وغيره، يكون دعواه اعتبار النقل في تحقق القبض. ولعل ذكر بعضهم لهذا الخبر من باب التأييد.

هذا؛ مع أنه ليست شهرة على اعتبار النقل في المنقول.

قوله: وأما اعتبار الكيل.. اه.

أقول: الكلام يقع هنا:

تارة في اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون.

وتارة في كفايتهما عن القبض بحيث لا يحتاج إلى شيء آخر.

أما المقام الأول فالحق عدم توقف تحقق معنى القبض على الكيل والوزن، فلو ثبت اعتبارهما في مورد فنختص به /٧٧٤/ لأنه أمر زائد على القبض، فلا يثبت

في كل مورد ثبت فيه اعتبار القبض.

ومن المورد التي يعتبر القبض أن بيع المكيل والموزون قبل قبضه من البايع الأول حرام أو مكروه، إلا أن يكون البيع الثاني تولية، فالقبض هنا معتبر لرفع هذه الحرمة أو الكراهة. وهنا يستفاد من الأخبار التي نقلها في المتن اعتبار الكيل والوزن أيضاً.

في عدم أخذ الكيل أو الوزن في القبض

وعلى هذا، لو قلنا باعتبار الكيل والوزن هنا، فلا نقول به في القبض الذي يتوقف رفع ضمان البايع للمبيع عليه بمقتضى «**كل بيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه**»[1]؛ بل ولا في القبض الذي اعتبر في سائر الموارد، لما عرفت من أن الكيل والوزن ليسا مما يتوقف تحقق معنى القبض عليهما.

في شرح كلام المسالك واشارة إلى اختلاف كلماته

ثم اعلم أنه في المسالك قال: إن القبض في المنقول باستقلال يد المشتري إلى أن قال: وهذا مطّرد في المكيل والموزون وغيرهما، إلا أنهما خرجا بالنص الصحيح.

ومراده: أن القبض في المكيل والموزون بالكيل والوزن، لكن لا في جميع الموارد بل /٧٧٥/ بالنسبة إلى القبض الذي اعتبر في جواز البيع ثانياً بغير التولية كما تقدم منا شرحه حيث صرّح قبل هذه العبارة بذلك عند بيان النص الصحيح، فلم يأخذ الكيل والوزن في قبض المكيل والموزون إلا في مورد واحد، بل هذا

---

١) عوالي اللآلي ٢١٢/٣، ح ٥٩.

المورد أيضاً مراده أنه أخذ في تحقق القبض، بل الكيل والوزن أمر زائد عن القبض إعتبره الشارع في خصوص هذا المورد ـ كما يفصح عنه آخر كلامه ـ.

قال: والتحقيق هنا أن الخبر الصحيح دل على النهي بيع المكيل والموزون قبل اعتباره بهما على أن القبض لا يتحقق بدونهما وكون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض، لا ينافي ذلك؛ لأن الإعتبار بهما قبض وزيادة، وحينئذٍ فلو قيل بالإكتفاء في نقل الضمان فيهما* بالنقل عملاً بمقتضى العرف والخبر الآخر ويتوقف البيع ثانياً عن الكيل والوزن، أمكن؛ إنتهى.

إلا أن هذا منافٍ لما يقوله في بعض الفروع التي ينقل المصنف (ره) في الفرع الثاني بعض عباراته منه، حيث إن ظاهره في ذلك الفرع ترجيح أن الكيل والوزن مأخوذان في نفس القبض، وإنه لا فرق في ذلك بين القبض الرافع لحرمة البيع الثاني وبين القبض الرافع لضمان البايع.

[إيراد المصنف وصاحب الجواهر على المسالك]

ثمّ إن لكل من المصنف (ره) وصاحب الجواهر إيراداً على المسالك:

أما المصنف (ره) فإيراده من جهة أنه يدعي أن الكيل والوزن ليسا زائدين على القبض، بل مأخوذين /٧٧٦/ في نفس القبض، وذلك لأن ما دل من الأخبار على اعتبار الكيل والوزن، ليس من جهة اشتراط صحة المعاملة بهما وإلا لم يفرق بين التولية وغيرها، فلابدّ أن يكون لأمر آخر، وليس ذلك إلا لكون الكيل والوزن قبضاً لما ادعاه في المختلف من الإجماع على جواز بيع الطعام بعد قبضه.

---

*) *أي في القبض الذي يعتبر في رفع ضمان المبيع عن البايع في المكيل والموزون. (منه قدس سره).*

في منع ورود إيراد المصنف (ره) على المسالك

أقول: إذا فرضنا ـ كما هو كذلك ـ من أن تحقق القبض ليس متوقفاً على الكيل والوزن، فحينئذٍ لو قام الدليل على اعتبار الكيل والوزن، فلابدّ من أن نقول باعتبار الكيل والوزن زائداً على القبض؛ لأن القبض العرفي لا يختلف حاله لقيام الدليل على اعتبار أمر آخر.

ففي غير هذا المورد إذا كان الدليل على اعتبار مجرد القبض، فنأخذ بمجرد معناه العرفي وإجماع المختلف على جواز البيع بعد القبض لعله كان مبنياً على أنه يأخذ الكيل والوزن في تحقق المعنى العرفي للقبض وهو لا يسلم ذلك، مع أنه لا إجماع معتبر على اعتبار الكيل والوزن في جميع الموارد.

وأما إيراد الجواهر على عكس إيراد المصنف (ره) حيث رجح في الجواهر أن الكيل والوزن ليسا مأخوذين في معنى القبض في المكيل والموزون، بل هما أمران زائدان اعتبرا في رفع الحرمة أو الكراهة عن البيع الثاني، فلابدّ أن يكون إيراده على العبارة الثالثة التي نقلناها عن المسالك في البحث السابع من المسالك.

نعم، التفت صاحب الجواهر أن عبارته في آخر كلامه موافق له حيث يجعل الكيل والوزن فيها زائداً على القبض. فإنه في الجواهر ينسب إلى المسالك أنه يعتبر في القبض في المكيل والموزون الكيل والوزن، ثم يقول: البحث معه في اعتبار الكيل والوزن في القبض فيهما.

ثم يقول: إن في كلامه ما يقتضي بالتشكيك في اعتبار القبض في المكيل والموزون بالكيل والوزن.

ويستشهد لذلك مما نقلناه عن آخر كلام المسالك التي صرّح فيه بأن الكيل والوزن قبض وزيادة.

في عدم اعتبار الكيل أو الوزن في القبض

وأما المقام الثاني ـ وهو /٧٧٧/ كفاية الكيل أو الوزن عن القبض* ـ فنقول: إن الكيل والوزن في مورد الأخبار هو الكيل والوزن من المشتري الذي كان قابضاً ومجرد ذلك لا يكفي في تحقق القبض بمعناه المتقدم ما لم يتحقق رفع اليد ورفع الموانع من البايع أيضاً، كما أنه أشار إليه ما عن جامع المقاصد.

إن قلت: ظاهر صحيحة معاوية بن وهب أنه منع عن البيع الثاني قبل قبض المبيع في البيع الأول حتى بكيله ووزنه.

قلت: لا دلالة فيه على أن الكيل والوزن كافيان حتى في صورة لم يرفع البايع الأول يده عن المبيع ولم يرفع الموانع ولم يأذن للمشتري؛ لأن الغالب أن الكيل والوزن يكون بعد ذلك كلّه؛ هذا كله أولاً لو دل على عدم الحاجة إلى غير الكيل والوزن، فإنما يدل على ذلك في جواز البيع ثانياً. ولعله يكفي ذلك فيه.

ولو لم يتحقق عنوان القبض عرفاً أيضاً، فلا يدل على كفاية الكيل والوزن فقط في سائر الموارد التي اعتبر فيها القبض.

في عدم الفرق بين القبض الموجب للملكية وغيره

قوله: فالأولى في المسألة ما عرفت من أن.. اه.

---

*) *كما عن التحرير وغيره، بل ظاهر المسالك حيث إنه في العبارة الثانية التي نقلنا عنه في المقام الأول أجاب عن الإشكال بأن السؤال في صحيحة معاوية وقع عن البيع قبل القبض بأن ذلك لا ينافي ما قلناه من أن القبض لا يتحقق بدون الكيل والوزن؛ لأن الكيل والوزن قبض وزيادة. (منه قدس سره).*

أقول: إتحاد معنى القبض في المورد تارة من جهة اعتبار الكيل والوزن فيه وتارة من غير هذه الجهة.

أما من جهة اعتبار الكيل والوزن فالمصنف (ره) بعداً غير أنه على اعتبارهما في البيع يشكل في اعتبارهما في مثل الصدقة والهبة ويقول: إن التقييد ثبت في خصوص البيع، إلا أن يقال باتحاد القبض في الموارد كما ينقل عنه الشواهد.

ونحن نقول: قد تقدم أن الكيل أو الوزن كان معتبراً في خصوص رفع الحرمة أو الكراهة للبيع الثاني إذا كان بغير التولية وهناك أيضاً لم يكن مأخوذاً في معنى القبض، بل أمر زائد اعتبر هناك، فاتحد معنى القبض في جميع الموارد ولم يكن الكيل أو الوزن مأخوذاً فيه.

وأما /٧٧٨/ من غير جهة الكيل والوزن، فمقتضى ما نقله عن القاضي وبعض الشافعية أن التخلية والتسليم لا يكفي في تحقق القبض الموجب للملكية، كما في الصدقة والهبة، ويكفي في تحقق القبض الذي لا يتوقف الملكية عليه كالقبض في البيع الرافع للضمان عن البايع.

ونحن نقول: مقتضىٰ ما تقدم منّا أن مجرد التخلية لا يكفي في تحقيق القبض ما لم يتعقبه القبول أو شبهه من طرف القابض أيضاً، لعدم تحقق القبض بمعناه العرفي المتقدم بدون ذلك.

ولو فرض إجماع على كفاية مجرد التسليم والتخلية في مورد، فنقول: إن القبض ليس هناك معتبراً، بل المعتبر التسليم والتخلية.

قوله: الأول: قال في التذكرة.. اه.

أقول: تقدم أن تحقق القبض في غير المنقول بعد رفع يد البايع عن المبيع ورفع الموانع عن تصرف المشتري وقبول المشتري ذلك بلفظه أو بفعله، وفي المقام يكون الإذن في تحويل الأمتعة بمنزلة رفع الموانع؛ لأن المراد برفع الموانع ما يعم

ذلك، فبعد /٧٧٩/ رفع البايع يده وتصرف المشتري أو قبوله يتحقق الإقباض؛ لكن هذا لا مانع فيه في كل حكم قلنا: إن موضوعه الإقباض من البايع.

في حكم ما لو كان المبيع مشغولاً بمتاع البايع أو في مكان له

وأما كل حكم كان موضوعه نفس القبض فتقدم أن القبض يتحقق بأن يستولى المشتري على المبيع بنفسه ويرفع موانع الإستيلاء عنه ولو بدون إذن من البايع أيضاً.

وقال في الجواهر في صورة كان المبيع من المنقول وكان فيه أمتعة البايع ـ كالصندوق ـ إنه يكفي في حصول السلطنة والإستيلاء للمشتري على المبيع التي تقدم أنها معنى القبض المعتبر في المقام مجرد استيلاء المشتري على المبيع وهو الصندوق ولو قبل تفريغه من أمتعة البايع؛ بل لو اعتبرنا نقل الأمتعة في حصول قبض المبيع ونقلها المشتري بنفسه، كفى في نقل الضمان عن البايع وغيره من أحكام القبض حتى مع عدم إذن البايع في نقل الأمتعة، بعد أن يكونا أَذِنا في المبيع أو يكون إذنه غير معتبر لوصول الثمن إليه؛ إذ الإثم في ذلك لا ينافي صحة القبض وترتب أحكامه عليه.

واحتمل في المسالك توقفه فضلاً عن غيره من أحكام القبض على إذن البايع في نقل الأمتعة. وفيه من الضعف ما لا يخفى.

ثم لو كان المبيع من غير المنقول، فلا ريب في تحقق التخلية التي كانت معنى القبض فيه قبل نقل الأمتعة فيكتفى بها.

واحتمل في المسالك عدم الإكتفاء بها قبل النقل وهو أضعف من سابقه؛ إنتهى.

أقول: تقدم أنا قلنا: إنه يعتبر في تحقق كل من القبض والإقباض عدم إعراض المشتري أو تردّده من التصرف في المبيع وإن كان كلام المصنف منافياً لذلك فى

الجملة في الإقباض وكلام الجواهر منافياً له مطلقاً فى صدر كلامه، إلّا أن النزاع في المقام ليس من هذه الجهة؛ لأن المفروض أن المشتري يتصرف في المبيع.

نعم، تقدم هنا أن كل حكم اعتبر فيه القبض، فهنا لا يعتبر إلا حصول الإستيلاء والسلطنة للمشتري على المبيع، وهذا غير متوقف على إذن البايع للمشتري، لا في تصرفه في المبيع ولا في نقل متاع البايع عنه، بعد أنه يحصل تمام الإستيلاء من المشتري على المبيع بأي وجه كان.

وأما كل حكم اعتبر فيه إقباض البايع للمنع إلى المشتري، فحينئذٍ نقول: إن استيلاء المشتري على المبيع يتوقف على رفع الموانع من تصرف المشتري فيه ولابدّ أن يكون ذلك من البايع، بل يتوقف على إذن البايع للمشتري لتحقق الإقباض.

نعم، لو فرضنا أن المشتري رفع الموانع بنفسه ولو مع النهي عنه، ثم أذن له البايع للتصرف في المبيع بعد رفع الموانع، يكفي في تحقق الإقباض، نظير صورة لم يكن المبيع مشغولاً بأمتعة البايع من أول الأمر.

ثمّ إن حرمة التصرف في المبيع قبل أداء الثمن ـ لو قلنا به ـ إنما يكون مضرّاً بحصول القبض والإقباض لو اعتبرنا في معناهما الإستيلاء بحسب الشرع أيضاً. فإنه على هذا الفرض يكون حرمة التصرف من الموانع عن الإستيلاء والسلطنة على المبيع، كما أن اشتغال المبيع بأمتعة البايع من الموانع عن الإستيلاء العرفي الذي يكون من المسلم إعتباره في تحقق معنى القبض والإقباض عرفاً.

وسيأتي أنه هل يجوز التصرف للمشتري قبل إذن البايع وقبل إيصال الثمن إليه [أم لا؟].

وأما في غير المنقول فقد تقدم أن نقل المشتري ليس مأخوذاً في تحقق القبض فيه، ولم يتمّ خبر عقبة على اعتبار النقل.

وبعد ذلك يكون المدار على تحقق المعنى العرفي للقبض فيه، وهو بأن يوضِع

البايع المبيع بين يدي المشتري ويرفع اليد عنه أو يأخذ يد المشتري ويجيء به عند المبيع وأذن له في أن يأخذه المشتري ويرفع البايع يده عنه ويذهب والمشتري أيضاً يقبل ذلك أو يتصرف.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون المبيع في محل مختص بالبايع أم لا ولا بين القبض الذي يرفع الضمان والقبض الذي يوجب جواز التصرف وأصل الملكية تقدم قُبيل ذلك.

نعم، نفس القبض بدون الإقباض يتحقق بمجرد أن يأخذ المشتري المبيع ويذهب بحيث يرتفع استيلاء البايع عليه.

في إيرادات المصنف على المسالك في المسألة أنه هل يعتبر الكيل أو الوزن ثانياً للقبض

قوله: قال في المسالك: لوكان المبيع مكيلاً.. اه.

أقول: للمصنف (ره) على هذا الكلام من المسالك إشكالات بعضها متعلق بما ذكره في المسالك من الدليل على مختاره أو خلاف مختاره، وبعضها متعلق بما نسب في المسالك مختاره إلى العلامة والشيخ وجماعة.

ثمّ إن ما أورده على دليله ذكره المصنف في آخر كلامه.

وأورد عليه من وجوه:

منها أنه لا يخفى أنه يشترط في صحة البيع أن يكون المبيع معلوماً، وهو في المكيل والموزون بأن يكون كيله أو وزنه معلوماً.

وذلك إما بأن كيل قبل البيع لو كان البيع شخصياً ويقوم /٧٨٠/ مقامه أخبار البايع بكيل أو وزنه، فإنه حجة كإخباره بصفات المبيع على تفصيل تقدم في خيار الرؤيه وإما بأن يبيع كيلاً معيناً في الذمة أو كيلاً معيناً من الصبرة المشتملة عليه.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: قوله في النص «حتى يكيله أو تزنه» لا يجوز أن يكون المراد ما هو مصحح للبيع الأول؛ لأن ما هو مصحح للبيع الأول لابدّ أن يكون قبله، مع أن المراد من الكيل في النص هو الكيل المتوسط بين البيع الأول والثاني.

فلا وجه لما في المسالك من شمول إطلاق «حتى يكيله» للكيل السابق الذي كان مصححاً للبيع الأول.

وأيضاً لا يجوز أن يكون المراد من قوله عليه السلام «**حتى يكيله**» ما هو مصحح للبيع الثاني، أعني الكيل الذي يوجب معلومية المبيع حتى يجعل استثناء التولية دليلاً على عدم إرادته؛ لأن معلومية المبيع شرط في التولية أيضاً، بل وجه عدم كون ذلك مراداً أن السؤال كان عن بيع الشيء قبل قبضه.

أقول: يرد عليه أنه تقدم من المصنف (ره) عند التعرض لأن الكيل معتبر في القبض أم لا، أن المصنف (ره) تمسك بعين الوجه الذي في المسالك لإثبات أن قوله عليه السلام «**حتى / ٧٨١/ يكيله**» ليس المراد هو الكيل الذي شرط لصحة البيع الثاني؛ هذا أولاً.

وثانياً: إن مجرد ذكر وجه آخر لأنه ليس المراد ما هو شرط لصحة البيع، غير مضرٍّ بصحة الوجه الذي في المسالك أيضاً.

هذا، مع أن كون السؤال عن البيع قبل القبض غير منافٍ لكون السؤال عن شرط صحة البيع؛ غايته أن هذا شرط آخر لصحة غير ما هو محقق لمعلومية المبيع.

ومنها أنه قال: ثم الجواب بالفرق بين المكيل والموزون لا يمكن إرجاعها إلى السؤال والجواب عن البيع الثاني؛ بل الكلام سؤالاً وجواباً نص في إرادة قابلية المبيع قبل القبض للبيع وعدمها.

أقول: ليس في النص جواب بالفرق بين المكيل.. اه ليكلّم في أنه يمكن إرجاعه إلى السؤال والجواب عن شرايط البيع الثاني أم لا؛ بل وليس في كلام

المسالك أيضاً مثل هذا الجواب.

هذا، مع أن ما ذكره من أن /٧٨٢/ الكلام سؤالاً وجواباً نص في إرادة قابلية المبيع قبل القبض للبيع وعدمها، ففيه: أن نفس قابلية المبيع للبيع من شرايط البيع الثاني.

ومنها أنه قال: فالأولى أن استثناء التولية ناظر إلى الفرق بين البيع مكايلة بأن يبيع ما اشتراه على أنه كيل معين، فيشترط قبضه بالكيل والوزن، ثم إقباضه وبين أن يوليه البيع الأول من غير تعرض في العقد لكيلة ووزنه، فلا يعتبر توسط قبض بينهما، بل يكفي قبض المشتري الثاني عن الأول.

في الجواب عن بعض مناقشات المصنف (ره) على المسالك وفي مسألة أنه هل يحتاج إلى الكيل ثانياً للقبض

أقول: أولاً إن كون المستثنى وهو صورة لا يحتاج إلى القبض صورة يوليه البيع الأول فواضح. وأما كون المستثنى منه الذي يحتاج إلى القبض والكيل صورة باع على أنه كيل معين بحيث كان المبيع شخصياً لم يعلم المشتري كـيله، فـليس له قرينة وشاهد، بل لا يبعد أن يكون بيع التوليه في المستثنى في مقابل بيع المرابحة والوضيعة كما هو كذلك /٧٨٣/ عند الفقهاء، ولا اختصاص لهما ببيع المكايلة التي ذكره المصنف (ره)؛ هذا أولاً.

وثانياً إن عمدة همّ المصنف (ره) كما يظهر من كلام له بعد ذلك وكلماته السابقة رفع احتمال الإحتياج إلى كيل جديد في صورة كال أولاً للبيع الأول.

وعلى هذا نقول في صورة باعه على أنه كيل معين أو يوليه البيع الأول الذي يحتاج أحدهما إلى الكيل للقبض دون الآخر: إما أن يكون الكيل في البيع الأول معلوماً فحصل الإحتياج إلى كيل جديد وإما أنه كان الكيل مجهولاً ومقتضاه بطلان

البيع الأول.

ومنها أنه في المسالك ادعى ورجح من أنه لو كيل المبيع قبل البيع الأول فيحتاج إلى كيل جديد بعد العقد لتحقق القبض. ونسب ذلك إلى نص العلامة والشهيد وجماعة.

في اعتبار الكيل ثانياً لتحقق القبض

والمصنف (ره) بعد نقل كلمات هؤلاء، يقول[1]: الإنصاف أنه ليس في كلامهم ولا غيرهم ما يدل على أن الشيء الشخصي المعلوم /٧٨٤/ كيله أو وزنه قبل العقد إذا عقد عليه وجب كيله قبل هذا العقد مرّة أخرى لتحقق القبض، فيحمل كلام من اعتبر الكيل للقبض بعد الكيل الذي كان معتبراً في أصل صحة العقد على صورة باع أولاً مكايلة كأن باع على كيل معلوم كلي أو من صبرة معينة أو على جزئي محسوس على أنه كذا كيله، دون ما إذا اشترى ما علم كيله.

وأيضاً يتصدى لبيان شواهد من كلماتهم على هذا الحمل، ومن كلام الشيخ الذي كانت كلماتهم ناظرة إليه أيضاً، ويتصدى لدفع ما يوهم كونه ظاهراً في خلاف ذلك وأنه موافق لما نصّ به في المسالك من احتياج المبيع الشخصي الذي يعلم كيله ووزنه قبل البيع إلى كيل ووزن جديد.

أقول: تقدم الكلام في أن الكيل الذي يعتبر ويكون مقتضى الأخبار السابقة اعتباره، هل هو محقق للقبض أو زائد عليه؟ وأنه هل يعتبر في خصوص القبض الذي يرفع الحرمة أو الكراهة عن البيع الثاني أو يعتبر في القبض الرافع لضمان البايع أيضاً أو في مطلق قبض المكيل والموزون؟

وتقدم أنا رجّحناه أنه لخصوص رفع الحرمة أو الكراهة عن البيع الثاني وأنه

---

١) المكاسب ٢٥٧/٦، عدم ظهور كلمات الفقهاء في وجوب الاعتبار.

زائد على القبض.

وممن يظهر منه أنه يعتبر في خصوص رفع الحرمة أو الكراهة عن البيع الثاني ما نقله المصنف (ره) هنا /٧٨٥/ عن جامع المقاصد والدروس وما تقدم مما ذكره في المسالك في آخر كلامه، وتقدم أنه يظهر منه أنه زائد على القبض.

في صورة كيل أولاً ليصير المبيع معلوماً

وإذا عرفت هذا، فتقول: إن إطلاق صحيحة وهب وغيرها من الأخبار يقتضي اعتبار الكيل في القبض الموجب لرفع حرمة البيع الثاني أو كراهته حتى فى صورة كيل قبل البيع الأول لرفع الجهالة عن المبيع وكان البايع والمشتري في البيع الثاني حاضرين هنا واعتبار الكيل الجديد لأجل القبض في هذا الفرض لما كان بعيداً، فحمل الأردبيلي الأخبار على صورة باع أولاً منّاً من الصبرة، فلا مانع من أن يعتبر الكيل هنا في القبض والمصنف (ره) حمل الأخبار على بيع المكايلة.

ومراده من بيع المكايلة ـ كما يصرح عند بيان مراد العلامة وغيره من العلماء ـ أن يبيع أولاً كيلاً معلوماً على الذمة أو كيلاً معيناً من الصبرة أو باع شخصياً على أنه كيل معين بحيث /٧٨٦/ لم يكن كيله معلوماً، ومرجعه إلى إخبار البايع واعتباره ـ كما تقدم شرحه في خيار الرؤية ـ.

في اختلاف كلمات العلماء في اعتبار الكيل ثانياً وأنه يظهر من بعض أن العلم بالكيل الأول يكفي

ثمّ إن المصنف (ره) تصدى لحمل كلام من كان ظاهره اعتبار الكيل الجديد لأجل القبض من العلامة والشهيد وغيرهما على أن مرادهم بيع المكايلة ولا مانع

من اعتبار الكيل فيه للقبض.

ومنه رد كلام المسالك حيث نسب إليهم أنهم يقولون باعتبار الكيل الجديد للقبض حتى في صورة كيل العين الشخصية أولاً للبيع الأول وكان البايع والمشتري في البيع الثاني حاضرين عنده.

ونحن نقول: إن الذي يظهر من بعض ما نقله المصنف (ره) عن جامع المقاصد من عبارتين منه أن الكيل معتبر في تحقق القبض الرافع لحرمة البيع الثاني أو كراهته، إلّا أن العلم بالكيل يقوم مقام نفس الكيل، كما أن إخبار البايع به يقوم مقامه /٧٨٧/ كما أنهما كافيان في صحة البيع الأول.

هذا؛ والعمدة في المقام تعيين ما هو المراد من الأخبار؛ إذ ليس المطلب مسلماً بعد أنه في المسالك يعتبر الكيل الجديد وينسبه إلى جماعة، وبعض الكلمات منهم قابل لأن يكون المراد منها ذلك.

فعلى هذا نقول: إن إطلاق الأخبار يقتضي اعتبار الكيل والوزن لرفع حرمة البيع الثاني أو كراهته حتى في صورة علم الكيل والوزن، إلا أنه نقول: لو قلنا: إن العلم بالكيل أو الإخبار عنه يقوم مقام الكيل والوزن، وإلا نقول: إن المتيقّن من الإطلاق في نظر العرف بقرينة لغوية الكيل والوزن في صورة كانا معلومين، غير هذه الصورة. فلا تجري مقدمات /٧٨٨/ الحكمة لإثبات تعميم اعتبار الكيل والوزن في الفرض*.

---

*) *هذا مع أن لنا أن نقول: إنه تقدم أن الكيل والوزن ليسا مأخوذين في المعنى العرفي للقبض. نعم، في الغالب يتوقف تحقق القبض في المكيل والموزون على الكيل والوزن، كما إذا كان المبيع من قبيل الكلي في الذمة أو الكلي في المعين، مثل كيل من الصبرة ولم يقبض أصل الصبرة.*

وعليه نقول: إن إطلاق صحيحة معاوية بن وهب يقتضي توقف رفع الحرمة أو الكراهة عن البيع الثاني كما إلى كيل ووزن مطلقاً ولو كان الكيل والوزن في البيع الأول معلوماً في غير التولية، سواء حصل القبض بعد البيع الأول أم لا.

في دعوى المشهور أن البيع يقتضي تسليم المبيع والمناقشة على ذلك والتكلم فيه على القاعدة

قوله: القول في وجوب القبض، مسألة: يجب[1] .. اه.

أقول: ما ذكره من الفروع مبني على اقتضاء البيع للتسليم، ونحن لا نرى

ومثل صحيحة معاوية بن وهب رواية أبي بصير.

وأما صحيحة علي بن جعفر وكذا صحيحة منصور بن حازم فتدلان على المنع عن البيع الثاني إذا لم يكن توليه بدون القبض بعد البيع الأول من بعض الجهات، سواء حصل الكيل والوزن بعد البيع الأول أم لا.

وعلى هذا يقع التعارض بين الطائفتين من الأخبار. ويمكن الجمع بأحد الوجهين:

الأول أن نقول: إن الكيل والوزن مأخوذان في معنى القبض شرعاً وإن المراد من الأخبار التي اقتصر على الكيل والوزن هو الكيل والوزن مع حصول القبض العرفي أيضاً.

الثاني أن نقول: إن رفع الحرمة أو الكراهة عن البيع الثاني إذا لم يكن تولية، لم يتوقف إلا حصول القبض العرفي بعد البيع الأول، إلا أن حصول القبض في كثير من الموارد يتوقف في بيع المكيل والموزون على الكيل والوزن.

وعليه فالمراد من مثل صحيحة معاوية بن وهب في غير المبيع الشخصي الذي كان كيله ووزنه الشخصي معلوماً للبايع والمشتري في البيع الثاني الذي لم يكن تولية وأن اعتبار الكيل والوزن هنا أيضاً ليس لاعتبارهما في نفسهما في رفع الكراهة، بل مقدمة لحصول القبض الذي يتوقف رفع الحرمة والكراهة عليه.

ثم هذا الجمع الثاني يكون أقرب عرفاً مع أنه ليس مشتملاً على أمر مستبعد في الأنظار. ولعل منه قال في جامع المقاصد في صورة علم الكيل والوزن أو أخبر البايع: كفى نقله أي نقل البيع وهو مبني على أخذ النقل في معنى القبض.

هذا، مع أنه لو لم نرجح الجمع الثاني أيضاً، نقول: غاية الأمر التوقف، فلم يتمّ الدليل على توقف رفع الحرمة أو الكراهة عن البيع الثاني إذا لم يكن تولية على المكيل والموزون فيما يكون كيله ووزنه السابق معلوماً، مع أن أصل هذا الحكم أيضاً على خلاف الأصل. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ٢٦١/٦، القول في وجوب القبض.

اقتضاءً في البيع سوى تمليك كل من العوضين للآخر؛ فعلى هذا نتكلم في تلك الفروع على هذا التقدير*، فنقول: لا إشكال في وجوب التسليم على كل منهما بمعنى عدم امتناع الآخر من ماله الذي عنده بمقتضى البيع؛ لأنه ظلم.

وأما لو كان نزاعهما في البدءة، فلا يجب على البايع أولاً، لأنهما سواء من حيث كون مال كل منهما عند الآخر.

وهل يجوز إجبار أحدهما أولاً أم لا؟ فنقول: من يريد إجباره أولاً لو اعتذر بأني أعلم أن الطرف الآخر يمتنع من التسليم ولا أقدر على أخذ مالي، فحينئذٍ يشكل جواز إجباره أولاً بعد فرض أنه على فرض امتناع الآخر وعدم القدرة عليه يكون له التقاص عن ماله بما عند نفسه، بل يمكن /٧٨٩/ منع جواز اجباره أولاً مطلقاً؛ نظراً إلى أن عدم تسليم الآخر عدوان منه عليه، فيكون له الإمتناع نظراً إلى قوله تعالى ﴿ **فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم** ﴾[1].

ومما ذكرنا ظهر حكم صورة امتنع أحدهما عن التسليم رأساً، فإنه لا يجب التسليم على الآخر أيضاً.

وما قيل من أن ظلم أحدهما لا يسوغ الظلم من الآخر قد ظهر جوابه مما تقدم، ولا يحتاج إلى جواب ذكره المصنف (ره) من أنه ثبت بإطلاق العقد أن لكل منهما حق الإمتناع مع امتناع صاحبه، ليرد عليه: أن إطلاق العقد ليس ناظراً إلى هذه الجهات.

في صورة كان الثمن على ذمة المشتري يظهر من العبارة التي نقلها المصنف عن المبسوط[2] أن المشتري لو كان معسراً، فلا يجب على البايع تسليم المبيع، بل

---

*) ***كما أنه في شرح الإرشاد سلك الأردبيلي أيضاً هذا المسلك وإن يكون ما نرجح في المقام مخالفاً له من بعض الجهات. (منه قدس سره).***

١) البقرة: ١٩٤.

٢) المبسوط ١٤٨/٢، تفريق الصفة واختلاف المتبايعين.

يكون للبايع الفسخ والرجوع إلى عين ماله كالمفلس.

أقول: رجوع البايع إلى عين ماله الذي كان عند المفلس ثبت بالأخبار الخاصه ولا نعلم باتحاد المناط.

نعم، لو كان البايع حين البيع جاهلاً بأن المشتري معسر، فلم يقدم في هذا البيع على ضرر نفسه ووجوب الوفاء بهذا العقد يكون ضررياً، فيرتفع بقاعدة الضرر، كما أثبتنا بذلك خيار الغبن في محله.

فيما يتعلق بالتسليم وأنه لو سلّم أحدهما يجبر الآخر

ثم لو كان أحدهما مؤجلاً والآخر معجلاً، فلا إشكال في وجوب تسليم المعجّل قبل الأجل دون المؤجل.

/ ٧٩٠/ وأما بعد حلول المؤجل، فلا وجه للقول بوجوب تسليم ما كان معجلاً أولاً، بعد أنه قلنا: إنه ليس في نفس البيع ما يقتضي تعيين هذه الخصوصيات وإن المرجع القواعد العامة التي تقدم حالها وإنها بعد حلول الأجل بالنسبة إليهما على نهج سواء.

ثم إنه لو أخذ المشتري المبيع من دون إذن البايع ومن دون أن يسلم الثمن، يتحقق القبض الذي رفع ضمان البايع.

نعم، لو اعتبرنا في رفع الضمان الإقباض، فلم يتحقق بالأخذ قهراً حتى في صورة سلم الثمن قبله.

ثم اعلم أنه لو سلم أحدهما يجبر الآخر على التسليم ويحجر من التصرف فيما عنده من العوض الذي هو مال الآخر. وأما حجره في شيء آخر من أمواله، فلا يقتضيه القواعد إبتداءً؛ فتأمل.

[كلام الأردبيلي في منع الدفع حتى يقبض]

ينقل في الجواهر[١] عن الأردبيلي[٢] (ره) أنه نقل عن الأكثر: أنه يجب على كل من البايع والمشتري دفع ما عنده بعد أخذ العوض وأنه يجوز لكل منهما المنع حتى يقبض.

ثم أشكل بعدم النص وثبوت الإنتقال بالعقد يقتضي وجوب الدفع على كل منهما عند طلب الآخر وعدم جواز الحبس حتى يقبض حقه وجواز الأخذ لكل حقه من غير إذن الآخر؛ إنتهى.

وعن البحراني أنه استجوده.

أقول: أما توقف وجوب التسليم على طلب الآخر، فهو موافق لما قلناه من أن إطلاق العقد ليس متعرضاً لوجوب التسليم وإنما العقد يقتضي مجرد التمليك ولكن في الجواهر ناقش على الأردبيلي بأن ظاهر الأصحاب وجوب التسليم، كما أن العرف والقواعد الشرعي أيضاً كذلك. فالتأخير يحتاج إلى الإذن، لا أن الدفع يحتاج إلى الطلب؛ إنتهى.

وأما دعوى عدم جواز الحبس متى يأخذ حقه، فهذا مردود مما تقدم منا من أنه إذا امتنع أحدهما عن التسليم، فيجوز الإمتناع للآخر لقوله تعالى ﴿**فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى**﴾[٣].. الآية وغير ذلك.

وأما دعوى جواز الأخذ لكل منهما حقه من غير إذن الآخر، فلا مانع فيه؛ لأنه مقتضىٰ الملكية.

نعم، يشكل الأمر في جواز الأخذ بدون الإذن في صورة رجحنا أن للآخر

---

١) جواهر الكلام ١٤٦/٢٣، إطلاق العقد يقتضي وجوب تسليم المبيع والثمن.

٢) مجمع الفائدة والبرهان ٥٠٤/٨، الخامس: في التسليم، وجوب دفع العوضين على المتبايعين من غير أولوية.

٣) البقرة: ١٩٤.

الإمتناع. مثلاً إذا امتنع البايع من إعطاء البيع، فهل يجوز له أخذ الثمن من المشتري قهراً أو بلا إذن من المشتري، أم لا.

ثم لو قلنا بعدم جواز الأخذ قهراً أو بلا إذن وأخذ قهراً أو بلا إذن، فهل المحرم خصوص الأخذ أو أنه لا يجوز له التصرف في العين أيضاً؟

وفي الجواهر[1] بعد تسليم عدم جواز الأخذ قهراً أو بلا إذن بالنسبة إلى جواز التصرف في نفس العين لو أخذ العين قهراً مثلاً، يقول: فيه وجهان لم أقف على تنقيح لأحدهما في كلام الأصحاب. والذي يناسب الإرفاق وحديث الضرار عدم جواز التصرف في العين أيضاً، فلا تصح الصلاة فيه مثلاً.

أقول: في صورة امتنع البايع من تسليم البيع إلى المشتري، مثلاً قلنا: إن للمشتري أيضاً أن يمتنع من الثمن، لكن لم يكن دليلنا على ذلك أنه من اقتضاء إطلاق العقد، بل المدرك إنما مثل قوله تعالى ﴿ **فاعتدوا عليه بمثل..** ﴾[2] الآية، فإنها تدل على ترخيص امتناع المشتري من تسليم الثمن في هذا الفرض.

وعليه، فمجرد عدم إذن المشتري للبايع في أخذ الثمن لا يمنع من جواز أخذ البايع للثمن الثابت بمثل قوله ﷺ «**الناس مسلّطون على أموالهم**»[3].

نعم، إذا امتنع المشتري من تسليم الثمن، فحينئذٍ لما قلنا: إن له الإمتناع لترخيص الشارع له في ذلك، فنقول: إن هذا الترخيص لا يجمع مع ترخيص البايع أيضاً في الأخذ؛ لأنه يوجب التشاجر.

ومن الواضح أن قوله تعالى ﴿ **فاعتدوا** ﴾.. الآية لما يكون في مقام أن الإعتداء لما لم يكن مجوزاً، فيكون مقدماً على مثل قوله ﷺ «**الناس مسلّطون على أموالهم**».

---

١) جواهر الكلام ١٤٧/٢٣، إطلاق العقد يقتضي وجوب تسليم المبيع.

٢) البقرة: ١٩٤.

٣) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩.

وأما التصرف في عين الثمن للبايع بعد أخذه الثابت جوازه بقوله «الناس مسلطون».. اه، فلا يرفعه أنه الإعتداء ونظائرها، فيجوز له التصرف في الثمن بعد أخذه، فيصح صلاته فيه، ولا ينافي ذلك مع أن يكون للمشتري أن يأخذ الثمن من البايع بعد ذلك أيضاً.

تنبيه

[في تأجيل كلّ من الثمن والمثمن]

إذا كان كل من الثمن والمثمن مؤجلاً، فالإشكال في أصل صحة البيع من جهة دخوله في بيع الكالي بالكالي.

وأما من جهة وجوب التسليم بعد ما قلنا: إنه ليس من مقتضىٰ إطلاق العقد؛ بل من اقتضاءات الملكية الثابتة في نفس البيع، فيكون أمره واضحاً، لو قلنا بصحته إتحد أجلهما أم اختلف.

وكذلك الأمر واضح في بعض العوضين والشروط التابعة للعوضين، بل فيما لا يوجد فيه معنى المعاوضة كما في النكاح، بل حتى في الوديعتين، فإن الأداء واجب عند مطالبة ذي الحق وعند امتناع أحد الطرفين، يجوز الإمتناع من الآخر مع فرض المماثلة بين الإعتدائين، إلا أن يقوم دليل أو إجماع على خلافه، كما يدعى في بعض الأمثلة.

في أنه هل يجب على البايع تفريغ المبيع عن مال نفسه وغيره أم لا؟

قوله: مسألة: يجب على البايع تفريغ المبيع[1] .. اه.

/ ٧٩١/ **أقول**: أما ما ادعاه من أن التفريغ ليس شرطاً للتسليم، أي القبض، فلما

---

١) كتاب المكاسب ٢٦٦/٦، مسألة: وجوب تفريغ المبيع مما فيه من الأموال.

تقدم من أن القبض يتحقق باستيلاء المشتري على البيع.

ومن الواضح أنه يجتمع مع كون مال من البايع أو غيره فيه*، ويظهر الثمرة في أنه لو تحقق التسليم بدون التفريغ أيضض يترتب الأحكام المترتبة على القبض كرفع ضمان البايع وكصيرورة العقد صحيحاً في الصرف وغيره مما كان القبض شرطاً لصحته إلى غير ذلك من الأحكام المترتبة على القبض.

وأما ما ادعاه من أنه يدل على وجوب التفريغ إن إطلاق العقد كما يقتضي أصل التسليم عرفاً، يقتضي تسليمه مفرغاً وبعد اندراجه في نفس العقد، يدل على وجوبه ما دل على وجوب الوفاء بالعقد مثل ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] كما في الجواهر.

ففيه: أنه تقدم هنا أن مفاد عقد البيع ليس إلا التمليك من الطرفين لأنه مبادلة مال بمال في الملكية.

وعلى هذا فمن حيث وجوب التسليم أو التفريغ لابدّ من أن نمشي على ما يقتضيه القواعد.

فعلى هذا نقول: أما وجوب التسليم فقد تقدم الكلام فيه في المسألة السابقة. وأما وجوب التفريغ، فبعد ما عرفت من أنه ليس من مقتضىٰ البيع، فمن حيث القاعدة لا فرق بين المبيع وغيره من أموال المشتري في أنه لو كان للبايع مال فيه /٧٩٢/ يجب عليه إخراجه منه لو تمّ الدليل على وجوب التفريغ كما أنه على هذا لا وجه للقول بأنه يجب على البايع تفريغ المبيع من مال غير نفسه.

---

*) *نعم، تقدم أنه لابدّ من رفع الموانع عن الإستيلاء العرفي التي هو معنى القبض واشتغال المبيع بأمتعة البايع مانع عن الإستيلاء. وفي التذكرة مكّنه من الأمتعة بحيث جعل له تحويلها. وهذا مبني على أن المعتبر هو الإقباض.*

وعلى كل حال، يعتبر التمكن من رفع الموانع في تحقق القبض، بل تقدم عند التعرض لكلام التذكرة أنه يظهر من الجواهر أنه يعتبر في معنى القبض رفع الموانع الشرعية أيضاً، كحرمة التصرف في المقبوض. (منه قدس سره).

١) المائدة: ١.

في الوجه الذي ذكر لمنع كون ابقاء المتاع في دار الغير تصرفاً في الدار

وإذا عرفت هذا، فنقول: إنا نقلنا في أواخر كتاب الرهن فى ذيل مسألة أنه هل يجبر الراهن على إزالة الشجر المغروس في الأرض المرهونة عن الجواهر[1]: أنه استدل على جواز الإجبار بأن إبقاء الشجر تصرف منهي عنه، كالمتاع الموضوع في دار الغير.

ونقلنا عن الأستاد أنه ناقش على ذلك بأن المتاع الموضوع في دار الغير فـي صورة كان الوضع من المالك نمنع وجوب رفعه عليه فضلاً عن غيره.

وتوضيحه يتوقف على مقدمة وهو: أن الحادث تارة يكون جـوهراً وحـقيقة مستقلّه، نظير النور والضوء الحادثين من السراج وتارة يكون صفة ككون الشيء في مكان أو كون البيتين موضوعتين بطريق التلاصق.

والتحقيق أن الحادث إذا كان جوهراً نحتاج إلى العلة في البقاء كما يحتاج إلى العلة في الحدوث أيضاً، وذلك لأن وجه الحاجة هو إمكانه، وهو لا ينفك عنه كما أوضحته في أدلة الإستصحاب وأوضحنا هناك أن العلة /٧٩٣/ المبقية هو العـلة المحدثة.

وأما إذا كان الحادث من قبيل الصفات ككون المـتاع مـوضوعاً فـي مكـان، فحينئذٍ لا يحتاج الباقي في البقاء إلى علة ليكون علة بقائه هو علة حدوثه أم لا، وليس هنا مجال التفصيل.

وإذا عرفت ذلك، فتقول: كون المتاع في دار الغير من القسم الثاني من الحادث ويكون أصل حدوثه من المالك؛ لأن المفروض أن الوضع منه والوضع تصرف من

---

١) جواهر الكلام ٢٤٠/٢٥، إذا رهن مال غيره بإ ذنه...

المالك. وحينئذٍ لو قلنا إن الإبقاء ليس تصرفاً باعتبار أن الباقي بهذا المعنى قد تقدم أنه لا يحتاج إلى العلة، فلا إشكال في أنه ليس شيء على المالك، حيث إنه ليس متصرفاً فعلاً.

وأما لو قلنا: إن الإبقاء تصرف، على خلاف التحقيق باعتبار أن نقول: إن الباقي بهذا المعنى أيضاً يحتاج إلى العلة وعلته المبقية هو العلة المحدثة له. فإذا كان أصل الوضع تصرفاً من المالك، يكون الإبقاء أيضاً تصرفاً منه.

في النقض بأنه لو لم يكن الإبقاء حراماً فلابدّ أن لا يكون الجلوس في المغصوب بعد تحققه حراماً

فحينئذٍ نقول: إن الإبقاء وإن كان في الحقيقة تصرفاً من المالك، إلا أن هذا النوع من التصرف ليس بحرام /٧٩٤/ وإنما التصرف الذي يكون حراماً ويكون موضوعاً لأحكام ما يعدّ عند العرف تصرفاً والإبقاء لا يعدّ تصرفاً عند العرف.

أقول: من جلس في المكان المغصوب يكون بقاؤه هناك حراماً كما هو المسلّم عندهم في مسألة من توسط في أرض مغصوبة مع أنه بمثل ما نحن فيه، حيث إنه بقاء.

والدليل على الحرمة في المقامين هو كون البقاء تصرفاً في مال الغير، فلابدّ أن يقال: إن دليل الحرمة يشمل البقاء أيضاً وذلك بأحد الوجوه:

الأول أن نقول في قوله عليه السلام «**لا يحلّ مال امرئ إلا بطيب نفسه**»[1]: إن المقدر ليس خصوص التصرف في مال الغير، بل كل أمر متعلق بمال الغير فعلاً أو تركاً وبنفس الترك مقدور. والخبر أيضاً يشمله بعد جعل المقدر فيه ما قلناه؛ لكن فيه:

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٨، وفيه: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه».

أولاً أنه على هذا يرد عليه التخصيص الأكثر الموهن لحجيته رأساً.

وثانياً أن تقدير أمر الذي بمعنى كل فعل أو ترك /٧٩٥/ متعلق بمال الغير، إنما يكون مبنياً على عدم ظهور الخبر في كون المقدر فعل خاص كالتصرف؛ بل لم يكن المتيقن كون المقدر فعل خاص وإلا لم تجر مقدمات الحكمة للتعميم.

ومما ذكرناه ظهر حال ما نقلناه في أحكام الأواني في خبر نهي النبي ﷺ عن آنية الذهب والفضة[1] من أن المقدر هنا ليس خصوص الإستعمال، بل كل فعل متعلق بآنية الذهب والفضة.

والمصنف في أوائل مسألة المقبوض بالعقد الفاسد تارة يدعي أن الإمساك وترك الرد تصرف وتارة يقول: إن المقدر في قوله «لا يحلّ مال امرئ».. إلخ جميع الأفعال فيشمل كون العين في يده.

الثاني أن نقول: إن المقدر وإن كان هو التصرف، إلّا أن الإنصرافات التي تكون للفظ التصرف لا تجري[2] في التصرف الذي يكون مقدراً أو استعمل اللفظ فيه مجازاً كما قلنا بنظير ذلك في أواخر باب الأولياء لعقد البيع في قوله تعالى ﴿لا تقربوا مال اليتيم﴾[3]، ولكن فيه: أنه إنما ينفع ذلك لو قلنا: إن الإبقاء تصرف حقيقة، لا عرفاً، بخلاف ما لو أنكرنا كونه تصرفاً حقيقة أيضاً كما هو مقتضىٰ الإيراد الأول الذي كان بمقتضى التحقيق.

الثالث أن العرف تارة يضيق دائرة معنى اللفظ كما في كثير من الموارد ويكون متبعاً بعد ما /٧٩٦/ علم أنه ليس من الخطأ في التطبيق، وتارة يوسع في دائرة معنى اللفظ وهنا أيضاً يكون متبعاً بعد ما علم أنه ليس من الخطأ في التطبيق؛ لأن الملاك في المقامين شيء واحد ـ كما أشرنا إليه في مسألة استصحاب الكلي ـ

---

١) الكافي ٢٦٧/٦، باب الأكل والشرب في آنية الذهب والفضة، ح ٤.

٢) في المخطوطة: لا يجري.

٣) الأنعام: ١٥٢.

وتقدم في خيار العيب أن الوطي في الأمة حدث ونقص فيه عرفاً وإن لم يكن ذلك بنقص حقيقة.

وإذا عرفت هذا، فنقول: إن بقاء المتاع في دار الغير لا يعدّ تصرفاً فيه، كما ادعاه في الجواهر، لكن بقاء الشخص نفسه في دار الغير يعدّ عند العرف تصرفاً فيه وليس هذا من الخطأ في التطبيق؛ لأنهم لا يرجعون ولو بعد الإلتفات بحقيقة الأمر.

فهذا يكشف من توسعتهم في دائرة معنى التصرف بحيث يشمل مثل ذلك.

الرابع أنه من المحرمات الغصب، وهو الإستيلاء على مال الغير بغير حق أو أنه يشمل ذلك، وهو صادق على الجلوس في المغصوب وعدم خروجه عنه.

وأما مجرد كون متاعه في دار الغير لا يصدق عليه استيلاؤه على دار الغير بعد أن صاحب الدار قادر على إخراج ماله عن داره أو أن صاحب المال أذن لصاحب الدار في ذلك؛ بل هذا مسلّم عندهم؛ لأن قبض الدار عبارة عن صيرورة الدار في استيلاء المشتري وخروجه عن يد البايع واستيلاؤه كما تقدم في معنى القبض.

في بيان الفرق بين الجلوس في المغصوب وبين عدم رفع المتاع عنه وأن الأول محرم دون الثاني

فلو فرضنا أن مجرد كون متاع البايع في الدار موجب لكون الدار في استيلاء /٧٩٧/ البايع، فذلك يقتضي أن يكون التفريغ شرطاً في تحقق القبض*.

---

*)*لا يخفى أن وجوب تفريغ المبيع على البايع ذكرنا له وجهاً آخر عند بيان بعض المدارك لما كتبه على كتاب البيع من الرسالة وفيه بعض الفوائد للمسائل السابقة أيضاً.*

وهنا نقول مقدمة: إعلم أنه ليس اقتضاء نفس العقد بأزيد من حصول ملكية المبيع للمشتري والثمن للبايع كما تقدم.

ثم في صورة كان البيع أولاً في يد البايع والثمن في يد المشتري ـ كما هو الغالب ـ ينتج ما تقدم عدم جواز تصرف كل منهما فيما صار في يده ملكاً للآخر، بل لابدّ من رفع يده عنه عند

إرادة المالك للتصرف في ملكه ، بل ليس لذي اليد السابق إبقاء يده على ما كان عنده إلا بإذن المالك ؛ بل رفع ضمان المبيع عن البايع بمقتضى النص موقوف على أن يقبض البايع المبيع إلى المشتري .

ثم إذا عرفت ما تقدم ، نقول : إن وجوب إفراغ المبيع على البايع من مال نفسه أو مال غيره ، بعد أن الحق أن الإقباض للمشتري لا مانع من حصوله بدون الإفراغ المشار إليه ليس من جهة أن رفع ضمان المبيع عن البايع متوقف على إقباض البايع المبيع إلى المشتري ، كما أنه ليست جهته من باب أن إطلاق العقد يقتضي وجوب تسليم المبيع مفرغاً ـ كما يقولون ـ ، لما عرفت أن العقد لا يقتضي من التمليك من الطرفين .

نعم ، يجوز أن يكون مدركه أن في بناء العقلاء أن تسليم المبيع إلى المشتري مفرغاً يكون على عهدة البايع ، كما أن تسليم الثمن مفرغاً إلى البايع يكون على عهدة المشتري بحيث تكون مؤنة كل منهما على من يكون الإفراغ على عهدته .

والدليل على أن بناء العقلاء على ذلك : أنهم يلومون من تخلف منهما عما قلنا من أنه على عهدته وذلك نظير أنه لو كان في المبايعة من يكيل المبيع ويكون فيها من يعدّ الثمن ولم يكن عمل ذلك الشخص على سبيل المجانية ، يكون في بناء العقلاء أن حق كيال المبيع على البايع وحق من يعدّ الثمن على المشتري بحيث إنه في مقام المخاصمة يلومون العقلاء من يتخلف عن هذه الطريقة إذا لم يكن عمل العامل من أمر واحد منهما بخصوصه .

فإنه في هذا الفرض يقولون : إن الأجرة على الآمر .

إن قلت : إنما فائدة فيما ذكرته من وجود بناء العقلاء على ما ذكرت في أمثال المقام .

قلت : نحن ذكرنا في آخر مسألة البراءة في ذيل قاعدة الضرر بمناسبة أنه ورد في الخبر المعتبر أنه «لا يبطل حقوق المسلمين بينهم» [الكافي ١٩٨/٧ ، باب حد الغلام والجارية اللذين يجب عليهما الحد تاماً ، ح ٢] وقلنا : إن لفظ الحق كسائر الألفاظ يكون المراد منه ما يعده العرف حقاً وهذا يوجد بالمناسبات العرفية التي يكون في نظر العرف في الموارد ، مثل أن من يعمل عملاً لآخر لا على سبيل المجانية ولا على سبيل العدوان ، يقولون : إن له حق عليه ، كما أن من المناسبات التي يصير منشأ لإطلاق لفظ الحق عرفاً أن يأمر الشارع أو من يكون إطاعته لازمة في نظرهم بدفع مال إلى شخص كالزكاة إلى الفقراء وإعطاء الكسوة إلى الزوجة أو غيرها . فبعد صدور الأمر من الآمر المطاع يقولون : إن لفلان حق الفلاني على ذلك المأمور .

وبالجملة ، ليس في هذه الموارد التي ثبت من الشرع حكم إطلاق لفظ الحق عليه من الشارع .

وبالجملة، إطلاق لفظ الحق لابدّ أن يكون من العرف ليندرج في المعنى العرفي للفظ ومنشأ الإطلاق تارة صدور حكم من الشارع وتارة مجرد المناسبات التي يكون في الخارج في نظر العرف والعقلاء.

ثم إذا عرفت ذلك، فنقول في الصورة المشار إليها مما تقدم من أن بناء العقلاء على أن أجرة الكيّال على البايع وأجرة من يعدّ الثمن على المشتري، يقولون: إن للعامل حق على المشتري أو البايع بأمر الشارع بذلك الأجرة يندرج تحت قوله «لا يبطل حقوق المسلمين بينهم».

وإذا عرفت ذلك، فنقول: في صورة كان العقد مطلقاً يكون في بناء العقلاء أن حق تسليم المبيع مفرغاً على البايع وإن أجرة التفريغ عليه وإن الثمن بالعكس.

هذا، بل لعل نظر القوم في قولهم: إن إطلاق العقد يقتضي تسليم المبيع مفرغاً إلى ما ذكرناه، وإلا قد تقدم أن نفس العقد لا يقتضي بأزيد من التمليك من الطرفين.

هذا، ولقائل أن يقول: بناءً على ما ذكرت يجوز إثبات لزوم تسليم المبيع مفرغاً من إطلاق العقد، كما هو مقتضىٰ كلام القوم من غير حاجة إلى التمسك بالخبر الذي أشرت إليه وذلك بتقريب أنه بعد فرض أن تسليم المبيع مفرغاً على البايع في أنظار العقلاء بحيث يلومون البايع على التخلف عن ذلك، فحينئذٍ يكون المعاهدة على تبديل العوضين بالبيع معاهدة على ما هو لازمه في نظر العقلاء.

ولكن يرد عليه: أن المعاهدة على الملزوم ليس معاهدة على اللازم ولاسيّما ما لا يكون لازماً حقيقياً وإنما العقلاء يقولون بذلك ولاسيما أن هذا اللازم غير ملتفت إليه غالباً، بل نقول: إن ما قلنا أولاً من أن بناء العقلاء على تسليم المبيع مفرغاً وأنهم يذمّون على تركه وأن ذلك يصير منشأً لصدق أن هذا يكون من المشتري على البايع، فيشمله قوله «لا تبطل حقوق المسلمين بينهم»، ليس بإطلاقه صحيحاً؛ بل نمنع ذم العقلاء على مجرد عدم التسليم إبتداءً.

نعم، بالنسبة إلى تفريغ المبيع عن ماله أو مال غيره لو طالبه المشتري يلزمونه ويلومونه على تركه.

ثم بعد ذلك يذمّون البايع على مخالفة جميع ما هو من لوازم كون المبيع مالاً للمشتري من منع المشتري من التصرف أو بقاء يده عليه من دون إذن من المشتري وغير ذلك مما تقدم أنه من لوازم كون المبيع ملكاً للمشتري.

وأما عنوان الإقباض حتى ننازع أنه يحتاج إلى النقل أو الكيل أو غير ذلك، فلا يعلم من العقلاء ذمّ البايع على مخالفته.

وقد تقدم أنهم جزموا على أن التفريغ ليس شرطاً في القبض وأنه واجب آخر.

إن قلت: في صورة جلس الشخص في دار الغير أيضاً نفرض أن صاحب الدار قادر على إزعاجه، فعلى هذا لابدّ من أن لا يكون الجلوس غصباً.

قلت: مجرد قدرة صاحب الدار على إزعاجه لا يخرجه عن كون جلوسه غصباً عند العرف.

وهذا بخلاف بقاء متاعه في داره، فإنه لا يعدّ غصباً إلا في صورة منع صاحب المتاع من إخراجه من داره.

إن قلت: إن استيفاء المنفعة يوجب الضمان وإن عدم رفع المتاع عن الدار استيفاء لمنفعة الدار وإستيفاء المنفعة يكون باليد والإستيلاء والتصرف.

قلت: إذا كان صاحب المتاع مانعاً عن رفع المتاع، فيتحقق الإستيلاء واليد وبدون ذلك يمنع الإستيلاء فضلاً عن التصرف.

نعم، يجوز أن نقول بالضمان لقاعدة الضرر أو غير ذلك.

في أن تأخير تسليم المبيع إلى المشتري يوجب الخيار للمشتري أم لا، وأن صرف عدم التفريغ يوجب الأجرة أم لا؟

قوله: ولو تراخى زمان الإمكان وكان المشتري جاهلاً[1] .. اه.

أقول: لا يخفى أنه على ظاهر عبارة المصنف إشكال يتوقف توضيحه على نقل كلمات القوم في الفرع الذي يذكرونه في المقام.

نعم، يحتاج إلى الإقباض لحصول قبض المشتري حيث تقدم أن مقتضى النص أن تلف المبيع من دون هذا القبض على البايع. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ٢٦٧/٦، لو مضت مدة ولم يتمكن البايع من التفريغ أو لم يفرغ.

ففي جامع المقاصد[١] في شرح قوله «[أي] العلامة[٢] ولو كان في الأرض زرع قد بلغ وجب نقله»، قال: وإن لم يكن قد بلغ صبر إلى أوان بلوغه ومع الجهل بشيء من ذلك والإحتياج إلى زمان يفوت فيه شيء من النفع يتخير المشتري.

وفي المسالك[٣]: واحترز بقوله أي قول المصنف «قد أحصد» عما لو لم يكن بلغ ذلك، فإنه يجب الصبر عليه إلى أوان حصاده إن اختار البايع إبقاءه.

ثمّ إن كان المشتري عالماً بالحال وإلا تخير بين الفسخ والصبر إن احتاج إلى زمان يفوت شيء من النفع معتدّ به.

وفي الجواهر[٤] مثل ما في المسالك، إلا أنه زاد عليه «ولا أجرة عليه على الظاهر يعني على البايع في زمان يجب الصبر فيه على المشتري ويفوت فيه المنفعة».

أقول: ظاهر عبارة جامع المقاصد أن الصبر إلى أوان الحصاد واجب على المشتري كما هو صريح كلام المسالك والجواهر.

وحينئذٍ يكون ذلك بمثل أن يشترى أرضاً ثم ظهر أنها في إجارة شخص آخر إلى زمان يفوت فيه المنفعة المضرّة على المشتري، ومثل هذا عيب في المبيع الذي من قبيل الأراضي على ما قلنا في محله.

ولعل عدم حكمهم بالأرش من جهة أن النقص ليس في نفس المبيع، بل من جهة ذهاب شيء من منفعته.

وعلى كل حال، وجوب الصبر على المشتري في مقدار يفوت المنفعة الكذائية ـ لو قلنا به ـ عيب عرفاً.

---

١) جامع المقاصد ٣٩٤/٤، وجوب تسليم المبيع مفرغاً.

٢) قواعد الأحكام ٨٥/٢، حقيقة التسليم.

٣) مسالك الأفهام ٢٤٥/٣، يجب تسليم المبيع مفرغاً.

٤) جواهر الكلام ١٦٢/٢٣، وجوب تسليم المبيع مفرغاً.

فمع جهل المشتري بذلك في زمان وقوع العقد يوجب الخيار كما هو مفروض كلامهم؛ بل يجوز الحكم بالخيار للضرر أيضاً في صورة كان وجوب الوفاء بهذا العقد ضررياً بضرر لم يقدم المشتري عليه على الوجه الذي ذكرنا لثبوت الخيار في صورة كان المشتري مغبوناً بضرر لم يقدم عليه.

ثمّ إن الحكم بالخيار بالوجهين مبني على أن ظاهر عقد البيع مع فرض جهل المشتري بحال المبيع هو نقل العين مطلقاً حتى يتبعه المنفعة، لا العين الناقصة المنفعة وعلى أن نسلّم ما ذكروه من أنه يجب الصبر على المشتري إلى أوان الحصاد، سواء قلنا بأنه يكون الأجرة على البايع إلى أوان الحصاد أم لا.

ثم إن القوم يتعرضو[ن] للفرع الذي ذكره المصنف. وأما المصنف (ره) فيتعرض للفرع الذي ذكروه ويقول هناك بالخيار أيضاً، إلا أنه زاد هذا الفرع الذي نحن في مقام شرحه أيضاً واختار ثبوت الخيار هنا أيضاً للمشتري وظاهره أن ثبوت الخيار متفرع على وجوب تفريغ ماله عن المبيع، حيث إنه بعد ما يحكم بوجوب إخراج ماله عن المبيع فوراً إن أمكن، وإلا في أول أزمنة الإمكان يقول: لو تراخى مع الإمكان وكان المشتري جاهلاً، كان له الخيار لو تضرر بفوات بعض منافع الدار عليه.

فاعتبر في ثبوت الخيار أن يتراخى زمان الإمكان بحدّ يتضرر بفوات بعض منافع الدار على المشتري وكان المشتري جاهلاً به.

أقول: لو كان المراد أنه حين وقوع العقد يكون في الدار متاع لا يمكن إخراجه عن الدار إلا بعد زمان طويل بعد العقد بحيث رد الضرر على المشتري من جهة فوات منفعة الدار عليه، فحينئذٍ بعد ما فرضنا أن ظاهر عقد البيع نقل العين مطلقاً، لا ناقصة المنفعة فثبوت الخيار للمشتري مع جهله بهذا العيب حين العقد أولى من المثال الذي نقلناه عن جامع المقاصد والمسالك والجواهر؛ لأن ثبوت الخيار هنا غير متوقف على دعوى وجوب الصبر على المشتري كما في المثال المشهور؛ لأن

عدم الإمكان أمره أشدّ من الوجوب التكليفي لو قلنا بوجوب الصبر في المشتري هناك، إلا أنه لو كان مراد المصنف ذلك، فلا يناسب جعل ذلك من فروع وجوب تفريغ المبيع على البايع كما هو ظاهر عبارة المصنف لوضوح أن مجرد ثبوت حكم تكليفي على البايع لا يوجب لأن يكون تعذر العمل عليه موجباً لثبوت الخيار للمشتري وأنه ليس من الخيارات المنصوصة ولا يدخل في خيار العيب ولا الخيار الثابت بقاعدة لا ضرر.

وأما لو أدرجته في خيار العيب وغيره بتقريب ذكرناه، فذلك غير متوقف على أن يكون تفريغ المبيع واجباً على البايع.

ومما ذكرنا ظهر أنه لو كان مراد المصنف من تراخي زمان الإمكان أن يكون تراخي التفريغ من البايع من إمكان التفريغ له، فإنه على هذا التقدير لا يوجب مجرد معصية البايع في تركه التفريغ على القول بوجوب التفريغ عليه لأن يثبت الخيار للمشتري في فسخ العقد.

/٧٩٨/[1]

[لو مضت مدة ولم يتمكن البايع من التفريغ أو لم يفرغ]

/٧٩٩/ قوله: كما جزموا بها مع امتناعه من أصل التسليم[2] .. اه.

أقول: في مورد جزموا بالأجرة، يكون وجهه واضحاً؛ لأنه مع امتناع البايع من التسليم والقبض يكون المبيع في استيلاء البايع ويده، واليد على العين يد على المنفعة، فيوجب ذلك لضمان المنفعة بقاعدة على اليد، سواء استوفى البايع للمنفعة أو فاتت تحت يده، كما تقدم تفصيله في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد.

وهذا بخلاف صورة قبض المبيع بالمشتري، ولكن لم يرتفع متاعه عنه، فإن

---

١) هنا صفحة فارغة في المخطوطة.

٢) كتاب المكاسب ٢٦٧/٦، لو مضت مدة ولم يتمكن البايع من التفريغ أو لم يفرغ.

المبيع هنا يكون في يد المشتري ويده على العين يد على منفعته، فلا تقتضي قاعدة «على اليد»[١] لكون البايع هنا ضامناً.

نعم، يمكن أن يقال هنا بكون البايع ضامناً بقاعدة لا ضرر، لدعوى أن عدم ضمان البايع لمقدار الأجرة حكم ضرري، وأن /٨٠٠/ قوله «لا ضرر»[٢].. اه كما يرتفع الحكم الوجودي، كذلك يرفع العدمي الضرري، كما حققناه في محله.

وأما الحكم بضمان البايع، فليس ضررياً بعد أن البايع استوفي منفعة المبيع*.

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع، ح ١٠٦.

٢) الكافي ٢٩٢/٥ ـ ٢٩٣، باب الضرار، ح ٢.

*) *لو قلنا: إن مجرد كون متاع البايع في الدار استيفاء منه لمنفعة، فاستيفاء المنفعة موجب للضمان إما لدعوى الإجماع أو لقاعدة الإحترام، بناءً على* [ما] *رجّحناه من أن معنى قوله «حرمة أموالكم كحرمة دمائكم»* [لم نعثر على نص الرواية ولكن في الكافي ٣٥٩/٢ ـ ٣٦٠، باب السبا، ح ٢: عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: سباب المؤمن فسوق وقتاله كفر وأكل لحمه معصية وحرمة ماله كحرمة دمه] *أن الإعتناء بالأموال بمثل الإعتناء بالدماء.*

نعم، لنا تأمل في الخبر من جهة السند لو لم نقل بأنه منجبر أو أن كثرة نقل هذا المضمون يكفي في الإعتبار أو أن أبا بصير الوارد في سند بعض الأخبار ينصرف إلى الموثق أو أنه يكفي في حجيته نقل أصحاب الإجماع عنه.

ثمّ لو تم ذلك لا نفرق بين الصورة المذكورة في كلام المصنف.

وأما التمسك بقوله «لا ضرر ولا ضرار» للضمان، فبعد أنه لا مانع من التمسك به لأصل الضمان، نظراً إلى أن وقوع الضرار لا يوجب الإجمال؛ لأنه لا يجوز أن يكون بمعنى المجازاة؛ لأن رفع مجازاة الضرر ليس فيه منّة على النوع كما هو مساق.

فحينئذٍ على فرض انحصار ما هو المعتبر من أخبار قاعدة الضرر ما يكون مشتملاً على قوله «لا ضرر ولا ضرار»، لا مانع من إثبات الضمان به بناءً على ما قلنا من أنه يدل على رفع كل من الحكم الثبوتي والسلبي.

وعليه نقول: إنه يثبت الضمان في غير صورة ترك المشتري الإفراغ من إختياره، لأن وجوب الإفراغ على البايع لو قلنا به، لا ينتج الضمان على المشتري، فيكون ورود الضرر على المشتري من إقدام نفسه.

ثم ما قلنا مبني على أن قاعدة الضرر لا يجري من طرف البايع حتى يتعارض الضرران؛ لأنه استوفى المنفعة.

في حكم ما لو كان المبيع مشغولاً بالزرع

قوله: وإن لم يحصد وجب الصبر إلى بلوغ أوانه[1] .. اه.

أقول: إذ لا يخفى أنه لو اشترط قلع الزرع وتفريغ الأرض وجب، فلعل الحكم بعدم وجوب القلع مبني على أن العقد لا يقتضي هنا تفريغ المبيع وهذا مؤيد لما تقدم منّا من أن العقد لا يقتضي تفريغ المبيع لبعد دعوى أن العقد يقتضي ذلك في مورد دون آخر، إلا أن يقال: إن المصنف مدّعاه أن إطلاق العقد هنا أيضاً يقتضي التفريغ، إلّا أن قلع الزرع لما يكون ضرراً على البايع وقاعدة الضرر مقدمة على سائر أدلة الأحكام؛ فلذا يرفع حكم وجوب تفريغ المبيع بقاعدة الضرر.

إن قلت: إن هذا معارض بأن بقاء الزرع أيضاً ضرر على المشتري.

قلت: ضرر المشتري منجبر بالخيار كما صرح به المصنف.

أقول: الإشكال في صيرورة هذا الضرر موجباً للخيار وفي أن هذا يرفع تعارض الضررين.

وتوضيح المقام يتوقف على أن نتكلم هنا تارة في أن اشتغال المبيع بالزرع يوجب الخيار وتارة من جهة أنه يكون للمشتري القلع أم لا وتارة من في أنه يلزم على البايع أجرة الأرض أم لا.

وأما قاعدة اليد فلا ينتج الضمان إلا في صورة كان المبيع في يد البايع ولم يسلمه إلى المشتري وهنا مورد اتفاقهم على الضمان على ما يستفاد من المصنف.

وأما سائر ما يتمسك به لضمان المنافع فلا يتم شيء منهما في نفسه.

نعم، الظاهر أنه لا مانع من التمسك لضمان المنافع في الجملة، لاسيما المستوفاة منها بما ورد في بعض المعتبرة «أن حقوق المسلمين لا يبطل بينهم» كما نقله في الجواهر في كتاب الحج ظاهراً. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ٢٦٧/٦، لو كان في الأرض زرع للبايع.

أما الأول فنقول: إن المصنف (ره) قاس المقام ببيع العين المستأجرة، ونحن تارة نتكلم في المقيس عليه وتارة في المقيس.

أما المقيس عليه فنقول: لو باع العين المستأجرة وكان المشتري عالماً، فلا خيار لأنه أقدم بشراء عين ناقصة المنفعة.

وأما لو كان المشتري جاهلاً، فنقول: إن كون المبيع مستأجرة، عيب فيه عرفاً وقد تقدم قُبيل ذلك أن ما يعدّ عيباً عرفاً من العيب يوجب الخيار، لكن على هذا يكون /٨٠١/ التخيير بين الرد والأرش لو لم يوجد للأرش مانع.

ومع غمض العين عن كون ذلك عيباً ـ إذ في مورد يفرض أن العرف لا يعدّه عيباً ـ، نقول: إن ثبوت الخيار يدور مدار الضرر، كما لو فرض أن نقصان منفعة العين في مدة الإجارة يوجب نقصان قيمتها وكان ثمن المسمى بمقدار القيمة السوقية في صورة لم تكن العين ناقصة المنفعة.

وأما المقيس فمع علم المشتري باشتغال المبيع بالزراعة لا خيار له؛ لأنه أقدم عن علم ولو كان نزاع، ففي اقتضاء البيع في هذا الفرض.

وأما من حيث الأجرة للأرض لو لم يكن الإقدام على هذا البيع عن علم بمنزلة التباني على بقاء الزرع بلا أجرة، فيكون كصورة يكون المشتري جاهلاً باشتغال الأرض بالزراعة.

وأما مع جهل المشتري باشتغال المبيع بالزراعة، فمن جهة الخيار الذي يكون محل الكلام فعلاً نقول: لو لم يكن للمشتري القلع، فثبوت الخيار للمشتري في فسخ البيع يدور مدار الضرر أو صدق العيب /٨٠٢/ كما تقدم بيانهما.

في أنه هل يكون للمشتري القلع وأنه على عدم القلع هل يكون له الأجرة للأرض وفي حكم خيار المشتري

وأما الثاني أعني أن المشتري يكون له القلع مع جهله بالحال أم لا، فنقول: لو

فرض أن مقتضىٰ البيع في هذا الفرض تعلق النقل بعين ناقصة المنفعة إلى زمان الحصاد، فليس للمشتري القلع.

نعم، يكون له الخيار لصدق العيب أو للضرر الذين تقدم الكلام فيهما. وأما لو كان مقتضىٰ البيع نقل العين مطلقاً، فهنا محل أن يقال: إن القلع ضرر على البايع والصبر ضرر على المشتري وإن ضرر المشتري ينجبر بالخيار، فيعيّن الصبر على المشتري كما يدّعيه المصنف (ره).

وأما الثالث أعني ثبوت أجرة الأرض للمشتري مع صبره إلى أوان الحصاد، فلا وجه لمنعه لو فرض أن مقتضىٰ البيع نقل العين على نحو الإطلاق وبنينا على أنه ليس للمشتري القلع، بل يكون عليه الصبر /٨٠٣/ إما لأن ضرره منجبر كما ادعاه أو لغير ذلك.

وقياس ما نحن فيه بالعين المستأجرة في غير محله؛ لأن منفعة العين في مدة الإجارة لم يكن ملكاً للبايع لينقله دون المقام، فإن المنفعة إلى مدة الحصاد ملك البايع.

وقد فرضنا أن مقتضىٰ البيع نقل العين على الإطلاق. ففي مفروض المقام لو قلنا بالخيار للمشتري، فإنما هو لو بنينا على عدم القلع وإن صبر المشتري إلى زمان الحصاد، ولزوم ذلك عليه عيب في العين.

ثم اعلم أن مقتضىٰ البيع نقل العين مطلقاً في صورة كان المبيع مشغولاً بالزرع وكان المشتري جاهلاً وباعه بنحو الإطلاق، حيث إن البايع كان مالكاً للعين وكان المنفعة تابعة لها وقد نقل العين.

وهذا لا إشكال فيه؛ بل قد تقدم أنهم ادعوا أن مقتضىٰ البيع تفريغ المبيع أيضاً وإن منعناه؛ بل لازم نقل العين مطلقاً تبعية المنفة له لو لم يكن مانع عقلي كما لو استوفاها قبل ذلك بإجارة العين شخص آخر، بل الظاهر أنه لا خلاف في ذلك..

وعليه لا إشكال في ثبوت الأجرة للمشتري على فرض إلزامه ببقاء الزرع؛ لأن

حقوق المسلمين لا يبطل بينهم ـ كما تقدم توضيح نظير المقام في مسقطات خيار الغبن ـ.

بقي الكلام في أنه هل يلزم المشتري ببقاء الزرع إلى أوان الحصاد أم لا، بعد ما عرفت أن منفعة /٨٠٤/ الأرض للمشتري فنقول: إن المصنف (ره) في آخر كلامه إحتمل لزوم مراعاة أعظم ضرر منهما حيث إن البقاء ضرر على المشتري والقلع ضرر على البايع.

في بيان فساد الوجوه التي ذكرها المصنف عند فرض تعارض الضررين في القلع والصبر

لكن هذا بعد فرض وجود الضرر من الطرفين مبني على أن نقول في تعارض الضررين: يكون أكثرية الضرر وأعظميته من طرف مرجّحاً لاندراجه تحت قوله ﷺ «لا ضرر»، دون معارضه، نظير تعارض استصحاب السببي والمسببي في أن للأول مرجح لشمول العام له، دون صاحبه.

وهذا المسلك قد أبطلناه في قاعدة لا ضرر وقلنا: إنه لا يشمل المتعارضين مطلقاً بعد فرض صدق الضرر من الطرفين وإن المرجع في مثل هذا الفرض سائر القواعد.

وفي صدر كلامه رجح إلزام المشتري ببقاء الزرع حيث إن ضرر المشتري منجبر بالخيار، فيكون ضرر البايع مقتضياً للإلزام ببقاء الزرع من دون معارض وهذا مخدوش من وجهين:

الأول أن مجرد ثبوت خيار الفسخ للمشري لا يرفع ضرره /٨٠٥/ في بقاء الزرع في ملكه؛ لأنه ربما لا يريد أن يفسخ، فيكون بقاء الزرع في ملكه ضرراً عليه كما أنه لو كان تصرف شخص في ملك آخر ضرر عليه. فلا يقال: إن ضرره

منجبر بأن له [أن] يبيع هذا الملك لئلا يرد عليه ضرر.

الثاني أنه تقدم هنا أن ثبوت الخيار للمشتري يتوقف على أن لا يكون للمشتري قلع الزرع، فكيف يجوز إثبات أنه ليس له القلع بثبوت الخيار له.

ثمّ إن المصنف (ره) احتمل في وسط كلامه إحتمالين آخرين:

أحدهما أن يكون المشتري مخيراً بين إبقاء الزرع بالأجرة وبين قلعه بالأرش وهذا مبني على أن قاعدة لا ضرر لا يشمل المتعارضين، فيصير المرجع سائر القواعد.

وعليه فالمرجع قوله «**الناس مسلّطون على أموالهم**».

وفيه: أن مجرد ذلك لا ينتج الأرش على فرض اختيار القلع مع أن ثبوت الإختيار له في الإبقاء والأجرة لا وجه له إلا في صورة كان البايع أيضاً راضياً بذلك.

وثانيهما أن يكون الخيار للبايع بين إبقاء الزرع بالأجرة وبين القلع.

وهذا نتيجة أن يكون ضرر القلع مقدماً على ضرر البقاء في الأرض؛ لأنه لو قدم ضرر المشتري فلا ملزم /٨٠٦/ لبقاء الزرع في أرضه.

ثمّ تقديم ضرر القلع لو كان من جهة أنه أعظم ضرر له، فتقدم فساده ولو كان من جهة دعوى أن ضرر المشتري منجبر بالخيار، أيضاً تقدم فساده.

في أن الحق أنه في الغالب يكون الخيار للبايع

نعم، يجوز أن يقال: إنه في الغالب يكون الخيار للبايع؛ نظراً إلى أنه في الغالب يكون بقاء الزرع في مدة قليلة له نفع كثير، فيكون القلع ظلماً وضرراً على البايع.

وأما بالنسبة إلى المشتري، فليس بقاء الزرع في هذه المدة ضرراً وظلماً، يعني لا تحقق عنوانهما عرفاً ليندرج تحت الدليل، لاسيما مع أخذ أجرة أرضه، فتصير

معارضة «لا ضرر» مع قوله «الناس مسلّطون على أموالهم»[١]، وقاعدة الضرر مقدمة على مثله؛ بل هنا يجوز دعوى أن قاعدة العدل أيضاً يقتضي ذلك.

في إبقاء الزرع وحكم صورة كان الضرر من الطرفين

وأما لو فرضنا أنه كما يكون القلع ضرراً على البايع، كذلك يكون بقاء الزرع ضرراً على المشتري أيضاً، فيكون الضرر والظلم معارضاً من الطرفين، فعلى هذا يصير المرجع قوله «الناس مسلّطون على أموالهم» كما تقدم، إلا أنه على هذا لو أراد المشتري إلزام البايع بالقلع، فتقدم أنه لا دليل عليه وأما لو اراد أن يقلع بنفسه، فيوجب التصرف في الزرع الذي مال الغير، فيقع التعارض بين قوله «الناس مسلّطون على أموالهم» /٨٠٧/ وبين ما دل على حرمة التصرف في مال الغير.

إن قلت: إن قوله «الناس..» يدل على أن له التصرف في ملك نفسه، لا في ملك غيره.

قلت: يعمّ جميع أقسام السلطنة حتى منع كون مال الغير في ملكه وهو متوقف في فرض المقام على التصرف في مال الغير.

هذا، مع أنا نقلنا في مسقطات خيار الغبن عكس ذلك من أن ما دل على حرمة التصرف في مال الغير صبّ مصبّ حكم العقل، فلا يعمّ غير ما يقوله العقل ولا يقول العقل بمنع التصرف في ملك الغير لتخليص مال نفسه.

هذا، مع أنه يجوز أن يقال في أمثال المقام من أن ما دل على أن «حقوق المسلمين لا يبطل بينهم» يقيّد إطلاق كل من قوله «الناس..» ومن قوله عليه السلام «لا يحلّ مال امرئ إلا بطيب نفسه»[٢]، بل يجوز أن يقال: إنه سقط إطلاقهما بنفس التعارض

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩.

٢) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٨.

وعدم المرجح.

وتلخّص أنه في صورة كان صدق الضرر عرفاً على القلع دون الصبر إلى أوان الحصاد، فيعين الصبر على المشتري.

وأما لو كان الضرر من الطرفين ومنعنا كون أعظمية الضرر مرجّحاً وقلنا بأنه في هذا الفرض يعين الرجوع إلى سائر القواعد، فحينئذٍ لو قلنا بتعارض سائر القواعد ويعين الرجوع إلى الأصول؛ فحينئذٍ لو قلنا بجريان استصحاب حرمة القلع على المشتري، فيعين عليه الصبر أيضاً.

وأما لو قلنا بعدم حجية هذا الإستصحاب إما لدعوى ارتفاع الموضوع أو لأنه من الشك في المقتضي، فيرجع إلى البراءة عند الشك الحكم التكليفي.

وعليه فالبايع ـ على ما تقدم منا ـ لا مانع له من الإبقاء أو القلع وأما المشتري أيضاً لا مانع له من القلع.

نعم، لو أراد المشتري القلع ومنعه البايع حتى صار الأمر مشكلاً، فيرجع إلى القرعة.

ثم لو صار البناء على بقاء الزرع، فعلى كل حال تقدم أنه يلزم الأجرة على البايع.

وأما لو قلع الزرع، فلابدّ أن يكون القلع من المشتري، فيلزم عليه الأرش. وذلك إما من جهة أن صفة المزروعية لها مالية وقد أتلفه المشتري والإتلاف يوجب الضمان لقوله «**حرمة أموالكم كحرمة دمائكم**» ولقوله «**لا ضرر**» ولقوله «**لا تبطل حقوق المسلمين بينهم**».

إن قلت: لا يلتزمون بالضمان في نظائر المقام؛ لأن ظاهرهم عدم الضمان في قطع أغصان الجار في صورة جاء تلك الأغصان في دار جاره، فقطعه الجار بعد عدم إمكان العطف وامتناع مالك الأغصان عن القطع ونظير [ما] في قلع نخلة جاءه السيل في ملك شخص آخر وكذلك لو أطارت الريح حبّة إلى ملك الغير، فنبت

فيه.

قلت: تذكّرنا في خيار الغبن أن الحكم بالضمان في أمثال هذه الأمثلة يعدّ عرفاً من الحكم بالحيف؛ لأن نفس صفة المزروعية والمغروسية اللتين من صفات المالية يكون حدوثه في ملك الغير، فلا يعدّ من حقوق مالك الحبّ والشجر.

وهذا بخلاف صفة المزروعية في الزرع الذي كان في ملك البايع، ثم يبيع الأرض.

فلخّص أنه في الأمثلة التي ذكرت، يعامل معاملة الغاصب من بعض الجهات للوجه الذي أشرنا إليه وهذا بخلاف مقامنا.

ثمّ إن في المقام أبحاثاً يمكن دفعها بالتأمل.

في أنه لو توقف تفريغ المبيع على هدم الدار التي كانت مبيعةً فلو أراد البايع التفريغ فعليه الإذن في الجملة

/٨٠٨/ قوله: ولو أحتاج تفريغ الأرض إلى هدم شيء هدمه بإذن المشتري وعليه طمّ ما يطمّ برضى المالك وإصلاح ما انهدم أو الأرش[1].. اه.

أقول: أما النزاع في أنه على البايع الطمّ والإصلاح أو الأرش، فهذا مبني بعد تسلّم ضمان البايع لما هدمه على أن ما هدمه مثلي ليضمنه بالمثل، أو قيمي ليضمنه بالقيمة، والظاهر أن الموارد مختلفة.

وأما جعل الهادم هو البايع لما تقدم من دعوى المصنف (ره) وغيره من لزوم التفريغ عليه؛ لكنك عرفت أن ذلك ممنوع.

وأما إعتبار الإذن من المشتري فمن جهة أن التفريغ لما كان متوقفاً على هدم المبيع الذي كان مال المشتري فيحتاج إلى إذنه لرفع حرمة التصرف في مال الغير.

---

١) كتاب المكاسب ٢٦٧/٦، لو احتاج تفريغ الأرض إلى هدم شيء.

وأما صيرورة البايع ضامناً، فلأنه هدم مال المشتري وأتلفه، فيصير ضامناً لما دل /٨٠٩/ على أن «حرمة أموالكم كحرمة دمائكم» إلى غير ذلك مما يستفاد منه كون الإتلاف موجباً للضمان.

ونحن نقول على التحقيق من عدم لزوم التفريغ على البايع: إنه لو أراد البايع من إخراج ماله فيحتاج إلى إذن المشتري ويصير ضامناً لما يهدمه. وأما لو أراد المشتري التفريغ فيهدم ويفرغ ماله وليس على البايع شيء.

ولا ينافي ذلك مع القول بأن المشتري مع جهله بكون المبيع كذلك يكون له خيار العيب.

وعلى ما قلنا لو* فرضنا أنه كان في الدار التي كانت مبيعةً حيوان يدور الأمر

---

*)لا يخفى أن أصل الفرع الذي ذكره المصنف كان فيه دعوى أن على البايع الهدم بإذن المشتري وكان على البايع ضمان المتلف إما بالمثل أو القيمة.

ونحن بعد ما منعنا وجوب تفريغ المبيع على البايع، ذكرنا مسألة دخول الدابّة في دار لا يمكن إخراجه إلا بالهدم أو ذبح الحيوان وإخراج لحمه لبيان أنه عند التنازع في أحد التصرفين أي واحد منهما يكون مقدماً.

والمصنف ذكر في آخر كلامه فرعاً لبيان حال ما ذكره من الإختلاف في أن ضمان البايع للمتلف بعد إتلافه يكون بالمثل أو القيمة، وهو أنه لو هدم أحد الشريكين الجدار المشترك، ففي كتاب الصلح في الشرايع [٣٧١/٢، في أحكام الصلح] أن عليه الإعادة وكذا عن المبسوط [المبسوط ٣٠٣/٢، التنازع في حيطان البيت].

وعن المحقق [جامع المقاصد ٤٢٤/٥، أحكام تتعلق بالجدار المشترك بين الدارين المتلاصقين] والشهيد الثانيين [مسالك الأفهام ٢٩١/٤، إنهدام الجدار المشترك بين السفل والعلو] أن عليه الأرش.

والمصنف نقل عن الدروس [الدروس ٣٤٥/٣، في الجدار لو انهدم وأعيد بناؤه شركة] التفصيل بين ما كان مثلياً كحائط البساطين والمرازع، وإلا فالأرش.

أقول: من يقول بالإعادة مطلقاً مدّعاه أنه مثلي مطلقاً ومن يدعي الأرش مطلقاً يكون مدّعاه أنه قيمي مطلقاً ومن يفصل، يكون مدّعاه أنه في بعض الموارد مثلي وفي بعضها قيمي وإن كان كلام المصنف موهماً لخلاف ذلك.

وفي الجواهر [جواهر الكلام ٢٧١/٦ ـ ٢٧٢، مسائل في تصرف الشريك في حائط لهما

بين ذبحه وإخراجه من دون هدم وبين الهدم وإخراجه حيّاً، فنقول: تقدم في مسقطات خيار الغبن أنا نقلنا عن غصب الجواهر[1] فيما لو دخل دابّة في دار ولا يمكن إخراجه إلا بهدم، إنه مع فرض تساوي الضرر من الطرفين وعدم التفريط من أحدهما، قال: لابدّ من الرجوع إلى القرعة أو اختيار الحاكم.

ونحن قلنا: إن الرجوع إلى اختيار الحاكم لا وجه له بعد ما /٨١٠/ منعنا وجوب إطاعة الحاكم فيما يتعلق بمصالح العباد في باب ولاية الحاكم وإنه لابدّ أن يثبت الحكم من دليل معتبر، فيأمر الحاكم على طبقه وإنه ليس لمجرد نظر الحاكم موضوعية.

متعلق بتزاحم الحقوق وأنه ليس فيها التخيير للحاكم

إن قلت: إن المقام من قبيل تزاحم الحقين ولابد فيه من التخيير والتخيير

بناء أو تسقيف]*عن المسالك أنه بعد نقل كلام الدروس من التفصيل قال: فيه مناسبة، لكنّه خارج عن القواعد الشرعية لانتفاء المثلية في الفائت؛ لأنه محض صفة؛ إذ الأعيان باقية والمماثلة في الصفة بعيدة.*

ويلوح من الجواهر أنه في المسالك قال بما قال تبعاً للكركي.

هذا، إلّا أن في الجواهر قد يقوى ما ذكره الشيخ (ره) من الإعادة مطلقاً لصدق المثلية عرفاً، بل يصح الإجازة على صنعة جدار مثل هذا الجدار، إلا أن يتعذر الإعادة بمثله، فيكون من قبيل كل مثلي يتعذر مثله.

ثم يقول: وكذلك الكلام في كسر الخاتم ونحوه وفتق الثوب ونحوه. ثم يتفرع على إمكان الإعادة على ما كان بحيث يتحقق العرفي لإعادته أنه يجب الإعادة مسلماً إذا شرط الإعادة في عقد لازم.

أقول: ليس المجال للتعرض لميزان المثلي والقيمي وحكمهما، وحكم الشك فيهما وجريان المثلي في الصفات أو غير ذلك، لكن نقول هنا على نحو الإجمال: إنه لو كان الهدم عن عدوان وقلنا بأنه يصح التمسك هنا لأصل الضمان بقوله تعالى ﴿ فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ [البقرة: ١٩٤] وقلنا إن الآية تدل على المثلية من جميع الجهات ولو في خصوص الاعتداء وقلنا إنه هنا ممكن، فذلك يقضي الإعادة ولم يعلم خروجه عن تحت الآية والتفصيل في محله. (منه قدس سره).

١) جواهر الكلام ٣٧/٢٠٧، ثبوت الضمان على السبب لو حصلت دابة في دار لا تخرج إلا بهدم.

للمتخاصمين يورث النزاع، فلابدّ أن يكون للحاكم.

قلت: نسلّم وجوب رفع النزاع والفساد، لكنه لا ينتج ثبوت التخيير للحاكم وما ذكرت دعاوي بلا مدرك.

وأما القرعة فهي على طبق القاعدة وتكون لكل أمر مشكل، والمقام منها كما في سائر تزاحم الحقوق كما ذكرنا في محله.

نعم، جريان القرعة مع التخاصم لا إشكال فيه وبدونه يجوز أن يقال بأنه لا دليل على حرمة التصرف في مال الغير لتخليص مال نفسه لكل منهما، فتجري البراءة في حق كل واحد وأنه مع جريانها لا يصير الأمر مشكلاً ليرجع إلى القرعة كما احتمله في الجواهر في الموضع المشار إليه.

إن قلت: قبل ذلك كان التصرف لكل في مال الآخر حراماً، فأي مانع من استصحاب الحرمة بعد أن الموضوع العرفي المحقق لصدق النقض باقٍ وبعد أن الإستصحاب مع الشك في المقتضي أيضاً حجة على التحقيق.

نعم، إقتضاء قوله «**لا يحل مال امرئ**».. إلخ لحرمة التصرف في مال الغير يجوز أن يدّعى أنه معارض مع قوله «**الناس مسلّطون**».. إلخ بتقريب تقدم.

قلت: لو قلنا بجريان الإستصحابين، فيعين منع كل واحد منهما من التصرف في مال الآخر حتى يرضيا بأحد الطرفين، إلا أنه لا مانع من دعوى القطع بأن الحكم الظاهري للشرع ليس حرمة التصرف ولكل منهما في مال الآخر بدون رضائه كما في صورة لم يكن المالكان حاضرين.

وليس هذا من قبيل العلم على خلاف الحالة السابقة في أخذ الإستصحابين حتى يمكن القول بحجية الإستصحاب مع العلم الإجمالي على الخلاف؛ بل هذا من باب حصول القطع بعدم حجية أحدهما أو كلاهما، فيسقطان عن الإعتبار.

قوله: مسألة: لو امتنع البايع من التسليم[١].. اه.

أقول: في صورة كان امتناع البايع عن حقه[٢]، فتارة يقع الكلام في أن منافعه التي تفوت في يد البايع، هل يكون مضموناً عليها، وتارة في أن نفقته على أي واحد فيهما إذا كان المبيع حيواناً يجب الإنفاق عليه.

في أن المنافع الفائتة تحت اليد عن حقٍّ يوجب الضمان أم لا

أما المقام الأول فنقول: إن / ٨١١/ المصنف يمنع من كون المنافع الفائتة مضمونة على البايع، نظراً إلى أن المنافع الأموال الفائتة بحق لا دليل على ضمانها.

ونحن نقول: تقدم في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد أنه استدل على ضمان المنافع الفائتة بقاعدة «**كلّما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده**» وبقوله «**لا ضرر**»[٣].. اه وبما دل على حرمة التصرف في العين، مثل «**لا يحلّ ما امرء إلا بطيب نفسه**»[٤] وبقوله «**على اليد ما أخذت حتى تؤدي**»[٥] وبقوله تعالى ﴿**الحرمات قصاص**﴾[٦] وبالإجماع وبما دل على احترام مال المسلم مثل «**حرمة أموالكم كحرمة دمائكم**»[٧].

وعلى هذا فمنع الضمان في المقام موقوف على إثبات أن ما صح التمسك به من أمثال هذه الوجوه للضمان هناك غير جارٍ في صورة كانت اليد على مال الغير عن

---

١) كتاب المكاسب ٢٦٩/٦، مسألة: إذا امتنع البائع من التسليم.

٢) اللفظة مشوشة في المخطوطة.

٣) الكافي ٢٩٢/٥ ـ ٢٩٣، باب الضرار، ح ٢.

٤) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٨.

٥) عوالي اللئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع، ح ١٠٦.

٦) البقرة: ١٩٤.

٧) أنظر: الكافي ٣٥٩/٢ ـ ٣٦٠، باب السباب، ح ٢، سبق نقله.

حق أو أن يثبت المخصص له في المقام.

والأول مشكل من جهة أنا أثبتناه في محله أن قوله «على اليد».. اه يدل على ضمان المنافع الفائتة في الجملة.

/٨١٢/ ومن الواضح أنه لا يفرق بين أن تكون اليد على العين عن عدوان أم لا.

في إبطال ما ذكروه لرفع ضمان اليد مع الإذن الشرعي

وأما الثاني فنقول في صورة كانت اليد على العين بإذن المالك، فأثبتنا عدم الضمان فيه في الجملة بمثل قوله «**ليس على الأمين إلا اليمين**» وأشباه ذلك.

وأما في صورة كانت اليد على العين بالإذن الشرعي، فعدم الضمان في بعض موارده وإن كان مسلماً، إلا أنه لا دليل على الكلية إلا ما نقلناه في قاعدة الحيلولة من تمسك بعض بقوله تعالى ﴿ **ما على المحسنين من سبيل** ﴾[1] بدعوى أن المراد من المحسن من فعل الفعل الجائز ونحن أوضحنا فساد هذا الإستدلال هناك.

ومنه قلنا: إنه لا دليل على أن الإذن الشرعي بنحو الإطلاق رفع الضمان مع أن مقتضى القاعدة الضمان، إلّا أن ظاهر المشهور عدم الضمان في صورة كان الإذن الشرعي موجوداً.

ثم إنا بعد ذلك ظفرنا على ما يثبت به /٨١٣/ قول المشهور من أن الإذن الشرعي أيضاً رافع للضمان فما يفوت تحت اليد الذي كان بحق ليس ذو اليد ضامناً له.

ففي سورة الشورى بعد قوله تعالى ﴿ **وجزاء سيئةٍ سيئة مثلها فمن عفى وأصلح فأجره على الله..** ﴾ الآية، ﴿ **ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل * إنما**

---

١) التوبة: ٩٠.

السبيل على الذين يظلمون الناس ويبغون في الأرض بغير الحق﴾[1] .. الآية.

فقوله «**من سبيل**» نكرة في سياق النفي، فينفى مطلق السبيل عمن ينتصر بعد ظلمه ومن السبيل مطالبة عوض التالف عنه.

وما نحن فيه من هذا القبيل حيث جوّزنا للبايع عدم تسليم المبيع من جهة أن المشتري لم يسلم الثمن إليه، فالبايع منتصر بعد ظلمه؛ بل يستفاد من قوله تعالى ﴿**إنما السبيل**﴾ .. اه نفي الضمان، إلا في صورة كانت اليد على العين بغير حق حيث حصر السبيل إلى الشخص بهذه الصورة؛ فتدبّر، فإنه يمكن استخراج مطالب كثيرة من هذه الآيات.

/٨١٤/ ومما ذكرنا ظهر أن امتناع التسليم من البايع لو كان بغير الحق، فيكون ضامناً للمنافع الفائتة في الجملة كما شرحناه في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد وأما لو كان بحق، فليس ضامناً لما ذكرناه هنا.

في الإشارة إلى مدرك نفقة الزوجة مع عدم التمكن عن حق وأن نفقة المملوك على مالكه وإن الغاصب لا يرجع بعد الإنفاق إلى المالك

قوله: وعلى المشتري نفقة المبيع[2] .. اه.

أقول: هذا هو المقام الثاني الذي أشرنا إليه، وهنا نقول:

أولاً لا يخفى أنه لا وجه لمقايسة المقام بنفقة الزوجة الغير المتمكّنة حتى يقبض المهر.

وذلك لأنه وإن قلنا باتحاد حكم مسألتنا مع حكم هذا الفرع، إلا أن مدركهما يكون مختلفاً وذلك لأنه في نفقة الزوجة إما أن يكون التمكين منها شرطاً للنفقة أو

---

١) الشورى: ٤٠ ـ ٤٢.

٢) كتاب المكاسب ٢٦٩/٦، مسألة: إذا امتنع البايع من التسليم.

أن الإمتناع منها مانع عن وجوبها.

وعلى كل حال، في صورة كان الإمتناع عن حق، لابدّ أن يلاحظ أن الإمتناع الذي يمنع من وجوب النفقة هو الإمتناع عن باطل أو يشمل الإمتناع عن حق أيضاً كما في الفرض الذي ذكر هنا، وكما لو سافرت للحج الذي كان واجباً عليها.

وأما نفقة الحيوان /٨١٥/ المملوك فيكون على مالكه.

وأما في صورة كان ذلك الحيوان في يد غير مالكه، سواء كان عن حق أو عن عدوان، فثبوت النفقة على المالك مبني على أن يكون لما دل على وجوب نفقة المملوك على المالك إطلاق يشمل المقام.

وفي آخر نكاح الجواهر[1] ينقل أخباراً لإثبات وجوب النفقة على المالك وليس في شيء منها إطلاق، إلا أنا نتكلم في فرع من فروع المسألة لعله يوضح حال مقامنا في الجملة ـ إن شاء الله ـ وهو: أنه لو أنفق ذي اليد على مملوك الغير من غير قصد التبرّع، فهل يكون له الرجوع إلى مالكه لمطالبة تلك المنفعة أم لا؟

في أن المنفق على مملوك الغير لا يرجع إليه لو كان غاصباً

وهنا نقول: أما لو كانت يده يد عدوان وغصب، فليس له الرجوع على مالكه مما اتفق على ذلك المملوك للتعليل الوارد في صحيحة أبي ولاد، قال: «**قلت: جعلت فداك! فقد علفته بدراهم، فلي عليه علفه.**

قال: لا، لأنك غاصب»[2].

وأما لو كانت يده يد حق ولم يكن إنفاقه عن تبرع، فيجوز أن يقال: إن له

---

١) جواهر الكلام ٣٨٩/٣١، في نفقة المملوك.

٢) الكافي ٢٩٠/٥ ـ ٢٩١، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحد أو يردها قبل الإنتهاء إلى الحد، ح ٦.

الرجوع إلى المالك /٨١٦/ بمقتضى التعليل المشار إليه، إما لدعوى ظهور هذا التعليل في خصوص هذا المقام في أنه لو لم يكن غصباً، فله الرجوع إلى مالكه بتلك النفقة، كما يلوح هذا من الجواهر[1] في كتاب اللقطة عند التعرض لحكم الإنفاق على اللقيط والضالة وإما بأن نقول: إنه وإن لم يكن فيه هذا الظهور، نظراً إلى أن المستفاد من التعليل أن الغصب مانع عن الرجوع إلى المالك، ولا ينافي ذلك أن يكون للرجوع إلى المالك موانع أخر أيضاً.

وليس في الخبر ما يدل على حصر المانع به.

في أنه نفقة المملوك على مالكه وما يتعلق به

وقد ثبت من الخارج أن قصد التبرّع أيضاً مانع عن الرجوع، إلا أنه نقول: إن المستفاد من الخبر أن المقتضي للرجوع إلى المالك موجود وإن الإنفاق على مملوك الغير فيه الإقتضاء إلى الرجوع إلى مالكه /٨١٧/ بما أنفق.

وعلى هذا، فكل مورد شككنا في وجود مانع من الرجوع إلى المالك، فنرفع المانع بالأصل، فيثبت الرجوع إلى المالك.

لكن فيه: أنا ذكرنا كراراً ـ كما في الرسالة المأمونية وغيرها ـ أن المدرك لهذا الأصل بناء العقلاء. وبناء العقلاء على العمل على طبق مقتضىٰ المقتضي غير محرز، إلا في صورة كان احتمال وجود المانع موهوناً في نظر العقلاء.

نعم، هذا ينفع في صورة صار احتمال المانع موهوناً، فضلاً من أن نقطع بعدم المانع بعد فرض وجود المقتضي الذي قد ثبت بالدليل المعتبر*.

---

١) جواهر الكلام ٣٨/٢٦٣، رجوع المنفق على الضالة بالنفقة.

*) ***والحاصل أن كل مورد لم نحتمل وجود مانع أو كان احتماله موهوناً، فنقول: للمنفق الرجوع إلى المالك ومن ذلك يجوز أن يقال في الضالة بأنه يكون للمنفق الرجوع إلى المالك؛ لأنه لم***

يوجد فيه خصوصية يحتمل المانعية.

وأما في المقام يحتمل أن يكون لنفس امتناع البايع جهة مانعية ولو كان امتناعه بحق أيضاً؛ بل لو قلنا بموهونية هذا الإحتمال بحيث يكون الوثوق التام بأنه ليس مانع حيث إنه من قبيل مانعية الموجود ويعتبر في عدم الإعتناء باحتماله والأخذ بمقتضى المقتضي ما ذكرناه من الوثوق، فحينئذٍ نقول بأن للمنفق الرجوع هنا أيضاً كما ذكره المصنف.

بل لو قلنا: إنه لا مانع من إثبات الرجوع بقاعدة لا ضرر كما رجحناه وإن كنا نمنع ذلك سابقاً، فنقول: إن ضمان المالك لما ينفق على مملوكه لا يعدّ ضرراً على المالك عرفاً ولكن عدم جواز رجوع المنفق الغير القاصد للتبرع إلى المالك يعدّ ضرراً عرفاً.

وذلك من جهة أن نفقة المملوك عند العرف على مالكه ولا يضرّ بذلك تعلق التكليف بالإنفاق بغير المالك لعدم حضور المالك وكون ترك الإنفاق ظلماً حينئذٍ، نظير ما إذا وجب الإنفاق على الشخص لوجوب حفظ النفس، لا يمنع ذلك من جواز الرجوع إلى المنفق عليه عند التمكن، بل قاعدة الضرر تقتضيه بالتقريب المشار إليه وإن كان توضيحه محتاجاً إلى بيان ما ذكرناه في معنى «لا ضرر ولا ضرار».

ثم إنه يشهد على ما ذكرناه من أن نفقة المملوك عند العرف على مالكه وهو الموجب لجريان قاعدة لا ضرر ـ كما أشرناه ـ أن المالك لو أنفق على مملوكه الذي حبسه شخص آخر، ثم أراد الرجوع إلى الحابس بما أنفق على مملوكه، يكون ذلك هجيناً عند العرف بخلاف العكس، سيما إذا كان الحبس بحق؛ بل من هنا يجوز تقريب وجه ثالث لجواز رجوع المنفق إلى المالك بما أنفق على مملوكه وهو أن مقتضىٰ ما ورد في حسنة الكابلي «ولا يبطل حقوق المسلمين بينهم» [الكافي ١٩٨/٧، باب حد الغلام والجاري اللذين يجب عليهما الحد تاماً، ح ٢]هو أن يكون للمنفق الرجوع إلى المالك نظراً إلى أنه لما يكون نفقة المملوك في أنظار العرف والعقلاء على المالك، فحينئذٍ لو صار شخص آخر ملحاً إلى الإنفاق عليه من غير تقصير منه ولا قصد تبرع، فيقال عند العرف: إن للمنفق حق على المالك فيما أنفقه على مملوكه بحيث لو لم يعطه يصدق عرفاً أنه أبطل حقه.

وذكرنا في آخر مسألة البراءة قبل قاعدة الضرر أن كلما يصدق عليه الحق عرفاً يشمله هذا الخبر، بل شموله للحقوق الشرعية إنما هو لصدق الحق عليه عرفاً، لا لإطلاق الحق عليه عند الشرع، بل إطلاق الحق على الحقوق ليس من الشرع إلا نادر.

وإنما يطلق العرف على بعض الأحكام لفظ الحق وليس هذا الإطلاق العرفي دائراً مدار ما هو اصطلاح الفقهاء أيضاً في لفظ الحق من أنه الحكم الذي يقبل الإسقاط أو النقل بالإرث أو

في لزوم النفقة على الغاصب في الجملة وأنه لا يرجع إلى المالك

ثم إنه في كل مورد ثبت أنه لو ينفق غير المالك على المملوك يكون له الرجوع إلى المالك، فلا شبهة في وجوب الإنفاق هناك على المالك حيث إن عدم الإنفاق رأساً ظلم على الحيوان، والمفروض أنه لو أنفق غير المالك يرجع إليه، فهذا يكشف من أن الإنفاق عليه كما أنه بالنسبة إلى الغاصب قد /٨١٨/ عرفت أنه لو أنفق لا يرجع إلى المالك.

ومع ذلك نقول: إنه يجب عليه الإنفاق في الجملة، لأن الرد واجب عليه، فيكون الإنفاق مقدمة* للواجب حيث إنه بدونه يوجب تلفه أو [..؟] القسم.

غيره. (منه قدس سره).

*) بل كل من يمسك الدابّة أو كان عليه إمساك الدابة يجب عليه الإنفاق عليه؛ لأن تركه ظلم، سواء كان له الرجوع بما أنفق عليها على المالك أم لا.

نعم، في مسألتنا لو كان كل من المالك والبايع الذي قلنا: إن له حق الإمتناع وامتنع متمكناً من الإنفاق على الدابة، فحينئذٍ لو أنفق واحد منهما عليها، وإلا لو قلنا: إن الإنفاق على المالك، فيلزم عليه، وكذلك لو قلنا: أنه على المتمسك.

وأما لو شككنا في ذلك وامتنعا من الإنفاق، فحينئذٍ لو قلنا: إن قاعدة العدل عند الشك في الحكم يقتضي التفصيل وإلا نقول: يعين إلزام واحد معين منهما بالقرعة.

وأما ما ذكره المصنف من أنه لو طلب المشتري من الإنتفاع بالمملوك الذي في يد البايع الذي أمسك المبيع بالحق وفرضنا أن كونه في يد البايع غير مانع من انتفاع المشتري عنه، فنقول فيه: إن مقتضى قوله «أن الناس مسلطون على أموالهم» أن يكون للمشتري الإنتفاع عن ماله.

نعم، قلنا بآية الإعتداء: إن للبايع الإمتناع من نفس العين، لكنه يتم في صورة لم يكن للثمن الذي امتنع عن المشتري منفعة؛ فتدبّر. (منه قدس سره).

[أحكام القبـض]

[انتقال الضمان]

[قوله:] مسألة: من أحكام القبض إنتقال الضمان[1] .. اه.

أقول: تقدم في أول عنوان القبض أن الذي يرفع ضمان البايع هل هو إقباض البايع أو مجرد قبض المشتري أو أن لشيء آخر مدخلية فيه أم لا؟

ثمّ إن الضمان الثابت قبل القبض هو الضمان المعاوضي بمعنى أنه ينفسخ العقد ويدخل المبيع في ملك البايع ويتلف من ماله، لا ضمان العهدة والضمان اليدي بأن لا ينفسخ العقد إلا أنه يكون على البايع رد عوض العين من المثل أو القيمة إلى المشتري، وهذا مسلّم بينهم.

ويمكن استفادته من النبوي «**كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه**»[2]، وذلك لا من جهة أن قوله «**من مال**».. اه يكون متعلقاً بفعل مقدر مثل يكون، فيصير المفاد أنه بعد التلف يكون من مال البايع، فنقول: إن هذا غير معقول؛ لأن /٨١٩/ التالف معدوم، فلابدّ أن يكون الإطلاق باعتبار كونه مالاً عند التلف، كما يلوح من المصنف.

ثم قال: وبهذا الإعتبار يصح إن يقع هو المصالح عنه إذا أتلفه الغير، لا قيمته؛ يعني يقع الصلح على نفس المتلف، فإذا كانت قيمته درهماً يصح الصلح بدرهم وأزيد وليس ربويّاً، بخلاف ما لو وقع الصلح بقيمته، فإنه يوجب الربوي كما قال

---

١) كتاب المكاسب ٢٧٠/٦، الكلام في أحكام القبض.

٢) عوالي اللئالي ٢١٢/٣، باب التجارة، ح ٥٩.

في صلح الشرايع.

فيستفاد منه: أن نفس المتلف يجوز أن يصير هو المصالح عنه بعد التلف. وعلى كل حال، ليس المجرور متعلقاً بالمقدر، بل يكون متعلقاً بقوله «تلف» المذكور في الخبر.

وعلى هذا دلالته على مدّعاهم أوضح؛ لأن كون تلف المبيع من مال البايع لا يمكن إلا بأن يكون المبيع مال البايع وإلا لم يتلف من ماله* كما أن في خبر عقبة بن خالد[1] أيضاً يكون قوله «من ماله» متعلقاً بـ«سرق». وإذا كانت السرقة من مال البايع فيتوقف على أن يكون المبيع حين السرقة مال البايع.

وعلى هذا /٨٢٠/ فكل من النبوي وخبر عقبة يدلان على أن المبيع عند التلف يكون من مال البايع، ولا وجه للتصرف في لفظ التلف بأنه بمعنى الدرك أو الضرر حتى يقال: إن كون ضرره عليه، قابل لوجهين: الأول ما يقولون من أن المبيع كان عند التلف مال البايع، فيكون ضرر تلفه عليه؛ الثاني أن يكون مال المشتري، لكن يكون على البايع رد عوضه إليه ليكون ضمانه بمعنى ضمان اليد.

---

*) ***لو قلنا: إن قوله «من مال بايعه» يكون متعلقاً بمقدر ويكون «من» للتبعيض كما يدعيه المصنف أيضاً.***

نقول: ليس ذلك ظاهراً في أنه حال التلف يكون من ماله ليحتاج إلى تصرف. فيتفرغ عليه ما عن الشرايع والتحرير، بل هو أيضاً ظاهر في أن المبيع الذي طرء عليه التلف من ماله، وهو أيضاً ظاهر في أنه قبل التلف يكون من ماله، فيتحد معناه مع ما قلناه من أن قوله «من ماله» يكون متعلقاً بتلف ويكون لفظ «من» للبيانية. والمراد بتعلقه بتلف أي المقدر بقرينة لفظ «تلف» المذكور في الخبر. (منه قدس سره).

١) الكافي ١٧١/٥ ـ ١٧٢، باب الشرط والخيار في البيع، ح ١٢، والرواية هي: «محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن محمد بن عبدالله بن هلال عن عقبة بن أبي خالد عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير أنه تركالمتاع عنده ولم يقبضه: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع من مال من يكون؟

قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه».

في الدليل على أن العقد ينفسخ بتلف المبيع قبل القبض

نعم، بعد أن مقتضى الخبرين كون المبيع عند التلف مال البايع، نقول: إن هذا يمكن أن يكون بأحد الوجهين:

الأول أن يكون ماله من أول الأمر أيضاً بأن لم ينتقل إلى المشتري أصلاً.

الثاني أن لم يكن ماله من بدو الأمر إلا أنه ينتقل إليه عند التلف ويعين الأخير ما تقدم في أحكام الخيار من أنا أثبتنا بالعمومات والأخبار الخاصة أن المبيع من حين العقد ينتقل إلى المشتري، وإذا جمعنا بين تلك الأدلة وبين ما دل على أنه حال التلف يكون مال البايع، فينتج ذلك أنه انتقل إلى البايع قبل التلف بانفساخ / ٨٢١/ العقد.

إن قلت: هذا معارض بأصالة عدم النقل.

قلت: ذكرنا كراراً أن الأصول اللفظية ترفع كل أصل عدمي كان على خلافها.

نعم، لا يرفع اليد عن أصالة عدم النقل إلا عند اليقين بحصول النقل وهو آن قبل التلف؛ لأنه لم يعلم كون المبيع مال البايع إلا عند التلف، فيكون نماؤة قبل ذلك للمشتري.

في مدرك القول بانفساخ العقد بتلف المبيع قبل القبض وأن الإنفساخ بآنٍ ما قبل التف

إن قلت: سلّمنا جميع ما ذكرت، إلا أنه لا يثبت ما يقوله القوم من أن العقد ينفسخ قبل التلف وذلك لأن مقتضىٰ الخبر كون المبيع عند التلف مال البايع، ولا ينافي ذلك مع أن يكون الثمن أيضاً باقياً على ملكه.

قلت: مساق الخبرين أن النقصان والضرر الوارد من جهة التلف، يكون على البايع. فلو كان الثمن باقياً على ذلك البايع، فيكون الضرر الوارد في المقام على المشتري.

إن قلت: إذا كان مفاد الخبرين أن الضرر في المقام يكون على البايع، فيعود الإشكال السابق من أن /٨٢٢/ كون ضرر تلف المبيع على البايع، يمكن أن يكون بانفساخ العقد ويمكن أن يكون ببقاء المبيع على ملك المشتري، إلا أنه يكون على البايع رد عوضه إليه، فمن أنّى تعين الأول.

قلت: مساق الخبرين أن النقص الذي يوجد من التلف على البايع إلا أنه استفيد من ظاهر الخبر وكيفية التعبير أنه على النحو الأول من أن المبيع يدخل في ملك البايع، ولازمه انفساخ العقد بعد فرض أن النقصان الوارد في المقام لابدّ أن يكون على البايع.

في أن جميع منافع المبيع قبل التلف للمشتري وأن مؤنة تجهيزه إذا كان عبداً ومات على البايع

قوله: ويترتب على ذلك كون النماء[1] .. اه.

أقول: كون نماء المبيع للمشتري من جهة أن النماء تابع للملك، وقد عرفت أن مقتضىٰ أصالة عدم النقل بقاء البيع على ملك المشتري إلى آن ما قبل التلف.

ثمّ إن من نماء البيع إذا كان عبداً الركاز* الذي يجده وما وهب منه فقبل أو أوصى له فقبل.

ثمّ إن العبد الذي كان مبيعاً، إذا مات قبل القبض /٨٢٣/ يكون مؤنة تجهيزه

---

١) كتاب المكاسب ٢٧٢/٦، نماء المبيع قبل التلف للمشتري.

*) معدن. (منه قدس سره).

على البايع حيث عرفت أنا استفدنا من كون التلف من ماله كون نفس المبيع ماله عند التلف وإلا لم يتلف من ماله. فالتلف كاشف عن الملكية الحقيقية للبايع، إلا أن المصنف (ره) يمنع الملكية الحقيقية له، بل يقول: إنه ليس إلا تقدير الملكية له وفرضه، وهو بالنسبة إلى الحكم المحوج له، دون غيره.

ولعله مبني على ما تقدم منه في معنى النبوي من أن مفاده أن المبيع بعد التلف مال البايع، وهو غير معقول، فلابدّ أن يقدر له الملكية بآن ما قبل التلف. وعلى هذا يقول: إن تقدير الملكية بالنسبة إلى الحكم المحوج له؛ فتأمل.

[تعذر الوصول في حكم التلف]

قوله: ثمّ إنه يلحق بالتلف تعذر[1].. اه.

أقول: بالنسبة إلى تعذر الوصول كان خبر عقبة بن خالد في فرد منه وهو السرقة وإلحاق غيره به يحتاج إلى دعوى القطع بعدم الفرق، مع أنه تقدم في أوائل ما يتعلق بالقبض ضعف الرواية سنداً.

نعم، لو كان تعذر الوصول إليه بحيث يصدق عليه التلف عرفاً كما لو غرق في البحر الذي لا يرجى عوده، فيشمله /٨٢٤/ النبوي الذي يكون ضعفه منجبراً بعمل المشهور، والمدار في ظواهر الألفاظ على المفاهيم العرفية.

قوله: في التذكرة[2] **أيضاً**[3].. اه.

أقول: هرب المشتري المعسر الذي لم يدفع الثمن خارج عن مفروض مسألتنا؛

---

١) كتاب المكاسب ٢٧٣/٦، تعذر الوصول بحكم التلف.

٢) تذكرة الفقهاء ١١١/١٠، حكم ما لو هرب المشتري قبل وزن الثمن وهو معسر مع عدم الإقباض.

٣) كتاب المكاسب ٢٧٣/٦، تعذر الوصول بحكم التلف.

لكنا نقول: لو ثبت الخيار للبايع، إما خيار التأخير أو غيره وإلا فأخذ ما كان له على المشتري من الثمن من المبيع أو غيره من أمواله من باب التقابض، فلابدّ أن يراعى شرائطه.

[لو كان القبض غير واجد لشرائط الصحة]

قوله: ثمّ إن ظاهر كثير من الأصحاب[1] .. اه.

أقول: لو قلنا بأن رفع ضمان البايع يتوقف على القبض، ثم قلنا باعتبار الكيل أو الوزن في تحقق القبض، فرفع الضمان يتوقف على الكيل أو الوزن. وكذلك لو تم دليل على أن رفع الضمان يتوقف على الكيل أو الوزن وإن يكونا مأخوذين في القبض.

وأما لو قلنا بأن رفع الضمان يحصل بمجرد القبض وليس الكيل أو الوزن مأخوذين فيه، فلا وجه لاعتبارهما في رفع الضمان.

ولا يخفي أن جميع ما قلناه في اعتبار الكيل أو الوزن في رفع ضمان البايع، يأتي في إعتبار نقل المبيع من بيت البايع وإخراجه منه أيضاً كما أنه لو قلنا باعتبار الإقباض في رفع الضمان، فيتوقف على فعل كل واحد من البايع والمشتري كما تقدم وجهه في أوائل القبض.

في تعيين القبض الذي يرفع ضمان البايع

نعم، لو اعتبرنا مجرد قبض المشتري، فلا يتوقف ذلك على فعل /٨٢٥/ من البايع، كما أنه لو اكتفينا في رفع الضمان بمجرد تسليم البايع وتخليته وتسليطه للمشتري، فيصير مرجعه إلى أن الرافع للضمان هو نفس التسليم والتسليط، لا

---

١) كتاب المكاسب ٢٧٤/٦، لو كان القبض غير واجد لشرائط الصحة.

القبض ولا الإقباض ـ كما تقدم شرح ذلك كلّه ـ.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إن ظاهر النبوي أن رفع ضمان البايع بالقبض، وتقدم أنه لم يؤخذ فيه شيء من فعل البايع أو النقل أو الكيل وأنه يتحقق بفعل من المشتري، لكن فعل التي يكون محققاً لاستيلاءه على المبيع.

وأما خبر عقبة وإن يظهر منه اعتبار الإقباض، بل النقل، إلا أنه تقدم تضعيف سنده من الجواهر والمسالك.

[أحكام الإتلاف]

[إتلاف المشتري]

قوله: وأما الإتلاف فإما أن يكون من المشتري[1].. اه.

أقول: في مستند الحكم وهو النبوي «**كل مبيع تـلف**»[2].. اه، أسند التلف إلى المال، وهو المبيع. وإذا أسند التلف إلى المال يكون ظاهره أو المتيقن منه في نظر العرف أن يكون التلف سماوية أو يكون المتلف حيواناً غير ملتفت؛ بل يعم صورة كان المتلف إنساناً، لكن إذا لم يكن ملتفتاً إلى نفس الإتلاف ـ كما لو صدر منه في حال النوم وشبهه ـ بل يجوز /٨٢٦/ أن يقال بعمومه في نظر العرف بصورة كان المتلف غير معلوم وإن كان الإتلاف عن الإختيار واقعاً. ومن هذا القبيل ما لو سرق المال ولم يعلم السارق.

ومما ذكرنا ظهر أن رواية عقبة بن خالد لا يصير شاهداً على أن الإتلاف بحكم التلف؛ لأنه في خصوص الفرد الذي يطلق التلف عليه عند العرف، لا يجوز التعميم بغيره مع أنه تقدم أن سنده ضعيف.

ومما ذكرنا ظهر أن في إتلاف كل من البايع أو المشتري أو الأجنبي للمبيع التي ذكرها المصنف (ره)، لا تجري قاعدة «**كل مبيع**».. اه، فلم ينفسخ العقد ليدخل المبيع في ذلك البايع حين التلف؛ لأن المتلف فيها فاعل مختار ملتفت معين.

---

١) كتاب المكاسب ٢٧٥/٦، حكم الإتلاف.

٢) عوالي اللئالي ٢١٢/٣، باب التجارة، ح ٥٩.

في أن الإتلاف قبل القبض ليس بمثل التلف وإشارة إلى الوجوه التي يقتضي رجوع المغرور إلى الغارّ

قوله: أقول: هذا مع غرور البايع لا بأس به[١] .. اه.

أقول: يعني مع غرور البايع وأن قرار الضمان على الغارّ، حتى في صورة كان المغرور متلف مال نفسه، وذلك إما بأن نقول: إن قولهم «المغرور يرجع إلى من غرّه بنفسه»، قاعدة الغرور، وإن هذا مضمون خبر مرسل منجبر ضعفه بالعمل، كما تقدم الكلام فيه في قاعدة الغرور بعد الفراغ عن مسألة الفضولي، وإما بأن نقول: إن هذا النحو من أداء المغصوب لا يعدّ أداءً، كما أنه في مسألتنا لا يعدّ قبضاً، فتلفه في حكم التلف قبل الأداء في المغصوب وفي /٨٢٧/ حكم التلف قبل القبض في مسألتنا لو قلنا بأنه لا فرق بين الإتلاف والتلف.

وإما بأن نقول: إن المباشر لما يكون ضعيفاً، فيستند التلف إلى السبب وهو البايع الغارّ في مسألتنا، وإما بأن نقول: إن الضمان على الغارّ لقاعدة لا ضرر، وإما بأن نقول بثبوت الضمان على البايع بوجه آخر، كما تقدم ذلك كلّه في الموضع المشار إليه.

قوله: ففي التذكرة[٢] **أن الأصح أنه لا يستقر**[٣] .. اه.

أقول: بعد ما تقدم منا أنه لا يجري حكم التلف قبل القبض في صورة كان للتلف متلف معين مختار، فنقول: لا فرق في إتلاف المشتري للمبيع قبل القبض

---

١) كتاب المكاسب ٢٧٥/٦، لو كان المتلف هو المشتري.

٢) تذكرة الفقهاء ٣٨٢/١١، حكم ما لو أخذ المشتري المبيع بغير إذن البايع أو أتلفه في يده.

٣) كتاب المكاسب ٢٧٦/٦، لو كان المتلف هو المشتري.

بين أن يكون عالماً بأن ما يتلفه هو المبيع وبين أن يكون جاهلاً بذلك، كما لا فرق بين أن يكون إتلافه له من غير جهة مجوّزة له وبين أن يكون من جهة مجوّزة له، كما لو قتل العبد الذي كان مبيعاً دفاعاً عن نفسه، فإنه في جميع الصور يكون البيع باقياً بحاله ويكون إتلاف البايع له إتلافاً لمال نفسه وإن قلنا بثبوت الضمان على البايع، كما لو كان إتلاف المشتري عن تقرير البايع له ـ كما تقدم ـ.

في أن إتلاف البايع للمبيع قبل القبض يوجب رجوع المشتري إليه بعوض المبيع، لا بالثمن

قوله: ولو أتلفه البايع ففي انفساخ[1] .. اه.

أقول: مقتضىٰ ما تقدم منا من عدم جريان قاعدة التلف قبل القبض في صورة كان في البين متلف معين مختار عدم انفساخ العقد بإتلاف البايع للمبيع، بل يكون على البايع دفع عوض المبيع الذي أتلفه إلى المشتري.

/٨٢٨/ ثمّ إن المصنف (ره) يدعي أن المشتري مخير بين المطالبة بالقيمة أو بالثمن. ويستدل على ذلك بأحد الوجهين:

الأول أن سبب كل من الإنفساخ والضمان محقق.

وفيه: أولاً أنا قلنا: إن الإنفساخ لا يجري في مثل مقامنا الذي كان للتلف متلف معين، فليس في البين إلا سبب الضمان حيث إن البايع أتلف مال المشتري.

وثانياً أن هذين السببين مما لا يمكن اجتماعهما ليوجب ثبوت التخيير للمشتري؛ لأنه لو انفسخ العقد، لم يتلف البايع مال المشتري، فلم يوجد سبب الضمان لأن الإنفساخ قبل التلف، فليس في البين إلا أحد السببين، فلابدّ أن يعين أنه أي واحد منهما. وتقدم أنا رجحنا أن الموجود في المقام هو سبب الضمان.

---

١) كتاب المكاسب ٢٧٦/٦، لو كان المتلف هو البايع.

الثاني أنه لو سلمنا عدم جريان دليل الإنفساخ هنا، فنقول: إن الإتلاف قبل القبض بمثل تعذر تسليم المبيع، فيلحقه حكمه.

أقول: نحن نتكلم أولاً في حكم المقيس عليه، فنقول: لا نص على أن تعذر تسليم المبيع يوجب الخيار، فلابدّ من أن نتكلم فيه على القاعدة، فنقول: لو كان تعذر تسليم المبيع محققاً من حين صدور البيع فذلك يوجب فساد البيع؛ لأن القدرة على التسليم شرط لصحة البيع.

وأما لو حدث تعذر التسليم بعد البيع، فهذا غير مضرٍّ بصحة البيع كما قاله عند التعرض لبيان اشتراط القدرة على التسليم في صحة البيع.

وأما صيرورة حدوث تعذر التسليم بعد البيع موجباً للخيار في البيع ـ كما هو مدعى المصنف هنا ـ ليس مبنيّاً على أن تسليم المبيع كان واجباً بمقتضى البيع. فإذا تعذر ذلك، فيوجب الخيار حتى يورد عليه:

أولاً بأنه تقدم أنا منعنا أن العقد يقتضي إطلاقه وجوب التسليم.

وثانياً أن مجرد تعذر هذا التكليف لا وجه لأن يصير موجباً لثبوت الخيار في البيع، إلا أن يصير وجوب الوفاء بعقد البيع من دون تحقق التسليم ضرراً بعد فرض وجوبه أولاً.

بل الوجه في أن تعذر التسليم بعد البيع يوجب الخيار أن تعذر التسليم عيب حدث في المبيع قبل القبض وكلّ عيب حدث في المبيع قبل القبض يكون بمثل العيب الذي يكون في المبيع قبل العقد في أنه يوجب الخيار للمشتري في البيع كما تقدمت الإشارة إليه في خيار العيب وسيأتي الكلام فيه بعد ذلك.

وأما المقيس فنقول: لو تم الدليل على أن تعذر تسليم المبيع من العيب الحادث قبل القبض، ثم قلنا بتمامية الدليل على أنه يوجب الخيار، فنقول:

لا وجه لإلحاق الإتلاف قبل القبض به إلا القياس بعد أن مقتضىٰ القاعدة إما القول بانفساخ العقد لدعوى شمول التلف قبل القبض للإتلاف أيضاً وإما أن مقتضىٰ

القاعدة بقاء العقد بحاله ورجوع المشتري إلى البايع بعوض المبيع الذي أتلفه البايع، ولا وجه للتخيير كما تقدم.

[إتلاف البايع]

/ ٨٢٩/ **قوله: فإن اختار المشتري القيمة فهل**[١].. اه.

أقول: تقدم منا أن جواز حبس البايع للمبيع على الثمن ليس من اقتضاء البيع حتى نتكلم في أن ما ثبت في المبدل يكون ثابتاً في بدله أيضاً أو لا، بل كل مورد قلنا بجواز الحبس كان على طبق القاعدة، والقاعدة لا تفرق بين البدل والمبدل في كل مورد قلنا بجواز الحبس فيه. وكل مورد قلنا بعدم جوازه فيه؛ فراجع.

قوله: ولو قبض المشتري بغير إذن البايع.. اه.

أقول: بعد تسليم أن القبض الذي لا يجوز فيه الإسترداد مختص بصورة كان قبض / ٨٣٠/ المشتري للمبيع بإذن البايع وأنه بدون الإذن يكون بحكم عدم القبض، نقول: قد تقدم أنه في صورة أتلف البايع للمبيع قبل القبض حقيقة أيضاً لا ينفسخ البيع لعدم جريان قاعدة «**كل مبيع تلف**».. اه في صورة كان للتلف متلف معين مختار، فلا يجري في المقام بطريق أولى.

في أن كلّ من أتلف المبيع قبل القبض يكون رجوع المشتري إليه والإشكال في جريان القاعدة في الثمن

[إتلاف الأجنبي]

قوله: ولو أتلفه أجنبي[٢].. اه.

---

١) كتاب المكاسب ٢٧٧/٦، لو كان المتلف هو البايع.

٢) كتاب المكاسب ٢٧٧/٦، لو كان المتلف هو الأجنبي.

أقول: مقتضىٰ ما تقدم منا من عدم جريان «**كل مبيع تلف**».. اه في صورة كان للتلف متلف معين مختار، عدم جريان الإنفساخ هنا أيضاً.

وعلى هذا فللمشتري أن يرجع إلى الأجنبي ويأخذ قيمة المبيع منه حيث أتلف ماله وليس للمشتري غير ذلك لعدم وجود سبب آخر يقتضي غير ذلك.

[تلف الثمن كتلف المثمن]

قوله: مسألة: تلف الثمن المعين[1].. اه.

أقول: في إلحاق الثمن المعين بالمبيع المعين في أنه لو تلف قبل قبضه ينفسخ العقد، فيدخل الثمن في ملك المشتري، فيتلف من ماله كما تقدم في المبيع، تارة يتمسك بتسلّمه عند العلماء بما نقله من الشواهد.

وفيه: أولاً أن بعض ما نقله ليس ظاهراً في ذلك كعبارة الدروس: إن القبض ينتقل الضمان /٨٣١/ إلى القابض لاحتمال أن يكون المراد من الضمان هو الخسارة، وإنه قبل القبض كان الخسارة على غير القابض لأجل اليد، حيث لم يوجد ما يرفع ضمان اليد من الإذن المالكي أو الشرعي، إلا أن يقال: إن عبارته تشمل المبيع والثمن، وبالنسبة إلى المبيع يكون ضمان غير القابض بانفساخ العقد، ولا يناسب التفكيك بعد تسليم عموم كلامه لكل من المبيع والثمن.

وثانياً أن اتفاق الفقهاء إنما يصير دليلاً لو كشف بطريق القطع عن حجة معتبرة ونحن نقطع أو نحتمل أن لا يكون دليل لهم على ما ذكروه إلا ما سيجيء شرح حاله، مع أنه سيأتي في ذيل الأمر الثالث من المصنف (ره) والجامع المقاصد تسلم عدم جريان القاعدة في الثمن.

وتارة بما ورد في خبر عقبة بن خالد من أن المبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله، بناءً على إرجاع ضمير حقه إلى البايع.

---

١) كتاب المكاسب ٢٧٨/٦، مسألة: تلف الثمن كتلف المثمن.

وفيه: مع الغمض عن السند ـ كما تقدم ـ أن الضمان لو كان ضمان اليد، كما هو الظاهر منه، فيدل على خلاف المقصود.

وتارة بأن المبيع في النبوي «كل مبيع».. اه أعمّ من الثمن. وهذا أوهن من سابقه.

وعلى هذا فيشكل رفع اليد عن الأصل، أعني أصالة عدم انفساخ العقد ويكون على المشتري عوض الثمن التالف؛ لأن يده به ضمان /٨٣٢/ لعدم الإذن الشرعي ولا المالكي؛ فتأمل.

قوله: قال قائل في التذكرة[١]: لو أكلت الشاة[٢].. اه.

أقول: هذا يؤيد ما تقدّم منا من أن الإتلاف ليس بحكم التلف في الجملة.

قوله: ثم إنه هل يلحق إلى قوله: نعم ذكروا في الإجارة[٣].. اه.

أقول: مجرد القول بالضمان لا يصير شاهداً على الضمان الذي يكون الغرض إثباته وهو الضمان المعاوضي الذي يحصل بانفساخ العقد.

هذا، مع أن المراد من الضمان المذكور في كلامهم ضمان اليد؛ لأنه لا يتصور غيره في الصداق وعوض الخلع. فهذا موهن لمدعاه، لا شاهد له.

نعم، ما نقله عن التذكرة من الخلاف في جواز بيع ما يكون مضموناً بيد الغير بعوض في عقد معاوضة ربما يلوح منه تسلم الإنفساخ في التلف قبل القبض في كل معاوضة، إلا أن من الواضح أنه لا يرفع اليد عن الأصل المعتبر بمثل ذلك.

---

١) تذكرة الفقهاء ١٨٦/١٠، حكم ما لو أكلت الشاة المبيعة ثمنها المعين قبل القبض.

٢) كتاب المكاسب ٢٧٩/٦، استظهار الحكم من رواية عقبة والنبوي المشهور.

٣) كتاب المكاسب ٢٧٩/٦ ـ ٢٨٠، استظهار الحكم من رواية عقبة والنبوي المشهور.

في حكم تلف الجزء وأن الجزء لا يقسط الثمن عليه كالعيب قبل القبض في دعوى الإجماع على الردّ فيه

[تلف بعض المبيع]

قوله: مسألة: لو تلف بعض المبيع إلى قوله: لأن التالف مبيع[1] .. اه.

أقول: نحن وإن ذكرنا في محله أن انحلال العقد الواحد إلى عقود متعددة يكون على طبق القاعدة، إلا أنه مع ذلك نقول: إن الظاهر من لفظ المبيع أن يكون مبيعاً /٨٣٣/ ببيع مستقل، فلا يشمل مثل النبوي «كل مبيع».. اه لجزء من المبيع.

[فرض أولوية الأرش في تلف الجزء]

قوله: لأن المبيع هو مجموع بدن[2] .. اه.

أقول: لو فرض أولوية الأرش في تلف الجزء، فهو من جهة أن الثمن يقسط عليه، فينفسخ البيع بالنسبة إلى الجزء التالف وهذا خلاف الفرض؛ لأن محل الكلام في تلف الجزء الذي لا يقسط الثمن عليه كيد الغنم، حيث كان المبيع هو الغنم.

وأما لو كان المبيع هو اللحم، فمثل اليد مما يقسط عليه الثمن عند البيع وخارج عن الفرض.

[ثبوت الرد في حدوث العيب قبل القبض]

قوله: وإنما ثبت الرد لدفع تضرر[3] .. اه.

---

١) كتاب المكاسب ٢٨١/٦، مسألة: تلف بعض المبيع قبل قبضه.

٢) كتاب المكاسب ٢٨١/٦، إذا كان مما لا يقسط عليه الثمن.

٣) كتاب المكاسب ٢٨٢/٦، الخلاف في ثبوت الأرش فيه وعدمه.

أقول: ثبوت الرد وإن كان مسلماً في حدوث العيب قبل قبض المبيع ومثله تلف كل جزء لا يقسط الثمن عليه، فإنه عيب أيضاً، إلا أن قاعدة لا ضرر لا يقتضي الخيار هنا للمشتري؛ لأنه كل مورد صار وجوب الوفاء بالعقد ضررياً فيثبت الخيار هناك بقوله ﷺ «**لا ضرر**»[1].. اه، كما تقدم كراراً.

وأما إذا لم يكن لزوم الوفاء بالعقد ضررياً، لكن بعد حصول الملكية من الطرفين وردّ ضرّ على أحدهما، فليس اقتضاء قوله ﷺ «**لا ضرر**».. اه أن يسلب هذا الضرر /٨٣٤/ عنه ويورد على من كان طرفاً لمعاملته.

نعم، تقدم أنه في صورة تعذر الشرط بعد العقد ثبت الخيار بقوله «**لا ضرر**» بعد العقد، والفرق بينه وبين المقام واضح كما لا يخفى على المراجع إلى ما قلناه في أحكام الشروط في صورة كان أصل البيع بدون الشرط ضررياً والمتضرر أقدم على هذا الضرر مع الشرط، لا بدونه.

فإذا تعذر الشرط، يكون وجوب الوفاء بنفس العقد ضررياً بضرر لم يقدم المتضرر عليه والحكم الذي يرفعه قوله «**لا ضرر**» في المقام هو وجوب الوفاء؛ لأن الضرر من قبله وتكون المنة في رفعه.

وأما إذا لم يكن أصل البيع ضررياً أو كان ضررياً بضرر أقدم المتضرر عليه كما هو مفروض المقام، فحينئذٍ إذا ورد النقصان على ما انتقل إلى أحدهما، فيكون بمثل ورود الضرر على سائر أمواله. ولا يقتضي قوله «**لا ضرر**» لرفع هذا الضرر.

وفي الحقيقة إنشاء هذا الضرر من حكم الشرع وثبوت ضرر تلف نفس المبيع على البايع إنما هو للنص، لا لقاعدة الضرر. والمفروض عدم شمول النص، يعني «**كل مبيع تلف قبل قبضه**».. إلخ لجزء المبيع وصفاته كما أن القول بضمان اليدي في تلف الجزء والوصف لو قلنا به، فإنما لنص آخر مثل «**على اليد ما أخذت حتى تؤدي**»، لا لقاعدة الضرر..

---

١) الكافي ٢٩٢/٥ ـ ٢٩٣، باب الضرار، ح ٢.

[ثبوت الضمان للأبعاض إذا كان الكلّ مضموناً]

قوله: واستدلوا عليه بأن الكل مضمون، فكذا أبعاضه وصفاته[١] .. اه.

أقول: في صورة كان الكل مضموناً، فيكون الضمان ثابتاً لأبعاضه وصفاته، إلا أن هذا ليس مراداً؛ لأنه لا يترتب عليه فائدة، وإنما المقصود أنه إذا ثبت الضمان في صورة تلف الكل، فلابدّ أن يكون الضمان ثابتاً في صورة تلف البعض أو الصفة أيضاً.

وفيه: أنه لا ملازمة بينهما عقلاً. وما دل على ضمان الكل إذا تلف، أيضاً لا يدل على الضمان في صورة تلف البعض أو الصفة.

في أن تلف الجزء حتى ما يقسط عليه الثمن لا تقتضي القاعدة كون ضمانه المعاوضي على البايع

قوله: لأن التالف مبيع[٢] .. اه.

أقول: نحن وإن ذكرنا في محله أن انحلال عقد واحد إلى بيوع متعددة على طبق القاعدة بحسب أجزاء المبيع والثمن، إلا أن الظاهر من لفظ المبيع بنحو مطلق ما كان مبيعاً بعقد مستقل، لا بعقد إنحلالي، فيشكل شمول النبوي ﷺ «**كل مبيع تلف**».. اه لما هو من جزء /٨٣٥/ المبيع ولو كان مما يقسط الثمن عليه.

نعم، ضمان البايع لجزء المبيع بغير الضمان المعاوضي مطلب آخر خارج عن محل كلامهم.

---

١) كتاب المكاسب ٢٨٣/٦، المشهور ثبوت الأرش والإستدلال عليه.

٢) كتاب المكاسب ٢٨١/٦، إذا كان الجزء التالف مما يقسط عليه الثمن.

قوله: وإن كان الجزء مما لا يقسط عليه الثمن[١] .. اه.

أقول: كون الأرش في الجزء أظهر منه في العيب من جهة أن الثمن يتقسط على الأجزاء، فينفسخ العقد الإنحلالي بالنسبة إلى الجزء، وإذا فرضنا أن الجزء مما لا يتقسط عليه الثمن، فلا وجه لأظهرية الأرش فيه.

والوجه في عدم تقسيط الثمن أن المبيع لو كان لحم الحيوان، فنقصان اليد مثلاً فيه نقص للجزء ويكون مما يقسط الثمن عليه.

وأما لو كان المبيع نفس الحيوان، فنقصان اليد عيب فيه. ولا يلاحظ اليد هنا جزءً للمبيع ليكون النقصان في جزء المبيع، وإلا فكل عيب ينشأ من نقصان جزء من الأجزاء.

[الإختلاف في ثبوت الأرش]

قوله: وإنما ثبت الرد لدفع تضرر المشتري[٢] .. اه.

أقول: قاعدة لا ضرر إنما يثبت به الخيار إذا صار الوفاء بنفس العقد ضررياً، فحينئذٍ يرفع وجوب الوفاء عن العقد، لا أصل صحته كما حقّق في محله، وهذا معنى ثبوت الخيار.

وأما إذا لم يكن نفس الوفاء /٨٣٦/ بالعقد ضررياً، بل إنما ورد الضرر بعد العقد على أحدهما، فلا وجه لاقتضاء قوله «لا ضرر» لثبوت الخيار هنا. كيف ومن هذه الجهة لا فرق بين ما قبل القبض وبعده.

فلو اقتضي الخيار فلابدّ أن يقتضيه ولو تلف بعد ألف سنة في يد المشتري، وهو واضح الفساد.

نعم، سيأتي أن أصل ثبوت الرد هنا إجماعي.

---

١) كتاب المكاسب ٢٨١/٦، إذا كان الجزء مما لا يقسط عليه الثمن.

٢) كتاب المكاسب ٢٨٢/٦، الخلاف في ثبوت الأرش فيه وعدمه.

قوله: واستدلوا عليه بأن الكل مضمون[١] .. اه.

أقول: فيه: أولاً إنه لو كان المراد مضمونية الأبعاض والصفات في ضمن مضمونية الكل، فهذا لا يترتب عليه المقصود.

ولو كان المراد أن ما دل على أن الكل إذا تلف يكون مضموناً، يدل على أنه لو تلف البعض أو الصفة يكون مضموناً، فهذا واضح البطلان.

ولا يخفى أن المصنف (ره) أيضاً معترف بعدم الدلالة. ومنه يقول بعد نقل صحيحة إبن سنان[٢]: إنه لا دليل على ضمان الوصف وتلفه من ملك البايع كنفس المبيع، فلابدّ أن يقتصر على مورد النص والإجماع وهو تلف الكل.

وأيضاً نقلنا في خيار العيب في مسألة أن العيب الحادث قبل القبض مانع عن الرد بالعيب القديم عن شرح الإرشاد[٣] /٨٣٧/ في بيع الحيوان من أن النص والإجماع في تلف الكل من أن ضمانه على البايع، لا العيب.

وعن الرياض[٤] قبل مسألة الربوي عن المبسوط[٥] والخلاف[٦] أن ضمان العيب ليس على البايع، بل الثاني ادعى الإتفاق عليه وأن الحلّي تبعه.

وثانياً يرد عليه ما ذكره المصنف (ره) بأن مضمونية الكل بمعنى رد ما قابله من الثمن. وهذا المعنى من الضمان ليس في الوصف، لعدم كونه مقابلاً لشيء من الثمن مع أنهم لا يقولون أيضاً برجوع شيء من الثمن، بل الأرش الذي يكون على البايع أداؤه أعمّ من أن يكون من عين الثمن أو غيره.

ثمّ إن المصنف (ره) تصدى للجواب عن هذا الإشكال بما حاصله: أن انفساخ

---

١) كتاب المكاسب ٢٨٣/٦، المشهور ثبوت الأرش والإستدلال عليه.

٢) الكافي ١٦٩/٥، باب الشرط والخيار في البيع.

٣) مجمع الفائدة والبرهان ٤٣٥/٨، عدم مانعية الحلب من رد الشاة المصراة.

٤) رياض المسائل ٢٧٦/٨ ـ ٢٧٧، لو حدث العيب بعد العقد وقبل القبض.

٥) المبسوط ١٢٧/٢، الإشارة إلى أن الخراج بالضمان.

٦) الخلاف ١٠٩/٣، لو حدث بالمبيع عيب في يد البايع.

العقد بالنسبة إلى الوصف بمعنى فواته في ملك البايع بأن يقدر العقد كأن لم يكن بالنسبة إلى حدوث هذا العيب، فكأنّ العيب حدث قبل العقد، والعقد قد وقع على عين معيبة.

وفيه: أولاً أن هذا التوجيه لا يصحّح المماثلة بين ضمان الكل والوصف في كون الضمان بمعنى التلف من مال البايع والرجوع بشيء من المثمن. وإنما يصحّح /٨٣٨/ كون تلف الوصف من مال البايع حكماً في الجملة.

وثانياً أن ارتكاب هذا التمحّل يناسب لو كان الدليل الدال على أن ضمان الكل على البايع دالاً على أن ضمان الوصف أيضاً عليه، وقد عرفت منعه.

ثم إنه ربما يستدل على أن ضمان الوصف على البايع بالمعنى المتقدم بوجهين آخرين:

في الوجوه التي يستدلّ لإثبات ضمان جزء المبيع على البايع

الأول ما نقلناه عن الموضع المشار إليه من شرح الإرشاد من التمسك بفحوى كون تلف العين على البايع.

وفيه: أنه لو أفاد ذلك شيئاً، فإنما يفيد الظن ومطلق الظن ليس بحجة.

الثاني ما نقله المصنف (ره) من صحيحة إبن سنان وهنا نقول بعد تسليم دلالته على كون ضمان العيب الحادث في زمان خيار الحيوان على البايع: إن التمسك به لكون العيب الحادث قبل القبض أيضاً على البايع يكون بأحد الوجهين:

الأول بالأولوية.

وفيه: مع أن الأولوية الظنية ليس بحجة، أنه لا يناسب دعواها في المقام أيضاً؛ لأنه لو كان الدليل دالاً على الضمان في كل خيار، كان للمشتري يناسب دعوى الأولوية، ولا يناسب /٨٣٩/ لو كان الدليل دالاً على الضمان في خصوص خيار

الحيوان.

الثاني أنه يشمل قبل القبض هنا فيلحق مطلق قبل القبض به. وفيه:

أولاً أن خيار الحيوان ثابت قبل القبض، فكون العيب على البايع قبل القبض للخيار، لا لكونه قبل القبض.

بل هذا الخبر يدل بمقتضى مفهوم الغاية أنه بعد انقضاء الخيار ليس الضمان على البايع حتى لو فرض انقضاء الخيار قبل القبض، فيدل على خلاف المقصود*.

هذا، إلا أنه سيأتي ـ إن شاء الله ـ أن ضمان الوصف على البايع بمعنىً آخر غير المعنى الذي كان في تلف العين يمكن تطبيقه على القاعدة.

---

*) ويورد في الرياض على الصحيحة بوجوه أخر:

منها أنه متروك الظاهر عن المستدلّ لدلالته على أن دخول المبيع في ملك المشتري إنما يكون بعد انقضاء الخيار لقوله «لا ضمان على المبتاع حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع له».

وفيه: مجرد اشتمال الخبر على ظاهر لا نأخذ به، لا يوجب سقوط الخبر عن الإعتبار. كيف، والخبر الذي لا يشتمل على ظاهر لا نعمل به لتقدم معارضاته في منتهى القلة.

ومنها أن المراد من قوله «أو حدث فيه حدث»، ليس حدوث العيب فيه، بل المراد موت الحيوان.

وفيه: مع قطع النظر من أن هذه العبارة لو لم تختص بالعيب، تشمله بالإطلاق، أنه في خصوص المقام لا يجوز أن يكون المراد منها الموت وإلا لا تصح المقابلة مع قوله «مات العبد أو نفقت الدابة».

ثمّ إن الضمان في حدوث العيب وتلف العين يكون مختلفاً حيث في الأول رجوع المشتري بالبايع بالأرش وفي الثاني بانفساخ العقد.

وعلى ما قلنا، فما ذكره في الخبر من أن الضمان فيهما على البايع، يكون المراد أن خسارة التالف على البايع وليس المراد من الضمان أن التلف في المثالين من مال البايع حتى يحتاج ذلك إلى التقدير الذي قال المصنف.

ثمّ لا يخفى أنه يأتي وجه رابع لإثبات كون ضمان العيب قبل القبض على البايع في شرح كلام العلامة مع جوابه؛ فانتظر. (منه قدس سره).

[المناقشة في ثبوت الأرش]

قوله: و[لو] لا الإجماع على جواز الرد[١] .. اه.

أقول: تقدم أنا منعنا دلالة قوله «لا ضرر» على هذا الخيار، إلا أن ثبوت الخيار هنا مسلم عندهم حتى أن الأردبيلي[٢] (ره) مع مناقشته على كثير من الإجماعات يتمسك لكون العيب الحادث قبل القبض موجباً للخيار للمشتري بالإجماع، كما أن المصنف (ره) / ٨٤٠/ وصاحبي الرياض[٣] والجواهر[٤] تجعلان ذلك مسلماً كما تقدم منا ذلك في خيار العيب*.

---

١) كتاب المكاسب ٢٨٥/٦، الإشكال في ثبوت الأرش.

٢) مجمع الفائدة والبرهان ٤٣٥/٨، عدم مانعية الحلب من رد الشاة المصراة.

٣) رياض المسائل ٢٧٦/٨ ـ ٢٧٧، لو حدث العيب بعد العقد وقبل القبض.

٤) جواهر الكلام ٢٩٦/٢٣، إذا حدث العيب بعد العقد وقبل القبض كان للمشتري رده.

* ***ذكرنا في الحواشي على الحواشي الرفالي (؟) لإثبات أن تعذر تسليم المبيع يوجب الخيار للمشتري بأن من الواضح أن تعذر التسليم عيب وهذا العيب حادث قبل القبض وكل عيب حادث قبل القبض موجب للخيار بالإجماع.***

ثم لو فرضنا عدم حصول القطع من الإجماع، فنقول: لا أقل من أن الظواهر الذي يدل على لزوم البيع من الظواهر التي يكون العلم الإجمالي على خلافها، بل قلنا: إن الظواهر التي في الكتاب والسنة ويكون الشهرة المعتبره على خلاف تلك الظواهر، فهنا يكون العلم الإجمالي على أن ما عليه المشهور في كثير من الموارد للواقع.

وهذا العلم الإجمالي يسقط ما كان من الظواهر في دائرة العلم الإجمالي عن الإعتبار.

وعليه نفي العيب الحادث قبل القبض لما كان الإجماع على أنه يوجب الخيار بكل دليل يدل على لزوم البيع مع فرض تحقق التلف قبل القبض، ساقط عن الإعتبار للعلم الإجمالي على خلاف الظواهر التي تدل على لزوم البيع في فرض حدوث العيب قبل القبض من الظواهر التي يكون العلم الإجمالي على خلافها.

وعليه فبعد عدم انحصار دليل صحة البيع بما دل على لزومه، يثبت الخيار.

إن قلت: إن مثل ﴿أحل الله البيع﴾ مما دل على صحته، أيضاً يدل على لزومه.

قلت: إقتضاء مثل ﴿أحل الله﴾ للزوم البيع من جهة إطلاقه، وهذا (غير بعيد؟) أن هذا الإطلاق أيضاً عن الإعتبار بواسطة العلم الإجمالي المشار إليه، إلا أن يقال بعد أن فرض الكلام أنا لا نتكل بنفس الإجماع لإثبات الخيار في المقام، بل نفرض ثبوت الخيار مشكوكاً.

في فساد وجه رابع ذكر لكون ضمان صفات المبيع على البايع وأن ضمان اليدي على القاعدة

قوله: وفيه: أن تدارك ضرر الصبر[١] .. اه.

أقول: ما نقله (ره) من العلامة ـ لو تمّ ـ يصير الأرش في تمام الخيارات التي مدركها الضرر على القاعدة[٢]، بل يتولد منه أحكام كثيرة، إلا أنه ليس بصحيح، لأنه ليس مقتضىٰ قوله ﷺ «لا ضرر» أن كل من يريد شيئاً لو ورد عليه الضرر، فلابدّ من أن يتدارك ضرره؛ بل مفاد قوله ﷺ «لا ضرر» ـ على ما حققناه ـ أنه يرتفع عن الضرر كل حكم يناسب أن يكون الضرر علة لرفعه.

وعلى هذا فإذا كان الوفاء بالعقد فيه الضرر، فيقتضي ذلك لأنه يرتفع عنه وجوب الوفاء، فيثبت الخيار كما تقدم. لكن في خصوص المقام لم يكن أصل

فحينئذٍ لا مانع بعد سقوط الظواهر التي يقتضي اللزوم عن الإعتبار من جهة العلم الإجمالي المشار إليه أن يتسمك لإثبات البيع باستصحاب الملكية الثابتة بنفس العقد بعد قول المشتري «فسخت».

نعم، لو تمسك بنفس الإجماع على ثبوت الخيار هنا ونقول: إن الإجماع في المقام لا أقل من أنه لكثرة الشواهد عليه يوجب الإطمئنان الذي يكون بناء العقلاء على الإتكال بمثله، بل يدلّ التعليل في مقبولة عمر بن حنظلة على اعتباره، فيرتفع الإشكال عن ثبوت الخيار في المقام.

هذا، مع أنه يمكن المناقشة على الإستصحاب الذي قلت إنه يثبت اللزوم بأن استصحاب الخيار الثابت حال المجلس مقدم عليه وكون علة حدوثه الخيار أولاً مغايراً لعله لبقاء الخيار غير مضر باستصحاب الخيار، وجميع الأدلة الإجتهادية المثبتة للزوم يكون المفروض أنها ساقطة عن الإعتبار من جهة الإجمالي المشار إليه التي تكون [كذا] على خلاف ظواهر بكون ظواهر المقام من أطراف تلك الإجمالي [كذا]؛ فتدبّر. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ٢٨٥/٦، الإشكال في ثبوت الأرش.

٢) مختلف الشيعة ١٨٢/٥، لو حدث عيب في المبيع قبل قبضه.

وجوب الوفاء بالعقد أيضاً ضررياً كما تقدم، إلا أن يقال أن الكلام هنا بعد الأخذ بما هو المسلم المجمع عليه عندهم من أن العيب الحادث قبل القبض يوجب الخيار، وأن مدرك ثبوت هذا الخيار أن ضرر تلف وصف الصحة قبل القبض يكون على البايع.

نعم، يرد على العلامة بعد ما ذكرناه: أولاً أنه لا مانع من بقاء الخيار بعد المعاوضة؛ غاية الأمر أنه بعد فسخ البيع وعدم إمكان رد الثمن مثلاً يرجع إلى عوضه من المثل أو القيمة.

ودعوى أن ذهاب خصوصيات العينية أيضاً ضرر، فاسدة مع أنه لو كان ذلك ضرراً، لا يجبر بالأرش أيضاً.

قوله: ومع ذلك فقول المشهور[1] .. اه.

أقول: قد تقدم أنه يمكن إثبات الضمان بقوله «**على اليد**».. اه، نظراً إلى أن العين التي مال المشتري وتكون بيد البايع من دون إذن المالكي ولا الشرعي، فيصير بمثل المغصوب في أن أبعاضه وصفاته ومنافعه تكون مضمونة /٨٤١/ كما تقدم الكلام فيه في المقبوض بالبيع الفاسد.

إن قلت: إن ضمان اليدي غير ما يقوله المشهور، بل قول المشهور هو الضمان[2] المعاوضي كنفس المبيع.

قلت: قد تقدم أنهم لا يقولون بانفساخ العقد في تلف وصف الصحة ولا برجوع شيء من الثمن، بل يقولون بلزوم الأرش على البايع ولو من غير المثمن. وهذا المعنى يمكن إثباته بقاعدة «**على اليد**»*.

---

١) كتاب المكاسب ٢٨٥/٦، الأقوى قول المشهور.

٢) في المخطوطة: ضمان.

*) *يعني في صورة لم يكن بقاء المبيع في يد البايع على وجه الإباحة بإذن من المشتري، فيكون مال*

[لو كان التعيّب بغير آفة سماوية]

قوله: وأما لو تعيب بفعل أحد[١] .. اه.

أقول: ما ذكروه من ثبوت الخيار للمشتري أو لزوم الأرش على البايع مورده التلف، لا الإتلاف بل تقدم أن قاعدة «**كل مبيع تلف**».. اه بالنسبة إلى نفس المبيع أيضاً مجراها التلف، لا الإتلاف، كما أن ما نقل عن التذكرة[٢] في ضمن فرع «ما لو أكلت الشاة ثمنها المعين».. اه أيضاً شاهد على أن حكم تلف العين قبل القبض غير جارٍ في الإتلاف.

فبالنسبة إلى الإتلاف في نفس العين أو صفاته لابدّ من أن يعمل على طبق ما يقتضيه الإتلاف واليد.

في أن بيع المبيع قبل القبض إذا كان مكيلاً أو موزوناً مكروه أوحرام وفاسد

/ ٨٤٢/ قوله: مسألة: الأقوى من حيث الجمع بين[٣] .. اه.

أقول: ما كان من الأخبار مشتملاً على النهي عن البيع قبل القبض أو قبل الكيل أو الوزن، بناءً على أن الكيل أو الوزن محقق للقبض، لا أن يكون مغايراً له، إلا أن نعتبره زائداً على القبض، كصحيحة إبن حازم[٤] ورواية معاوية بن وهب[٥] وخبر

الغير بيده، لا بإذن من الشرع ولا بإذن المالك، فيكون مضموناً عليه بجميع خصوصياته كالمغصوب، بل هو عينه. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ٢٨٥/٦، لو كان التعيب بغير آفة سماوية.

٢) تذكرة الفقهاء ١١٧/١٠ ـ ١١٨، حكم ما لو تلف بعض المبيع قبل القبض بآفة سماوية وأقسام ذلك.

٣) كتاب المكاسب ٢٨٦/٦، مسألة: حرمة بيع المكيل والموزون قبل قبضه.

٤) من لا يحضره الفقيه ٢٠٦/٣، باب البيوع، ح ٣٧٧٢، والرواية هي: «روى منصور بن حازم عن

حزام[٦]، فيكون دالاً على مقصود المصنف (ره) في الجملة؛ لأن حمل النهي على الكراهة خلاف الظاهر؛ لأن النهي ظاهر في التحريم وفي خصوص النهي المتعلق بأصل المعاملة، لا لأمر خارج كالنهي عن البيع وقت النداء كما في المقام يحمل النهي على الإرشادية بالقرينة العامة، كما شرحناه في مسألة النهي في العبادات، فيدل على الفساد.

وسيأتي عن المصنف (ره) قبل التنبيهات أنه ينقل عن القواعد أن محل النزاع في مسألتنا أيضاً في الصحة والفساد، لا الحرمة التكليفية.

ودعوى أن النهي يقتضي الحرمة والفساد فاسدة بما أوضحته في محله من أن النهي لو لم يصرف عن مقتضىٰ وضعه، فلا يفيد إلا التحريم، وهو لا ينافي الصحة في المعاملات، وإن حملناه على الإرشادية بالقرينة العامة المشار إليها، فلا يدل إلا /٨٤٣/ على الفساد.

وأما ما كان من الأخبار التي تمسك بها المصنف (ره) دالاً مفهوماً أو منطوقاً على أن البيع قبل القبض لا يصلح أو أن فيه البأس كجلّ الأخبار التي تمسك بها في المقام، فلا يدل على الفساد ولا على الحرمة، بل يجوز دعوى ظهورها في الكراهة، فيصير موهناً للطائفة الأولى التي اعترفنا بدلالتها على مقصوده، مع

أبي عبدالله عليه السلام قال: إذا اشتريت متاعاً في كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه، فإن لم يكن فيه كيل ولا وزن فبعه؛ يعني أنه يوكل المشتري بقبضه».

٥) تهذيب الأحكام ٣٥/٧، باب بيع المضمون، ح ٣٤، والرواية هي: «عنه عن علي بن النعمان عن معاوية بن وهب قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن يوليه الذي قام عليه».

٦) الأمالي للشيخ الطوسي: ٣٩٩ ـ ٤٠٠، المجلس الرابع عشر، ح ٣٩، والرواية هي: «أخبرنا حمويه، قال: أخبر الهزاني، قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا مسدد بن سرهد، قال: حدثنا أبو الأحوص، قال: حدثنا عبدالعزيز بن رفيع، عن عطاء بن أبي رباح، عن حزام بن حكيم بن حزام [عن أبيه] قال: ابتعت طعاماً من طعام الصدقة فأربحت فيه قبل أن أقبضه، فأردت بيعه، فسألت النبي صلى الله عليه وآله فقال: لا تبعه حتى تقبضه».

الغمض عن الأخبار الدالة على الجواز التي يأتي الكلام فيها ويكون دليلاً على القول المشهور وهو كراهة البيع قبل القبض.

هذا؛ مضافاً إلى أن الصحيحة الأخري التي نقلها عن الفقيه مشتمل على أنه لا بأس ببيع البر قبل القبض مع أن البر هو القدر المتيقن مما يكون محل النزاع*، ومضافاً إلى أن معظم الأخبار التي يتمسك للحرمة، يكون مشتملاً على استثناء التولية، وليس التفصيل بين التولية وغيرها معنوناً في كلام القوم إلا من نادر منهم.

وفي ذلك تأييد لكون الأخبار المفصلة بين التولية وغيرها غير معمول به عند الأصحاب.

والمصنف (ره) تارة يجعل ذلك دليلاً على أن النهي كان للحرمة، فلا ينافي استثناء التولية مع ثبوت الكراهة فيها مسلماً، بخلاف ما لو حمل النهي على الكراهة، فلابدّ من أن تقول بعدم الكراهة أيضاً في التولية ولم يقل به أحد /٨٤٤/ وإن قال بعض: إنه أقل كراهة.

وتارة يقول بأن في التذكرة[1] أو التحرير[2] نقل قولاً بالتفصيل بين التولية وغيرها كراهة أو حرمة.

ونحن نقول: عدم قول العلماء بنفي الكراهة في التولية ليس دليلاً على أن النهي في الأخبار كان للحرمة من وجوه.

وأما صيرورة الأخبار موهونة لعدم التفصيل، ففي محله.

ومجرد قول بعض بالتفصيل لا يرفع الإستبعاد؛ لأن معظم الأخبار في مقام التفصيل، فلابدّ من أن يكون فتوى الأصحاب كلاً أو جلاً كذلك.

---

*) ***إلا أن يقال: إن كون النتيجة هو البر (بالراء المهملة) لا يناسب مع ذيل الخبر، بل لابدّ أن تكون النتيجة هو البز بالراء المعجمة، وهو الثوب، ومنه البزاز. (منه قدس سره).***

١) تذكرة الفقهاء ١٢٠/١٠، المطلب الثاني: في التصرفات، بيان الأقوال في بيع ما لا يقبض.

٢) تحرير الأحكام ٣٣٨/٢، الفصل الثالث: في التسليم.

ومجرد قول نادر بالتفصيل، لا يكفى في هذا المقام.

وتمام الكلام في ذلك يأتي عند التعرض لأدلة المجوزين ـ إن شاء الله تعالى ـ.

[الاستدلال بما في الفقيه في ذيل رواية الكرخي]

قوله: مثل ما في الفقيه[١] في ذيل رواية الكرخي[٢].. اه.

أقول: لا إشكال في ظهور هذا الخبر في جواز البيع قبل القبض مطلقاً، كرواية جميل. وفي الجواهر[٣] ينقل للخبر الأول ذيلاً آخر يكون دالاً على المقصود أيضاً.

ثمّ إن مناقشة المصنف (ره) على هذه الأخبار تارة بأن حمل أخبار الجواز على التولية أولى من حمل النواهي السابقة على الكراهة كما يقوله المشهور، ولعل وجه الأولوية أن التقييد أولى من المجاز.

وفيه: أن تقييد ما ورد في مطلق البيع على خصوص التولية التي من الأفراد النادرة للبيع، حمل ركيك؛ بل يكون آبياً عن فهم العرف وإن كان من التقييد.

وهذا بخلاف حمل النهي على الكراهة، فإنه شايع /٨٤٥/ بل يكون أكثر من

---

١) من لا يحضره الفقيه ٣/٢٠٩، باب البيوع، ح ٣٧٨٠، والرواية هي: «روي عن خالد بن حجاج الكرخي قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أشتري طعاماً إلى أجل مسمى فيطلبه التجار مني عبد ما اشتريته قبل أن أقبضه.

قال: لا بأس أن تبيع إلى أجل كما اشتريته وليس لك أن تدفع أو تقبض.

قلت: فإذا قبضته ـ جعلت فداك ـ فلي أن أدفعه بكيله؟

قال: لا بأس بذلك إذا رضوا. وقال عليه السلام: كل طعام اشتريته من بيدر أو طسوج فأتى الله ـ عزّ وجلّ ـ عليه فليس للمشتري إلا رأس ماله، ومما اشترى من طعام موصوف ولم يسم فيه فرية ولا موضعاً فعلى صاحبه أن يؤديه.».

قال: وقلت لأبي عبدالله عليه السلام: أشتري الطعام من الرجل ثم أبيعه من رجل آخر قبل أن أكتاله فأقول: أبعث وكيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته.

قال: لا بأس.

٢) كتاب المكاسب ٦/٢٨٩، القول بالكراهة جمعاً بين الروايات.

٣) جواهر الكلام ٢٣/١٦٤ ـ ١٦٥، جواز بيع المتاع الذي لم يقبضه.

استعماله في الحرمة مع أن ما دل على أن البيع قبل القبض فيه البأس أو أنه لا يصلح، وهو معظم أخبار الباب يكون مؤيداً لهذا الحمل، بل لهذا الحمل شاهد من الأخبار، وهو بنفسه دليل على حمل النواهي على الكراهة وهو خبر أبي بصير، نظراً إلى أن قوله «لا تعجبنى» ظاهر في الكراهة، فيدل على الجواز ويصير دليلاً على حمل النواهي على الكراهة.

وعرفت أن حمل أمثال ذلك على خصوص التولية غير مناسب.

هذا، مضافاً إلى ما تقدم من موهونية الأخبار الدالة على النهي على البيع قبل القبض.

ثمّ إن الأخبار التي يذكرها المصنف (ره) هنا للقول بجواز البيع قبل القبض لو لم يكن سندها سليماً حتى نقول بما قلناه، فحينئذٍ نقول: إنه ينقل في الجواهر[1] للقول بجواز البيع الخبرين الصحيحين المشتملين على التعليلين لجواز بيع شيء بعد ما يشتريه في أحدهما «لا بأس بذلك إنما البيع بعد ما اشتريته» وفي ثانيهما «لا بأس إنما تشترى بعد ما اشتريته».

ولعل نظر المصنف (ره) في عدم نقله لهذين الصحيحين إلى أن إطلاقهما وارد مورد حكم آخر، نظراً إلى أنهما بصدد بيان عدم المانع من البيع ثانياً بعد الشراء وأن المانع في بيع شيء قبل شرائه، كما كان هذا متعارفاً، فليس بصدد بيان مانع آخر غير الشراء بالنسبة إلى البيع الثاني حتى يرتفع احتمال /٨٤٦/ اعتبار القبض في رفع الحرمة.

لكن فيه: أن في كل واحد من التعليلين ظهور في أنه لا مانع بوجه من البيع بعد نفس الشراء. وتقييدهما بخصوص التولية أوضح فساداً من حمل الأخبار السابقة عليه.

---

١) جواهر الكلام ١٦٥/٢٣، جواز بيع المتاع الذي لم يقبضه.

في ترجيح قول المشهور من أن بيع المبيع قبل القبض مكروه، لا حرام وفاسد وأنه لا يختص بالطعام

وعلى هذا نقول: إن حمل الأخبار الناهية عن البيع قبل القبض على الكراهة أولى من التصرف في هٰذين الصحيحين بعد شيوع استعمال النهي في الكراهة، سيما بعد أن النواهي كان فيها ما كان فيه الإشعار بالكراهة ـ كما تقدم ـ، وتقدم وهن النواهي من حيث السند مع أن للقول بالجواز مؤيدات أخر ذكر بعضها في المتن.

هذا، مع أنه لو لم نقل بتعين التصرف في النواهي، فلا أقل من أنه لا ترجيح لأحدهما، وفي مثل المقام ـ على ما ذكرناه في باب التعادل والترجيح ـ يكون المرجع العمومات أو الأصول حيث إنهما ليسا في عرض المتعارضين لتتساقطا. فحينئذٍ صحة المعاملة بالعمومات وجوازها بأصالة البراءة عن الحرمة.

[الحكم في غير المكيل والموزون]

قوله: الإجماع على الجواز في غير المكيل[1].. اه.

أقول: على القول بعدم الجواز في أصل المسألة نقول: لم يشمل شيء من الأخبار لغير المكيل والموزون، وعلى فرض شمول بعض الأخبار لهما نقول: يخصص العموم بما في صحيحة /٨٤٧/ ابن حازم وغيره من أنه إن لم يكن فيه كيل أو وزن، فبعه.

---

١) كتاب المكاسب ٢٩١/٦، الحكم في غير المكيل والموزون.

[بيع المكيل والموزون قبل القبض]

قوله: ثمّ إن المحكي عن مهذب[١][٢].. اه.

أقول: تقدم أنا أيّدنا وهنِ الأخبار المفصّلة بين التوليه وغيرها، وأن مجرد قول بالتفصيل بينهما لا يرفع الوهن.

ثمّ إن المصنف (ره) في مقام بيان نقل القول بالتفصيل بين التولية وغيرها قال: أولاً إن التفصيل حكاه في التذكرة[٣] قولاً خامساً ولكن لم ينقل التفصيل في الأقول التي ينقلها عن التذكرة إلا أنه قال بعد نقل كلام التذكرة وهناً سادساً اختاره في التحرير[٤]، فنقل التفصيل عن التحرير، ففي عبارته اختلال.

قوله: والمراد بالطعام[٥].. اه.

أقول: لا وجه لتخصيص الحرمة أو الكراهة بالطعام بعد أن بعضاً من الأخبار المعتبرة مشتمل على مطلق المكيل والموزون، وليس فيما ورد في خصوص الطعام مفهوم ينفي الحكم عن غير الطعام.

وفي هذا الفرض يؤخذ بأعم العناوين، فلا حاجة لنا على تعيين معنى الطعام.

---

١) مهذب البارع ٤٠٠/٢ ـ ٤٠١، الرابع: في الشروط.

٢) كتاب المكاسب ٢٩٢/٦، أقوال خمسة في بيع المكيل والموزون قبل القبض.

٣) تذكرة الفقهاء ١٢٠/١٠، المطلب الثاني: في التصرفات، بيان الأقوال في بيع ما لا يقبض.

٤) تحرير الأحكام ٣٣٨/٢، الفصل الثالث: في التسليم.

٥) كتاب المكاسب ٢٩٣/٦، قول سادس اختاره في التحرير.

[فروع مسألة بيع المبيع قبل القبض]

في فروع مسألة بيع المبيع قبل القبض من جريانه في الثمن أو الكلي وأن محل النزاع التكليفي أو الفساد

ثم على فرض ثبوت الحكم لخصوص الطعام /٨٤٨/ فنقول يؤخذ بأخص المعاني التي ذكر له، إلا أن يقوم شاهد معتبر يعتني به العقلاء على فساد مدركه على ميزان ذكرنا عند التعرض لحجية قول اللغوي.

[الفرق بين كون المبيع شخصياً أو كلّياً]

قوله: ثمّ إن الظاهر إلى قوله: مختص بـ[المبيع][1] الشخصي[2].. اه.

أقول: بعض الأخبار ظاهر في الشخصي وبعضها وإن كان مطلقاً، إلا أن المتيقن منها في نظر العرف أيضاً هو الشخصي بحيث يمنع ذلك من جريان مقدمات الحكمة للتعميم.

هذا، مع أن ما نقله عن التذكرة من أنه ذكر الكلي في فروع المسألة شاهد على أن محل الكلام في الشخصي وتصدى لإلحاق الكلي به.

---

١) الزيادة من المصدر.

٢) كتاب المكاسب ٢٩٤/٦، عدم الفرق بين كون المبيع شخصياً أم كلياً.

قوله: ثمّ إن ظاهر أكثر الأخبار[١] .. اه.

أقول: تقدم أنا على فرض عدم حمل الأخبار على الكراهة استظهرنا الفساد لحمل النهي المتعلق بالبيع على الإرشاد إلى الفساد، بل يمكن القول بالفساد ولو قلنا بأن النهي للتحريم.

وذلك لا من جهة دعوى دلالة النهي على الحرمة /٨٤٩/ والفساد، لأنا قلنا ببطلانه، بل من جهة أنه إذا أثبتنا الحرمة، فنثبت الفساد بالملازمة الشرعية بين الحرمة والفساد حيث إنا أثبتنا هذه الملازمة في الجملة في آخر مسألة النهي في العبادات ببعض الأخبار، مثل التعليل بأنه «**لم يعص الله وإنما عصى سيده**»[٢] وغيره؛ فراجع.

في فروع مسألة بيع المبيع قبل القبض وأنه لا يجري حكمه فيما لوكان أحد طرفيه غير البيع وبعض المؤيدات للمشهور

قوله: الأول: ظاهر جماعة[٣] .. اه.

أقول: على القول بتحريم بيع المبيع قبل القبض لا يجري ذلك في الثمن، لعدم تعرض الأخبار له وإذا لم تثبت الحرمة، فيكفي في صحة بيع الثمن قبل القبض عمومات المعاملات، ويكفي في رفع احتمال حرمة هذا البيع أصالة البراءة، فلا حاجة لإثبات جواز بيع الثمن قبل القبض أن نتمسك بالخبر المنقول عن التذكرة[٤] ليورد بعد الغمض عن السند بأنه إنما يدل على الجواز لو جعل الثمن مبيعاً، لا ما لو

---

١) كتاب المكاسب ٢٩٤/٦، هل المنع تكليفي أو وضعي؟

٢) الكافي ٤٧٨/٥، باب المملوك يتزوج بغير إذن مولاه، ح ٣.

٣) كتاب المكاسب ٢٩٥/٦، التنبيه على أمور.

٤) تذكرة الفقهاء ١٢٣/١٠، حكم الإستبدال عن الثمن لو كان ديناً.

جعل ثمناً.

/ ٨٥٠/ **قوله: الثاني: هل البيع كناية**[١] .. اه.

أقول: تقدم أن بيع المبيع قبل القبض يكون مكروهاً ـ كما عن المشهور ـ، لا حراماً وفاسداً كما قاله المصنف (ره).

ثم على مختار المصنف (ره) أيضاً لابدّ من أن يقتصر في الحكم بالحرمة أو الفساد على خصوص المتيقن الذي ادعي ثبوت حرمة أو فساده بالنص لما تقدم أن كلاً من الحرمة والفساد على خلاف الأصل؛ لأن احتمال الحرمة يرتفع بأصالة البراءة واحتمال الفساد يرتفع بالعمومات المقتضية لصحة المعاملات.

وعلى هذا نقول: الذي دلّت الأخبار على المنع منه بيع المبيع قبل القبض، فلا يشمل بيع الثمن قبله ـ كما تقدم الكلام فيه ـ ولا نقل المبيع قبل القبض بغير البيع كما هو محل الكلام هنا.

ونقل المصنف (ره) شدة اختلاف كلمات العلماء هنا، والتعليل الذي نقل سابقاً عن العلامة لعدم جواز بيع المبيع قبل القبض بضعف ملكية المشتري وأن مقتضىٰ القول بعدم جواز نقله بغير البيع أيضاً، إلا أنه على ما نقل عنه هنا لم يلتزم هنا بعدم الجواز. وكذلك لا يشمل بيع ما انتقل بغير البيع من المعاوضات، فلا مانع /٨٥١/ من بيعه قبل قبضه ـ كما سيأتي في كلام المصنف (ره) ـ ولم ينقل فيه خلافاً.

نعم، لو انتقل المبيع قبل القبض إلى أحد بميراث أو غيره ثم يريد المالك الجديد أن يبيعه قبل القبض، فقد يدّعى بشمول ما دل على المنع من بيع المبيع قبل القبض له أيضاً وهو مشكل؛ فتأمل.

قوله: الثالث: بل المراد من البيع النهي عنه[٢] .. اه.

---

١) كتاب المكاسب ٢٩٦/٦، الثاني: هل يختص هذا الحكم بالبيع أو يعمّ مطلق الإستبدال؟

٢) كتاب المكاسب ٢٩٩/٦، الثالث: هل المنهي خصوص إيقاع البيع على ما لم يقبض أو يعمّ

أقول: لو عين المشتري ما باعه على ذمته في المبيع قبل القبض الذي اشتراه فيصدق عليه أنه باع المبيع قبل القبض كما يصدق بيع أم الولد لو عين الأمة التي باعها كلياً في أم الولد، فيشمل بعض الأخبار التي نهى عن بيع المبيع قبل القبض له باعتراف المصنف (ره) وهي الطائفة التي لم تشتمل على استثناء التولية.

وعلى هذا فصحيحة يعقوب بن شعيب التي دل على جواز مثل ذلك يصير مؤيداً لما رجحناه في أصل المسألة من أنه لا حرمة ولا فساد؛ لأن هذا الفرع أيضاً من أفراد مسألتنا وهذه الصحيحة ليس لها معارض يقاومها باعتراف المصنف (ره).

فيما لو عيّن ما باعه كلياً في المبيع قبل القبض الذي يكون كلياً وأنه لا يجري حكم مسألتنا فيه

قوله: وأما إذا وكله في شراء الكلي[1].. اه.

/٨٥٢/ **أقول**: في الفرع السابق كان الكلام في حكم ما لو عين البايع ما باعه كلياً في المبيع قبل القبض في صورة كان ذلك البيع شخصياً. وهنا يكون الكلام فيما لو عيّن ما على ذمته بالبيع من البيع في المبيع قبل القبض إذا كان كلياً. فهل تجري الحرمة أو الكراهة اللتان كانتا في بيع المبيع قبل القبض فيه أم لا؟

وهنا نقول: أما لو اعتبرنا في جريان حكم بيع المبيع قبل القبض أن يكون نقل المبيع بالبيع، لا بسائر المعاوضات ـ كما رجحناه سابقاً ـ، فحينئذٍ نقول: ليس نقل المبيع في مسألتنا بالبيع، كما أن المصنف (ره) في ذيل كلامه بعد الرد على

تشخيص الكلي به؟

١) كتاب المكاسب ٣٠١/٦، إذا كان ما يشتري لإقرار البيع عليه كلياً، فهل يدخل في محل الخلاف أم لا؟

صاحب المسالك اعترف بذلك.

وأما لو قلنا بأن نقل المبيع قبل القبض بسائر المعاوضات غير البيع أيضاً يكون حراماً أو مكروهاً، فقد يمنع جريان الحرمة أو الكراهة في مسألتنا، كما نقله المصنف (ره) من جماعة ممّن تأخر عن العلامة، نظراً إلى أن تعيين /٨٥٣/ الكلي الذي كان على ذمة البايع بالبيع في المبيع الكلي الذي يشتريه المشتري من الحوالة، والحوالة ليست معاوضة، فضلاً من أن تكون بيعاً، بل هي استيفاء.

وناقش المصنف (ره) عليهم بأن تعيين ما في ذمة البايع في المبيع الكلي إما وكالة وإما حوالة، وعلى كل تقدير يمكن تعميم محل الخلاف لمطلق المعاوضة ويكون البيع كناية عنها.

أقول: يرد على المصنف (ره):

أولاً أن تعميم محل الخلاف لمطلق المعاوضة خلاف الحق وخلاف مختاره سابقاً؛ لأنه تقدم أن نقل المبيع قبل القبض بغير البيع لا مانع فيه.

[إثبات كون الحوالة معاوضة]

وثانياً نقول: دعوى تعميم محل الخلاف لمطلق المعاوضة لا ينفع في رد الجماعة حيث قالوا: إن الحوالة ليست معاوضة أيضاً، والمناسب في ردهم بعد التعميم المذكور وإن ما نحن فيه من الحوالة، إثبات كون الحوالة معاوضة كما يتصدى له بعد التعرض للخبر الذي ينقل عن الحدائق[1] أنه تمسك به للجواز.

وثالثاً أن الترديد في أن ما نحن فيه وكالة أو حوالة لا وجه له؛ لأنه ليس هنا شيء واحد يكون النزاع في حقيقته /٨٥٤/ نظير الحوالة التي كان الشراع في أنه معاوضة أو استيفاء، بل للمشتري* أن يوكّل الغريم في القبض عن الإذن لنفس

---

١) الحدائق الناضرة ١٨١/١٩، في بيع ما يكال أو يوزن قبل قبضه.

*) *للبايع. (منه قدس سره).*

المشتري، ثم يقبض لنفسه، كما أن له أن ينقل ما له على ذمة الغريم إلى الغريم بإزاء ما كاله عليه فيكون حوالة كما ستأتي الإشارة إليه من المصنف قبل التنبيه الرابع.

في فروع بيع المبيع قبل القبض وأن ما نقله عن الحدايق من الخبر دليل منع الحرمة والكراهة

وإذا عرفت ذلك، فنقول: أما لو وكّله في القبض ثم الإقباض لنفسه، فليس من بيع المبيع قبل القبض.

نعم، فيه كلام آخر من جهة أنه يلزم فيه صيرورة شخص واحد قابضاً ومقبضاً. وسيأتي من المصنف (ره) أنه لا مانع فيه؛ لأن التعدد الإعتباري كافٍ كتولي شخص واحد لطرفي العقد.

وأما لو أحاله، فهنا نقول: إن الحوالة لو كانت معاوضة ليست بيعاً كما تقدم، وسيوضح.

وفي الجواهر[1] أنه يدعي الإجماع عليه.

وعلى هذا نقول: تقدم أن نقل المبيع قبل /٨٥٥/ القبض بغير البيع لا مانع فيه*.

---

١) جواهر الكلام ٢٣/١٧١ ـ ١٧٢، جواز بيع ما ملكه بغير ابتياع وإن لم يقبضه.

*) ***لا يخفى أن ما تعلق به النهي هو نقل المبيع قبل القبض بالبيع، بل بلاواسطة بأن لا يجعل أولاً صداقاً. ثم ينقل بالبيع كما تقدم؛ بل النهي في صورة كان المبيع شخصياً كما تقدم أنه المتيقن من الأخبار.***

ثمّ إن ما نقل عن الشهيد وجعله من لطائف الفقه يكون مقصودة أنه يوجد مصداق هذا الأمر المتيقن من النهي عن البيع قبل القبض في المقام بدعوى أن مورد السلم لما كان ماهية كلية ثابتة في الذمة، منطبقة على أفراد لا نهاية لها. فأي فرد عينه المسلَم إليه بشخص ذلك الفرد وأنصب العقد عليه.. إلخ.

وعن المسالك أنه أورد عليه بأن الأمر الكلي يتحقق في ضمن الأفراد الخاصة، لكنها ليست

عينه.

ومن ثم لو ظهر المدفوع مستحقاً للغير ومعيباً، رجع الحق إلى الذمة.

ومن هنا قالوا: إن الأمر بالكلي ليس أمراً بشيء من جزئياته وإن لا يتحقق إلا بها.

وفي الجواهر: أن ما في المسالك [مسالك الأفهام ٢٥١/٣، لو دفع إليه مالاً وقال: إشتر به طعاماً] يقتضي الفرق بين المبيع المعين وغير المعين، أي الكلي، لا أنه يقتضي أنه أي الفرد الذي يعين للكلي غير مبيع.

ولم يدّع الشهيد ولا غيره أنه عين المبيع أولاً وبالذات، بل صار بعد التعيين مبيعاً. ولا ينبغي إنكار صدق وصف الكلي على الشخص المدفوع عنه في البيع والإجارة وغيرهما، وقد صرح الأصحاب في غير المقام كالإجارة والصرف، والعرف شاهد عليه.

ثمّ إن في الجواهر سلّم جريان ما استصوبه عن الشهيد فيما لو كان البيع الثاني الذي يجعل مبيعه قبل القبض مصداقاً للسلم الذي كان هو البيع الأول كما في المسألة السابقة وكذلك جريانه في مسألتنا أيضاً في صورة وكله في قبض ما اشتراه له سلماً لنفسه.

نعم، هنا يجري الإشكال: تولي الواحد طرفي القبض إذا أراد قبضه لنفسه بعد القبض عن موكله، يعني يحصلان بقبض واحد ولا يستصوب جريان ما ذكره الشهيد في المقام في الذي تشخص بعقد الحوالة؛ لأنه قد يمنع صدق المسلم عليه؛ إذ هي عقد مستقل يحصل به ملك ما في الذمة ولا ينصب عقد السلم عليه.

أقول: يظهر من المصنف أيضاً ما نقلناه عن الجواهر حيث إنه في آخر كلامه يقول: الأظهر في وجه إدخاله في محل الخلاف تعميم مورد الخلاف لمطلق الإستبدال حتى المحقق بالحوالة، ويصرح قبل ذلك بجريان كلام الشهيد في الجزئي بكلا شقيه الذي نقلناه عن الجواهر.

ثم أقول: بل يتوقف جريان مورد الخلاف في فرض الحوالة ـ مضافاً إلى ما ذكره المصنف ـ على دعوى أن الحوالة معاوضة، لا استيفاء، بل وعلى دعوى أن النهي عن بيع المبيع قبل قبضه يشمل لصورة كان المبيع كلياً أيضاً؛ لأن الذي ينقل في الحوالة هو الكلي الثابت في الذمة، مع أنه تقدم أن المتيقن من الأخبار هو الشخصي، ففي صورة الحوالة لا يجري النهي بعد تسليم ما تقدم والغمض عما يأتي.

ثم في صورة كان البيع الثاني شخصياً الذي تقدم تسليم الجواهر والمصنف جريان كلام الشهيد فيه نقول: تقدم أن مقتضى الجمع بين الأخبار الواردة فيه عدم كونه منهياً عنه، بل هذا جريان النهي في فرض التوكيل في مسألتنا التي سلّما جريان كلام الشهيد فيه.

قوله: ويمكن أن يقال: إن ظاهر[١] .. اه.

أقول: لا مانع من التمسك بالخبر المنقول عن الحدايق من دون هذا البيان، مع أنه لا ينفع في إثبات المقصود.

أما الأول فلأن الخبر بمقتضى العموم المستفاد من ترك الإستفصال يشمل ما لو كان الدين الثابت أولاً سلماً كما أن تمسك العلامة في التذكرة[٢] على جواز إيفاء القرض بمال السلم مبني على هذا العموم المستفاد من ترك الإستفصال، وإلا لم يكن في الخبر ما يدل على أن الدين الثابت عليه كان عن القرض.

وأما الثاني فمع توقفه على تسليم أن الحوالة ليست استيفاء، بل معاوضة، أن مجرد التمليك بالعوض ليس بيعاً ما لم يكن بقصد عنوان البيع ولو بلفظ مجازي، لا عرفاً ولا عند الفقهاء. وفي المقام لو قصد عنوان المبيع، يخرج عن كونه حوالة وبدونه ليس بيعاً.

ومنه ينقل في الجواهر[٣] في كتاب الحوالة الإتفاق على أنها ليست بيعاً.

قوله: نعم، لوكان ما عليه سلماً[٤] .. اه.

أقول: ما ذكره في ترجيح ما قاله في القواعد[٥] والتحرير[٦] ما ذكره في جامع

بل نقول في فرض التوكيل: لو وكله في القبض عن الموكل أولاً، ثم القبض عن نفسه، فيخرج عن بيع المبيع قبل القبض رأساً. وأما لو وكله في القبض عن نفسه ابتداءً بحيث يصير قابضاً ومقبوضاً منه بفعل واحد، فهذا بنفسه محل الإشكال لو لم نقل بدلالة صحيحة يعقوب بن شعيب على صحته، كما يلوح من الجواهر. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ٣٠٥/٦، ما استدل به في الحدائق على الجواز في المسألة والمناقشة فيه.

٢) تذكرة الفقهاء ٣٦٨/١١، حكم حوالة الطعام المقترض على مال السلم وبالعكس.

٣) أنظر: جواهر الكلام ١٧٨/٢٣، صحة الشراء لو دفع إليه مالاً وقال: إشتر به طعاماً لي.

٤) كتاب المكاسب ٣٠٦/٦، ما استدل به في الحدائق على الجواز في المسألة والمناقشة فيه.

٥) قواعد الأحكام ٨٧/٢، حكم التسليم ووجوبه.

المقاصد[٧] مبني على ما تقدم من أن بيع المبيع قبل القبض مورد المنع، دون /٨٥٦/ بيع الثمن قبل القبض، وكذلك النهي عن جعل المبيع مبيعاً ومعوضاً في معاملة أخرى، كما تقدم.

في تمامية الخبر المنقول عن الحدائق في جواز الحوالة في مسألتنا

وعلى هذا نقول بعد تسليم صحة ما ذكره المصنف في رد جامع المقاصد: إن أصل كلامه لابدّ من أن يكون مع قطع النظر عن الخبر السابق الدال على الجواز في بيع المبيع قبل القبض في الكلي مطلقاً.

وأيضاً مبني على أن يكون المنع سارياً في نقل شبه المبيع أيضاً، وإلا فقد تقدم أن الحوالة ليست بيعاً.

توضيح المقام: أن الحوالة على القول بكونها معاوضة، لا إستيفاء، تمليك ما في الذمة بما في الذمة وليست بيعاً، فلا مانع فيه، تارة من جهة ما تقدم أن المتقين من النهي عن بيع المبيع قبل القبض هو البيع الشخصي، وهنا يكون تمليك الكلي بالكلي.

وتارة من جهة أن الحوالة ليست بيعاً بعد تسليم كونه معاوضة.

وتارة من جهة أنه تقدم أنا قلنا بتمامية دلالة الموثقة على جواز الحوالة في السلفين، لكن هنا نتكلم لتوضيح كلام المصنف مع جامع المقاصد على أن المانع عن شمول النهي عن البيع قبل القبض في المقام منحصر بأحد الأمرين:

أحدهما أن يكون المال الذي يملكه المحيل غير المبيع، كالدين الثابت من جهة

---

٦) تحرير الأحكام ٣٣٩/٢، الفصل الثالث: في التسليم.

٧) جامع المقاصد ٣٩٩/٤، حكم الإحالة بالطعام على من له عليه مثله.

القرض.

وثانيهما أن يكون ذلك الدين من السلف حتى يكون مبيعاً، إلا أنه نقول: إن النهي عن بيعه قبل القبض يكون المراد جعله مبيعاً في مقام نقله قبل القبض أو جعله معوضاً حتى يكون شبيها يجعله مبيعاً، دون ما لو نقله قبل القبض ولو بصيغة البيع، لكن /٨٥٧/ تجعله ثمناً وعوضاً، لا معوضاً.

فإن النهي عن البيع قبل القبض لا يشمل ذلك كما يظهر ذلك من جامع المقاصد في كثير من كلماته، بل المصنف في أول التنبيه الثاني أشار إليه.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: عن القواعد[١] والتحرير[٢] والشرايع[٣] لو كان المالان أو المحال به قرضاً صح، أي الحواله.

وفي جامع المقاصد[٤]: الأولى أن يقول أحدهما، سواء المحال به أو المحال عليه؛ لأنه إن كان أخذهما قرضاً لم يتعين كون الآخر هو المبيع وليس له أن يقول: إن المحال به مشبه للمبيع من حيث تخيل كونه مقابلاً للآخر؛ إذ ربما يقال: إن شبهه بالثمن أظهر لإقترانه بالباء.

أقول: إقتران المحال يعني ما يكون مالاً للمحيل بالباء إشارة إلى ما يقولون في صيغة الحوالة.

---

١) قواعد الأحكام ٨٧/٢، حكم التسليم ووجوبه.

٢) تحرير الأحكام ٣٣٩/٢، الفصل الثالث: في التسليم.

٣) شرايع الإسلام ٢٨٦/٢، في بيع ما لم يقبض.

٤) جامع المقاصد ٤٠١/٤، حكم الإحالة بالطعام على من له عليه مثله.

في صيغة الحوالة

ففي المناهل عن جواهر الكلمات: وصيغة الحوالة أن يقول المحيل للمحتال*: «أحلتك بما أستحقه في ذمة زيد وهو كذا عوضاً عما تستحقه في ذمتي وهو كذا».

فيقول المحتال: «إستحلت» أو «قبلت».

ويقول المحال عليه: «رضيت» أو «قبلت الحوالة»[1]؛ إنتهى.

أقول: يظهر من جامع المقاصد أن النهي على تسليمه إنما هو في جعل المبيع قبل القبض بيعاً أو معوضاً ثانياً دون ما لو جعله ثمناً وعوضاً في بيع آخر، فإنه ملحق بنقله بغير البيع ولا مانع فيه.

وعلى هذا يقول: إن المعوض في الحوالة غير معين، فلا يتحقق المانع إلا في صورة كان المالان سلفين، دون ما لو كانا قرضين أو كان أحدهما قرضاً.

أما الأول فواضح.

وأما الثاني فلأنه لم يعلم صيرورة المبيع معوضاً.

وأما إيراد المصنف عليه: أنه في صورة كان مال المحيل سلفاً، فكان مبيعاً وفي الحوالة أيضاً يصير معوضاً لدعوى /٨٥٨/ وضوح أن إنشاء النقل من المحيل، فهو يتملك مال الآخر بماله. ودخول الباء على مال المحيل غير مضرٍّ بذلك.

---

*) *أي غريمه. (منه قدس سره).*

١) لاحظ عن الحوالة وصيغتها: الخلاف ٣٠٩/٣، لو أحال رجل على رجلٍ..؛ المبسوط ٣١٤/٢، كتاب الحوالة؛ الجامع للشرايع للحلي: ٣٠٥، كتاب الحوالة وغيرها.

قوله: على جواز تولي[١] ..إلخ.

أقول: سيأتي بعض الكلام فيه.

[لو دفع إلى من له عليه طعامٌ دراهمَ]

قوله: الرابع: ذكر جماعة[٢] ..إلخ.

أقول: فيما لو كان لشخص على غيره طعام عن سلم، وعليه مثل ذلك، قال في الشرايع[٣]: لو دفع ـ أي الأول ـ إليه أي إلى الثاني مالاً وقال: إشتر به طعاماً لي، فإن قال: «أقبضه لي، ثم أقبضه لنفسك»، صح الشراء دون القبض؛ لأنه لا يجوز أن يتولى طرفي العقد.

وفيه تردّد.

ولو قال: «إشتر لنفسك»، لم يصح الشراء، فلا يتعين له بالقبض؛ إنتهى.

أقول: أما المسألة الأولى فمن الواضح أنه لا يندرج في شراء المبيع قبل القبض كما هو واضح.

وأما من جهة القبض، تقدم أن التعدد الإعتباري في القابض والمقبوض منه كافٍ، ولا ينافي ذلك ما تقدم منا من الإشكال في كفاية التعدد الإعتباري في القبض فيما لو قال: أقبض لنفسك إبتداءً، حيث قال المصنف فيه بكفاية التعدد الإعتباري ونحن منعناه؛ فإن الفارق بين المثالين واضح.

وفي المثال الذي نقلنا هنا عن الشرايع ليس فيه توهم كونه من الشراء قبل القبض بخلاف المثال الذي نقلناه عن المصنف.

ثم المقصود فيه قيام قبض واحد مقام القبضين، كما تقدم شرح الكلام فيه.

---

١) كتاب المكاسب ٣٠٧/٦، إذا وكله في القبض ثم القبض لنفسه.

٢) كتاب المكاسب ٣٠٧/٦، الرابع: لو دفع إلى من له عليه طعام دراهم.

٣) شرايع الإسلام ٢٨٥/٢ ـ ٢٨٦، في بيع ما لم يقبض.

وأما المسألة الثانية فيمنعون من صحة أصل الشراء، بل في الجواهر[1]: بلا خلاف أجده فيه.

وهنا نقول ـ كما أشار إليه في الجواهر ـ: إنه لو علم أن المراد من قوله «إشتر لنفسك» إرادة قرض الدراهم منه، ثم الشراء لنفسه لامتناع الأخذ بظاهره، فخارج عن موضوع المسألة التي حكموا فيه بعدم صحة الشراء.

وكذلك لو حمل على أن المراد أداء ما عليه من الطعام بجنس الدراهم أو حمل على أن المراد هو الشراء لنفسه، وكان الغرض استيفاء الطعام الذي كان عليه بعد الشراء أو بعد القبض له أيضاً وكان التعبير بلحاظ ما يؤول إليه أو لأنه السبب في الشراء.

وأما لو نؤل وأخذنا بظاهره، فوجه الفساد أن البيع عبارة عن تبديل المالين في الملكية وليس البايع والمشتري فيه من الأركان.

ولذا يجوز عدم ذكرهما؛ بل قولك «بعتك هذا بهذا» ليس الكاف فيه ضمير المفعول، بل حرف الخطاب، مثل كاف «ذلك» كما ذكرناه في بحث الفضولي.

ثم مقتضىٰ البيع على ما ذكرناه في الفضولي دخول كل من العوضين في ملك من ملك الآخر، فيمتنع دخول المبيع في ملك غير من خرج من ملكه الثمن.

نعم، نحن ذكرنا في بيع الغاصب لنفسه في بحث الفضولي: أنه بعد ما يقصد أصل معنى البيع، فيكون قصده لنفسه ملغىً فيتحقق البيع بحيث لو أجازه المالك يصير البيع له.

ثم على هذا المبنى نقول في مسألتنا: إن قوله «إشتر لنفسك» لو قلنا إنه إذن من المالك في نفس البيع، وإن قوله «لنفسك» غير مضرٍّ بالإذن في نفس الشراء، نظير ما قلنا: أن قصد المشتري كون البيع لنفسه غير مضرٍّ في وقوع أصل البيع الذي كان قاصداً له، فحينئذٍ يصير البيع صحيحاً من غير حاجة إلى إجازة مالك الدراهم بعد

---

١) جواهر الكلام ٢٣/١٧٤، جواز بيع ما ملكه بغير ابتياع وان لم يقبضه.

ذلك.

وأما لو قلنا: إن قوله «لنفسك» مضرّ بالإذن في نفس البيع، فحينئذٍ نقول: إن البيع الذي يقع بعد ذلك يصير فضولياً يتوقف صحته على إجازة المالك.

ثم هذا الإحتمال الأخير قابل لأن يكون مراد القائلين بعدم صحة البيع في المقام بأن يكون مرادهم عدم صحته الفعلية، فلا ينافي /٨٦٠/ صيرورته صحيحاً بلحوق إجازة المالك إليه.

[بيان بعض الأمثلة التي لا يلتزمون بها]

ثمّ إن هذا كلّه على ما هو الحق من امتناع أن يدخل المبيع في ملك غير من خرج عن ملكه الثمن؛ لكن المصنف في المقام تصدى لذكر بعض الأمثلة التي لا يلزمون فيها بامتناع أن يدخل أحد العوضين في ملك من خرج عنه الآخر، فيكون نقضاً على القاعدة.

وذلك كمن يشتري شيئاً بما أخذه بالمعاطاة على القول بإفادتها للإباحة دون الملك، كما هو المشهور بناءً على جواز أن يشتري به شيئاً لنفسه، كما عن المسالك[1] من جواز جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملكية. فمن يشتري به شيئاً يصير مالكاً، مع أنه لم يكن مالكاً لعوضه.

وكما إذا اشترى بالمغصوب شيئاً وكان المشتري عالماً بغصب المبيع على ما نقل عن المختلف والقطب والشهيد من أن مشتري المغصوب مع علمه بالغصب يكون الثمن باقياً على ملكه ومع ذلك لو اشترى البايع بهذا الثمن شيئاً، يجوز له التصرف فيما اشتراه ويملكه أيضاً[2].

وأما الجواب عن النقض، فعلى القول بأن أصل القاعدة عقلية ويمتنع ورود

---

١) أنظر: مسالك الأفهام ١٤٩/٣، عقد البيع وتعريفه.

٢) لاحظ: المكاسب ٤٧٢/٣، الإشكال في شمول الحكم بجواز تتبع العقود...

التخصيص عليها ـ كما هو الحق ويظهر من المصنف أيضاً حيث يقول: فالمعاوضة لا يعقل بدون قيام كل عوض مقام معوّضه ـ، فلا مفر إلا من التوجيه فيما ذكروه أو الإيراد على من قال به مثلاً في المعاطاة من جهة الإجماع والعقل نلتزم بدخول المال آناً ما قبل التصرف في ملك المتصرف، كما يلزمهم القول بذلك في وطي الجارية المأخوذة بالمعاطاة، لو لم نقل: إن نفس الإباحة مجوّز للوطي.

وفي بيع الغاصب مع علم المشتري بالغصب نلتزم مثلاً بما نقله المصنف (ره) عن العلامة في المختلف[1] وهو أنه بعد ما نقل كلام النهاية من أنه لو غصب مالاً واشترى به شيئاً، كان الفرج له حلالاً، ونقل كلام الشيخ في غير النهاية ونقل مذهب الحلي، قال: إن كلام النهاية يحتمل أمرين من اشتراء الجارية في الذمة لا بعين المغصوب، كما ذكر الشيخ ذلك في غير النهاية أو أنه يحمل على صورة كان البايع عالماً بالغصب؛ /٨٦١/ فإن المشتري يستبيح وطي الجارية وعليه وزر المال.

أقول: لعل المراد أن هذه الإستباحة من التحليل الذي مجوّز للوطي أو أن المراد أن الجارية يدخل في ملك المشتري وإن كان الشراء فاسداً.

ثمّ سائر ما يقال في توجيه ثمن المغصوب مع علم المشتري بالغصب، ذكرناه في بحث الفضولي.

وأما على القول بأن اقتضاء البيع لدخول الثمن في ملك من خرج عن ملكه المثمن، ليس عقلياً؛ بل مستفاد من الأدلة الشرعية مثل «**لا بيع [إلا] في ملك**».

فحينئذٍ لو قلنا: إن الفقهاء لا يرضون بورود التخصيص على هذه القاعدة الشرعية، كما أن اعتبار كون المعتق مالكاً مستفاد من مثل قوله عليه السلام «**لا عتق إلا في ملك**»[2]، ومع ذلك لا يرضون بورود التخصيص عليه في مثل «أعتق عبدك

---

١) مختلف الشيعة ٢٩٠/٥، لو طالبه في غير بلد الإقراض.

٢) عوالي اللئالي، باب العتق، ح ٤، وفي الكافي ١٧٩/٦، باب أنه لا عتق إلا بعد ملك، ح ٢: «قال

عني».

فحينئذٍ لو التزمنا بذلك أيضاً لابدّ من أن نرتكب التأويل بمثل صورة قلنا: إن القاعدة عقلية غير قابلة للتخصيص، وإلا لم نقل بذلك، فلا مانع من ورود التخصيص على القاعدة كما شرحناه في بحث الفضولي في جزو نوضعه في آخر مكتوباتنا الأخرىٰ في بيع المبيع قبل القبض.

رسول الله ﷺ: لا عتق إلا بعد ملك».

فهرس المطالب

(المجلد السادس عشر)

تتمة كتاب الخيارات

هل يجوز الإجبار على الوفاء بالشرط أم لا؟ ١١
في أنه ليس للبايع فسخ البيع بامتناع المشتري عن الشرط. ١٢
في أن الإمتناع عن العمل بالشرط ليس فسخاً للشرط وغيره ١٤
في ثبوت الخيار عند تعذر الشرط، وحدُّهُ ودليلُه ١٤
في إبطال إثبات الأرش بمقتضى القاعدة الأولية ١٥
في إبطال التمسك بقاعدة لا ضرر لإثبات الأرش عند تعذر الشرط وإبطال سائر أدلة الأرش ١٦
في إبطال استحقاق أجرة الشرط عند تعذره ١٧
في أنه عند تعذر الشرط لم يملك المشروط له أجرته ١٨
فيما لو تعذر الشرط وقد خرج العين عن يد المشروط عليه ١٩
في أن حق الخيار متعلق بالعقد، فلا مانع من النقل. ١٩
في أن الفسخ من حينه، لا من أصله وبعض ما يتفرع عليه ٢٠
في أنه عند تعذر الشرط لو فسخ يرجع إلى البدل لو نقل العين ٢٠
في بيان كون صحة البيع من المشروط عليه متوقفاً على إذن المشروط له ٢١
في أن الحق صحة البيع من المشروط عليه ولو لم يأذن المشروط له ٢٢
في أنه يكون للمشروط له أو عليه فسخ ما صدر من العقود عن المشروط عليه وغير

ذلك مما يتعلق به ٢٤
في بيان عدم مناسبة بعض ما قاله المصنف في المقام ٢٥
في نقل كلمات بعض في مسألة التخلف عن الشرط ٢٦
في توضيح كلمات بعضٍ وتطبيقها مع القواعد ٢٧
سقوط خيار تخلف الشرط بالتصرف في العين ٢٨
في مسقطات خيار تعذر الشرط أو الإمتناع منه ٢٨
في أن للمشترط له إسقاط شرطه من غير فرق بين أن يكون الشرط من قبيل عتق العبد أو غيره ٢٩
في الإشارة إلى بيان الفرق بين الحكم والحق وأن الشرط من الثاني وأن مقتضى القاعدة سقوطه بالإسقاط ٣١
في أن للمشروط له إسقاط حقه من المشترط ٣٢
في أن تعذر الشرط لا يوجب الأرش ٣٣
في الصور التي تفرض فيما لو شرط مقداراً أو ظهر النقصان وحكم كلّ واحد من تلك الفروض ٣٣
ملاحظة جانب القيدية أو الجزئية ٣٥
في أنه لو أخبر بوزن المبيع أو اشترط فظهر النقصان، يكون الخيار للمشتري دون إرجاع مازاد من الثمن ٣٦
في أنه لو تبين نقصان المبيع لم يرجع شيء من اليمين إذاكان المبيع جزئياً، لكن يكون الخيار ٣٧
تبيّن الزيادة في متساوي الأجزاء ٣٩
في أنه لو بان زيادة المبيع عما شرط يكون الخيار للبايع وليس له أخذ الزيادة في المبيع الجزئي ٣٩
حكم الشرط الفاسد ٤٠
فيما يدعى من الشروط الفاسدة كونها بالخصوص مفسدة ٤١
في الشروط الفاسدة التي تكون مفسدة على القولين ٤١

تنبيه ٤٣
في الفرق بين الاستدلال بأن للشرط قسطاً من الثمن والإستدلال بعدم التراضي. . ٤٣
في حدّ اقتضاء ما استدلّ به لكون الشرط الفاسد مفسداً..... ٤٣
فيه إشارة إلى بيان الفرق بين الإنشاء الذي مدلول وما هو معتبر في العقد ٤٤
في أنه لوكان الشرط فاسداً فلا يوجب ذلك بنفسه نقصاً ٤٥
فيما هو شرط لصحة العقد من الإنشاء والرضاء..... ٤٦
في أن الرضاء التقديري كافٍ في جواز التصرف معه ٤٦
في مال الغير وأنه إذا تعارض مع الرضاء الفعلي فالمدار على الفعلي ٤٧
في الجواب عن الوجوه التي ذكرت لكون الشرط الفاسد مطلقاً مفسداً لكونه موجباً لاختلال شرط من شرائط صحة العقد ٤٩
في أنه مع فساد الشرط يكون الرضاء الذي شرط في صحة المعاملة موجوداً وأن الشرط لا يقابل الثمن وليس الإنشاء معلقاً عليه ٥٠
في نقل ما ذكره المصنف من أنه لو تخلف القيود المقوّمة يفسد البيع بخلاف القيود الغير المقوّمة وأن الشرط من الثاني ٥٢
في الأخبار التي تتوهم دلالتها على كون الشرط الفاسد مفسداً وبيان عدم تمامية شيء منها على الدلالة عليه..... ٥٤
في الجواب عن الأخبار التي استدلّ بها على مفسدية الفاسد..... ٥٥
فيما يستدلّ به من الأخبار على عدم مفسدية الشرط الفاسد ٥٧
ما يدل على الصحّة من الأخبار ٥٨
بيان إجمالي في أن الشرط الفاسد ليس بمفسد..... ٥٩
في رفع المناقشات عن قاعدة الضرر وأنها لا تثبت الخيار إلا في صورة كان وجوب الوفاء ضررياً ٦٠
في أن إسقاط المشروط له للشرط الفاسد هل يوجب صحة العقد على القول بأن

الشرط الفساد مفسد أم لا ٦٣
في أن الشرط الفاسد المذكور قبل العقد هل يفسد العقد على القول بكون الفاسد مفسداً ؟ ٦٤
هنا إشارة إلى ميزان أن الشرط الفاسد قبل العقد أو فيه في أي مورد يكون مفسداً ٦٦
في توضيح كلام المسالك ودفع بعض المناقشات عنه وذكر بعض المناقشات عليه. ٦٧
فساد الشرط لعدم تعلق غرضّ معتدّ به ٦٩
في مسألة إرث الخيار وأنه منطبق على القاعدة وليس دليله مجرد الإجماع ... ٧٠
موروثية خيار المجلس ٧١
في بيان أقسام الحقوق وأنه منها ما يكون قابلاً لكلّ من الإرث والنقل والإسقاط ومنها ما لا يكون كذلك ٧٢
الفرق بين الحق والحكم ٧٢
في بيان الطرق التي يميز بها كلّ من الحق والحكم عن الآخر وبيان حال تلك الطرق ٧٤
في بيان الحكم الوضعي وأن كونه مجعولاً بمعنى كونه منشأً وأن ذلك يتمّ لو تحقق عنوانه بنفس الإنشاء ٧٦
في بيان حقيقة الحكم الوضعي وأنه ينشأ أولاً ويجعل التكليفي من آثاره ويجوز جعل مجرد التكليفي فيكون حكماً ٧٨
في بيان أن الخيارات من الحقوق من غير فرق بين المنصوصة وما ثبت بقاعدة الضرر ٧٩
في أن الخيارات من قبيل الحقوق وأنها تورث ٨١
في أن إرث حق الخيار ليس تبعاً لإرث المال ٨١
في بيان أن إرث الخيار ليس تبعاً لإرث المال وبيان كلام المصنف (ره) ٨٢
في ممنوعية الزوجة عن الخيار في الجملة ٨٢

في توضيح كلام المصنف (ره) في بيان ممنوعية الزوجة عن حق الخيار المتعلق بما تحرّم عنه الزوجة ٨٣
في الرد على المصنف (ره) فيما احتجّ به لعدم إرث الزوجة لحق الخيار ، في الجملة ٨٤
في بيان أن إرث الخيار ليس تبعاً لإرث المال ولو قلنا إن متعلق حق الخيار العين في الجملة ٨٦
في بيان ما يؤيد أو يدلّ على أن حق الخيار متعلق بالعقد لا العين في تمام الخيارات ٨٧
في كيفية استحقاق الخيار ٨٩
في أن ما دلّ على توريث حق الخيار ليس متعرضاً لبيان كيفية استحقاق كلّ من الورثة لحق الخيار..... ٩٠
في عدم استفادة كيفية استحقاق الورثة للحق الذي يورث من شيء من أدلة الإرث ٩٢
في أن مقتضى الأصل كون الخيار للمجموع ٩٤
في جريان ما تقدم في سائر الحقوق إلا ما خرج..... ٩٥
في أن ما ذكره بل وما ذكره في الجواهر لتطبيق قول المشهور على القاعدة في مسألة حق الشفعة لا يتمّ شيء منهما ٩٦
في حكم فسخ الورثة مع تلف العين ٩٨
في أن الخيار لا يسقط مع تلف العين إذاكان للمورث مال وأن الوارث يدفع عن ماله ٩٩
في حكم الخيار مع الدين المستغرق وأنه يلاحظ حال الغرماء في الفسخ وعدمه. . ١٠٢
في أن للورثة الفسخ ودفع الثمن من مالهم إذاكان الثمن تالفاً وإلا يدفع عينه كالمورث..... ١٠٤
في أنه لو قلنا بثبوت الخيار لكلّ واحد فله الفسخ ونقل المبيع إلى نفسه ودفع الثمن

عن ماله ١٠٥
في أن الخيار المجعول للأجنبي ينتقل إلى وارثه إذا لم يكن مقيداً بقيد ينتفي بمجرد الموت ١٠٦
في أن انتقال الخيار المجعول للعبد إلى مولاه باطل ١٠٧
في التصرف الذي يتحقق به الفسخ ١٠٨
في التصرف الموجب لإسقاط الخيار أو الفسخ وبطلان مقايسة أحدهما بالآخر. ١٠٩
في أنه يعتبر قصد الفسخ بالتصرف الموجب للفسخ بحسب القاعدة والرجوع في الطلاق به شيء آخر والفسخ يتحقق بالتصرف لا قبله من حيث القاعدة ولو ثبت خلافه في الرجوع فبدليل خاص ١١٠
في أنه لو قصد الفسخ بالتصرف يتحقق الفسخ وحكم صورة شك في أنه قصد الفسخ به أم لا ١١٣
في أن إثبات قصد الفسخ بأصالة الصحة يتوقف على أمور بعض منها محل الإشكال ١١٤
في أنه لو شك في قصد الفسخ بالتصرف فهل يمكن إثباته بأصالة عدم الفضولية وقصد الغير ١١٦
في بيان المراد من أصل عدم قصد الغير وأنه لا يثبت به قصد الفسخ إما لأنه ليس بحجة أو لغير ذلك ١١٧
في أن تقديم أصالة عدم قصد الغير على أصالة عدم قصد الفسخ مما لا وجه له ١١٨
في الدليل على اعتبار قصد الفسخ في تحقق الفسخ بالتصرف وأن مقايسته بالتصرف المسقط لا وجه له ١١٩
في وجود القائل لكل من الإحتمالين من أن الفسخ يحصل بنفس التصرف ومن أنه يحصل قبله ١٢١
فيما يمكن أن يثبت به لأن الفسخ يحصل قبل التصرف، لا به ووجه بطلان ما يثبت له ١٢٢
في الجواب عما يمكن أن يستدل به للقول بأن الفسخ يحصل قبل التصرف الذي به

الفسخ..... ١٢٣
في عدم تمامية شيء مما يتمسك به للقول بأن الفسخ يحصل قبل التصرف.. ١٢٥
في إثبات صحة تصرف ذي الخيار بالنسبة إلى التصرف الذي يقصد به الفسخ. ١٢٦
في إثبات صحة التصرف الذي يقصد به الفسخ على القول بأن الفسخ يحصل بنفس التصرف..... ١٢٧
في إثبات صحة التصرف الذي يصدر من ذي الخيار إذا قصد به الفسخ..... ١٢٩
في أنه لو أعتق ذو الخيار المبيع والثمن فهل يعتق شيء منها أم لا وحكم الفسخ والإسقاط..... ١٣٢
في أنه يعتبر قصد الفسخ بالتصرف ليحصل به الفسخ وكذلك في المسقط، فيتحقق المانع..... ١٣٣
في أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يتصرف فيما انتقل إليه في زمان خيار الآخر أم لا ١٣٤
تصرف غير ذي الخيار تصرفاً يمنع من استرداد العين..... ١٣٥
المناقشة في الحجة المذكورة..... ١٣٦
فيما يستدلّ به لإثبات أن متعلق حق الخيار هو نفس العقد، لا العين بأن يكون له الترادّ..... ١٣٧
فيما يقوى في النظر صحة جعله دليلاً على أن حق الخيار متعلق بنفس العقد، لا العين..... ١٣٨
فيما يقتضي صحة تصرف أحد المتعاقدين فيما انتقل إليه في زمان خيار الآخر من تعلق الخيار بالعقد أو غيره..... ١٣٩
في صحة تصرف غير ذي الخيار فيما انتقل إليه ولو قلنا على خلاف الحق من أن متعلق الخيار العين..... ١٤١
في شرح بعض كلمات المصنف في مقام الإستدلال على صحة تصرف غير ذي الخيار في زمان الخيار..... ١٤٢
في أنه على المشهور من صحة تصرف غير ذي الخيار هل يعمّ ذلك تمام الخيارات أم

لا يجري في بعض منها ١٤٤
في أن الإستيلاد في زمان الخيار مانع من رد العين أم لا على المدركين السابقين. ١٤٧
في حكم فسخ ذي الخيار في صورة انتقلت العين من الطرف المقابل إلى ما ليست ببيع ونحوه ١٤٨
في حكم البيع الثاني لأحد المتعاقدين في زمان خيار الآخر على خلاف التحقيق من تعلق حق الخيار بالعين ١٥٠
في أنه لو كان البيع الواقع على ما انتقل إلى أحد المتبايعين في زمان خيار الآخر بيعاً خيارياً فينفسخ بفسخ الأول أم لا ١٥١
في أنه يكون لذي الخيار في البيع الأول إلزام ذي الخيار في البيع الثاني على فسخ البيع الثاني ليأخذ العين أم لا ١٥٢
في الجواب عن المناقشة على جواز التصرف في زمان الخيار والمناقشة على أخذ البدل بعد الفسخ ١٥٤
في زمان فسخ العقد الثاني على القول به ١٥٥
في حكم التصرف قبل حدوث الخيار على القول بالمنع فيه ١٥٦
اجارة العين في زمان الخيار ١٥٩
في أنه لو آجر ففسخ ذوالخيار هل تبطل الإجارة في بقية المدة كما عن المحقق (ره) أم لا؟ ١٦٠
في أن غير ذي الخيار هل يملك المنفعة المستمرة بمجرد مالكيته للعين أم لا وما في نظائرها ١٦١
في ما ذكر لكون غير ذي الخيار مالكاً للمنفعة المستمرة فلا يبطل الإجارة بفسخ ذي الخيار ١٦٢
في بيان الوجه الصحيح لكون غير ذي الخيار مالكاً للعين مطلقاً فيكون مالكاً لمنفعتها المستمرّة ١٦٣

تنبيه..... ١٦٥
في عدم بطلان الإجارة بفسخ ذي‌الخيار..... ١٦٥
فيما لو آجر في مدة الخيار ففسخ ذوالخيار فهل يبطل الإجارة كما يقوله المحقق القمي ونقل عبارته..... ١٦٥
في أنه لا مانع من تصرف غير ذي الخيار مع إذن ذي الخيار إنما الإشكال في أنه يوجب سقوط خياره..... ١٦٦
في الوجه الذي ذكر لكون إذن ذي الخيار مسقطاً لخياره وبيان صحته وسقمه ١٦٧
في أن الإذن لغير ذي الخيار في التصرف فيما انتقل إلى غير ذي الخيار يوجب سقوط الخيار عن ذي الخيار أم لا؟..... ١٧٠
في الوجوه التى ذكرت لكون مجرد الإذن موجباً لسقوط خيار ذي الخيار.... ١٧٠
في أن المبيع يملك بنفس العقد خلافاً لظاهر بعض ما نقل عن الشيخ والحلي وابن السعيد..... ١٧٤
في التمسك للعمومات المقتضية لصحة المعاملات؛ لأن المبيع يملكه المشتري في زمان الخيار..... ١٧٦
فيما يستدلّ لصيرورة المبيع ملكاً للمشتري في زمان الخيار وفيه أن مجرد الإنشاء لا يكفي في تحقق الأمر في الخارج..... ١٧٦
ضعف ما استدلّ به في التذكرة..... ١٧٨
في الأخبار التي تمسك بها للقول بأن المشتري لم يملك المبيع في زمان الخيار والجواب عنها..... ١٨٠
في الجواب عن الأخبار التي تمسك بها للقول بأن المشتري لايملك المبيع في زمان الخيار..... ١٨٢
في الجواب عما تمسك لعدم تملك المشتري المبيع في زمان الخيار..... ١٨٣
في تحديد مقدار ينكر بعض حصول ملكية المبيع للمشتري..... ١٨٥
في أن تلف المبيع على البايع في زمان خيار المشتري في الجملة أو مطلقاً، بل قيل تلف الثمن على المشتري..... ١٨٦

فيما يستدلّ على أن التلف في زمان على من لا خيار له من الإجماع والإخبار ١٨٧
في بيان دلالة الأخبار على أن التلف على من لا خيار له وحدّ دلالتها ١٨٩
في بيان كلمات العلماء في مسألة أن التلف على من لا خيار له وأنه أي أحد منه يكون مسلماً ١٩٣
في أنه لا إجماع على أن التلف على من لا خيار له مطلقاً ١٩٤
في أن الثمن لو تلف في زمان خيار البايع كيف يكون حكمه ١٩٥
فيما لو كان الثمن كلياً وأقبض فرداً ١٩٥
فيما لو كان الثمن كلياً وأقبض فرداً منه فتلف وكذلك المبيع لو كان كلياً فتلف الفرد ١٩٧
في عدم جريان التلف في زمان الخيار في الكلي ١٩٨
في كيفية ضمان البايع للمبيع في مدة الخيار ١٩٩
في بيان ما رجّح كون ضمان البايع للمبيع بانفساخ البيع بآنٍ ما قبل التلف فتلف منه ١٩٩
في أن ضمان البايع للمبيع بآنٍ ينفسخ البيع بآنٍ ما قبل التلف، فيدخل المبيع في ملكه فيتلف منه ٢٠١
في حكم تلف أجزاء المبيع وأوصافه وفي كيفية كون ضمان تلف الوصف على البايع ٢٠٣
في كيفية ضمان الأوصاف لو تلف في زمن الخيار وأنه بالعهدة أو الإنفساخ أو غيرهما ٢٠٤
في أن ضمان تلف الوصف بالأرش أم بغيره وأن حكم الشارع بالإتلاف بمثل التلف أم لا؟ ٢٠٦
التلف بالإتلاف ٢٠٧
في تصرف غير ذي الخيار في كل واحد مما انتقل عنه أو إليه وحكم إتلاف الأجنبي لأحد العوضين ٢٠٨
في بعض الوجوه التي ذكرت لرجوع ذي الخيار إلى غير ذي الخيار أو إلى المتلف ٢٠٩

في ما يذكر لرجوع ذي الخيار إلى المتلف الأجنبي وبيان صحته وسقمه..... ٢١٠
بيان القول الحقّ..... ٢١١
فيما يمكن أن يقال للقول بأن ما يتعلق بالذمة بعد التلف نفس المتلف، لا بدله ٢١٢
في أنه لو تلف الأجنبي للمبيع يرجع الفاسخ البايع إلى المشتري..... ٢١٣
في بيان دعوى أن ذا الخيار لا يجب عليه التسليم في زمان الخيار..... ٢١٤
في إبطال دعوى عدم وجوب التسليم في زمان الخيار..... ٢١٥
في بقاء الخيار بعد تلف العين..... ٢١٦
في التفصيل بين الخيارات وأنه أي واحد منها..... ٢١٦
في أن متعلق حق الخيار العقد وأنه يقتضي بقاء الخيار بعد تلف العين في الجملة. ٢١٨
في تقريب دلالة «على اليد»..اه على أن الفسخ بعد تلف العين يوجب ضمان العين التالفة..... ٢٢٠
في بيان وجه دلالة «على اليد..» على الضمان بعد الفسخ..... ٢٢١
في أن الإذن رافع للضمان في الجملة..... ٢٢٣
في أن المانع من الضمان ليس في طرف ذي الخيار وغيره..... ٢٢٤
في أن إطلاق العقد يقتضي النقد..... ٢٢٦
في أن شرط التعجيل تأكيد أم لا..... ٢٢٧
نقل كلام الشهيد في الدروس..... ٢٢٨
كلام الشهيد الثاني وصاحب الجواهر..... ٢٢٩
في أن تأخير الثمن مع شرط النقد يوجب الخيار أم لا..... ٢٣٠

مسائل..... ٢٣١
في أن اشتراط الإمهال في مطالبة الثمن غير النسية ولا مانع من كون المدّة هنا مجهولاً في الجملة..... ٢٣٢
نقل كلام الإسكافي..... ٢٣٣

في الجواب عما استدلّ به على المنع من تأخير الأجل في النسية إلى ثلاث سنين. ٢٣٣
في أنه لا مانع من الإفراط في التأخير في أجل ورفع الإشكال عنه حتى من دعوى مخالفته للكتاب ٢٣٥
اشتراط الأجل بما زاد عن الحياة. ٢٣٦
في أن جعل الأجل إلى زمان يحتمل عدم بقاء المشتري إليه لا يوجب الجهل بالأجل الذي يوجب الفساد ٢٣٧
في بيان معنى الغرر وأنه لا يشمل كلّ جهل وأنه لا يقتضي البطلان باحتمال صيرورة الدين معجلاً. ٢٣٨
في أن الأجل وكذلك الوزن لا يكفي فيهما مجرد التعين واقعاً بل يعتبر المعلومية أيضاً ٢٣٩
في أنه بعد تعين الأجل أو الوزن لابدّ من المعلومية أيضاً. ٢٤٠
في الوجوه التي ذكرت لفساد البيع لو كان الثمن مردّداً ٢٤١
في حكم ما لو كان الثمن مردداً ومبهماً في الجملة ٢٤٢
في وجه دعوى أن الحكم في الخبر مترتب على فساد المعاملة ٢٤٣
في وجه نظر من قال: إن الحكم في الخبرين ليس مترتباً على فساد المعاملة بل بيع وشرط فاسد ٢٤٤
في تحقيق المقام وأن الحق فساد المعاملة المذكورة والإشارة إلى ما قاله الفقهاء في المسألة وفي حمل الخبرين ٢٤٦
في وجه عدم جواز العمل بظاهر الخبرين ولا بمؤولهما ولذا يحكم بفساد البيع ٢٤٧
في أنه لو ألزم المديون على الدائن بقبول الدين قبل الأجل فهل يصير القبول واجباً عليه أم لا ٢٤٨
في ما استدلّ به على أن التأجيل حق للمديون ووجه بطلانه وأن الشك كافٍ في عدم وجوب القبول ٢٥١
في منع كون التأجيل مقتضاه الوجوب التخييري ٢٥٣

في أنه هل يسقط أجل الدين بالإسقاط أم لا..... ٢٥٤
في أنه يسقط حق التأجيل بالإسقاط ما لم ينذر التأخير ٢٥٥
في الدليل على وجوب قبول الدائن للدين عند إلزام المديون..... ٢٥٦
في نقل ما ذكر لدلالة قوله « لا ضرر » على سقوط اعتبار قبول الدائن عند امتناعه في خروج ذمة المديون عن الدين ٢٥٦
في أن الجواهر منكر وجود دليل على سقوط اعتبار القبول في فراغ ذمة المديون والرد عليه..... ٢٥٨
في أنه لا مانع من التمسك بالحرج في سقوط اعتبار قبول الدائن أو رضاه عند امتناعه ٢٦١
في مناقشات الأستاد (ره) على ثبوت الولاية للحاكم والجواب عنه..... ٢٦٢
في الجواب عن الأستاد فيما استدل به على رفع..... ٢٦٣
احتمال ولاية الحاكم في قبض الدين ٢٦٣
في أن الحرج والضرر يرفعان خصوص ما فيه الحرج أو الضرر واحتمال جعل البدل يكون المرجع فيه الأصول ٢٦٤
في أن في مسألتنا لابدّ من أن يراعى الإحتياط بإتيان ما يحتمل توقف خروج الذمة عن الدين عليه..... ٢٦٦
في الوجوه التي نقلتها لرفع احتمال ولاية الحاكم على قبول الدين عن المديون والجواب عنها..... ٢٦٦
إشارة إلى ما هو مفاد أدلة الحرج وأنه لو امتنع الحاكم عن القبول يسقط احتمال ولايته..... ٢٦٨

تنبيه ٢٦٩
في دعوى أن القبض غير قابل للإكراه لأن قوامه ببعض الأمور القلبية التي لا يتحقق بالإكراه ٢٦٩
في وجه نظر المصنف (ره) من أنه يكره بالقبض ويسقط اعتبار الرضاء ٢٧١

فيما دلّ على وجوب القبض على الدائن والمناقشة عليه وأنه لو لم يثبت الوجـوب وامتنع عن القبض يسقط اعتباره ٢٧٢
في أن رضاء الدائن لوكان شرطاً فأعمّ من الرضاء العرضي وأن الرضاء العرضي يمكن حصوله بالضرب والإجبار ٢٧٣
في أنه لو قلنا بوجوب القبض على الدائن فيمكن القول بأنه يجوز إجباره وضربه حتى يختار القبض مع الرضاء ٢٧٣
في أنه لو تحقق الإنشاء والقصد دون الرضاء يتحقق عنوان المبيع بالإكراه .. ٢٧٩
في أن الرضاء العرضي يكفي وأنه موجود في المضطرّ دون المكره ٢٨١
في أنه يجبر بالزوج مثلاً على نفس الإنفاق ليضطرّ بالبيع ٢٨٢
في أنه لو صار البيع واجباً فيجبر إلى أن يعلم السرّ أيضاً على احتمال ٢٨٢
في لزوم التفكيك بين خسارة العين على الشخص وكون منافعها له ومدرك قـاعدة الضمان بالخراج ٢٨٣
في بيان مدرك قاعدة الضمان بالخراج وأن مدركه الموثقة ولا يقتضي الملازمة بين مطلق الخسارة والمنافع ٢٨٤
في أنه لما يكون تلف العين من مال الدائن، فلابدّ من أن نقول: إنه صار ملكاً له من حين عيّنه المديون ٢٨٦
في أن مراعاة احتمال طرح المتعين عند المديون بخلاف الحفظ الدائم وإشارة إلى ما في عبارة المصنف (ره) ٢٨٩
في أن قصد الظالم لا يصير منشأً لتعين ما يأخذه من المـال المشـترك وأن جـعل الزيادة في مقابل الأجل رباً ٢٩٠
في أن مطلق جعل المال في مقابل التأجيل ربوي وأنه لافرق بين أول المدائنة وبعدها ٢٩٢
في بعض الموارد التي شبيهة بالربوي وليس رباءً ٢٩٣
معارضة العمومات مع روايتي يعقوب وعبيد ٢٩٥
في الأخبار التي تدلّ على صحة بيع المبيع نسية من البايع والجواب عما يستدلّ به

على خلاف ذلك ٢٩٧
في دعوى المصنف (ره) أن مراد الشيخ الطوسي أن عوض العوض ٢٩٩
في حكم العوض في الربويات وبيان ما يلزمه..... ٢٩٩
في ردّ من قال: إن عوض العوض في حكم العوض في باب الرباء وأنه لم يعلم له قائل ولم يفهموه من الشيخ (ره) ٣٠٠
إذا اشترط في البيع الأول نقله إلى من انتقل عنه..... ٣٠٢
في الجواب عن الخبرين اللذين تمسك بهما على فساد بيع اشترط في ضمنه بيع المبيع من البايع ٣٠٣
في جواب المصنف عن الخبرين..... ٣٠٤

تنبيه حول خبر الحسين بن منذر ٣٠٥

تنبيهات ٣٠٦
في القبض ومعناه اللغوي والعرفي..... ٣٠٧
فيما قاله الجواهر في معنى القبض ٣٠٨
في تحقيق المصنف (ره) في معنى القبض ٣٠٩
في وجه كون القبض بمعنى الإستيلاء والسلطنة ٣١٠
في بيان الوجه لكون المراد من القبض الإستيلاء وبيان محققه..... ٣١١
في أنه لو قلنا بكفاية التسليم فيرجع إلى عدم اعتبار القبض وفي أن مجرد تمكين البايع لا يرفع ضمانه..... ٣١٣
في دلالة خبر عقبة على اعتبار النقل لكن سنده ضعيف ٣١٤
في عدم أخذ الكيل أو الوزن في القبض ٣١٥
في شرح كلام المسالك واشارة إلى اختلاف كلماته ٣١٥
إيراد المصنف وصاحب الجواهر على المسالك..... ٣١٦
في منع ورود إيراد المصنف (ره) على المسالك..... ٣١٧

في عدم اعتبار الكيل أو الوزن في القبض ٣١٨
في عدم الفرق بين القبض الموجب للملكية وغيره ٣١٨
في حكم ما لو كان المبيع مشغولاً بمتاع البايع أو في مكان له ٣٢٠
في إيرادات المصنف على المسالك في المسألة أنه هل يعتبر الكيل أو الوزن ثانياً للقبض ٣٢٢
في الجواب عن بعض مناقشات المصنف (ره) على المسالك وفي مسألة أنه هل يحتاج إلى الكيل ثانياً للقبض ٣٢٤
في اعتبار الكيل ثانياً لتحقق القبض ٣٢٥
في صورة كيل أولاً ليصير المبيع معلوماً ٣٢٦
في اختلاف كلمات العلماء في اعتبار الكيل ثانياً وأنه يظهر من بعض أن العلم بالكيل الأول يكفي ٣٢٦
في دعوى المشهور أن البيع يقتضي تسليم المبيع والمناقشة على ذلك والتكلم فيه على القاعدة ٣٢٨
فيما يتعلق بالتسليم وأنه لو سلّم أحدهما يجبر الآخر ٣٣٠
كلام الأردبيلي في منع الدفع حتى يقبض ٣٣١

تنبيه ٣٣٤
في تأجيل كلّ من الثمن والمثمن ٣٣٤
في أنه هل يجب على البايع تفريغ المبيع عن مال نفسه وغيره أم لا؟ ٣٣٤
في الوجه الذي ذكر لمنع كون ابقاء المتاع في دار الغير تصرفاً في الدار ٣٣٦
في النقض بأنه لو لم يكن الإبقاء حراماً فلابدّ أن لا يكون الجلوس في المغصوب بعد تحققه حراماً ٣٣٧
في بيان الفرق بين الجلوس في المغصوب وبين عدم رفع المتاع عنه وأن الأول محرم دون الثاني ٣٣٩
في أن تأخير تسليم المبيع إلى المشتري يوجب الخيار للمشتري أم لا، وأن صرف

عدم التفريغ يوجب الأجرة أم لا؟ ٣٤٢
لو مضت مدة ولم يتمكن البايع من التفريغ أو لم يفرغ ٣٤٥
في حكم ما لو كان المبيع مشغولاً بالزرع ٣٤٧
في أنه هل يكون للمشتري القلع وأنه على عدم القلع هل يكون له الأجرة للأرض وفي حكم خيار المشتري ٣٤٨
في بيان فساد الوجوه التي ذكرها المصنف عند فرض تعارض الضررين في القلع والصبر ٣٥٠
في أن الحق أنه في الغالب يكون الخيار للبايع ٣٥١
في إبقاء الزرع وحكم صورة كان الضرر من الطرفين ٣٥٢
في أنه لو توقف تفريغ المبيع على هدم الدار التي كانت مبيعةً فلو أراد البايع التفريغ فعليه الإذن في الجملة ٣٥٤
في أن المنافع الفائتة تحت اليد عن حقٍّ يوجب الضمان أم لا ٣٥٨
في إبطال ما ذكروه لرفع ضمان اليد مع الإذن الشرعي ٣٥٩
في الإشارة إلى مدرك نفقة الزوجة مع عدم التمكن عن حق وأن نفقة المملوك على مالكه وإن الغاصب لا يرجع بعد الإنفاق إلى المالك ٣٦٠
في أن المنفق على مملوك الغير لا يرجع إليه لو كان غاصباً ٣٦١
في أنه نفقة المملوك على مالكه وما يتعلق به ٣٦٢
في لزوم النفقة على الغاصب في الجملة وأنه لا يرجع إلى المالك ٣٦٤

أحكام القبض ٣٦٥
انتقال الضمان ٣٦٥
في الدليل على أن العقد ينفسخ بتلف المبيع قبل القبض ٣٦٧
في مدرك القول بانفساخ العقد بتلف المبيع قبل القبض وأن الإنفساخ بآنٍ ما قبل التف ٣٦٧
في أن جميع منافع المبيع قبل التلف للمشتري وأن مؤنة تجهيزه إذا كان عبداً

ومات على البايع ٣٦٨
تعذر الوصول في حكم التلف ٣٦٩
لوكان القبض غير واجد لشرائط الصحة ٣٧٠
في تعيين القبض الذي يرفع ضمان البايع ٣٧٠

أحكام الإتلاف ٣٧٢
إتلاف المشتري ٣٧٢
في أن الإتلاف قبل القبض ليس بمثل التلف وإشارة إلى الوجوه التي يقتضي رجوع المغرور إلى الغارّ ٣٧٣
في أن إتلاف البايع للمبيع قبل القبض يوجب رجوع المشتري إليه بعوض المبيع، لا بالثمن ٣٧٤
إتلاف البايع ٣٧٦
في أن كلّ من أتلف المبيع قبل القبض يكون رجوع المشتري إليه والإشكال في جريان القاعدة في الثمن ٣٧٦
إتلاف الأجنبي ٣٧٦
تلف الثمن كتلف المثمن ٣٧٧
في حكم تلف الجزء وأن الجزء لا يقسط الثمن عليه كالعيب قبل القبض في دعوى الإجماع على الردّ فيه ٣٧٩
تلف بعض المبيع ٣٧٩
فرض أولوية الأرش في تلف الجزء ٣٧٩
ثبوت الرد في حدوث العيب قبل القبض ٣٧٩
ثبوت الضمان للأبعاض إذاكان الكلّ مضموناً ٣٨١
في أن تلف الجزء حتى ما يقسط عليه الثمن لا تقتضي القاعدةكون ضمانه المعاوضي على البايع ٣٨١
الإختلاف في ثبوت الأرش ٣٨٢

في الوجوه التي يستدلّ لإثبات ضمان جزء المبيع على البايع ٣٨٤
المناقشة في ثبوت الأرش ٣٨٦
في فساد وجه رابع ذكر لكون ضمان صفات المبيع على البايع وأن ضمان اليدي على القاعدة..... ٣٨٧
لوكان التعيّب بغير آفة سماوية ٣٨٩
في أن بيع المبيع قبل القبض إذاكان مكيلاً أو موزوناً مكروه أوحرام وفاسد. . ٣٨٩
الاستدلال بما في الفقيه في ذيل رواية الكرخي ٣٩٢
في ترجيح قول المشهور من أن بيع المبيع قبل القبض مكروه، لا حرام وفاسد وأنه لا يختص بالطعام..... ٣٩٤
الحكم في غير المكيل والموزون ٣٩٤
بيع المكيل والموزون قبل القبض..... ٣٩٥

فروع مسألة بيع المبيع قبل القبض ٣٩٦
في فروع مسألة بيع المبيع قبل القبض من جريانه في الثمن أو الكلي وأن محل النزاع التكليفي أو الفساد ٣٩٦
الفرق بين كون المبيع شخصياً أوكلّياً ٣٩٦
في فروع مسألة بيع المبيع قبل القبض وأنه لا يجري حكمه فيما لوكان أحد طرفيه غير البيع وبعض المؤيدات للمشهور ٣٩٧
فيما لو عيّن ما باعه كلياً في المبيع قبل القبض الذي يكون كلياً وأنه لا يجري حكم مسألتنا فيه ٣٩٩
إثبات كون الحوالة معاوضة..... ٤٠٠
في فروع بيع المبيع قبل القبض وأن ما نقله عن الحدائق من الخبر دليل منع الحرمة والكراهة..... ٤٠١
في تمامية الخبر المنقول عن الحدائق..... ٤٠٤
في جواز الحوالة في مسألتنا ٤٠٤

في صيغة الحوالة ٤٠٦
لو دفع إلى من له عليه طعامٌ دراهمَ ٤٠٧
بيان بعض الأمثلة التي لا يلتزمون بها ٤٠٩

فهرس المطالب ٤١٣