

مجلد الثمانين

من كتاب

بين المطالب في شرح المكاسب

لمؤلفه الحنفية الحاج الراحمة تته الحنفية عبد الله

Princeton University Library



32101 048394934

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

*This book is due on the latest date
stamped below. Please return or renew
by this date.*



المجلد العاشر

من كتاب :

بنا المطالب في شرح المكاسب

مؤلفه المحيّر المنجّاح الرحمة ربه النجيب عبد الله إمام

(حفظون الطبع محفوظة للمؤلف)

يطلب من مكتبة المصطفوي

2264

.1185

.7385

mujallad 10

هوية الكتاب

اسم الكتاب : بيان المطالب في شرح المكاسب

المؤلف : عبد الله الياسى

الفاخر : المؤلف

المطبوع : ٥٠٠ نسخة

المطبعة : العلمية - قم

الطبعة : الاولى

التاريخ : صفر المظفر ١٤١٨، المطابق لشهر تير ١٣٧٦

السعر : ٠٠٠ ريال

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

** فرع **

لو اشترى عبدا بجارية مع الخيار له (١) فقال : اعتقتهما ، فربما يقال (٢) بانعتاق الجارية دون العبد ، لأن الفسخ مقدّم على الاجازة ، و فيه (٣) أنه لا دليل على التقديم فى مثل المقام ممّا وقع الاجازة والفسخ من طرف واحد دفعة ، سواء اتّحد المجيز والفاسخ كما فى المقام ، او تعدّد

(١) الضمير يرجع الى المشتري (٢) اى فربما يقال : بانعتاق الجارية المنتقلة الى البايع حتى يكون فسخا مقدما على الاجازة (٣) اى وفيه أنه لا دليل على تقديم الفسخ على الاجازة فى مثل المقام ممّا وقع الاجازة والفسخ من طرف واحد دفعة ، سواء اتّحد المجيز والفاسخ ، كما فيما نحن فيه ، او تعدّد ، كما لو وقع الاجازة والفسخ من وكيلى ذى الخيار دفعة واحدة ، مثلا اذا كان للمشتري فى مثال العبد و الجارية وكيلان فى فسخ العقد وامضائه ، قال احدهما : فسخت ، وقال الآخر : اجزت دفعة واحدة ، و أنّما المسلم من تقديم الفسخ على الاجازة ، هو الفسخ الصادر من احد الطرفين المتبايعين ، و الاجازة الصادرة من الطرف الآخر ، كما اذا كان للبايع و المشتري خيار المجلس ، وقال البايع : فسخت ، وقال المشتري : الزمت ، فحينئذ يقدم الفسخ على الاجازة ، لأن لزوم العقد من طرف المشتري بمقتضى اجازته ، لا ينافى انفساخ العقد بفسخ البايع ، كما لو كان العقد جائزا من طرف البايع ، فيفسخ مع ←

في أنه لو اشترى عبداً بجارية ، فقال :اعتقتكما ٣

كما لو وقعا (١) من وكيلى ذى الخيار دفعة واحدة ، انما المسلم تقديم الفسخ الصادر من احد الطرفين على الاجازة الصادرة من الطرف الآخر لأن لزوم العقد من احد الطرفين بمقتضى اجازته ، لا ينافى (٢) انفساخه بفسخ الطرف الآخر ، كما لو كان العقد جائزا من احدهما ، فيفسخ مع لزوم العقد من الطرف الآخر ، بخلاف اللزوم و الانساح من طرف واحد و نحوه (٣) فى الضعف ، القول بعق العبد ، لأن الاجازة ابقاء للعقد و الاصل فيه (٤) الاستمرار ، و فيه (٥) ان عتق العبد ، موقوف على عدم عتق الجارية ، كالعكس (٦) نعم (٧) الاصل ، استمرار العقد و بقاء الخيار و عدم حصول العتق اصلا ، و هو (٨) الأقوى

→ لزوم العقد من طرف المشتري بسبب اسقاطه خيار المجلس ، بخلاف اللزوم و الانساح من طرف واحد ، كما فيما نحن فيه (١) الضمير المثنى يرجع الى الفسخ و الاجازة (٢) قوله (لا ينافى) خبره (ان) ، (٣) الضمير يرجع الى القول بانعتاق الجارية دون العبد ، اى و نحوه فى الضعف القول بعق العبد لتقديم الاجازة على الفسخ ، لأن الاجازة ابقاء للعقد فاذا شك فى تقديم الاجازة على الفسخ ، الاصل فيه الاستمرار (٤) يرجع الضمير الى العقد (٥) الضمير يرجع الى القول بعق العبد (٦) فالمراد من العكس ، هو ان عتق الجارية ، موقوف على عدم عتق العبد (٧) يعنى نعم ، اذا كان عتق العبد موقوفا على عدم عتق الجارية ، و عتق الجارية موقوفا على عدم عتق العبد ، يقع التدافع بينهما ، فلذا لم يحصل العتق اصلا ، فحينئذ ، الاصل استمرار العقد و بقاء الخيار ، و هو الأقوى (٨) يرجع الضمير الى قوله ، الأصل استمرار العقد و بقاء الخيار

كما اختاره جماعة ، منهم العلامة في التذكرة و القواعد (١) و المحقق الثاني في جامع المقاصد (٢) لأن عتقهما (٣) معا لا ينفذ ، لأن العتق لا يكون فضولياً ، و المعتق (٤) لا يكون مالكا لهما بالفعل ، لأن ملك احدهما

(١) قال في القواعد ، ص ١٤٤ : ولو اشترى عبداً بجارية ، ثم اعتقهما معا ، فان كان الخيار له بطل العتقان ، لأنه بعثت الجارية مبطل للبيع و بعثت العبد ملتزم به ، فعتق كل منهما يمنع عتق الآخر ، فيتدافعان انتهى (٢) قال في جامع المقاصد ، ص ٢٤٦ في شرح قول العلامة : اي لو اشترى عبداً بجارية ، ثم اعتقهما معا ، فلا يخلو أما ان يكون الخيار له خاصة ، او للبائع خاصة ، او لهما معا ، فهذه حالات ثلاث ، الاولى ان يكون له خاصة ، ففيه احتمالات ثلاثة ، احدها بطلان العتقين معا الى ان قال : فهو الأصح ، انتهى ، فمراد جامع المقاصد من الاحتمال الثاني ، هو عتق الجارية خاصة ، و من الاحتمال الثالث ، هو عتق العبد خاصة (٣) و حاصل كلام المصنف (ره) انه اذا كان كل واحد من القول بعثت الجارية خاصة ، و القول بعثت العبد خاصة ، باطلا ، كان الأصل استمرار العقد و بقاء الخيار و عدم حصول العتق اصلا ، لأن عتقهما معا لا ينفذ ايضا ، لأن العتق لا يكون فضولياً ، حتى يقال : ان عتقهما معا ينفذ ، لأن عتق العبد كان من طرف المعتق اصالة ، و عتق الجارية كان من طرف البائع فضولة (٤) يعنى و المعتق لا يكون مالكا لهما بالفعل حتى يكون عتقهما معا صحيحا ، لأن ملك الجارية يستلزم خروج العبد عن الملك ، و ملك العبد يستلزم خروج الجارية عن الملك

في انه لو اشترى عبدا بجارية ، فقال :اعتقتهما ٥

يستلزم خروج الآخر عن الملك . ولو كان (١) الخيار في الفرض المذكور
(٢) لبايع العبد ، بنى عتق العبد على جواز التصرف من غير ذى الخيار
في مدة الخيار ، وعتق الجارية على جواز عتق الفضولى ، والثانى (٣) غير
صحيح اتفاقا ، وسيأتى الكلام فى الأول (٤) وان كان الخيار لهما (٥)
ففى القواعد (٦) والايضاح وجامع المقاصد (٧) صحة عتق الجارية

(١) يعنى ولو كان الخيار فى الفرض المذكور لبايع العبد ، بان اشترى
عبدا بجارية ، وجعل الخيار للبايع ، ثم اعتقهما فى زمان خيار البايع
فحينئذ بنى عتق العبد على جواز التصرف من غير ذى الخيار فى مدة
الخيار ، وبنى عتق الجارية على جواز عتق الفضولى ، والثانى غير صحيح
اتفاقا ، لأن العتق لا يكون فضوليا ، والأول سيأتى الكلام فيه فى ص ٨
(٢) فالمراد من الفرض المذكور ، هو أنّ المشتري اعتقهما معا (٣) فالمراد
من الثانى ، هو عتق الفضولى (٤) فالمراد من الأول ، هو التصرف من ذى
الخيار فى مدة الخيار (٥) فلا يخفى ، أنّ فى الفرض المذكور ثلاث حالات
احديها ، ان يكون الخيار للمشتري خاصة ، ذكرها المصنف (ره) بقوله :
* لو اشترى عبدا بجارية مع الخيار له * ، وثانيتهما ، ان يكون الخيار فى
الفرض المذكور لبايع العبد خاصة ، وذكره بقوله : * ولو كان الخيار
فى الفرض المذكور لبايع العقد * ، وثالثتها ، ان يكون الخيار فى الفرض
المذكور لهما ، وذكره بقوله : * وان كان الخيار لهما * ، (٦) قال فى
القواعد ، ص ١٤٤ : ولو اشترك الخيار ، صح عتق الجارية خاصة ، انتهى
(٧) قال فى جامع المقاصد ، ص ٢٤٦ فى شرح قول العلامة (ره) : ووجه
صحة عتق الجارية ، أنّ المشتري بالنسبة الى هذه الجارية ، كبايع ←

و يكون (١) فسخا ، لأن عتق العبد (٢) من حيث انه ابطال لخيار بايعه غير صحيح (٣) بدون اجازة البايع ، ومعها (٤) يكون اجازة مننه (٥) لبيعه ، و الفسخ مقدّم على الاجازة .

→ العبد بالنسبة الى العبد ، فمن قال : بصفة العقود المتضمنة للفسخ من البايع الواقعة على العبد المبيع ، و صفة عتقه و انفساخ البيع ، فحقه ان يقول بصفة عتق الجارية هنا و انفساخ هذا البيع ، و قد سبق أنّ الأصح في المسئلة الاولى ذلك ، فليكن هنا كذلك ، و دليل المقاميين واحد ، انتهى (١) اي و يكون عتق الجارية فسخا للبيع (٢) يعنى و أنّما كان عتق الجارية صحيحا و فسخا للعقد ، لأن عتق العبد غير صحيح بدون اجازة البايع لبيعه ، لأنه ابطال لخيار بايعه ، و أنّ عتق العبد مع امضاء البايع و اجازته لبيعه يكون ايضا غير صحيح ، لأن عتق العبد مع امضاء البايع و اجازته لمبيع العبد يكون امضاء و اجازة للبيع من طرف البايع ، و عتق الجارية يكون فسخا من طرف المشتري ، فالفسخ مقدّم على الامضاء و الاجازة . و حاصله ، أنّه ان كان الخيار لهما في الفرض المذكور كان عتق العبد باطلا ، سواء اجاز و الزم البايع بيع العبد حتى يكون اسقاطا لخياره ، ام لم يجز ، أمّا بطلانه مع الاجازة و الالتزام ، فلتعارض الفسخ من جانب المشتري ، و الاجازة من جانب البايع ، و الفسخ مقدّم على الاجازة ، و أمّا بطلانه مع عدم الاجازة لبيع العبد ، فلأنّ عتق العبد ابطال لخيار بايعه ، فحينئذ يكون عتق الجارية صحيحا و فسخا للبيع (٣) قوله (غير صحيح) خبر لـ (أنّ) ، (٤) يرجع الضمير الى الاجازة (٥) يرجع الضمير في قوله (منه) الى البايع و في قوله (لبيعه) ←

في أنه لو اشترى عبداً بجارية ، فقال : اعتقتهما

٧

والفرق (١) بين هذا (٢) و صورة اختصاص المشتري بالخيار ، أن (٣)
عتق كل من المملوكين كان من المشتري صحيحا لازما ، بخلاف ما نحن فيه
نعم (٤) لو قلنا هنا (٥) بصحة عتق المشتري في زمان خيار البايع

→ الى العبد (١) والفرق بين صورة كون الخيار لهما التي كان عتق
الجارية فيها صحيحا ، كما في القواعد و الايضاح و جامع المقاصد ، وبين
صورة اختصاص المشتري بالخيار التي لم يصح العتق فيها اصلا ، كما هو
اختيار المصنف (ره) و اختيار جماعة منهم العلامة و المحقق ، أن عتق كل
واحد من المملوكين كان من المشتري صحيحا لازما ، بخلاف ما نحن فيه
(٢) اشارة الى قوله (و ان كان الخيار لهما) ، (٣) ، (أن) مع اسمها و
خبرها ، خبر لمبتدأ مقدم ، و هو قوله (الفرق) ، يعنى و الفرق بينهما
أن عتق كل من المملوكين من دون عتق الآخر في صورة اختصاص المشتري
بالخيار ، كان من المشتري صحيحا لازما ، الا ان الموجب لبطلان عتقهما
هو التدافع بينهما ، بخلاف ما نحن فيه ، و هو كون الخيار لهما ، لأن
عتق العبد ، غير صحيح بدون اجازة البايع لبيعه ، لأنه تصرف من غير
ذى الخيار في مدة الخيار ، و عتق العبد مع اجازته لبيعه ، ايضا غير
صحيح ، لأنه حينئذ يكون من تعارض الاجازة من طرف البايع و الفسخ
من طرف المشتري ، فالفسخ مقدم على الاجازة (٤) يعنى نعم لو قلنا في
صورة كون الخيار لهما بصحة عتق المشتري في زمان خيار البايع بطول
العتقان ، و كان الحكم كما في صورة كون الخيار للمشتري خاصة ، فإن
الحكم فيها هو بطلان عتقهما (٥) اشارة الى كون الخيار لهما

كان الحكم ، كما فى تلك الصورة (١)

﴿ مسألة ﴾

من احكام الخيار ، عدم جواز تصرف غير ذى الخيار (٢) تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ ، على قول الشيخ . و المحكى عن ابن سعيد (٣) فى جامع الشرايع و ظاهر جماعة من الأصحاب ، منهم العلامة فى القواعد و المحقق و الشهيد الثانى قّدس سرّه ، بل فى مفتاح الكرامة (٤) فى مسألة عدم انتقال حق الرجوع فى الهبة الى الورثة ، أنّ حق الخيار (٥) يمنع المشتري من التصرفات الناقلة عند الأكثر ، وعن جماعة (٦) فى مسألة وجوب الزكاة (٧) على المشتري للنصاب بخيار للبايع ، أنّ المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافية لخيار البايع ، بل ظاهر المحكى عن الجامع ، كعبارة الدروس ، عدم الخلاف فى ذلك

(١) اشارة الى صورة اختصاص المشتري بالخيار (٢) يعنى لا يجوز لغير ذى الخيار اتلاف العين او اعتاقها (٣) يعنى و المحكى عن يحيى بن سعيد (٤) مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة ، للسيد الجواد بن محمد بن محمد الحسينى العاقل النجفى (٥) يعنى حق خيار البايع ، يمنع المشتري من التصرفات الناقلة ، كالبيع و الوقف (٦) يعنى و المحكى عن جماعة ، أنّ المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافية لخيار البايع (٧) اى فى مسألة وجوب الزكاة على المشتري بعد الحول ، اذا اشترى النصاب بخيار للبايع ، مثلا اذا اشترى اربعين شاة مع خيار للبايع ، وجب عليه الزكاة بعد الحول ، و ان كان خيار البايع باقيا

من احكام الخيار، عدم جواز تصرف غير ذي الخيار ٩

حيث قال فى الجامع (١) : و ينتقل المبيع بالعقد و انقضاء الخيار . و قيل : بالعقد ، و لا ينفذ تصرف المشتري فيه (٢) حتى ينقض خيار البايع و ستجيبُ عبارة الدروس . هذا و لكن (٣) خلاف الشيخ و ابن سعيد مبنى على عدم قولهما بتملك المبيع قبل انقضاء الخيار ، فلا يعدّ مثلهما مخالفا فى المسئلة ، و الموجود فى ظاهر كلام المحقق فى الشرائع (٤) جواز الرهن فى زمن الخيار ، سواء كان الخيار للبائع او المشتري او لهما بل ظاهره (٥) عدم الخلاف فى ذلك (٦) بين كل من قال : بانتقال الملك بالعقد ، و كذا ظاهره (٧) فى باب الزكاة (٨)

(١) ، (الجامع) ليحيى بن سعيد (ره) ، (٢) يرجع الضمير الى المبيع (٣) يعنى و لكن كون الشيخ و ابن سعيد مخالفين فى المسئلة ، مبنى على عدم قولهما بتملك المبيع قبل انقضاء الخيار ، فحينئذ لا يعدّ مثلهما مخالفا فى المسئلة (٤) قال فى الجزء الثانى من الشرايع ، ص ٧٧ : و يصحّ الرهن فى زمان الخيار ، سواء كان للبائع او للمشتري او لهما ، لانتقال المبيع بنفس العقد على الأشبه ، انتهى . و قال فى المسالك فى ص ٢٢٧ فى شرح قول المحقق : مقتضى التعليل ، أنّ الراهن هو المشتري ، بناء على انتقال الملك اليه و ان كان ثمّ خيار ، خلافا للشيخ (ره) حيث حكم بعدم انتقال الملك اليه لو كان الخيار للبائع او لهما ، و يشكل حينئذ جواز رهن المشتري فى الصورتين ، و ان قلنا بملكه لما فيه من التعرض لابطال حقّ البايع ، انتهى (٥) يرجع الضمير الى كلام المحقق (٦) اشارة الى جواز الرهن (٧) اى ظاهر كلام المحقق (٨) قال فى الجزء الأول من الشرايع ، ص ١٤١ فى باب الزكاة : و لو اشترى نصابا ←

حيث حكم بوجوب الزكاة (١) في النصاب المملوك ، ولو مع ثبوت الخيار نعم استشكل فيه (٢) في المسالك في شرح المقامين (٣) على وجه يظهر منه أنّ المصنف معترف بمنشأ الاشكال ، وكذا (٤) ظاهر كلام القواعد في

→ جرى في الحول من حين العقد ، لا بعد الثلاثة ، ولو شرط البايع او هما خيارا زائدا على الثلاثة ، بنى على القول بانتقال الملك ، والوجه انه من حين العقد . وقال في المسالك في شرح قول العلامة ، ص ٥١ : ويشكل بأن الخيار متى كان للبايع او لهما ، منع المشتري من التصرفات المنافية للخيار ، كالبيع والهبة والرهن والاجارة ونحوها ، وذلك ينافي تمامية الملك ، فيصير كالوقف ونحوه مما يبيح التصرف بالانتفاع دون النقل عن الملك ، ويتّجه هنا قول الشيخ ، انتهى (١) وحاصل هذه العبارة ، أنّ المحقق حكم بوجوب الزكاة بعد الحول في النصاب الذي اشتراه من البايع ، مثلا اذا اشترى اربعين شاة مع ثبوت الخيار للبايع وجب الزكاة على المشتري بعد الحول وان كان خيار البايع باقيا ، فإنّ وجوب اخراج الزكاة ، تصرف في المبيع في زمان خيار البايع ، ويؤيده ما ذكره في الجواهر، ج ١٥ ص ٣٩ بقوله : بل صرح غير واحد بوجوب الزكاة بعد الحول ، وان كان الخيار باقيا ، انتهى (٢) الضمير يرجع الى كلام المحقق (٣) احد المقامين ، جواز الرهن في زمان الخيار في باب الرهن ، و ثانيهما ، الحكم بوجوب الزكاة في النصاب المملوك في باب الزكاة (٤) يعني كلام القواعد ايضا ظاهر في جواز الرهن في زمان الخيار

باب الرهن، وان اعترض عليه جامع المقاصد بما مر من المسالك، لكن
(١) صريح كلامه في التذكرة في باب الصرف، جواز التصرف، وكذا (٢)
صريح كلام الشهيد في الدروس، حيث قال في باب الصرف: لو باع
احدهما ما قبضه على غير صاحبه قبل التفرق، فالوجه الجواز، وفاقا
للفاضل. ومنعه (٣) الشيخ قدس سره، لانه (٤) يمنع الآخر من خياره
ورد (٥) باننا نقول: ببقاء الخيار، انتهى (٦) وصرح في المختلف في

(١) يعني كلام العلامة في القواعد، ظاهر في جواز الرهن في زمان
الخيار، لكن كلامه في التذكرة، صريح في جواز التصرف في زمان الخيار
(٢) يعني كلام الشهيد في الدروس، ايضا صريح في جواز التصرف في
زمان الخيار، حيث قال في باب الصرف: لو باع احدهما ما قبضه على غير
صاحبه، مثلا باع المشتري ما قبضه على شخص آخر غير الباع قبل التفرق
فالوجه، الجواز، وفاقا للفاضل (٣) اي ومنع جواز البيع، الشيخ
الطوسي (ره)، لان البيع يمنع الآخر من خياره، فلا يخفى، ان هذا
القول من الشيخ، ليس مخالفا لقوله الذي نقله المصنف في ج ٩ ص ١٧١
بقوله: * حيث جوز للمتصارفين، تباع النقدين ثانيا في مجلس الصرف
لان مراده هناك، هو سقوط خيارهما بقصد هما البيع المقارن له، اما
هنا، ان خيار الطرف الآخر باق، فلذا قال هنا: ان بيع احدهما يمنع
الآخر من خياره (٤) الضمير يرجع الى البيع (٥) اي رد صاحب الدروس
منع الشيخ (ره) باننا نقول: ببقاء الخيار وانه لا يسقط خياره، فانه اذا
فسخ، رجع الى بدله (٦) اي انتهى كلام الشهيد في الدروس

باب الصرف، بأن له (١) ان يبيع ماله من غير صاحبه، ولا يبطل حق خيار الآخر، كما لو باع المشتري في زمان خيار البايع، وهو (٢) ظاهر اللمعة (٣) بل صريحها في مسألة رهن ما فيه الخيار، وان شرحها في الروضة بما لا يخلو عن تكلف، هذا. ويمكن (٤) ان يقال: ان قول الشيخ ومن تبعه بالمنع، ليس منشأه (٥) القول بعدم انتقال المبيع

(١) يعنى بأن لأحد المتبايعين ان يبيع ما قبضه من غير صاحبه، و لا يبطل خيار الآخر، فاذا فسخ الآخر، رجع الى بدله، كما لو باع المشتري في زمان خيار البايع (٢) يرجع الضمير الى جواز التصرف (٣) قال فى اللمعة، ص ١١٨ : * ويصح الرهن فى زمن الخيار و ان كان للبائع، لانتقال المبيع بالعقد، على الأقوى * و ظاهره، أنه يجوز للمشتري ان يرهن المبيع، ولو كان فى زمان خيار البايع، و حمله فى الروضة على اخذ الراهن الرهن من المشتري على الثمن الذى فى ذمته فيكون المراد، أنه يجوز ذلك لاشتغال ذمته به، بناء على انتقال المبيع بمجرد العقد، بخلافه على مذهب الشيخ (ره)، فان الثمن حينئذ ليس بثابت، فلا يجوز اخذ الرهن عليه، فلا يخفى، ان هذا الحمل و الشرح من الروضة، بعيد عن عبارة اللمعة و ليس خاليا عن تكلف، فراجع الى الروضة و الى ما شرحه السلطان (ره)، (٤) قال المصنف (ره) فيما تقدم ص ٩ بقوله : * ولكن خلاف الشيخ و ابن سعيد، مبنى على عدم قولهما بتملك المبيع قبل انقضاء الخيار، فلا يعدّ مثلهما مخالفا فى المسئلة * و قال هنا : (يمكن ان يقال : ان قول الشيخ و من تبعه بالمنع، الخ) فالظاهر ان قوله (و يمكن ان يقال، الخ) ردّ لكلامه المتقدم فى ص ٩ (٥) يرجع ←

من احكام الخيار، عدم جواز تصرف غير ذي الخيار ١٣

و متفرعا عليه (١) و الا (٢) لم يكن وجه لتعليل المنع عن التصرف بلزوم ابطال حق الخيار، بل المتعين حينئذ الاستناد الى عدم حصول الملك مع وجود الخيار، بل لعلّ القول بعدم الانتقال منشأه (٣) كون المنع عن التصرف مفروغا عنه عندهم، كما يظهر (٤) من بيان مبنى هذا الخلاف (٥) فى الدروس قال فى تملك المبيع بالعقد او بعد الخيار بمعنى الكشف (٦) او النقل، خلاف، مأخذه (٧) ان الناقل العقد والغرض بالخيار الاستدراك وهو (٨) لا ينافيه

→ الضمير الى المنع (١) اى وليس المنع متفرعا على عدم انتقال المبيع (٢) يعنى وان كان منشأ المنع القول بعدم انتقال المبيع، لم يكن وجه لتعليل المنع عن التصرف بلزوم ابطال حق الخيار، بل المتعين حينئذ فى المنع، الاستناد الى عدم حصول الملك مع وجود الخيار (٣) الضمير يرجع الى القول بعدم الانتقال (٤) اى كما يظهر منشأه كون المنع عن التصرف مفروغا عنه عندهم من بيان مبنى هذا الخلاف فى الدروس (٥) فالمراد بالخلاف، هو الخلاف بين الشيخ الطوسى والمشهور، فان تملك المبيع بالعقد، هو قول المشهور، و تملكه بانقضاء الخيار، هو قول الشيخ ومن تبعه (٦) يعنى على فرض تملك المبيع بانقضاء الخيار، هل ان انقضاء الخيار كاشف عن حصول الملك من حين العقد، او ناقل للملك من حين الانقضاء؟ (٧) يعنى مأخذ الخلاف، ان الناقل للملك هو العقد والغرض بالخيار الاستدراك والتروى والتفكر حتى ان صاحب الخيار اذا رجح ان هذه المعاملة ليست مصلحة له، فسخ ورد واسترد (٨) الضمير يرجع الى الخيار، والضمير المفعول فى قوله (لا ينافيه)

وأن غاية الملك (١) التصرف الممتنع في مدة الخيار ، انتهى (٢) وظاهر هذا (٣) الكلام كالمقدم (٤) عن جامع ابن سعيد ، كون امتناع التصرف في زمن الخيار مسلماً بين القولين ، إلا أن يراد به (٥) نفوذ التصرف على وجه لا يملك بطلانه بالفسخ ولا يتعقبه (٦) ضمان العين بقيمتها عند

الفسخ

→ يرجع الى النقل بالعقد (١) قوله (أن غاية الملك) عطف على قوله (أن الناقل العقد) ، يعني مأخذه ، أن غاية الملك ، التصرف الذي امتنع في مدة الخيار ، وحيث امتنع التصرف في مدة الخيار ، فلا ملك في زمان الخيار ، فمأخذ عدم انتقال المبيع بالعقد ، هو كون التصرف ممتنعاً (٢) أي انتهى ما ذكره في الدروس (٣) إشارة الى التصرف الممتنع في مدة الخيار (٤) الكلام المتقدم في ص ٩ عن الجامع هو قوله (ولا ينفذ تصرف المشتري فيه حتى ينقضى خيار البايع) يعني ، وظاهر هذا الكلام من الدروس وما تقدم عن جامع ابن سعيد ، كون امتناع التصرف في زمن الخيار مسلماً بين القولين ، أحدهما : قول المشهور ، وهو تملك المبيع بالعقد ، و ثانيهما : قول الشيخ و من تبعه ، وهو تملك المبيع بانقضاء الخيار (٥) وحاصله : قوله (إلا أن يراد ، الخ) أن المراد من امتناع التصرف ، هو امتناع نفوذ التصرف على وجه لا يملك صاحب الخيار بطلانه بالفسخ وعلى وجه لا يتعقبه ضمان العين بقيمتها عند الفسخ ، فإذا تصرف المشتري في المبيع على وجه يملك صاحب الخيار بطلانه بالفسخ ، فليس هذا التصرف ممتنعاً ، وكذا إذا أتلّف المشتري المبيع على وجه يتعقبه ضمان بقيمتها عند فسخ ذي الخيار ، فليس هذا أيضاً بمتنع (٦) قوله ←

والتصرف (١) فى زمن الخيار على القول بجوازه معرض لبطلانه عند الفسخ ، او مستعقب للضمان لا محالة ، وهذا الاحتمال (٢) وان بعد عن ظاهر عبارة الدروس ، الا انه يقربه (٣) انه قدس سره ، قال بعد اسطر : ان فى جواز تصرف كل منهما مع اشتراك الخيار ، وجهين . و الحاصل ، ان كلمات العلامة و الشهيد ، بل وغيرهما قدس سرهم فى هذا المقام لا يخلو ، بحسب الظاهر ، عن اضطراب ، ثم ان الظاهر ، عدم الفرق بين العتق وغيره من التصرفات . وربما يظهر من كلمات بعضهم تجويز العتق (٤) لبنائه على التغليب ، وكذا الظاهر عدم الفرق بين الاتلاف و التصرفات الناقلة . و اختار بعض افاضل من عاصرناهم ، الفرق بالمنع من الاتلاف و تجويز غيره (٥)

→ (لا يتعقبه) عطف على قوله (لا يملك) ، (١) و التصرف على هذا الاحتمال فى زمن الخيار على القول بجوازه ، معرض لبطلانه عند فسخ ذى الخيار ، اذا كان التصرف غير متلف ، و مستعقب للضمان لا محالة ، اذا كان التصرف متلفا (٢) فالمراد من هذا الاحتمال ، هو قوله (الا ان يراد به ، الخ) ، (٣) حاصل هذه العبارة ، ان صاحب الدروس تكلم فى المقامين ، احدهما فى نفوذ التصرف ، و ثانيهما فى اصل التصرف ، فهو فى مقام الأول نفي نفوذ التصرف ، و فى مقام الثانى تكلم فى اصل التصرف فلذا قال بعد اسطر : ان فى جواز تصرف كل منهما مع اشتراك الخيار وجهين (٤) يعنى اذا اشترى عبدا مع الخيار ، كان للمشتري ان يعتقه لا ان يبيعه ، لبناء العتق على التغليب ، لان فى نظر هذا البعض ، ان التصرفات فى زمان الخيار ممنوعة الا العتق (٥) فالمراد من الغير ، غير

لكن مع انفساخه (١) من اصله عند فسخ ذى الخيار ، وقيل : بانفساخه (٢) من حينه . حجة القول بالمنع (٣)

→ الاتلاف الذى هو التصرف الناقل (١) اى لكن مع انفساخ الغير الذى هو الناقل من اصله ، مثلا اذا باع بكر سيّارة من زيد بخيار لبكر فى يوم الجمعة ، ثم باع زيد السيّارة من عمرو ، وفسخ بكر العقد فى يوم السبت ، انفسخ البيع الأول من يوم الجمعة ويستلزم انفساخ العقد الثانى ايضا ، وقيل : بانفساخه من حينه ، فحينئذ يفسخ العقد الأول من السبت ويستلزم انفساخ العقد الثانى من السبت ايضا (٢) يرجع الضمير فى (انفساخه) الى الغير الذى هو الناقل ، وفى (حينه) الى الفسخ (٣) فالمستفاد ممّا ذكره المصنف ، ان الأقوال فى المسئلة ستّة :
 * احدها * : المنع ، وهو قول الشيخ الطوسى ومن تبعه ، و * ثانيها * : الجواز مطلقا ، فهو المستفاد من عبارة الشرايع والتذكرة ، و * ثالثها * : الفرق بين العتق وغيره ، بالجواز فى الأول وعدم الجواز فى الثانى ، و * رابعها * : الفرق بين الاتلاف وغيره ، بالمنع فى الأول ، والجواز فى الثانى ، لكن مع انفساخه من اصله عند فسخ ذى الخيار ، و * خامسها * : الفرق بين الاتلاف وغيره ، بالمنع فى الأول ، والجواز فى الثانى مع انفساخه من حين الفسخ عند فسخ ذى الخيار ، و * سادسها * : الفرق بين الخيارات الأصلية والخيارات المجعولة بالشرط ، بالجواز فى الاولى والمنع فى الثانية ، ويظهر من المصنف الميل الى القول الأخير ، حيث سيذكر فى ص ٢٢ بقوله (فالجواز لا يخلو عن قوّة فى الخيارات الأصلية ، و اما الخيارات المجعولة بالشرط ، الخ)

انّ الخيار (١) حقّ بتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث ارجاعهما بحلّ العقد الى ملكهما السابق ، فالحقّ بالأخرة متعلق بالعين التى انتقلت منه (٢) الى صاحبه ، فلا يجوز (٣) ان يتصرف فيها (٤) بما يبطل ذلك الحق باتلافها او نقلها الى شخص آخر ، ومنه (٥) يظهر ، انّ جواز الفسخ مع التلف بالرجوع الى البدل ، لا يوجب جواز الاتلاف ، لانّ الحق متعلق بخصوص العين ، فاتلافها اتلاف لهذا الحق

(١) فلا يخفى ، انّ حقّ الخيار ، هل يتعلق بالعقد ، او يتعلّق بالعين او يتعلق بالعقد المقيّد بالعين ؟ فعلى الأول ، جاز تصرف غير ذى الخيار فى زمان خيار ذى الخيار ، لانّ حقّ الخيار سلطنة على فسخ العقد مطلقا ، اى سواء كان العين موجودة ، ام لا ، وعلى الثانى والثالث لا يجوز تصرف غير ذى الخيار ، لانّ حقّ الخيار يتعلق بالعين بنفسها ، او يتعلق بالعين بالمآل ، فما ذكره المصنف (ره) حجةً للقول بالمنع ، هو الأخير ، حيث انه قال : انّ الخيار ، حقّ يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين ، الى ان قال : فالحقّ بالأخرة متعلق بالعين التى انتقلت منه الى صاحبه ، فهذا البيان يفيد انّ حقّ الخيار يتعلق بالعين بالمآل (٢) الضمير يرجع الى ذى الخيار (٣) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى صاحب ، المضاف الى الضمير ، وهو غير ذى الخيار (٤) اى فى العين (٥) يعنى ما ذكر ، من انّ الحقّ بالأخرة متعلق بالعين التى انتقلت منه الى صاحبه ، فلا يجوز ان يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق ، يظهر انّ جواز الفسخ مع التلف بالرجوع الى البدل ، لا يوجب جواز الاتلاف

وان انتقل (١) الى بدله لو تلف بنفسه ، كما أنّ تعلق حقّ الرهن ببدل العين المرهونة بعد تلفها لا يوجب (٢) جواز اتلافها على ذى الحق ، و الى ما ذكر يرجع ما فى الايضاح من توجيه (٣) بطلان العتق فى زمن الخيار بوجوب صيانة حق البايع فى العين المعيّنة عن الابطال (٤) ، و يؤيد ما ذكرنا (٥) أنّهم حكموا من غير خلاف يظهر منهم ، بأنّ التصرف الناقل اذا وقع باذن ذى الخيار سقط خياره ، فلو لم يكن حقّا متعلقا بالعين ، لم يكن ذلك موجبا لسقوط الخيار ، فان تلف العين (٦) لا ينافى بقاء الخيار ، لعدم منافاة التصرف ، لعدم الالتزام بالعقد و ارادة الفسخ (٧) بأخذ القيمة ، هذا غاية ما يمكن ان يقال فى توجيه المنع (٨)

(١) الضمير المستتر يرجع الى الحق (٢) قوله (لا يوجب) خبر لـ (أنّ) فى قوله (كما أنّ) ، (٣) قوله (من توجيه) بيان لـ (ما) ، (٤) قوله (عــــن الابطال) متعلق بـ (صيانة) ، (٥) فالمراد من قوله (ما ذكرنا) هو أنّ حقّ الخيار بالأخرة متعلق بالعين (٦) فانّ قوله (فانّ تلف العين لا ينافى بقاء الخيار ، لعدم منافاة التصرف ، الخ) علّة لقوله (فلو لم يكن ، الخ) يعنى اذا لم يكن حق الخيار متعلقا بالعين ، لم يسقط خياره بالاذن بالتصرف المتلف ، لأجل أنّه اذا كان حق الخيار متعلقا بالعقد لا بالعين لم تحصل المنافاة بين التصرف المتلف باذن ذى الخيار و بين عدم الالتزام بالعقد و ارادة الفسخ بأخذ قيمة العين ، أمّا اذا كان حق الخيار متعلقا بالعين ، فيكون بين التصرف المتلف باذنه و بين عدم الالتزام بالعقد و ارادة الفسخ منافاة ، لانه ذهب حقه و سقط باذنه بالتصرف المتلف (٧) (ارادة الفسخ) عطف على قوله (عدم الالتزام) ، (٨) أى فى توجيه منع ←

لكنه لا يخلو عن نظر، فإنّ الثابت من خيار الفسخ، بعد ملاحظة جواز التفاسخ فى حال تلف العينين، هى (١) سلطنة ذى الخيار على فسخ العقد المتمكن فى حالتى وجود العين وفقدها، فلا دلالة فى مجرد ثبوت الخيار (٢) على حكم التصرف جوازا ومنعا، فالمرجع (٣) فيه (٤) ادلة سلطنة الناس على اموالهم. الا ترى (٥) انّ حقّ الشفيع لا يمنع

→ تصرف غير ذى الخيار فى زمان خيار ذى الخيار (١) الضمير يرجع الى خيار الفسخ، فتأنيته باعتبار الخبر، يعنى انّ خيار الفسخ، سلطنة ذى الخيار على فسخ العقد المتمكن من اعماله فى حالتى وجود العين و فقدها، فان كانت موجودة، استردّها، وان كانت غير موجودة، اخذ بدلها (٢) يعنى، فلا دلالة فى مجرد ثبوت الخيار على حكم تصرف غير ذى الخيار جوازا، بان يكون مجرد ثبوت الخيار دالا على جواز تصرف غير ذى الخيار، ومنعا بان يكون مجرد ثبوت الخيار مانعا عن تصرف غير ذى الخيار، فاذا لم يكن دلالة فى مجرد ثبوت الخيار على حكم تصرف غير ذى الخيار، فالمرجع فيه ادلة سلطنة الناس على اموالهم، فانّ ما انتقل الى غير ذى الخيار ماله، فانه مسلط على ما انتقل اليه، لأجل الناس مسلطون على اموالهم، فيجوز تصرفه فيما انتقل اليه (٣)، رجّع رُجوعاً ومُرْجِعاً ومُرْجِعَةً ورُجِعَى ورُجِعَاناً) انصرف وعاد (المرجع) محلّ الرجوع. أسفل الكتف (المنجد) فالمرجع سواء كان مصدرا او محل الرجوع، جيمة مكسورة، لا مفتوحة (٤) يرجع الضمير الى التصرف (٥) قوله (الا ترى انّ حقّ الشفيع، الخ) تنظير على انّ الخيار لا ينافى التصرف فى العين فى زمان خيار ذى الخيار، كما انّ حقّ الشفعة لا يمنع ←

المشتري من نقل العين ، و مجرد الفرق (١) بينهما (٢) بأن الشفعة سلطنة على نقل جديد ، فالملك مستقر قبل الأخذ بها (٣) غاية الأمر تملك الشفيع نقله الى نفسه ، بخلاف الخيار ، فإنها (٤) سلطنة على رفع العقد ، و ارجاع الملك الى الحالة السابقة ، لا يؤثر (٥) فى الحكم

→ المشتري من التصرف فى الحصة التى اشتراها ، مثلا اذا شارك زيد وعمرو فى دار مشاعا ، ثم باع عمرو حصته من بكر ، ثبت حينئذ لزيد حق الشفعة ، بمعنى ان لزيد ان يأخذ من بكر الحصة التى اشتراها من عمرو بتمنئها ، فان هذا الحق لا يمنع المشتري الذى هو بكر من نقل الحصة الى الغير ببيع وغيره ، فان نقله الى الغير ، لا يسقط حق الشفعة ، فاذا باع المشتري الحصة التى اشتراها من عمرو ، فحينئذ للشفيع ان يبطل بيع المشتري وله ان يجيز البيع و يأخذ الشفعة بالبيع الثانى (١) وهم دفع ، اما الوهم ، فانه فرق بين حق الشفعة و حق الخيار ، بان حق الشفعة نقل جديد ، فملك المشتري مستقر قبل الأخذ بالشفعة ، بخلاف حق الخيار ، فانها سلطنة الى انحلال العقد و رفعه و ارجاع الملك الى الحالة السابقة ، و اما الدفع ، فان مجرد ما ذكره المتوهم لا يؤثر ، لانه اذا كان الفرق المذكور مؤثرا فى الحكم المذكور ، يكون الحكم فى الخيار ، عدم جواز تصرف غير ذى الخيار و جواز تصرف المشتري فى العين فى مسئلة الشفعة (٢) اى بين حق الخيار و حق الشفعة (٣) الضمير يرجع الى الشفعة (٤) الضمير يرجع الى الخيار ، و تأنيث الضمير باعتبار تأنيث الخبر (٥) قوله (لا يؤثر) خبر لمبتدأ مقدم ، و هو قوله : مجرد

من احكام الخيار، عدم جواز تصرف غير ذى الخيار ٢١

المذكور (١) مع أنّ الملك (٢) فى الشفعة اولى بالتززل ، لابطالها تصرفات المشتري اتفاقا ، واما حقّ الرهن (٣) فهو من حيث كون الرهن وثيقة يدلّ على وجوب ابقائه (٤) وعدم السلطنة على اتلافه (٥) مضافا الى النص و الاجماع على حرمة التصرف فى الرهن مطلقا (٦) و لو لم يكن

(١) فالمراد من الحكم المذكور ، هو عدم الفرق فى جواز التصرف بين الشفعة و الخيار (٢) قوله (مع أنّ الملك ، الخ) وجه آخر لجواز تصرف غير ذى الخيار فى زمان الخيار ، حاصله : انه اذا تصرف المشتري فى العين بالنقل اللازم فى مسألة الشفعة ، بطل تصرف المشتري بأخذ الشفعة بالاتفاق ، اذ لم يقل احد بالانتقال الى البدل ، بخلاف المقام ، فانّه اذا تصرف غير ذى الخيار فى المبيع مثلا بالنقل اللازم وفسخ صاحب الخيار ، لم يحصل الاتفاق على بطلان تصرف ذى الخيار ، بل بعد الفسخ يرجع الى البدل ، فالملك فى الشفعة اولى بالتززل من جهة الاتفاق على بطلانه على فرض الأخذ بها ، فاذا كان التصرف فى الملك الاولى بالتززل جائزا ، يكون التصرف فى الملك الغير الاولى بالتززل جائزا بطريق اولى (٣) سؤال و جواب ، اما السؤال ، فما الوجه فى المنع عن التصرف فى العين المرهونة ، بخلاف المقام ، و هو جواز تصرف غير ذى الخيار فى المبيع فى زمان خيار ذى الخيار ؟ واما الجواب ، فانّ الوجه هو كون العين المرهونة وثيقة ، و هى لا تتحقق الا بابقائها ، فلا بدّ من الحكم بعدم جواز نقلها ، مضافا الى امكان دعوى أنّ الفارق بينهما وجود الدليل هناك الذى هو النص و الاجماع (٤) الضمير يرجع الى الرهن (٥) الضمير يرجع الى الرهن (٦) اى سواء كان التصرف متلفا و ناقلا ام لا

متلفا ولا ناقلا . واما سقوط الخيار (١) بالتصرف الذى اذن فيه ذو الخيار ، فلدلالة العرف ، لا للمنافاة . والحاصل ، ان عموم :الناس مسلطون على اموالهم (٢) لم يعلم تقييده (٣) بحق يحدث لذى الخيار يزاحم به (٤) سلطنة المالك ، فالجواز لا يخلو عن قوة فى الخيارات الاصلية واما الخيارات المجعولة بالشرط ، فالظاهر (٥) من اشتراطها ارادة ابقاء الملك ليستردّه عند الفسخ ، بل الحكمة (٦)

(١) سؤالٌ وجوابٌ ، اما السؤال ، فانه تقدّم من طرف المانعين ان الوجه فى سقوط الخيار بالتصرف الذى اذن فيه ذو الخيار ، هو المنافاة بين الاذن بالتصرف ، وبين بقاء الخيار ، لان الاذن بالتصرف تفويت لمحل الخيار ، فحينئذ يثبت ان تصرف غير ذى الخيار بدون اذن ذى الخيار غير جائز ، واما الجواب ، فان الوجه فى سقوط الخيار بالتصرف الذى اذن فيه ذو الخيار ، هو دلالة العرف لا المنافاة (٢) يعنى عموم :الناس مسلطون على اموالهم ، شامل لسلطنة غير ذى الخيار على المبيع فى زمان خيار ذى الخيار ، لان المبيع ماله ، وهو مسلط عليه بالتصرف ، ولم يعلم تقييد العموم المذكور بحق يحدث لذى الخيار حتى يزاحم به سلطنة غير ذى الخيار على ما انتقل اليه (٣) الضمير يرجع الى العموم (٤) يرجع الضمير الى الحق (٥) فالظاهر فى الخيارات المجعولة بالشرط ، ارادة المشروط له ابقاء المشروط عليه الملك وعدم تصرفه فيه ليستردّه عند الفسخ (٦) يعنى ، الغرض من جعل الخيار ، هو ابقاء غير ذى الخيار لسلطنة ذى الخيار على العين ، بمعنى ابقائه العين ليستردّه ذو الخيار عند الفسخ ، وهذا الغرض الذى هو ابقاء السلطنة فى الخيارات ←

فى اصل الخيار، هو (١) ابقاء السلطنة على استرداد العين، الاّ أنّها
 (٢) فى الخيارات المجعولة، علّة للجعل، ولا ينافى ذلك بقاء الخيار
 مع التلف، كما لا يخفى . وعليه (٣) فيتعيّن الانتقال الى البدل عند
 الفسخ مع الاتلاف. واما (٤) مع فعل ما لا يسوغ (٥) انتقاله (٦) عن
 المتصرف كالاتيلاذ، ففى تقديم حقّ الخيار لسبقه، او الاستيلاذ لعدم
 اقتضاء الفسخ لردّ العين مع وجود المانع الشرعى كالعقلى، وجهان
 اقويهما الثانى (٧) ومنه (٨) يعلم حكم نقله (٩) عن ملكه (١٠)

→ الأصلية حكمة، فلا يجب الحكم مداره، وهذا الغرض فى الخيارات
 المجعولة علّة فلا بدّ من ابقائها لدوران الحكم مداره، فيكون شرط الخيار
 شرطا لبقاء العين (١) الضمير يرجع الى الحكمة (٢) يرجع الضمير الى
 ابقاء السلطنة، وتأنيث الضمير باعتبار الخبر (٣) الضمير يرجع الى جواز
 التصرف، يعنى على ما ذكرناه من جواز التصرف، فيتعيّن الانتقال الى
 البدل عند الفسخ مع الاتلاف (٤) يعنى، واما مع تصرف غير ذى الخيار
 فى المبيع تصرفا يمنع انتقاله عنه كالاتيلاذ، ففى تقديم حقّ الخيار، او
 الاستيلاذ، وجهان (٥) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى (ما)، (٦) يرجع
 الضمير الى العين، و تذكيره باعتبار كونه مبيعا (٧) فالمراد من الثانى
 هو تقديم حقّ الاستيلاذ (٨) و ممّا ذكرناه من عدم اقتضاء فسخ ذى الخيار
 لردّ العين فى مثل الاستيلاذ يعلم حكم نقله عن ملكه (٩) يرجع الضمير
 الى المبيع، اى العين (١٠) الضمير يرجع الى غير ذى الخيار

وأنه ينتقل الى البدل ، لانه (١) اذا جاز التصرف ، فلا داعى الى اهمال ما يقتضيه التصرف من اللزوم (٢) و تسلط العاقد (٣) الثانى على ماله وهو اللأيح من كلام التذكرة فى باب الصرف ، حيث ذكر : أن صحة البيع الثانى لا ينافى حكمه (٤) ثبوت الخيار (٥) للمتعاقدين ، عدا ما يتخيّل ، من أن (٦) تملكّ العاقد الثانى ، مبنى على العقد الأول ، فاذا ارتفع (٧) بالفسخ و صار (٨) كأن لم يكن ، ولو بالنسبة الى ما بعد الفسخ (٩) كان (١٠) من لوازم ذلك ، ارتفاع ما بنى عليه (١١) من التصرفات والعقود . والحاصل : أن العاقد الثانى (١٢) يتلقى الملك من المشتري الأول ، فاذا فرض الاشترأ (١٣) كان لم يكن ، و ملك (١٤) البايح

(١) الضمير للشأن (٢) قوله (من اللزوم) بيان لـ (ما) ، (٣) قوله (تسلط العاقد الثانى) عطف على قوله (اللزوم) فالمراد من العاقد الثانى ، هو المشتري الثانى (٤) يرجع الضمير الى صحة البيع الثانى ، والمراد من حكمه ، هو اللزوم (٥) قوله (ثبوت الخيار) فاعل لقوله (لا ينافى) ، (٦) قوله (من أن تملكّ العاقد الثانى ، الخ) بيان لـ (ما) ، (٧) يرجع الضمير المستتر الى العقد الأول (٨) اسم (صار) مستتر يرجع الى العقد الأول (٩) فلا يخفى ، أنه اذا فسخ صاحب الخيار ، فإنهم اختلفوا فى أن العقد ينحلّ من حين العقد ، او من حين انشاء الفسخ ، فهذا المتخيّل ، قال : أن العقد يرتفع وينحلّ ، ولو قلنا بارتفاع العقد بعد الفسخ (١٠) قوله (كان) جواب شرط لـ (اذا) ، (١١) الضمير يرجع الى العقد الأول (١٢) فالمراد من العاقد الثانى ، هو المشتري الثانى (١٣) فالمراد من الاشترأ هو الاشترأ الأول (١٤) قوله (ملك) عطف على قوله (فرض)

الأول العين بالملك السابق قبل البيع ، ارتفع (١) بذلك (٢) ما استند اليه من العقد الثانى . ويمكن (٣) دفعه ، بأن تملك العاقد الثانى ، مستند الى تملك المشتري له (٤) آنامًا ، لأن مقتضى سلطنته فى ذلك الآن صحة جميع ما يترتب عليه (٥) من التصرفات (٦) واقتضاء الفسخ لكون العقد كأن لم يكن بالنسبة الى ما بعد الفسخ ، لأنه رفع للعقد الثابت . وقد ذهب المشهور الى أنه لو تلف احد العوضين قبل قبضه (٧) وبعد بيع العوض الآخر المقبوض ، انفسخ البيع الأول

(١) قوله (ارتفع) جواب شرط لـ (اذا) يعنى اذا فرض العقد الأول كأن لم يكن ، و ملك البايح الأول العين بالملك السابق قبل العين ، ارتفع العقد الثانى بذلك (٢) اشارة الى فرض الاشتراء كأن لم يكن ، و تملك البايح الأول للعين بالملك السابق (٣) اى ويمكن دفع ما يتخيل ، بأن تملك العاقد الثانى بالاشتراء الثانى ، مستند الى تملك المشتري الأول للمبيع ولو آنامًا ، لأن مقتضى سلطنة المشتري الأول فى ذلك الآن صحة جميع ما يترتب عليه من التصرفات ومنها بيعه الى العاقد الثانى ، فحينئذ ارتفع بفسخ البايح الأول العقد الأول ، دون الثانى ، و يتعين الانتقال الى البدل عند الفسخ و يأخذ البايح البدل من المشتري الأول (٤) يرجع الضمير الى العين ، و تذكير الضمير باعتبار أن العين مؤنث غير حقيقى ، او يرجع الى المبيع (٥) الضمير يرجع الى تملك المشتري (٦) قوله (من التصرفات) بيان لـ (ما) ، (٧) مثلا اذا باع زيد كتابه من بكر بثوب معين ثم اقبض الكتاب و باع بكر الكتاب من عمرو ، و تلف الثوب قبل قبضه ، انفسخ البيع الأول ، دون الثانى و استحق زيد بدل الكتاب من المشتري الأول ←

دون الثاني، واستحق (١) بدل العوض المبيع (٢) ثانياً على من باعه
والفرق (٣) بين تزلزل العقد من حيث أنه امر اختياري كالخيار، او امر
اضطراري كتلف عوضه (٤) قبل قبضه ، غير مجد (٥) فيما نحن بصدده ، ثم
(٦) أنه لا فرق بين كون العقد الثاني لازماً او جائزاً ، لأن جواز العقد
يوجب سلطة العاقد على فسخه ، لا سلطة الثالث (٧) الأجنبي . نعم (٨)

→ الذي هو بكر في المثال (١) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى الشخص
الذي تلف احد العوضين في يده (٢) ، (المبيع) صفة لـ (العوض) ، قوله
(على) في قوله (على من باعه) متعلق بـ (استحق) ، (٣) وهم و دفع ، أما
الوهم : فإن التلف قبل القبض امر اضطراري للانفساخ ، وفسخ ذي الخيار
امر اختياري لارتفاع العقد ، فالفرق بينهما واضح ، وأما الدفع : فذكره
المصنف بقوله : و الفرق بين تزلزل العقد ، الخ (٤) اي كتلف احد
العوضين قبل قبضه (٥) قوله (غير مجد) خبر لمبتدأ مقدّم و هو قوله
(الفرق) ، (٦) ثم بعد عدم ارتفاع العقد الثاني بفسخ العقد الأول ، أنه
لا فرق بين كون العقد الثاني لازماً كالبيع اللازم ، او جائزاً كالبيع مع
الخيار للبايع الثاني ، فإنه اذا فسخ البايع الأول لم يسترد العيّن
لأن جواز العقد يوجب سلطة البايع الثاني على فسخه ، لا سلطة الثالث
و هو البايع الأول الأجنبي عن العقد الثاني (٧) و هو البايع الأول ، فإنه
اجنبي بالنسبة الى العقد الثاني (٨) قوله (نعم ، يبقى هنا ، الخ)
استدراك عما ذكره بقوله (ثم أنه لا فرق ، الخ) وحاصله : أنه يبقى في
العقد الثاني الجائز ، الزام البايع الأول البايع الثاني بفسخ العقد
الثاني الجائز ، بناءً على أن البديل للحيلولة في صورة تعدد المبدل ، و

يبقى هنا (١) الزام العاقد بالفسخ ، بناء على أنّ البدل للحيلولة ، و هي (٢) مع تعدّد المبدل ، ومع التمكن (٣) يجب تحصيله ، إلا ان يقال (٤) باختصاص ذلك بما اذا كان المبدل المتعذر باقيا على ملك مستحق البدل ، كما في المغصوب الآبق ، أما فيما نحن فيه ، فإن العين ملك

→ مع عدم تعدّره يجب تحصيله ، فإنّ المبدل فيما نحن فيه ليس متعدّرا لأنّ العقد الثاني كان جائزا ، فله الزام البايع الثاني بالفسخ (١) اشارة الى كون العقد الثاني جائزا (٢) يرجع الضمير الى الحيلولة (٣) اي مع التمكن من المبدل يجب تحصيله ، وفيما نحن فيه تحصيل المبدل ممكن لأنّ العقد جائز ، فللبايع الأول الزام البايع الثاني بالفسخ (٤) قوله (إلا ان يقال ، الخ) ردّ للاستدراك المذكور ، وهو قوله (نعم ، يبقى هنا الخ) وحاصله : أنّ اختصاص ذلك بما اذا كان المبدل المتعذر باقيا على ملك مستحق البدل ، كما في العبد المغصوب الآبق ، فانه اذا تمكّن الغاصب من العبد الآبق ، وجب تحصيله و الزام المالك الغاصب على تحصيل العبد و ردّه عليه ، أما فيما نحن فيه ، فإنّ العين ملك للمشتري الثاني ، لا للبايع الفاسخ ، و الفسخ ليس مؤثرا في عود العين اليه ، لأن مقتضاه خروج المعوض عن ملك من يدخل العوض في ملكه ، وفيما نحن فيه ، أنّ المعوض اذا فرض عوده ، يخرج عن ملك المشتري الثانى و العوض يدخل في ملك المشتري الأول ، فلا يمكن ان يؤثر فسخ العقد الأول في عود نفس العين ، و اذا لم يكن عودها فهي تعدّ تالفة ، فلا بدّ من ان يؤثر الفسخ في استقرار بدلها على المشتري الأول ، و لا وجه لالزامه بتحصيلها مع فرض كونها ملكا لغير المشتري الأول المفسوخ عليه

للعاقد الثاني (١) والفسخ إنما يقتضى خروج المعوض عن ملك من يدخل فى ملكه العوض، وهو (٢) العاقد الأول (٣) فيستحيل (٤) خروج المعوض عن ملك العاقد الثاني، فيستقر بدله (٥) على العاقد الأول، ولا دليل (٦) على الزامه بتحصيل المبدل مع دخوله فى ملك ثالث، وقد مرّ بعض الكلام (٧) فى ذلك فى خيار الغبن. هذا ولكن (٨) قد تقدّم أنّ ظاهر عبارة الدروس والجامع، الاتفاق على عدم نفوذ

(١) فالمراد من العاقد الثاني، هو المشتري الثاني (٢) الضمير يرجع الى (من)، (٣) فالمراد من العاقد الأول، هو المشتري الأول (٤) يعنى فيستحيل خروج المعوض عن ملك المشتري الثاني، فاذا يستحيل خروج المعوض عن ملك المشتري الثاني، فحينئذ اذا فسخ البايع الأول استقرّ بدله على المشتري الأول (٥) يرجع الضمير الى المعوض (٦) اى و لا دليل على الزام البايع الأول، البايع الثاني بتحصيل المبدل مع دخوله فى ملك المشتري الثاني (٧) اى وقد مرّ بعض الكلام فى ذلك فى خيار الغبن فى تصرف الغابن، ج ٧، ص ٣٩٥ بقوله: ثمّ أنّ مقتضى ما ذكرنا جريان الحكم فى خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائز لأنّ معنى جوازه تسلط احد المتعاقدين على فسخه، أمّا تسلط الأجنبيّ وهو المغبون، فلا دليل عليه، الخ (٨) فلا يخفى، أنّ غرض المصنف (ره) من ذكر قوله (ولكن قد تقدّم، الخ) هو الاستشكال على ما ذكر من كون مقتضى القاعدة، نفوذ تصرف غير ذى الخيار. وحاصل الاستشكال: أنّ مقتضى القاعدة وان كان ما ذكر، إلا أنّ ظاهر عبارة الدروس والجامع، الاتفاق على عدم نفوذ تصرف غير ذى الخيار فى زمن الخيار، فحينئذ

التصرفات الواقعة فى زمان الخيار، و توجيهه (١) بارادة التصرف على وجه لا يستعقب الضمان ، بان يضمنه ببذله بعد فسخ ذى الخيار، بعيد (٢) جداً . ولم يظهر ممن تقدم نقل القول (٣) بالجواز عنه الرجوع الى البدل ، الا فى مسألة العتق و الاستيلاء ، فالمسئلة فى غاية الاشكال ثم على القول بانفساخ العقد الثانى ، فهل يكون من حين فسخ الأول ، او من اصله ؟ (٤) قولان

→ يشكل الأخذ بمقتضى القاعدة التى هو نفوذ التصرف (١) و توجيهه عدم نفوذ التصرف الذى ذكره فى الدروس و الجامع ، بأن مرادهما ، أنّ التصرف الذى لا يستعقب الضمان بالبدل بعد فسخ ذى الخيار ليس بنافذ ، و أنّ التصرف الذى يستعقب الضمان بالبدل بعد فسخ ذى الخيار نافذ ، بعيد جداً (٢) قوله (بعيد) خبر لمبتدأ مقدّم ، و هو قوله (توجيهه) ، (٣) ، (نقل القول) فاعل لقوله (تقدّم) و الضمير فى قوله (عنه) يرجع الى (من) ، و قوله (الرجوع) فاعل لقوله (يظهر) ، (٤) اى هل يكون انفساخ العقد الثانى من حين فسخ العقد الأول ، او من اصل العقد الأول ؟ مثلاً باع المشتري ما فيه خيار البايح يوم الخميس و فسخ العقد الأول يوم السبت ، فهل يكون انحلال العقد الأول من يوم السبت الذى هو زمان الفسخ ، او من يوم الخميس الذى هو يوم العقد الأول قولان ، اختار ثانيهما بعض افاضل المعاصرين ، محتجاً بأن مقتضى الفسخ ، تلقى كلّ واحد من المتعاقدين ، كلّ واحد من العوضين من ملك كلّ منهما ، فلا يجوز ان يتلقى الفاسخ الملك من المشتري الثانى ، بل لابد من انفساخ العقد الثانى بفسخ العقد الأول و رجوع العين الى ملك ←

اختار ثانيهما بعض افاضل المعاصرين (١) محتجاً ، بأن مقتضى الفسخ تلقى كل من العوضين (٢) من ملك كل من المتعاقدين ، فلا يجوز ان يتلقى الفاسخ الملك من العاقد الثاني (٣) بل لابد من انفساخ العقد الثاني بفسخ الأول (٤) ورجوع العين الى ملك المالك الأول (٥) ليخرج منه (٦) الى ملك الفاسخ ، الا ان يلتزم (٧) بأن ملك العاقد الثاني الى وقت الفسخ ، فتلقى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الأول (٨)

→ المشتري الأول لتخرج من ملكه الى ملك الفاسخ (١) فالمراد من بعض افاضل المعاصرين ، هو صاحب المقاييس على ما نقل (٢) ، (تلقى) اضافة الى المفعول ، وفاعله محذوف ، يعنى محتجاً ، بأن مقتضى الفسخ تلقى كل واحد من المتعاقدين ، كل واحد من العوضين من ملك كل من المتعاقدين (٣) فالمراد من العاقد الثاني ، هو المشتري الثاني (٤) اى بفسخ العقد الأول (٥) فالمراد من المالك الأول ، هو المشتري الأول (٦) يرجع الضمير الى (ملك) مضاف الى المالك الأول (٧) توهم و دفع ، أما التوهم : فانه يمكن انحلال العقد الأول بالفسخ من دون حاجة الى انحلال العقد الثاني ، لأجل كون صحة العقد الثاني موقّته الى حين انشاء الفسخ ، فاذا فسخ البايح الأول ، العقد الأول ، يكون المبيع حينئذ للمشتري الأول ، فلا مانع من ان يتلقى البايح الأول الملك من المشتري الأول من دون انحلال العقد الثاني ، وأما الدفع : فان التملك الموقت فى الشرع غير معروفة ، فان بعض الأفاضل ذكر التوهم بقوله (الا ان يلتزم ، الخ) وذكر الرد بقوله (بعدم معرفيّة التملك الموقت فى الشرع) فالمراد من العاقد الأول ، هو المشتري الأول

من احكام الخيار، عدم جواز تصرف غير ذى الخيار ٣١

ورده بعدم معرفية التملك الموقت فى الشرع ، فافهم (١) ثم ان المتيقن من زمان الخيار الممنوع فيه (٢) من التصرف على القول به (٣) هو (٤) زمان تحقق الخيار فعلا ، كالمجلس و الثلاثة فى الحيوان و الزمان المشروط فيه الخيار (٥) و اما الزمان الذى لم يتنجز فيه الخيار ، اما لعدم تحقق سببه ، كما فى خيار التأخير (٦) بناء على ان السبب فى ثبوته (٧) تضرر البايع بالصبر الى ازيد من الثلاث ، و اما (٨) لعدم تحقق شرطه (٩) كما فى بيع الخيار بشرط رد الثمن ، بناء على كون الرد شرطا للخيار (١٠) و عدم تحققه قبله (١١) و كاشتراط الخيار فى زمان متأخر (١٢) ففى جواز التصرف (١٣) قبل تنجّز الخيار خصوصا فيما لم يتحقق سببه

(١) لعلّه اشارة الى وجود التملك الموقت فى الشرع ، كالوقف المنقطع ، و هو ما اذا وقف على من ينقرض (٢) الضمير يرجع الى زمان الخيار (٣) الضمير يرجع الى الممنوع من التصرف (٤) مرجع الضمير هو المتيقن (٥) كأن يشترط ان يكون له الخيار الى ثلاثة ايام (٦) يعنى ، ان خيار التأخير يحدث بعد انقضاء ثلاثة ايام (٧) يرجع الضمير الى خيار التأخير (٨) قوله (اما لعدم تحقق شرطه) عطف على قوله (اما لعدم تحقق سببه) ، (٩) يرجع الضمير الى الخيار (١٠) مثلا باع داره و يشترط الخيار برد الثمن فان الرد يؤخذ قيذا للخيار ، فحينئذ لا خيار قبل رد الثمن و يكون مدة الخيار منفصلة دائما عن العقد (١١) يرجع الضمير الى الرد (١٢) مثلا باع المتاع و شرط الخيار فى اربعة ايام بعد ثلاثة ايام (١٣) اى ففى جواز تصرف غير ذى الخيار قبل تنجّز الخيار خصوصا فيما لم يتحقق سببه
كخيار التأخير ، وجهان

وجهان ، من أنّ المانع (١) عن التصرف هو تزلزل العقد ، وكونه (٢) في معرض الارتفاع وهو موجود هنا ، وان لم يقدر ذو الخيار على الفسخ حينئذ ، ومن أنّه (٣) لا حقّ بالفعل لذى الخيار ، فلا مانع من التصرف ويمكن الفرق (٤) بين الخيار المتوقف على حضور الزمان ، والمتوقف على شئ آخر ، كالتأخير والرؤية على خلاف الوصف ، لأنّ (٥) ثبوت الحق في الأول معلوم وان لم يحضر زمانه ، بخلاف الثاني (٦) ولذا (٧) لم يقل احد بالمانع من التصرف في احد من العوضين قبل قبض الآخر

(١) قوله (من أنّ المانع عن التصرف ، الخ) وجه لعدم جواز التصرف (٢) قوله (كونه) عطف على قوله (المانع) ، (٣) قوله (من أنّه لا حقّ ، الخ) وجه لجواز التصرف (٤) اي ويمكن التفصيل والفرق بين الخيار المتوقف على حضور الزمان ، كأن يشترط الخيار في اربعة ايام بعد خمسة ايام ، وبين الخيار المتوقف على شئ آخر ، كخيار الرؤية على خلاف الوصف وخيار التأخير ، بعدم جواز التصرف في الأول ، وجواز التصرف في الثاني (٥) قوله (لأنّ ثبوت الحقّ ، الخ) علّة للفرق بينهما (٦) يعنى أنّ ثبوت الحق في الثاني ، غير معلوم (٧) اي ولأجل أنّه جاز التصرف في صورة عدم معلومية ثبوت الحق ، لم يقل احد بالمانع من التصرف في احد من العوضين قبل قبض الآخر ، مثلا اذا قبض المشتري المبيع ولم يقبض البايع الثمن جاز تصرف المشتري في المبيع ، لأنّ ثبوت حقّ البايع ليس بمعلوم وهو انفساخ العقد بتلف الثمن في يد المشتري

من احكام الخيار، عدم جواز تصرف غير ذي الخيار ٣٣

من جهة (١) كون العقد فى معرض الانفساخ بتلف ما لم يقبض ، وسيجئ ما يظهر منه قوة هذا التفصيل . وعلى كّل حال ، فالخيار المتوقف (٢) تنجزه فعلا على ظهور امر ، كالغبين والعيب والرؤية على خلاف الوصف غير مانع (٣) من التصرف ، بلا خلاف ظاهرا

* فـرعان *

الأول : لو منعنا عن التصرف المتلف فى زمن الخيار ، فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حقّ ذى الخيار من العين ، كوطئ الأمة فى زمان الخيار ، بناء على أنّ الاستيلاد مانع من ردّ العين بالخيار ؟ قولان للمانعين (٤) اكثرهم على الجواز ، كالعلامة فى القواعد والشارح فى جامع المقاصد ، وحكى عن المبسوط والغنية والخلاف . لكن (٥) لا يلائم ذلك (٦) القول (٧) بتوقف الملك على انقضاء الخيار

(١) قوله (من جهة) متعلق بقوله (يقل) ، (٢) يعنى جاز تصرف غير ذى الخيار فيما انتقل اليه قبل ظهور الغبن وقبل ظهور العيب وقبل الرؤية ، بلا خلاف ظاهرا ، لأنّ تنجز الخيار فيها متوقف على ظهور الغبن والعيب والرؤية على خلاف الوصف (٣) قوله (غير مانع) خبر لمبتدأ مقدّم ، وهو قوله (فالخيار) ، (٤) اى المانعين الذين منعوا عن التصرف المتلف (٥) قوله (لكن لا يلائم ، الخ) استدراك عن القول بجواز الوطئ الذى حكى عن المبسوط والخلاف ، يعنى لا يلائم تجويز الشيخ الوطئ فى المبسوط والخلاف ، مع قوله : بتوقف الملك على انقضاء الخيار (٦) اشارة الى القول بجواز الوطئ الذى حكى عن المبسوط والخلاف (٧) ، (القول) مفعول لـ (لا يلائم)

كما اعترف به (١) في الايضاح ، ولذا (٢) حمل في الدروس تجويـز
الشيخ الوطئى على ما اذا خص الخيار بالواطى ، لكن قيل : (٣) ان عبارة
المبسوط لا تقبل ذلك (٤) و ظاهر المحكى (٥) عن التذكرة و ظاهر
الدروس ، المنع عن ذلك (٦) لكون الوطئى معرضا لفوات حق ذى الخيار
من العين

الثانى : (٧) انه هل يجوز اجارة العين في زمان الخيار بدون اذن ذى
الخيار ؟ فيه وجهان ، من كونه (٨) ملكا له ، ومن ابطال (٩) هذا

(١) اى كما اعترف ، بان القول بجواز الوطئى ، لا يلائم بتوقف الملك على
انقضاء الخيار في الايضاح (٢) اى ولأجل انه لا يلائم القول بجواز الوطئى
مع القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار ، حمل في الدروس تجويـز
الشيخ الوطئى في المبسوط و الخلاف على ما اذا خص الخيار بالواطى
لان صاحب الخيار اذا وطئ اسقط خياره ، لانه حصل الملك آناما قبل
الوطئى ، فيكون الوطئى في ملكه (٣) قوله (لكن قيل ، الخ) استدراك عن
حمل الدروس و استشكال عليه ، بان كلام الشيخ في المبسوط و الخلاف
لا تقبل هذا الحمل (٤) اشارة الى حمل الدروس (٥) ففي جواز التصرف
المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين ، كوطئى الأمة في زمان الخيار
او عدمه ، قولان : احدهما ، هو الجواز ، و هو قول الأكثر الذى تقدم ، و
ثانيهما : عدم الجواز ، و هو ظاهر المحكى عن التذكرة و ظاهر الدروس
(٦) اشارة الى وطئى غير ذى الخيار في زمان الخيار (٧) اى الفرع الثانى
(٨) قوله (من كونه ، الخ) وجه لجواز اجارة العين في زمان الخيار (٩)
قوله (و من ابطال هذا التصرف ، الخ) وجه لعدم جواز اجارة العين فى ←

التصرف لتسلط الفاسخ على اخذ العين ، اذ الفرض استحقاق المستأجر لتسلّمه ، لأجل استيفاء منفعته . ولو أجره (١) من ذى الخيار او باذنه ففسخ ، لم يبطل الاجارة ، لأن المشتري ملك العين ملكية مطلقة مستعدة للدوام ، ومن نماء هذا الملك (٢) المنفعة الدائمة ، فاذا استوفاه (٣) المشتري بالاجارة ، فلا وجه لرجوعها الى الفاسخ ، بل يعود الملك اليه مسلوب المنفعة في مدة الاجارة ، كما اذا باعه (٤) بعد الاجارة

→ زمان الخيار (١) فلا يخفى ، أنّ في المسئلة اقوالا اربعة : * احدها * سقوط الخيار بالاذن بالاجارة ، و * ثانيها * مع عدم سقوط الخيار بالاذن ، عدم بطلان الاجارة بالفسخ و أنّ الفاسخ بالفسخ يملك العين مسلوب المنفعة في مدة الاجارة مع عدم وجوب غرامة المنفعة المستوفاة على الموجر ، و * ثالثها * مع عدم سقوط الخيار بالاذن ، عدم بطلان الاجارة بالفسخ ، و أنّ الفاسخ يملك العين مسلوب المنفعة في مدة الاجارة مع وجوب غرامة المنفعة المستوفاة على الموجر ، و * رابعها * مع عدم سقوط الخيار بالاذن ، بطلان الاجارة بالفسخ ، لأن صاحب الخيار يعلم أنّ المشتري لم يملك المنافع التي بعد الفسخ و أنّ الاجارة كانت متزلزلة و مراعاة بالنسبة الى فسخ البيع ، و المصنف (ره) شرع ان يذكر القول الثاني بقوله : ولو أجره من ذى الخيار او باذنه ففسخ ، لم يبطل الاجارة ، لأن المشتري ، الخ (٢) اى ، لأن المشتري ملك العين و ملك نمائها و من نماء هذا الملك المنفعة الدائمة (٣) يرجع الضمير الى المنفعة الدائمة (٤) اى كما اذا أجر زيد ملكه سنة ، ثم باعه من بكر ، ملك المشتري الملك مسلوب المنفعة

وليس (١) الملك هنا (٢) نظير ملك البطن الأول من الموقوف عليه ، لأن البطن الثانى لا يتلقى الملك منه (٣) حتى يتلقاه مسلوب المنفعة ، بل (٤) من الواقف ، كالموطن الأول ، فالملك ينتهى بانتهاء استعداده ، فان قلت (٥) : أنّ ملك المنفعة تابع لملك العين ، بمعنى أنّه اذا ثبتت الملكيّة فى زمان ، وكان زوالها (٦) بالانتقال الى آخر ، ملك (٧) المنفعة الدائمة

(١) شبهةٌ وازالةٌ ، واما الشبهة ، فانّ من عليه الخيار لو آجره وفسخ ذو الخيار ، تبطل الاجارة كما أنّ البطن الأول من الموقوف عليهم اذا آجر العين الموقوفة مدة اكثر من حياته ، ثم مات ، بطلت الاجارة ، واما الازالة ، فهو الذى ذكره المصنف (ره) بقوله : وليس الملك هنا ، نظير ملك البطن الأول ، الخ (٢) اشارة الى فسخ ذى الخيار بعد اجارة غير ذى الخيار (٣) يرجع الضمير الى البطن الأول (٤) بل يتلقى البطن الثانى الملك من الواقف من دون الوساطة ، كالبطن الأول (٥) فحاصل قوله (ان قلت) أنّه اذا ثبتت الملكيّة لمالك فى زمان ملك هذا المالك المنفعة الدائمة ، و اذا انتقل الى الآخر مع عدم مسلوب المنفعة ملك الآخر العين والمنفعة الدائمة ، و اذا انتقل الى الآخر مسلوب المنفعة ، كما اذا باعه بعد الاجارة ملك الآخر العين مسلوب المنفعة ، واما اذا ثبتت الملكيّة للمشتري وكان زوالها بارتفاع سببها الذى هو العقد ، فانّ البايع اذا فسخ يستعيد الملكيّة السابقة التى كانت له ، فيتبعها المنفعة ، فعلى هذا بطلت الاجارة بفسخ البايع البيع (٦) يرجع الضمير الى الملكيّة (٧) يرجع الضمير المستتر الى المالك المنتقل عنه ، يعنى أنّ المالك المنتقل عنه ملك العين والمنفعة الدائمة قبل الاجارة و البيع ، فاذا آجر العين ←

لأن المفروض ، أنّ المنتقل اليه يتلقى الملك من ذلك المالك ، فيتلقاه (١)
 مسلوب المنفعة ، واما اذا ثبتت (٢) وكان زوالها بارتفاع سببها (٣) لم
 يكن ملك من عاد اليه متلقى عن المالك الأول (٤) ومستندا اليه ، بل كان
 (٥) مستندا الى ما كان قبل تملك المالك الأول ، فيتبعه المنفعة ، كما لو
 فرضنا (٦) زوال الملك بانتهاء سببه لا برفعه (٧) كما في البطن الأول
 من الموقوف عليه ، فإن المنفعة تتبع مقدار تملكه (٨) قلت (٩) : أولا أنه

→ ثم باعها يتلقى المنتقل اليه الملك من ذلك المالك مسلوب المنفعة، لأنه
 المفروض (١) يرجع الضمير المفعول الى الملك (٢) الضمير الفاعل المستتر
 يرجع الى الملكية (٣) الضمير يرجع الى الملكية (٤) فالمراد من المالك
 الأول ، هو المشتري (٥) اي بل كان ملك من عاد اليه مستندا الى السبب
 السابق الذي كان قبل تملك المشتري ، فيتبعه المنفعة ، فيملك البايع
 بالفسخ العين والمنفعة ، لأن الاجارة تبطل بالفسخ (٦) اي كما لو
 فرضنا زوال الملك بانتهاء سببه ، كما في ملك البطن الأول من الموقوف
 عليهم ، فإنه لو أجر العين الموقوفة مدة اكثر من حياته ، ثم مات ، بطلت
 الاجارة بموته وملك البطن الثاني العين والمنفعة (٧) الضمير يرجع الى
 السبب (٨) يرجع الضمير الى البطن الأول (٩) فلا يخفى ، أن في قوله
 (قلت ، الخ) جوابين ، احدهما نقضى ، و ثانيهما حلّى ، أما الجواب
 النقضى : فإنه منقوض بما اذا وقع التفاسخ بعد الاجارة ، بان باعه بيعا
 لازما ، ثم أجر المشتري المبيع ، ثم تفاسخا عن تراض منهما مع عدم التزام
 احد ببطلان الاجارة هنا ، وكذلك فيما نحن فيه ، واما الجواب الحلّى :
 أن المناط كون ملك المشتري المفسوخ عليه ملكية مستعدة للدوام وعدمه

منقوض بما اذا وقع التفاسخ بعد الاجارة مع عدم التزام احد ببطـلان
الاجارة . و ثانيا ، انه يكفي في ملك المنفعة الدائمة تحقق الملك المستعد
للدوام لولا الرفع (١) آنآما ، ثم ان الفاضل القمى في بعض اجوبة مسائله
جزم ببطلان الاجارة بفسخ البيع بخيار ردّ مثل الثمن (٢) وعلله (٣)

→ و اذا كانت مستعدة للدوام ، فيكون مالكا للمنفعة الدائمة بالملك
آنآما ، و اذا استوفاهـا لا تبقى حتى تعود الى البايـع الفاسخ ، و المصنف
(ره) اشار الى الجواب النقضى بقوله (قلت : أولا ، انه منقوض ، الخ) و
الى الجواب الحلّى بقوله (ثانيا ، انه يكفي في ملك المنفعة ، الخ) فلا يخفى
ان السيد (ره) اختار في حاشيته ، القول الثالث ، حيث قال : التحقيق ان
الاجارة و ان كانت لا تبطل بالفسخ ، لان مقتضى ملكية المشتري للعين آنآما
مالكيته لجميع المنافع ابدآ و له استيفائها و قد استوفاهـا بالاجارة الا ان
مقتضى الفسخ عودها ، كما كانت حين العقد الى الفاسخ ، و المفروض انها
كانت مع المنفعة ، فاللازم عودها مع منافعها ، و اذا كانت مستوفاة فهى
بمنزلة التالفة ، فيجب ان يغرمها الموجر المفسوخ عليه ، كما ان العين لو
كانت تالفة كانت كذلك (١) لعل المراد بالرفع ، هو زوال الملك بانتهاء
سببه ، كما فى ملك البطن الأول ، لان استعداد ملكه ليس للدوام ، فان
استعداد ملكه الى موته و المنفعة تتبع مقدار تملكه (٢) و هو من افراد
خيار الشرط ، و هو ان يبيع شيئا و يشترط الخيار لنفسه مدة بان يردّ
الثمن فيها و يرتجع المبيع (٣) يرجع الضمير الى بطلان الاجارة

بأنه يعلم بفسخ البيع أن المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ وأن
الاجارة كانت متزلزلة و مراعاة بالنسبة الى فسخ البيع، انتهى . فان كان
مرجعه (١) الى ما ذكرنا من كون المنفعة (٢) تابعا لبقاء الملك ، او
الملك المستند الى ذلك الملك ، فقد عرفت الجواب عنه نقضا وحلا (٣) وأن
(٤) المنفعة ، تابعة للملك المستعدّ للدوام ، وان كان مرجعه (٥) الى
شئ آخر ، فليبين حتى ينظر فيه (٦) مع أن الأصل عدم الانفساخ (٧)
لأن الشك في أن حق خيار الفسخ في العين يوجب تزلزل ملك المنفعة
ام لا مع العلم (٨) بقابلية المنفعة بعد الفسخ للتملك قبله ، كما اذا

(١) الضمير يرجع الى ما ذكره الفاضل القمّي (٢) يعنى أن المنفعة تابعة
لبقاء الملك ، واذا انتقل الملك الى الغير ، أنتقلت المنفعة ايضا ، او أن
المنفعة تابعة لملك العين المستند الى سبب ذلك الملك الذى هو
السابق على المعاملة المفسوخة ، لأن الفسخ إعادة الملك ، لا احداثه (٣)
اى وقد عرفت الجواب عنه نقضا بقوله (قلت : أولا ، أنه منقوض ، الخ) وقد
عرفت الجواب عنه حلاّ بقوله (ثانيا ، أنه يكفى ، الخ) ، (٤) اى وقد عرفت
أن المنفعة تابعة للملك المستعدّ للدوام ومن نماء هذا الملك المنفعة
الدائمة ، فاذا استوفاها المشتري بالاجارة ، فلا وجه لرجوعها الى
الفاسخ ، بل يعود الملك اليه مسلوب المنفعة فى مدة الاجارة (٥) يرجع
الضمير الى ما ذكره الفاضل القمّي (٦) الضمير يرجع الى شئ آخر (٧)
يعنى لو شك في أنه ، هل بطلت الاجارة بفسخ البيع ، ام لا ؟ فالأصل
عدم الانفساخ (٨) اى مع العلم بقابلية المنفعة للتملك بعد الفسخ لأجل
تملكها قبله

تقايلا (١) البيع بعد الاجارة ، ثم انه لا اشكال في نفوذ التصرف (٢) باذن ذى الخيار ، وانه يسقط خياره بهذا التصرف ، اما لدلالة الاذن على الالتزام بالعقد عرفا ، وان لم يكن منافاة بين الاذن في التصرف و الاتلاف ، و ارادة الفسخ (٣) واخذ القيمة ، كما نبهنا عليه (٤) فى المسئلة السابقة . و به (٥) يندفع الاشكال الذى اورده المحقق الأردبيلي من عدم (٦) دلالة ذلك (٧) على سقوط الخيار

(١) اى كما اذا تقايلا البيع بعد الاجارة بان باعه بيعا لازما ، ثم أجره المشتري مدة ، ثم تقايلا البيع بعد الاجارة ، فان الاجارة لا تبطل ، و المنفعة للمشتري (٢) ثم انه لا اشكال في نفوذ تصرف من عليه الخيار فى العين اذا كان التصرف باذن ذى الخيار ، و انه يسقط خياره بهذا التصرف الذى اذن فيه ، كما اذا باعه جارية بشرط ان يكون للبائع الخيار ثم اذن للمشتري بوطئ الجارية ووطئ المشتري ، فانه يسقط خيار البائع اما لدلالة الاذن على الالتزام بالعقد عرفا ، و اما لان التصرف الواقع تفويت لمحل هذا الحق (٣) ارادة الفسخ ، عطف على قوله (الاذن فى التصرف) اى وان لم يكن منافاة بين الاذن فى التصرف وبين ارادة الفسخ (٤) اى كما نبه المصنف (ره) عليه فى ص ٢٢ بقوله (واما سقوط الخيار بالتصرف الذى اذن فيه ذو الخيار ، فلدلالة العرف ، لا للمنافاة ، اى لا للمنافاة بين الاذن فى التصرف ، و بين ارادة الفسخ واخذ القيمة (٥) يرجع الضمير الى ما ذكره من ان سقوط الخيار بالاذن ، انما هو لأجل الدلالة العرفية (٦) قوله (من عدم دلالة ذلك ، الخ) بيان للاشكال (٧) اشارة الى الاذن فى التصرف

وَأَمَّا لَأَنَّ التَّصْرِفَ (١) الْوَاقِعَ ، تَفْوِيتٌ لِمَحَلِّ هَذَا الْحَقِّ (٢) وَهِيَ (٣) الْعَيْنُ بِأَذْنِ (٤) صَاحِبِهِ ، فَلَا يَنْفَسَخُ (٥) التَّصْرِفُ وَلَا يَتَعَلَّقُ الْحَقُّ بِالْبَدْلِ ، لِأَنَّ اخْتِذَاكَ الْبَدْلَ بِالْفَسْخِ ، فَرَعٌ تَلْفِ الْعَيْنِ فِي حَالِ حُلُولِ الْحَقِّ فِيهِ (٦) لَا مَعَ سَقُوطِهِ (٧) عَنْهُ . وَلَوْ أَدْنَى (٨) وَلَمْ يَتَّصِرْفَ

(١) قَوْلُهُ (أَمَّا ، لِأَنَّ التَّصْرِفَ) عَطْفٌ عَلَى قَوْلِهِ (أَمَّا لِذِلَالَةِ الْأَذْنِ) (٢) فَالْمُرَادُ مِنْ هَذَا الْحَقِّ ، هُوَ الْخِيَارُ (٣) يَرْجِعُ الضَّمِيرُ إِلَى الْمَحَلِّ ، وَتَأْنِيثُهُ بِاعْتِبَارِ الْخَيْرِ (٤) قَوْلُهُ (بِأَذْنِ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ (تَفْوِيتٌ) ، (٥) يَعْنِي إِذَا تَصْرَفَ الْمُشْتَرَى بِأَذْنِ ذِي الْخِيَارِ ، بَانَ اعْتِقَ الْعَبْدَ أَوْ بَاعَهُ ، ثُمَّ فُسِّخَ ذُو الْخِيَارِ ، فَلَا يَنْفَسَخُ تَصْرِفُ الْمُشْتَرَى حَتَّى يَرْجِعَ الْعَبْدَ الْمَعْتَقَ أَوْ الْمَبِيعَ إِلَى الْفَاسِخِ ، وَلَا يَتَعَلَّقُ حَقُّ ذِي الْخِيَارِ بِبَدْلِ الْعَيْنِ أَيْضًا ، لِأَنَّ اخْتِذَاكَ الْبَدْلَ بِالْفَسْخِ فَرَعٌ تَلْفِ الْعَيْنِ فِي حَالِ حُلُولِ الْحَقِّ فِيهِ ، يَعْنِي أَنَّ كَانَ الْحَقُّ تَعَلَّقَ بِالْعَيْنِ ، ثُمَّ تَلْفَ ، رَجَعَ ذُو الْخِيَارِ إِلَى الْبَدْلِ ، لَا مَعَ سَقُوطِ الْحَقِّ عَنِ الْعَيْنِ ، فَإِذَا سَقَطَ الْحَقُّ عَنِ الْعَيْنِ بِأَذْنِهِ فِي التَّصْرِفِ ثُمَّ ذَهَبَتِ الْعَيْنُ ، فَلَا يَكُونُ لِلْمَالِكِ حَقٌّ بِالْبَدْلِ ، هَذَا كُلُّهُ فِيمَا إِذَا أَدْنَى ذُو الْخِيَارِ فِي التَّصْرِفِ وَتَصْرَفَ مِنْ عَلَيْهِ الْخِيَارُ ، أَمَّا لَوْ أَدْنَى وَلَمْ يَتَّصِرْفَ الْمَأْذُونُ ، فَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ (رَه) بِقَوْلِهِ : وَلَوْ أَدْنَى وَلَمْ يَتَّصِرْفَ الْمَأْذُونُ ، الْخ (٦) يَرْجِعُ الضَّمِيرُ إِلَى الْعَيْنِ (٧) أَيْ لَا مَعَ سَقُوطِ الْحَقِّ عَنِ الْعَيْنِ ، لِأَنَّهُ إِذَا سَقَطَ الْحَقُّ عَنِ الْعَيْنِ بِالْأَذْنِ فِي التَّصْرِفِ ، فَلَا يَتَعَلَّقُ الْحَقُّ بِالْبَدْلِ فِي صُورَةِ خُرُوجِ الْعَيْنِ عَنِ مَلِكِ الْمَأْذُونِ (٨) الضَّمِيرُ الْمُسْتَرْتَرِ الْفَاعِلُ يَرْجِعُ إِلَى ذِي الْخِيَارِ

المأذون ، ففي القواعد و التذكرة ، انه يسقط خيار الآذن ، وعن الميسية انه (١) المشهور . قيل ، كان منشأ هذه النسبة (٢) فهم استناد المشهور في سقوط الخيار في الصورة السابقة الى دلالة مجرد الآذن ، ولا يقدح فيها (٣) تجرده عن التصرف ، وقد منع (٤) دلالة الآذن المجرد في المسالك و جامع المقاصد و القواعد . و الاولى ان يقال (٥) : بان الظاهر كون آذن ذى الخيار في التصرف المخرج فيما انتقل عنه فسحا لحكم العرف و لان اباحة (٦) بيع

(١) يرجع الضمير الى سقوط خيار الآذن (٢) اي نسبة سقوط خيار الآذن الى المشهور ، يعنى قيل منشأ هذه النسبة فهم استناد المشهور في سقوط خيار الآذن في الصورة السابقة التي هي تصرف المأذون مع آذن ذى الخيار الى دلالة مجرد الآذن على سقوط الخيار ، وان لم يتصرف المأذون ، ولا يقدح فيها تجرده عن التصرف (٣) الضمير يرجع الى الدلالة (٤) اي وقد منع الشهيد و المحقق الثانيين و العلامة دلالة الآذن المجرد عن التصرف على سقوط الخيار في المسالك و جامع المقاصد و القواعد ، يعنى قالوا : ان الآذن المجرد عن التصرف ، لا يدل على سقوط الخيار (٥) اي و الاولى ان يقال : بان الظاهر ، كون آذن ذى الخيار للشخص الثالث في التصرف المخرج عن الملك ، يكون فسحا للعقد كما آذن ذو الخيار لأجنبى بعثق من انتقل عنه لحكم العرف ، لان العرف يحكم بان آذن ذى الخيار في التصرف فيما انتقل عنه ، يكون فسحا للعقد و ابطلا له (٦) اي و لان كون آذن ذى الخيار للشخص الثالث في التصرف المخرج فيما انتقل عنه اباحةً لبيع مال المشتري لنفسه غير جائز ←

مال الغير لنفسه (١) غير جائز شرعا ، فيحمل (٢) على الفسخ كسائر التصرفات التي لا تصح شرعا الاّ بجعلها (٣) فسحا ، واما (٤) كون اذن ذى الخيار للمشتري في التصرف ، اجازة و اسقاطا لخياره ، فيمكن الاستشكال فيه ، لأنّ الثابت بالنصّ و الاجماع ، أنّ التصرف (٥) فيما انتقل اليه اجازة ، و ليس الاذن من ذلك ، و انما حكم (٦) بالسقوط في التصرف عن اذنه ، لا لأجل تحقق الاسقاط من ذى الخيار بالاذن ، بل لأجل تحقق المسقط (٧) لما عرفت من أنّ التصرف (٨) الواقع باذنه

→ شرعا ، فيحمل اذنه في التصرف على الفسخ ، كسائر التصرفات التي صدرت من ذى الخيار ، او من ثالث باذنه بحيث لا تصلح هذه التصرفات شرعا ، الاّ بجعلها فسحا (١) الضمير يرجع الى ذى الخيار (٢) الضمير المستتر يرجع الى اذن ذى الخيار (٣) يرجع الضمير الى التصرفات (٤) اى واما كون اذن ذى الخيار للمشتري في تصرفه فيما انتقل اليه اجازة و الزاما للبيع و اسقاطا لخياره ، فيمكن الاشكال فيه ، اى لأنّ الثابت بالنصّ و الاجماع ، أنّ تصرف البايع فيما انتقل الى نفسه اجازة و الزام للبيع و ليس الاذن للمشتري من ذلك (٥) و هو تصرف البايع (٦) سؤال و جواب اما السؤال : فانه كيف حكتم بانّه اذا اذن ذو الخيار و تصرف المشتري سقط خيار البايع ؟ و اما الجواب : فانّ الحكم بسقوط الخيار في التصرف عن اذنه ، لأجل تحقق المسقط الذي هو التصرف باذنه ، لا لأجل الاذن فقط ، و المصنف (ره) اشار الى الجواب بقوله : و انما حكم بالسقوط فى التصرف ، الخ (٧) فالمراد من المسقط ، هو تصرف المشتري (٨) اى تصرف المشتري

صحيح نافذ ، و التسلط (١) على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري متعلقا للحق ، فالاذن (٢) فيما نحن فيه نظير اذن المرتهن في بيع الرهن لا يسقط به حق الرهانة ، ويجوز الرجوع قبل البيع ، نعم يمكن القول (٣) باسقاطه من جهة تضمنه للرضا بالعقد ، فانه ليس بأذن من رضا المشتري بتقبيل الجارية (٤) وقد صرح (٥) في المبسوط ، بانه اذا علم رضا

(١) شبهة وازالة ، اما الشبهة : فاذا اذن صاحب الخيار للمشتري في التصرف ، و تصرف بالعتق و البيع ، ثم فسخ البايع ذو الخيار ، العقد رجع الى بدل العين التي خرجت عن ملك المشتري ، لا انه اذا اذن في التصرف ، و تصرف ، سقط خياره ، و اما الازالة ، فان تسلط ذي الخيار بعد الفسخ على بدل العين التي خرجت عن ملك المشتري ، فرع تعلق حق ذي الخيار على العين ، و الحال ، انه بعد تصرف المشتري بالاذن لا يتعلق الحق على العين حتى يتسلط ذو الخيار على البدل بعد خروجها عن ملك المشتري بالعتق و البيع (٢) فالاذن من دون تصرف المشتري فيما نحن فيه ، نظير اذن المرتهن في بيع الرهن لا يسقط به حق الرهانة (٣) اي نعم ، يمكن القول باسقاطه ، بان الاذن المجرد عن تصرف المشتري مسقط لخياره ، من جهة تضمنه للرضا بالعقد ، لان الرضا الذي تضمنه الاذن ليس بأذن من رضا المشتري بتقبيل الجارية ، فان رضا المشتري بتقبيل الجارية ، مسقط لخياره (٤) فالمراد من هذا التقبيل هو تقبيل الجارية للمشتري ، لا تقبيل المشتري للجارية (٥) قوله (وقد صرح في المبسوط ، الخ) شاهد على ان اذن ذي الخيار من دون تصرف المشتري مسقط لخياره

البايع بوطنى المشتري ، سقط خياره ، ويؤيده (١) رواية السكونى فى كون العرض على البيع التزاما ، فهذا القول (٢) لا يخلو عن قوّة

﴿ مسألة ﴾

المشهور (٣) أنّ المبيع يملك بالعقد ، و اثر الخيار تزلزل الملك بسبب القدرة (٤) على رفع سببه ، فالخيار حقّ لصاحبه فى ملك الآخر (٥) و حكى المحقق (٦) و جماعة عن الشيخ ، توقف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار ، و اطلاقه يشمل الخيار المختص بالمشتري ، و صرح فى التحرير

(١) الضمير المفعول يرجع الى أنّ الاذن من دون تصرف المشتري ، مسقط لخياره (٢) يعنى هذا القول ، و هو كون اذن ذى الخيار للمشتري للتصرف من دون تصرفه مسقطا لخياره ، لا يخلو عن قوّة ، لأنّ اذنه فى التصرف كاشف عن الرضا بالعقد (٣) هل أنّ المبيع يملك بالعقد ، ام يملك بعد العقد بانقضاء الخيار ؟ فالمشهور أنّ المبيع يملك بالعقد و اثر الخيار تزلزل الملك بسبب القدرة على رفع سببه ، فالخيار حقّ لصاحب الخيار فى ملك من عليه الخيار ، و المحكّى عن الشيخ الطوسى توقف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار (٤) اى بسبب قدرة ذى الخيار على رفع سبب الملك (٥) فالمراد من الآخر ، هو من عليه الخيار (٦) يعنى حكى المحقق و جماعة عن الشيخ الطوسى (ره) أنّه قائل بتوقف الملك بعد العقد بانقضاء الخيار مطلقا حتى فى الخيار المختص بالمشتري ، و صريح التحرير كذلك ، و حكى فى الدروس عن الشيخ (ره) أنّه قائل بتوقف الملك بعد العقد على الانقضاء فى الخيار الغير المختص بالمشتري ، و حكى عنه أنّه قطع بملك المشتري بمجرد العقد اذا اختص الخيار به

بشموله لذلك ، لكن الشهيد في الدروس قال في تملك المبيع بالعقد او بعد الخيار بمعنى الكشف او النقل ، خلاف ، مأخذه أنّ الناقل ، العقد (١) والغرض من الخيار ، الاستدراك (٢) وهو لا ينافي الملك ، وأن غاية الملك (٣) التصرف الممتنع (٤) في زمان الخيار ، وربما قطع الشيخ بملك المشتري اذا اختص الخيار به (٥) و ظاهر ابن الجنيد ، توقف الملك على انقضاء الخيار ، انتهى (٦) فإن في هذا الكلام (٧) شهادة من وجهين (٨) على عدم توقف ملك المشتري على انقضاء خياره عند الشيخ بل المأخذ المذكور (٩) صريح في عدم الخلاف من غير الشيخ قدس سره

(١) قوله (أنّ الناقل ، العقد ، الخ) وجه للقول بأن المبيع يملك بالعقد (٢) اي والغرض من الخيار ، استدراك ما فاته في امر العقد بالسلطنة على استرداد الملك (٣) قوله (و أنّ غاية الملك ، الخ) وجه للقول بأنّ الملك يتوقف بعد العقد على انقضاء الخيار (٤) قوله (الممتنع) صفة لقوله (التصرف) ، (٥) يرجع الضمير الى المشتري (٦) انتهى ما ذكره في الدروس (٧) يعني في هذا الكلام الذي ذكره في الدروس شهادة من وجهين على عدم توقف ملك المشتري على انقضاء الخيار عند الشيخ (٨) احد الوجهين ، قوله (ربما قطع الشيخ بملك المشتري اذا اختص الخيار به) و ثانيهما ، أنّه جعل المأخذ لعدم الملكية المنع من التصرف ، فمع اختصاص الخيار بالمشتري يجوز له التصرف ، لكونه مالكا بالعقد (٩) فالمراد من المأخذ المذكور ، هو قوله : أنّ غاية الملك التصرف الممتنع في زمان الخيار ، يعني أنّ المأخذ المذكور صريح في عدم الخلاف من الشيخ وغيره في عدم توقف ملك المشتري على انقضاء الخيار لكن ينافيه جعل ←

ايضا ، لكن ينافيه جعل قول ابن الجنيّد مقابلا لقول الشيخ ، واللازم نقل كلام الشيخ في الخلاف والمبسوط ، قال في محكى الخلاف : العقد يثبت بنفس الايجاب والقبول ، فان كان مطلقا ، فانه (١) يلزم بالافتراق بالأبدان ، وان كان مشروطا (٢) يلزم بانقضاء الشرط ، فان كان الشرط لهما ، او للبايع ، فاذا انقضى الخيار ، ملك المشتري بالعقد المتقدم وان كان الخيار للمشتري وحده ، زال ملك البايع عن الملك بنفس العقد لكنّه (٣) لم ينتقل الى المشتري حتى ينقضى الخيار ، فان انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد الأول ، انتهى (٤) وظاهر هذا الكلام كما قيل هو الكشف ، فحينئذ يمكن الجمع بين زوال ملك البايع (٥) بمعنى عدم حق له

→ قول ابن الجنيّد مقابلا لقول الشيخ ، لانه قائل ، أنّ الملك يحصل بانقضاء الخيار مطلقا ، اى سواء كان الخيار للبايع ، ام للمشتري ، ام لهما (١) الضمير يرجع الى العقد (٢) اى وان كان مشروطا بالخيار ، يلزم بانقضاء الشرط (٣) يرجع الضمير الى الملك (٤) اى انتهى محكى الخلاف (٥) يعنى يمكن الجمع بين زوال ملك البايع ، بمعنى أنّ العقد من طرف البايع تامّ ولا حق له بعد العقد فى المبيع ، نظير لزوم العقد من طرف الأصيل ، اذا وقع مع الفضولى ، فانّ العقد تامّ من طرف الأصيل ، غاية الأمر تسلط الآخر على رده ، وبين عدم انتقاله الى المشتري بحسب الظاهر حتى ينقضى خياره ، فاذا انقضى خياره ، ملك بسبب العقد ، بمعنى كشف انقضاء الخيار عن الملك من حين العقد الذى هو سبب الملك ، فيصير انقضاء الخيار للمشتري ، نظير اجازة عقد الفضولى ، بمعنى انه يحكم بعقد الاجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه

بعد ذلك في المبيع، نظير لزوم العقد من طرف الأصيل، إذا وقع مع الفضولى، وبين عدم انتقاله (١) الى المشتري بحسب الظاهر، حتى ينقضى خياره، فاذا انقضى، ملك بسبب العقد الأول، بمعنى كشف الانقضاء عنه (٢) فيصير انقضاء الخيار للمشتري، نظير اجازة عقد الفضولى، ولا يرد حينئذ عليه أنّ اللازم منه بقاء الملك بلا مالك، وحاصل هذا القول (٣) أنّ الخيار يوجب تزلزل الملك، ويمكن (٤) حمله ايضا على ارادة الملك اللازم الذى لا حق ولا علاقة لمالكة السابق فيه، فوافق المشهور، و لذا عبر في غاية المراد (٥) بقوله: ويلوح من كلام الشيخ توقف الملك على انقضاء الخيار، ولم ينسب ذلك (٦) اليه صريحا، وقال في المبسوط: البيع ان كان مطلقا غير مشروط، فإنه يثبت بنفس العقد، ويلزم بالتفرق

(١) اى عدم انتقال الملك الى المشتري (٢) يرجع الضمير الى حصول الملك بسبب العقد (٣) اى حاصل قول الشيخ فى الخلاف بحسب الظاهر ليس توقف الملك على انقضاء الخيار، بل هو القول بأن اصل الملك يحصل بالعقد، وأن الخيار يوجب تزلزل الملك (٤) يعنى على تقدير كون ظاهر قول الشيخ فى الخلاف، غير ما ذكرنا، يمكن حمل قوله (ملك) فى قوله (فاذا انقضى، ملك بسبب العقد الأول) على الملك اللازم، فحينئذ وافق المشهور (٥) غاية المراد للشيخ الشهيد الأول شمس الدين ابى عبداله محمد بن مكي بن حامد بن احمد الجزينى العاملى، المستشهد ٧٨٦ (٦) اى ولم ينسب فى غاية المراد، توقف الملك على انقضاء الخيار الى الشيخ صريحا

بالأبدان ، وان كان مشروطا (١) لزومه بنفس العقد ، لزوم بنفس العقد وان كان مشروطا (٢) بشرط ، لزوم بانقضاء الشرط . و ظاهره (٣) كظاهر الخلاف ، عدم الفرق بين خيار البايع و المشتري ، لكن (٤) قال في باب الشفعة : اذا باع شقفا بشرط الخيار ، فان كان الخيار للبائع ، او لهما لم تكن للشفيح الشفعة ، لأن الشفعة إنما تجب اذا انتقل الملك اليه (٥) وان كان الخيار للمشتري ، وجبت الشفعة للشفيح ، لأن الملك يثبت للمشتري بنفس العقد ، وله (٦) المطالبة بعد انقضاء الخيار ، و حكم خيار المجلس و الشرط في ذلك سواء ، على ما فصلناه . و لعل هذا (٧) مأخذا ما تقدم من النسبة في ذيل عبارة الدروس ، هذا ولكن الحلّى قدس سرّه في السرائر ، ادعى رجوع الشيخ عمّا ذكره في الخلاف

(١) اي وان كان البيع مشروطا بنفس العقد لأجل شرط عدم خيار المجلس لهما ، لزوم البيع بنفس العقد (٢) اي وان كان مشروطا لزومه بشرط ، لزوم بانقضاء الخيار ، يعني اذا شرط خيار ثلاثة أيام ، لزوم بعد انقضاء الثلاثة (٣) يرجع الضمير الى المبسوط (٤) يعني لكن المستفاد من كلام الشيخ (ره) في باب الشفعة ، انه اذا كان الخيار للمشتري فقط يحصل الملك بالعقد ، و اذا كان الخيار للبائع ، او لهما ، يحصل الملك بانقضاء الخيار (٥) الضمير يرجع الى مشتري الشقص (٦) الضمير يرجع الى الشفيح (٧) اي لعلّ كلام الشيخ (ره) في باب الشفعة مأخذا ما تقدم في ص ٤٦ من النسبة في ذيل عبارة الدروس ، بقوله : ربما قطع الشيخ بملك المشتري ، اذا اختص الخيار به

ويمكن ان يستظهر من مواضع من المبسوط ما يوافق المشهور، مثل استدلاله في مواضع، على المنع عن التصرف في مدة الخيار، بأن فيه ابطالا لحق ذى الخيار، كما في مسألة بيع احد النقدين (١) على غير صاحبه في المجلس وفي مسألة رهن ما فيه الخيار للبايع، فإنه (٢) لو قال بعدم الملك تعيين تعليل المنع به (٣) لا بابطال حق ذى الخيار من الخيار، لأن التعليل (٤) بوجود المانع في مقام فقد المقتضى، كما ترى . ومنها (٥) أنه ذكر (٦) في باب الصرف، جواز تبايع المتصارفين ثانيا في المجلس

(١) يعنى لو باع احد المتعاملين، احد النقدين على غير صاحبه فى المجلس، فإنه بتصرفه ابطال حق الآخر الذى كان له خيار المجلس، وكما لو رهن المشتري المبيع الذى فيه الخيار للبايع ابطال حق البايع الذى هو ذو الخيار، فإن الشيخ الطوسى (ره) لو قال بعدم الملك، عيّن التعليل بعدم الملك، لا بابطال حق ذى الخيار من الخيار، فإن تعليله بالمنع بالابطال المذكور دليل على أنه قائل، أن الملك يحصل بالعقد لا بانقضاء الخيار (٢) الضمير يرجع الى الشيخ (٣) يرجع الضمير الى عدم الملك (٤) يعنى لأن التعليل بوجود المانع الذى هو ابطال حق ذى الخيار فى مقام فقد الملك الذى هو المقتضى، كما ترى أنه غير صحيح (٥) الضمير يرجع الى المواضع (٦) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى الشيخ الطوسى، يعنى ذكر الشيخ فى باب الصرف بهذا المضمون، أن المتصارفين اذا تقابضا ولم يفترقا، جاز تبايعهما ثانيا فى المجلس، لأن شروعاتهما فى البيع ثانيا قطع واسقاط للخيار وامضاء للبيع، لأن تصرف كل منهما فيما انتقل اليه بالبيع ثانيا مسقط لخياره، فحينئذ صح ←

لأنّ شروعهما (١) في البيع قطع للخيار ، مع أنّه (٢) لم يصحّ في باب الهبة البيع الذي يتحقق به الرجوع فيها (٣) لعدم وقوعه (٤) في الملك فلولا قوله (٥) في الخيار بمقالة المشهور ، لم يصح البيع ثانيا ، لوقوعه (٦) في غير الملك على ما ذكرنا في الهبة . وربما ينسب (٧) الى المبسوط اختيار المشهور فيما اذا صار احد المتبايعين الذي له الخيار ، مفسّسا حيث حكم (٨) بأنّ له الخيار في الاجازة والفسخ ، لانه ليس ابتداء ملك لأنّ الملك قد سبق بالعقد ، انتهى . لكنّ النسبة لا تخلو عن تأمل (٩)

→ تبايعهما ثانيا ، فالمستفاد من كلامه (ره) أنّه وافق المشهور ، لانه لو لم يوافق قوله المشهور ، لم يصح البيع ثانيا في المجلس ، لوقوعه في غير الملك (١) الضمير المثنى يرجع الى المتصارفين (٢) اي مع أنّ الشيخ لم يصحّ في باب الهبة ، بيع الواهب الموهوب الذي له حقّ الرجوع فيها لعدم وقوع البيع في الملك ، فالمستفاد من قول الشيخ الطوسي في باب الهبة ، أنّه قبل الرجوع في الموهوب ، لم يحصل الملك للواهب ، فاذا باع الموهوب قبل رجوعه ، وقع البيع في غير الملك ولم يصح (٣) الضمير يرجع الى الهبة (٤) يرجع الضمير الى البيع (٥) اي قول الشيخ (ره) (٦) الضمير يرجع الى البيع (٧) المناسب ، هو صاحب الجواهر على ما حكى (٨) الضمير المستتر يرجع الى الشيخ ، يعني حيث حكم الشيخ ، بأنّ المفسس له الخيار في الاجازة والفسخ ، لأنّ اجازة البيع ليس ابتداء ملك ، والملك قد سبق بالعقد المتقدم (٩) قال الشيخ الطوسي (ره) على ما حكى في كتاب المفسس : اذا باع شيئا بشرط خيار ثلاثة أيام ، ثمّ افلسا او احدهما ، قيل فيه ثلاثة اوجه : « احدها » يجوز للمفسس منهما ←

لمن لاحظ باقى العبارة . وقال ابن سعيد قدس سره فى الجامع على ما
حكى عنه : أنّ المبيع يملك بالعقد و بانقضاء الخيار ، وقيل : بالعقد ، و
لا ينفذ تصرف المشتري إلا بعد انقضاء خيار البايع ، انتهى (١) وقد
تقدم (٢) حكاية التوقف عن ابن الجنيد ايضا ، وكيف كان ، فالأقوى هو
المشهور (٣)

→ اجازة البيع ، لأنه ليس ابتداء ملك ، و الملك قد سبق بالعقد المتقدم
و « ثانيها » أنّ له اجازة البيع اذا كان حظّه فى الاجازة ، او رده اذا كان
حظّه فى الرد دون الاجازة ، فأما ان يجيز والحظّ فى الرد ، فلا ، لأنه
محجور عليه ، ممنوع من التصرف إلا فيما فيه مصلحة لمال او حظّ ، و « ثالثها »
أنّه مبنى على أنّه متى ينتقل الملك الى المبتاع اذا كان فى العقد شرط
خيار الثلاث ، فمن قال : ينتقل بنفس العقد ، قال له الاجازة و الفسخ ، و
من قال : لا ينتقل إلا بانقطاع الخيار ، لم يُجزّ امضاء البيع ، الى ان قال : و
الأول اصحّ الوجوه ، انتهى ، لعلّ تأمل المصنف (ره) فى النسبة أنّما هو
بتوهم أنّ قوله (و الأول اصحّ الوجوه) هو من كلام (قيل) حيث ذكره فى
صدر العبارة بقوله (قيل فيه ثلاثة اوجه) لا من كلام الشيخ (ره) كما أنّ
نسبته اليه ، أنّما هو بتوهم أنّه من كلامه ، لا من كلام (قيل) ، (١) اى
انتهى ما ذكره ابن سعيد (٢) اى وقد تقدم فى ص ٤٦ فى عبارة
الدروس حكاية توقف الملك على انقضاء الخيار عن ابن الجنيد ايضا (٣)
وكيف كان ، فالأقوال ثلاثة : « احدها » حصول الملك بالعقد مطلقا و هو
قول المشهور ، و « ثانيها » حصول الملك بانقضاء الخيار مطلقا ، و هو قول
ابن الجنيد ، و « ثالثها » حصول الملك بانقضاء الخيار فيما اذا كان ←

لعموم ادلة ، حلّ البيع (١) و أكل المال (٢) اذا كانت تجارة عن تراض وغيرهما ، ممّا ظاهره كون العقد علة تامّة لجواز التصرف الذي هو من لوازم الملك ، ويدلّ عليه (٣) لفظ الخيار في قولهم عليهم السلام : البيعان بالخيار (٤) و ما دلّ (٥) على جواز النظر في الجارية في زمان الخيار الى ما لا يحلّ له قبل ذلك ، فانه يدلّ على الحلّ بعد العقد في زمن الخيار الا ان يلتزم (٦) بانه نظير حلّ وطئ

→ الخيار للبائع او لهما ، و حصول الملك بنفس العقد فيما اذا كان الخيار مختصا بالمشتري ، و هو قول الشيخ الطوسي ، و قال المصنف (ره) : و الأقوى هو المشهور (١) يعنى أنّ حلّ البيع ، مطلق شامل لزمان الخيار وغيره ، فإنّ البيع حلال وضعا بمجرد العقد ، و حلال تكليفا بمجرد العقد (٢) قوله (أكل المال) عطف على قوله (البيع) يعنى حلّ أكل المال فلا يخفى ، أنّ أكل المال ، كناية عن التصرف و حلّ التصرف كان من لوازم الملك الذي يحصل بمجرد التجارة عن تراض ، فالحاصل : أنّ حلّ التصرف الذي كان من لوازم الملك ، يحصل بمجرد التجارة عن تراض و لا يتوقف على انقضاء الخيار (٣) الضمير يرجع الى قول المشهور (٤) يعنى أنّ الخيار هو فسخ العقد و حلّه و استرداد العين الى ملكه التي خرجت بالعقد عن ملكه (٥) قوله (ما دلّ) عطف على قوله (لفظ الخيار) (٦) فإنّ جواز النظر ، يدلّ على انتقال الملك الى المشتري بالعقد حتى يجوز النظر اليها في زمان الخيار ، و الا لم يحلّ للمشتري النظر اليها ، الا ان يلتزم ، بأنّ جواز النظر هنا نظير جواز وطئ المطلقة الرجعية الذي يحصل به الرجوع ، فالمستفاد من بيان التنظير ، أنّ المراد من الخيار ←

المطلقة الرجعية الذي (١) يحصل به (٢) الرجوع ، ويدل عليه (٣) ما تقدم في ادلة بيع الخيار بشرط رد الثمن من كون نماء المبيع (٤) للمشتري وتلفه (٥) منه ، فيكشف ذلك عن ثبوت الملزوم ، وهو المك ، إلا ان يلتزم (٦) بعدم كون ذلك من اشتراط الخيار ، بل من باب اشتراط انفساخ البيع برد الثمن ، وقد تقدم في مسألة بيع الخيار ، بيان هذا الاحتمال ، وما يشهد (٧) له (٨) من بعض العنوانات

→ الذى جاز نظر المشتري فى الجارية الى ما لا يحل له قبل ذلك ، هو الخيار المختص به ، فعلى هذا اذا نظر المشتري الى الجارية التى فيها خياره ، سقط خياره بالنظر و ثبت الملك به ، والحال انه لم يحصل الملك قبل النظر فى زمان الخيار ، فحينئذ يكون جواز النظر فى الجارية فى زمان الخيار ، نظير حل وطئ المطلقة الرجعية الذى يحصل به الرجوع (١) قوله (الذى) صفة للوطئ (٢) يرجع الضمير الى (الذى) ، (٣) الضمير يرجع الى قول المشهور (٤) قوله (من كون نماء المبيع) بيان لـ (ما) ، (٥) اى و تلف المبيع من المشتري (٦) اى إلا ان يلتزم كون بيع الخيار بشرط رد الثمن ، ليس من اشتراط الخيار حتى يكون له خيار قبل رد الثمن ، بل كون ذلك من باب اشتراط انفساخ البيع اللازم برد الثمن حتى يكون البيع قبل رد الثمن لازما ، وقد تقدم فى ج ٧ ص ٢٤٩ فى مسألة بيع الخيار ، بيان هذا الاحتمال بقوله : الرابع ، ان يؤخذ رد الثمن قيـدا لانفساخ العقد ، الخ (٧) وقد تقدم فى ج ٧ ص ٢٥٠ ما يشهد له من بعض العنوانات ، وهو قوله : وعنوان المسئلة بهذا الوجه ، هو الظاهر من الغنية ، الخ (٨) الضمير فى قوله (له) يرجع الى الاحتمال المذكور

لكن تقدم (١) أنه بعيد في الغاية ، او يقال (٢) : أن النماء في مورد الرواية ، نماء المبيع في زمان لزوم البيع ، لأن الخيار يحدث برّد مثل الثمن ، وان ذكرنا (٣) في تلك المسئلة ، أنّ الخيار في بيع الخيار المعنون عند الأصحاب ليس (٤) مشروطا حدوثه (٥) بالردّ في ادلة بيع الخيار ، إلا أنّ الرواية قابلة للحمل عليه (٦) إلا ان يتمسك باطلاقها الشامل لما اذا جعل الخيار من أول العقد في فسخه مقيدا برّد مثل

(١) لكن قد تقدّم في ج ٧ ص ٢٥١ أنّ الاحتمال المذكور بعيد في الغاية ، بقوله : لكن الظاهر صحة الاشتراط بكلّ من الوجوه الخمسة عدا الرابع ، فإنّ فيه اشكالا من جهة أنّ انفساخ البيع بنفسه ، الخ (٢) قوله (يقال) عطف على قوله (يلتزم) يعنى ، إلا ان يقال : أنّ النماء في مورد الرواية ، نماء المبيع في زمان لزوم البيع ، لا في زمان الخيار ، لأن الخيار يحدث برّد مثل الثمن ، فلا خيار قبل ردّ الثمن ، بل البيع لازم قبل ردّه فالنماء في مدّة لزوم البيع للمشتري (٣) اى وان ذكر المصنف في ج ٧ ص ٢٦٨ في مسئلة بيع الخيار ، أنّ الخيار في بيع الخيار المعنون عند الأصحاب ليس مشروطا حدوثه بالردّ في ادلة بيع الخيار ، بقوله : مع أنّ حدوث الخيار بعد الردّ ، مبنى على الوجه الأول المتقدم من الوجوه الخمسة في مدخلية الردّ في الخيار ، ولا دليل على تعيينه في بيع الخيار المتعارف بين الناس ، بل الظاهر من عبارة غير واحد ، هو الثانى (٤) الضمير المستتر في (ليس) يرجع الى الخيار (٥) يرجع الضمير الى الخيار (٦) يرجع الضمير الى أنّ الخيار يحدث برّد مثل الثمن

الثنى ، هذا . مع (١) أنّ الظاهر أنّ الشيخ يقول بالتوقف (٢) فى الخيار المنفصل ايضا ، وربما يتمسك (٣) بالأخبار الواردة فى العينة (٤) وهى ان يشتري الانسان شيئا بنسيئة ، ثم يبيعه بأقلّ منه فى ذلك المجلس نقدا (٥) لكنّه لا دلالة لها (٦) من هذه الحيثية ، لأن بيعها (٧) على بايعها الأول ، وان كان فى خيار المجلس او الحيوان ، إلا ان بيعه (٨)

(١) اى مع أنّه لو قلنا : أنّ الخيار يحدث برّد مثل الثمن ، تكون الرواية ايضا دليلا على المشهور ، لأنّ الشيخ (ره) يقول : أنّ المشتري لا يملك بعد العقد إلا بعد انقضاء الخيار ، سواء كان الخيار متصلا بالعقد ، ام منفصلا (٢) اى أنّ الشيخ يقول ، بتوقف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار فى الخيار المنفصل ايضا (٣) اى ربما يتمسك لقول المشهور بالأخبار الواردة فى العينة (٤) ، (العينة) بكسر العين وفتح النون (٥) مثلا يشتري بكر من زيد كتابا بثلاثة دراهم نسيئة ، ثم يبيع بكر هذا الكتاب من زيد فى ذلك المجلس بدرهمين نقدا ، وتسمى هذه عينة ، ووجه دلالة هذه الأخبار الواردة فى العينة ، أنّ السلعة المشتراة اذا لم تصر ملكا للمشتري مع وجود خيار المجلس ، لم يكن وجه لبيع المشتري السلعة ثانيا للبايع لكنّه لا دلالة لها على قول المشهور من حيثية كون المبيع ملكا للمشتري فى زمان الخيار ، لأنّ بيعها على بايعها الأول ، وان كان فى خيار المجلس او الحيوان ، إلا أنّ بيعه عليه مسقط لخيارهما اتفاقا (٦) الضمير يرجع الى الأخبار (٧) يرجع الضمير المؤنث فى قوله (بيعها) و (بايعها) الى العين (٨) الضمير يرجع الى المشتري

عليه (١) مسقط لخيارهما (٢) اتفاقا (٣) وقد صرح الشيخ (٤) في
المبسوط بجواز ذلك (٥) مع منعه (٦) عن بيعه (٧) على غير صاحبه في
المجلس ، نعم بعض هذه الأخبار (٨) يشتمل على فقرات (٩)

(١) يرجع الضمير الى البايع (٢) الضمير المثنى يرجع الى المجلس و
الحيوان (٣) قوله (اتفاقا) مفعول له ، يعنى ان بيعها على بايعها
الأول ، مسقط لخيارهما ، لاتفاق الفقهاء (٤) اي وقد صرح الشيخ (ره)
في المبسوط ، بجواز بيعها على بايعها الأول ، لأن تواطئها على البيع
الثاني ، مسقط لخيارهما ، بخلاف بيعه على غير صاحبه ، لأن بيعه على غير
صاحبه ، لا يكون طواطئا منهما على سقوط الخيار ، فلذا منع الشيخ بيعه
على غير صاحبه في المجلس ، لأن في نظره ان المشتري لا يملك المبيع
فاذا لا يملك ، لا يجوز البيع ، لأنه لا بيع الا في ملك (٥) اشارة الى
بيعها على بايعها الأول (٦) يرجع الضمير الى الشيخ (٧) اي بيع
المشتري (٨) يعنى بعض هذه الأخبار الواردة في مسألة العينة ، يشتمل
على فقرات يستأنس بها لمذهب المشهور ، حيث قال (ع) : ليس هو
متاعك ولا بقرك ولا غنمك ، فان هذه الفقرات تدل على انتقال المبيع الى
المشتري قبل انقضاء الخيار ، والمصنف (ره) يقول : ولا استيناس بها
ايضا عند التأمل ، لما عرفت من ان هذا البيع جائز عند الشيخ القائل
بتوقف الملك على انقضاء الخيار لسقوط خيارهما بالتواطؤ على هذا
البيع ، كما عرفت التصريح به من المبسوط (٩) ، (الفقرة) ج فقرات
وفقرات (المنجد) وقال في اقرب الموارد : الفقرة من النشر ، كالبيت من
الشعر ، نحو : اعوذ برّب الفلسق من شر ما خلق

يستأنس بها (١) لمذهب المشهور ، مثل صحيح يسار بن يسار عن الرجل يبيع المتاع ويشتره (٢) من صاحبه الذي (٣) يبيعه (٤) منه ، قال : (٥) نعم لا بأس به ، قلت : اشترى متاعى ، فقال : ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك ، فإن فى ذيلها (٦) دلالة على انتقال المبيع قبل انقضاء الخيار ولا استيناس (٧) بها ايضا عند التأمل ، لما عرفت من أن هذا البيع جائز عند القائل بالتوقف ، لسقوط خيارهما بالتواطؤ على هذا البيع ، كما عرفت التصريح به من المبسوط ، و يذّب (٨)

(١) الضمير يرجع الى الفقرات (٢) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى الرجل البايع ، و الضمير المفعول الى المتاع (٣) قوله (الذى) صفة للصاحب (٤) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى الرجل البايع ، و الضمير المفعول الى المتاع ، و الضمير فى قوله (منه) يرجع الى صاحب (٥) اى قال الامام * ع : نعم لا بأس باشترائه من صاحبه (٦) يعنى ، فإن فى ذيل الرواية الذى هو قوله (ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك) دلالة على انتقال المبيع الى المشتري قبل انقضاء الخيار (٧) قال المصنف (ره) و الحال لا استيناس بهذه الفقرات ايضا عند التأمل ، لما عرفت من أن هذا البيع الثانى جائز عند الشيخ الطوسى القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار لسقوط خيار المجلس و الحيوان بالتواطؤ على هذا البيع الثانى ، كما عرفت التصريح به فى المبسوط (٨) اشكال و دفع ، أما الاشكال : فإن المتاع فى زمان الخيار على قول الشيخ كان ملكا للبائع فاذا حصل الملك للمشتري بالبيع الثانى ، لزم الدور ، لأن البيع الثانى موقوف على ملك المشتري ، و ملكه موقوف على بيعه ، فهذا دور باطل ←

بذلك (١) عن الاشكال المتقدم نظيره سابقا من (٢) أنّ الملك اذا حصل بنفس البيع الثاني ، مع أنّه (٣) موقوف على الملك ، للزم الدور الوارد (٤) على من صحّ البيع الذي يتحقق به الفسخ ، و حينئذ (٥) فيمكن

→ واما الدفع : فإن التواطؤ على البيع ثانيا مسقط لخيارهما ، فيحصل الملك للمشتري بالتواطؤ ويقع البيع الثاني في ملك المشتري ، فلا دور هنا ، كما يدفع عن اشكال الدور فيما تقدم في مسألة حكم تصرف ذي الخيار في زمان الخيار ، و بيان الدور فيما تقدم ، هو أنّ الفسخ موقوف على البيع ، و البيع موقوف على الفسخ ، فهذا ايضا دور باطل ، و دفعه ، أنّ الفسخ حاصل بقصد البيع ، لا به (١) اشارة الى أنّ سقوط الخيار حصل بالتواطؤ على البيع الثاني (٢) قوله (من أنّ الملك ، الخ) بيان للاشكال (٣) يرجع الضمير الى البيع الثاني (٤) يعنى الدور الوارد فيما تقدم على من صحّ بيع ذي الخيار الذي يتحقق به الفسخ ، حيث قال من استشكل و بين الدور : أنّ فسخ ذي الخيار موقوف على بيعه ، و بيعه موقوف على فسحه ، فهذا دور باطل ، و اجاب من صحّ البيع الذي يتحقق به الفسخ ، بأن فسحه يحصل بقصد البيع قبل البيع ، لا به ، فإن البيع يقع في ملكه ، فلا دور (٥) اي حينئذ ، فيمكن ان يكون سؤالا السائل بقوله (اشترى متاعى) من جهة ثبوت مذهب الشيخ الطوسى عند الأصحاب ، من عدم جواز البيع قبل الافتراق عن المجلس ، فيكون جواب الامام * ع * مبنيا على جواز بيع المشتري على البايع ، لأجل أنّ تواطؤهما على البيع الثاني اسقاط لخيارهما من الطرفين ، كما في صريح المبسوط

ان يكون سؤال السائل بقوله: اشترى متاعى ، من جهة ركوز (١) مذهب الشيخ عند هم من عدم جواز البيع قبل الافتراق ، و يكون جواب الامام *ع* مبنياً على جواز بيعه (٢) على البايع ، لأن تواطئهما على البيع الثانى اسقاط للخيار من الطرفين ، كما فى صريح المبسوط ، فقوله : ليس هو متاعك (٣) اشارة الى ان ما ينتقل اليك بالشراء ، انما انتقل اليك بعد خروجه عن ملكك بتواطئكما على المعاملة الثانية المسقط لخياركما ، لا بنفس العقد ، و هذا المعنى (٤) فى غاية الوضوح لمن تأمل فى فقه المسئلة ثم لو سلم (٥) ما ذكر من الدلالة و الاستيناس لم يدفع به (٦) الا القول

(١) ، (رُكُزٌ رُكُزًا) الرُّمْحُ و نحوه غرزه فى الأرض . دفنه . اثبته - العرقُ : اختلج (المنجد) فلا يخفى انى لم اجد فى كتب اللغة التى كانت عندنا ان يكون (ركوز) مصدرًا لـ (ركز) ، (٢) الضمير يرجع الى المشتري (٣) اى فقول الامام *ع* : (ليس هو متاعك) اشارة الى ان ما ينتقل اليك بالشراء ، انما انتقل اليك بعد خروجه عن ملكك بتواطئكما على المعاملة ، فان التواطؤ مسقط لخياركما ، لا ان الخيار يسقط بنفس العقد الثانى ، و بعبارة اخرى ان تواطئكما على البيع الثانى مسقط لخياركما ، فيكون المتاع ملكا للمشتري و يكون البيع الثانى فى ملك المشتري ، فحينئذ لا يكون هو متاعك ، بل يكون هو متاع المشتري (٤) يعنى هذا المعنى الذى ذكره المصنف (ره) لسؤال السائل و لقول الامام *ع* فى غاية الوضوح لمن تأمل فى فقه المسئلة (٥) يعنى لو سلم دلالة رواية يسار بن يسار على قول المشهور و الاستيناس بها لمذهبهم لم يدفع بهما ، الا القول بالنقل دون الكشف كما لا يخفى (٦) يرجع الضمير الى (ما) فى قوله (ما ذكر)

بالنقل دون الكشف، كما لا يخفى، ومثل هذه الرواية (١) في عدم الدلالة والاستيناس، صحيحة (٢) محمد بن مسلم عن رجل اتاه رجل، فقال: ابتع (٣) لى متاعا، لعلّى اشتريه منك بنقد او بنسيئة، فابتاعه الرجل من اجله، قال: ليس به بأس، أنّما يشتريه (٤) منه (٥) بعد ما يملكه (٦) فإنّ الظاهر (٧) أنّ قوله: أنّما يشتريه، الخ

(١) اشارة الى رواية يسار بن يسار (٢) قوله (صحيحة) خبر لمبتدأ مقدّم وهو قوله (مثل)، (٣) قوله (ابتع) صيغة الأمر (٤) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى الرجل الآتى، والضمير المفعول الى المتاع (٥) الضمير يرجع الى الرجل الواسط (٦) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى الرجل الواسط (٧) مثلا زيد اتاه عمرو، فقال لزيد: ابتع لى متاعا لعلّى اشتريه منك بنقد او بنسيئة، فابتاع زيد المتاع من بكر من أجل عمرو، فمن قال: أنّ صحيحة محمد بن مسلم تدل على قول المشهور، قال: أنّ المجلس فى البيع الأول و البيع الثانى كان واحدا، فاذا كان البيع الثانى فى زمان خيار المجلس بحسب هذه الصحيحة صحيحا، ملك زيد الواسط المتاع فى المثال بالعقد، لا بالبيع الثانى، وتدل الرواية على قول المشهور، والمصنف (ره) ردّ دلالة هذه الصحيحة على قول المشهور بقوله: فإنّ الظاهر أنّ قوله *ع*: (انّما يشتريه منه بعد ما يملكه) اشارة الى المطلب الآخر الذى لا مناسبة له بما نحن فيه، وهو أنّ هذا البيع ليس من بيع ما ليس عنده، وبعبارة اخرى أنّ بيع ما ليس عندك، ليس بصحيح، لأجل قوله *ص*: لحكيم بن حزام: (لا تبع ما ليس عندك)، و قوله فى النبوى الآخر: (لا بيع الا فيما يملك) وما ورد فى توقيع ←

بيان المطالب في شرح المكاسب

إشارة (١) الى أنّ هذا ليس من بيع ما ليس عنده ، وأنّ بيعه (٢) لم يكن قبل استيجاب البيع مع الأول ، فقلوه : بعد ما يملكه ، إشارة الى استيجاب العقد مع الأول ، كما يظهر من قولهم عليهم السلام في اخبار اخر (٣) واردة في هذه المسئلة ، ولا توجب البيع قبل ان تستوجه مع أنّ الغالب (٤) في مثل هذه المعاملة قيام الرجل الى مكان غيره

→ العسكري *ع* الى الصقار : (لا يجوز بيع ما ليس يملك) وغيرها ، فإنّ الصحيحة المذكورة بنظر المصنف (ره) إشارة الى أنّ البيع في الصحيحة ليس من قبيل ما ليس عنده حتى يكون باطلا (١) قوله (إشارة) خبر لـ (أنّ) في قوله (أنّ قوله) ، (٢) ، (أنّ بيعه ، الخ) عطف على قوله (أنّ هذا الخ) يعنى ، فإنّ الظاهر أنّ قوله (أنّما يشتريه ، الخ) إشارة الى أنّ بيعه لم يكن قبل استيجاب البيع مع الأول ، لأنّ بيع مال الغير قبل الاشتراء لا يصحّ ، لأجل الأخبار الاخر الواردة في هذه المسئلة : (ولا توجب البيع قبل ان تستوجه) يعنى لا تبع مال الغير قبل اشتراؤه منه (٣) من الاخبار الاخر ، خبر يحيى بن الحجاج ، قال : سئلت ابا عبد الله *ع* عن رجل ، قال لى : اشتري هذا الثوب وهذه الدابة وبعينها اريحك فيها كذا وكذا ، قال : لا بأس بذلك اشتريها ولا تواجهه البيع قبل ان تستوجهها او تشتريها (٤) وردّ المصنف (ره) دلالة الصحيحة على قول المشهور ثانيا ، بقوله (مع أنّ الغالب ، الخ) يعنى مع أنّ الغالب فى مثل هذه المعاملة التى ذكرت فى الصحيحة قيام الرجل الواسط من منزله وذهابه الى منزل غيره ليشتري ويأخذ المتاع منه ورجوع الواسط الى منزله ، لبيعه المتاع من صاحب الذى طلب منه ذلك ، فحينئذ يلزم العقد ←

ليأخذ منه (١) المتاع ورجوعه (٢) الى منزله لبيعه من صاحبه الذى طلب (٣) منه ذلك (٤) فيلزم العقد الأول بالتفرق ، ولو فرض (٥) اجتماعهما فى مجلس واحد ، كان تعريضه للبيع ثانيا بحضور البايع دالّا عرفا على سقوط خياره ، ويسقط خيار المشتري بالتعريض للبيع ، وبالجملة (٦) ليس فى قوله : بعد ما يملكه ، دلالة على أن تملكه بنفس العقد ، مع أنّها (٧) على تقدير الدلالة تدفع النقل ، لا الكشف ، كما لا يخفى ، ونحوه (٨) فى الضعف الاستدلال فى التذكرة بما دلّ على مال العبد المشتري

→ الأول الذى وقع مع الغير بالتفرق ، فالصحيحة لا تدلّ على قول المشهور ، لأنّه لم يكن مجلس البيع الأول و البيع الثانى واحدا (١) الضمير يرجع الى الغير (٢) الضمير يرجع الى الرجل الواسط (٣) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى الصاحب ، والضمير فى قوله (منه) الى الرجل الواسط (٤) قوله (ذلك) اشارة الى اشتراء المتاع (٥) اى ولو فرض اجتماع العقد الأول و العقد الثانى فى مجلس واحد ، كان تعريض الرجل الواسط للبيع ثانيا بحضور البايع الأول ، دالّا عرفا على سقوط خيار البايع الأول ، لأنّه رضى بالبيع الثانى ، و رضاه بالبيع الثانى مسقط لخياره ، و خيار المشتري الواسط يسقط ايضا بالتعريض للبيع ، فالرواية لا تدلّ على قول المشهور (٦) اى و بالجملة ليس فى قول الامام *ع* ، بعد ما يملكه (دلالة على أن تملكه بنفس العقد حتى يدلّ على قول المشهور (٧) اى مع أنّ الصحيحة على تقدير الدلالة ، تدفع النقل لا الكشف ، كما لا يخفى (٨) اى نحو الاستدلال بصحيحة محمد بن مسلم على قول المشهور فى الضعف الاستدلال فى التذكرة على قول المشهور بما دلّ على مال ←

لمشتريه مطلقا ، او مع الشرط ، او علم البايع من غير تقييد بانقضاء الخيار
اذ فيه (١) أنّ الكلام مسوق لبيان ثبوت المال للمشتري على نحو ثبوت
العبد له ، و أنّه يدخل في شراء العبد حتى اذا ملك العبد ملك ماله مع
أنّ الشيخ لم يثبت منه هذا القول في الخيار المختص بالمشتري و التمسك
(٢) باطلاق الروايات لما اذا شرط البايع الخيار ، كما ترى

→ العبد المشتري لمشتريه مطلقا ، اى سواء شرط ان يكون مال العبد
للمشتري ، ام لم يشترط ، سواء علم البايع بأن للعبد مالا ام لم يعلم ، من
غير تقييد مال العبد للمشتري بانقضاء الخيار ، فاذا لم يكن مقيدا بانقضاء
الخيار ، ظهر أنّ ماله للمشتري بمجرد العقد ، و ظهر ايضا أنّ العبد
حصل ملكا للمشتري بمجرد العقد (١) قوله (اذ فيه ، الخ) وجه للضعف
يعنى أنّما كان هذا الاستدلال ايضا ضعيفا ، لأنّ الكلام في الروايات
التي دلّت على مال العبد المشتري لمشتريه ، مسوق لبيان ثبوت المال
للمشتري على نحو ثبوت العبد له ، فاذا ثبت ملك العبد للمشتري بمجرد
العقد ، ثبت ماله للمشتري بمجرد العقد ، و اذا ثبت ملك العبد للمشتري
بانقضاء الخيار ، ثبت ماله للمشتري بانقضاء الخيار ، مع أنّ الشيخ
الطوسي (ره) لم يثبت منه القول ، بأنّ الملك يحصل بانقضاء الخيار فى
الخيار المختص بالمشتري ، فالروايات التي دلّت على مال العبد لمشتريه
لا تدلّ على قول المشهور (٢) سؤالٌ وجوابٌ ، أمّا السؤال : فإنّ الروايات
التي دلّت على أنّ مال العبد لمشتريه مطلقة شاملة للخيار الذي شرطه
البايع لنفسه ، ام لم يشترط ، فحينئذ تكون باطلاقها دليلا على قول
المشهور ، و أمّا الجواب : فإنّ التمسك باطلاق الروايات التي دلّت ←

واشدد ضعفا (١) من الكل ما قيل ، من أن المقصود (٢) للمتعاقدين و
الذى (٣) وقع التراضى عليه انتقال كل من الثمن والمثل حال العقد
فهذه المعاملة ، أما صحيحة كذلك (٤) كما عند المشهور ، فثبت المطلوب
او باطلة من اصلها (٥) او انها صحيحة الا انها على غير ما قصدها و
تراضيا عليه (٦) توضيح الضعف ، ان مدلول العقد (٧) ليس هو الانتقال
من حين العقد ، لكن الانشاء لما كان علة لتحقق المنشئ عند تحققه (٨)
كان الداعى على الانشاء حصول المنشئ عنده ، لكن العلية انما هو عند
العرف ، فلا ينافى كونه (٩) فى الشرع سببا محتاجا الى تحقق شرائط
اخر بعده (١٠) كالقبض فى السلم (١١)

→ على مال العبد لمشتريه لما اذا شرط البايع الخيار ، كما ترى انه
ليس بصحيح ، والمصنف (ره) اشار الى الجواب بقوله : و التمسك باطلاق
الروايات ، الخ (١) يعنى اشدد ضعفا من الكل ، بحيث لا يصح الاستدلال
به ما قيل (٢) قوله (من أن المقصود ، الخ) بيان لـ (ما) ، (٣) قوله
(الذى) عطف على قوله (المقصود) ، (٤) اشارة الى انتقال كل من الثمن
والمثل من حين العقد (٥) يرجع الضمير الى المعاملة (٦) الضمير
يرجع الى (ما) ، (٧) يعنى ان مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين
العقد ، فان مدلوله هو التمليك و التملك مجردا عن الزمان ، لكنه عند
العرف علة تامة لمضمونه ، فاذا وجد العلة الذى هو العقد فى زمان ، وجد
المعلول الذى هو الملك فى هذا الزمان (٨) يرجع الضمير الى الانشاء
(٩) الضمير يرجع الى العقد (١٠) اى بعد العقد (١١) يعنى ان قبض
الثمن فى السلم شرط لحصول الملك شرعا مع ان العرف لا يراه شرطا

والصرف (١) وانقضاء الخيار (٢) في محلّ الكلام ، فالعقد مدلوله مجرد التمليك والتملك مجردا عن الزمان ، لكنّه (٣) عرفا علّة تامّة لمضمونه ، و امضاء الشارع له تابع لمقتضى الأدلة ، فليس في تأخير الامضاء تخلف اثر العقد عن المقصود المدلول عليه بالعقد ، وانما فيه (٤) التخلف عن داعي المتعاقدين ، ولا ضرر فيه (٥) وقد تقدم الكلام (٦) في ذلك في مسألة كون الاجازة كاشفة او ناقلة ، وقد يستدل ايضا (٧) بالنبوى المشهور المذكور في كتب الفتوى للخاصة والعامّة على جهة الاستناد اليه (٨) و هو (٩) أنّ الخراج (١٠) بالضمان بناء على أنّ المبيع في زمان

(١) يعني أنّ قبض الثمن والمثمن في الصرف شرط لحصول الملك شرعا مع أنّ العرف لا يراه شرطا (٢) يعني أنّ انقضاء الخيار شرط لحصول الملك عند القول الآخر المقابل للمشهور (٣) يرجع الضمير الى العقد يعني لكن العقد عند العرف علّة تامّة لمضمون العقد الذي هو الملك فاذا حصل العلة الذي هو العقد ، حصل المعلول الذي هو الملك (٤) يرجع الضمير الى تأخير الامضاء (٥) اي ولا ضرر في التخلف عن داعي المتعاقدين (٦) اي وقد تقدم الكلام في ذلك في ج ٤ ص ٣٣٣ بقوله : ويرد على الوجه الثاني أولا أنّ الاجازة وان كانت رضا بمضمون العقد الى ان قال : بل هو نفس النقل مجردا عن ملاحظة وقوعه في زمان ، وانما الزمان من ضروريّات انشائه ، الخ ، فراجع (٧) اي وقد يستدل ايضا على قول المشهور بالنبوى المشهور و هو أنّ الخراج بالضمان (٨) الضمير يرجع الى النبوى (٩) يرجع الضمير الى النبوى (١٠) يعني أنّ من ضمن شيئا وتقبّله لنفسه ، فخراجه له ، فالبايع للسببيّة او المقابلة ، فالمشتري ←

الخيار المشترك ، او المختص بالبايع في ضمان المشتري ، فخراجه (١) له (٢) وهى (٣) علامة ملكه ، وفيه (٤) أنّه لم يعلم من القائلين بتوقف الملك على انقضاء الخيار ، القول بكون ضمانه على المشتري حتى يكون نمائه له ، وقد ظهر بما ذكرنا (٥) أنّ العمدّة فى قول المشهور ، عموم ادلّة حلّ البيع ، و التجارة عن تراض ، و اخبار الخيار ، و استدلال للقول الآخر (٦) بما دلّ (٧) على كون تلف المبيع من مال البايع فى زمان الخيار

→ لما اقدم على ضمان المبيع و تقبله على نفسه بتقبيل البايع و تضمينه آياه ، على ان يكون الخراج له (١) يرجع الضمير الى المبيع (٢) الضمير يرجع الى المشتري (٣) أنّ المبيع فى ضمان المشتري فى زمان الخيارين المذكورين ، فخراجه و فائدته له ، و هى علامة ملك المشتري للمبيع (٤) الضمير يرجع الى الاستدلال بالنبوى ، يعنى و فى الاستدلال المذكور نظر و ايراد ، لانه لم يعلم من هؤلاء القائلين ، القول بكون ضمان المبيع على المشتري حتى يكون نمائه له ، و لم يكن هذا من مصاديق النبوى (٥) اى و قد ظهر بما ذكره المصنف فى ص ٥٢ بقوله (و كيف كان ، فالأقوى هو المشهور ، لعموم ادلّة حلّ البيع ، الخ) أنّ العمدّة فى قول المشهور ، عموم ادلّة حلّ البيع ، و التجارة عن تراض ، و اخبار الخيار (٦) فالمراد بالقول الآخر ، هو القول بأنّ الملك يحصل بانقضاء الخيار (٧) يعنى ، فاذا دلّ مثل صحيحة ابن سنان ، على كون تلف المبيع من مال البايع فى زمان الخيار ، فيدلّ بضميمة قاعدة كون التلف عن المالك ، على أنّ البايع مالك للمبيع فى زمان الخيار ، و أنّ المبيع لم ينتقل الى ملك المشتري ←

فيدل (١) بضميمة ، قاعدة كون التلف عن المالك ، لأنه (٢) مقابل الخراج على كونه (٣) في ملك البايع ، مثل صحيحة (٤) ابن سنان عن الرجل يشتري العبد او الدابة بشرط ، الى يوم او يومين ، فيموت العبد او الدابة او يحدث فيه حدث ، على من ضمان ذلك ؟ فقال : على البايع حتى ينقضى الشرط (٥) ثلاثة ايام و يصير المبيع للمشتري شرط له البايع او لم يشترط ، قال : وان كان بينهما شرط ، اياما معدودة ، فهلك في يد المشتري ، فهو من مال البايع ، و رواية عبد الرحمان (٦) ابن ابي عبد الله قال : سئلت ابا عبد الله * ع * عن الرجل اشترى امة من رجل بشرط ، يوما او يومين ، فماتت عنده و قد قطع الثمن (٧) على من يكون ضمان ذلك ؟

→ بالعقد ، فيثبت القول الآخر المقابل للمشهور (١) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى (ما) ، (٢) يرجع الضمير الى التلف ، يعنى اذا كان التلف من المالك ، فيكون الخراج ايضا له (٣) قوله (على) في قوله (على كونه) متعلق بقوله (فيدل) و الضمير في قوله (كونه) يرجع الى التلف (٤) قوله (مثل صحيحة ابن سنان ، الخ) ، * تذكرة * قال في اقرب الموارد (المثل) بالكسر : كلمة التسوية ، وفي المصباح : (المثل على ثلاثة اوجه بمعنى التشبيه ، و بمعنى نفس الشئ و ذاته ، و زائدة) فالظاهر ، ان معنى المثل في قوله تعالى : * ليس كمثل شئ * هو الذات ، يعنى (ليس كذاته شئ) فحينئذ لا يكون الكاف زائدة ، و الله عالم بما انزله (٥) فالمراد بالشرط ، هو الخيار (٦) قوله (رواية عبد الرحمان) عطف على قوله (صحيحة ابن سنان) ، (٧) فالمراد من قطع الثمن ، هو دفعه و رده الى البايع

قال : ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضى شرطه . ومرسلة ابن رباط : ان حدث في الحيوان حدث قبل ثلاثة أيام ، فهو من مال البايع . والنسبى المروى في قرب الاسناد ، في العبد المشتري بشرط ، فيموت ، قال : يستحلف (١) بالله ما رضيه ، ثم هو برئ من الضمان ، وهذه الأخبار أنّما تجدى لمن ينكر تملك المشتري مع اختصاص الخيار به ، وقد عرفت (٢) أنّ ظاهر المبسوط في باب الشفعة ، ما حكاه عنه في الدروس ، من القطع بتملك المشتري مع اختصاص الخيار به ، وكذلك (٣)

(١) ، (ا ح ل ف ه و ح ل ف ه و ا س ت ح ل ف ه) جعله يحلف (المنجد) قوله (يستحلف) فعل مجهول ، والضمير المستتر فيه يرجع الى المشتري ، يعنى يستحلف المشتري بالله ما رضيه ، فاذا حلف بعدم رضاه قبل الموت ، فهو برئ من الضمان ، ويكون الضمان على البايع (٢) يعنى هذه الأخبار المذكورة تجدى لمن ينكر تملك المشتري مع اختصاص الخيار به ، كابن جنيد ، و لا تجدى هذه الأخبار للشيخ الطوسى ، حيث عرفت فى ص ٤٦ أنّ ظاهر المبسوط فى باب الشفعة ، ما حكاه عنه فى الدروس ، من القطع بتملك المشتري مع اختصاص الخيار به ، حيث قال فى الدروس : (وربما قطع الشيخ بملك المشتري اذا اختص الخيار به) ولم يقل فى الدروس (وربما قطع الشيخ فى باب الشفعة بملك المشتري اذا اختص الخيار به) لكن المصنف (ره) علم انه استفاده عن المبسوط فى باب الشفعة ، حيث قال فى ص ٤٩ : ولعلّ هذا مأخذ ما تقدم من النسبة فى ذيل عبارة الدروس (٣) يعنى هذه الأخبار لا تجدى للجامع ايضا ، حيث عرفت ، أنّ ظاهر العبارة المتقدمة عنه ، أنّ المشتري يملك بالعقد مع اختصاص الخيار به

ظاهر العبارة المتقدمة (١) عن الجامع ، وعلى آى حال (٢) فهذه الأخبار (٣) أما ان تجعل مخصصة لأدلة المشهور بضميمة قاعدة

(١) اى تقدّمت عبارته فى ص ٥٢ بقوله (ولا ينفذ تصرف المشتري الآ بعد انقضاء خيار البايع) لعلّ وجه الظهور فى اضافة الخيار فى آخر العبارة الى البايع ، يعنى اذا كان الخيار للبايع ، لا ينفذ تصرف المشتري قبل انقضاء الخيار ، لأنّ المشتري لا يملك قبل انقضاء خيار البايع ، واذا كان الخيار للمشتري خاصة ينفذ تصرفه ، لأنّه يملك بالعقد ، لا بانقضاء الخيار (٢) يعنى سواء كان فى المقام من ينكر تملك المشتري بمجرد العقد مع اختصاص الخيار به ، ام لا (٣) يعنى أنّ الأمر دائر بين كون هذه الأخبار مخصصة لأدلة المشهور بضميمة قاعدة تلازم الملك ، والضمان حتى يثبت القول الآخر المقابل للمشهور ، بمعنى أنّ أدلة المشهور تدلّ على أنّ الملك يحصل بمجرد العقد مطلقا ، اى سواء كان فيه الخيار ، ام لا ، وهذه الأخبار تدلّ على عدم انتقال المبيع الى المشتري بمجرد العقد وعدم كونه مالكا للمبيع فى مدّة الخيار ، لأنّه اذا كان التلف فى زمان الخيار من البايع ، كان البايع مالكا فى هذا الزمان ، لأنّ الملك والضمان متلازمان بحسب القاعدة ، فتحصل من تخصيص هذه الأخبار لأدلة المشهور بضميمة القاعدة المذكورة كون البايع مالكا للمبيع فى مدة الخيار وعدم كون المشتري مالكا له فى هذه المدة ، فيثبت القول الآخر المقابل للمشهور ، و بين كون هذه الأخبار مخصصة لقاعدة التلازم بين الملك والضمان بضميمة أدلة المسئلة ، بمعنى أنّ القاعدة المذكورة تقول : أنّ التلف من المالك مطلقا ، اى حتى فى زمان الخيار ايضا ، فهذه الأخبار تدلّ على أنّ

تلازم الملك و الضمان ، او لقاعدة التلازم بضميمة ادلة المسئلة (١) فيرجع بعد التكافؤ الى اصالة عدم حدوث الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار ، و لكن هذا (٢) فرع التكافؤ المفقود في المقام من جهات ، اعظمها الشهرة المحققة المؤيدة بالاجماع المحكى عن السرائر ، ثم أنّ مقتضى اطلاق ما تقدم من عبارتي المبسوط و الخلاف من كون الخلاف (٣) في العقد المقيد بشرط الخيار عمومه (٤) للخيار المنفصل عن العقد

→ التلّف في زمان الخيار ليس من المشتري الذي هو المالك بمجرد العقد بل من البايع الذي هو غير المالك في هذا الزمان ، فتحصل من تخصيص هذه الأخبار لقاعدة التلازم بين الملك و الضمان ، بضميمة ادلة المسئلة كون المشتري مالكا في مدة الخيار ، وان لم يكن التلّف منه ، فيثبت قول المشهور ، و مقتضى الدوران بينهما بعد التكافؤ ، هو التساقط و الرجوع الى اصالة عدم حدوث الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار ، فلا يخفى : أنّ التساقط و الرجوع الى الأصل المذكور ، فرع التكافؤ بين طرفي الدوران و عدم مرجح لأحدهما ، و المصنف (ره) يقول بقوله (ولكن هذا ، الخ) : أنّ التكافؤ منتف في المقام لوجود المرجح لقول المشهور من جهات ، اعظمها الشهرة المحققة المؤيدة بالاجماع المحكى عن السرائر (١) فالمراد من ادلة المسئلة ، هي ادلة قول المشهور (٢) يعنى ولكن الرجوع الى اصالة عدم حدوث الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار ، فرع التكافؤ المفقود في المقام من جهات ، اعظمها الشهرة المحققة المؤيدة بالاجماع المحكى عن السرائر (٣) اي الخلاف بين الشيخ و المشهور في ثبوت الملك بالعقد او بانقضاء الخيار (٤) قوله (عمومه) خبر لـ (انّ) في قوله (انّ مقتضى)

كما اذا شرط الخيار من الغد ، كما أنّ مقتضى تخصيص الكلام بالعنوان (١) المذكور ، عدم شموله (٢) لخيار غير الشرط والحيوان الذي (٣) يطلق عليه الشرط ايضا ، فخيار العيب والغبن والرؤية والتدليس الظاهر عدم جريان الخلاف (٤) فيها ، ومّا يدلّ على الاختصاص (٥) أنّ ما ذكر من الأدلة مختصة بالخيارين ، وأنّ الظاهر (٦) من لفظ الانقضاء في تحريرات محلّ الخلاف ، انقطاع الخيار الزماني (٧) وأما خيار المجلس ، فالظاهر دخوله في محلّ الكلام (٨) لنصّ الشيخ بذلك في عبارته المتقدمة عنه في باب الشفعة ، ولقوله في الاستبصار أنّ العقد سبب لاستباحة الملك (٩) الآ أنّه مشروط بان يتفرقا بالأبدان ، ولا يفسخا العقد

(١) فالمراد بالعنوان ، هو (شرط الخيار) في قوله (العقد المقيد بشرط الخيار) ، (٢) قوله (عدم شموله) خبر لـ (أنّ) في قوله (كما أنّ) ، (٣) قوله (الذي) صفة للحيوان (٤) يعني أنّ الشيخ والمشهور ، اتّفقا في خيار العيب والغبن والرؤية والتدليس ، على أنّ الملك يحصل بمجرد العقد لا بانقضاء الخيار (٥) يعني ومّا يدلّ على اختصاص الخلاف بين الشيخ والمشهور ، بخيار الحيوان والشرط ، أنّ ما ذكر من الأدلة مختصّ بالخيارين (٦) قوله (أنّ الظاهر، الخ) عطف على قوله (أنّ ما ذكره) ، (٧) فالمراد من الخيار الزماني ، هو خيار الشرط وخيار الحيوان (٨) أي فالظاهر دخول خيار المجلس في محلّ الخلاف بين الشيخ والمشهور لنصّ الشيخ ، بأنّ الملك يحصل بانقضاء الخيار في خيار المجلس ايضا في عبارته المتقدمة في ص ٤٩ بقوله : وحكم خيار المجلس والشرط في ذلك سواء على ما فصلناه (٩) يعني أنّ العقد سبب لاستباحة الملك مع شرط و ←

ولنص الشيخ في الخلاف والمبسوط على ان التفريق كانقضاء الخيار في لزوم العقد (١) به، ومراده من اللزوم، تحقق علة الملك، لا مقابل الجواز كما لا يخفى، مع ان (٢) ظاهر عبارة الدروس المتقدمة (٣) في مأخذ هذا الخلاف، ان كل خيار يمنع من التصرف في المبيع، فهو داخل فيما يتوقف الملك على انقضائه، وكذلك العبارة المتقدمة (٤) في عنوان هذا الخلاف، عن الجامع. وقد تقدم عن الشيخ في صرف المبسوط، ان خيار المجلس مانع عن التصرف في احد العوضين، ومن ذلك (٥) يظهر وجه آخر لخروج خيار العيب واخوته عن محل الكلام، فان الظاهر عدم منعها (٦) من التصرف في العوضين قبل ظهورها (٧) فلا بد ان يقول الشيخ

→ هو التفريق، لان انقضاء خيار المجلس يكون بالتفريق (١) اي في ثبوت العقد وتحققه (٢) قوله (مع ان ظاهر عبارة الدروس المتقدمة، الخ) وجه آخر لدخول خيار المجلس لمحل الخلاف (٣) اي المتقدمة في ص ٤٦ بقوله (مأخذه، ان الناقل، العقد، والغرض من الخيار الاستدراك، وهو لا ينافي الملك، وان غاية الملك التصرف الممتنع في زمان الخيار (٤) اي كذلك العبارة المتقدمة في ص ٥٢ عن الجامع بقوله (ان المبيع يملك بالعقد وبانقضاء الخيار، الخ) فان هذه العبارة، مطلقة شاملة لخيار المجلس ايضا (٥) اي ومما ذكر في الدروس والجامع و صرف المبسوط يظهر وجه آخر لخروج خيار العيب واخوته عن محل الخلاف (٦) يرجع الضمير الى خيار العيب واخوته التي هي خيار الغبن والرؤية والتدليس (٧) الضمير يرجع الى العيب والغبن وتخلف الرؤية عما شرط والتدليس يعني، فان الظاهر عدم منع الخيارات الأربعة من التصرف في العوضين.

باللزوم و الملك قبل الظهور ، و الخروج عن الملك بعد الظهور ، و تنجّز الخيار ، و هذا (١) غير لائق بالشيخ ، فثبت أنّ دخولها (٢) في محلّ الكلام مستلزم ، أمّا لمنع التصرف في موارد هذا الخيار ، و أمّا للقول بخروج المبيع عن الملك بعد دخوله ، و كلاهما غير لائق بالالتزام ، مع أنّ كلام العلامة (٣) في المختلف كالصريح في كون التملك بالعقد اتفاقياً في المعيب ، لأنّه ذكر في الاستدلال ، أنّ مقتضى للملك موجود ، و الخيار لا يصلح للمنع ، كما في بيع المعيب ، و ذكر أيضاً ، أنّه لا منافات بين الملك و الخيار ، كما في المعيب ، و قد صرح الشيخ (٤) قدس سرّه في المبسوط

— قبل ظهور العيب و الغبن و تخلف الرؤية عمّا شرط و التدليس ، فلا بدّ ان يقول الشيخ ، باللزوم و الملك قبل ظهور هذه الأربعة ، اي العيب و الغبن و تخلف رؤية المبيع عمّا شرط و التدليس ، و خروج المبيع عن الملك بعد ظهور الأربعة المذكورة ، و تنجّز الخيار بعد الظهور (١) اي هذا القول المذكور ، غير لائق بالشيخ ، فثبت ، أنّ دخول الخيارات الأربع في محلّ الكلام ، مستلزم ، أمّا لمنع التصرف في موارد هذه الخيارات مطلقاً اي سواء كان قبل الظهور او بعد الظهور ، و أمّا للقول بخروج المبيع عن ملك المشتري بعد الظهور بعد دخوله في ملكه قبله ، و كلاهما غير لائق بالالتزام ، لأنّ المنع عن التصرف في غير زمان الخيار لا وجه له ، لأنّ الخيار يحدث بعد ظهورها ، و الخروج عن ملك المشتري بعد دخوله في ملكه غير صحيح (٢) الضمير يرجع الى خيار العيب و اخوته (٣) قوله (مع أنّ كلام العلامة ، الخ) وجه آخر لخروج خيار العيب و اخوته عن محل الخلاف (٤) يعني أنّ قوله (و قد صرح الشيخ قدس سرّه ، الخ) شاهد على أنّ ←

ايضا ، بأنه اذا اشترى شيئا ، فحصل منه نماء ثم وجد به عيبا رده دون نمائه محتجا بالاجماع وبالنبوي : الخراج بالضمان ، وسيجئ تنمة ذلك ، ان شاء الله تعالى

* مسألة *

و من احكام الخيار ، كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار (١) ففى الجملة (٢) على المعروف بين القائلين بتملك المشتري بالعقد ، و توضيح هذه المسئلة (٣) ان الخيار اذا كان للمشتري فقط من جهة الحيوان ، فلا اشكال ولا خلاف فى كون المبيع فى ضمان البايع ، و يدل عليه ما تقدم (٤) فى المسئلة السابقة من الأخبار ، وكذلك (٥) الخيار الثابت له من

→ الخيارات الأربع خارجة عن محلّ الخلاف ، فتحصل أنّ محلّ الخلاف بين الشيخ و المشهور ، هو خيار الشرط و الحيوان و المجلس ، أما سائر الخيارات ، ليس فيها خلاف ، بل فيها اتفاق على أنّ الملك يحصل بمجرد العقد ، لا بانقضاء الخيار (١) مثلا اذا اشترى المشتري من البايع حيوانا و تلف فى زمان خيار الحيوان فى يد المشتري ، يكون ضمانه من البايع ، لأنه ممن ليس له الخيار ، لقاعدة المعروفة : التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له (٢) قوله (فى الجملة) يعنى هذه القاعدة لا تجرى فى تمام الخيارات ، بل تجرى فى بعض الخيارات ، مثل خيار الحيوان و الشرط و المجلس (٣) فالمراد من هذه المسئلة ، هى كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار (٤) اى تقدم فى ص ٤٨ : مثل صحيحة ابن سنان و رواية عبد الرحمان بن ابي عبد الله و غيرها (٥) يعنى لو ثبت الخيار للمشتري من جهة الشرط ، لكان المبيع فى ضمان البايع ايضا من دون خلاف بين ←

- جهة الشرط بلاخلاف في ذلك ، لقوله *ع* في ذيل صحيحة ابن سنان :
- (١) وان كان بينهما شرط أياما معدودة ، فهلك في يد المشتري ، فهو
- (٢) من مال بايعه ولو كان للمشتري فقط خيار المجلس دون البايع (٣)
- فظاهر قوله *ع* ، (٤) : حتى ينقض شرطه و يصير المبيع للمشتري كذلك
- (٥) بناء على أنّ المناط (٦) انقضاء الشرط الذي

→ العلماء في ذلك (١) فإن صحيحة ابن سنان تقدّمت في ص ٤٨ فراجع

(٢) الضمير يرجع الى الهلاك (٣) يعنى لو شرط البايع و المشتري فى ضمن العقد، عدم خيار المجلس للبايع و بقى للمشتري خيار المجلس ، فظاهر الرواية المتقدمة فى ص ٤٨ (حتى ينقض الشرط ثلاثة أيام ، و يصير المبيع للمشتري) كون المبيع فى ضمان البايع و تلفه منه ، لأنّ المناط فى رفع الضمان عن البايع ، هو انقضاء الشرط الذى يطلق على خيار المجلس ايضا فى الأخبار (٤) قوله (فظاهر قوله *ع* الخ) جواب شرط لـ (لو) فى قوله (ولو كان للمشتري) ، (٥) اشارة الى أنّ كون المبيع فى ضمان البايع ، و تلفه منه (٦) وهم و دفع ، أمّا الوهم ، فإنّ قوله *ع* : (حتى ينقض الشرط ثلاثة أيام) ورد فى خيار الشرط ، فلا يشمل خيار المجلس حتى يقال ، أنّه لو كان للمشتري خيار المجلس دون البايع ، لكان المبيع فى ضمان البايع ، و تلفه منه ، و أمّا الدفع : فإنّ قوله *ع* : (حتى ينقض الشرط ثلاثة أيام) شامل لخيار المجلس ايضا ، لأنّ المناط و الملاك ، هو انقضاء الشرط الذى يطلق على خيار المجلس فى الأخبار ، فعلى هذا لو كان خيار المجلس للمشتري فقط دون البايع ، لكان التلف من البايع ، و اشار المصنف (ره) الى الدفع ، بقوله : بناء على أنّ المناط انقضاء الشرط ، الخ

تقدم (١) أنه يطلق على خيار المجلس في الأخبار، بل ظاهره (٢) أن المناط (٣) في رفع ضمان البايح صيرورة المبيع للمشتري واختصاصه (٤) به بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه، وإلى هذا المناط (٥) ينظر تعليل (٦) هذا الحكم في السرائر، حيث قال: فكل من كان له خيار، فالمتاع يهلك من مال من ليس له خيار، لأنه (٧) قد استقر عليه العقد، والذي له الخيار ما استقر عليه العقد ولم، فان كان الخيار للبايع دون

(١) اي تقدم في ج ٧ ص ١٦٥ في صحيحة الفضيل بن يسار، أن الشرط يطلق على خيار المجلس (٢) يرجع الضمير الى قوله *ع* : حتى ينقضى شرطه (٣) فلا يخفى، أن قوله (بناءً على أن المناط انقضاء الشرط، الخ) استظهار لعموم الحكم بغير خيار الحيوان من الخيار الذي يطلق عليه الشرط في الأخبار، مثل خيار المجلس، وقوله (بل ظاهره، أن المناط الخ) استظهار لعموم الحكم لمطلق الخيار، ولو لم يطلق عليه الشرط في الأخبار، مثل خيار الغبن والعيب والرؤية، ونحوها (٤) اي اختصاص المبيع للمشتري بانقضاء الخيار، بحيث لا يقدر المشتري بعد انقضاء الخيار على سلب المبيع عن نفسه، فحاصل قوله (أن المناط في رفع ضمان البايح الخ) أنه اذا انقضى خيار المشتري ولزم البيع، رفع الضمان عن البايح فيكون التلف من المشتري، واذا بقى خياره، لم يرفع ضمان البايح، فيكون التلف من البايح (٥) اشارة الى قوله (أن المناط في رفع ضمان البايح الخ)، (٦) فالمراد من التعليل في عبارة السرائر، هو قوله (لأنه قد استقر عليه العقد، الخ) والمراد من الحكم، هو كون التلف من مال من ليس له الخيار (٧) يعنى لأن من ليس له الخيار، قد استقر عليه

المشتري، وكان المتاع قد قبضه المشتري و هلك في يده، كان هلاكه (١) من مال المشتري دون البايع، لأن العقد مستقر عليه (٢) ولازم من جهته ومن هنا (٣) يعلم أنه (٤) يمكن بناءً على فهم هذا المناط طرد الحكم في كل خيار، فتثبت القاعدة (٥) المعروفة من أن، التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له، من غير فرق بين اقسام الخيار (٦)

→ العقد ولزم، والذي له الخيار ما استقر عليه العقد وما لزم (١) يرجع الضمير الى المتاع (٢) يعنى، لأن العقد مستقر على المشتري ولازم من جهته، دون البايع (٣) اشارة الى تعدى الحكم بسبب المناط الى خيار المجلس الذى كان للمشتري فقط، والتعدى الى كل الخيارات كخيار العيب والرؤية والغبن، ونحوها (٤) الضمير للشأن (٥) يعنى فاذا جرى الحكم فى كل خيار تثبت القاعدة المعروفة من أن، التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له، من غير فرق بين اقسام الخيار ولا بين الثمن والمثمن (٦)، *تذكرة* : فاعلم، أن توضيح الكلام فى هذا المقام يحتاج الى بيان امور، *احدها* : أن مورد الرواية المثبتة لهذه القاعدة الثانوية على خلاف القاعدة الأولية، هو خيار الحيوان وخيار الشرط، وفى الاقتصار عليهما او التعدى الى خيار المجلس او التعدى الى جميع الخيارات، اقوال، حكى عن العلامة الطباطبائى وصاحب الجواهر القول الأول، ومال المصنف (ره) الى القول الثانى، ونسب الى الأصحاب القول الثالث، ومستند قول الثالث، امران؛ احدهما، صدق الشرط على مطلق الخيار، و ثانيهما، استفادة المناط الذى يعم جميع الخيارات الموجبة لتزلزل العقد، فلا يخفى، أن المراد من القاعدة ←

ولا بين الثمن و الثمن

→ الثانوية المذكورة ، هي قاعدة * التلّف في زمن الخيار ، ممّن لا خيار له * و المراد من القاعدة الأولى المذكورة ، هي قاعدة * تلازم الملك و الضمان * يعنى أنّ تلف المال من مالكة ، لا من غيره ، و * ثانيها * : أنّ قاعدة * التلّف في زمن الخيار ، ممّن لا خيار له * هل تختص بالخيار المتصل ، ام تعمّ الخيار المنفصل ، سواء كان انفصاله لترتبه على شرطه فيما بعد العقد بمدة او ترتبه على رؤية المبيع على خلاف الوصف او ترتبه على ظهور الغبن المنفصل عن العقد او ترتبه على انقضاء الثلاثة في خيار التأخير ، فإنّ مدرك الاختصاص بالخيار المتصل ما ذكره المصنف في المتن من ظهور لفظة * حتى * في الاستمرار من زمان العقد الى انقضاء الخيار و مدرك التعميم ، استفادة عموم المناط ، و هو التلّف في زمان تزلزل الملك سواء كان متصلا ام منفصلا ، و * ثالثها * أنّ هذه القاعدة هل تختص بالمبيع او تعمّ الثمن ؟ فإنّ مدرك اختصاصها بالمبيع ، هو أنّ مورد هذه الأخبار المثبتة لهذه القاعدة ، هو تلف المبيع في زمان خيار المشتري ، و مدرك التعميم ، وجهان : (احدهما) عموم المناط ، و هو تلف الملك المتزلزل ثمنا كان او ثمنا ، و (ثانيهما) استصحاب ضمان المشتري للثمن قبل اقباضه للبائع الى ان ينقضى خيار البائع ، و * رابعها * : أنّ القاعدة ، هل تختص بالمبيع الشخصى و الثمن الشخصى ، ام يعمّ الكلّى منهما بعد التطبيق على الفرد و تشخصه فيه ؟ و فى الاختصاص الى المبيع الشخصى او التعدى الى غيره ، وجهان ، و * خامسها * : أنّ الصور المتصورة فى المقام ، اربع : * الاولى * ما اذا كان الخيار للبائع و تلف المبيع فى يد

كما يظهر (١) من كلمات غير واحد من الأصحاب ، بل نسبه جماعة الى اطلاق الأصحاب . قال في الدروس (٢) في احكام القبض : و بالقبض ينتقل الضمان الى القابض ، اذا لم يكن له خيار ، انتهى ، فان ظاهره (٣) كفاية مطلق الخيار للمشتري في عدم ضمان المشتري للمبيع المقبوض ونحوه كلامه قدس سره في اللمعة ، وفي جامع المقاصد في شرح قول المصنف : ولومات الشاة

→ المشتري ، فكون تلفه من المشتري على طبق القاعدة الاولى في الملكية فهي قاعدة ، تلازم الملك و الضمان ، و الثانية * ما اذا كان الخيار للمشتري و تلف الثمن في يد البايع ، فكون تلفه من البايع الذي لا خيار له على طبق القاعدة الاولى ايضا ، و الثالثة * ما اذا كان الخيار للمشتري و تلف المبيع في يده ، فان كون تلفه من البايع يحتاج الى دليل يدل على خلاف القاعدة الاولى ، و الرابعة * ما اذا كان الخيار للبائع و تلف الثمن في يده ، فان كون تلفه من المشتري يحتاج الى دليل ، فلو تمّ الدليل على الصورة الثالثة و الرابعة ، صحت القاعدة الثانوية على الاطلاق و هي قاعدة * التلف في زمن الخيار ، ممن لا خيار له * ، (١) الضمير الفاعل المستتر عائد الى غير فرق بين اقسام الخيار ، ولا بين الثمن و الثمن (٢) حاصل ما ذكره في الدروس ، ان المتاع قبل القبض في ضمان من كان المتاع في يده ، و بالقبض ينتقل الضمان الى القابض ، اذا لم يكن له خيار ، فاذا كان الخيار له و تلف المتاع في يده ، كان التلف ممن ليس له الخيار (٣) اي ظاهر ما ذكره في الدروس كفاية مطلق الخيار للمشتري ، سواء كان خيار الحيوان و خيار الشرط و خيار المجلس او غيرها

المصرّاة (١) أو الأمة المدلّسة (٢) فلا شئ له (٣) وكذا لو تعيبت عنده قبل علمه بالتدليس ، قال (٤) : وتقييد الحكم بما قبل العلم ، غير ظاهر لأن العيب اذا تجدد بعد علمه يكون كذلك ، إلا ان يقال (٥)

(١) ، (صَرِي) الشاة تصريةً : لم يحلبها حتى يجتمع اللبن في ضرعها — (المُصْرَاة) الشاة المحفلة (حَفْلَه) جمعه و — زَيْنَه و — الناقة والبقرة و الشاة ترك حلبها أيّاما ليجمع اللبن في ضرعها ، فيغتر المشتري (اقرب الموارد) ، (٢) قوله (لومات الشاة المصرّاة أو الأمة المدلّسة ، الخ) مقول لقول المصنف الذي هو العلامة (٣) يعني لومات الشاة المصرّاة أو الأمة المدلّسة قبل ظهور التدليس ، فالضمان على المشتري ، لا على البايع لأن المشتري ليس له الخيار قبل ظهور التدليس ، وان قلت : لومات الشاة الشاة أو الأمة المدلّسة في زمان خيار الحيوان ، كان التلف من البايع ، لا من المشتري ، قلت : أنّه في المسئلة المفروضة لم يكن خيار الحيوان ، أمّا باسقاطه في ضمن العقد أو باسقاطه بعد العقد أو سقوطه بانقضاء الثلاثة وكذا لو تعيبت الشاة المصرّاة أو الأمة المدلّسة عند المشتري قبل علمه بالتدليس ، فلا شئ لنفع المشتري ، فالضمان عليه ، لا على البايع (٤) قال في جامع المقاصد : وتقييد الحكم بما قبل علم المشتري بالتدليس في الشاة أو الأمة ، غير ظاهر ، لأن العيب اذا تجدد بعد علم المشتري بالتدليس يكون كما تجدد قبل العلم وكذلك الموت ، فيكون الضمان على المشتري ، لا على البايع ، فلا وجه لاختصاص ضمان المشتري في المقام بما قبل علمه بالتدليس (٥) إلا ان يقال : أنّه فرق في المقام بين قبل العلم بالتدليس وبعده ، لأن المعيب وكذا التلف قبل العلم بالتدليس ←

أنه غير مضمون عليه (١) الآن (٢) لثبوت خياره (٣) ولم اظفر في كلام
 المصنف (٤) وغيره بشئ في ذلك ، انتهى (٥) وقال (٦) في شرح قول
 المصنف قدس سره : ولا يسقط الخيار بتلف العين (٧) مقتضى اطلاق
 كلامهم ، انه لو تلف المبيع مع خيار الغبن للمشتري ، انفسخ البيع
 لاختصاص الخيار بالمشتري ، ثم تردد (٨) فيه وفي خيار الرؤية ، وفي
 المسالك (٩) في مسألة ، ان العيب الحادث يمنع من الرد بالعيب

→ مضمون على المشتري لأجل عدم الخيار ، وبعده ليس مضمونا عليه ، بل
 مضمون على البايع ، لثبوت خيار المشتري لأجل قاعدة * التلف في زمن
 الخيار ، ممن لا خيار له * ، (١) يرجع الضمير الى المشتري (٢) اي بعد
 العلم (٣) اي لثبوت خيار المشتري (٤) فالمراد من المصنف ، هو العلامة
 (ره) يعنى قال المحقق الثانى فى جامع المقاصد : لم اظفر فى كلام العلامة
 وغيره ، بشئ فى تلف المبيع او تعييه بعد علم المشتري بالتدليس (٥) اي
 انتهى كلامه فى جامع المقاصد (٦) اي قال فى جامع المقاصد فى شرح
 قول العلامة : مقتضى اطلاق كلامهم ، انه لو تلف المبيع مع خيار الغبن
 للمشتري ، انفسخ العقد وكان التلف من البايع ، لان الخيار مختص
 بالمشتري ، فان التلف فى زمان خياره المختص ، يكون من البايع (٧) قوله
 (ولا يسقط الخيار بتلف العين) مقول لقول المصنف (٨) يعنى ثم تردد
 فى جامع المقاصد فى انفساخ البيع بالتلف وكونه من البايع فى خيار
 الغبن وخيار الرؤية (٩) اي وقال فى المسالك : وان العيب الحادث
 فى ايام خيار الحيوان ، مضمون على البايع ، قال : وكذا كل خيار مختص
 بالمشتري ، فان العيب الحادث فى كل خيار مختص بالمشتري مضمون ←

القديم ، و ان الحادث في أيام خيار الحيوان مضمون على البايع ، قال : و
 كذا كل خيار مختص بالمشتري . وعن مجمع البرهان (١) في مسألة ، ان
 تلف المبيع بعد الثلاثة مع خيار التأخير من البايع ، استنادا الى عموم
 قاعدة : تلف المال قبل القبض ، ان هذه القاعدة معارضة بقاعدة اخرى
 وهى : ان تلف المال في الخيار المختص بالبايع من مال المشتري ، فان
 الظاهر (٢) من جعل هذه (٣) قاعدة كونها (٤) مسلمة بين الأصحاب
 و صرح بنحو ذلك (٥) المحقق جمال الدين في حاشية الروضة ، و استظهر

→ على البايع (١) اى و حكى عن مجمع البرهان ، ان هذه القاعدة ، و
 هى قاعدة : التلف قبل القبض من مال بايعه ، معارضة بقاعدة اخرى وهى
 ان تلف المال في الخيار المختص بالبايع من مال المشتري ، فاللازم
 على هذه القاعدة ، ان يكون التلف من المشتري ، فتعارض القاعدتان (٢)
 اى فان الظاهر مما حكى عن مجمع البرهان من جعل قوله : ان تلف المال
 في الخيار المختص بالبايع من مال المشتري ، قاعدة كون هذه القاعدة
 مسلمة بين الأصحاب ، فحاصل ما حكى ، ان قاعدة : التلف في زمن الخيار
 ممن لا خيار له ، لا تختص بخيار الشرط و الحيوان و المجلس ، بل هى
 عامة شاملة لخيار التأخير وغيره ، وهى لا تختص بخيار المشتري ، بل هى
 عامة شاملة لخيار البايع ايضا (٣) اشارة الى قوله : ان تلف المال فى
 الخيار المختص بالبايع من مال المشتري (٤) قوله (كونها مسلمة) خبر
 ل (ان) ، (٥) اى صرح بنحو ما حكى عن مجمع البرهان ، المحقق جمال -
 الدين

بعد ذلك اختصاصه (١) بما بعد القبض، معترفا بعمومها (٢) من جهات اخرى . و ظاهر هذه الكلمات (٣) عدم الفرق بين اقسام الخيار (٤) ولا بين الثمن و المثلن ، ولا بين الخيار المختص بالبايع و المختص بالمشتري ولذا (٥) نفى في الرياض ، الخلاف في أنّ التلف في مدة الخيار ممّن لا خيار له ، وفي مفتاح الكرامة : أنّ قولهم ، التلف في مدة الخيار ممّن لا خيار له ، قاعدة لا خلاف فيها، ثم ذكر فيه (٦) تبعا للرياض: أنّ الحكم (٧)

(١) اي استظهر بعد ذلك ، اختصاص جريان القاعدة المذكورة بما بعد القبض ، فإنّ التلف قبل القبض من مال البايع ، فلا تجرى القاعدة المذكورة بما قبل القبض ، و الحال ، أنّه معترف بعموم القاعدة من جهة اخرى حتى تشمل جميع الخيارات و الثمن و المثلن و الخيار المختص بالبايع و الخيار المختص بالمشتري (٢) اي بعموم قاعدة : التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له (٣) اشارة الى الكلمات التي نقلها المصنف (ره) من الفقهاء (٤) و هي الشرط و الحيوان و المجلس و الغبن و الرؤية و غيرها (٥) اشارة الى قوله (ظاهر هذه الكلمات ، عدم الفرق ، الخ) يعنى لأجل أنّ ظاهر هذه الكلمات التي نقلها المصنف من الفقهاء ، عدم الفرق بين الخيارات ولا بين الثمن و المثلن ، ولا بين الخيار المختص بالبايع و المختص بالمشتري ، نفى صاحب الرياض ، الخلاف في قاعدة : أنّ التلف في مدة الخيار ممّن لا خيار له ، فالحاصل ، أنّ صاحب الرياض قائل بأنّه لا خلاف في هذه القاعدة ، لظاهر هذه الكلمات التي نقلها المصنف من الفقهاء (٦) الضمير يرجع الى مفتاح الكرامة (٧) فالمراد من الحكم ، هو التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له ، و المراد من القاعدة في قوله (مطابق ←

في بعض افراد المسئلة مطابق للقاعدة ، لكن الانصاف (١) انه لم يعلم من حال احد من معتبرى الأصحاب الجزم بهذا التعميم (٢) فضلا عن اتفاهم عليه (٣) فان ظاهر قولهم : التلف في زمان الخيار (٤) هو الخيار الزمانى ، وهو (٥) الخيار الذى ذهب جماعة الى توقف الملك

→ للقاعدة) هى قاعدة: تلازم الملك و الضمان ، بمعنى أنّ التلف لازم على ان يكون من مال المالك ، لا من مال غيره ، و المراد من البعض فى قوله (فى بعض افراد المسئلة) هو تلف المبيع عند المشتري فى زمن خيار البايع ، فانّ التلف فى زمن خيار البايع من المشتري ، مطابق لقاعدة كون التلف من المالك (١) نبّه المصنف (ره) بقوله (لكنّ الانصاف ، الخ) على أنّ التعميم ليس مورد اتفاهم ، فلا يخفى : أنّ الفقهاء اختلفوا فى تعميم قاعدة * التلف فى زمن الخيار ، ممّن لا خيار له * لجميع الخيارات وعدمه ، على اقوال : * احدها * اختصاص القاعدة بخيار الحيوان و الشرط و المجلس كما اختاره المصنف (ره) ، و * ثانيها * اختصاصها بخيار الحيوان و الشرط كما هو المحكى عن العلامة الطباطبائى و صاحب الجواهر ، و * ثالثها * جريانها فى جميع الخيارات ، كما هو الظاهر من الفقهاء الذين نقل المصنف عنهم ، التعميم (٢) اى تعميم القاعدة لجميع الخيارات (٣) اى على التعميم (٤) فالمراد من قوله (التلف فى زمان الخيار) فى قاعدة : * التلف فى زمن الخيار ، ممّن لا خيار له * هو الخيار الزمانى ، كخيار الشرط و الحيوان و المجلس ، لانّ زمان الخيار عبارة عن زمان ثبوت الخيار سواء كان الخيار مقدّرا بالزمان ، ام لم يكن ، فلا تشمل هذه القاعدة ، خيار الغبن و الرؤية و العيب وغيرها (٥) يرجع الضمير الى الخيار الزمانى

على انقضائه ، لا مطلق الخيار (١) ليشمل خيار الغبن والرؤية والعيب ونحوها ، الا ترى (٢) انهم اتفقوا على انه اذا مات المعيب ، لم يكن مضمونا على البايع ، ولو كان الموت بعد العلم بالعيب ، الا ترى ان المحقق الثاني (٣) ذكر ، ان الاقتصاص من العبد الجاني اذا كان في خيار المشتري ، كان من ضمان البايع . واما ما نقلنا (٤)

(١) ، لا * في قوله (لا مطلق الخيار) عاطفة ، كقوله (جاء زيد لا عمرو) يعنى ، فان ظاهر قولهم : التلف في زمان الخيار ، هو الخيار الزمانى ، لا مطلق الخيار حتى يشمل خيار الغبن والرؤية والعيب ونحوها (٢) قوله (الا ترى انهم اتفقوا ، الخ) استشهاد على ان الخيار في قوله * التلف في زمن الخيار ، ممن لا خيار له * ليس هو مطلق الخيار ، لانهم اتفقوا على انه اذا مات المعيب في زمان خيار العيب ، لم يكن مضمونا على البايع (٣) قوله (الا ترى ان المحقق الثاني ، الخ) استشهاد آخر على ان الخيار في قوله * التلف في زمن الخيار ، ممن لا خيار له * ليس هو مطلق الخيار من جهة انه قيد الاقتصاص من العبد الجاني من ضمان البايع بالخيار المختص بالمشتري ، كالحیوان والشرط ، لانه لو كان مراده من الخيار هو مطلق الخيار ، لكان التقييد بخيار المشتري لغوا (٤) سؤال و جواب ، اما السؤال : فان الاستفادة من قول المحقق (ان الاقتصاص من العبد الجاني ، الخ) ان المراد من الخيار في قولهم (التلف في زمان الخيار ، الخ) ليس هو مطلق الخيار ، بل المراد منه هو الخيار المختص بالمشتري ، كخيار الحيوان وخيار الشرط ، والحال ، ان المحقق المذكور في شرح قول العلامة (ولو تعيبت ، الخ) قائل ، بان التلف في زمان ←

عنه (١) سابقا (٢) في شرح قوله (٣) ولو تعيبت قبل علمه بالتدليس فهو مجرد احتمال ، حيث اعترف فيه ، بأنه لم يظفر على شئ مع انه ذكر في شرح قول المصنف (٤) في باب العيوب ، وكل عيب (٥) تجدد في الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار ، فانه (٦) لا يمنع الرد في الثلاثة ، نفى ذلك (٧) الاحتمال على وجه الجزم

→ خيار العيب ايضا من البايع ، فيكون قوله في شرح قوله (ولو تعيبت الخ) مخالفا لقوله (ان الاقتصاص من العبد الجاني ، الخ) فعلى هذا لم يكن مسألة عدم ضمان موت المعيب على البايع ، اتفاقيا ايضا ، واما الجواب : فان ما ذكره في شرح قوله (ولو تعيبت ، الخ) مجرد احتمال لان المحقق الثاني نفى هذا الاحتمال في شرح قول العلامة ، فحينئذ لم يكن قوله في شرح قول المصنف (ولو تعيبت ، الخ) مخالفا لقوله (ان الاقتصاص من العبد الجاني ، الخ) ولم يكن قوله ايضا مخالفا لسائر العلماء ، فعلى هذا يكون المسئلة المذكورة ، اتفاقيا ، اشار المصنف (ره) الى الجواب بقوله (واما ما نقلنا عنه ، الخ) ، (١) يرجع الضمير الى المحقق الثاني (٢) فالمراد مما نقلناه ، في ص $\frac{٨١}{٨٢}$ عن المحقق هو قوله (الا ان يقال : انه غير مضمون عليه الآن لثبوت خياره) ، (٣) الضمير يرجع الى العلامة (٤) فالمراد من المصنف ، هو العلامة (٥) قوله (وكل عيب تجدد) الى قوله (في الثلاثة) مقول لقول المصنف (٦) يرجع الضمير الى العيب المتجدد ، يعني لو تجدد العيب في الثلاثة ، فانه لا يمنع الرد في الثلاثة ان اراد المشتري الرد ، ولا ارش ان اراد الامسك ، لانه مضمون على البايع لأجل التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له (٧) ←

حيث قال (١) : الخيار الواقع في العبارة (٢) يراد به (٣) خيار الحيوان ، وكذا كل خيار يختص بالمشتري كخيار الشرط له . وهل خيار الغبن والرؤية كذلك (٤) ؟ يبعد القول به خصوصا على القول بالفورية

→ * نفى * في قوله (نفى ذلك) مفعول لقوله (ذكر) ، (١) يعني حيث قال المحقق الثاني : الخيار الواقع في عبارة العلامة في قوله (وقبل انقضاء الخيار) يراد به خيار الحيوان ، وكذا كل خيار يختص بالمشتري كخيار الشرط له ، ثم قال المحقق الثاني : وهل خيار الغبن والرؤية كذلك ؟ يعني كخيار الحيوان والشرط حتى يكون التلف في هذين الخيارين من البايع ايضا ، ام لا ، يبعد القول ، بأن خيار الغبن والرؤية كذلك خصوصا على القول بفورية الخيار فيهما ، لا خيار العيب ، لأن العيب الحادث في زمان خيار العيب يمنع من الرد بالعيب القديم ، لأن العيب الحادث في زمان خيار العيب من المشتري وان التلف ايضا في زمان خيار العيب من المشتري ، فالمستفاد من كلام المحقق ، ان العيب الحادث وتلف المعيب في زمان خيار العيب كانا من المشتري ، فعلى هذا ، لم يكن قوله في شرح قول العلامة (ولو تعيبت ، الخ) مخالفا لقوله (ان الاقتصار من العبد الجاني ، الخ) ولم يكن قوله ايضا مخالفا لسائر العلماء ، فحينئذ يكون مسألة موت المعيب في زمان خيار العيب من المشتري ، اتفاقيا (٢) فالمراد من العبارة ، هو قوله (وقبل انقضاء الخيار) ، (٣) يرجع الضمير الى الخيار (٤) يعني وهل خيار الغبن والرؤية كخيار الحيوان والشرط حتى يكون التلف في هذين الخيارين من البايع ايضا ، ام لا ؟

لا خيار العيب (١) لأنّ العيب الحادث يمنع من الردّ بالعيب القديم قطعاً ، انتهى (٢) ومن ذلك (٣) يعلم حال ما نقلناه عنه في خيار الغبن ، فلم يبق في المقام (٤) ما يجوز الركون (٥) إليه ، إلا ما اشرنا (٦)

(١) ، لا في قوله (لا خيار العيب) عاطفة ، فيكون خيار العيب عطفاً على خيار الحيوان ، يعنى الخيار الواقع في العبارة يراد به خيار الحيوان لا خيار العيب (٢) اى انتهى ما ذكره المحقق الثانى (٣) اى مما ذكره المصنف (ره) من أنّ المحقق (ره) قائل ، بأن قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له تختص بخيار الحيوان والشرط ، وأن ما نقله المصنف عنه في شرح قول العلامة (ولو تعيبت ، الخ) مجرد احتمال ، يعلم حال ما نقله المصنف (ره) عنه في خيار الغبن في ص ٨٢ بقوله مقتضى اطلاق كلامهم ، انه لو تلف المبيع مع خيار الغبن للمشتري ، انفسخ البيع لا اختصاص الخيار بالمشتري لأنّ ما ذكره المحقق ، من أنّ تلف المبيع في خيار الغبن من البايح مجرد احتمال ايضاً ، ولذا تردّد فيه (٤) يعنى ، فبعد عدم اطلاق الخيار في قاعدة التلف في زمان الخيار لجميع اقسام الخيار ، لم يبق في مقام تعميم الحكم لجميع اقسام الخيار ما يجوز الركون اليه (٥) ، (رَكَنَ ُ وَرَكِنَ ُ رُكُونًا) : مال اليه وسكن ووثق به (المنجد) ، (٦) وحاصل ما ذكره المصنف (ره) بقوله (إلا ما اشرنا اليه ، الخ) أنّ مناط خروج المبيع عن ضمان البايح ، هو انقضاء خيار المشتري حتى يكون المبيع مختصاً به ولازماً عليه ، سواء كان هذا الخيار خيار حيوان او خيار شرط او غيرهما ، لأنّ المراد من الشرط في الأخبار هو الخيار ، فيكون المراد أنّ الضمان في زمان كلّ خيار للمشتري من ←

اليه من أنّ (١) مناط خروج المبيع عن ضمان البايع، على ما يستفاد من قوله ﴿ع﴾ حتى ينقضى شرطه و يصير المبيع للمشتري، هو (٢) انقضاء خيار المشتري الذي يطلق عليه الشرط في الأخبار، و صيرورة المبيع (٣) مختصا بالمشتري لازما عليه بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه، فيدل (٤) على أنّ كلّ من له شرط و ليس المعوض الذي وصل اليه لازما (٥) عليه، فهو غير ضامن له (٦) حتى ينقضى شرطه (٧) و يصير مختصا به لازما عليه، و في الاعتماد على هذا الاستظهار (٨) تأمل (٩) في مقابلة القواعد (١٠) مع أنّه (١١) يمكن منع دلالة هذا المناط المستنبط عليه، لأنّ ظاهر

→ البايع حتى ينقضى خياره (١) قوله (من أنّ، الخ) بيان لـ (ما)، (٢) (هو) ضمير فصل يرجع الى المناط، و قوله (انقضاء) خبر لـ (أنّ) (٣) قوله (صيرورة المبيع) عطف على قوله (انقضاء خيار المشتري)، (٤) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى المناط المذكور (٥) قوله (لازما) خبر لـ (ليس) (٦) يرجع الضمير الى المعوض (٧) الضمير يرجع الى (من)، (٨) فالمراد من الاستظهار، هو أنّ الظاهر من الشرط في قوله ﴿ع﴾ : (حتى ينقضى شرطه) هو كلّ خيار للمشتري (٩) لعلّ وجه التأمل، أنّ الاستظهار المذكور، راجع الى تنقيح المناط الظنّي لاحتمال ان يكون المناط، هو الخيار الخاص من الشرط، لا مطلق الخيار، فحينئذ في الاعتماد عليه في مقابل القواعد تأمل (١٠) من جملة هذه القواعد، قاعدة : التلازم بين الملك و التلف، و قاعدة : التلازم بين النماء، اي الفائدة و الملك (١١) اي مع أنّه يمكن منع اصل استظهار المناط على نحو يعمّ الخيار بعد اللزوم بخيار العيب و الرؤية و الغبن و نحوها، لأنّ ظاهر الصحيحة، اختصاص ←

الصحيحة الاختصاص بما كان التزلزل وعدم كون المبيع (١) لازما على المشتري ثابتا (٢) من أول الأمر، كما يظهر من لفظة: حتى، الظاهرة (٣) في الابتداء، وهذا المعنى مختص بخيار المجلس والحيوان والشرط ولو كان (٤) منفصلا، بناء على أنّ البيع متزلزل، ولو قبل حضور زمان الشرط، ولذا ذكرنا جريان الخلاف في المسئلتين السابقتين فيه (٥) وأما الغبن والعيب والرؤية وتخلف الشرط وتفليس المشتري (٦) و تبعض الصفقة (٧) فهي توجب التزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد

→ خيار المشتري بالخيار الذي كان ثابتا من أول الأمر، أي كان ثابتا من حين العقد إلى انقضاء الخيار، فلا يعمّ الخيار الذي لم يكن ثابتا من أول الأمر (١) قوله (عدم كون المبيع) عطف على قوله (التزلزل)، (٢) قوله (ثابتا) خبر لـ (كان)، (٣) يعني لفظة «حتى» في قوله «ع»: (حتى ينقضي الشرط) ظاهرة في أنّ ابتداء لزوم البيع على المشتري من زمان انقضاء الخيار، وأنّ اللزوم لم يوجد قبل انقضاء الخيار، فيختص هذا المعنى بتزلزل العقد من حين العقد إلى انقضاء الخيار، ولا يعمّ التزلزل بعد اللزوم، فعلى هذا يختص هذا المعنى بخيار الحيوان والشرط والمجلس (٤) قوله (ولو كان منفصلا) راجع إلى خيار الشرط فقط، يعني وإن كان خيار الشرط منفصلا (٥) يرجع الضمير إلى خيار الشرط المنفصل (٦) فالمراد من خيار التفليس، هو أنّ غريم المفلس إذا وجد متاعه فإنّه يتخير بين الفسخ واخذه مقدّما على الغرماء، وبين عدم الفسخ و الضرب بالثمن معهم (٧) فالمراد من خيار تبعض الصفقة، هو أنّ الرجل لو اشترى السلعتين وكانت أحدهما مستحقة للغير، فإنّه يتخير بين ←

والحاصل (١) أنّ ظاهر الرواية استمرار الضمان الثابت قبل القبض الى ان يصير المبيع لازماً على المشتري ، وهذا (٢) مختص بالمبيع المتزلزل من أول الأمر ، فلا يشمل التزلزل المسبوق باللزوم ، بان يكون المبيع فى ضمان المشتري بعد القبض ، ثم يرجع بعد عروض التزلزل الى ضمان البايع ، فاتّضح بذلك ، أنّ الصحيحة المختصة بالخيارات الثلاثة على تأمل (٣) فى خيار المجلس ، ثمّ أنّ مورد هذه القاعدة ، إنّما هو ما بعد القبض ، واما قبل القبض (٤) فلاشكال ولا خلاف فى كونه من البايع

→ الفسخ ، وبين عدم الفسخ و التزام السلعة الاخرى بقسطها (١) اى و الحاصل ، أنّ ظاهر الرواية ، استمرار ضمان البايع الثابت قبل القبض الى ان ينقضى الخيار و يصير المبيع لازماً على المشتري (٢) اشارة الى استمرار الضمان الى ان يصير المبيع لازماً على المشتري ، يعنى هذا مختص بالمبيع المتزلزل من أول الأمر ، كخيار الحيوان و الشرط و المجلس فلا يشمل التزلزل المسبوق باللزوم ، كخيار الغبن و العيب و الرؤية و نحوها بان يكون المبيع فى ضمان المشتري بعد القبض ، ثمّ يرجع الى ضمان البايع بعد عروض التزلزل بظهور العيب و الغبن و نحوهما (٣) لعل وجه التأمل ، أنّ ظاهر قولهم : أنّ التلف فى زمان الخيار ، هو الخيار المختص بالخيار الذى المحدود بالزمان ، و ليس الخيار المحدود بالزمان الموجب لاضافة الزمان اليه الا المحدود شرعا ، و هو خيار الحيوان ، او المحدود جعلاً ، و هو خيار الشرط (٤) اى و اما قبل قبض المشتري فلاشكال ولا خلاف بين الفقهاء ، فى كون التلف من البايع ، لأجل قاعدة : التلف قبل القبض من مال البايع

من غير التفات الى الخيار ، فلا تشمل هذه القاعدة خيار التأخير (١) واما عموم الحكم للثمن و المثلن ، بان يكون تلف الثمن في مدة خيار البايع المختص به من مال المشتري ، فهو غير بعيد ، نظرا (٢) الى المناط الذي استفدناه (٣) ويشمله ظاهر عبارة الدروس المتقدمة (٤) مضافا (٥) الى استصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض ، و توهم عدم جريانه (٦) مع اقتضاء القاعدة ، كون الضمان من مال المالك

(١) فلا تشمل قاعدة * التلف في زمان الخيار * خيار التأخير ، لانّ المفروض فيه عدم قبض المبيع ، و التلف حصل قبل قبض المشتري ، فيكون التلف من البايع و ان كان الخيار له ، لأجل قاعدة : التلف قبل القبض ، من مال بايعه (٢) اي نظرا الى المناط الذي استفدناه من قوله * ع * حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع للمشتري ، و هو يعمّ الثمن ، فعلى هذا يكون تلف الثمن في زمان خيار البايع من مال المشتري حتى ينقضى الشرط و يصير الثمن للبايع ، ان قلت : أنّ المصنف (ره) قد انكر المناط آنفا كيف ينسب الى نفسه استفادة المناط هنا ، قلت : أنّه انكر مناطا يشمل الخيار المنفصل ايضا ، لا مناطا يشمل للخيارات المتصلة بالعقد ، سواء كان ذلك في جانب الثمن او المثلن (٣) الضمير المفعول يرجع الى الثمن (٤) اي المتقدمة في ص ٧٩ بقوله : قال في الدروس ، الخ (٥) قوله (مضافا ، الخ) وجه آخر لكون تلف الثمن في مدة الخيار من مال المشتري ، يعنى مضافا الى استصحاب ضمان المشتري للثمن الثابت قبل اقباضه للبايع الى ان ينقضى خيار البايع ، فيكون تلف الثمن في مدة خيار البايع من مال المشتري (٦) اي و توهم عدم جريان الاستصحاب مع اقتضاء قاعدة ←

خرج منه (١) ما قبل القبض ، مدفوع ، بأن الضمان الثابت قبل القبض وبعده في مدة الخيار ليس مخالفا لتلك القاعدة (٢) لأن المراد به (٣) انفساخ العقد و دخول العوض في ملك صاحبه الأصلي ، و تلفه من ماله (٤) نعم هو مخالف لاصالة عدم الانفساخ ، و حيث ثبتت المخالفة قبل القبض ، فالأصل بقاءها (٥) بعد القبض في مدة الخيار ، نعم يبقى (٦) هنا أنّ هذا مقتضى لكون تلف الثمن في مدة خيار البيع الخياريّ من المشتري ، فينفسخ البيع و يرد المبيع الى البايع

→ التلازم بين الملك و التلف ، كون الضمان من مال المالك الذي هو البايع ، مدفوع ، بأن ضمان المشتري بالثمن الثابت قبل القبض و بعد القبض في مدة الخيار ، ليس مخالفا لقاعدة : التلازم بين الملك و التلف لأن المراد بكون التلف من المشتري ، انفساخ العقد قبل التلف آنامًا ، ثم دخول العوض في ملك المشتري و تلفه من ماله (١) يرجع الضمير الى كون الضمان من مال المالك (٢) اشارة الى قاعدة : التلازم بين الملك و التلف (٣) يرجع الضمير الى ان تلف الثمن من مال المشتري في مدة خيار البايع (٤) يرجع الضمير الى صاحب (٥) يعني حيث ثبتت المخالفة لاصالة عدم الانفساخ قبل القبض ، بمعنى اذا تلف الثمن في يد المشتري قبل قبض البايع في زمان خياره ، كان التلف من مال المشتري ، فالأصل بقاءها بعد قبض البايع في مدة خياره (٦) يعني نعم يبقى في صورة عموم الحكم للثمن و المثلن ، اشكال ، و هو أنّ هذا مقتضى لكون تلف الثمن في مدة خيار البيع الخياريّ من مال المشتري ، و ينفسخ البيع بتلف الثمن و يرد المبيع الى البايع ، و المراد بخيار البيع الخياريّ ، هو ان يبيع —

والتزام عدم الجريان (١) من حيث أن الخيار في ذلك البيع، أما يحدث بعد رد الثمن أو مثله ، فتلف الثمن في مدة الخيار، أما يتحقق بعد رده (٢) قبل الفسخ ، لا قبله (٣) مدفوع، بما اشرنا اليه (٤) سابقا من منع ذلك ، مع أن المناط في ضمان غير ذي الخيار لما انتقل عنه السى ذى الخيار تنزل البيع (٥) المتحقق ، ولو بالخيار المنفصل ، كما اشرنا سابقا (٦) فالاولى (٧) الالتزام بجريان هذه القاعدة ، اذا كان الثمن شخصيا

→ البايع شيئا و يشترط الخيار لنفسه مدة ، بان يرد الثمن فيها ويرجع المبيع (١) سؤال وجواب ، أما السؤال :فان الاشكال المذكور غير وارد ، لأن الخيار في البيع الخيارى يحدث بعد رد الثمن او بعد رد مثله ، فتلف الثمن في مدة الخيار ، أما يتحقق بعد رد الثمن قبل فسخ البيع ، لا قبله ، و أما الجواب ، ما ذكره المصنف بقوله : مدفوع بما اشرنا اليه ، الخ (٢) يرجع الضمير الى الثمن (٣) الضمير يرجع الى الرد (٤) لعل مراد المصنف بقوله : بما اشرنا اليه سابقا من منع ذلك ، هو ما تقدم فى ج ٧ ص ٢٧٦ بقوله : وان كان التلف قبل الرد ، فمن البايع ، بناء على عدم ثبوت الخيار قبل الرد ، وفيه مع ما عرفت من منع المبنى منع البناء ، فان دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه ، هو تنزل البيع ، سواء كان بخيار متصل او بمنفصل (٥) قوله (تنزل البيع) خبر لـ (ان) ، وقوله (المتحقق) صفة لقوله (تنزل) ، (٦) اى كما اشار اليه المصنف سابقا فى ص ٩١ بقوله : وهذا المعنى مختص بخيار المجلس و الحيوان و الشرط و لو كان منفصلا بناء على أن البيع متصل و لو قبل حضور زمان الشرط (٧) فالاولى الالتزام بجريان قاعدة :التلف فى زمان الخيار ، اذا كان الثمن شخصيا لان ←

بحيث يكون تلفه قبل قبضه موجبا لانفساخ البيع ، فيكون كذلك بعد القبض مع خيار البايع ، ولو منفصلا عن العقد ، واما اذا كان الثمن كليا ، فحاله حال المبيع (١) اذا كان كليا ، كما اذا اشترى طعاما كليا بشرط الخيار له الى مدة ، فقبض فردا منه ، فتلف في يده ، فان الظاهر عدم ضمانه على البايع ، لان مقتضى ضمان المبيع في مدة الخيار على من لا خيار له ، على ما فهمه غير واحد ، بقاءه (٢) على ما كان عليه قبل القبض ، ودخول الفرد (٣) في ملك المشتري ، لا يستلزم انفساخ العقد ، بل معنى الضمان

→ تلف الثمن قبل قبضه ، موجب لانفساخ البيع ، فيكون كذلك بعد القبض مع خيار البايع (١) يعنى ، فحال الثمن الكلى ، حال المبيع الكلى ، فان قاعدة : التلف في زمان الخيار ، لا تجرى في المبيع الكلى وكذلك ايضا في الثمن الكلى (٢) الضمير يرجع الى المبيع (٣) اى دخول الفرد في ملك المشتري الذى تلف في زمان الخيار ، لا يستلزم الانفساخ ، حتى يكون الضمان من البايع ، بل معنى الضمان من البايع بالنسبة الى الفرد صيرورة الفرد المنطبق عليه الكلى كغير المقبوض ، ورجوع الفرد التالف الى البايع فكأنه لم يقبض ، ومن المعلوم ان هذا المعنى لا يدل عليه الأخبار المتقدمة ، وحاصله : ان مقتضى هذه الأخبار ، بقاء ضمان البايع فى زمان الخيار على ما كان عليه قبل القبض ، ونتيجته انفساخ العقد بالتلف فى زمان الخيار ايضا ، ومثل هذا المعنى فى الفرد المنطبق عليه الكلى بقاء الفرد على ما كان عليه قبل قبضه ، ونتيجته رجوع الفرد التالف الى البايع ، فكأنه لم يقبض ، ومن المعلوم ان الضمان المدلول عليه فى الأخبار ، هو المعنى الأول ، لا الجامع بينه وبين الثانى ، فتكون ←

بالنسبة الى الفرد صيرورة الكلّي كخبر المقبوض ، وهذا ممّا لا يدلّ عليه الأخبار المتقدمة ، فتأمل (١) ثمّ أنّ ظاهر كلام الأصحاب ، وصريح جماعة منهم كالمحقق والشهيد الثانيين ، أنّ المراد بضمان من لا خيار له لما (٢) انتقل الى غيره ، هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه ، وانفساخ العقد آنامًا قبل التلف ، وهو (٣) الظاهر ايضا من قول الشهيد قدّس سرّه في الدروس ، وبالقبض ينتقل الضمان (٤) الى القابض ما لم يكن له خيار

→ النتيجة ، أنّ تلف الفرد المقبوض ، تلفه من المشتري ، لا من البايع لعدم انفساخ العقد بتلف الفرد المقبوض ، لانه لم يكن موردا للعقد (١) لعلّه اشارة الى منع عدم دلالة الأخبار عليه لعموم المناط ، فانه مع فرض الخيار ، يكون المشتري قادرا على سلب الفرد المقبوض عن نفسه بفسخ العقد الموجب لدخول الفرد في ملك البايع ، وكلّ ما كان كذلك ، فالتلف من البايع ، فعلى هذا يكون تلف الفرد المقبوض في زمان خيار المشتري من البايع (٢) قوله (لما) متعلق بقوله (ضمان) يعنى ، أنّ المراد بضمان من لا خيار له للمتع الذي انتقل الى غيره في قاعدة : التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له ، هو الضمان الثابت قبل قبضه ، فكما انه اذا تلف المتاع قبل القبض ، انفسخ العقد آنامًا قبل التلف ، وكان تلفه ممّن لا خيار له ، فكذلك ينفسخ العقد بالتلف بعد القبض ايضا ، فيكون تلفه ممّن لا خيار له (٣) يرجع الضمير الى ظاهر كلام الأصحاب (٤) قوله (وبالقبض ينتقل الضمان الى القابض ما لم يكن له خيار) مقول لقول الشهيد (ره) ، و المصنف (ره) يقول ، حيث أنّ مفهوم قول الشهيد (ره) انه مع خيار القابض لا ينتقل الضمان اليه ، بل يبقى الضمان على ناقله الثابت عليه قبل القبض

حيث أنّ مفهومه (١) أنّه مع خيار القابض لا ينتقل الضمان اليه (٢) بل يبقى على ناقله (٣) الثابت (٤) قبل القبض ، وقد عرفت ، أنّ معنى الضمان قبل القبض ، هو تقدير انفساخ العقد و تلفه في ملك ناقله بل هو (٥) ظاهر القاعدة (٦) وهي (٧) : أنّ التلف في مدة الخيار ممن لا خيار له ، فإنّ معنى تلفه منه ، تلفه مملوكا له ، مع أنّه ظاهر الأخبار المتقدمة الدالة على ضمان البايع للمبيع في مدة خيار المشتري بضميمة قاعدة : عدم ضمان الشخص لما يتلف في ملك مالكه ، وقاعدة : التلازم بين الضمان و الخراج ، فإنّا اذا قدرنا المبيع في ملك البايع آنامّا

(١) يرجع الضمير الى قول الشهيد (٢) الضمير يرجع الى القابض (٣) الضمير يرجع الى المتاع المفهوم بالمقام (٤) ، (الثابت) صفة لـ (الضمان) (٥) الضمير يرجع الى تقدير انفساخ العقد و تلفه في ملك ناقله (٦) * تذكرة * فلا يخفى ، أنّ الفرق بين القاعدة بالمعنى الأخصّ المقابل للدليل ، وبين الدليل ، هو أنّ القاعدة ممّا يصحّ قيام مدرّكها مقامها في موارد القاعدة ، فيصحّ فيما له الحالة السابقة ، ان يقال : قضية القاعدة ابقاء ما كان على ما كان ، المستفاد من قوله * ع * : لا ينقض اليقين بالشك ، الخ ، كما يصح ان يقال : أنّ الأصل بقاء الحكم الشرعي لقوله * ع * لا ينقض اليقين بالشك ، الخ ، بخلاف الدليل ، فإنّه لا يصحّ قيام مدرّك الدليل الذي هو آية النبأ مقامه في اثبات الحكم الشرعي الثابت بالدليل مثلا يصح ان يقال : أنّ الغسل مستحب عند زيارة الحسين * ع * للخبر الفلاني ، ولا يصح ان يقال : أنّ الغسل مستحب عند زيارة الحسين * ع * لآية النبأ (٧) الضمير يرجع الى القاعدة

لم يلزم مخالفة شئ من القاعدتين (١) والحاصل (٢) أنّ ارادة ما ذكرنا

(١) أمّا عدم لزوم مخالفة قاعدة : التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له لقاعدة التلازم بين الملك و التلف ، على تقدير كون المبيع ملكا للبايع آنامّا قبل التلف مع فرض انفساخ العقد بالتلف ، فأنّه اذا انفسخ العقد قبل التلف آنامّا ، يكون المبيع ملكا للبايع و يكون تلفه في ملكه ايضا ، و أمّا عدم لزوم مخالفة القاعدة المذكورة لقاعدة التلازم بين الضمان و الخراج ، فأنّه في فرض كون المبيع ملكا للبايع آنامّا قبل التلف مع فرض انفساخ العقد بالتلف ، يكون نماء المبيع و فائدته للبايع و يكون التلف و الضمان منه ايضا (٢) قال المصنف (ره) : و الحاصل أنّ ارادة ما ذكرنا من ضمان البايع للمبيع التالف في مدّة خيار المشتري مع انفساخ العقد بالتلف ممّا لا ينبغي الريب فيها . * توضيح * : فلا يخفى ، أنّ في هذه المسئلة احتمالات ، * احدها * : انفساخ العقد بالتلف و رجوع المشتري على البايع بالثمن ، و هو مختار المصنف و الجماعة ، و * ثانيها * : عدم انفساخ العقد ، فحينئذ أنّ المشتري اذا فسخ ، رجع على البايع بالثمن و اذا لم يفسخ ، رجع على البايع بالمثل او القيمة ، و هو ظاهر العبارة المنقولة عن الشهيد (ره) في المتن ، حيث قال : (و بعده) اي بعد القبض لا يبطل الخيار ، و هو فرع بقاء العقد و عدم انفساخه ، و هو ايضا ظاهر العبارة المحكيّة عن التذكرة ، و * ثالثها * : عدم انفساخ العقد و حينئذ ، فإنّ المشتري اذا اوجب العقد ، يتخيّر بين الرجوع بالمثل او القيمة ، و بين الرجوع بالثمن ، و الى هذا الاحتمال اشار المصنف (ره) بقوله : فيحتمل أنّه يتخيّر بين الرجوع على البايع بالمثل او القيمة ، و بين

من الضمان ممّا لا ينبغي الريب فيها ، ومع ذلك (١) كَلِّه ، فظاهر عبارة
الدروس في الفرع السادس من فروع خيار الشرط ، يوهم ، بل يدلّ على
عدم الانفساخ . قال (٢) قدّس سرّه : لو تلف المبيع قبل قبض المشتري
بطل البيع والخيار ، وبعده (٣) لا يبطل الخيار وان كان التلف من
البايع ، كما اذا اختص الخيار بالمشتري ، فلو فسخ البايع (٤) رجوع
بالبدل في صورة

→ الرجوع بالثمن ، و « رابعها » * : عدم انفساخ العقد مع ايجاب
المشتري ، وحينئذ ، فإنّ المشتري اذا اوجب ، رجوع على البايع بالثمن
لانه كان في مقابل الثمن ، فاذا تلف الثمن ، استردّ الثمن الذي كان في
مقابل الثمن ، والى هذا الاحتمال اشار المصنف بقوله (و يحتمل تعيين
الرجوع بالثمن) ، و « خامسها » * : عدم انفساخ العقد ، وحينئذ ، فإنّ
المشتري اذا اوجب العقد ، فانه لا يرجع على البايع بشئ ، و اشار
المصنف (ره) الى هذا الاحتمال بقوله (و يحتمل ان لا يرجع بشئ ، فيكون
معنى له الخيار انّ له الفسخ) ، (١) اى مع ذلك الذى ذكره المصنف (ره)
انّ ظاهر الأخبار المتقدمة ، و مراد الفقهاء ، انفساخ العقد بالتلف
فظاهر عبارة الدروس في الفرع السادس من فروع خيار الشرط ، يوهم
بل يدلّ على عدم الانفساخ ، و الرجوع على البايع بالثمن اذا فسخ ، و
الرجوع بالقيمة او المثل اذا لم يفسخ (٢) اى قال في الدروس (٣) يرجع
الضمير الى القبض (٤) قوله (فلو فسخ البايع ، الخ) تفريع على اصل الحكم
وهو عدم بطلان الخيار ، لا على خصوص صورة كون التلف من البايع ، فعلى
هذا ، لو فسخ البايع في صورة كون الخيار له او لهما رجوع على المشتري ←

عدم ضمانه (١) و لو فسخ المشتري (٢) رجح بالثمن وغرم البديل في صورة ضمانه ، و لو اوجبه (٣) المشتري في صورة التلف قبل القبض ، لم يؤثر في تضمين البايع القيمة او المثل ، و في انسحابه (٤) فيما لو تلف بيده في خياره ، نظر

→ بديل المبيع التالف (١) الضمير يرجع الى البايع (٢) اي و لو فسخ المشتري ، رجح على البايع بالثمن وغرم بديل المبيع التالف للبايع في صورة ضمانه للمبيع التالف ، و هي صورة كون الخيار لهما فقط ، لانّ صورة اختصاص الخيار بالمشتري هي صورة عدم ضمان المشتري ، و انّ صورة اختصاصه بالبايع ، لا يمكن للمشتري فسخه لعدم الخيار له (٣) اي و لو لزم المشتري و اوجبه و اسقط خياره في صورة تلف المبيع قبل قبضه لم يؤثر الزام العقد و ايجابه في تضمين البايع القيمة او المثل ، لبطلان العقد و انفساخه في هذه الصورة ، و مع الانساح لا محلّ لزام العقد و ايجابه (٤) اي و في انسحاب عدم التأثير في تضمين البايع القيمة او المثل فيما لو تلف بيده في خياره ، نظر ، اي احتمالان : * احدى * عدم التأثير ، بمعنى أنّ العقد بتلف المبيع في زمان خيار المشتري ، يفسخ فيرجع بالثمن ، فاجابه لا يؤثر في تضمين البايع المثل او القيمة ، * ثانيهما * التأثير ، بمعنى أنّ ايجاب المشتري يؤثر في تضمين البايع المثل او القيمة فيرجع المشتري حينئذ على البايع بالمثل او القيمة ، فلا يخفى ، أنّه لا وجه للنظر ، لانّه اختار عدم البطلان في صورة التلف بعد القبض ، و عدم بطلان الخيار يستلزم عدم بطلان العقد ، فحينئذ انّ المشتري اذا لزم العقد ، رجح على البايع بالمثل او القيمة ، فلا وجه للاحتمال الآخر ←

بيان المطالب في شرح المكاسب

انتهى (١) والعبارة محتاجة الى التأمل (٢) من وجوه ، وقد يظهر ذلك (٣) من اطلاق عبارة التذكرة ، قال : لو تلف المبيع بأفة سماوية ففى زمن الخيار ، فان كان قبل القبض ، انفسخ البيع قطعا ، وان كان بعده (٤) لم يبطل خيار المشتري ولا البايع ، ويجب القيمة (٥) على ما تقدّم

→ الذى هو الانفساخ (١) اى انتهى ما ذكره فى الدروس (٢) لعلّ احد مواضع التأمل ، قوله (لو فسخ البايع) الى قوله (فى صورة عدم ضمانه) لأنّ مع فرض الخيار للبايع وفسخه ، لا يكون الضمان للبايع ، فلا مورد للتقييد بقوله (فى صورة عدم ضمانه) وثانيها ، قوله (ولو اوجبه المشتري الخ) فانه حكم أوّلا بأنّ التلف قبل القبض يبطل له ، فلا موقع لقوله (ولو اوجبه المشتري ، الخ) ، وثالثها ، قوله (وفى انسحابه ، الخ) لانه لا وجه للنظر ، لأنّ مقتضاه احتمالا ان : احدهما ، تأثير ايجاب المشتري فى تضمين البايع القيمة او المثل ، وثانيهما ، عدم التأثير ، بمعنى أنّ العقد بتلف المبيع بعد القبض يبطل وينفسخ ، فيرجع على البايع بالثمن ، والحال أنّه مناف لما حكم به أوّلا من عدم بطلان الخيار بعد القبض ، ولازمه عدم بطلان العقد ، فحينئذ لو اوجب العقد ، يرجع على البايع بالمثل او القيمة ، ويمكن ان يكون مراد الدروس من احتمال عدم تأثير الايجاب ، أنّ ايجاب المشتري لا يسقط خياره ، فعلى هذا ، يكون خياره باقيا ، فان فسخ رجع على البايع بالثمن ، وان لم يفسخ ، رجع بالمثل او القيمة ، فحينئذ لا يكون هذا المورد من المواضع التى تأمل المصنف (ره) فيها (٣) اشارة الى عدم انفساخ العقد بالتلف بعد القبض (٤) يرجع الضمير الى القبض (٥) قوله (القيمة) مثال للبدل ، فيعمّ المثل ، يعنى ان كان قيميا او ←

في أنّ كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار ١٠٣

ثمّ حكى عن الشافعية ، وجهين في الانفساخ بعد القبض وعدمه (١) بناءً على الملك بالعقد (٢) ويمكن حمله (٣) على الخيار المشترك ، كما أنّ قوله في القواعد : لا يسقط الخيار بتلف العين ، محمول على غير صورة ضمان البايع للمبيع ، لما عرفت من تعيين الانفساخ فيها (٤) وربما يحتمل (٥) أنّ معنى قولهم * أنّ التلف ممّن لا خيار له * ان عليه ذلك اذا فسخ صاحبه ، لا أنّه يفسخ كما في التلف قبل القبض ، واما حيث يوجد المشتري ، فيحتمل أنّه يتخيّر بين الرجوع على البايع بالمثل او القيمة ، و بين الرجوع بالثمن

→ المثل ان كان مثلياً (١) اى وعدم الانفساخ (٢) فلا يخفى ، الملك بالعقد في مقابل قول الشيخ الطوسى ، بأنّ الملك يحصل بانقضاء الخيار (٣) اى ويمكن حمل قول العلامة في التذكرة : (لم يبطل خيار المشتري ولا البايع) على الخيار المشترك بينهما ، لا خيار المشتري فقط ، وخيار البايع فقط ، فانّ العقد في صورة الخيار المشترك لا يبطل ولا يفسخ ، فاذا لم يفسخ ، لم يكن التلف من البايع ، فحينئذ يكون قول العلامة في التذكرة موافقا لقول المشهور ، لانه يكون مفهومه ، أنّه اذا كان الخيار مختصاً بالمشتري ، يبطل العقد و يفسخ ، كما أنّ قوله في القواعد : لا يسقط الخيار بتلف العين ، محمول على غير صورة ضمان البايع للمبيع ، وهى صورة كون الخيار مختصاً بالبايع ، لما عرفت من تعيين الانفساخ في صورة ضمان البايع (٤) يرجع الضمير الى صورة ضمان البايع (٥) قوله (ربما يحتمل ، الخ) راجع الى ما ذكره سابقا فى ص ٩٧ بقوله (ثمّ انّ ظاهر كلام الأصحاب ، الخ) و بيان لاحتمال آخر فى مقابله ، وعلى هذا يبقى ←

ويحتمل (١) تعيّن الرجوع بالثمن ، ويحتمل (٢) ان لا يرجع بشئ
 فيكون معنى ، له الخيار ، ان له الفسخ ، ثم الظاهر (٣) ان حكم تلف
 البعض ، حكم تلف الكل ، وكذا حكم تلف الوصف الراجع الى وصف الصحة
 بلا خلاف على الظاهر ، لقوله في الصحيحة (٤) السابقة : او يحدث فيه
 حدث ، فان المراد بالحدث ، اعم من فوات الجزء او الوصف ، هذا كله اذا
 تلف بأفة سماوية (٥) ومنها (٦) حكم الشارع عليه بالاتلاف

→ الخيار بعد التلف ، فان اختار الفسخ ، رجع على البايح بالثمن (١)
 قوله (يحتمل) عطف على قوله (يحتمل) في قوله (فيحتمل انه ، الخ) يعنى
 واما حيث يوجب المشتري ، فيحتمل تعيّن الرجوع بالثمن (٢) قوله
 (يحتمل) عطف ايضا على قوله (يحتمل) في قوله (فيحتمل انه ، الخ)
 يعنى واما حيث يوجب المشتري ، فيحتمل ان لا يرجع بشئ ، فيكون معنى
 له الخيار ، ان له الفسخ ، فاذا فسخ ، رجع على البايح بالثمن ، وان لم
 يفسخ ، لم يكن له شئ (٣) يعنى ، ثم الظاهر ان حكم تلف البعض ، حكم
 تلف الكل ، فكما ان تلف الكل في زمان الخيار ممن لا خيار له ، كذلك تلف
 البعض في زمان الخيار ممن لا خيار له (٤) فالظاهر ، ان المراد من
 الصحيحة ، هي صحيحة ابن سنان المتقدمة في ص ٦٨ بقوله (او يحدث
 فيه حدث) ، (٥) فالمراد من التلف بأفة سماوية ، مقابل الاتلاف ، فيكون
 اعم من التلف بأفة برية وجوية وبحرية وغيرها (٦) اي من الآفة السماوية
 حكم الشارع عليه بالاتلاف ، كما اذا صار العبد المشتري عند المشتري اعمى
 او اجذم ، فان الانعتاق حينئذ بحكم الشارع بمنزلة التلف

و أما إذا كان باتلاف ذي الخيار (١) سقط به خياره ولزم العقد من جهته
وان كان باتلاف غير ذي الخيار (٢) لم يبطل خيار صاحبه ، فيتخير بين
امضاء العقد والرجوع بالقيمة ، والفسخ والرجوع بالثمن ، وان كان
باتلاف اجنبي (٣) تخير ايضا بين الامضاء والفسخ ، وهل يرجع (٤)

(١) يعنى أن الاتلاف ليس حكمه حكم التلف ، فلا يكون ضمانه على البايع
فان كان باتلاف ذي الخيار ، سقط به خياره ، كما اذا كان الخيار
للمشتري ، فالتلف المبيع ، فان قاعدة * التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار
له * لا تشمل الاتلاف (٢) اى وان كان باتلاف غير ذي الخيار ، كما اذا
كان الخيار للمشتري و اتلف البايع المبيع لم يبطل خيار المشتري ، فيتخير
بين امضاء العقد والرجوع الى البايع بقيمة المبيع ، وبين الفسخ و
الرجوع بالثمن (٣) اى وان كان باتلاف اجنبي ، تخير ذو الخيار بين
امضاء العقد وفسخه ، فان امضى العقد و الزمه ، يرجع بالقيمة الى
الأجنبي ، وان فسخ ، يرجع بالثمن الى المفسوخ عليه (٤) يعنى ، فاذا
فسخ المشتري ذو الخيار ورجع على البايع بالثمن ، وهل يرجع البايع
الذى هو المفسوخ عليه الى المتلف الأجنبي او الى المشتري او يتخير
بينهما ؟ وجوه ، أما رجوع البايع المفسوخ عليه الى المتلف الأجنبي
فلوجهين : * احدهما * أن البدل القائم مقام العين فى ذمة المتلف
فيسترد البايع المفسوخ عليه البدل من المتلف بعد الفسخ ، و * ثانيهما *
أن الفسخ موجب لان يعتبر كون العين المتلفة ملكا للمفسوخ عليه الذى
هو البايع عند الفسخ بناء على اعتبار قيمة يوم التلف ، اولان يعتبر كون
العين المتلفة ملكا للبائع المفسوخ عليه عند الفسخ بناء على اعتبار قيمة ←

حينئذ بالقيمة الى المتلف او الى صاحبه او يتخير، وجوه، من ان البدل القائم مقام العين في ذمة المتلف، فيسترده (١) بالفسخ (٢)، و لان الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها في ملك المفسوخ عليه (٣)

→ يوم الفسخ، فعلى التقديرين، فالعين المتلفة في ضمان المتلف الأجنبي، فيرجع المفسوخ عليه الى المتلف، فان المصنف اشار الى الوجه الأول بقوله (من ان البدل، الخ) و الى الوجه الثاني بقوله (ولان الفسخ الخ)، (١) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى غير ذى الخيار، و الضمير المفعول الى البدل (٢) اى بسبب فسخ ذى الخيار (٣) الظاهر من سياق العبارة التى تنطبق هنا على المسئلة المبحوث عنها، وهى ما اذا كان الخيار للمشتري و اتلف المبيع شخص اجنبى، فان الفاسخ هو المشتري، و المفسوخ عليه هو البايع، و التالف هو المبيع، ان لفظ الفاسخ من سهو القلم او غلط النسخة، فالصحيح هو لفظ المفسوخ عليه، كذا لفظ الفاسخ فى قوله (تالفا للفاسخ) وكذا فى قوله (بالقيمة فى ملك الفاسخ) فى ص ١١٠ كما ان لفظ المفسوخ عليه فى قوله (و من كون يد المفسوخ عليه يد ضمان بالعض) فى ص ١١٠ غلط، فالصحيح لفظ الفاسخ، و ذلك لان الفاسخ فى المقام، هو المشتري و الذى يرجع اليه هو الثمن، فلا يخفى ان هذه الموارد التى ذكرت انها من سهو القلم او غلط النسخة، اذا قلنا ان الضمير المستتر فى (يرجع) فى قوله (وهل يرجع حينئذ) عائد الى المفسوخ عليه، اما اذا قلنا: ان الضمير المستتر فى (يرجع) المذكور، عائد الى الفاسخ الذى لم يتلف الأجنبي ما انتقل اليه، بل اتلف ما انتقل عنه فى يد صاحبه، فان النسخة فى جميع ←

اولا اعتبارها (١) عند الفسخ ملكا تالفا للمفسوخ عليه (٢) بناء على الوجهين في اعتبار يوم التلف او يوم الفسخ ، وعلى التقديرين (٣) فهي في ضمان المتلف ، كما لو كانت العين في يد الأجنبي ، ومن انه (٤) اذا دخل الثمن في ملك من تلف المثلث في ملكه ، خرج (٥) عن ملكه بدل

→ الموارد المذكورة ، صحيحة الا ان عود الضمير في قوله (يرجع) الى الفاسخ لا يناسب المسئلة المبحوث عنها (١) الضمير يرجع الى العين (٢) فالظاهر ، ان هذا اللفظ ايضا من سهو القلم او غلط النسخة فالصحيح لفظ المفسوخ عليه (٣) احد التقديرين ، اعتبار يوم التلف ، و ثانيهما ، اعتبار يوم الفسخ ، يعنى وعلى التقديرين ، فالعين في ضمان المتلف ، كما يرجع المفسوخ عليه الى المتلف بعد فسخ ذى الخيار ، لو كانت العين في يد الأجنبي باقية (٤) قوله (ومن انه اذا دخل الثمن الخ) بيان لوجه رجوع المفسوخ عليه الى صاحبه ذى الخيار ، يعنى انه اذا دخل الثمن لأجل فسخ العقد في ملك ذى الخيار الذى هو المشتري خرج عن ملكه ، بدل المثلث ويدخل في ملك المفسوخ عليه الذى هو البايع و يصير في ذمة ذى الخيار ، لان ضمان المبيع المتلف ، اى بدله محلله الذمة ، لا الأعيان الموجودة في الخارج ، فيدور الأمر في هذه الذمة التى هى محل البدل بين كونها ذمة الأجنبي المتلف او ذمة من اتلف المبيع في ملكه وهو ذى الخيار ، ولا سبيل الى الأول ، لان ما في ذمة الأجنبي المتلف تشخص مالا للمالك الذى تلف المال في ملكه وهو المشتري ، ومع تشخصه بذلك لا يمكن تشخصه بكونه مالا للناقل وهو البايع ، لاستحالة اجتماع مالكين على مملوك واحد بالاستقلال (٥) قوله (خرج) جواب ←

المثمن ، و صار فى ذمته (١) لأن ضمان المتلف (٢) محلّه الذمة ، لا الامور الخارجية ، و ما فى (٣) ذمة المتلف انما تشخص مالا للمالك

→ شرط (اذا) ، (١) يرجع الضمير الى (من) فى قوله (فى ملك من) (٢) قوله (لأن ضمان المتلف ، الخ) تعليل لرجوع البايع الى المشتري بالبدل و جواب عن سؤال مقدّر و ابطال للوجه الأول الذى هو قوله (من انّ البدل القائم مقام العين) اما السؤال ، فانّ البدل فى ذمة المتلف كان بمنزلة العين فى جميع الأحكام التى دخوله فى ملك البايع بسبب الفسخ ، فاذا دخلت العين فى ملك البايع بالفسخ لو وجدت عند الأجنبى دخل البدل فى ذمة المتلف ايضا فى ملك البايع بالفسخ ، فعلى هذا كيف يرجع البايع الى المشتري ، بل لا بدّ ان يرجع الى المتلف الأجنبى و اما الجواب ، فانه فرق بين العين الخارجية و البدل الذمى ، فانّ العين الخارجية لو وجدت فى يد الأجنبى ، رجع البايع اليه بعد الفسخ ، لا الى المشتري ذى الخيار ، بخلاف البدل الذمى ، فانه يتشخص عند الاتلاف بكونه ملكا للمالك الذى هو المشتري ، فاشتغال ذمة الأجنبى المتلف للمشتري صحيح باتلاف ماله ، اما اشتغال ذمته للبايع ، فهو غير صحيح لأن ما فى ذمة الأجنبى تشخص عند الاتلاف مالا للمالك الذى تلف المبيع فى ملكه و هو المشتري ، و مع تشخصه بذلك لا يمكن تشخصه بكونه مالا للبايع لاستحالة اجتماع مالكين على مملوك واحد بالاستقلال ، فعلى هذا يرجع البايع الى المشتري ، لا الى الأجنبى (٣) يعنى و ما فى ذمة المتلف الأجنبى تشخص مالا للمشتري المالك حين الاتلاف ، و مع تشخصه بذلك لا يمكن تشخصه بكونه مالا للبايع ، لاستحالة اجتماع مالكين على ←

و كونه (١) بدلا عن العين أنّما هو بالنسبة الى التلف من حيث وجوب دفعه الى المالك ، كالعين لو وجدت ، لا أنّه بدل خارج يترتب عليه جميع احكام العين حتى بالنسبة الى غير التلف (٢)

→ مملوك واحد بالاستقلال (١) سؤالٌ وجوابٌ ، أمّا السؤال : فإنّ اجتماع مالكين على مملوك واحد ، أنّما يلزم لو اجتمعا في زمان واحد ، وليس كذلك فيما نحن فيه ، لأنّ التشخيص لكلّ واحد منهما أنّما يجئ من قبل تشخيص المبيع المتلف ، وهو قبل الفسخ متشخص بكونه للمشتري ذى الخيار فيكون بدله ايضا كذلك ، وبعد الفسخ يزول هذا التشخص ويتشخص بكونه للبايع المفسوخ عليه ، فيكون بدله ايضا كذلك ، فعلى هذا يكون محلّ البدل ذمّة المتلف ، لا ذمّة المشتري ذى الخيار ، و أمّا الجواب فإنّ الأمر كذلك لو كان المراد من كونه بدلا عن العين و منزلا منزلتها فى جميع الأحكام ، ولكنّه ليس كذلك ، و أنّما هو بدل عن العين بالنسبة الى خصوص حكم نشأ من تلف العين ، وهو وجوب الدفع الى مالك العين كوجوب دفع العين عند وجودها ، لا أنّه بدل خارجي عنها يترتب عليه جميع احكام العين حتى بالنسبة الى حكم آخر لا مدخلة فيه للتلف ، وهو كونه لبايع العين بالفسخ ، كما يكون العين له بالفسخ لو وجدت ، فهذا البدل نظير بدل العين ، و ثمنها لو باعها المشتري ، ففسخ البايع ، فإنّ بدل العين فى البيع الثانى لا يتعين للدفع الى البايع الفاسخ للبيع الأول (٢) فالمراد من الحكم الآخر بالنسبة الى غير التلف ، هو أنّه لو فرض أنّ العين موجودة فى يد الأجنبي عند فسخ المشتري ، فحينئذ يرجع المفسوخ عليه الى الأجنبي ، لا المشتري ، و الحال أنّ بدل العين ←

فهذا البدل نظير بدل العين (١) لو باعها المشتري ، ففسخ البايح ، فإنه
 (٢) لا يتعين للدفع الى الفاسخ ، واما الفسخ (٣) فهو موجب لرجوع
 العين قبل تلفها مضمونة لمالكها على متلفها بالقيمة (٤) فى ملك (٥)
 المفسوخ عليه (٦) فيكون تلفها بهذا الوصف مضمونا على المالك (٧)
 لا المتلف ، ومن كون (٨) يد الفاسخ (٩)

→ بعد اتلاف الأجنبي ليس كذلك ، لأن المفسوخ عليه بعد فسوخ
 المشتري ، لا يرجع الى المتلف الأجنبي ، بل يرجع الى المشتري (١) فالمراد
 من بدل العين هنا ، هو الثمن (٢) الضمير يرجع الى بدل العين (٣)
 قوله (واما الفسخ ، الخ) جواب عن ثانى الوجهين الذين ذكرهما لرجوع
 البايح الى المتلف الأجنبي ، والوجه الثانى هو قوله (ولأن الفسخ ، الخ)
 وحاصل الجواب : أن الفسخ موجب لاعتبار كون العين قبل تلفها ملكا
 للبايح المفسوخ عليه ومضمونة لمالكها على متلفها ، وتلفها بهذا الوصف
 يكون على المالك الذى هو المشتري ، لا على المتلف ، والآ يلزم اشتغال
 ذمة شخص واحد ببديلين لعين واحدة بشخصين (٤) قوله (بالقيمة)
 متعلق بقوله (مضمونة) ، (٥) قوله (فى ملك) متعلق بقوله (الرجوع) ، (٦)
 الصحيح لفظ المفسوخ عليه ، بدل لفظ الفاسخ ، فهو من سهو القلم او غلط
 النسخة (٧) فالمراد من المالك ، هو المشتري ذو الخيار (٨) قوله (ومن
 كون يد الفاسخ ، الخ) بيان لوجه التخيير ، يعنى من كون يد المشتري
 الفاسخ يد ضمان بالعوض المسمى قبل الفسخ ، وبالقيمة بعد الفسخ
 فيسمى الأول ضمان المعاوضة ، والثانى ضمان اليد ، واتلاف الأجنبي
 ايضا سبب للضمان ، فتخيير البايح المفسوخ عليه فى الرجوع اليهما (٩) ←

في أنه لا يجب على المتبايعين تسليم الثمن و المثمن في زمان الخيار ١١١

يد ضمان بالعوض (١) قبل الفسخ ، و بالقيمة بعده ، و اتلاف الأجنبي
ايضا سبب للضمان فيتخير في الرجوع ، و هذا (٢) اضعف الوجوه

** مسألة **

و من احكام الخيار ما ذكره في التذكرة ، فقال : لا يجب على البايع تسليم
المبيع ، و لا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار ، و لو تبرّع (٣)
احدهما بالتسليم ، لم يبطل خياره ، و لا يجبر الآخر على تسليم ما عنده
و له (٤) استرداد المدفوع قضية للخيار . و قال بعض الشافعية : ليس
له (٥) استرداده ، و له اخذ ما عند صاحبه بدون رضاه ، كما لو كان
التسليم بعد لزوم البيع ، انتهى (٦) و يظهر منه (٧) أنّ الخلاف بين

→ الصحيح ، لفظ الفاسخ بدل المفسوخ عليه ، فهو من سهو القلم او
غلط النسخة (١) فالمراد بالعوض ، هو العوض المسمى (٢) اشارة الى
التخيير في الرجوع ، يعنى و هو اضعف الوجوه ، و ذلك لبطلان الرجوع
الى المتلف الذى تقدّم وجه بطلانه ، فحينئذ لا يجوز التخيير ، لأنّ احد
طرفيه باطل ، فيتعيّن الطرف الآخر ، و هو رجوعه الى المشتري الفاسخ (٣)
و لو تبرّع احدهما بالتسليم ، لم يبطل خياره ، لأنّ التسليم لا يوجب بطلانه
(٤) اى و من تبرّع بالتسليم ، فله استرداد المدفوع ، لأنّه مقتضى الخيار
فانّ خياره لا يسقط بالتسليم ، فمتى شاء في زمان الخيار ، استردّه (٥) يرجع
الضمير الى من تبرّع بالتسليم (٦) اى انتهى ما ذكره في التذكرة (٧) يعنى
يظهر من صاحب التذكرة ، أنّ الخلاف بين بعض الشافعية وغيره ، فى
انه لو تبرّع احدهما بالتسليم ، هل يجبر الآخر على التسليم ام لا ، انّما
هو بعد اختيار احدهما التسليم ، و اما اذا كان الخيار لأحد هما دون

المسلمين ، انما هو بعد اختيار احدهما التسليم ، واما التسليم ابتداءً فلا يجب من ذى الخيار اجماعاً ، ثم انه ان اريد عدم وجوب التسليم على ذى الخيار من جهة ان له الفسخ ، فلا يتعين عليه التسليم ، فمرجه (١) الى وجوب احد الأمرين (٢) عليه ، والظاهر انه (٣) غير مراد ، وان اريد (٤) عدم تسلط المالك على ما انتقل اليه اذا كان للناقل خيار ، فلذا يجوز منعه عن ماله ، ففيه نظر من جهة عدم الدليل المخصص لعموم سلطنة الناس على اموالهم ، وبالجملة ، فلم اجد لهذا الحكم (٥) وجهاً معتمداً ولم اجد من عنونه وتعرض لوجهه

﴿ مسألة ﴾

قال فى القواعد : لا يبطل الخيار بتلف العين ، وهذا الكلام ليس على اطلاقه ، كما اعترف به فى جامع المقاصد (٦)

→ الآخر ، فلا يجب التسليم من ذى الخيار ولا يجبر عليه اجماعاً (١) اى فمرجع عدم وجوب التسليم من ذى الخيار ابتداءً الى وجوب احد الأمرين عليه (٢) احد الأمرين هو الفسخ ، و ثانيهما هو التسليم ، والضمير فى قوله (عليه) يرجع الى ذى الخيار (٣) الضمير يرجع الى وجوب احد الأمرين (٤) يعنى وان اريد من قوله (وان التسليم ابتداءً ، الخ) عدم تسلط المالك الغير صاحب الخيار على ما انتقل اليه اذا كان للناقل خيار ففيه نظر (٥) فالمراد من الحكم ، هو عدم وجوب التسليم من ذى الخيار ابتداءً (٦) قال فى جامع المقاصد فى ص ٢٤٧ : قوله الأول (لا يبطل الخيار بتلف العين ، فان كان مثلياً ، طالب صاحبه بمثله ، والآ القيمة) اطلاق الخيار فى العبارة ، يتناول جميع اقسام الخيار من المجلس و ←

فأن من جملة افراد الخيار (١) خيار التأخير، بل مطلق الخيار قبل القبض ، او الخيار المختص بعده ، ومن المعلوم (٢) أن تلف العين حينئذ موجب لانفساخ العقد ، فلا يبقى خيار

→ الحيوان والشرط وغيرها ، وكذا يتناول ما اذا كان الخيار للبايع او للمشتري او لهما ، واطلاق التلف يتناول ما اذا كان بأفة سماوية او ارضية بتفريط من المشتري او لا ، وما اذا كان من البايع او من المشتري او من اجنبي ، سواء كان التلف قبل قبض المشتري ام بعده ، وبعض هذه الصور، غير مراد قطعاً ، انتهى ، فإن المحقق الثاني اعترف بقوله (وبعض هذه الصور، غير مراد قطعاً) بأن هذا الكلام الذي هو قوله (لا يبطل الخيار بتلف العين) ليس على اطلاقه (١) وإنما ليس هذا الكلام على اطلاقه ، لأن من جملة افراد الخيار، خيار التأخير، بل مطلق الخيار قبل القبض ، فمن المعلوم ، أن التلف في خيار التأخير ومطلق الخيار قبل القبض من مال البايع ، لأنه اذا تلف قبل القبض ، انفسخ العقد فاذا انفسخ العقد ، بطل الخيار ، لأنه لم يبق مورد للخيار، أما التلف في زمان الخيار المختص بالمشتري بعد القبض ، فإن التلف في زمان خيار المشتري بعد القبض من مال البايع عند المشهور وعند المصنف لأنه اذا تلف في زمان الخيار ، انفسخ العقد وبطل الخيار ايضاً ، لأنه لا محل للخيار بعد انفساخ العقد (٢) يعنى من المعلوم ، أن تلف العين في خيار التأخير وفي مطلق الخيار قبل القبض، موجب لانفساخ العقد ، أما التلف بعد القبض في زمان الخيار المختص بالمشتري ، فهو موجب لانفساخ العقد عند المشهور ، وأما عند غير المشهور ، فهو ليس

فيكون المراد (١) التلف مع بقاء العقد على حاله لا يوجب سقوط الخيار، و
 بعبارة اخرى: تلف العين في ملك من في يده، لا يسقط به خياره ولا خيار
 صاحبه، وهو كذلك، لأن الخيار كما عرفت (٢) عبارة عن ملك فسخ العقد
 ومعلوم، أن العقد بعد التلف قابل للفسخ (٣) ولذا (٤) يشرع الاقالة

→ بموجب لانفساخ العقد كالشهيد في الدروس والعلامة في التذكرة
 على ما حكاها المصنف (ره) عنهما في ص ١٠٠ و ص ١٠٢ (١) فيكون مراد
 العلامة (ره)، (٢) اي كما عرفت في ج ٧ ص ٢ بقوله: الخيار لغة: اسم
 مصدر من الاختيار، غلب في كلمات جماعة من المتأخرين في ملك فسخ العقد
 (٣)، * تذكرة * : فلا يخفى، أن الفقهاء اختلفوا في متعلق حق
 الخيار، فبعضهم يقول: أن حق الخيار متعلق بالعقد، فلا يسقط بتلف
 العين، لأن العقد المعنوي الاعتباري، امر قابل للبقاء بعد التلف
 فموضوع حق الخيار باق بعد التلف، فلا يسقط به، فمنهم المصنف (ره)، و
 بعضهم يقول: أن حق الخيار متعلق بالعين، بمعنى أن الخيار حق
 الرد والاسترداد، فعلى هذا لا يبقى الرد والاسترداد مع تلف العين
 وبعضهم يقول: أنه متعلق بالعقد مع سقوط الخيار بالتلف لضيق دائرة
 موضوع حق الخيار، فإن موضعه هو العقد مع عدم التلف، وبعضهم
 يقول: أنه متعلق بالعين مع عدم سقوط الخيار بتلف العين، لأجل توسعة
 دائرة موضوع حق الخيار، فيبقى حق الخيار مع تلف العين (٤) اي ولأجل
 أن العقد بعد التلف، قابل للفسخ يشرع الاقالة بعد التلف في صورة
 لزوم العقد وعدم لزومه اتفاقاً، فلأمزيل لهذا ملك فسخ العقد بعد
 التلف، ولا مقيد له بصورة بقاء العين

حينئذ اتفقا ، فلا مزيل لهذا الملك بعد التلف ، ولا مقيد له (١) بصورة البقاء . اللهم (٢) الآ ان يعلم من الخارج أنّ شرع الخيار لدفع ضرر الصبر على نفس العين ، فينتفى هذا الضرر بتلف العين ، كما في العيب فان تخيره (٣) بين الردّ و الأرش ، لأنّ الصبر على العيب ، ضرر و لومع اخذ الأرش ، فتداركه (٤) الشارع بملك الفسخ و الردّ ، فاذا تلف انتفى حكمة الخيار (٥) او يقال (٦) : أنّه اذا كان دليل الخيار معنونا بجواز

(١) الضمير يرجع الى ملك فسخ العقد (٢) اي اللهم الآ ان يقال : أنّ الخيار الذي جعل لدفع ضرر الصبر على نفس العين ، يبطل بالتلف بالنسبة الى الردّ ، دون الأرش ، لانه اذا علم من الخارج أنّ شرعيّة الخيار لدفع ضرر الصبر على نفس العين ، فحينئذ لا خيار بعد التلف بالنسبة الى الردّ ، ان ينتفى هذا الضرر بتلف العين ، كما في المبيع الذي ظهر معيبا ، فان تخيره بين الردّ و الأرش ثابت بجعل الشارع لأنّ الصبر على المعيب ضرر و لومع اخذ الأرش ، فتداركه الشارع بملك فسخ العقد و الردّ ، فاذا تلف سقط الردّ و انتفى حكمة الخيار و هو دفع ضرر الصبر على نفس العين ، قوله (اللهم الآ ان يعلم ، الخ) وجه لبطلان الخيار بالتلف (٣) الضمير يرجع الى صاحب الخيار (٤) الضمير المفعول يرجع الى الضرر (٥) فالمراد من حكمة الخيار ، هو دفع ضرر الصبر على نفس العين (٦) قوله (يقال) عطف على قوله (يعلم) و وجه آخر لبطلان الخيار بالتلف ، يعنى اللهم الآ ان يقال : أنّ الخيار اذا كان دليله معنونا بجواز الردّ ، لا بالخيار ، يبطل بالتلف ، لأنّ الدليل خصّ ثبوت الخيار بصورة تحقق الردّ ، لأنّ تحقق الردّ يتوقف على بقاء العين ، فاذا

الردّ ، لا بالخيار، اختص (١) ثبوت الخيار بصورة تحقق الردّ المتوقف
 (٢) على بقاء العين ، هذا مع قيام الدليل (٣) على سقوط الخيار بتلف
 المعيب والمدّلس فيه ، فلا يرد عدم أطراد تلك الحكمة ، نعم هنا موارد
 تأملوا في ثبوت الخيار مع التلف ، او يظهر منهم العدم (٤) كما ترّد
 العلامة (٥) قدس سرّه في باب المراهجة فيما لو ظهر كذب البايع مراهجة
 في اخباره برأس المال بعد تلف المتاع ، بل عن المبسوط وبعض آخر

→ تلفت العين ، لم يمكن الردّ، فاذا لم يمكن الردّ يبطل الخيار (١)
 (اختصّ) افتقر . - بالشئ : انفراد به - به بالشئ : خصّه به ومنه (اللّه
 يختص برحمته من يشاء) ، (المنجد) فانّ قوله (اختصّ) هنا بمعنى (خصّ)
 والضمير الفاعل المستتر فيه يرجع الى الدليل ، يعنى الدليل خصّ ثبوت
 الخيار بصورة تحقق الردّ (٢) قوله (المتوقف) صفة لتحقيق الردّ (٣) مناقشة
 ودفع ، اما المناقشة : فانّ حكمة الخيار التي هي دفع ضرر الصبر على
 نفس العين ، لا يجب اطرادها في خيار العيب والتدليس ، ومع عدم
 اطرادها لا يبطل الخيار فيهما بالتلف ، واما الدفع : فانه يكفي وجود
 الدليل على سقوط الخيار فيهما بالتلف ، لجواز كون انتفاء الخيار بالتلف
 اعم موردا من الحكمة لاطلاق الدليل الدالّ على سقوط الخيار بتلف المعيب
 والمدّلس فيه ، وهو يشمل صورة وجود الحكمة وعدمه (٤) اي عدم ثبوت
 الخيار (٥) اي كما ترّد العلامة في ثبوت خيار المشتري بعد تلف
 المبيع فيما لو ظهر كذب البايع مراهجة في اخباره برأس المال ، فانّ
 هذا الخيار من الموارد التي تأملوا في ثبوت الخيار مع التلف فيها

الجزم بالعدم (١) نظرا الى أنّ الردّ إنّما يتحقق مع بقاء العين ، وفيه
 (٢) اشارة الى ما ذكرنا من أنّ الثابت هو جواز الردّ ، فيختص الفسخ
 بصورة تحققه (٣) لكن قوى في المسالك وجامع المقاصد ، ثبوت الخيار
 لوجود المقتضى (٤) وعدم المانع ، وكما تردّد المحقق الثاني في سقوط
 خيار الغبن (٥) بتلف المغبون فيه ، وظاهر تعليل العلامة في التذكرة
 عدم الخيار مع نقل المغبون العين عن ملكه ، بعدم (٦) امكان الاستدراك
 (٧) حينئذ هو (٨) عدم الخيار مع التلف ، والأقوى بقاءه (٩) لأنّ
 العمدة فيه نفى الضرر الذي لا يفرق فيه بين بقاء العين وعدمه

(١) اي الجزم بعدم ثبوت الخيار المذكور بعد التلف (٢) يرجع الضمير
 الى قوله (أنّ الردّ إنّما يتحقق مع بقاء العين) يعنى وفيه اشارة الى ما
 ذكرنا من أنّ الثابت من دليل الخيار ، هو جواز ردّ العين ، فحينئذ
 يختص فسخ العقد بصورة تحقق ردّ العين ، فاذا لم يمكن تحقق ردّها ، لم
 يبق الخيار (٣) يرجع الضمير الى الردّ (٤) لعلّ المراد من وجود
 المقتضى ، هو وجود الاستصحاب وهو اليقين بثبوت الخيار قبل التلف و
 الشك في بقاء بعده ، والمراد من عدم المانع ، هو عدم دليل على خلافه
 بحيث يمنع عن التمسك به (٥) فخيار الغبن ايضا من الموارد التي تأملوا
 فيها في ثبوت الخيار مع التلف ، ولذا تردّد المحقق الثاني في سقوطه
 بتلف المغبون فيه (٦) قوله (بعدم) متعلق بقوله (تعليل) (٧) فالمراد
 من الاستدراك ، هو التروى والتفكر حتى أنّ صاحب الخيار اذا رجّح أنّ
 هذه المعاملة ليست مصلحة ، فله فسخ وردّ واسترداد (٨) الضمير يرجع
 الى (ظاهر) ، (٩) اي والأقوى بقاء الخيار بعد التلف في نظر المصنف

مضافا (١) الى اطلاق قوله *ع* : وهم بالخيار اذا دخلوا السوق ، مع انه (٢) لو استند الى الاجماع ، امكن التمسك بالاستصحاب ، الا ان يدعى انعقاده (٣) على التسلط على الرد ، فيختص (٤) بصورة البقاء. وَالْحَقُّ في جامع المقاصد بخيار الغبن في التردد ، خيار الرؤية (٥) ومن مواضع التردد (٦) ما اذا جعل المتعاقدان الخيار على وجه ارادتهما التسلط

(١) قوله (مضافا) دليل آخر على بقاء الخيار بعد التلف ، يعنى ان اطلاق قوله *ع* : وهم بالخيار اذا دخلوا السوق ، يشمل لثبوت الخيار بعد التلف ، ايضا قال في المستدرک ج ٢ ص ٤٦٩ : عوالى اللئالى عن النبى *ص* انه نهى من تلقى الركبان ، وقال من تلقى الركبان فصاحبها بالخيار اذا دخل السوق . السيد بن زهرة فى الغنية : عن النبى *ص* انه قال : فان تلقى متلق ، فصاحب السلعة بالخيار اذا ورد السوق ، فراجع (٢) قوله (مع انه لو استند ، الخ) دليل آخر ايضا على بقاء خيار الغبن بعد تلف العين ، يعنى لو استند فى خيار الغبن الى الاجماع ، امكن التمسك باستصحاب الخيار حتى يثبت بعد التلف ، الا ان يدعى انعقاد الاجماع على التسلط على الرد والاسترداد ، فهعد تلف العين ، لا يمكن الرد والاسترداد ، فحينئذ يختص الخيار بصورة بقاء العين (٣) يرجع الضمير الى الاجماع (٤) الضمير المستتر الفاعل يرجع الى الخيار (٥) فخيار الرؤية ايضا من الموارد التى تأملوا فيها فى ثبوت الخيار بعد التلف ، ولذا اَلْحَقُّ فى جامع المقاصد خيار الرؤية بخيار الغبن فى التردد (٦) اى ومن مواضع التردد ، خيار الشرط الذى جعل التسلط على الرد المتوقع على بقاء العين ، فان فسخ العين و ←

على مجرد الردّ المتوقف على بقاء العين ، فإنّ الفسخ وان لم يتوقف على بقاء العين ، إلاّ أنّه اذا فرض الغرض من الخيار ، الردّ او الاسترداد ، فلا يبعد اختصاصه (١) بصورة البقاء ، و التمكن (٢) من الردّ و الاسترداد و ان كان حكمة في خيارى المجلس و الحيوان ، إلاّ أنّ الحكم (٣) اعم موردا من الحكمة اذا كان الدليل يقتضى العموم (٤) بخلاف ما اذا كان اطلاق جعل المتعاقدين مقيداً على وجه التصريح به (٥) فى الكلام او استظهاره منه بعدم تعلق الغرض إلاّ بالردّ ، او الاسترداد ، و من هنا (٦) يمكن

→ ان لم يتوقف على بقاء العين ، إلاّ أنّه اذا فرض الغرض من هذا الخيار الردّ او الاسترداد ، فحينئذ لا يبعد اختصاص هذا الخيار بصورة بقاء العين (١) يرجع الضمير الى الخيار (٢) سؤال و جواب ، أمّا السؤال: فإنّه اذا كان الغرض من الخيار ، هو التمكن من الردّ او الاسترداد ، فلا بدّ من ان يكون فى خيارى الحيوان و المجلس كذلك ، و الحال أنّكم قلتم أنّ الخيار يبقى فيهما مع التلف ، و أمّا الجواب: فإنّ التمكن من الردّ او الاسترداد الذى هو الغرض من خيارى الحيوان و المجلس بنحو الحكمة لا بنحو العلة ، فثبوت الخيار اعمّ موردا من الحكمة اذا كان الدليل يقتضى العموم ، بخلاف التمكن من الردّ او الاسترداد الذى هو الغرض من الخيار المجعول للمتعاقدين ، فإنّه فيه بنحو العلة (٣) فالمراد من الحكم هو ثبوت الخيار (٤) يعنى اذا كان الدليل يقتضى العموم حتى يشمل صورة عدم التمكن من الردّ و الاسترداد ، كالتلف (٥) الضمير يرجع الى الردّ (٦) اى و من اجل عدم البعد فى اختصاص الخيار بصورة بقاء العين فيما اذا كان الغرض من الخيار هو الردّ او الاسترداد ، يمكن ←

القول بعدم بقاء الخيار المشروط برّد الثمن في البيع الخيارى، اذا تلف المبيع عند المشتري، لأنّ الثابت من اشتراطهما هو التمكن من استرداد المبيع بالفسخ عند ردّ الثمن، لا التسلط (١) على مطلق الفسخ المشروط مطلقا ولو عند التلف، لكن لم اجد من التزم بذلك (٢) او تعرض (٣) له ومن هنا (٤) يمكن ان يقال في هذا المقام، وان كان مخالفاً للمشهور بعدم ثبوت الخيار عند التلف، الا في موضع دلّ عليه الدليل، ان لم تدلّ ادلة الخيار من الأخبار والاجماع الا على التسلط على الردّ او

→ ان يقال بعدم بقاء الخيار المشروط برّد الثمن في البيع الخيارى اذا تلف المبيع عند المشتري، لأنّ الثابت من اشتراطهما، هو صورة التمكن من استرداد المبيع بالفسخ عند ردّ الثمن، لا التسلط على مطلق الفسخ المشروط مطلقا، اى سواء تلف ام لم يتلف (١)، لا *عاطفة و (التسلط) عطف على قوله (التمكن)، (٢) اى لكن لم اجد من التزم بعدم بقاء الخيار المشروط برّد الثمن في البيع الخيارى اذا تلف المبيع عند المشتري او تعرض له (٣) قوله (تعرض) عطف على قوله (التزم) والضمير في قوله (له) يرجع الى (ذلك)، (٤) اى ومن اجل عدم البعد في اختصاص الخيار بصورة البقاء فيما اذا كان الغرض من الخيار هو الردّ او الاسترداد يمكن ان يقال في اصل المسئلة بعدم ثبوت الخيار عند التلف في جميع الخيارات الا في موضع دلّ عليه الدليل الخاص على بقاء الخيار بعد التلف

الاسترداد ، وليس فيها (١) التعرض للفسخ المتحقق مع التلف أيضا
 و ارادة ملك الفسخ (٢) من الخيار غير متعيّنة من كلمات الشارع، لما عرفت
 في أوّل باب الخيارات من أنه استعمال غالب (٣) في كلمات بعض
 المتأخرين ، نعم لو دّل الدليل الشرعى (٤) على ثبوت خيار الفسخ
 المطلق الشامل لصورة التلف، او جعل (٥) المتبايعان بينهما خيار
 الفسخ بهذا المعنى (٦) ثبت مع التلف ايضا ، والله العالم

*** مسألة ***

لو فسخ ذو الخيار، فالعين في يده مضمونة بلا خلاف على الظاهر، لأنّها
 كانت مضمونة قبل الفسخ ، ان لم يسلمها ناقلاها الا في مقابل العوض

(١) يرجع الضمير الى ادلّة الخيار، يعنى ليس فى ادلّة الخيار التعرض
 والدلالة على فسخ العقد مع التلف ايضا (٢) اشكال و دفع، أما الاشكال :
 فإن المراد من الخيار، هو ملك فسخ العقد ، وذلك يثبت بعد التلف
 ايضا ، وأما الدفع: فإن ارادة ملك فسخ العقد غير متعيّنة فى كلمات
 الشارع من الأخبار و الاجماع لما عرفت فى أوّل باب الخيارات من أنه
 استعمال غالب فى كلمات بعض المتأخرين ، و المصنف (ره) اشار الى
 الدفع بقوله: و ارادة ملك الفسخ ، الخ (٣) قوله (غالب) وصف لقوله
 (استعمال) ، (٤) يعنى نعم لو دّل الدليل الشرعى على ثبوت خيار الفسخ
 مطلقا ، اى سواء كانت العين باقية ام تالفة ، او جعل المتعاقدان بينهما
 خيار الفسخ ، اى سواء كانت العين باقية ام تالفة ، ثبت مع التلف ايضا
 (٥) قوله (جعل) عطف على قوله (دّل) ، (٦) اشارة الى ثبوت خيار
 الفسخ المطلق الشامل لصورة التلف

والأصل بقاءه (١) إذ لم يتجدد ما يدلّ على رضا مالكة (٢) بكونه في يد الفاسخ امانة ، إذ الفسخ أنّما هو من قبله (٣) والغرض من التمسك بضمانها (٤) قبل الفسخ ، بيان عدم ما يقتضى كونها امانة مالكية او شرعية (٥) ليكون غير مضمونة برضا المالك ، او يجعل الشارع

(١) يحتمل ان يكون المراد من اصل بقاء الضمان ، هو استصحاب الضمان الكلى المتيقن سابقا في ضمن الفرد المعلوم ارتفاعه وهو الضمان المعاضى واحتمال حدوث الفرد الآخر مقارنة لارتفاعه وهو ضمان اليد ، فيكون هذا الاستصحاب من القسم الثالث من اقسام الاستصحاب الكلى ، ويحتمل ان يكون المراد من اصل بقاء الضمان ، هو استصحاب عدم كونها امانة في يده قبل الفسخ حتى يثبت عدم كونها امانة بعد الفسخ ، فيكون اصل بقاء الضمان كناية عن استصحاب عدم كونها امانة ، لأن المصنف (ره) ذكر الملزوم و اراد اللازم ، إذ عدم كونها امانة لازم للضمان ، ويؤيده قوله : والغرض من التمسك بضمانها قبل الفسخ ، بيان عدم ما يقتضى كونها امانة مالكية او شرعية (٢) الضمير يرجع الى العين ، وتذكيره بلحاظ أنه مؤنث غير حقيقى ، لأنه لا يعتبر فيه ما يعتبر في المؤنث الحقيقى ، او بلحاظ كونه مبيعا (٣) الضمير يرجع الى الفاسخ (٤) يرجع الضمير الى العين (٥) فالمراد من الأمانة المالكية هنا ، هو أنّ علم المفسوخ عليه بالفسخ وعدم مطالبته بها ، يوجب كونها امانة مالكية عند الفاسخ ، فحينئذ يكون الفاسخ مأذونا من قبل المالك فى الحفظ ، فالمراد من الأمانة الشرعية هنا ، هو أنّ اذن الشارع بعد الفسخ بكونها عنده يوجب كونها امانة شرعية عند الفاسخ ، فحينئذ يكون الفاسخ مأذونا من قبل الشارع فى الحفظ ←

واذن الشارع (١) في الفسخ ، لا يستلزم رفع الضمان عن اليد ، كما فى القبض بالسوم ، و مرجع ذلك (٢) الى عموم ، على اليد ما اخذت

→ والحال ان العين لم تكن امانة عنده ، لا من طرف المالك ولا من طرف الشارع ، ولو كانت امانة مالكية برضا المالك لكانت غير مضمونة ، ولو كانت امانة شرعية بجعل الشارع لكانت غير مضمونة ايضا (١) اشكالُ وجوابُ
 اما الاشكال : فان اذن الشارع فى الفسخ ، يستلزم الاذن فى كون العين عنده حتى يكون الفاسخ مأذونا من قبله فى الحفظ ، ويرفع الضمان عن يده ، لان يده يد امانة شرعية ، واما الجواب : فان اذن الشارع فى الفسخ ، لا يستلزم ان تكون العين عنده وتكون امانة شرعية حتى يكون الفاسخ مأذونا من قبله ، ويرفع الضمان عن يده ، كما فى القبض بالسوم مثلا اذا قبض شيئا من يريد شرائه ، ثم تلف فى يده ، كان ضامنا مع ان القبض كان باذن المالك ، اشار المصنف (ره) الى الجواب بقوله : واذن الشارع فى الفسخ ، الخ (٢) يعنى مرجع ذلك الأصل الذى هو الاستصحاب الى عموم ، على اليد ما اخذت حتى تؤدى ، يعنى استصحاب الضمان الذى هو كناية عن استصحاب عدم كونها امانة منقح ان ما نحن فيه من مصاديق عموم على اليد ، او مرجع ذلك الاستصحاب الى استصحاب الضمان الكلى بمعنى ان العين قد قبضت قبل الفسخ مضمونة ، فاذا بطل ضمانه بالثمن المسمى ، تعين ضمانه بالعوض الواقعى ، اى المثل ان كان مثليا ، او القيمة ان كان قيميا ، كما فى البيع الفاسد ، يعنى اذا بطل ضمانه بالعوض المسمى فى العقد الفاسد لأجل عدم امضاء الشارع ، تعين ضمانه بالعوض الواقعى

او الى أنّها (١) قبضت مضمونة ، فاذا بطل ضمانه بالثمن المسمّى ، تعيّن ضمانه بالعوض الواقعي ، اعنى المثل او القيمة ، كما فى البيع الفاسد هذا ، ولكن المسئلة لا تخلو عن اشكال (٢) واما العين (٣) فى يد المفسوخ عليه ، ففى ضمانها او كونها امانة ، اشكال ، ممّا فى التذكرة (٤) من أنّه قبضها (٥) قبض ضمان ، فلا يزول الا بالردّ الى مالكها ، ومن أنّ الفسخ (٦) لمّا كان من قبل الآخر ، فتركه العين فى يد صاحبه مشعر

(١) يرجع الضمير الى العين (٢) لعلّ وجه الاشكال ، أنّه تكون العين امانة شرعيّة عنده ، لانه مأذون من قبل الشارع فى الحفظ و الايصال الى المالك ، وكذلك أنّها امانة مالكيّة عنده ايضا ، لانه مأذون من قبل المالك فى الحفظ و الايصال ، فيشملها ما دلّ على عدم ضمان الأمين ، واما وجه الاشكال فى استصحاب الضمان الكلى ، فانه كان من استصحاب القسم الثالث من اقسام الاستصحاب الكلى ، فالمصنف (ره) لا يقول بصحة جريانه (٣) فانّ البحث السابق راجع الى أنّه لو فسخ ذو الخيار ، فالعين فى يده مضمونة ، وهذا البحث الذى ذكره المصنف (ره) بقوله (واما العين فى يد المفسوخ عليه) راجع الى أنّه لو فسخ ذو الخيار ، فالعين فى يد المفسوخ عليه ، ففى ضمان المفسوخ عليه بالعين بعد الفسخ او عدم ضمانه بها ، اشكال (٤) قوله (ممّا فى التذكرة ، الخ) وجه لضمان المفسوخ عليه بالعين بعد الفسخ (٥) الضمير يرجع الى العين (٦) قوله (ومن أنّ الفسخ ، الخ) وجه لعدم ضمان المفسوخ عليه بالعين ، يعنى أنّ الفسخ لمّا كان من قبل ذو الخيار الفاسخ ، فتركه العين فى يد المفسوخ عليه ، مشعر بانّه راض بكونها عنده و هو مقتضى للاستيمان ، فتكون امانة مالكيّة ←

بالرضا به المقتضى للاستيمان ، وضعفه (١) في جامع المقاصد بأن مجرد هذا لا يسقط الأمر الثابت (٢) والله العالم ، هذا بعض الكلام فـسـى الخيارات و احكامها ، و الباقي محوّل الى الناظر الخبير بكلمات الفقهاء ، و الحمد لله و صلى الله على محمد و آله

﴿ القول في النقد (٣) و النسيئة ﴾

قال في التذكرة : ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم في احد العوضين الى اربعة اقسام ، بيع الحاضر بالحاضر و هو النقد

→ فلا يضمن المفسوخ عليه بالعين لو تلفت عنده بعد الفسخ ، فالمصنف (ره) فرق بين كون العين في يد الفاسخ ، و بين كونه في يد المفسوخ عليه حيث قال بالنسبة الى الأول : لو فسخ ذو الخيار ، فالعين في يده مضمونة بلا خلاف على الظاهر ، و قال بالنسبة الى الثاني : و أما العين في يد المفسوخ عليه ، ففي ضمانها او كونها امانة ، اشكال (١) الضمير يرجع الى ضمان المفسوخ عليه (٢) فالمراد من الأمر الثابت هو الضمان المستصحب * تذكرة * : فلا يخفى أنّهم اختلفوا في قاعدة اليد ، على قولين : احد هما ، أنّ عموميّة القاعدة المستفادّة من خبر * على اليد ما اخذت حتى تؤدى * لصورة عدم العدوان ايضا ، و ثانيهما ، أنّها مختصة بالأيدى العادية (٣) قال المامقاني (ره) : أمّا النقد ، فقد فسره جمع منهم الفيروزآبادي في القاموس بخلاف النسيئة ، فيكون مرجعه الى أنّه الحال ، و في الصحاح : نقدته الدراهم و نقد له الدراهم ، اي اعطيته فانقدها ، اي قبضها ، انتهى ، و قال في الروضة : سمى الأول نقدا باعتبار كون ثمنه منقودا و لو بالقوة ، انتهى ، و قال في الأقرب : (النَقْد)

وبيع المؤجل بالمؤجل ، وهو بيع الكالى بالكالى (١) وبيع الحاضر بالثمن المؤجل ، وهى النسيئة (٢) وبيع المؤجل بالحاضر ، وهو السلم (٣) والمراد بالحاضر ، امّ من الكلى ، وبالمؤجل ، خصوص الكلى

❖ مسألة ❖

اطلاق العقد يقتضى النقد (٤) وعلّله (٥) فى التذكرة ، بأنّ قضية العقد انتقال كلّ من العوضين الى الآخر ، فيجب الخروج عن العهدة

→ مصدر و - خلاف النسيئة و - الدرهم ، يقال (نقود جياذ) انتهى (١) قال فى الروضة : والثانى ، بيع الكالى بالكالى ، بالهمزة اسم فاعل او مفعول ، انتهى . وفى حاشيتها : ان كان الكالى بمعنى اسم المفعول ، كما قيل فى عيشة راضية ، كان الكالى صفة للمال بمعنى المال المكئ المنتظر وان كان بالمعنى الظاهر ، فالمضاف محذوف ، اى بيع مال الشخص الكالى المنتظر ، بالكسر ، انتهى ، فراجع الى ج ١ ص ٢٩٣ ، وقال السيد (ره) هو اسم فاعل من كلاًبمعنى تأخر ، كما يظهر من (الق) يقال : كلاً الدين اى تأخر ، فعلى هذا الكالى ، اى المتأخر ، لكنّه قال : والكالى النسيئة انتهى (٢) قال فى الروضة فى ج ١ ص ٢٩٣ : والثانى (النسيئة) مأخوذ من النسيئ ، وهو تأخير الشئ ، تقول انسأت الشئ انساءً ، اذا آخرته ، والنسيئة اسم وضع موضع المصدر ، انتهى . وعن تاج العروس : ونسأ الشئ نساءً ، باعه بتأخير (٣) اى وبيع الثمن المؤجل بالثمن الحاضر ، وهو السلم ، فلا يخفى : انّ كلّها صحيحة عدا بيع الكالى بالكالى فقد ورد النهى عنه ، و انعقد الاجماع على فساده ، كما فى الروضة (٤) يعنى اطلاق العقد من دون القيد ، يقتضى النقد ، ثمننا كان او مثمننا (٥)

متى طوّل صاحبها (١) فيكون المراد من النقد ، عدم حقّ للمشتري فسى تأخير الثمن ، و المراد المطالبة مع (٢) الاستحقاق ، بان يكون قد بذل المثلن (٣) او مكنّ منه على الخلاف الآتى فى زمان (٤) وجوب تسليم الثمن على المشتري ، و يدلّ على الحكم المذكور (٥) ايضا الموثق (٦) فى رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمى ، ثمّ افترقا ، قال : وجب البيع و الثمن (٧) اذا لم يكونا شرطا ، فهو نقد . فلو اشترطا تعجيل الثمن كان تأكيدا ، لمقتضى الاطلاق على المشهور ، بناء على ما هو الظاهر عرفا

→ يرجع الضمير الى اطلاق العقد ، يقتضى النقد (١) الضمير يرجع الى العهدة (٢) يعنى المراد بالمطالبة ، هى مطالبة البايع الثمن مع استحقاقه المطالبة ، و استحقاق المطالبة يتحقق بان يكون قد بذل المثلن بذلا خارجيا او مكنّ منه ، اى وجعل البايع للمشتري على المثلن سلطانا و قدرة (٣) يعنى استحقاق مطالبة الثمن يتحقق ببذل المثلن ، لا بدونه لانه يجب اولا تسليم المبيع ليستحق مطالبة الثمن ، و لعلّ وجهه دعوى انصراف اطلاق العقد الى ذلك ، و لانه استقرّ العرف على تسمية الثمن عوضا و قيمة ، و سيشير المصنف (ره) الى ذلك فى ص ٢٤٦ : لانّ الثمن انما يستحق على المبيع ، الخ (٤) قوله (فى زمان) متعلق بقوله (الآتى) ، (٥) فالمراد من الحكم المذكور ، هو كون اطلاق العقد ، يقتضى النقد (٦) اى فى الخبر الموثق (٧) قوله * ع * : (و الثمن) مبتدأ ، و قوله (فهو نقد) خبره ، و لعلّ اتيان الفاء فى الخبر ، لأجل تقييد المبتدأ بالشرط و هو قوله * ع * : اذا لم يكونا شرطا ، يعنى و الثمن اذا لم يشترطا تأخيرره فهو نقد

من هذا الشرط من ارادة (١) عدم الماطلة ، و التأخير عن زمان المطالبة لا ان يعجل (٢) بدفعه من دون مطالبة ، ان لا يكون تأكيدا حينئذ ، لكنّه (٣) خلاف متفاهم ذلك الشرط الذى هو محط نظر المشهور ، مع أنّ مرجع عدم المطالبة (٤) فى زمان استحقاقها الى الغاء

(١) قوله (من ارادة ، الخ) بيان لـ (ما) ، (٢) اى لا ان الظاهر من هذا الشرط ، ان يعجل بدفعه من دون مطالبة ، فحينئذ لا يكون تأكيدا ، لأن الاطلاق ، يقتضى عدم التأخير عن زمان المطالبة ، و الشرط يدلّ على التعجيل بدفع الثمن من دون المطالبة (٣) الضمير يرجع الى المعنى الثانى من الشرط ، و هو قوله : ان يعجل بدفعه من دون مطالبة ، ان لا يكون تأكيدا (٤) قوله (مع أنّ مرجع عدم المطالبة ، الخ) وجه آخر لعدم معنى الثانى من الشرط ، و هو التعجيل بدفعه من دون مطالبة ، بل معناه ، هو محط نظر المشهور ، يعنى أنّ هذا الشرط لا فائدة مع ارادة التعجيل بدون المطالبة ، لانه لا يخلو اما ان يطالبه ، و اما ان لا يطالبه فعلى الأول ، يلزم التعجيل بدفع الثمن و لو لم يشترط ، لأن لازم الملك سلطنة المالك على ماله ، فلو طالب ، فليس لغيره الامتناع ، و الاّ كان مزاحما لسلطانه ، و على الثانى ، لا يلزم التعجيل و ان شرطه ، لأن عدم الاداء مع عدم المطالبة لا يكون مزاحما لسلطان المالك ، فيكون مرجع عدم المطالبة فى زمان استحقاقها الى اسقاط حق ، تعجيل دفع الثمن الذى شرطه ، فصّح ما ذكره من كونه تأكيدا ، و اورده السيّد (ره) عليه فى حاشيته بقوله : و انت خبير بما فيه ، ان مع فرض كون مفاد الشرط ، الدفع و لو مع عدم المطالبة ، لانسلّم أنّ عدم المطالبة راجع الى اسقاط الحق ←

هذا الحقّ المشترط (١) فى هذا المقدار من الزمان ، وكيف كان ، فذكر الشهيد (ره) فى الدروس : انّ فائدة الشرط ، ثبوت الخيار اذا عينّ زمان النقد (٢) فاخلّ المشتري به ، وقوى الشهيد الثانى ، ثبوت الخيار مع الاطلاق (٣) ايضا ، يعنى عدم تعيين الزمان اذا اخلّ به (٤) فى اول وقته ، وهو (٥) حسن ، ولا يقدر فى الاطلاق (٦) عدم تعيين زمان

→ وهذا واضح جدّا ، انتهى ، فراجع الى ص ١٢٥ سطر ٢٤ (١) فالمراد من الحقّ المشترط ، هو تعجيل دفع الثمن (٢) فالمراد من زمان النقد ، هو زمان تعجيل دفع الثمن ، مثلا شرط البايع ان يدفع المشتري الثمن الى الجمعة الاولى ، فلولا ان يدفع الى الجمعة ، لكان للبايع الخيار (٣) فمراد الشهيد الثانى من الاطلاق ، هو عدم تعيين زمان النقد ، لا اطلاق العقد ، وبعبارة اخرى مراده من الاطلاق فى قوله (ثبوت الخيار مع الاطلاق) هو اطلاق شرط التعجيل وعدم تعيين زمان نقد الثمن ، مثلا قال البايع : بعث الكتاب بدرهمين بشرط ان يعجلّ الثمن فلم يدفع المشتري الثمن فى اول ازمته الامكان ، كان للبايع الخيار (٤) اى اخلّ بالشرط (٥) الضمير يرجع الى ما ذكره الشهيد الثانى (٦) وهم دفع ، اما الوهم : فانّ اطلاق شرط تعجيل دفع الثمن ، بان يقول البايع : بعثك بشرط ان تعجلّ بدفع الثمن ، لا يصحّ ، لانّ مدّة الدفع يكون مجهولا ، واما الصحيح ان يعينّ البايع المدّة ، بان يقول مثلا : بعثك بشرط ان تدفع الثمن الى الجمعة الاولى ، واما الدفع : فهو الذى ذكره المصنف (ره) بقوله (ولا يقدر فى الاطلاق ، الخ) وحاصل الدفع : انّ الاطلاق لا يوجب الجهالة ، لانّ التعجيل المطلق ينصرف الى دفع الثمن ←

التعجيل ، لأن التعجيل المطلق معناه ، الدفع في أول اوقات الامكان عرفا ، ولاحاجة الى تقييد الخيار (١) هنا بصورة عدم امكان الاجبار على التعجيل ، لأن المقصود هنا (٢) ثبوت الخيار بعد فوات التعجيل ، امكن اجباره به (٣) ام لم يمكن ، وجب او لم يجب ، فإن مسألة ان ثمره الشرط

→ في أول اوقات الامكان عرفا (١) وهم و دفع ، أما الوهم : فإن الخيار في صورة الاخلال بالتعجيل المشترط ، مقيد بعدم امكان الاجبار ، و الآ اجبر المشروط عليه على الوفاء به ، و أما الدفع : فهو الذي ذكره المصنف (ره) بقوله (ولاحاجة الى تقييد الخيار هنا ، الخ) فلا يخفى ، ان حاصل ما دفع به المصنف (ره) وجهان ، * احدهما * ان المقصود هنا ، ان اشتراط التعجيل ، يقتضى ثبوت الخيار عند تخلف ذلك الشرط ، امكن الاجبار ام لم يمكن ، كما في الاخلال بسائر الشروط المأخوذة في ضمن سائر العقود و * ثانيهما * انا لو سلمنا تقييد ثبوت الخيار بتخلف سائر الشروط بعدم امكان اجبار المشروط عليه على الوفاء بالشرط ، فلانسلم تقييد ثبوت الخيار بفوات التعجيل المشروط بعدم امكان الاجبار ، لأن الاجبار انما يكون عند امتناع من عليه الحق من ادائه ، و لا يتحقق الامتناع هنا الا بانقضاء زمان نقد الثمن ، و بعد انقضاء زمان التعجيل لا ينفذ الاجبار ، لأنه غير الزمان المشروط فيه الأداء ، و اشار المصنف (ره) الى الوجه الأول ، بقوله (لأن المقصود هنا ، الخ) و الى الثانى ، بقوله (مضافا الى عدم جريانها ، الخ) (٢) اشارة الى اخلال المشتري بالتعجيل المشترط (٣) الضمير يرجع

الى التعجيل

ثبوت الخيار مطلقا (١) او بعد تعذر اجباره على الوفاء مسألة اخرى، مضافا الى عدم جريانها (٢) في مثل هذا الشرط (٣) ان قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الاجبار، وبعده (٤) لا ينفذ، لانه غير الزمان المشروط فيه الأداء (٥)

****مسئلة****

يجوز اشتراط تأجيل (٦) الثمن مدة معينة غير محتملة مفهومها (٧) ولا مصداقا للزيادة والنقصان غير المسموح فيهما، فلولا يعين كذلك، بطل بلاخلاف ظاهرا، للغرر، ولما دل في السلم الذي هو عكس المسئلة (٨) على وجوب تعيين الأجل، وعدم جواز السلم الى دياس (٩) او حصاد (١٠)

(١) اي سواء تعذر اجباره ام لا (٢) الضمير يرجع الى ثمرة الشرط (٣) اشارة الى شرط تعجيل الثمن (٤) اي بعد زمان انقضاء زمان نقد الثمن (٥) حاصله، انه اذا شرط اعطائه يوم الخميس، فانه لا يجوز الاجبار في يوم الخميس، لان الوقت باق، اما يوم الجمعة الذي ليس هو الزمان المشترط، فلا يجوز الاجبار ايضا، لانه ليس الزمان المشترط فيه الأداء (٦) قال في المجمع: (التأجيل) ضد (التعجيل) وهو الوقت المضروب المحدود في المستقبل (٧) فالمدة المحتملة مفهومها، مثل ما لو قال: الى قرن، فلم يعلم المراد به هو ثلاثون سنة، او مائة سنة، فالمدة المحتملة مصداقا، مثل ما لو قال: الى دياس، فان مفهومه معلوم ومصداقه ليس بمعلوم (٨) يعني في السلم يشترط تأجيل الثمن، وفي النسيئة يشترط تأجيل الثمن (٩) قال في المجمع: (الدائس) وهو الذي يدوس الطعام ويدقه ليخرج الحب من السنبل (١٠) في المجمع: (الحصاد) بالفتح ←

ولا فرق في الأجل المعين بين الطويل والقصير، وعن الاسكافي المنع من التأخير الى ثلاث سنين، وقد يستشهد له بالنهي عنه في بعض الأخبار، مثل رواية احمد بن محمد (١) قلت لأبي الحسن: أتى اريد الخروج الى بعض الجبال، الى ان قال: انا اذا بعناهم نسيئة كان اكثر للريح، فقال: فبعهم بتأخير سنة، قلت: بتأخير سنتين، قال: نعم قلت: بتأخير ثلاث سنين، قال: لا، والمحكى عن قرب الاسناد عن البزنطي، انه قال لأبي الحسن الرضا ع*، (٢): ان هذا الجبل قد فتح منه على الناس باب رزق، فقال ع* : اذا اردت الخروج، فاخرج فانها سنة مضطربة (٣) وليس للناس بد من معاشهم، فلا تدع الطلب فقلت: انهم قوم ملاء (٤) ونحن نحتمل (٥) التأخير، فنبايعهم بتأخير سنة؟ قال: بعهم، قلت: سنتين، قال: بعهم، قلت: ثلاث سنين، قال: لا يكون لك شئ اكثر من ثلاث سنين، وظاهر الخبرين (٦)

→ والكسر: قطع الزرع (١) فهذه الرواية، مذكورة في الوسائل ج ١٢ ص ٣٦٦ (٢) فهذه الرواية ايضا مذكورة في الوسائل ج ١٢ ص ٣٦٦ (٣) قال في المجمع: اضطربت الامور: اختلفت والمال المضطرب الذي لم يبق على حالة واحدة (٤) قال في الأقرب: (المليء) الغنى المتمول المقدر او الحسن القضاء، ويقال: (مليء بالبدل والادغام) وهو المسموع في اكثر الروايات، ج ملاء، كلوام، وملاء، كشرفاء، وأملياء، كأنصباء (٥) قال في المنجد: (احتمل) الشئ: حمله. - الأمر: اطاقه وصبر عليه (٦) فالحاصل: ان انه قد يستشهد للاسكافي بالنهي عن التأخير في بعض الأخبار، مثل رواية احمد بن محمد، الخ، والمحكى عن قرب الاسناد ←

الارشاد (١) لا التحريم ، فضلا عن الفساد . و هل يجوز الافراط فى التأخير ، اذا لم يصل الى حدّ يكون البيع منه سفها و الشراء أكلا للمال بالباطل ؟ فيه وجهان (٢) قال فى الدروس : لو تمادى الأجل الى ما لا يبقى اليه المتبايعان غالبا ، كالف سنة ، ففى الصحة نظره ، من حيث (٣) خروج الثمن عن الانتفاع به ، و من الأجل (٤) المضبوط و حلوله بموت المشتري ، و هو (٥) اقرب ، و ما قرّبه (٦) هو الأقرب ، لأنّ ما فى الذمة

→ عن البزنطى ، الخ ، فالمستشهد يقول : أنّ الخبرين المذكورين ينهيان عن تأخير ثلاث سنين ، فيكون البيع بشرط تأخير ثلاث سنين فاسدا و حراما و المصنف (ره) يقول فى الجواب عن الاستشهاد بالخبرين ، بقول الاسكافى أنّ ظاهر الخبرين هو الارشاد ، لا التحريم و الفساد ، فحينئذ لو باع نسيئة بشرط تأخير ثلاث سنين ، لم يكن حراما و لا فاسدا ، و يمكن ان يقال فى الجواب عن الاستشهاد بهما بقول الاسكافى ، أنّ مفاد كلّ منهما ينافى الآخر ، حيث أنّ مفاد الأول ، عدم جواز التأخير الى الثلاث ، و مفاد الثانى ، جواز التأخير الى الثلاث ، لا الزائد ، فيتعارضان فى التأخير الى الثلاث ، و بعد التساقط فيه لا يبقى لهما دلالة على المنع حتى يكون الخبران شاهد ين بقول الاسكافى (١) فالمراد من الارشاد ، هو الارشاد الى عدم وصول الثمن بيده بعد مدّة ثلاث سنين (٢) احد الوجهين الجواز ، و ثانيهما ، عدم الجواز (٣) قوله (من حيث خروج الثمن عن الانتفاع به) وجه لعدم الصحة (٤) قوله (و من الأجل المضبوط ، الخ) وجه للصحة (٥) الضمير يرجع الى الصحة (٦) يعنى و ما قرّبه ، هو الأقرب ، لأنّ ما فى الذمة و لو كان مؤجلا بما ذكر ، كالف سنة ، مال ، يصحّ

ولو كان مؤجلا بما ذكر مال ، يصح الانتفاع به في حياته بالمعاوضة عليه
 بغير البيع ، بل وبالبيع ، كما اختاره في التذكرة ، نعم يبقى الكلام في
 أنه اذا فرض حلول الأجل شرعا بموت المشتري ، كان اشتراط ما زاد على
 ما يحتمل بقاء المشتري اليه لغوا ، بل مخالفا للمشروع ، حيث أن الشارع
 اسقط الأجل بالموت ، والاشترط المذكور تصريح ببقائه (١) بعده ، فيكون
 (٢) فاسدا ، بل ربما كان مفسدا . وان اراد المقدار (٣) المحتمل للبقاء
 كان اشتراط مدة مجهولة ، فافهم . ثم ان المعتبر في تعيين المدة ، هل
 هو تعيينها في نفسها وان لم يعرفها المتعاقدان ، فيجوز التأجيل الى
 انتقال الشمس الى بعض البروج ، كالنيروز (٤)

→ انتفاع البايح به في حياته بالمعاوضة عليه بغير البيع ، كالصلح ، بل و
 بالبيع ، كما اختاره في التذكرة (١) الضمير يرجع الى الأجل ، والضمير
 في قوله (بعده) يرجع الى الموت (٢) يعني فيكون اشتراط المذكور فاسدا
 بل ربما كان مفسدا للعقد (٣) فالظاهر ، ان مقصود المصنف (ره) من قوله
 (وان اراد المقدار المحتمل للبقاء ، الخ) اشتراط مدة الحياة ، فأنه
 اشتراط مدة مجهولة ، لأنه لم يعلم زمان الموت ، فلا يخفى : ان العبارة
 منقطع الأول ، لأنه لا يعلم ان فاعل (اراد) هو المشتري العاقد ، او
 صاحب الدروس الذي تقدم نقل عبارته ، فلو كان فاعل (اراد) هو صاحب
 الدروس ، لكان المعنى ، أنه ان اراد من اشتراط ما لا يبقى اليه
 المتبايعان غالبا ، اشتراط مقدار الحياة من هذه المدة ، لا مجموع هذه
 المدة ، وان اتفق الموت في اثنائه ، كان اشتراط مدة مجهولة (٤) ، (النيروز
 و النوروز) و الأول اشهر : أول يوم من السنة الشمسية ، لكن عند الفرس ←

والمهرجان (١) و نحوهما ، ام لا بدّ من معرفة المتعاقدين بهما حين العقد ؟ وجهان ، اقليمها الثاني تبعا للروس و جامع المقاصد لقاعدة نفي الغرر ، وربما احتتم الاكتفاء في ذلك (٢) بكون هذه الآجال (٣) مضبوطة في نفسها ، كأوزان البلدان ، مع عدم معرفة المصداق ، حيث أنه له شراءً ووزنة ، مثلا بعيار بلد مخصوص ، و ان لم يعرف مقدارها ، و ربما استظهر ذلك (٤) من التذكرة .

→ عند نزول الشمس أول الحمل ، معرب نوروز بالفارسية ، و معناه يوم جديد (اقرب الموارد) ، قال في المجمع : النيروز ، و هو فيقول ، بفتح الفاء و سكون الياء ، و النوروز بالواو لغة ، قال في المصباح : و الياء اشهر من الواو لفقد العوول في كلام العرب ، و هو معرب ، و هو أول يوم من السنة ، لكنّه عند الفرس عند نزول الشمس الحمل ، انتهى . فلا يخفى أنّ الشاه جلال الدين السلجوقي جعل النيروز أول السنة الشمسية في عام ٤٢١ من الهجرة بعد ان كان أول السنة عند الفرس هو المهرجان وقت انتهاء الشمس الى الميزان ، و هو الاعتدال الخريفي الذي يستوى فيه الليل و النهار ، و النيروز هو الاعتدال الربيعي على ما قيل (١) قال في اقرب الموارد : (المهرجان) عيد الفرس ، مركبة من مهر و جان ، و معناها محبة الروح و هو اليوم السادس عشر من مهر ماه عند نزول الشمس أول الميزان (٢) اشارة الى أنّ المعتبر هو تعيينها في نفسها ، و ان لم يعرفها المتعاقدان (٣) اشارة الى النيروز و المهرجان و غيرها (٤) اي و ربما استظهر الاحتمال المذكور ، و هو أنّ المعتبر هو تعيينها في نفسها و ان لم يعرفها المتعاقدان

ولا يخفى ضعف منشأ هذا الاحتمال ، اذ المضبوطية في نفسه غير مجدفي مقام يشترط فيه المعرفة ، اذ المراد بالأجل الغير القابل للزيادة و النقيصة ، ما لا يكون قابلا لهما حتى في نظر المتعاقدين ، لا في الواقع ولذا اجمعوا على عدم جواز التأجيل الى موت فلان ، مع انه مضبوط في نفسه ، وضبطه (١) عند غير المتعاقدين ، لا يجدي ايضا . وما ذكر من قياسه على جواز الشراء بعيار بلد مخصوص ، لا نقول (٢) به ، بل المعين فيه البطلان ، مع الغرر عرفا ، كما تقدم في شروط العوضين ، و ظاهر التذكرة اختيار الجواز ، حيث قال : بجواز التأقيت (٣) بالنيروز و المهرجان لانه معلوم عند العامة ، وكذا جواز التأقيت ببعض اعياد اهل الذمة (٤)

(١) اشكالٌ و دفعٌ ، اما الاشكال : فانه فرق بين موت زيد و بين النيروز و المهرجان ، فان الأول لا يعرفه الناس ولا المتعاقدان ، والثاني يعرفه الناس ، فان معرفة الناس كاف في الصحة ، واما الدفع : فان معرفة الناس من دون معرفة المتعاقدين ، غير مجد ، و اشار المصنف (ره) الى الدفع بقوله (وضبطه عند غير المتعاقدين ، الخ) و الضمير في قوله (ضبطه) يرجع الى الأجل (٢) اي لا نقول بجواز الشراء بعيار بلد مخصوص (٣) (التأقيت) هو التوقيت ، قال في اقرب الموارد : (وقته) توقيتا : جعل له وقتا يفعل فيه ، وكذلك اذا بين مقدار المدة و - الصلاة : بمعنى وقتها ، و يقال : ائت الصلاة ، لان العرب تعاقب بين الهمة و الواو كقولهم (وكدت و اكّدت) انتهى (٤) فان الفطير عيد اليهود و الفصح عيد النصارى ، قال في اقرب الموارد : (عيد الفطير) من اعياد اليهود ، و قال في المنجد : (الفصح) عند النصارى عيد تذكار قيامة السيد المسيح ←

اذا عرفه المسلمون ، لكن قال (١) بعد ذلك : وهل يعتبر معرفة المتعاقدين ، قال بعض الشافعية : نعم (٢) وقال بعضهم : لا يعتبر ويكتفى بمعرفة الناس ، وسواء اعتبر معرفتهما او لا ولو عرفنا ، كفى (٣)

→ الفادى من الموت (١) اى قال العلامة فى التذكرة (٢) اى قال بعض الشافعية : نعم يعتبر معرفة المتعاقدين مع معرفة عدلين من المسلمين سواهما ، لانهما قد يختلفان ، فلا بدّ من مرجع (٣) فلا يخفى ، انّ فى مسألة ، انّ المعتبر فى تعيين المدّة ، هل هو تعيينها فى نفسها وان لم يعرفها المتعاقدان ، ام لا بدّ من معرفة المتعاقدين حين العقد ؟ اقوالا ثلاثة : * احدها * اعتبار تعيينها فى نفسها اذا عرفها الناس وان لم يعرفها المتعاقدان حين العقد ، و * ثانيها * اعتبار معرفة المتعاقدين فقط ، و * ثالثها * اعتبار معرفة المتعاقدين ، مضافا الى معرفة العدلين من المسلمين ، لانهما قد يختلفان ، فلا بدّ من مرجع ، فالأخير هو قول بعض الشافعية ، و اشار اليه بقوله (قال بعض الشافعية : نعم) وحكى عن التذكرة ، انّ بعض الشافعية قال : لا بدّ من معرفة عدلين من المسلمين سواهما ، لانهما قد يختلفان ، فلا بدّ من مرجع ، والعلامة نفى قول الثالث بقوله (ولو عرفنا ، كفى) يعنى لو عرف المتعاقدان ، كفى فى الصحّة و لا يحتاج الى معرفة عدلين آخرين ، والقول الأول هو ما اختاره فى التذكرة حيث قال : بجواز التأقيت بالنيروز والمهرجان ، الخ ، والقول الثانى هو ما اختاره المصنف (ره) حيث قال : ثمّ ، الأقوى اعتبار معرفة المتعاقدين و التفاتهما الى المعنى حين العقد ، الخ

انتهى (١) ثم ، الأقوى اعتبار معرفة المتعاقدين والتفاتهما الى المعنى حين العقد ، فلا يكفي معرفتهما به (٢) عند الالتفات والحساب

﴿ مسألة ﴾

لو باع بثمن حالا و بازيد منه (٣) مؤجلا ، ففي المبسوط والسرائر وعن اكثر المتأخرين ، انه لا يصح ، وعلله في المبسوط وغيره ، بالجهالة ، كما لو باع (٤) اما هذا العبد واما ذاك ، ويدل عليه (٥) ايضا ما رواه في الكافي : انه ﴿ ع ﴾ قال : من ساوم بثمانين ، احدهما عاجلا و الآخر نظرة (٦) فليسّم (٧) احدهما قبل الصفقة ، و يؤيده (٨) ما ورد من النهى عن شرطيين في بيع (٩) وعن بيعين في بيع

(١) اى انتهى ما ذكره في التذكرة (٢) يرجع الضمير الى المعنى (٣) يرجع الضمير الى الثمن (٤) يعنى لو باع المبيع بمأة حالا ، وبمأتين مؤجلا ، لكان مثل لو باع اما هذا العبد واما ذاك الفرس ، فان البيع فى التالى باطل ، وكذلك فى المقدم (٥) يرجع الضمير الى عدم الصحة (٦) ، (النِظْرَة) التأخير و الامهال فى الأمر (اقرب الموارد) ، (٧) يعنى من ساوم السلعة بثمانين ، احدهما عاجلا و الآخر مؤجلا ، فليسّم و يعين احد الثمنين قبل العقد حتى لا يلزم الاجتماع بينهما ، فهذا الخبر يدل على انه لو جمع بينهما فى صفقة واحدة و لم يسّم و لم يعين احدهما قبل العقد ، لكان العقد باطلا (٨) يرجع الضمير المفعول الى عدم الصحة (٩) و مما ورد من النهى عن شرطيين فى بيع ، رواية عمار عن ابي عبد الله ﴿ ع ﴾ فى حديثه ، ان رسول الله ﷺ اص ﴿ بعث رجلا الى اهل مكة و امره ان ينهاهم عن شرطيين فى بيع . الوسائل ج ١٢ ص ٣٤٧ و مما ورد من ←

بناءً على تفسيرهما (١) بذلك . وعن الاسكافى ، كما عن الغنية انه روى عن النبي ﷺ * انه قال : لا يحل صفقتان (٢) فى واحدة ، قال : وذلك بان يقول : ان كان بالنقد ، فبكذا ، وان كان بالنسيئة ، فبكذا ، هذا الا ان فى رواية محمد بن قيس المعتبرة ، انه قال امير المؤمنين * ع : من باع سلعة ، وقال : ثمنها كذا وكذا يدا بيد (٣) وكذا نظرة ، فخذها (٤)

→ النهى عن بيعين فى بيع ، رواية سليمان بن صالح عن ابى عبد الله * ع قال : نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع ، وعن بيعين فى بيع وعن بيع ما ليس عنده ، وعن ربح ما لم يضمن ، الوسائل ج ١٢ ص ٣٦٨ ومما ورد من النهى عن بيعين فى بيع ، ايضا رواية الحسين بن زيد عن الصادق * ع عن آباءه * ع فى مناهى النبي ﷺ * ص قال : ونهى عن بيعين فى بيع ، الوسائل ج ١٢ ص ٣٦٨ (١) يعنى يؤيده ما ورد من النهى ، الخ ، بناءً على تفسير (شرطين فى بيع ، وبيعين فى بيع) ببيع المتاع بثمن حالاً و بازيد منه مؤجلاً ، فعلى هذا يكون معنى (شرطين فى بيع) ان احد الشرطين فى البيع ، كون الثمن بمقدار كذا بشرط كونه نقداً ، والآخر كونه بمقدار كذا بشرط كونه نسيئة ، فتكون رواية السكونى شاهدة على هذا التفسير ، لان المورد فيها بيع شئ واحد مع شرطين فى ثمنه ، ويكون معنى (بيعين فى بيع) بيع المتاع بثمن نقداً و بازيد منه مؤجلاً ، كما لو قال البائع : بعثك هذا المتاع بمائة حالاً ، وبمأتين مؤجلاً ، فحينئذ يكون هذا عين بيعين فى بيع واحد ، فيكون ما روى عن النبي ﷺ * ورواية محمد بن قيس شاهدان على هذا التفسير (٢) يعنى لا يحل بيعان فى معاملة واحدة (٣) ، (يدا بيد) اى مقبوضاً (٤) ←

بأى ثمن شئت ، وجعل (١) صفقتها واحدة ، فليس له إلا اقلهما وان كانت نظرة . وفي رواية السكوني عن جعفر عن ابيه عن آبائه ، ان علياً ع * قضى في رجل باع بيعا واشترط شرطين بالنقد كذا ، وبالنسيئة كذا فاخذ المتاع على ذلك الشرط ، فقال : هو بأقل الثمنين وابتعد الأجلين يقول (٢) ليس له إلا اقل النقدين (٣) الى الأجل الذي آجله نسيئة . و عن ظاهر جماعة من الأصحاب ، العمل بهما (٤) ونسب الى بعض هؤلاء : القول بالبطلان ، فالاولى تبعا للمختلف ، الاقتصار على نقل عبارة كل هؤلاء من دون اسناد احد القولين اليهم

→ قوله (خذها) عطف على قوله (ثمنها) يعنى وقال البايع للمشتري : خذها بأى ثمن شئت (١) قوله (جعل) عطف على قوله (قال) يعنى من باع وجعل صفقتها واحدة ، فالمراد من الصفقة ، هى المعاملة ، و الضمير المثنى راجع الى الثمنين ، يعنى ان البايع جمع الثمنين فى معاملة واحدة بانشاء واحد ، مثلا قال البايع : بعثك هذا المتاع بمائة حالا ، و بمأتين مؤجلا (٢) فالظاهر ، ان قوله (يقول : ليس له إلا اقل النقدين ، الخ) تفسير عن الصادق * لقول على * ع : (هو بأقل الثمنين ، و ابتعد الأجلين) فالضمير المستتر الفاعل يرجع الى الصادق * ع (٣) يعنى ليس له إلا اقل الثمنين فى ابتعد الأجلين (٤) يرجع الضمير المثنى الى رواية محمد بن قيس ، و رواية السكوني ، يعنى وعن ظاهر جماعة من الأصحاب ، العمل بهما ، و حكموا فى بيع المبيع بثنم حالا و بازيد منه مؤجلا ، بصحة البيع مع اقل الثمنين فى ابتعد الأجلين للبايع

قال في المقنعة (١) : لا يجوز البيع بأجلين على التخيير، كقوله : هذا المتاع بدرهم نقدا ، و بدرهمين الى شهر او سنة ، او بدرهم الى شهر و بدرهمين الى شهرين ، فان ابتاع انسان شيئا على هذا الشرط، كان عليه اقل الثمنين في آخر الأجلين ، و هذا الكلام (٢) يحتمل التحريم و يحتمل الحمل (٣) على ما اذا تلف المبيع ، فان اللازم مع فرض فساد البيع بالأقل الذي بيع به نقدا ، لانه قيمة ذلك الشئ ، و معنى قوله (٤) في آخر الأجلين ، انه لا يزيد على الأقل ، و لا ان تأخر الدفع الى آخر الأجلين ، او المراد (٥) جواز التأخير لرضا البايع بذلك

(١) المقنعة للمفيد (٢) يعنى كلام المفيد ، يحتمل التحريم مع صحة البيع ، لان قوله (لا يجوز البيع) يحتمل التحريم ، و قوله (فان ابتاع انسان ، الخ) ظاهر في صحة البيع مع اقل الثمنين في آخر الأجلين (٣) اى و يحتمل حمل قوله (لا يجوز البيع) على فساد البيع ، و يكون مراده بقوله (فان ابتاع انسان شيئا ، الخ) ان المشتري و البايع اذا فعلا هذا البيع الغير الصحيح ، و تلف المثلن في يد المشتري ، لم يكن للبايع الا اقل الثمنين في ابعد الأجلين ، لان اللازم على فرض فساد البيع هو ضمان الأقل الذي بيع به نقدا ، لانه قيمة ذلك الشئ (٤) و معنى قوله (في آخر الأجلين) ان قيمة الشئ لا يزيد على اقل الثمنين ، و ان تأخر الدفع الى آخر الأجلين (٥) او ان المراد من قوله (في آخر الأجلين) ان قيمة الشئ لا يزيد على اقل الثمنين ، مع جواز التأخير ، لرضا البايع بذلك

ويحتمل ارادة الكراهة (١) كما عن ظاهر السيد قدس سره في الناصريات ان المكروه ان يبيع بثمانين ، بقليل ان الثمن نقدا ، وبأكثر ان كان نسيئة ويحتمل الحمل (٢) على فساد اشتراط زيادة الثمن مع تأخير الأجل لكن لا يفسد العقد ، كما سيجئ . وعن الاسكافي انه بعد ما تقدم عنه من النبوى ، الظاهر فى التحريم ، قال : ولو عقد البايع للمشتري كذلك ، و جعل الخيار اليه (٣) لم اختر للمشتري ان يقدم على ذلك ، فان فعل و هلكت السلعة ، لم يكن للبايع الا اقل الثمنين ، لاجازته البيع به (٤) و كان للمشتري الخيار فى تأخير الثمن الأقل الى المدة التى ذكرها البايع بالثمن (٥) الا وفى من غير زيادة على الثمن الأقل . وفى النهاية : فان ذكر المتاع بأجلين و نقد ين على التخيير ، مثل ان يقول : بعتك هذا بدينار او درهم عاجلا (٦) او الى شهر او سنة ، و بدينارين او درهمين

(١) اى و يحتمل ان يكون مراد المفيد بقوله (لا يجوز البيع) هى الكراهة (٢) اى و يحتمل حمل كلام المفيد (ره) على ان اشتراط زيادة الثمن مع تأخير الأجل ، فاسد ، و العقد صحيح ، بمعنى ان لثمن المبيع هو الأقل و الزيادة من باب الاشتراط فى مقابل الأجل ، شرط فاسد (٣) يعنى قال الاسكافي : لو عقد البايع للمشتري كذلك ، اى بثمانين حالاً و بازيد منه مؤجلا و جعل البايع الخيار الى المشتري ان شاء اختار هذا او ذاك ، لم اختر انا للمشتري ان يقدم بهذا العقد على ذلك الفرض ، فان فعل المشتري و هلكت السلعة ، لم يكن للبايع الا اقل الثمنين ، لاجازته البيع به (٤) يرجع الضمير الى الأقل (٥) قوله (بالثمن) متعلق بقوله (ذكرها) فالمراد بالافى ، هو الأكثر (٦) يعنى مثل ان يقول : بعتك هذا بدينار او ←

الى شهر او شهرين او سنتين ، كان (١) البيع باطلا ، فان امضى البيعان ذلك بينهما ، كان للبايع اقل الثمنين في آخر الأجلين ، انتهى : وعن موضع من الغنية قد قدّمنا ، أنّ تعليق البيع بأجلين و ثمنين ، كقولـه : بعته الى مدّة بكذا و الى اخرى بكذا ، يفسده ، فان تراضيا بانفاذه ، كان للبايع اقل الثمنين في ابعد الأجلين بدليل اجماع الطائفة . وعن سلّار ما علّق باجلين ، و هو ان يقول : بعته هذه السلعة الى عشرة ايام بدرهم و الى شهرين بدرهمين ، كان باطلا غير منعقد ، و هو المحكى عن ابيـ الصلاح . و عن القاضى : من باع شيئا بأجلين على التخيير ، مثل ان يقول : أبيعك هذا بدينار ، او بدرهم عاجلا ، و بدرهمين او دينار الى شهر او شهر او سنة او سنتين ، كان باطلا ، فان امضى البيعان ذلك بينهما كان للبايع اقل الثمنين في آخر الأجلين . و قال في المختلف (٢) بعد تقوية المنع : و يمكن ان يقال : أنّه رضى بالثمن الأقل ، فليس له الأكثر في البعيد ، و الاّ لزم الربا (٣) اذ يبقى الزيادة في مقابل تأخير الثمن

→ درهم عاجلا ، و بدينارين او درهمين الى شهر ، او ان يقول : بعته هذا بدينار او درهم الى شهر ، و بدينارين او درهمين الى شهرين ، او ان يقول : بعته هذا بدينار او درهم الى سنة ، و بدينارين او درهمين الى سنتين (١) ، (كان) جواب شرط (ان) ، (٢) المختلف للعلامة (ره) (٣) مثلا ، لو باع المتاع بدينار حالاً و بدينارين الى شهر ، لكان ثمن المتاع دينارا في الواقع ، لأنّ قيمة المتاع في يوم البيع في السوق ، هو الدينار ، فعلى هذا وقع الدينار الحال الذي هو الثمن في مقابل دينارين الى شهر ، فحصل الدينار الزائد في مقابل التأجيل و التأخير ، فلعلّ ←

لا غير، فاذا صبر الى البعيد ، لم يجب له الأكثر من الأقل ، انتهى . و
 فى الدروس ، أنّ الأقرب الصحة ، و لزوم الأقل ، و يكون التأخير جائزاً
 من طرف المشتري ، لازماً من طرف البايع (١) لرضاه بالأقل (٢) فالزيادة
 ربا ، و لذا ورد النهى عنه ، و هو (٣) غير مانع من صحة البيع ، انتهى
 اقول : لكنّه (٤) مانع من لزوم الأجل من طرف البايع ، لأنّه (٥) فى مقابل
 الزيادة الساقطة شرعاً ، إلا ان يقال (٦) : أنّ الزيادة ليست فى مقابل
 الأجل ، بل هى فى مقابل اسقاط البايع حقه من التعجيل الذى يقتضيه
 العقد ، لو خلى وطبعه ، و الزيادة (٧) و ان كانت، لكنّه ربا

→ هذا مراد المختلف من لزوم الربا ، لأن حقيقة الربا فى القرض ، راجعة
 الى جعل الزيادة فى مقابل تأخير المقرض المطالبة الى اجل (١) فالمراد
 من كون التأخير ، لازماً من طرف البايع ، هو عدم جواز مطالبته قبل الأجل
 (٢) قوله (لرضاه بالأقل) تعليل للصحة ، يعنى لأن بيعه بالثمن الأقل
 خاصة برضى منه على الفرض (٣) اى و الربا المذكور ، غير مانع من صحة
 البيع فيما نحن فيه (٤) يعنى لكنّ الربا المذكور فى الدروس ، مانع من
 لزوم الأجل من طرف البايع ، لأنّ الأجل فى مقابل الزيادة الساقطة شرعاً
 و الحال ، أنّ صاحب الدروس قال : أنّ التأخير ، اى التأجيل ، لازم من
 طرف البايع (٥) الضمير يرجع الى الأجل (٦) يعنى إلا ان يقال فى
 توجيه جمع الدروس بين الربا و لزوم الأجل من طرف البايع ، أنّ الزيادة
 ليست فى مقابل الأجل و التأخير ، بل هى فى مقابل اسقاط البايع حقه
 من التعجيل الذى يقتضيه العقد ، لو خلى و طبعه (٧) وهم و دفع ، أمّا
 الوهم : فإنّ الزيادة اذا كانت فى مقابل اسقاط البايع حقه من التعجيل ←

كما سيجئ ، الا ان فساد المقابلة (١) لا يقتضى فساد الاسقاط ، كما
احتمل ذلك (٢) فى مصلحة حق القصاص بعبد يعلمان استحقاق الغير
له ، او حرّيته ، بل قال فى التحرير : بالرجوع الى الدية ، وحينئذ ، فلا
يستحق البايع الزيادة ، ولا المطالبة قبل الأجل ، لكن المشتري

→ فليست الزيادة ربا ، والحال ، ان صاحب الدروس قال : بانها ربا
واما الدفع : فان الزيادة وان كانت فى مقابل اسقاط البايع حقه من
التعجيل ، لكنه ربا ، كما سيجئ فى ص ١٦٩ عدم جواز تأجيل الثمن
الحال بازيد منه (١) اشكالٌ و دفعٌ ، اما الاشكال : فانكم قلتم : ان الزيادة
فى مقابل اسقاط البايع حقه من التعجيل ، و ذكرتم ايضا ، ان الزيادة ربا
فحينئذ لزم فساد الزيادة ، فاذا كانت الزيادة فاسدة ، يكون اسقاط
البايع حقه من التعجيل ايضا فاسدا ، واما الدفع : فان فساد المقابلة
من كون الزيادة ربا ، لا يقتضى فساد اسقاط البايع حقه من التعجيل ، كما
احتمل عدم اقتضاء فساد المقابلة ، فساد الاسقاط فى مصلحة حق القصاص
بعبد يعلم المتصالحان ، استحقاق الغير له ، او مصلحة حق القصاص
بحرّ يعلمان بحرّيته ، فعلى هذا الاحتمال حق القصاص ساقط مع فساد
المقابلة ، بل قال فى التحرير : بالرجوع الى الدية ، فراجع الى التحرير
ص ٢٣٠ السطر الآخر ، وقال فى القواعد ص ١٨٧ : ولو صالح عن
القصاص بحرّ يعلمان حرّيته او بعبد يعلمان استحقاقه ، ففى بطلان
استحقاق القصاص ووجوب الانتقال الى الدية نظره ، انتهى (٢) اشارة
الى ان فساد المقابلة ، لا يقتضى فساد الاسقاط

لواعطاه (١) وجب عليه (٢) القبول ، اذ لم يحدث (٣) له بسبب المقابلة الفاسدة حق في التأجيل حتى يكون له (٤) الامتناع من القبول قبل الأجل ، واما سقط حقه من التعجيل ، ويمكن ايضا حمل الرواية (٥) على أنّ الثمن هو الأقل ، لكن شرط (٦) عليه ان يعطيه على التأجيل شيئا زائدا ، وهذا الشرط فاسد ، لما سيحى من أنّ تأجيل الحال بزيادة ربا محرّم ، لكن فساد الشرط لا يوجب فساد المشروط ، كما عليه جماعة

(١) لكن المشتري لو اعطى الثمن الأقل ، وجب على البايع القبول واما وجب عليه القبول ، لانه لم يحدث للبايع بسبب المقابلة الفاسدة ، حق في التأجيل والتأخير حتى يكون له الامتناع من قبول الثمن قبل الأجل (٢) يرجع الضمير الى البايع (٣) قوله (اذ لم يحدث له ، الخ) علة لقوله (لواعطاه وجب عليه القبول) والضمير في قوله (له) يرجع الى البايع (٤) يرجع الضمير الى البايع (٥) يعنى كما يمكن حمل عبارة المفيد في المقنعة على أنّ ثمن المبيع هو الأقل وكون الزيادة من باب الاشتراط في مقابل الأجل ، على ما ذكره المصنف (ره) في ص ١٤٢ بقوله (و يحتمل الحمل على فساد اشتراط زيادة الثمن مع تأخير الأجل) كذلك يمكن حمل الرواية على أنّ ثمن المبيع هو الأقل ، لكن شرط البايع على المشتري ان يعطيه على التأجيل شيئا زائدا ، وهذا الشرط فاسد ، لما سيحى في ص ١٤٩ من عدم جواز تأجيل الثمن الحال بازيد منه ، لانه ربا محرّم لكن فساد الشرط لا يوجب فساد المشروط (٦) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى البايع ، والضمير في قوله (عليه) يرجع الى المشتري

و حينئذ (١) فللبايع الأقل ، و ان فرض أنّ المشتري آخره الى الأجل ، كما يقتضيه قوله في رواية محمد بن قيس ، و ان كانت نظرة لفرض تراضيهما على ذلك ، بزعم صحة هذا الشرط ، او البناء عليها (٢) تشريعاً ، و لعلّ هذا (٣) مبنى قول الجماعة قدّس الله اسرارهم ، فان امضيا البيع بينهما كذلك بمعنى أنّهما تراضيا على هذه المعاملة ، لم يجب في مقابل التأخير

(١) يعنى حين اذا كان العقد صحيحاً ، و شرط التأجيل فاسداً ، فللبايع الثمن الأقل ، و ان فرض أنّ المشتري آخره الى الأجل ، كما يقتضيه قوله في رواية محمد بن قيس (و ان كانت نظرة) و انما يجوز للمشتري التأخير لفرض تراضيهما على ذلك التأخير بزعم صحة هذا الشرط ، اى شرط التأخير بزيادة الثمن ، او البناء على صحة هذا الشرط تشريعاً ، و ان علما بطلانه شرعاً ، فانّ بعض الناس الذى لا يبالي بالشرع ، يبني على صحة معاملة غير مشروعة (٢) الضمير يرجع الى الصحة (٣) اشارة الى ما ذكره المصنف (ره) من أنّ ثمن المبيع هو الأقل ، و أنّ الزيادة فى مقابل الأجل شرط فاسد ، يعنى لعلّ ما ذكر مبنى قول الجماعة قدّس سرهم ، فان امضيا البيع بينهما كذلك ، الخ ، و اراد المصنف (ره) من ذكر قوله (و لعلّ هذا ، مبنى قول الجماعة ، فان امضيا البيع بينهما ، الخ) ان يدفع التنافى بين حكمهم بالبطلان أولاً ، و حكمهم بوجوب الثمن الأقل فى ابعد الأجلين بحمل البطلان فى كلامهم على اشتراط الزيادة فى مقابل الأجل ، و حمل وجوب الثمن الأقل فى ابعد الأجلين على صحة بيع المبيع بالثمن الأقل

الواقع برضاها شئ (١) زائد على الأقل لفساد المقابلة ، و مرادهم من بطلان البيع الذى حكموا به أولاً ، بطلانه بهذه الخصوصية (٢) وعدم ترتب الأثر (٣) المقصود عليه . وقد تلخص (٤) من جميع ما ذكرنا ، أنّ المعاملة المذكورة فى ظاهر متن الروائيتين ، لا اشكال ولا خلاف فى بطلانها ، بمعنى عدم مضيها على ما تعاقدنا عليه ، و أمّا الحكم بامضاءها (٥) كما فى الروائيتين ، فهو حكم تعبدى مخالف لأدلة توقف حلّ المال على الرضا و طيب النفس ، و كون الأكل لا عن تراض اكلا للباطل ، فيقع الاشكال فى نهوض الروائيتين لتأسيس هذا الحكم المخالف للأصل (٦)

(١) قوله (شئ) فاعل لقوله (لم يجب) ، (٢) فالمراد من (هـ) هذه الخصوصية (هو ان يكون شئ زائد فى مقابل التأخير و التأجيل ، فإنّ البيع بهذه الخصوصية ، باطل لفساد المقابلة بين الشئ الزائد و التأخير و التأجيل (٣) قوله (عدم ترتب الأثر) عطف على قوله (بطلانه) (٤) يعنى و قد تلخص من جميع ما ذكره ، أنّ المعاملة المذكورة فى ظاهر متن الروائيتين ، لا اشكال ولا خلاف فى عدم مضيها على ما تعاقدنا عليه من بيع المبيع بالثمن الأقل حالاً و بازيد مؤجلاً ، و أمّا الحكم بمضى هذه المعاملة و تأثيرها فى غير ما تعاقدنا عليه من كونه بالثمن الأقل فى ابعاد الأجلين ، كما فى الروائيتين ، فهو حكم تعبدى مخالف لأدلة توقف حلّ المال على الرضا و طيب النفس (٥) يرجع الضمير الى المعاملة (٦) فالمراد من هذا الأصل ، هى القاعدة ، و هى توقف حلّ المال على الرضا و طيب

ثم انّ الثابت منهما (١) على تقدير العمل بهما ، هي مخالفة القاعدة في مورد هما (٢) و اما ما عداه (٣) كما اذا جعل له الأقل في اجل ، و الأكثر في اجل آخر ، فلا ينبغي الاستشكال في بطلانه لحرمة القياس (٤) خصوصا على مثل هذا الأصل (٥) و في التحرير البطلان هنا (٦) قولا واحدا ، و حكى (٧) من غير واحد ما يلوح منه ذلك ، الا أنّك (٨) قد عرفت عموم كلمات غير واحد ممن تقدّم للمسئلتين ، و ان لم ينسب ذلك في الدروس الا الى المفيد قدس سرّه ، لكن عن الرياض : انّ ظاهر الأصحاب ، عدم الفرق في الحكم بين المسئلتين (٩) و هو ظاهر الحدائق ايضا

(١) يرجع الضمير المثنى الى الروائتين (٢) فانّ مورد هما ، هو ان يبيع بالثمن الأقل حالاً و بالثمن الأزيد مؤجلاً (٣) و اما ما عداه ، كما اذا جعل له الثمن الأقل الى شهر ، و الثمن الأكثر الى شهرين ، فلا ينبغي الاستشكال في بطلانه (٤) اي قياس غير مورد الروائتين الذي هو الفرع على مورد الروائتين الذي هو الأصل ، حرام و باطل ، خصوصا على هذا الأصل الذي هو مخالف للقاعدة (٥) فالمراد من هذا الأصل ، هو المقيس عليه الذي هو مورد الروائتين (٦) اشارة الى غير مورد الروائتين (٧) اي حكى عن غير واحد من العلماء ، ما يلوح منه البطلان في غير مورد الروائتين (٨) اي أنّك عرفت عموم كلمات غير واحد من العلماء للمسئلتين ، احديهما ، مورد الروائتين ، و ثانيتهما ، غير مورد الروائتين ، فالمراد من غير واحد ، هو صاحب المقنعة و النهاية و الغنية و سلار و ابى الصلاح (٩) احدى المسئلتين ، مورد الروائتين ، و ثانيتهما ، غير مورد الروائتين

وما ابعد ما بينه (١) وبين ما تقدم من التحرير ، ثم ان العلامة فى
المختلف ذكر فى تقريب صحة المسئلة (٢) انه مثل ما اذا قال المستأجر
لخياطة الثوب ، ان خطته فارسيا فبدرهم ، و ان خطته روميا فبدرهمين ، و
اجاب عنه بعد تسليم الصحة برجوعها الى الجعالة

*** مسألة ***

لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل ، و ان طولب
(٣) اجماعا ، لان ذلك (٤) فائدة اشتراط التأجيل ، و لو تبرّع (٥)

(١) اى ما ابعد ما بين ما حكى عن الرياض و ما تقدم من التحرير ، لان ما
حكى عن الرياض ، هو ان ظاهر الأصحاب ، عدم الفرق فى الحكم بين
المسئلتين ، و ما تقدم عن التحرير ، هو الفرق بين المسئلتين ، و هو عدم
اختلاف الأصحاب فى البطلان فى غير مورد الروائتين ، و اختلافهم فى مورد
الروائتين (٢) اى ان العلامة ذكر فى المختلف فى تقريب صحة المسئلة
اذا قال المستأجر للأجير : ان خطته فارسيا ، اى بدرز واحد ، فبدرهم
و ان خطته روميا ، اى بدرزين ، فبدرهمين ، فان كانت هذه الاجارة
صحيحة ، كان البيع فيما نحن فيه صحيحا ايضا ، و اجاب العلامة عنه بعد
تسليم صحة ما ذكر فى خياطة الثوب برجوعها الى الجعالة (٣) الضمير
المستتر يرجع الى الثمن (٤) اشارة الى عدم وجوب دفع الثمن (٥) يعنى
لو تبرّع المشتري بدفع الثمن المؤجل ، لم يجب على البايع ، القبول
بلا خلاف

بدفعه ، لم يجب على البايع ، القبول بلاخلاف ، بل عن الرياض الاجماع عليه ، وفي جامع المقاصد في باب السلم ، نسبة الخلاف (١) الى بعض العامة ، وعلل الحكم (٢) في التذكرة في باب السلم ، بأن التعجيل كالتبرع بالزيادة (٣) فلا يكلف تقليد المنة ، وفيه تأمل (٤) ويمكن تعليل الحكم (٥) بأن التأجيل

(١) اي في جامع المقاصد في باب السلم ، نسبة الخلاف الى بعض العامة يعنى ان بعض العامة قال : ولو تبرع المشتري بدفعه ، وجب على البايع القبول (٢) فغاية ما يقال في وجه عدم وجوب القبول على البايع مع قطع النظر عن عدم الخلاف و الاجماع المحكى ، امور ، * احدها * ما عمن التذكرة ، بأن التعجيل كالتبرع بالزيادة ، فلا يكلف تقليد المنة ، و * ثانيها * ان التأجيل ، كما هو حق للمشتري ، كذلك هو حق للبائع ، نظرا الى التزام المشتري للبائع بحفظ ماله في ذمته ، فللمشتري السلطنة على حقه دون حق البايع ، و اشار الى هذا الوجه المصنف (ره) بقوله (و يمكن تعليل الحكم ، بأن التأجيل ، الخ) ، و * ثالثها * ان المملوك ثمن مؤجل فلا ينطبق على المدفوع في الحال (٣) يعنى اذا كان الثمن ثمانية ، فاراد المشتري ان يعطى عشرة ، لا يكلف البايع تقليد المنة ، وكذلك التعجيل بمعنى اذا كان الثمن مؤجلا و اراد المشتري ان يدفع الثمن حالا ، لا يجب على البايع القبول ولا يكلف تقليد المنة (٤) لعل وجه التأمل ، ان الزيادة في الثمن مال لا يتعين ملكا للبائع الا بقبوله ، فلا يكلف تقليد المنة ، فلا يقاس هذا بالثمن الذي هو ملكه ، و التعجيل انما هو في وفائه (٥) فالمراد من الحكم ، هو عدم وجوب القبول على البايع

كما هو حقّ للمشتري يتضمن (١) حقّاً للبايع من حيث التزام المشتري لحفظ ماله (٢) في ذمّته ، وجعله آيّه كالودعى ، فإنّ ذلك حقّ عرفاً . و بالجملة ، ففي الأجل (٣) حقّ لصاحب الدين بلاخلاف ظاهر ، ومما ذكرنا ، يظهر الفرق (٤) بين الحال و المؤجل ، حيث أنّه ليس لصاحب الدين الحال حقّ على المديون ، و اندفع ايضاً ما يتخيّل (٥) من أنّ

(١) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى التأجيل (٢) الضمير في قوله (ماله) يرجع الى البايع ، وفي قوله (في ذمّته) يرجع الى المشتري (٣) يعنى ففي الأجل حقّ لصاحب الدين ، بان لا يجب عليه القبول قبل الأجل ، بلا خلاف ظاهر (٤) ومما ذكرنا من أنّ في الأجل حقّاً لصاحب الدين و أنّه لا يجب عليه القبول قبل حلول الأجل ، يظهر الفرق بين الحالّ و المؤجل حيث أنّه ليس لصاحب الدين الحالّ ، حقّ على المديون ، يعنى أنّ المديون اذا دفع الدين الحالّ ، وجب على الدائن القبول ، لأنّ الدين الحالّ ، لا يتضمن حقّاً للدائن من حيث التزام المديون لحفظ ماله في ذمّته بخلاف المؤجل (٥) تخيّل و دفع ، أمّا التخيّل : فإنّ الأجل حقّ مختص بالمشتري ، ولذا يزداد الثمن من اجله ، و للمشتري طلب النقصان في مقابل التعجيل ، كما اذا اشترى المبيع بخمسة دنانير الى شهرين ، كان له ان يقول للبايع : اعطيك الثمن الآن بشرط ان تنقص خمسا من الثمن ، و لأنّ المؤجل كالواجب الموسع في أنّه يجوز فيه التأخير ، و لا يجب فيه التأخير ، فعلى هذا يجوز للمشتري التعجيل في الثمن المؤجل ، و أمّا الدفع : فإنّ التأجيل ، كما هو حقّ للمشتري ، كذلك حقّ للبايع ايضاً من حيث التزام المشتري لحفظ مال البايع في ذمّته

الأجل حق مختص بالمشتري ، ولذا يزداد الثمن من اجله (١) وله (٢) طلب النقصان في مقابل التعجيل ، و ان المؤجل (٣) كالواجب الموسع في انه يجوز فيه التأخير ، ولا يجب (٤) ثم انه لو اسقط المشتري اجل الدين ففي كتاب الدين من التذكرة و القواعد : انه لو اسقط المديون اجل الدين مما عليه ، لم يسقط (٥) وليس لصاحب الدين مطالبته (٦) في الحال ، و علله (٧) في جامع المقاصد ، بانه (٨) قد ثبت التأجيل في العقد اللازم فلا يسقط ، ولان (٩) في الأجل حقاً لصاحب الدين ، ولذا لم يجب عليه (١٠) القبول قبل الأجل ، اما لو تقايلا في الأجل ، يصح

(١) الضمير يرجع الى الأجل (٢) الضمير يرجع الى المشتري (٣) قوله (ان المؤجل) عطف على قوله (ان الأجل) ، (٤) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى التأخير (٥) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى الأجل (٦) يرجع الضمير الى الدين (٧) الضمير يرجع الى عدم سقوط اجل الدين بالاسقاط (٨) قوله (بانه قد ثبت التأجيل ، الخ) ناظر الى عدم لحاظ كون الأجل حقاً لهما ، فعلى هذا اذا ثبت التأجيل في العقد اللازم ، فلا يسقط بالاسقاط ، لان التأجيل قد ثبت في ضمن العقد اللازم بالفرض ، فيكون حال التأجيل ، كحال نفس العقد ، فكما ان العقد لا يزول باختيار احد المتعاقدين ، كذلك التأجيل لا يزول باسقاط المديون (٩) قوله (ولان في الأجل حقاً لصاحب الدين ، الخ) ناظر الى لحاظ كون الأجل حقاً لهما فعلى هذا اذا اسقط المديون حقه من التأجيل ، لم يسقط حق الدائن منه (١٠) الضمير يرجع الى صاحب الدين

ولو نذر التأجيل ، فأنه يلزم و ينهى ان لا يسقط بتقاييلهما ، لأن التقايل في العقود ، لا في النذور ، انتهى (١) وفيه (٢) ان الحق المشترط في العقد اللازم ، يجوز لصاحبه اسقاطه ، وحق صاحب الدين (٣) لا يمنع من مطالبته من اسقط حق نفسه

(١) اي انتهى ما ذكره في جامع المقاصد (٢) قوله (وفيه ، ان الحق المشترط ، الخ) ايراد على اول تعليلي جامع المقاصد ، و هو قوله (بانه قد ثبت التأجيل في العقد اللازم ، فلا يسقط) و حاصل الايراد : ان الحق المشترط في العقد اللازم ، يجوز اسقاطه ، كما يجوز اسقاط الخيار المشترط في ضمن العقد اللازم (٣) قوله (وحق صاحب الدين ، الخ) ايراد على ثاني تعليلي جامع المقاصد ، و هو قوله (ولان في الأجل حقاً لصاحب الدين ، الخ) و حاصل هذا الايراد : ان المديون الذي اسقط حقه من التأجيل ، لا يمنع بسبب اسقاط حقه صاحب الدين عن ان يطالب حقه من المديون و هو حفظه للدين في ذمته الى الأجل ، فعلى هذا يجوز للمديون اسقاطه حقه من الأجل من دون ان يسقط حق الدائن منه ، لأن ثبوت حق لأحد هما لا يمنع عن سقوط حق الآخر بالاسقاط ، و تركيب هذه الفقرة ، ان (من) في قوله (من اسقط حق نفسه) فاعل لقوله (يمنع) و الضمير في (مطالبته) يرجع الى الحق ، و اضافة المطالبة اليه من اضافة المصدر الى مفعوله ، و فاعله محذوف ، و هو صاحب الدين ، و يمكن ان يكون من اضافة المصدر الى الفاعل ، و الضمير راجع الى صاحب الدين ، و المفعول محذوف ، و الفعل و الفاعل ، خبر للحق

وفي باب الشروط من التذكرة (١) : لو كان عليه دين مؤجل ، فاسقط المديون الأجل ، لم يسقط ، وليس للمستحق (٢) مطالبته (٣) في الحال لأن الأجل صفة تابعة ، والصفة لا تفرد بالاسقاط ، ولهذا لو اسقط مستحق الحنطة الجيدة والدنانير الصحيحة الجودة والصحة لم يسقط ، وللشافعي وجهان (٤) انتهى (٥) ويمكن ان يقال (٦) أن مرجع التأجيل في العقد اللازم الى اسقاط حق المطالبة في الأجل (٧) فلا يعود الحق

(١) لعل قوله (وفي باب الشروط من التذكرة ، الخ) زائد ، لأن الجمع بين هذه العبارة هنا وبين قوله في ص ١٥٨ ثم ، أن المذكور في باب الشروط عن بيع التذكرة ، الخ) شوب التكرار ، وقد حكى أن هذه العبارة هنا مضروب عليها في نسخة مصححة (٢) فالمراد من المستحق ، هو الدائن (٣) الضمير يرجع الى الدين (٤) احد الوجهين للشافعي ، عدم السقوط ، كما ذكر في التذكرة ، و ثانيهما ، السقوط ، لأن الأجل ليس وصفا ، بل هو شرط ، فإن الشرط قابل للسقوط بالاسقاط (٥) اي انتهى ما ذكره في التذكرة (٦) قوله (ويمكن ان يقال ، الخ) توجيه من المصنف لأول تعليلي جامع المقاصد ، وحاصله : أن مرجع شرط تأجيل الثمن في العقد الى شرط سقوط حق المطالبة البايع الى الأجل ، ومعنى نفوذ شرط التأجيل سقوط حق المطالبة ، والساقط الذي حق المطالبة ، لا يعود باسقاط الأجل ، فمرجع اسقاط الأجل الى اعادة الحق ، وهو بلا سبب فلا يسقط التأجيل بالاسقاط (٧) يعني أن مرجع اسقاط الأجل الى اسقاط حق المطالبة في المدّة التي بين العقد وبين الأجل المضروب فلا يعود حق المطالبة باسقاط التأجيل

باسقاط التأجيل ، و الشرط القابل للاسقاط (١) ما تضمن اثبات حق قابل
 لاسقاطه بعد جعله ، الا ترى انه لو شرط في العقد التبري من عيوب ، لم
 يسقط هذا الشرط باسقاطه بعد العقد ، ولم تعدّ العيوب مضمونة ، كما
 لو كانت بدون الشرط ، و اما ما ذكره (٢) من ان لصاحب الدين حقا في
 الأجل ، فدلالته على المدعى ، موقوفة على ان الشرط الواحد اذا انحلّ

(١) وهم و دفع ، اما الوهم : فان التأجيل شرط ، و الشرط قابل للاسقاط
 و التأجيل قابل للاسقاط ، و اما الدفع : فان الشرط القابل للاسقاط ما
 تضمن اثبات حق قابل لاسقاطه بعد جعله ، كما اذا اشترط في متن العقد
 ان يخييط البايع ثوبه ، فان خياطة الثوب ، حق للمشتري على البايع ، قابل
 للاسقاط ، اما ما نحن فيه ، فليس كذلك ، فان شرط التأجيل ليس اثبات
 حق ، بل هو اسقاط لحق المطالبة ، فالثابت قابل للاسقاط ، و اما
 الساقط الذي حق المطالبة ، ليس قابلا للعود ، الا ترى انه لو شرط
 في متن العقد التبري من عيوب ، لم يسقط هذا الشرط باسقاطه بعد
 العقد ، لان مرجع شرط التبري من العيوب في العقد الى اسقاط حق
 خيار العيب ، فلا يعود حق الخيار باسقاط شرط التبري حتى تكون العيوب
 مضمونة باسقاط شرط التبري ، كما لو كانت العيوب مضمونة بدون شرط
 التبري (٢) قوله (و اما ما ذكره ، الخ) توجيه لثاني تعليلي جامع المقاصد
 وحاصله : ان شرط التأجيل حق واحد متقوم بطرفين ، فلا يسقط باسقاط
 احدهما ، بخلاف ما اذا اتفقا على اسقاطه ، و يشهد له ذكر التقايل
 المراد منه هنا الاتفاق على الاسقاط

الى حقّ لكلّ من المتبايعين ، لم يجز (١) لأحدهما اسقاطه ، لأنّ الفرض اشتراكهما فيه ، ولم يسقط الحق بالنسبة الى نفسه (٢) لأنّه حقّ واحد يتعلق بهما ، فلا يسقط الاّ باتفاقهما الذي عبّر عنه بالتقاييل ، ومعناه الاتفاق (٣) على اسقاط الشرط الراجع اليهما ، فلا يرد عليه (٤) منع صحة التقاييل في شروط العقود ، لا في انفسها (٥) نعم لو صار التأجيل حقاً لله تعالى بالذرة ، لم ينفع اتفاقهما على سقوطه ، لأنّ الحقّ معلق بغيرهما (٦) وما ذكره (٧) حسن ، لو ثبت اتحاد الحق الثابت من

(١) قوله (لم يجز) جواب شرطٍ (اذا) ، (٢) ولم يسقط الحق بالنسبة الى نفس المسقط ، لأنّ شرط التأجيل حقّ واحد يتعلق بهما ، فلا يسقط الاّ باتفاقهما الذي عبّر عنه بالتقاييل (٣) ايرادٌ ودفعٌ ، أمّا الايراد : فإنّ التقاييل صحيح في العقود ، لا في الشروط ، وقول جامع المقاصد (لو تقايلا في الأجل ، يصحّ) ليس بصحيح ، لأنّ التأجيل شرط ، والشرط لا يصحّ التقاييل فيه ، والتأجيل لا يصحّ التقاييل فيه ، وأمّا الدفع : فإنّ معنى التقاييل ، الاتفاق على اسقاط الشرط الراجع اليهما ، فلا يرد عليه منع صحة التقاييل في شروط العقود (٤) يرجع الضمير الى جامع المقاصد (٥) اي لا يمنع صحة التقاييل في انفسها ، والضمير في (انفسها) يرجع الى العقود (٦) اي لأنّ الحق معلق بغيرهما الذي هو الله سبحانه (٧) قوله (وما ذكره حسن ، الخ) ردّ لما ذكره في توجيه الثاني ، يعنى ما ذكره جامع المقاصد حسن ، لو ثبت أنّ الحق الثابت من اشتراط التأجيل واحد يتعلق بهما ، فلا يسقط الاّ باتفاقهما ، او لم يثبت التعدّد في حقّ التأجيل ، بان لا يعلم أنّه حق واحد يتعلق بهما ، او متعدّد ، فيرجع ←

اشتراط التأجيل ، او لم يثبت التعدّد ، فيرجع الى اصاله عدم السقوط لكن الظاهر تعدّد الحق ، فتأمل (١) ثم أنّ المذكور في باب الشروط عن بيع التذكرة ، تعليل عدم سقوط اجل الدين بالاسقاط ، بأنّ الأجل صفة تابعة ، لا يفرد (٢) بالاسقاط ، ولذا (٣) لو اسقط مستحق الحنطة الجيدة او الدنانير الصحاح ، الجودة او الصحة ، لم يسقط ، انتهى (٤) وهذا (٥) لا دخل له بما ذكره جامع المقاصد

→ عند الشك الى اصاله عدم السقوط ، لكن الظاهر تعدّد الحق ، وأنّ كلّاً منهما مستقل في اسقاط حقه ، فحينئذ اذا اسقط احدهما حقه ، سقط وبقى حق الآخر (١) لعلّه اشارة الى الخدشة في دعوى استظهار التعدّد والى أنّ التأجيل حق واحد يتعلق بهما ، فلا يسقط الاّ باتفاقهما (٢) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى الأجل (٣) ولأجل أنّ الأجل صفة تابعة ، لو اسقط مستحق الحنطة الجيدة او الدنانير الصحاح ، الجودة او الصحة لم يسقط ، بل الواجب على المديون اعطاء الحنطة الجيدة و الدنانير الصحاح (٤) اى انتهى ما ذكره في التذكرة (٥) اى هذا الذى ذكره في التذكرة ، لا دخل له بما ذكره في جامع المقاصد ، لأنّ ظاهره كون علّة عدم السقوط بالاسقاط ، هو كونه صفة تابعة ، لا يفرد بالاسقاط عن متبوعه كما في وصف الصحة و الجودة ، فلا دخل له بما علّله في جامع المقاصد من كونه حقاً واحداً يتعلق بهما ، فليس لأحدهما الانفراد بالاستقلال

* مسألة *

اذا كان الثمن ، بل كل دين حالاً او حلّ ، وجب على مالكة قبوله عند دفعه اليه ، لأن في امتناعه (١) اضراراً وظلماً ، ان لا حق له (٢) على من في ذمته في حفظ ماله (٣) في ذمته (٤) والناس مسلطون على انفسهم (٥) وتوهم (٦) عدم الاضرار والظلم ، لارتفاعه بقبض الحاكم مع

(١) اي لأن في امتناع المالك عن القبول ، اضراراً على الدائن وظلماً عليه ، ان لا حق للمالك على المديون في حفظ ماله في ذمته (٢) الضمير يرجع الى المالك (٣) قوله (في حفظ ماله) متعلق بـ (حق) والضمير في (ماله) يرجع الى المالك (٤) الضمير يرجع الى المديون (٥) وإنما وجب على مالكة القبول ، لأجل عموم : الناس مسلطون على انفسهم ، فاذا تمكن المالك ان يقبض دينه ولم يقبض حتى يجبر المديون على حفظ ماله الذي هو في ذمة المديون ، كان ذلك خلاف سلطنة المديون على نفسه لأن معناه ، ان ذمة المديون تحت سلطنة المالك ، وهذا مخالف لعموم : الناس مسلطون على انفسهم ، فلا يخفى : ان الناس مسلطون على انفسهم مستفاد من فحوى قوله : الناس مسلطون على اموالهم ، والآ فهو ليس مورداً للنص (٦) وتوهم عدم الاضرار والظلم بامتناع المالك عن القبول لارتفاع كل واحد من الاضرار والظلم بقبض الحاكم مع امتناعه او عزله المديون مقدار مال المالك من امواله ، ويكون ضمان المال بعد العزل على مالكة ، مدفوع ، بأن مشروعية قبض الحاكم او العزل ، إنما تثبت لدفع هذا الظلم والاضرار عن المديون ، وليس كل واحد من قبض الحاكم والعزل بدلاً عرضياً اختيارياً حتى يسقط وجوب القبض عن المالك لتحقق ←

امتناعه او عزله ، وضمانه (١) على مالكة ، مدفوع (٢) بأن مشروعية قبض
الحاكم او العزل ، انما تثبت لدفع هذا الظلم و الاضرار المحرم عن
المديون (٣) وليس بدلا اختياريا حتى يسقط الوجوب عن المالك (٤)
لتحقق البدل ، الا ترى (٥) ان من يجب عليه بيع ماله لنفقة عياله (٦)
لا يسقط عنه الوجوب لقيام الحاكم مقامه في البيع ، وكيف كان ، فاذا امتنع
بغير حق ، سقط اعتبار رضاه (٧) لحديث نفى الضرر ، بل مورده كان من

→ البدل العرضي ، والحاصل : ان كل واحد من قبض الحاكم او العزل
ليس بدلا عرضيا اختياريا حتى يسقط وجوب القبض عن المالك (١) يرجع
الضمير الى المال المعزول (٢) قوله (مدفوع) خبر لمبتدأ مقدّم و هو قوله
(توهم) ، (٣) قوله (عن المديون) متعلق بـ (دفع) ، (٤) قوله (عن المالك)
متعلق بـ (يسقط) ، (٥) قوله (الا ترى ، الخ) استشهاد على ان قبض
الحاكم بدل طولّي ، لا عرضي ، يعنى الا ترى ان من يجب عليه بيع ماله
لنفقة عياله ، لا يسقط عنه وجوب بيع المال ، لأجل قيام الحاكم مقامه في
البيع ، اى مع قيام الحاكم في بيع ماله ، لا يسقط عنه وجوب البيع ، لان قيام
الحاكم بدل طولّي ، لا عرضي (٦) قال في اقرب الموارد : (عيّيل الرجل)
اهل بيته الذين يتكفل بهم و بمؤنتهم من ازواج و اولاد و اتباع و اويّة
يائية للمذكور و المؤنث ، ج ، عيال و عيايل ، كجيد و جيايد و جيايد (٧) اى
فاذا امتنع المالك بغير حق ، سقط اعتبار رضاه ، فان امكن القائه اليه او
وضعه عنده ، جاز ذلك و خرج عن العهدة ، لان تعيين الكلّي بيد الدافع
غاية الأمر ، انه يعتبر في تملك المدفوع اليه قبضه ، و يصدق القبض بمجرد
القائه اليه ، فلا يخفى ان هنا وجوها : * احدها * ما ذكر من القائه اليه ←

هذا القبيل ، حيث أنّ سمرّة بن جندب امتنع من الاستيذان للمرور الى
عذقه (١) الواقع في دار الانصارى ، وعن بيعها ، فقال النبىّ ﷺ
للانصارى : اذهب فأقلعها و ارم بها وجه صاحبها ، فاسقط (٢) ولايته
(٣) على ماله ، و مقتضى القاعدة (٤) اجبار الحاكم له على القبض ، لأنّ
امتناعه (٥) اسقط اعتبار رضاه في القبض الذي يتوقف ملكه (٦) عليه (٧)
لا اصل القبض الممكن تحقّقه (٨) منه (٩) كرها ، مع كون الاكراه بحق

→ و وضعه عنده ان امكن ، و ﷻ ثانيها ﷻ تعيّن العزل ، و كون الضمان على
صاحب الدين ، و ان كان يمكن دفعه الى الحاكم ، و ﷻ ثالثها ﷻ تعيّن
الدفع الى الحاكم ، لأنّه بمنزلة المالك ، لثبوت ولايته على الممتنع ، و
ﷻ رابعها ﷻ تعيّن الاجبار أوّلا ، فان لم يمكن ، فالدفع الى الحاكم ، و مع
تعدّره ، فالعزل ، و ﷻ خامسها ﷻ التخيير بين الوجوه ، و ﷻ سادسها ﷻ
تعينّ الاجبار أوّلا ، و مع عدم امكانه ، فالتخيير بين العزل و الدفع الى
الحاكم (١) ، (العَدُّق) مصدر و - النخلة بحملها ج ، اَعْدُق و
عِدّاق (اقرب الموارد) فالمراد به هنا النخلة بحملها (٢) الضمير الفاعل
المستتر يرجع الى النبىّ ﷺ ، (٣) يرجع الضمير الى سمرّة (٤) اى ، و
مقتضى القاعدة اجبار الحاكم للمالك على القبض ، لأنّه يعتبر في ملكه
امران : احدهما ، القبض ، و ثانيهما ، الرضا بالقبض ، لأنّ امتناعه عن
القبض ، اسقط اعتبار رضاه في القبض الذي يتوقف ملكه عليه ، لا أنّ امتناعه
اسقط اصل القبض الممكن تحقّقه منه كرها (٥) اى امتناع المالك (٦) يرجع
الضمير الى المالك (٧) الضمير يرجع الى القبض (٨) يرجع الضمير الى
القبض ايضا (٩) قوله (منه) متعلق بـ (تحقق) و الضمير فيه يرجع الى ←

بمنزلة الاختيار، فان تعدّر مباشرته ولو كرّها ، تولّاه (١) الحاكم ، لأنّ السلطان ولّى الممتنع ، بناءً على أنّ الممتنع من يمتنع ، ولو مع الاجبار ولو قلنا : أنّه (٢) من يمتنع بالاختيار ، جاز للحاكم تولّى القبض عنه من دون الاكراه ، وهو الذي رجّحه في جامع المقاصد ، والمحكى (٣) عن اطلاق جماعة ، منهم عدم اعتبار الحاكم ، وليس للحاكم (٤) مطالبته المديون بالدين اذا لم يسئله (٥) لعدم ولايته عليه ، مع رضا المالك بكونه في ذمّته . وعن السرائر ، وجوب القبض على الحاكم عند الامتناع (٦) وعدم وجوب الاجبار ، واستبعده غيره ، وهو (٧) في محلّه ، ولو تعدّر الحاكم فمقتضى القاعدة ، اجبار المؤمنين له عدولا كانوا ، ام لا ، لانه من المعروف الذي يجب الأمر (٨) به على كلّ احد

→ المالك (١) الضمير المفعول يرجع الى القبض (٢) ولو قلنا : أنّ الممتنع من يمتنع بالاختيار ، جاز للحاكم تولّى القبض عن المالك من دون الاكراه (٣) اى والمحكى عن اطلاق جماعة من الفقهاء ، عدم اعتبار الحاكم ، حيث اطلقوا الضمان على الدائن ، ولم يخصّوه بصورة تعدّر الحاكم (٤) اى ، و ليس للحاكم مطالبته المديون بالدين ، اذا لم يسئله المديون الحاكم القبض ، لعدم ولاية الحاكم على مطالبته المديون بالدين مع رضا المالك بكون الدين في ذمّة المديون (٥) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى المديون ، والضمير المفعول الى الحاكم ، اى اذا لم يسئله المديون الحاكم القبض (٦) اى عند امتناع المالك عن القبض (٧) الضمير يرجع الى الاستبعاد (٨) لانه اذا كان قبض الدين واجبا على الدائن ، فمقتضى القاعدة مع الامتناع عن امتثال هذا التكليف ، اجبار المكلفين له عليه ←

فان لم يمكن (١) اجباره ، ففي وجوب قبض العدول عنه (٢) نظره ، اقواه
العدم ، وحينئذ ، فطريق براءة ذمة المديون ان يعزل حقّه (٣) و يجعله
امانة عنده (٤) فان تلف (٥) فعلى ذى الحق ، لأن هذه فائدة العزل
و ثمة الغاء قبض ذى الحق ، ولكن لم يخرج عن ملك مالكة ، لعدم الدليل
على ذلك ، فان اشتراط القبض (٦) فى التمليك ، لا يسقط بأدلة نفى الضرر

→ من باب الأمر بالمعروف (١) اى فان لم يمكن اجباره ، ففي وجوب
قبض العدول عنه ، نظره ، من ان ولاية العدول انما هى من باب الحسبة و
عدم من يتصدى للأمر الذى لا محيص من تصدّيه ، فيجب قبض العدول
و من امكان عزل نفس المديون لماله و جعله امانة عنده ، فلاحاجة الى
العدول ، اقواه ، عدم وجوب قبض العدول (٢) الضمير يرجع الى الدائن
(٣) اى حقّ الدائن (٤) يرجع الضمير الى المديون (٥) اى فان عزل
المال و تلف ، فعلى عهدة ذى الحق الذى هو الدائن ، لأن هذه فائدة
العزل و ثمة الغاء قبض ذى الحق ، ولكن لم يخرج المال المعزول عن
ملك مالكة الذى هو المديون ، لعدم الدليل على خروجه عن ملك المديون
بالعزل (٦) وهم و دفع ، اما الوهم ، فان فى قبض الدائن اثنتين ، احدهما
حصول الملك للدائن ، و ثانيهما ، انتقال الضمان اليه ، فاذا كان العزل
بمنزلة القبض ، حصل الملك للدائن ، و انتقل الضمان اليه ، و الحال
انك ، قلت : ان الضمان بالعزل انتقل الى الدائن و لم يحصل الملك له
و اما الدفع ، فان اشتراط القبض فى التمليك ، لا يسقط بأدلة نفى الضرر
لانّه لا ضرر فى عدم حصول الملك للدائن ، و انما يسقط بها ما يوجب
الضرر ، و هو الضمان

وإنما يسقط بها (١) ما يوجب الضرر، وهو الضمان، وحينئذ، فنمأء المعزول، له (٢) وقاعدة مقابلة الخراج بالضمان، غير جارية هنا، و قد يستشكل (٣) في الجمع بين الحكم ببقاء ملكية الدافع، وكون التلف من ذى الحق، ووجهه (٤) أنّ الحق المملوك لصاحب الدين ان تشخص

(١) الضمير يرجع الى الأدلة (٢) اى حين اذا لم يخرج المال المعزول عن ملك المديون، فعلى هذا لو قلت: فإنه لو كان الضمان على الدائن لكان نمأء المعزول للدائن ايضا، لأجل قاعدة مقابلة الخراج بالضمان قلت: أنّ قاعدة مقابلة الخراج بالضمان، لا تجرى هنا، فحينئذ يكون الخراج للمديون، والضمان على الدائن (٣) اشكالٌ ودفعٌ، أما الاشكال فإنه قد يستشكل في الجمع بين الحكم ببقاء ملكية الدافع، وبين كون التلف من صاحب الدين، ووجه الاستشكال، أنّ الحق المملوك لصاحب الدين، إنّ تشخص في المال المعزول كان ملكا لصاحب الدين، وان بقى في ذمة الدافع، لم يمكن تلف المعزول من صاحب الدين، اذ لم يتلف ماله، والحال أنّك قلت: ان تلف المعزول من صاحب الدين، مع أنّه لم يخرج عن ملك المديون، وأما الدفع: فإنه يمكن ان يقال: أنّ حقّ صاحب الدين قد سقط من الذمة ولم يتشخص بالمعزول، وإنما تعلّق بالمال المعزول كتعلق حقّ المجنّى عليه برقبة العبد الجانى، فبتلفه يتلف حقّ المجنّى عليه ويسقط حقه، ومع بقاء العبد الجانى، لا يتعيّن حقّ المجنّى عليه فيه فضلا عن ان يتشخص به، فإنّ لمالك العبد ان يفكّ رقبة العبد الجانى بمال آخر، فلا يكون العبد ملكا لمجنّى عليه حتى يكون كسائر امواله و املاكه (٤) الضمير يرجع الى الاستشكال

في المعزول كان (١) ملكا له (٢) وان بقى في ذمة الدافع ، لم يمكن تلف المعزول منه (٣) اذا لم يتلف ماله ، ويمكن ان يقال : ان الحق قد سقط من الذمة ولم يتشخص بالمعزول ، وانما تعلق به تعلق حق المجنى عليه برقبة العبد الجاني ، فبتلفه يتلف الحق ، ومع بقاءه لا يتعين الحق فيه فضلا عن ان يتشخص به ، ويمكن ان يقال (٤) : بانّه يقدر آنا ما قبل التلف في ملك صاحب الدين ، ثم ان الظاهر (٥) جواز تصرفه في المعزول فينتقل المال الى ذمته لو اتلفه . ومقتضى القاعدة (٦) عدم وجوب حفظه من التلف ، لانّ شرعية عزله ، وكون تلفه من مال صاحب الدين ، انما جاء من جهة تضرر المديون ببقاء ذمته مشغولة ، وتكليفه بحفظ المعزول اضر عليه من حفظ اصل المال في الذمة ، وعن المحقق الثاني (٧) انه يتّجه

(١) قوله (كان) جواب شرط (ان) في قوله (ان تشخص) ، (٢) الضمير يرجع الى صاحب الدين (٣) يرجع الضمير الى صاحب الدين (٤) قوله (ويمكن ان يقال بانّه) الخ (دفع آخر للاشكال المذكور ، يعنى ويمكن ان يقال : بانّ المال المعزول ملك للمديون الى حين التلف وانتقاله الى صاحب الدين قبله آنا ما ، فيكون التلف في ملك صاحب الدين ، ويكون التلف منه (٥) ثم ان الظاهر ، جواز تصرف المديون في المعزول ، لانه لم يصر ملكا للدائن بالعزل ، فينتقل المال المعزول الى ذمة المديون لو اتلفه (٦) اي ومقتضى القاعدة ، عدم وجوب حفظ المال المعزول من التلف ، لانّ شرعية عزل المال وكون تلفه من صاحب الدين ، انما جاء من جهة تضرر المديون ببقاء ذمته مشغولة (٧) اي وحكى عن المحقق الثاني انه يتّجه الفرق بين ما اذا عرضه على المالك الدائن بعد تعيينه في

الفرق بين ما اذا عرضه على المالك بعد تعيينه ، ولم يأت به ، لكن اعلم بالحال ، وبين ما اذا اتاه وطرحه عنده ، فينتفى وجوب الحفظ في الثاني دون الأول ، ولعل وجهه (١) أنّ المبرء للعهد التخلية والاقباض المتحقق في الثاني ، دون الأول ، وسيجئ في مسألة قبض المبيع ما يؤيده . وعن المسالك (٢) : أنّه مع عدم الحاكم يخلّى بينه وبين ذى الحق وتبرء ذمته ، وان تلف ، وكذا يفعل (٣) الحاكم لو قبضه ان لم يتمكن من الزامه (٤) بالقبض ، ثم أنّ المحقق الثاني ذكر في جامع المقاصد بعد الحكم بكون تلف المعزول من صاحب الدين الممتنع من اخذه : أنّ (٥) في انسحاب هذا الحكم (٦) فيمن اجبره الظالم على دفع نصيب شريكه

→ الخارج ، ولم يأت المال بالمالك ، لكن المديون اعلم بالحال ، وبين ما اذا اتاه وطرحه عند المالك ، فينتفى وجوب الحفظ في الثاني ، دون الأول (١) اي ولعل وجه الفرق ، أنّ مبرء الذمة هو التخلية والاقباض المتحقق كلّ واحد منهما في الثاني ، دون الأول (٢) اي وحكى عن المسالك ، أنّ المديون مع عدم الحاكم يخلّى بين المال وبين صاحب الدين وتبرء ذمة المديون ، وان تلف المال ، لانه لا يكلف بأكثر من ذلك (٣) اي أنّ الحاكم يخلّى ايضا بين المال وبين صاحب الدين ، لو قبض الحاكم المال ، ان لم يتمكن من الزامه بالقبض ، فحينئذ لو تلف ، يكون التلف من صاحب الدين (٤) يرجع الضمير الى صاحب الدين (٥) قوله (أنّ) مع اسمها وخبرها ، مفعول لقوله (ذكر) ، (٦) هنا فرعان : احدهما اجبار الظالم الشريك الحاضر على دفع نصيب شريكه الغائب الى الظالم و ثانيهما ، اخذ الظالم بنفسه قدر نصيب شريكه الغائب . والمراد من ←

الغائب في مال (١) على جهة الاشاعة بحيث يتعين المدفوع للشريك و لا يتلف منهما ترّددا ، و مثله لو تسلط الظالم بنفسه و اخذ قدر نصيب الشريك ، لم اجد للأصحاب تصرّحا بنفى و لا اثبات ، مع أنّ الضرر هنا (٢) قائم ايضا ، و المتّجه (٣) عدم الانسحاب ، انتهى (٤) و حكى (٥) نحوه عنه في حاشية الارشاد من دون فتوى ، اقول (٦) : أما الفرع الثاني

→ (الحكم) في قوله (في انسحاب هذا الحكم) هو كون تلف المال المعزول من صاحب الدين ، و المراد من انسحاب هذا الحكم في الفرع الأول و عدمه ، أنّه هل تلف النصيب الذي دفعه الشريك الى الظالم من الغائب ، ام منهما حتى يكون النصيب الباقي مشتركا بينهما ، و المفروض أنّ دفع النصيب الى الظالم ، بمنزلة التلف ، و المراد من انسحاب الحكم في الفرع الثاني و عدمه ، أنّه هل أنّ تلف ما اخذه الظالم من الغائب ، ام منهما حتى يكون الباقي مشتركا بينهما ، و المفروض ، اخذ الظالم نصيب الغائب ، بمنزلة التلف (١) قوله (في مال) متعلق بقوله (شريكه) (٢) مع أنّ الضرر في الفرعين المذكورين ، قائم ايضا ، كما كان قائما في ما اذا امتنع الدائن من اخذ دينه (٣) اى المتّجه ، عدم انسحاب الحكم في المقام ، ان فرق بين الدائن الممتنع عن قبول الدين ، حيث أنّه بامتناعه ضيّع حقّه ، بين الشريك الغائب ، لأنّ الشريك الغائب ليس له تقصير في المقام ، فيكون النصيب الذي دفعه الشريك الى الظالم مشتركا بينهما ، و النصيب الباقي ايضا مشتركا بينهما ، و كذلك ما اخذه الظالم بنفسه (٤) اى انتهى ما ذكره في جامع المقاصد (٥) اى حكى نحو ما ذكره في جامع المقاصد عن المحقق الثاني في حاشية الارشاد من دون فتوى (٦) ←

فلاوجه للاحاقه بما نحن فيه ، اذ دليل الضرر بنفسه ، لا يقتضى بتأثير نيّة

→ قال المصنف: اقول: أما الفرع الثانى الذى هو ان يأخذ الظالم بنفسه قدر نصيب الشريك الغائب ، فلاوجه للاحاقه بما نحن فيه ، حتى يقال: أنّ ما اخذه الظالم يكون من الشريك الغائب ، اذ دليل الضرر بنفسه ، لا يقتضى بتأثير نيّة الظالم فى تعيين الجزء المأخوذ للشريك الغائب ، فاذا اخذ الظالم جزءاً خارجياً من المشاع ، فتوجه هذا الضرر الى من نواه الظالم لا وجه له ، فعلى هذا يكون تلف ما اخذه الظالم من مال الشريكين لا من مال من نواه الظالم ، والمفروض ، أنّ اخذ الظالم ، بمنزلة التلف قال المصنف (ره) : وأما الفرع الأول الذى هو ان يجبر الظالم الشريك الحاضر على دفع نصيب شريكه الغائب ، فيمكن ان يقال: بأنّ الشريك الحاضر لما كان فى معرض التضرر لأجل مشاركة شريكه ، وكان الضرر متوجهاً الى الشريك الغائب ، ولا يجب عليه تحمّل الضرر المتوجه الى شريكه الغائب ، جعل للشريك الحاضر ولاية القسمة حتى يدفع الضرر عن نفسه بالقسمة ، كما اذا كان هناك مالان متعينان المفروزان فى الخارج احدهما للشخص الغائب ، والآخر للشخص الحاضر مع جهل الظالم بعينه ، فيجبر الظالم ، الحاضر على دفع مال الغائب ، فحينئذ يجوز للحاضر ان يدفع مال الغائب المتعين المفروز الى الظالم ، وكذا يجوز له ان يدفع نصيب الغائب المشاع الى الظالم ، لأنّ التوجه القصدى كالتوجه الخارجى ، لكن فيه ان تضرر الشريك الحاضر ، أنّما يوجب ولايته على القسمة حيث لا توجب القسمة تضرر شريكه الغائب ، بان لا تتلف حصة الشريك الغائب بمجرد القسمة ، كما فى الفرض ، لأنّ دفع النصيب الى الظالم ←

الظالم في التعيين ، فاذا اخذ جزءاً خارجياً من المشاع ، فتوجه هذا الضرر الى من نواه الظالم ، دون الشريك لا وجه له (١) كما لو اخذ الظالم من المديون مقدار الدين بنية انه مال الغريم ، واما الفرع الأول فيمكن ان يقال : بان الشريك لما كان في معرض التضمر لأجل مشاركة شريكه جعل (٢) له ولاية القسمة ، لكن فيه ان تضرره (٣) انما يوجب ولايته على القسمة ، حيث لا يوجب القسمة تضرر شريكه ، بان لا يكون حصة الشريك بحيث تتلف بمجرد القسمة ، كما في الفرض ، والا فلترجيح لأحد الضررين مع ان التمسك بعموم نفي الضرر في موارد الفقه من دون انجباره بعمل بعض الأصحاب ، يؤسس فقهاً جديداً

* مسألة *

لا خلاف على الظاهر من الحدائق ، المصرح به في غيره ، في عدم جواز تأجيل الثمن الحال ، بل مطلق الدين (٤) بازيد منه (٥) لانه ربا

→ بمنزلة التلف ، و اذا توجب القسمة تضرر شريكه الغائب ، بان تتلف حصة الشريك الغائب بمجرد القسمة ، فلترجيح لأحد الضررين (١) قوله (لا وجه له) خبر لمبتدأ مقدم ، وهو قوله (فتوجه) ، (٢) قوله (جعل) جواب شرط (لما) ، (٣) يرجع الضمير الى الشريك الحاضر (٤) اي سواء كان الدين ثمناً او قرضاً او غيرها (٥) مثلاً ، ان زيدا يطلب من بكر تسعة دنانير ليعطيه اياه اول رمضان المبارك ، فيقول بكر لزيد : امهلنى الى آخر رمضان المبارك اعطيك احد عشر ديناراً ، فانه ربا قرضى ، لان حقيقة الربا في القرض راجعة الى جعل الزيادة في مقابل امهال المقرض وتأخير المطالبة الى اجل ، فالزيادة الواقعة بازاء تأخير المطالبة ربا ←

لأن حقيقة الربا في القرض، راجعة الى جعل الزيادة في مقابل امهال المقرض ، وتأخير (١) المطالبة الى اجل ، فالزيادة الواقعة بازاء تأخير المطالبة ، ربا عرفا ، فإن اهل العرف لا يفرقون في اطلاق الربا بين الزيادة التي تراضيا عليه في أول المداينة ، كان يقرضه عشرة بأحد عشر الى شهر ، وبين ان يتراضيا بعد الشهر الى تأخير (٢) شهرا آخر بزيادة واحد وهكذا ، بل طريقة معاملة الربا ، مستقرة على ذلك (٣) بل الظاهر من بعض التفاسير ، ان صدق الربا على هذا التراضى (٤) مسلم في العرف وأن (٥) مورد نزول قوله تعالى في مقام الرد على من قال : انما البيع مثل الربا * واحلّ الله البيع وحرّم الربا * هو التراضى (٦) بعد حلول الدين ، على تأخيره الى اجل بزيادة فيه (٧) فعن مجمع البيان عن ابن عباس ، انه كان الرجل من اهل الجاهلية اذا حلّ دينه على غريمه (٨) فطالبه (٩) قال المطلوب منه (١٠) : زدنى فى الأجل ، ازيدك فى المال

→ عند العرف (١) الضمير يرجع الى المقرض (٢) يرجع الضمير الى المال المقرض (٣) اشارة الى ان الزيادة الواقعة بازاء تأخير المطالبة ربا (٤) اى ان صدق الربا على التراضى على ان الزيادة الواقعة بازاء تأخير المطالبة ، مسلم في العرف (٥) اى وأن مورد نزول قوله تعالى : * احلّ الله البيع وحرّم الربا * فى مقام الرد على من قال : (انما البيع مثل الربا) هو التراضى بعد حلول الدين على تأخيره الى اجل بزيادة فيه (٦) قوله (التراضى) خبر لـ (ان) وقوله (هو) الضمير الفصل (٧) الضمير يرجع الى الدين (٨) فالمراد من الغريم ، هنا هو المديون (٩) الضمير يرجع الى الغريم (١٠) فالمراد من المطلوب منه ، هو الغريم

فيتراضيان عليه (١) ويعملان به ، فاذا قيل لهم : ربا ، قالوا : هما سواء
يعنون بذلك انّ الزيادة في الثمن حال البيع و الزيادة فيه بسبب الأجل
عند حلول الدين سواء ، فذمّمهم الله و الحق بهم الوعيد ، و خطأهم فى
ذلك بقوله تعالى : و احلّ الله البيع و حرّم الربا (٢) و يؤيده (٣)

(١) اى فتراضى الرجل الدائن و الغريم على انّ زيادة المال فى مقابل
زيادة الأجل و يعملان به ، فاذا قيل لهم : هذا ربا ، قالوا : هما سواء
يعنون بذلك ، انّ الزيادة فى الثمن حال البيع ، مثلا كان قيمة المتاع
نقدا عشرة ، و قال : بعثك هذا المتاع بخمسة و عشرين دينارا الى ثلاثة
اشهر ، و الزيادة فيه بسبب الأجل عند حلول الدين ، مثلا باع المتاع
قبلا بخمسة عشر دينارا الى شهر ، ثم جعل الثمن بعد حلول الأجل الى
شهرين خمسة و عشرين دينارا سواء ، يعنى انهم يعنون انّ الفرض الأول
و الفرض الثانى ، سواء ، فذمّمهم الله ، و الحق بهم الوعيد ، و خطأهم فى
ذلك بقوله تعالى ﴿ و احلّ الله البيع و حرّم الربا ﴾ يعنى انّ الفرض الأول
بيع ، احلّه الله ، و الفرض الثانى ربا ، حرّمه الله (٢) سورة ٢ آية ٢٧٥
(٣) اى و يؤيد ما ذكر من كون الزيادة الواقعة بازاء تأخير المطالبة ، ربا
عرفا ، حسنة ابن ابى عمير او صحيحته عن ابى عبد الله ﴿ ع ﴾ قال : سئل عن
الرجل يكون له دين الى اجل مسمى ، فيأتيه الدائن ، فيقول : انقد كذا و
كذا ، و اضع عنك بقيته ، مثلا انّ الدائن يطلب من المديون مائة ، و يقول :
انقدنى ثمانين ، و اضع عنك عشرين ، او انقدنى بعضه و امدّ لك فى الأجل
مثلا انّ الدائن يطلب من المديون مائة ، فيقول : انقدنى نصفه و امهلك
فى نصفه الباقي الى شهرين ، قال الامام ﴿ ع ﴾ : لا ارى به بأسا ، انّه ←

بل يدل عليه حسنة ابن ابي عمير ، او صحيحته (١) عن ابي عبد الله * ع * قال : سئل عن الرجل يكون له دين الى اجل مسمى ، فيأتيه غريمه (٢) فيقول : انقذني كذا وكذا ، واضع عنك بقيته ، او انقذني بعضه و امد لك في الأجل في ما بقى عليك ، قال : لا ارى به بأسا ، انه لم يزد على رأس ماله قال الله تعالى : فلکم رؤس اموالکم لا تظلمون ولا تظلمون (٣) علل (٤) جواز التراضى على تأخير اجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد (٥) على رأس ماله ، فيدل على انه لو ازداد على رأس ماله ، لم يجز التراضى على التأخير ، وربما يقتضى ذلك (٦) استشهاده (٧) بذيل آية الربا

→ لم يزد على رأس ماله الذى هو النصف الباقي ، فيكون مفهومه ، انه لو زاد على رأس ماله الذى هو النصف الباقي ، لكان فيه بأس ، قال الله تعالى : فلکم رؤس اموالکم لا تظلمون ولا تظلمون ، فان رأس ماله هو النصف الباقي ، فلم يزد عليه شيئا في مقابل الشهرين (١) فالترديد بين حسنته وصحيحته بالنظر الى الخلاف في كون ابراهيم بن هاشم الذى كان فى سلسلة السند من العدول او من الحسان على ما حكى (٢) الغريم هنا هو الدائن (٣) سورة ٢ آية ٢٧٩ (٤) يعنى علل الامام * ع * جواز التراضى على تأخير اجل البعض الذى هو النصف الباقي فى المثال بسبب نقد البعض بعدم الازدياد على رأس ماله الذى هو النصف الباقي ، فيدل بالمفهوم على انه لو ازداد على رأس ماله ، لم يجز التراضى على التأخير (٥) قوله (بعدم الازدياد) متعلق بقوله (علل) ، (٦) قوله (ذلك) اشارة الى انه لو ازداد على رأس ماله ، لم يجز التراضى عليه (٧) اى استشهاد الامام * ع *

وهو (١) قوله تعالى : فلکم رؤس اموالکم لا تظلمون ولا تظلمون ، و یدلّ عليه (٢) بعض الأخبار (٣) الواردة في تعليم طريق الحيلة (٤)

(١) يرجع الضمير الى ذيل آية الربا ، يعنى ذيل آية الربا ، هو قوله تعالى : فلکم رؤس اموالکم لا تظلمون ولا تظلمون (٢) يرجع الضمير الى انه لو ازداد على رأس ماله ، لم يجز التراضى على التأخير ، اى و یدلّ عليه بعض الأخبار الواردة في تعليم طريق الحيلة في جواز تأخير الدين بمقابل زيادة من المال بسبب اشتراط تأخير الدين في ضمن معاوضة غير مقصودة ، مثلا كان لزيد دين على عمرو ، فيقول عمرو لزيد : اخرنى بالدين فانا اريحك ، و يقول زيد للفرار عن الربا الحرام : انا ابيعك لؤلؤة تسوى بمائة درهم بالف درهم ، و اؤخرک بثمانها و بالدين المذكور ، فيقول : بعثك هذه اللؤلؤة بالف درهم على ان اؤخرک بثمانها و بالدين عليك ثلاثة اشهر و يقول عمرو : قبلت ، فان المراد من معاوضة غير مقصودة ، هو بيع اللؤلؤة بالف درهم (٣) لعل نظره (ره) في بعض الأخبار الى رواية عبد الملك بن عتبة ، قال : سئلته عن الرجل يريد ان اعينه المال و يكون لى عليه مال قبل ذلك ، فيطلب منى مالا ازيد على مالى الذى عليه ، أيستقيم ان ازیده مالا و ابيعه لؤلؤة تسوى مائة درهم بالف درهم ، فاقول : ابيعك هذه اللؤلؤة بالف درهم على ان اؤخرک بثمانها و بمالى عليك كذا و كذا شهرا ، قال : لا بأس ، و الى رواية ابن ابي عمير وغيرهما من الروايات الاخرى (٤) قال في اقرب الموارد : (الحيلة) الحذق و جودة النظر و القدرة على دقة التصرف ، و لذا يقال : (الحيلة ابلغ من الوسيلة) و ياؤها مقلوبة عن الواو ج ، حیل ، انتهى . و قال في الميزان ج ٥ ص ٥١ و قوله ←

فى جواز تأخير الدين بزيادة (١) باشتراط التأخير (٢) فى ضمن معاوضة غير مقصودة للفرار (٣) عن الحرام ، فلو جاز التراضى على التأجيل بزيادة لم يكن داع الى التوصل بامثال تلك الحيل حتى صاروا * ع * ————
لاعتراض العامة فى استعمال بعضها (٤) كما فى غير واحد من الأخبار
(٥) الواردة فى ذلك ، و يدلّ عليه (٦) ايضا او يؤيده بعض

→ (يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا) الحيلة كأنها بناء نوع من الحيلولة ، ثم استعملت استعمال الآلة ، فهى ما يتوسل به الى الحيلولة بين شئ وشئ ، او حال للحصول على شئ او حال آخر ، وغلب استعماله فيما يكون على خفية وفى الأمور المذمومة ، وفى مادتها على أى حال معنى التغيير على ما ذكره الراغب فى مفرداته ، انتهى (١) اى تأخير الدين بمقابل الزيادة (٢) قوله (باشتراط) متعلق بقوله (جواز) ، (٣) قوله (للفرار) متعلق بقوله (تعليم) ، (٤) يرجع الضمير الى الحيل (٥) ومن هذه الأخبار رواية عبد الرحمن الحجّاج على ما نقل ، قال : سئلته عن الصرف ، الى ان قال : فقلت : واشترى الف درهم ودينارا بالفى درهم فقال : لا بأس بذلك ، انّ ابى كان اجراء (اجرى) على المدينة منى وكان يقول : هذا ، فيقولون (اى العامة) انما هذا الفرار ولو جاء رجل بدينار لم يعط الف درهم ، ولو جاء بالف درهم ، لم يعط الف دينار ، وكان يقولهم : نعم الشئ الفرار من الحرام الى الحلال (٦) اى ويدلّ على ما ذكر من انه لو ازداد على رأس ماله ، لم يجز التراضى على التأخير

الأخبار الواردة (١) في باب الدين ، فيما اذا اعطى المديون بعد الدين شيئاً مخافة ان يعطيه الغريم بدينه . ومما ذكرنا (٢) من انّ مقابلة الزيادة بالتأجيل ربا ، يظهر عدم الفرق بين المصالحة عنه بها ، والمقابلة عليها من غير عقد ، وظهر (٣) ايضاً ، انه يجوز المعاوضة اللازمة على الزيادة بشئ باشتراط تأخير الدين عليه في ضمن تلك المعاوضة ، وظهر ايضاً من التعليل (٤) المتقدم في رواية ابن ابي عمير ، جواز نقص المؤجل (٥) بالتعجيل ، وسيجئ تمام الكلام في هاتين المسئلتين في باب الشروط او كتاب القرض ، ان شاء الله تعالى

(١) من هذه الأخبار رواية اسحق بن عمار عن ابي الحسن *ع* قال : سئلته عن الرجل يكون له مع رجل مال قرضاً ، فيعطيه الشئ من ربحه مخافة ان يقطع ذلك عنه ، فيأخذ ماله من غير ان يكون شرط عليه ، قال : لا بأس بذلك ، ما لم يكن شرطاً ، الوسائل ج ١٣ ص ١٠٤ (٢) اي ، و ممّا ذكرنا من انّ مقابلة الزيادة بالتأجيل ربا ، يظهر عدم الفرق بين المصالحة عن التأجيل بالزيادة ، والمقابلة على الزيادة من غير عقد (٣) وظهر ايضاً ، انه يجوز المعاوضة على زيادة المال بشئ من المال باشتراط تأخير الدين عليه في ضمن تلك المعاوضة اللازمة ، كمعاوضة لؤلؤة يسوى مائة درهم بالف درهم ، واشتراط تأخير الدين في ضمن تلك المعاوضة (٤) فالمراد من التعليل المتقدم في ص ١٧٢ هو قوله : انه لم يزد على رأس ماله (٥) اي جواز نقص الدين المؤجل بالتعجيل ، فيقول الدائن للمديون انقذني كذا وكذا واضع عنك بقيته

* مسألة *

إذا ابتاع (١) عينا شخصية بثمن مؤجل ، جاز بيعه (٢) من بايعه وغيره قبل حلول الأجل وبعده (٣) بجنس الثمن وغيره ، مساويا له (٤) أو زائدا عليه أو ناقصا ، حالاً أو مؤجلاً ، إلا إذا اشترط احد المتبايعين على صاحبه فى البيع الأول ، قبوله منه بمعاملة ثانية ، أما الحكم (٥) فى المستثنى منه ، فلا خلاف فيه (٦) إلا بالنسبة الى بعض صور المسئلة فمنع منها (٧) الشيخ فى النهاية و التهذيبين (٨) وهى (٩) بيعه من

(١) مثلاً ، إذا اشترى زيد من عمرو عينا شخصية بثمن مؤجل ، جاز بيع زيد ذلك المبيع من بايعه الذى هو عمرو و من غيره قبل حلول الأجل وبعده و جاز بيعه من بايعه بجنس الثمن وغيره فى حال كون الثمن الثانى مساويا للثمن الأول أو زائدا عليه أو ناقصا فى حال كون الثمن الثانى حالاً أو مؤجلاً ، إلا إذا اشترط احد المتبايعين على صاحبه فى البيع الأول ، قبول ذلك المبيع منه بمعاملة ثانية ، فحينئذ يكون البيع باطلا ، واستدلوا على بطلان البيع فى المستثنى ، بوجوه : * احدىها * الاستدلال بالدور و * ثانيها * الاستدلال بعدم قصد البايع لخروج المبيع عن ملكه بهـذا الشرط ، و * ثالثها * الاستدلال بروايتى الحسين بن المنذر و على بن جعفر ، و المصنف (ره) سيذكر حكم المستثنى (٢) الضمير يرجع الى المبيع الذى اشتراه (٣) أى و بعد حلول الأجل (٤) يرجع الضمير الى الثمن المؤجل (٥) فالمراد من الحكم ، هو جواز بيعه من بايعه ثانياً (٦) يرجع الضمير الى الحكم (٧) الضمير يرجع الى بعض صور المسئلة (٨) أى التهذيب و الاستبصار (٩) أى بعض الصور التى منع منها الشيخ فى ←

في جواز بيع العين الشخصية المبتاع بثمن مؤجل من بايعه وغيره ١٧٧

البايع بعد الحلول بجنس الثمن ، لا مساويا . وقال في النهاية : اذا اشترى نسيئة ، فحلّ الأجل ولم يكن معه (١) ما يدفعه الى البايع ، جاز للبايع (٢) ان يأخذ منه ما كان باعه اياه من غير نقصان من ثمنه ، فان اخذه بنقصان مّا باع ، لم يكن ذلك صحيحا ، ولزمه ثمنه الذي كان اعطاه به ، فان اخذ (٣) من المبتاع متاعا آخر بقيمته في الحال ، لم يكن بذلك بأس ، انتهى (٤) وعن الشهيد (٥) انه تبع الشيخ جماعة ، وظاهر الحدائق (٦) ان محلّ الخلاف ، اعم بما بعد الحلول ، وانه قصر بعضهم التحريم (٧) بالطعام

→ النهاية و التهديين ، بيع المشتري المبيع من البايع الأول ثانيًا بعد حلول الأجل بجنس الثمن ، يعنى اذا لم يكن الثمن فى البيع الثانى مساويا للثمن فى البيع الأول ، اما اذا كان الثمن فى البيع الثانى مساويا للثمن فى البيع الأول ، لم يكن بذلك بأس (١) الضمير يرجع الى المشتري (٢) اى جاز للبايع ان يأخذ من المشتري المبيع الذى كان باعه اياه من غير نقصان من ثمنه ، فان اخذ البايع المبيع من المشتري بنقصان مّا باعه ، لم يكن ذلك البيع صحيحا (٣) الضمير المستتر يرجع الى البايع (٤) اى انتهى ما ذكره فى النهاية (٥) اى حكى عن الشهيد ، انه تبع الشيخ جماعة من العلماء (٦) اى و ظاهر الحدائق ، ان محلّ الخلاف ليس منحصرًا بما بعد الحلول ، بل هو اعم منه و مّا قبل الحلول (٧) يعنى انه قصر بعض الفقهاء التحريم بالطعام ، اما فى غير الطعام فجوز بيعه من بايعه وغيره قبل حلول الأجل و بعده بجنس الثمن وغيره مساويا له او زائدا عليه او ناقصا ، حالا او مؤجلا

وكيف كان ، فالأقوى (١) هو المشهور للعمومات المجوّزة كتابا و سنة وعموم ترك الاستفصال (٢) في صحیحة بشار بن یسار ، قال : سئلت ابا عبد الله *ع* عن الرجل یبیع المتاع بنسأ (٣) مرا بحة (٤) فیشتريه (٥) من صاحبه الذی یبیعه (٦) منه (٧) فقال : نعم ، لا بأس به ، فقلت له : اشتري متاعی و غنمی ، قال : لیس هو متاعك و لا غنمك و لا بقرك . و صحیحة ابن حازم عن ابي عبد الله *ع* رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم

(١) ای و كيف كان ، فالأقوى هو المشهور للعمومات المجوّزة كتابا مثل : اوفوا بالعقود ، و احلّ الله البيع ، و تجارة عن تراض ، و سنة مثل : الناس مسلّطون على اموالهم (٢) ای وعموم ترك الاستفصال بين كون الثمن فی البيع الثانی مساويا للثمن فی البيع الأول او ناقصا عنه او زائدا عليه و بين كون البيع الثانی بعد حلول الأجل او قبله و بين كونه طعاما او غيره فی صحیحة بشار بن یسار (٣) ، (نَسَأَ نَسْأً وَ مَنَسَأَةً) : أَخْرَهُ ، و يقال : (نَسَأَ اللَّهُ أَجْلَهُ وَ نَسَأَ فِي أَجْلِهِ) ای أخره . - البيع و فی البيع : باعه و أخّره دفع الثمن (النُّسْأَةُ وَ النِّسْيَةُ) : التَّأخِيرُ وَ التَّأَجِيلُ ، يقال (باعه بِنَسْيَةٍ) ای بتأخير دفع الثمن (المنجد) ، (٤) فالمراد من المرا بحة ، ان یبيع بزيادة على رأس المال (٥) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى الرجل البایع ، و الضمير المفعول الى المتاع ، یعنی فیشتري الرجل البایع المتاع من المشتري (٦) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى الرجل البایع و الضمير المفعول الى المتاع (٧) يرجع الضمير الى (الذی) و هو صاحبه

في جواز بيع العين الشخصية المبتاع بثمن مؤجل من بايعه وغيره ١٧٩

اشتراها (١) منه ، فأتى الطالب (٢) المطلوب يتقاضاه (٣) فقال لــــه
المطلوب : ابيعك هذه الغنم بدراهمك التي عندي ، فرضى (٤) قال : لا
بأس بذلك . ورواية الحسين بن منذر قال : قلت لأبى عبد الله * ع * الرجل
يجيئنى ، فيطلب العينة (٥) فاشتري له المتاع ، ثم ابيعه آياه مرايحة ، ثم
اشتره منه مكانى ، قال : فقال : اذا كان هو بالخيار ان شاء باع وان شاء
لم يبيع ، وكننت انت بالخيار ان شئت اشتريت ، وان شئت لم تشتري ، فلا
بأس ، قال : فقلت : ان اهل المسجد (٦) يزعمون ان هذا فاسد ، ويقولون :
انه ان جاء به بعد اشهر ، صح ، قال : انما هذا تقديم وتأخير ولا بأس

(١) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى الرجل المديون الذى اشترى الغنم
من الدائن (٢) فالمراد من الطالب ، هو الدائن ، والمراد من المطلوب
هو المديون (٣) الضمير المفعول يرجع الى ثمن الغنم (٤) يرجع الضمير
المستتر الى الطالب (٥) قال بعض الفقهاء : (العينة) ان يشتري
السلعة ، ثم اذا جاء الأجل باعها على بايعها بثمن المثل او ازيد
(مجمع البحرين) حكى عن نهاية ابن اثير : العينة ، هى ان يبيع من رجل
سلعة بثمن معلوم الى اجل مسمى ، ثم يشتريها منه بأقل من الثمن الذى
باعها به ، انتهى (٦) فالمراد من اهل المسجد ، علماء العامة الذين
يفتون الناس فى المسجد ، و يزعمون ان هذا البيع فاسد ، ويقولون : ان
المشتري ان جاء بالمتاع بعد اشهر ، صح ، يعنى ويقولون : ان المشتري
اذا اشترى الآن ويبيع بعد اشهر ، صح ، والآ فلا . قال الامام * ع * :
ذلك تقديم وتأخير ولا بأس ، اى فلا فرق فى صحة البيع الثانى بين
كونه مقدما او مؤخرا

وفى المحكى عن قرب الاسناد عن علي بن جعفر، عن اخيه *ع* قال :
 سئلته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم اشتراه منه بخمسة دراهم، أي حل ؟
 قال : اذا لم يشترط ورضيا ، فلا بأس . وعن كتاب علي بن جعفر (١) قوله
 باعه بعشرة الى اجل ، ثم اشتراه بخمسة بنقد ، وهو (٢) اظهر في عنوان
 المسئلة . و ظاهر هذه الأخبار كما ترى ، يشمل صور الخلاف (٣) وقد
 يستدل ايضا برواية يعقوب بن شعيب وعبيد بن زرارة ، قالا : سئلنا ابا -
 عبد الله *ع* عن رجل باع طعاما بدراهم الى اجل ، فلما بلغ (٤) ذلك
 تقاضاه ، فقال : ليس لي دراهم ، خذ مني طعاما ، فقال : لا بأس به ، فانما
 له دراهم يأخذ بها ما شاء ، وفى دلالتها (٥) نظر (٦) وفيما سبق من
 العمومات كفاية ، اذ لا معارض لها ، عدا ما ذكره الشيخ قدس سره من
 رواية خالد بن الحجاج ، قال : سئل ابا عبد الله *ع* عن رجل بعته
 طعاما بتأخير الى اجل مسمى ، فلما جاء الأجل اخذته (٧) بدراهمى

(١) اى عن اخيه موسى بن جعفر *ع* ، (٢) يعنى ما حكى عن كتاب علي
 بن جعفر اظهر في عنوان المسئلة (٣) اى و ظاهر هذه الأخبار المذكورة
 كما ترى ، يشمل صور الخلاف بين المشهور والشيخ وغيره (٤) فلما بلغ
 ذلك الأجل ، تقضى الرجل البايع ثمن الطعام (٥) يرجع الضمير الى
 الرواية المذكورة (٦) لعل وجه النظر ، ان يكون المراد من الطعام فى
 قوله (خذ مني طعاما) غير الطعام الذى اشتراه ، و الا لقال : (خذ مني
 الطعام) و ان يكون المراد من الأخذ فى قوله (خذ مني طعاما) هو
 الاستيفاء ، لا الشراء (٧) يعنى فلما جاء الأجل ، ابتدأت بأخذ دراهمى
 فقال المشتري المديون : ليس عندى دراهم

في جواز بيع العين الشخصية المبتاع بثمن مؤجل من بايعه وغيره ١٨١

فقال : ليس عندى دراهم ، ولكن عندى طعام ، فاشتره منى ، فقال : لا تشتريه منه ، فإنه لا خير فيه . ورواية عبد الصمد (١) بن بشر (٢) المحكية عن الفقيه ، قال : سئل (٣) محمد بن قاسم الحنط ، فقال : اصلحك الله

(١) قال فى الجواهر ج ٢٣ ص ١١٣ فى ذيل رواية عبد الصمد : انّ السائل لما طمع ان يرخص له اخذ طعامه الذى دفعه اليه مع ان القيمة قد زادت وهو لا يستحق ، الا دراهم لم يرخص له الا ان يأخذ بسعر يومه انتهى ، وقال الغروى (ره) فى شرحه ص ١٩٦ وهى (رواية عبد الصمد) صريحة فى ان المورد شخص المبيع وظاهرة فى ما بعد الحلول ، كما انها ظاهرة فى التغير النافع بحال المشتري وهو التغير بالنقصان ، ولذا قال : ارغم الله انفى رخص لى فرددت عليه ، الخ ، انتهى . لعل معنى رواية عبد الصمد ، ان الطعام زاد سعره وكان غرض البايع ان يشتريه بسعره الذى باعه اولاً ، فاجاب الامام *ع* انه يأخذه منه بسعر يومه ، اى يوم الأخذ ، ولما توهم السائل ، انه لو كان الطعام المأخوذ من المشتري عين ما باعه منه لأخذه بسعر يوم البيع ، قال السائل : افهم واعلم انه طعامى الذى اشتراه منى بتوهم ان الامام *ع* يقرره على توهمه ، ويجيبه بجواز اخذ الطعام منه بسعر يوم البيع ، فخطئه الامام *ع* و اجاب ثانيا لا تأخذ منه حتى يبيعه ويعطيك ، ولما فهم السائل من قوله (لا تأخذ منه ، الخ) حرمة اخذ الطعام ولو بسعر يومه اذا كان الطعام عين ما اشتراه من البايع دعا على نفسه ، وقال : ارغم الله انفى ، الخ (٢) ذكر فى الجواهر ، عبد الصمد بن بشير (٣) يرجع الضمير المنسوب محلاً ، الى الامام *ع*

ابيع الطعام من رجل الى اجل ، فأجئى ، وقد تغير الطعام من سعره فيقول : ليس عندي دراهم ، قال : خذ منه بسعر يومه (١) فقال : افهم (٢) اصلحك الله انه طعامى الذى اشتراه منى ، فقال : لا تأخذ منه حتى يبيعه ويعطيك ، فقال : ارغم (٣) الله انفى رخص لي ، فرددت عليه ، فشدد على وحكى عن الشيخ قدس سره ، انه اوردها فى الاستبصار دليلا على مختاره (٤) وحكى عن بعض ، ردها بعدم الدلالة بوجه من الوجوه (٥) اقول (٦) : لا يظهر من رواية خالد ، دلالة على مذهب الشيخ

(١) اى قال الامام * ع * : خذ منه بسعر يوم الأخذ (٢) قوله (افهم) بصيغة المتكلم وحدة (٣) قال فى المجمع : فى الحديث ، الارغام بالانف سنة ، اى الصاق الانف بالرغام ، وهو التراب ، يقال : رغم انفه رغما ، من باب قتل ، ورغم من باب تعب ، لغة كناية عن الذل ، كأنه لصلق بالتراب هوانا ، انتهى (٤) فان مختار الشيخ فى النهاية والتهذيبين ، هو عدم جواز بيع المشتري من البايع بعد حلول الأجل بجنس الثمن من دون مساو (٥) لعل احد الوجوه ، ان السائل سئل عن جواز اخذ الطعام من المشتري بدل الدراهم بسعره الذى باعه منه أولا مع التراضى المشتري بذلك فاجاب الامام * ع * بعدم الجواز ، فلا تعرض فى هذه الرواية لحكم الشراء من المشتري ثانيا بما تراضيا عليه ، سواء ساوى الثمن الأول او زاد او نقص فلا تكون هذه الرواية ، دالة على مذهب الشيخ (٦) قال المصنف (ره) اقول : لا يظهر من رواية خالد دلالة على مذهب الشيخ (ره) لان الطعام فى قوله (و لكن عندي طعام) لم يظهر منه انه هو الطعام الذى باعه منه ، وعلى تقدير الدلالة ، فتعليل المنع بقوله (فانه لا خير فيه) من امارات الكراهة

في جواز بيع العين الشخصية المبتاع بثمن مؤجل من بايعه وغيره ١٨٣

وعلى تقدير الدلالة ، فتعليل المنع بأنه ، لا خير فيه ، من امارات الكراهة
واعلم (١) انه قال الشيخ قدس سره في المبسوط : اذا باع طعاما
بعشرة مؤجلة ، فلما حلّ الأجل ، اخذ بها (٢) طعاما ، جاز اذا اخذ
ما اعطاه ، فان اخذ اكثر (٣) لم يجز . وقد روى ، انه يجوز على كل حال
(٤) وحكى (٥) في المختلف عن الخلاف ، انه اذا باع طعاما

(١) فلا يخفى ، ان ما نقله المصنف (ره) عن الشيخ في النهاية و التهذيبين
هو عدم جواز بيع ما اشتراه ثانيا من البايع بثمن غير مساو ، سواء كان ما
اشتراه ربوياً ، او غير ربوي ، و ان ما ينقله المصنف (ره) عن الشيخ الآن
بقوله (و اعلم انه قال الشيخ قدس سره في المبسوط) هو عدم جواز بيع
المشترى ثانيا من البايع ما كان ربوياً ، سواء كان هو ما اشتراه ، ام غيره
(٢) الضمير يرجع الى العشرة ، اى اخذ بمقابل العشرة طعاما (٣) مثلاً
اذا باع منّا بدرهم مؤجل ، جاز ان يأخذ منّا بمقابل درهم ، فان اخذ في
مقابل الدرهم منّا و نصفاً ، لم يجز ، لانه ربا (٤) وقد روى انه يجوز على
كل حال ، سواء كان الطعام الذى اخذه بمقابل الثمن مساوياً للطعام
الذى باعه منه أولاً ، او زائداً عليه ، او ناقصاً عنه (٥) يعنى حكى علامة
في المختلف عن الخلاف ، انه اذا باع طعاما قفيزاً بمقابل عشرة دراهم
مؤجلة ، فلما حلّ الأجل ، اخذ بمقابل العشرة طعاما ، سواء كان هو
الطعام السابق ، ام غيره ، جاز ذلك اذا اخذ مثل الطعام الذى هو
القفيز ، فان زاد على المثل ، لم يجز

قفيزا بعشرة دراهم مؤجلة ، فلما حلّ الأجل ، اخذ بها (١) طعاما ، جاز ذلك ، اذا اخذ مثله (٢) فان زاد عليه (٣) لم يجز ، واحتج (٤) باجماع الفرقة و اخبارهم ، وبأنه (٥) يؤدى الى بيع طعام بطعام ، ثم حكى (٦) عن بعض اصحابنا ، الجواز مطلقا ، وعن بعضهم ، المنع مطلقا ثم حكى (٧) عن الشيخ فى آخر كلامه ، انه قال : والقول الآخر (٨) الذى لبعض اصحابنا ، قوى ، وذلك انه بيع طعام بدراهم ، لا يبيع طعام بطعام ، فلا يحتاج الى اعتبار المثلية (٩) انتهى (١٠) اقول (١١) : الظاهر

(١) الضمير يرجع الى العشرة (٢) اى مثل الطعام (٣) يرجع الضمير الى المثل (٤) الضمير المستتر الفاعل يرجع الى الشيخ الطوسى (٥) و احتج بأنه يؤدى الى بيع طعام بطعام ، فانه ان كان مساويا له ، جاز ، و ان كان زائدا عليه او ناقصا عنه ، لم يجز (٦) ثم حكى علامة فى المختلف عن بعض اصحابنا ، الجواز مطلقا ، اى سواء كان مساويا له او غير مساو ، و عن بعضهم ، المنع مطلقا ، اى سواء كان مساويا له او غير مساو (٧) اى ثم حكى العلامة عن الشيخ (٨) فالمراد من القول الآخر ، هو القول بالجواز مطلقا فالقول الآخر قوى ، ووجه القوة ، انه بيع طعام بدراهم ، لا يبيع طعام بطعام فلا يحتاج الى اعتبار كون الطعام فى البيع الثانى مثلا و مساويا للطعام فى البيع الأول ، فلا يشمله ادلة اعتبار عدم التفاضل فى بيع المتجانسين (٩) فالمراد من اعتبار المثلية ، هو اعتبار كون الطعام فى البيع الثانى مساويا للطعام فى البيع الأول (١٠) اى انتهى ما ذكره فى المختلف (١١) قال المصنف (ره) : اقول : ان الظاهر ، ان الشيخ قدس سره جرى فيما ذكره فى المبسوط والخلاف ، وفيما تقدم عنه فى النهاية ، من عدم ←

في جواز بيع العين الشخصي المبتاع بثمن مؤجل من بايعه وغيره ١٨٥

أن الشيخ قدس سره جرى في ذلك ، وفيما تقدم عنه في النهاية ، من عدم جواز بيع ما اشترى بجنس الثمن متفاضلا على (١) قاعدة كلية تظهر من بعض الأخبار من أن عوض الشيء (٢) الربوي ، لا يجوز ان يعوض بذلك الشيء بزيادة ، وأن عوض العوض (٣) بمنزلة العوض

→ جواز بيع ما اشترى بجنس الثمن متفاضلا على قاعدة كلية ، تظهر من بعض الأخبار ، من أن عوض الشيء الربوي ، لا يجوز ان يعوض بذلك الشيء بزيادة ، مثلا اذا اشترى مئنا من الحنطة بدرهم ، فإنه لا يجوز له ان يأخذ بدل المئ درهمين ونصفا ، لأنه يكون قد اشترى درهما ونصفا بدرهم ، فيكون ربا ، او اذا باع مئنا من الحنطة بدرهم ، فإنه لا يجوز له ان يأخذ عوض الدرهم ، مئنا ونصف مئنا ، فإن المراد من الشيء الربوي في المثال الأول هو الدرهم ، وعوضه المئ ، فإن المئ لا يجوز ان يعوض بذلك الدرهم ونصف ، لأنه يكون معاوضة درهم ونصف بدرهم ، فيكون ربا والمراد من الشيء الربوي في المثال الثاني ، هو المئ من الحنطة وعوضه الدرهم ، فإن الدرهم لا يجوز ان يعوض بذلك المئ ونصف ، لأنه يكون معاوضة مئ من الحنطة بمئ ونصف (١) قوله (على) متعلق بقوله (جرى) (٢) قوله (من أن عوض الشيء ، الخ) بيان للقاعدة (٣) فإن المبيع في المثال الأول ، هو العوض الذي هو المئ من الحنطة ، وعوض العوض الذي هو درهم ونصف بمنزلة العوض الذي هو المبيع ، فيكون قد باع درهما ونصفا بدرهم ، ويكون ربا ، وأن العوض في المثال الثاني هو الثمن الذي هو الدرهم ، وعوض العوض الذي هو المئ والنصف بمنزلة الثمن ، فيكون قد باع مئنا من الحنطة بمئ ونصف ، فإن عوض العوض ←

فاذا اشترى طعاما بدراهم ، لا يجوز ان يأخذ بدل الطعام دراهم بزيادة
وكذلك اذا باع طعاما بدراهم ، لا يجوز له ان يأخذ عوض الدراهم طعاما
وعول في ذلك على التعليل المصرح به في رواية على بن جعفر عن
اخيه *ع* المعتضد ببعض الأخبار المانعة عن بعض افراد هذه القاعدة
هنا (١) وفي باب السلم ، قال : سئلته عن رجل له على آخر تمر او شعير
او حنطة ، أ يأخذ بقيمته دراهم ؟ قال : اذا قومه (٢) دراهم ، فسد ، لأن
الأصل الذى يشتري به دراهم ، ولا يصلح دراهم بدراهم . قال فى محكى
التهديب الذى افتى به ما تضمنه هذا الخبر الأخير (٣) من انه (٤) اذا
كان الذى (٥) اسلف (٦) فيه دراهم ، لم يجز ان يبيعه (٧) بدراهم
لانّه يكون قد باع دراهم بدراهم ، وربما كان فيه زيادة او نقصان ، وذلك
ريا ، انتهى . وهنا (٨) يقول ، قبالا لمسئلة السلم التى (٩) هى عكس

→ فى المثال الأول بمنزلة المبيع ، وفى المثال الثانى بمنزلة الثمن (١)
اى فى باب النسيئة (٢) يرجع الضمير الى كل واحد من التمر والشعير و
الحنطة (٣) اى خبر على بن جعفر (٤) بيان لـ (ما) فى قوله (ما تضمنه)
(٥) قوله (الذى) هو الطعام المسلم فيه (٦) ، (السلم) هو ابتياع
مال مضمون الى اجل معلوم بمال حاضر ، فيقال للمشتري : المسلم ، بكسر
اللام ، وللبايع : المسلم اليه ، وللبيع : المسلم فيه ، وللثمن : المسلم
بفتح اللام ، قال فى المسالك ج ١ ص ٢١٢ : من كون المسلم ، هو
الثمن ، والمسلم فيه ، هو المبيع ، انتهى (٧) الضمير المفعول يرجع
الى (الذى) ، (٨) اى فى مسئلة النسيئة (٩) ، (التى) صفة لمسئلة السلم
فان مسئلة السلم ، عكس مسئلة النسيئة ، يعنى ان الشيخ يقول فى ←

في جواز بيع العين الشخصية المبتاع بثمن مؤجل من بايعه وغيره ١٨٢

مسلتنا : أنه اذا كان الذي باعه طعاما ، لم يجز ان يشتري بثمنه طعاما لانه يكون باع طعاما بطعام . و بالجملة ، فمدار فتوى الشيخ قدس سره (١) على ما عرفت من ظهور بعض الأخبار ، بل صراحته فيه ، من ان عوض العوض في حكم العوض في عدم جواز التفاضل مع اتحاد الجنس الربوي فلا فرق بين اشتراء نفس ما باعه منه ، و بين اشتراء مجانسه منه ، و لا فرق ايضا بين اشترائه قبل حلول الأجل ، او بعده ، كما اطلقه في الحدائق و تقييده (٢) بما بعد الحلول في عبارة النهاية المتقدمة لكون الغالب

→ مسألة النسيئة : أنه اذا كان الذي باع المشتري طعاما ، لم يجز ان يشتري بثمنه طعاما ، لانه يكون باع طعاما بطعام غير مساو له ، فيكون ربا ، مثلا اذا باعه ثلاثة امانان من الحنطة بثمانية دراهم الى شهرين ، لا يجوز له بعد انقضاء الأجل ان يشتري بثمانية دراهم ، خمسة امانان من الحنطة ، لانه يكون بمنزلة بيع ثلاثة امانان بخمسة امانان (١) يعنى مدار فتوى الشيخ (ره) على ما عرفت من المبسوط و الخلاف ، من ان عوض العوض في حكم العوض في عدم جواز التفاضل مع اتحاد الجنس الربوي ، فحينئذ لا فرق في عدم الجواز ، بين ان يبيع مئا من الحنطة بمئ و نصف او يبيع مئا من الحنطة بدينار مؤجل ، ثم يشتري بالدينار المؤجل بعد حلول الأجل مئا و نصفا ، فعلى هذا لا فرق بين اشتراء نفس ما باعه منه ، و بين اشتراء مجانسه منه ، و لا فرق ايضا بين اشتراء ما باعه منه قبل حلول الأجل او بعده ، كما اطلق اشتراء ما باعه منه في الحدائق ، و لم يقيده بما بعد الأجل (٢) اشكال و دفع ، اما الاشكال : فإنه اذا لم يكن فرق بين قبل حلول الأجل و بعد حلول الأجل ، فكيف قيده الشيخ في عبارة ←

وقوع المطالبة و الايفاء بعد الحلول ، و ان قصر المشهور خلافه به ، لكن الأظهر ، هو الاطلاق (١) كما أنّ تقييد المنع في كلامه بأخذ ما باعه بالناقص ، لانه الغالب ، لأنّ (٢) في ردّ نفس ما اشتراه رده بالناقص (٣) لا لخصوصية (٤) في النقص لا تجرى (٥) في الزيادة ، ولذا (٦) ذكر جواز اخذ المتاع الآخر بقيمته في الحال ، زادت او نقصت ، فيعلم منه ، انّ اخذ ما باعه بقيمته في الحال ، غير جائز ، زادت او نقصت

→ النهاية المتقدمة ، بما بعد حلول الأجل ؟ واما الدفع :فانّ تقييده بما بعد حلول الأجل في عبارة النهاية المتقدمة ، لكون الغالب وقوع مطالبة البايع الثمن وايفاء المشتري بعد حلول الأجل ، و ان قصر المشهور خلاف الشيخ بما بعد حلول الأجل (١) لكن الأظهر ، هو الاطلاق حتى يشمل لما قبل الحلول ايضاً (٢) يعني لأنّ في ردّ نفس ما اشتراه رده بالثمن الناقص ، مثلاً اذا باع مئاً من الحنطة بدرهم و نصف نسيئة ، ثم اراد ان يأخذ نفس ما باعه بالقيمة ، اخذه غالباً بالثمن الناقص من الثمن الأول ، يعني اخذ المن المذكور من الحنطة بدرهم ، لا بدرهم و نصف (٣) اي بالثمن الناقص (٤) يعني أنّ تقييد المنع في كلامه بالناقص ، لأجل انه الغالب ، لا أنّ تقييد المنع بالناقص لخصوصته في النقص ، لا تجرى في الزيادة (٥) الضمير المستتر الفاعل يرجع الى الخصوصية (٦) اي و لأجل انه لا لخصوصية في النقص ، ذكر الشيخ (ره) جواز اخذ المتاع الآخر الذي هو غير ما باعه بقيمته في الحال زادت او نقصت ، فيعلم منه ، انّ اخذ ما باعه بقيمته في الحال ، غير جائز زادت او نقصت

في جواز بيع العين الشخصية المبتاع بثمن مؤجل من بايعه وغيره ١٨٩

و يؤيد الحمل (١) على الغالب ، انه قدس سره ذكر في مسألة السلم التي هي عكس المسئلة ، انه لا يجوز له (٢) اخذ مثل الثمن زائدا على ما اعطاه فان الغالب مع اعطاء الطعام بدل الدراهم ، النقص مما اشترى ، ومع العكس ، العكس ، وظهر ايضا مما ذكرنا ، ان الحكم مختص في كلام الشيخ بالجنس الربوي (٣) لا مطلق المتاع ، ولا خصوص الطعام ، واما الحكم (٤) في المستثنى ، وهو (٥) ما اذا اشترط في البيع الأول

(١) اي يؤيد حمل كلام الشيخ على الغالب ، انه قدس سره ذكر في مسألة السلم التي هي عكس مسألة النسيئة ، انه لا يجوز له اخذ مثل الثمن زائدا على ما اعطاه للبايع ، مثلا اذا اشترى زيد من عمرو مئاة مؤجلا بدينا حالاً لا يجوز له ان يأخذ عوض المئاة المذكور ثمانا زائدا على الثمن الأول ، فان ما ذكر في السلم ، غالب ، اما الغالب في النسيئة ، ان البايع اذا اراد ان يأخذ الطعام الذي باعه ، اخذه بالثمن الناقص من الثمن الذي اشترى منه ، ومع العكس الذي هو السلم ، العكس الذي هو اخذ الطعام المؤجل بالثمن الزائد على الثمن الأول (٢) يرجع الضمير الى المشتري (٣) لان الجنس الربوي اخص من المتاع ، لان مثل الدار والاثاث ونحوهما ليست من الجنس الربوي ، وهو اعم من الطعام ، لان الربا ، جار في الذهب والفضة ايضا ، فانهما ليسا من الطعام (٤) فالمراد من الحكم ، هو بطلان البيع وفساده ، واستدلوا على البطلان بوجوه ثلاثة : { احدها } الاستدلال بالدور ، و { ثانيها } الاستدلال بانه غير قاصد للبيع ، و { ثالثها } الاستدلال بروايتي الحسين بن منذر وعلی بن جعفر (٥) الضمير يرجع الى المستثنى

نقله (١) الى من انتقل عنه ، فهو (٢) المشهور ، ونص عليه الشيخ فى باب المراجعة ، واستدلوا عليه (٣) أولا بالدور ، كما فى التذكرة ، قال (٤) فى باب الشروط : لو باعه شيئا بشرط ان يبيعه اياه ، لم يصح ، سواء اتحد الثمن قدرا ووصفا وعينا ، ام لا ، والا (٥) جاء الدور ، لان بيعه (٦) له يتوقف على ملكيته له

(١) اى نقل المبيع (٢) يرجع الضمير الى الحكم الذى هو بطلان البيع (٣) اى استدلوا على الحكم الذى هو بطلان البيع وفساده ، بالدور ، كما فى التذكرة (٤) اى قال العلامة فى التذكرة فى باب الشروط (٥) اى وان صح على الفرض ، جاء الدور (٦) قوله (لان بيعه له ، الخ) تقرير للدور يعنى بيع المشتري المبيع للبايع ثانيا ، يتوقف على ملكيته للمبيع ، وملكته للمبيع ، يتوقف على بيع المشتري للبايع ثانيا ، لان حصول الشرط الذى هو بيعه للبايع ، موقوف على الملك ، والملك موقوف على حصول الشرط وقرر الغرورى (ره) الدور فى شرحه ص ١٥٣ بوجه آخر ، وهو قوله : يمكن تقرير الدور بناء على ارادة ما يلزم من عدمه ، العدم من الشرط ، كما هو ظاهر تقرير العلامة (ره) كما يمكن تقريره بناء على ارادة الالتزام الانشائى من الشرط ، اما على الأول ، فواضح ، لان صحة البيع الأول يتوقف على صحة البيع الثانى ، لفرض كون البيع الثانى شرطا للبيع الأول ، بحيث يلزم من عدمه ، العدم ، والبيع الثانى من المشتري يتوقف على كونه مالكا حيث لا بيع الا فى ملك ، ولا يكون مالكا الا بعد صحة البيع الأول ، فتوقف صحة كل من البيعين على الآخر من باب توقف المشروط على شرطه بمعنى ما يلزم من عدمه ، العدم ، انتهى كلامه ، لعل مراد المصنف من الدور ←

في جواز بيع العين الشخصية المبتاع بثمن مؤجل من بايعه وغيره ١٩١

المتوقفة على بيعه (١) فيدور ، أما لو شرط ان يبيعه على غيره ، صح عندنا حيث لا منافاة فيه للكتاب والسنة ، لا يقال (٢) : ما التزمه من الدورآت هنا ، لأننا نقول : الفرق ظاهر ، لجواز ان يكون جاريا على حد التوكيل

→ الذي ذكره في التذكرة هو ما ذكرناه في شرحه ، لا ما ذكره الغرورى (ره) لأن المصنف قال : أن الدور الذي قرره في جامع المقاصد هو بعينه ما تقدم من التذكرة بتفاوت في ترتيب المقدمتين ، فعلى هذا يكون ما ذكرنا في شرح عبارة التذكرة ، من أن بيع المشتري المبيع للبايع ، يتوقف على ملكية المشتري للمبيع ، وملكيته له متوقفة على بيع المشتري للبايع ، هو بعينه ما ذكره في جامع المقاصد ، من أن انتقال الملك ، موقوف على حصول الشرط ، وحصول الشرط موقوف على الملك (١) اى بيع المشتري للبايع (٢) اشكالٌ ودفعٌ ، أما الاشكال : فإن الدور المذكورآت فيما لو شرط ان يبيعه على غيره ، وأما الدفع : فإن بيع المشتري للغير ، لا يتوقف على ملكيته له حتى يدور ، لجواز ان يبيع المشتري مال البايع للغير على حد التوكيل ، بان يكون المشتري وكيلًا عن البايع فى بيع ماله ، بخلاف بيع المشتري مال البايع له ، فإنه لا يعقل ان يكون المشتري وكيلًا فى بيع مال البايع للبايع ، وكذا لا يعقل ان يبيع المشتري مال البايع للبايع فضولة ، فاذا لا يعقل ان يكون المشتري وكيلًا فى بيع مال البايع للبايع ولا يعقل ايضا ان يبيع مال البايع لنفس البايع فضولة ، فلا بد ان يكون المشتري فى بيعه للبايع مالكا ، والحال ان مالكته متوقفة على بيعه ، و بيعه متوقف على ملكيته ، وهذا دور باطل ، و اشار الى الاشكال بقوله : لا يقال ، الخ ، و اشار الى الدفع بقوله : لأننا نقول ، الخ

او عقد الفضولى ، بخلاف ما لو شرط البيع على المالك ، اقول (١) : ظاهر ما ذكره من النقص ، انه يعتبر فى الشرط ان يكون معقولا فى نفسه ، مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه ، و بيع الشئ على غير مالكة ، معقول ولو من غير المالك ، كالوكيل و الفضولى ، بخلاف بيعه (٢) على مالكة فانه غير معقول اصلا ، فاندفع عنه نقض جماعة ممن تأخر عنه باشتراط بيعه على غيره او عتقه ، نعم ينتقض (٣) ذلك باشتراط كون المبيع رهنا على الثمن

(١) اى اقول : ما ذكره فى التذكرة من النقص الذى هو قوله (ما التزموه من الدور ، آت هنا) و الجواب عنه الذى هو قوله (لانا نقول : الفرق ظاهر الخ) انه يعتبر فى الشرط ، ان يكون معقولا فى نفسه مع قطع النظر عن البيع المشروط عليه (٢) اى بخلاف بيع المشتري على مالكة ، فانه غير معقول ، اذ لا يعقل ان يكون المشتري وكىلا فى بيع مال البايع للبايع ، و لا يعقل ايضا ، ان يبيع المشتري مال البايع للبايع فضولة ، فاندفع عن العلامة نقض جماعة ممن تأخر عنه باشتراط بيع المشتري المبيع على غير البايع او باشتراط عتق المبيع ، وجه الاندفاع : ان بيع الشئ على غير مالكة ، معقول كالوكيل و الفضولى ، وكذا عتق العبد من غير المالك معقول ، ككون المعتق وكىلا عن طرف المالك ، بخلاف بيعه على مالكة فانه غير معقول (٣) اى نعم ينتقض ما ذكره من الدور باشتراط كون المبيع رهنا على الثمن ، فان الرهن على الثمن ، لا يعقل مع قطع النظر عن البيع ، بل يتوقف على البيع ، لانه لا يصح ان يرهن مال البايع عند البايع ، كعدم صحة بيع مال البايع للبايع ، فعلى هذا يكون اشتراط كون المبيع رهنا على الثمن باطلا ايضا للدور

في جواز بيع العين الشخصي المبتاع بثمن مؤجل من بايعه وغيره ١٩٣

فإن ذلك لا يعقل مع قطع النظر عن البيع ، بل يتوقف عليه ، وقد اعترف
(١) قدس سره بذلك في التذكرة ، فاستدل بذلك لأكثر الشافعية المانعين
عنه ، وقال (٢) : أنّ المشتري لا يملك رهن المبيع ، إلا بعد صحة البيع
فلا يتوقف عليه صحة البيع ، والآ دار ، لكنه قدس سره مع ذلك ، جوّز
هذا الاشتراط ، إلا ان يقال (٣) : اخذ الرهن (٤) على الثمن والتضمين
(٥) عليه

(١) اي وقد اعترف (ره) بأن اشتراط كون المبيع رهنا على الثمن ، لا يعقل
فاستدلّ بذلك لنفع اكثر الشافعية المانعين عن اشتراط كون المبيع رهنا
على الثمن (٢) اي قال العلامة (ره) : أنّ المشتري لا يملك رهن المبيع إلا
بعد صحة البيع ، فلا يتوقف على الرهن صحة البيع ، والآ دار ، بيان
الدور : أنّ صحة البيع ، موقوف على الرهن ، لأنّ الرهن من شرط البيع
وصحة الرهن ، موقوف على البيع ، فيكون دورا ، لكنّ العلامة (ره) مع
ثبوت الدور في اشتراط كون المبيع رهنا على الثمن ، جوّز هذا الاشتراط
(٣) اي إلا ان يقال : أنّ هذا النقص غير وارد ، لأنّ الدور صورته هكذا
(صحة البيع ، متوقف على الرهن) و (صحة الرهن ، متوقف على البيع)
والحال ، أنّ المقدمة الاولى غير تامّة ، لأنّ الرهن من توابع البيع ، نظير
اشتراط نقد الثمن و اشتراط عدم تأخير الثمن عن شهرين مثلا ، فعلى هذا
لا يكون صحة البيع ، متوقفا على الرهن (٤) قوله (اخذ الرهن) مبتدأ
خبره قوله (من توابع البيع) ، (٥) قوله (التضمين) عطف على قوله : الأخذ
فالمراد من قوله (التضمين عليه) اخذ الضامن على الثمن حتى يرجع الى
البايع بالثمن عند خروج المبيع مستحقا لغير البايع ، هذا اذا كان ←

و على دركه (١) و درك المبيع (٢) من توابع البيع و من مصالحه ، فيجوز اشتراطها (٣) نظير وجوب نقد الثمن ، او عدم تأخيره عن شهر مثلا ، و نحو ذلك ، لكن ينتقض (٤) حينئذ بما اعترف بجوازه (٥) في التذكرة من اشتراط وقف المشتري المبيع على البايع و ولده ، و قرّر الدور في جامع المقاصد ، بأن انتقال الملك ، موقوف على حصول الشرط (٦)

→ الثمن كلياً في الذمة ، فالضمير في قوله (عليه) يرجع الى الثمن (١) قوله (على دركه) عطف على الضمير المجرور بـ (عليه) فالمراد من التضمين على دركه ، هو اخذ الضامن على درك الثمن اذا كان المبيع مستحقا للغير ليرجع الى البايع عند خروج المبيع مستحقا لغير البايع ، هذا اذا كان الثمن عينا خارجية ، و الضمير في قوله (دركه) يرجع الى الثمن (٢) قوله (درك المبيع) عطف على الضمير المجرور بـ (على) في قوله (عليه) ، (٣) يرجع الضمير الى التوابع (٤) اي لكن ينتقض ما ذكره العلامة ، من ان اشتراط ان يبيعه على البايع ، دور بما اعترف بجوازه في التذكرة من اشتراط وقف المشتري المبيع على البايع و ولده ، و الحال انه دور ايضا لان وقفه له يتوقف على ملكيته له ، و ملكيته له موقوف على وقفه (٥) يرجع الضمير الى (ما) فالمراد من (ما) هو اشتراط وقف المشتري المبيع على البايع و ولده (٦) فالمراد من الشرط ، هو بيع المشتري المبيع للبايع يعنى انتقال الملك الى المشتري ، موقوف على بيع المشتري ، و بيع المشتري ، موقوف على ملك المشتري

في جواز بيع العين الشخصية المبتاع بثمن مؤجل من بايعه وغيره ١٩٥

وحصول الشرط، موقوف على الملك، وهذا بعينه ما تقدم عن التذكرة بتفاوت في ترتيب المقدمتين (١) واجيب عنه (٢) تارة (٣) بالنقض باشتراط بيعه من غيره، وقد عرفت، أنّ العلامة قدّس سرّه تفتّن له (٤) في التذكرة، واجاب عنه بما عرفت انتقاضه بمثل اشتراط رهنه على الثمن، وعرفت تفتنه (٥) لذلك ايضا في التذكرة، واخرى (٦) بالحلّ

(١) فالمراد من قوله (بتفاوت في ترتيب المقدمتين) انه عكس في جامع المقاصد ترتيب العلامة (ره) فجعل في جامع المقاصد ما هو المقدمة الاولى فى التذكرة مقدمة ثانية، والمقدمة الثانية مقدّمة اولى (٢) اى واجيب عن الدور، تارة بالنقض باشتراط بيعه من غيره (٣)، (التارة) الحين و - المرة، ترك همزها لكثرة الاستعمال، وقيل: أنّ الفها بدل من واو، و قيل: بدل من ياء، يقال: (فعلت ذلك تارة، وتارة بعد تارة) ونصبه على الظرفية او المصدرية، ج، تارات وتترّ وتير (اقرب الموارد)، (٤) الضمير يرجع الى النقص (٥) يرجع الضمير الى العلامة (٦) قوله (اخرى) عطى على قوله (تارة) يعنى اجيب عن الدور، اخرى بالحلّ وهما أنّ انتقال الملك الى المشتري، ليس موقفا على تحقق الشرط، وانما المتوقف على تحقق الشرط، هو لزوم الملك، يعنى اذا حصل الشرط، يكون الملك لازما، واذا لم يحصل، يكون له الخيار فعلى هذا قوله في جامع المقاصد (انّ انتقال الملك، موقوف على ←

و هو أنّ انتقال الملك، ليس موقوفا على تحقق الشرط، و أنّما المتوقف عليه لزومه ، و الثالثة (١) بعدم جريانه في ما لو شرط بيعه منه بعد اجل البيع الأول ، فإنّ ملك المشتري متخلّل بين البيعين ، و مبنى هذين الجوابين (٢) على ما ذكره العلامة في الاعتراض على نفسه ، و الجواب عنه (٣) بما حاصله : أنّ الشرط لا بدّ من صحته ، مع قطع النظر عن البيع ، فلا يجوز ان يتوقف صحته (٤) على صحة البيع ، و لافرق في ذلك بين اشتراط بيعه قبل الأجل او بعده ، لأنّ بيع الشئ على مالكة ، غير معقول مطلقا و لو قيّد (٥) بما بعد

→ حصول الشرط) ليس بصحيح (١) اي و اجيب عنه ثالثة بعدم جريانه فيما لو شرط بيعه منه بعد اجل البيع الأول ، و لعلّ المراد من اجل البيع الأول ، هو اجل خيار البيع الأول (٢) لعلّ في العبارة سقطا لأنّ هذه العبارة ، بيان لمبنى الجواب عن الجوابين ، و حاصل هذه العبارة : أنّ الجواب عن الجواب الأول للحلّ ، أنّ الشرط لا بدّ من صحته مع قطع النظر عن البيع ، و الحال ، أنّه لا يمكن العمل بهذا الشرط لأجل كونه من بيع الشئ لمالكه ، فعلى هذا ، لافرق في لزوم الدور بين ان يكون الأمر المشروط به هو صحة البيع او لزومه ، و أنّ الجواب عن الجواب الثاني للحلّ ، أنّه لافرق في لزوم الدور بين اشتراط بيعه قبل الأجل او بعده ، لأنّ بيع الشئ على مالكة ، غير معقول مطلقا (٣) قوله (الجواب) عطف على قوله (الاعتراض) و الضمير في قوله (عنه) يرجع الى الاعتراض (٤) الضمير يرجع الى الشرط (٥) اي و لو قيّد البايع بيعه له ثانيا بعد خروجه عن ملك البايع ، لم يفرق ايضا في لزوم الدور بين ما ←

في جواز بيع العين الشخصية المبتاع بثمن مؤجل من بايعه وغيره ١٩٧

خروجه (١) عن ملك مالكة ، لم يفرق ايضا بين ما قبل الأجل وما بعده
واستدل عليه (٢) ايضا بعدم قصد البايع بهذا الشرط الى حقيقة
الايحراج عن ملكه ، حيث لم يقطع علاقة الملك ، وجعله (٣) في غاية المراد
(٤) اولى من الاستدلال بالدور بعد دفعه بالجوابين الاولين ، ثم قال
(٥) : وان كان اجماع على المسئلة ، فلا بحث ، وردّ عليه (٦) المحقق
والشهيد الثانيان ، بأن الفرض ، حصول القصد الى النقل الأول ، لتوقفه
عليه ، والآ لم يصح ذلك ، اذا قصدا ذلك ولم يشترطاه

→ قبل الأجل وما بعده (١) اي خروج المبيع (٢) اي واستدل على
الحكم في المستثنى وهو بطلان البيع بعدم قصد البايع بهذا الشرط
الى حقيقة اخراج المبيع عن ملكه ، حيث لم يقطع علاقة الملك ، والحال
انّ البيع قطع لعلاقة الملك (٣) اي جعل الشهيد الاستدلال على
بطلان البيع بعدم قصد البايع الاخراج عن ملكه ، اولى من الاستدلال
بالدور بعد دفع الدور بالجوابين الاولين (٤) غاية المراد في شرح نكت
الارشاد للشهيد الأول ، المستشهد في سنة ٧٨٦ (٥) اي ثم قال
الشهيد : وان كان اجماع على المسئلة التي هي بطلان البيع في صورة
اشتراط بيعه للبايع ثانيا ، فلا بحث فيه (٦) اي ردّ المحقق الثاني و
الشهيد الثاني الاستدلال المذكور على الشهيد الأول ، بأن الفرض
حصول القصد الى النقل الأول ، لتوقف النقل على القصد ، والآ لم
يصح النقل في المورد الذي هو اذا قصدا النقل الى البايع الأول ولم
يشترطاه في متن العقد لفظا مع الاتفاق على صحة البيع في صورة عدم
الاشتراط في متن العقد لفظا

مع الاتفاق على صحته ، انتهى (١) و استدل عليه (٢) فى الحدائق بقوله *ع* فى رواية الحسين بن المنذر المتقدمة فى السؤال عن بيع الشئ و اشتراؤه ثانيا من المشتري : ان كان (٣) هو بالخيار ، ان شاء باع ، و ان شاء لم يبيع ، و كنت انت بالخيار ، ان شئت اشتريت ، و ان شئت لم تشتتر فلأبأس ، فان المراد بالخيار ، هو الاختيار عرفا فى مقابل الاشتراط على نفسه (٤) بشراؤه ثانيا ، فدل (٥) على ثبوت الأبأس اذا كان احد المتبايعين ، غير مختار فى النقل من جهة التزامه بذلك فى العقد الأول و ثبوت الأبأس (٦) فى الرواية ، اما راجع الى البيع الأول ، فثبت المطلوب

(١) اى انتهى ما ذكره المحقق و الشهيد الثانيان فى الرد على الشهيد الأول (٢) اى استدلل فى الحدائق على الحكم فى المستثنى ، و هو بطلان البيع بقوله *ع* الخ (٣) قوله { ان كان هو بالخيار ، الخ } مقول لقول الامام *ع* و هو قوله (بقوله *ع*) ، (٤) يعنى اذا لم يشترط على نفسه بشراؤه ثانيا ، كان مختارا عرفا و صح البيع ، و دل بالمفهوم اذا شرط على نفسه بشراؤه ثانيا ، لم يكن مختارا عرفا و لم يصح البيع (٥) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى خبر الحسين بن المنذر (٦) يعنى و ثبت البأس فى رواية الحسين بن المنذر ، اما راجع الى البيع الأول ، فثبت المطلوب و هو بطلان البيع الأول بالشرط المذكور ، فاذا بطل البيع الأول بطل البيع الثانى ايضا ، و ان كان الأبأس راجع الى البيع الثانى ، فلاوجه له ، الا بطلان البيع الأول ، ان لو صح البيع الأول ، لم يكن بالبيع الثانى بأس بل كان البيع الثانى لازما بمقتضى الشرط الواقع فى متن العقد الصحيح

في جواز بيع العين الشخصية المبتاع بثمن مؤجل من بايعه وغيره ١٩٩

وان كان (١) راجعا الى البيع الثانى ، فلاوجه له الا بطلان البيع الأول اذ لو صحّ البيع الأول ، و المفروض اشتراطه بالبيع الثانى ، لم يكن بالبيع الثانى بأس ، بل كان لازما بمقتضى الشرط الواقع فى متن العقد الصحيح هذا ، وقد يرد (٢) دلالتها بمنع دلالة البأس على البطلان ، وفيه (٣) ما لا يخفى ، وقد ترد (٤) ايضا بتضمنها لاعتبار ما لا يقول به احد من عدم (٥) اشتراط المشتري ذلك على البايع ، وفيه (٦) أنّ هذا

(١) اسم كان مستتر راجع الى البأس (٢) اى وقد يردّ دلالة الرواية بمنع دلالة البأس على بطلان البيع (٣) اى وفى الردّ المذكور ما لا يخفى لأنّ الظاهر ، أنّ مورد السؤال و الجواب ، هو صحة البيع وفساده ، كما يشهد بذلك ذكر السائل ، فتوى اهل المسجد بالفساد فى الفرض و أنّهم يفتون بالصحة فى صورة تأخير البيع ، لا فى صورة عدم تأخيره ، فعلى هذا أنّ السائل فهم من قول الامام $\text{ع} \text{ : (فلا بأس) } \text{ صحة البيع ، فعلى هذا ثبوت البأس فى المفهوم ، يدلّ على عدم صحة البيع (٤) } \text{ وقد تردّ دلالة الرواية ايضا بتضمنها لاعتبار ما لا يقول به احد من اعتبار ان لا يشترط المشتري ذلك على البايع ايضا ، و حاصل الردّ : أنّ مضمونها أنّه يعتبر فى صحة البيع ، عدم اشتراط المشتري ذلك على البايع ايضا ، كما يعتبر فى صحة البيع ، عدم اشتراط البايع على المشتري ان يبيعه له ، و الحال أنّه لم يقل به احد ، لانّهم يكتفون بخصوص اعتبار عدم اشتراط البايع على المشتري ان يبيعه له ، كما هو ظاهر المشهور (٥) قوله (من عدم ، الخ) بيان لـ (ما) ، (٦) الضمير يرجع الى الردّ المذكور ، اى وفيه أنّ اعتبار عدم اشتراط المشتري على البايع ان يشتريه منه فى صحة البيع ، قد قال ←$

قد قال به كل واحد من القائلين ، باعتبار عدم اشتراط البايع ، فإنّ المسئلتين (١) من واد واحد ، بل الشهيد قدس سره فى غاية المراد عنون المسئلة بالاشترء بشرط الاشترء ، وقد تردّ ايضا (٢) بأنّ المستفاد

→ به كل واحد من القائلين ، باعتبار عدم اشتراط البايع على المشتري ان يبيعه له ، فإنّ المسئلتين من واد واحد ، بل الشهيد الأول (ره) فى غاية المراد عنون مسئلة عدم صحة البيع ، بان يشتري المشتري من البايع بشرط ان يشتري البايع منه ثانيا (١) احدى المسئلتين ، اعتبار عدم اشتراط البايع على المشتري ان يبيعه له فى صحة البيع ، و ثانيتهما اعتبار عدم اشتراط المشتري على البايع ان يشتريه منه فى صحة البيع (٢) اى وقد تردّ دلالة الرواية ايضا ، بأنّ المستفاد من المفهوم ، لزوم الشرط الذى هو بيعه له ثانيا ، و أنّه يرتفع الخيار ، اى الاختيار عن المشروط عليه ، و ان كان يحرم البيع الثانى او هو و البيع الأول مع الشرط ، قال فى الجواهر ج ٢٣ ص ١١١ : بل قد يستفاد منه لزوم الشرط لو شرط و ان به يرتفع الخيار للبايع او المشتري ، و ان كان يحرم البيع الثانى او هو و البيع الأول بالشرط ، و يكون الحاصل حينئذ حرمة الاشترء ، و ان كان لو فعل التزم به و هو غير اشتراط المحرم الذى يفسد و يفسد العقد على قول ، انتهى . و توضيحه : أنّ الخيار فى الرواية ، كناية عن عدم اشتراط البيع الثانى فى البيع الأول ، فيكون منطوق الرواية ، ان لم يشترط هو ، و لم تشترط انت ، فلا بأس ، اى فلا حرمة ، و يكون مفهومه ان شرط هو و شرطت انت ، ففيه بأس ، اى فيحرم البيع الثانى او هو مع بيع الأول ، فالمستفاد من المفهوم ، أنّه لو شرطا البيع الثانى فى

في جواز بيع العين الشخصي المبتاع بثمن مؤجل من بايعه وغيره ٢٠١

من المفهوم ، لزوم الشرط ، وانه لو شرطاه (١) يرتفع الخيار (٢) عن المشروط عليه وان كان يحرم البيع الثاني ، او هو و البيع الأول مع الشرط ، ويكون الحاصل حينئذ (٣) حرمة الاشتراط ، وان كان لو فعل التزم به ، وهو (٤) غير التزام المحرم (٥) الذي يفسد و يفسد العقد . و فيه (٦) ان الحرمة المستفادة من البأس ، ليس الا الحرمة الوضعية ،

→ البيع الأول ، لزم على المشروط عليه العمل بذلك الشرط و سلب عنه الاختيار شرعا ، وان كان يحرم عليه تكليفا ايجاد البيع الثاني مع الشرط او ايجاده مع ايجاد البيع الأول مع هذا الشرط (١) الضمير المفعول يرجع الى الشرط (٢) فالمراد من الخيار ، هو الاختيار (٣) يعنى ان حرمة البيع الثاني لأجل حرمة الاشتراط ، وان حرمة لا منشأ له الا حرمة الاشتراط ، فان البيع الثاني من دون شرط حلال ، ومع الشرط حرام كما في اعطاء الزيادة في باب القرض ، فانه مع الشرط حرام ، وبدونه حلال ، فيكون الحاصل حينئذ ، حرمة الاشتراط وان كان لو فعل المشروط عليه ، التزم به (٤) يرجع الضمير الى حرمة البيع الثاني بالالتزام (٥) اشكالٌ و دفعٌ ، اما الاشكال : فانه اذا كان الشرط الذي هو البيع الثاني محرما ، كان فاسدا و يفسد العقد ، واما الدفع : فان البيع الثاني في نفسه ليس بمحرّم ، و هو محرّم بالاشتراط ، و هذا غير اشتراط المحرم في العقد ، مثل ان يشترط في متن العقد ان يشرب الخمر ، فان شرب الخمر ، محرّم في نفسه ، فاشتراطه فاسد و يفسد العقد على قول ، و اشار المصنف الى الدفع بقوله (و هو غير التزام المحرم ، الخ) ، (٦) الضمير في قوله (فيه) يرجع الى الردّ المذكور ، و حاصل هذه العبارة : ان الحرمة ←

اعنى الفساد ، ولا يجامع ذلك (١) صحة الشرط و لزومه (٢) نعم يمكن (٣) ان يقال ، بعد ظهور سياق الرواية فى بيان حكم البيع الثانى مع الفراغ عن صحة الأول ، كما يشهد به ايضا بيان خلاف اهل المسجد المختص بالبيع الثانى : أنّ المراد (٤) انه ان وقع البيع الثانى على وجه الرضا و طيب النفس و الاختيار ، فلا بأس به ، و ان وقع لا عن ذلك (٥) بل لأجل الالتزام به (٦) سابقا فى متن العقد

→ الاستفادة من البأس ، ليس الآ الحرمة الوضعية ، اعنى الفساد ، فاذا كان البأس الاستفادة من المفهوم بمعنى الفساد ، كان الشرط الذى هو البيع الثانى فاسدا ، ولا يجامع ذلك صحة الشرط الذى هو البيع الثانى و لزومه (١) اشارة الى الفساد (٢) اى لزوم الشرط (٣) قوله (نعم ، يمكن ان يقال ، الخ) استدراك عمّا يقتضيه كلامه السابق من جعل الحرمة الاستفادة من البأس ، حرمة وضعية حتى تشمل البيع الأول ، و خلاصة الاستدراك عمّا ذكر : انّ الحرمة الوضعية الاستفادة من البأس ، لا تشمل للبيع الثانى ، بل تختص بالبيع الأول لظهور سياق الرواية فى بيان حكم البيع الثانى مع الفراغ عن صحة البيع الأول ، كما يشهد به ايضا بيان خلاف اهل المسجد المختص بالبيع الثانى ، و لأنّ المراد انه ان وقع البيع الثانى على وجه الرضا و الاختيار ، فلا بأس به ، و ان وقع لا عن الرضا و الاختيار ، بل لأجل الالتزام به سابقا فى متن العقد او قبله و الزام المشروط عليه بما التزم ، كان الشراء الذى هو البيع الثانى ، باطلا (٤) قوله (أنّ المراد ، الخ) مقول لقوله (يقال) ، (٥) قوله (ذلك) اشارة الى الرضا و طيب النفس و الاختيار (٦) الضمير يرجع الى البيع الثانى

في جواز بيع العين الشخصية المبتاع بثمن مؤجل من بايعه وغيره ٢٠٣

او قبله والزامه (١) عرفا بما التزم ، كان (٢) الشراء فاسدا ، لكن فساد
الشراء (٣) لا يكون الا لعدم طيب النفس فيه . وعدم وجوب الالتزام (٤)
بما التزم على نفسه ، اما لعدم ذكره (٥) في متن العقد ، واما لكون
الشرط بالخصوص فاسدا لا يجب الوفاء به ، ولا يوجب فساد العقد
المشروط به ، كما هو (٦) مذهب كثير من القدماء ، لا (٧) لأجل

(١) اي الزام المشروط عليه (٢) قوله (كان الشراء فاسدا) جواب شرط
لِ (إِنْ) في قوله (وان وقع لا عن ذلك) ، (٣) اي لكن فساد الشراء اي
فساد بيع الثاني ، لا يكون الا لعدم طيب النفس مع عدم وجوب التزام
المشروط عليه بما التزم على نفسه ، اما لعدم ذكره في متن العقد ، واما
لكون الشرط بالخصوص فاسدا لا يجب الوفاء به تعبدا ولا يوجب هذا
الشرط الفاسد ، فساد العقد المشروط به الذي هو البيع الأول (٤) و
الواو في (وعدم وجوب الالتزام) بمعنى (مع) ، (٥) قوله (اما لعدم ذكره
في متن العقد) علة لقوله (عدم وجوب الالتزام ، الخ) ، (٦) اي كما ان
الشرط الفاسد الذي لا يوجب فساد العقد ، مذهب كثير من القدماء (٧)
يعنى لكن فساد الشراء لأجل ما ذكره ، لأجل فساد العقد الأول من
جهة فساد الالتزام المذكور في متن العقد الأول حتى لو وقع الالتزام
الذي هو البيع الثاني عن طيب النفس ، لأن فساد العقد الأول مخالف
لما عرفت في ص ٢٠٢ بقوله (بعد ظهور سياق الرواية ، الخ) من ظهور
اختصاص حكم الرواية منعا في صورة عدم الاختيار ، وجوازا في صورة
الاختيار بالعقد الثاني

فساد العقد الأول من جهة فساد الالتزام المذكور في متنه حتى لو وقع عن طيب النفس ، لأن هذا (١) مخالف لما عرفت من ظهور اختصاص حكم الرواية منعا و جوازا بالعقد الثاني ، و أما رواية عليّ بن جعفر (٢) فهي اظهر في اختصاص الحكم بالشراء الثاني ، فيجب ايضا حمله على وجه لا يكون منشأ فساد البيع الثاني ، فساد البيع الأول ، بان يكون (٣) مفهوم الشرط انه اذا اشترطا ذلك في العقد او قبله ، ولم يرضيا بوقوع العقد الثاني ، بل وقع على وجه الاجاء (٤) من حيث الالتزام به قبل العقد ، او فيه ، فهو (٥) غير صحيح لعدم طيب النفس فيه

(١) اشارة الى فساد العقد الأول من جهة فساد الالتزام المذكور في متنه (٢) و أما رواية عليّ بن جعفر المتقدمة في ص ١٨٠ فهي اظهر في اختصاص الحكم بالشراء الثاني ، فيجب ايضا حمل خبر عليّ بن جعفر ، كحمل خبر الحسين بن المنذر على وجه لا يكون منشأ و سبب فساد البيع الثاني ، فساد البيع الأول (٣) قوله (بان يكون مفهوم الشرط ، الخ) مفسر لوجه الحمل ، يعنى حيث قال الامام * ع : (اذا لم يشترط ورضيا ، فلا بأس) فيكون مفهومه ، انه اذا اشترطا ذلك في العقد الأول او قبله ولم يرضيا بوقوع العقد الثاني ، بل وقع على الاجاء ، فهو غير صحيح و فاسد ، لعدم طيب النفس فيه ، و فساد له لا يكون الا مع عدم وجوب الوفاء ، اما لعدم ذكره في متن العقد ، و اما لكونه لغوا فاسدا تعبدا ، مع عدم تأثير فساد له في العقد الأول (٤) ، (الجأ) فلاننا : اضطره و اكرهه (المنجد) ، (٥) قوله (فهو غير صحيح) جواب شرط (اذا) في قوله (اذا اشترطا ذلك)

في جواز بيع العين الشخصي المبتاع بثمن مؤجل من بايعه وغيره ٢٠٥

وقوعه عن الجاء ، وهذا لا يكون الا مع عدم وجوب الوفاء ، اما لعدم ذكره في العقد ، واما لكونه فاسدا مع عدم تأثير فساده في العقد . وبالجملة فالحكم بفساد العقد الثاني في الروايتين ، لا يصح ان يستند الى فساد الأول ، لما ذكرنا من ظهور الروايتين (١) في ذلك ، فلا بد ان يكون منشأه عدم طيب النفس بالعقد الثاني ، وعدم طيب النفس لا يقدح الا مع عدم لزوم الوفاء شرعا بما التزم ، وعدم اللزوم لا يكون الا لعدم ذكر الشرط في العقد ، اما لكونه فاسدا غير مفسد . ثم انه قال في المسالك : انهما (٢) لو شرطاه قبل العقد لفظا ، فان كانا يعلمان ان الشرط المتقدم لا حكم له ، فلا اثر له ، و الا اتجه بطلان العقد به ، كما لو ذكراه في متنه لانهما لم يقدموا الا على الشرط ، ولم يتم لهما ، ويمكن ان يقال (٣) : ان علمهما بعدم حكم للشرط ، لا يوجب عدم اقدامهما على الشرط

(١) اي لما ذكرنا من ظهور روايتي الحسين بن المنذر وعلّي بن جعفر في فساد العقد الثاني (٢) يعني ان المتعاملين لو شرطوا ان يبيعه للبايع ثانيا قبل العقد لفظا ، فان كانا يعلمان ان الشرط المتقدم لا حكم له ، فلا اثر له ، وان لم يعلما ان الشرط المتقدم لا حكم له ، اتجه بطلان العقد (٣) ويمكن ان يقال : ان ما ذكره في المسالك ، من انه ان كانا يعلمان ان الشرط المتقدم لا حكم له ، فلا اثر له ، ليس بصحيح ، لان علمهما بعدم حكم للشرط ، لا يوجب عدم اقدامهما على الشرط ، فاذا اقداما مع علمهما بعدم الحكم للشرط ، والحال ان له حكما في الواقع فحينئذ يؤثر ويكون فاسدا ويفسد العقد

فالأولى (١) بناء المسئلة على تأثير الشرط المتقدم في ارتباط العقد به ، و
عدمه ، و المعروف بينهم ، عدم التأثير كما تقدم ، إلا ان يفرق بين الشرط
الصحيح ، فلا يؤثر ، و بين الفاسد ، فيؤثر في البطلان ، و وجهه (٢) غير
ظاهر ، بل ربما حكى العكس (٣) عن بعض المعاصرين ، و قد تقدم
توضيح الكلام في ذلك (٤)

❖ القول في القبض ❖

و هر لغة الأخذ مطلقا ، او باليد ، او بجميع الكف ، على اختلاف عبارات
اهل اللغة ، و النظر في ماهيته و وجوبه و احكامه يقع في مسائل

❖ مسئلة ❖

اختلفوا في ماهية القبض في المنقول (٥) بعد اتفاهم على انها التخلية
في غير المنقول (٦) على اقوال (٧)
* احدها * : انها التخلية ايضا ، صرح به المحقق في الشرايع ، و حكى
عن تلميذه (٨) كاشف الرموز

(١) فالأولى بناء المسئلة على ارتباط العقد بالشرط المتقدم و عدمه فعلى
الأول ، يؤثر و يفسد العقد مع فساده ، و على الثاني ، لا يؤثر (٢) اى و
وجه الفرق غير ظاهر (٣) فالمراد من العكس ، ان الشرط الفاسد ، لا يؤثر
في البطلان ، و ان الشرط الصحيح ، يؤثر و يجب العمل به (٤) و قد تقدم
توضيح الكلام في ذلك في الشرط الثامن من الشروط (٥) المنقول كالطعام
والاثاث و نحوهما (٦) و غير المنقول كالأرض و الدار و البستان و نحوها
(٧) قوله (على اقوال) متعلق بقوله (اختلفوا) ، (٨) و هو الشيخ عز الدين
الحسن بن ابيطالب اليوسفى الآبى ، صاحب كشف الرموز ، فرغ منه فى ←

وعن الايضاح نسبه (١) الى بعض متقدمى اصحابنا ، وعن التنقيح (٢)

نسبه الى المبسوط

﴿ الثانى ﴾ ، (٣) : انه فى المنقول النقل ، وفيما يعتبر كيله او وزنه ، الكيل
او الوزن

﴿ الثالث ﴾ : ما فى الدروس من انه فى الحيوان نقله ، وفى المعتبر كيله
(٤) او وزنه او عدّه او نقله ، وفى الثوب وضعه فى اليد

﴿ الرابع ﴾ : ما فى الغنية وعن الخلاف والسرائر واللمعة ، انه (٥)
التحويل والنقل

﴿ الخامس ﴾ : ما فى المبسوط من انه ان كان مثل الجواهر والدرهم و

→ شعبان ٦٧٢ وهو شرح للمختصر النافع ، ويعبر عنه فى الكتب
الفقهية بالآبى ، وابن الزبيب ، وتلميذ المحقق ، وشارح النافع و
كاشف الرموز ، على ما فى الذريعة بتغيير ما (١) يرجع الضمير الى كون
القبض ، التخلية (٢) التنقيح للفاضل المقداد بن عبداله السيورى المتوفى
٨٢٦ (٣) اى القول الثانى (٤) اى ان القبض فى المعتبر فيه الكيل
كيله ، وفى المعتبر فيه الوزن ، وزنه ، وفى المعتبر فيه العدّ ، عدّه
فلا يخفى ان قوله (او نقله) اشارة الى ان اعتبار الكيل والوزن والعدّ فى
قبض المكيل والموزون والمعدود غير متعين ، فيكون مخيراً فى قبض
المكيل بين الكيل والنقل ، وفى قبض الموزون بين الوزن والنقل ، و
الشاهد على ما ذكرنا قول المحقق الثانى فى جامع المقاصد ص ٢٥٧ فى
ذيل بيان قول صاحب الدروس : نعم فى قوله : او نقله ، دلالة على
حصول القبض بنقل المكيل من دون الكيل ، وهو حسن (٥) يعنى ان

الدنانير وما يتناول باليد ، فالقبض فيه هو التناول باليد ، وان كان مثل الحيوان ، كالعبد و البهيمة ، فالقبض في البهيمة ان يمشى بها الى مكان آخر ، وفي العبد ان يقيمه الى مكان آخر . وان كان اشتراه جزافا (١) كان القبض فيه ان ينقله في مكانه (٢) وان كان اشتراه مكيلا ، فالقبض فيه ان يكيله . وزاد في الوسيلة : انه في الموزون وزنه ، وفي المعدود عدده ، و نسب عبارة الشرايع الراجعة الى ما في المبسوط ، الى المشهور

﴿ السادس ﴾ : انه الاستقلال والاستيلاء عليه باليد ، حكى عن المحقق – الأردبيلي وصاحب الكفاية ، واعترف به في المسالك تبعا لجامع المقاصد لشهادة العرف بذلك ، الا انه اخرج (٣) عن ذلك المكييل والموزون مستندا (٤) الى النص الصحيح ، وفيه ما سيجيئ

﴿ السابع ﴾ : ما في المختلف ، من انه ان كان منقولا ، فالقبض فيه النقل او الأخذ باليد ، وان كان مكيلا او موزونا ، فقبضه ذلك (٥) او الكيل

→ القبض في المنقول ، التحويل والنقل (١) ، (جَزَفٌ جَزَافٌ و احتزف) الشئ : باعه او اشتراه بغير وزن و كيل ، وعلى التخمين (المنجد) فالمراد من الجزاف في قوله (ان كان اشتراه جزافا ، الخ) هو ان يشتريه بغير وزن و لا كيل ، كزربة الحديد و نحوها ، فان القبض فيه ان ينقله من مكانه الى مكان آخر (٢) ، (في) في قوله (في مكانه) بمعنى (من) يعني ان ينقله المشتري من مكانه (٣) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى صاحب المسالك (٤) اي مستندا في اخراج المكييل و الموزون عن ذلك الى النص الصحيح (٥) اشارة الى النقل او الأخذ باليد

او الوزن

﴿ الثامن ﴾ : انه التخلية (١) مطلقا بالنسبة الى انتقال الضمان الى المشتري ، دون النهي عن بيع ما لم يقبض نفي عنه البأس في الدروس .
 اقول : لا شك ، ان القبض للمبيع هو فعل القابض و هو المشتري ، ولا شك ان الاحكام المترتبة على هذا الفعل (٢) لا يترتب على ما كان من فعل البايع من غير مدخل للمشتري فيه ، كما ان الاحكام المترتبة على فعل البايع ، كالوجوب على البايع و الراهن في الجملة (٣)

(١) يعنى ان القبض ، هو التخلية مطلقا بالنسبة الى انتقال الضمان الى المشتري ، فاذا تلف المبيع بعد التخلية ، لم يكن من البايع ، بل يكون من المشتري ، ولا يصدق عليه التلف قبل القبض ، اما بالنسبة الى النهي عن بيع ما لم يقبض ، فان التخلية لا تكون قبضا ، فان صاحب الدروس نفي البأس في كون التخلية قبضا بالنسبة الى انتقال الضمان الى المشتري و كون التخلية عدم قبض بالنسبة الى النهي عن البيع قبل القبض (٢) اشارة الى فعل المشتري الذى هو القبض (٣) فيمكن ان يكون قوله (في الجملة) راجعا الى الراهن فقط ، يعنى الاقباض على الراهن واجب في صورة عدم اعتبار الاقباض في لزوم الرهن ، فحينئذ يجب الوفاء بعقد الرهن ، و مقتضاه وجوب الاقباض من باب الوفاء ، و اما بناء على اعتبار الاقباض فى اللزوم ، لا يجب عليه ذلك ، و يمكن ان يكون راجعا الى البايع ايضا فيكون المراد انه اذا تسلّم الثمن من المشتري ، وجب عليه الاقباض بالاتفاق ، و فى صورة عدم تسلّم الثمن ، لا اتفاق على وجوب الاقباض

واشترط القدرة على التسليم (١) لا يحتاج في ترتبها الى فعل من المشتري ، فحينئذ نقول : أما ما اتفق عليه من كفاية التخلية في تحقق القبض في غير المنقول ، ان اريد بالقبض ما هو فعل البايع بالنسبة الى المبيع ، و هو جميع ما يتوقف عليه من طرفه وصوله الى المشتري ، و يعبر عنه مسامحة بالاقباض و التسليم ، و هو الذى يحكمون بوجوده على البايع و الغاصب و الراهن فى الجملة ، و يفسرونه بالتخلية التى هى فعل البايع فقد عرفت (٢) انه ليس قبضا حقيقيا حتى فى غير المنقول ، و ان (٣) فسرت برفع جميع الموانع ، و اذن المشتري فى التصرف . قال (٤) كاشف الرموز فى شرح عبارة النافع : القبض مصدر ، يستعمل بمعنى التقبيل و هو التخلية

(١) يعنى و اشترط قدرة البايع على تسليم المبيع ، لا يحتاج فى ترتبها على فعل البايع الى فعل من المشتري (٢) فقد عرفت ، ان القبض هو فعل المشتري حتى فى غير المنقول ، و هذا التخلية فعل البايع ، و لا يكون فعل البايع فعلا حقيقيا للمشتري ، و مع ذلك كيف يكفى التخلية التى هى فعل البايع فى تحقق القبض الذى هو فعل المشتري (٣) ، (ان) فى قوله (و ان فسرت) و صليّة ، و الضمير المستتر فى قوله (فسرت) يرجع الى التخلية (٤) نقل المصنف (ره) قول كاشف الرموز شاهدا على ان التخلية يكون من طرف البايع و هو فعل البايع ، و يعبر عنه مسامحة بالاقباض و التقبيل ، و هو رفع جميع الموانع ، و اذن المشتري فى التصرف و التمكين منه ، فلا يخفى ، ان كاشف الرموز مؤلف كشاف الرموز و هو شرح على مختصر الشرايع الموسوم بـ (النافع) و هو الشيخ عزالدین الحسن بن ابى طالب اليوسفى الآبى ، و يعبر عنه فى الكتب الفقهية بالآبى و ابن الزيبب و ←

و يكون من طرف البايع و الواهب بمعنى التمكين من التصرف ، انتهى (١)
 بل التحقيق ، أنّ القبض مطلقا (٢) هو استيلاء المشتري عليه و تسلّطه
 عليه الذي يتحقق به (٣) معنى اليد ، و يتصور (٤) فيه الغصب . نعم
 يترتب على ذلك المعنى الأول (٥) الأحكام المترتبة على الاقباض و
 التسليم الواجبين على البايع ، فينبغي ملاحظة كلّ حكم من الأحكام المذكورة
 في باب القبض ، و أنّه (٦) مترتب على القبض الذي هو فعل المشتري
 بعد فعل البايع ، و على الاقباض (٧) الذي هو فعل البايع . مثلا ، اذا
 فرض أنّ ادلة اعتبار القبض في الهبة ، دلّت على اعتبار حيازة المتّهب
 الهبة ، لم يكتف في ذلك بالتخلية التي هي من فعل الواهب ، و هكذا .
 ولعلّ تفصيل الشهيد (٨) في البيع بين حكم الضمان وغيره ، من حيث

→ تلميذ المحقق و شارح النافع ، على ما حكى (١) اى انتهى ما ذكره
 كاشف الرموز (٢) اى سواء كان منقولا او غير منقول (٣) ، (الذي) صفة
 للتسلّط ، و الضمير في (به) يرجع الى (الذي) يعنى يتحقق بالاستيلاء
 و التسلط ، معنى اليد ، في قوله : على اليد ما اخذت حتى تؤدى (٤)
 يعنى و يتصور الغصب في الاستيلاء و التسلط على مال الغير (٥) فالمراد
 من المعنى الأول ، هو التخلية و ما هو فعل البايع (٦) قوله (انه) عطف
 على قوله (كلّ حكم) يعنى فينبغي ملاحظة انه مترتب على القبض الذي
 هو فعل المشتري بعد فعل البايع (٧) قوله (على الاقباض) عطف على
 قوله (على القبض) يعنى انه مترتب على الاقباض الذي هو فعل البايع
 (٨) اى لعلّ تفصيل الشهيد في البيع بين حكم الضمان وغيره الذي هو
 القول الثامن ، و نفى الشهيد عنه البأس في الدروس ، لانّ حكم الضمان ←

أن الحكم الأول ، منوط بالاقباض ، وغيره منوط بفعل المشتري . وكيف كان ، فلا بد من مراعاة أدلة احكام القبض ، فنقول (١) : أما رفع الضمان فان استند فيه الى النبوى : كل مبيع تلف قبل قبضه ، فهو من مال بايعه فالمناطق فيه حصول الفعل من المشتري ، وان استند الى قوله *ع* فى رواية عقبة بن خالد : حتى يقبض (٢) المتاع ويخرجه من بيته ، احتمال فيه اناطة الحكم بالتخلية ، فيمكن حمل النبوى على ما ذكر ما هو مقارن غالبى للتخلية ، واحتمل ورود الرواية مورد الغالب من ملازمة الاخراج للوصول الى المشتري بقريته ظاهر النبوى

→ عنده ، منوط بالاقباض الذى هو فعل البايع ، وحكم غيره الذى هو النهى عن بيع ما لم يقبض ثابت ، من حيث أن الحكم الأول ، منوط بالاقباض ، وغيره منوط بفعل المشتري (١) فنقول : أما رفع ضمان المبيع عن البايع ، هل يتحقق ذلك بالتخلية او باستيلاء المشتري وتسلطه ، فان استند فيه الى النبوى ، فالمناطق فيه حصول الفعل من المشتري واستيلائه عليه ، وان استند فيه الى قوله *ع* فى رواية عقبة بن خالد : حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته ، احتمال فيه اناطة الحكم بالتخلية ، فيمكن الجمع بينهما بحمل ما ذكر فى النبوى ، على ذكر الفرد الغالبى الذى هو استيلاء المشتري وتسلطه عليه ، فعلى هذا يكون المراد فى رفع الضمان هو التخلية ، وما ذكر فى النبوى فرد غالبى للتخلية ، فيمكن الجمع بينهما بطريق آخر وهو ان يحمل ما ذكر فى رواية عقبة على المورد الغالب ، لان الاخراج عن البيت ، ملازم لاستيلائه عليه غالبا ، فعلى هذا ، يكون المراد فى رفع الضمان ، هو استيلاء المشتري وتسلطه عليه (٢) قوله (يقبض) ←

ولذا (١) قال في جامع المقاصد ، بعد نقل ما في الدروس : أنّ الخبر (٢) دالّ على خلافه ، وهو حسن ان اراد به ظاهر النبوى ، لا ظاهر رواية عقبة او غيرها . و الانصاف (٣) أنّ ما ذكره الشهيد ، قريب بالنسبة الى ظاهر رواية عقبة ، وربما يخدم (٤) فيها بظهورها في اعتبار الاخراج من البيت ، مع أنّه غير معتبر في رفع الضمان اتفاقا . وفيه (٥)

→ من باب الافعال (١) اى ولاحتمال الثانى الذى هو كون المراد من القبض في رفع الضمان عن البايح هو استيلاء المشتري و تسلطه ، قال في جامع المقاصد في ص ٢٥٨ بعد نقل ما في الدروس ، من أنّ القبض هو التخلية : أنّ الخبر دالّ على خلاف ما ذهب اليه ، فالمراد من خلاف ما في الدروس ، هو أنّ القبض هو استيلاء المشتري و تسلطه ، وقال المصنف (ره) ما ذكره في جامع المقاصد : حسن ان اراد به ظاهر النبوى لا ظاهر رواية عقبة او غيرها (٢) قوله (أنّ الخبر ، الخ) مقول لـ (قال) (٣) اى و الانصاف ، أنّ ما ذكره الشهيد (ره) من أنّ القبض هو التخلية قريب بالنسبة الى ظاهر رواية عقبة (٤) اى ربما يخدم في رواية عقبة بظهورها في اعتبار الاخراج عن البيت ، مع أنّه غير معتبر في رفع الضمان اتفاقا ، لانه قد اخرج عن البيت ولم يتسلط عليه المشتري ، فحينئذ لم يرفع الضمان عن البايح وقد لم يخرج عن البيت ، و الحال أنّ المشتري تسلط عليه ، فحينئذ يرفع الضمان عن البايح (٥) يرجع الضمير الى الخدشة ، و حاصل دفع الخدشة : أنّ الاخراج عن البيت كناية عن اخراجه عن استيلائه و سلطنته و تمكين المشتري من التصرف ، و لا يخفى ذلك المعنى على المتأمل في الاستعمال العرفى ، لأنّ اكثر محاورات ←

أنّ الاخراج عن البيت ، كناية عن الاخراج عن السلطنة ، ورفع اليد ، ولا ينبغي خفاء ذلك على المتأمل في الاستعمال العرفي ، هذا . ولكن (١) الجمود على حقيقة اللفظ في الرواية ، يقتضى اعتبار الوصول الى يد المشتري ، لأنّ الاقباض و الاخراج ، وان كانا من فعل البايع ، الا أنّ صدقهما (٢) عليه (٣) يحتاج الى فعل من غير البايع ، لأنّ الاقباض و

→ العرف كنايات و مجازات ، فإنّ استعمال الاخراج عن البيت من هذا القبيل (١) قوله (ولكن ، الخ) استدراك عما ذكره من أنّ الاخراج عن البيت ، كناية عن الاخراج عن السلطنة ، يعنى ولكن لو جمد على استعمال اللفظ في الرواية على نحو الحقيقة ، لا الكناية لاقتضى اعتبار الوصول الى يد المشتري ، لأنّ الاقباض و الاخراج وان كانا من فعل البايع ، الا أنّ صدقهما عليه يحتاج الى فعل من غير البايع الذى هو المشتري ، لأنّ الاقباض بدون القبض ، و الاخراج بدون الخروج ، محال اشكالٌ و دفعٌ ، اما الاشكال ، فإنّ ما ذكره المصنف (ره) من أنّ الاقباض و الاخراج يقتضى فعلا من غير البايع ، فهو صحيح بالنسبة الى الاقباض دون الاخراج ، فإنّ ما هو كالايجاد و الوجود هو الاقباض و القبض و الاخراج و الخروج ، و القبض فعل الغير الذى هو المشتري ، دون الخروج فإنّه ليس فعل الغير ، و اما الدفع ، فإنّ المراد من اخراج المبيع ، ليس هو اخرجه بنفسه ، بل اخرجه الى المشتري و هو مساوق لاستيلاء المشتري عليه (٢) يرجع الضمير المثنى الى الاقباض و الاخراج (٣) يرجع الضمير الى فعل البايع

الاجراء بدون القبض و الخروج محال ، الا ان يستفاد من الرواية (١)
تعلق الضمان على ما كان من فعل البايع ، و التعبير بالاقباض و الاجراء
مسامحة ، مسّت (٢) الحاجة اليهما في التعبير . و ما ذكره الشهيد من
رفع الضمان (٣) بالتخلية ، يظهر من بعض فروع التذكرة ، حيث قال : لو
احضر البايع السلعة ، فقال المشتري : ضعه ، تمّ القبض ، لانه (٤) كالتوكيل
في الوضع ، و لو لم يقل (٥) المشتري شيئا ، او قال : لا اريد حصل
القبض ، لوجود التسليم ، كما لو وضع الغاصب المغضوب بين يدي المالك
فانه يبرء من الضمان ، انتهى (٦) و ظاهره (٧) ان المراد من التسليم
المبحوث عنه ما هو فعل البايع ، و لو امتنع المشتري

(١) الا ان يستفاد من رواية عقبة ، تعلق الضمان على ما كان من فعل
البايع ، و لا يحتاج ما كان من فعل البايع ، الى فعل من غير البايع
كالتخلية و التسليم و ان لم يتسلم المشتري ، و التعبير بالاقباض و الاجراء
في الرواية وردا مسامحة عن التخلية (٢) ، (مسّت الحاجة الى كذا : الْجَأَتْ
اليه) ، (المنجد) ، (٣) اي رفع ضمان المبيع عن البايع (٤) يعنى
ان قول المشتري للبايع : (ضعه) يجعل المشتري البايع وكيلا في الوضع
(٥) اي و لو لم يقل المشتري شيئا و وضع البايع المبيع بين يدي المشتري
او قال المشتري : لا اريد حصل القبض ايضا ، و رفع ضمان المبيع عن
البايع ، لوجود التسليم الذي يرفع الضمان عن البايع (٦) اي انتهى ما
ذكره في التذكرة (٧) و ظاهره في التذكرة ، ان المراد من التسليم الذي
هو القبض المبحوث عنه ما هو فعل البايع ، و لو امتنع المشتري عن
التسليم

لكنّه (١) قدّس سرّه صرّح في عنوان المسئلة (٢) وفي باب الهبة بضعف هذا القول بعد نسبته الى بعض الشافعية ، فالظاهر (٣) أنّ مراده ، بل مراد الشهيد قدّس سرّهما ، رفع الضمان بهذا (٤) وان لم يكن قبضاً بل عن الشهيد في الحواشى ، أنّه نقل عن العلامة قدّس سرّه ، أنّ التخلية في المنقول وغيره ترفع الضمان ، لانه (٥) حقّ على البايع ، وقد أدى ما عليه . اقول : وهذا (٦) كما أنّ اتلاف المشتري يرفع ضمان البايع ، و سيجئ من المحقق الثانی : أنّ النقل (٧) في المكيل والموزون يرفع الضمان

(١) اي لكنّ العلامة قدّس سرّه صرّح في عنوان المسئلة وفي باب الهبة بضعف هذا القول الذي هو كون القبض ، هو التخلية والتسليم وان امتنع المشتري ، بعد نسبة هذا القول الى بعض الشافعية (٢) فالمراد من عنوان المسئلة ، هو عنوان مسئلة ماهية القبض (٣) فالظاهر أنّ مراد العلامة ، بل مراد الشهيد قدّس سرّهما ، رفع ضمان المبيع عن البايع بالتخلية الذي هو فعل البايع ، وان لم يكن التخلية قبضاً ، يعنى أنّ مراد العلامة والشهيد ، أنّ التخلية رافع للضمان بنفسه مع عدم صدق القبض كما أنّ اتلاف المشتري المبيع ، يرفع الضمان عن البايع ، مع أنّه ليس بقبض ، فإنّ احد موجبات رفع الضمان عن البايع في نظرهما ، التخلية (٤) اشارة الى التخلية الذي هو فعل البايع (٥) الضمير يرجع الى التخلية (٦) اشارة الى التخلية الذي هو فعل البايع (٧) يعنى أنّ النقل في المكيل والموزون ، يرفع ضمان المبيع عن البايع وان لم يكن النقل قبضاً

وان لم يكن قبضا ، وقد ظهر مما ذكرنا ، أنّ لفظ القبض الظاهر بصيغته في فعل المشتري ، يراد به الاستيلاء على المبيع ، سواء في المنقول وغيره ، لأن القبض (١) لغة ، الأخذ مطلقا (٢) او باليد (٣) او بجميع الكف (٤) على اختلاف التعبيرات (٥) فان اريد (٦) الأخذ حسا باليد فهو لا يتأتى في جميع المبيعات مع أنّ احكامه جارية في الكل ، فاللازم ان يراد به (٧) في كلام (٨) اهل اللغة وفي لسان الشرع الحاكم عليه بأحكام كثيرة في البيع والرهن والصدقة ، وتشخيص ما في الذمة اخذ كل (٩) شئ بحسبه

(١) قوله (لأن القبض ، الخ) علة لقوله (يراد به الاستيلاء على المبيع) (٢) اي سواء كان الأخذ باليد او بالكف او بغيرهما (٣) قال في المجمع : اليد الجارحة المعروفة و هي من المنكب الى اطراف الأصابع ، قاله في المغرب وغيره ، انتهى ، وقال في اقرب الموارد : (اليد) الكف او من اطراف الأصابع الى الكتف ، انتهى (٤) قال في المجمع : حد الكف ، الكوع بالضم ، اعنى رأس الزند مما يلي الابهام ، انتهى (٥) اي على اختلاف التعبيرات في القبض (٦) اي وان اريد بالقبض ، الأخذ حسا باليد فهو لا يمكن في جميع المبيعات ، كالأرض والبستان والدار ونحوها ، مع أنّ احكام القبض ، جارية في الكل (٧) اي فاللازم ان يراد بالقبض ، اخذ كل شئ بحسبه في كلام اهل اللغة وفي لسان الشرع الحاكم على القبض باحكام كثيرة في البيع والرهن والصدقة ، وتشخيص ما في الذمة ، لأن الكلى الذي في الذمة يتشخص في الفرد الخارجى بالقبض (٨) قوله (في كلام اهل اللغة) متعلق بـ (يراد) ، (٩) قوله (اخذ) نائب الفاعل لقوله ←

وهو (١) ما ذكرنا من الاستيلاء والسلطنة . واما ما ذكره (٢) بعضهم من اعتبار النقل والتحويل فيه ، بل ادعى في الغنية ، الاجماع على انه (٣) القبض في المنقول الذي لا يكتفى فيه بالتخلية ، فهو (٤) لا يخلو عن تأمل ، وان شهد من (٥) عرفت بكونه موافقا للعرف في مثل الحيوان لان (٦) مجرد اعطاء المقود للمشتري ، او مع ركوبه عليه (٧) قبض عرفا

→ (يراد) ، (١) الضمير يرجع الى قوله (اخذ كل شئ بحسبه) يعنى و هو ما ذكرنا فى ص ٢١١ وفى ص ٢١٧ من الاستيلاء والسلطنة (٢) فالمراد من قوله (ما ذكره بعضهم ، الخ) هو القول الرابع (٣) يرجع الضمير الى اعتبار النقل والتحويل (٤) الضمير يرجع الى (ما) فى قوله (ما ذكره) ، (٥) فالمراد بـ (من) الموصولة فى قوله (من عرفت) ارباب الأقوال المتقدمة الذين عبروا بالقبض ، النقل فى المنقول ، كالقول الثانى والثالث والرابع وامثالها ، ووجه شهادتهم بكونه موافقا للعرف مع انهم لم يقولوا ، بان القبض عند العرف ، هو النقل ، انهم لو ارادوا غير معنى العرفى ، لقيده بالشرع وبالتعبد ، وهذا بخلاف ما لو ارادوا بيان المعنى العرفى ، فانه لا حاجة الى التقييد (٦) قوله (لان مجرد اعطاء المقود ، الخ) علّة لقوله (لا يخلو عن تأمل) يعنى مجرد اعطاء البايع المقود للمشتري من دون نقل ، او مع ركوب المشتري على الحيوان من دون نقل قبض عرفا على الظاهر وان لم يكن فى كل واحد منهما نقل ، فيكون القبض فى الحيوان اعم من النقل ، لان اعطاء المقود للمشتري ، او ركوب المشتري عليه ، قبض ، والحال انهما ليسا بنقل (٧) الضمير يرجع الى الحيوان

على الظاهر ، ثم المراد من النقل في كلام من اعتبره (١) هو نقل المشتري له ، لا نقل البايع ، كما هو الظاهر من عبارة المبسوط المتقدمة المصحح به في جامع المقاصد ، وأما رواية عقبة بن خالد المتقدمة ، فلا دلالة فيها على اعتبار النقل في المنقول ، وان استدل بها (٢) عليه (٣) في التذكرة لما عرفت ، من أن الإخراج من البيت في الرواية ، نظير الإخراج من اليد كناية (٤) عن رفع اليد والتخلية للمشتري حتى لا يبقى (٥) من مقدمات الوصول إلى المشتري ، إلا ما هو من فعله ، وأما اعتبار الكيل والوزن (٦) أو كفايته في قبض المكيل أو الموزون ، فقد اعترف غير واحد بأنه (٧) تعبد لأجل النص الذي ادعى دلالة (٨) عليه

(١) الضمير المفعول يرجع إلى النقل (٢) يرجع الضمير إلى رواية عقبة (٣) مرجح الضمير هو النقل (٤) قوله (كناية) خبر لـ (أن) ، (٥) أي حتى لا يبقى شيء من مقدمات الوصول إلى المشتري ، إلا الاستيلاء والتسلط الذان هما فعل المشتري (٦) فلا يخفى ، أن الفرق بين قوله (اعتبار الكيل والوزن) وبين قوله (أو كفايته) أن في الأول ، اعتبار الكيل والوزن متعين في قبض المكيل والموزون ، كما هو قضية القول الثاني من الأقوال ، وفي الثاني ، اعتبار الكيل والوزن غير متعين في قبضهما ، فعلى الثاني يكفي في قبضهما اعتبار النقل أيضا ، كما هو قضية القول الثالث والسابع من الأقوال (٧) الضمير يرجع إلى اعتبار الكيل والوزن في قبض المكيل والموزون (٨) أي دلالة النص على اعتبار الكيل والوزن في قبض المكيل والموزون

مثل صحيحة معاوية بن وهب (١) قال : سئلت ابا عبد الله *ع* عن الرجل يبيع البيع قبل ان يقبضه ، فقال : ما لم يكن كيل او وزن ، فلا تبعه حتى تكيله او تنزهه ، الا ان توليه (٢) الذى (٣) قام عليه . وصحيحة منصور بن حازم (٤) : اذا اشترت متاعا فيه كيل او وزن ، فلا تبعه حتى تقبضه ، الا ان توليه . وفى صحيحة على بن جعفر عن اخيه (٥) عن الرجل

(١) فالظاهر ان رواية معاوية بن وهب المذكورة فى الوسائل فى ج ١٢ ص ٣٨٩ ، تدل على ان المراد بالكيل والوزن ، هو القبض ، كناية ، لانّ السائل سئل عن بيعه قبل قبضه ، فاجاب الامام *ع* بقوله (فلا تبعه حتى تكيله او تنزهه) و يظهر من المسالك ، خلاف ذلك ، حيث قال : والتحقيق هنا ، ان الخبر الصحيح دل على النهى عن بيع المكيل والموزون قبل اعتباره بهما ، لا على ان القبض لا يتحقق بدونهما (٢) التولية ، هو الاعطاء برأس المال ، فيقول بعد علمهما بالثمن وما تبعه : وليتك هذا العقد ، فاذا قبل لزمه مثله ، فوجه استثناء التولية ، انه يوليه البيع الصحيح ، ويكون هو المباشر لما يكون وفاء ، فكان اعتبار بيع التولية اعتبار قيام المشتري الثانى مقام المشتري الأول فى الطرفية للبيع ، لا انه بيع جديد حتى يعتبر فيه قبض البايع فى البيع الثانى (٣) فالمراد بقوله (الذى) هو الشخص الذى قام على العقد الأول (٤) عن منصور بن حازم عن ابي عبد الله *ع* قال : اذا اشترت متاعا فيه كيل او وزن ، فلا تبعه حتى تقبضه ، الا ان توليه ، فان لم يكن فيه كيل ولا وزن ، فبعه . ذكرها فى الوسائل ج ١٢ ص ٣٩٠ وج ١٣ ص ٦٧ (٥) اى عن اخيه موسى بن جعفر *ع* ذكرها فى الوسائل ج ١٢ ص ٣٨٩

يشترى الطعام ، أ يصلح بيعه قبل ان يقبضه ؟ قال : اذا لم يربح عليه فلا بأس ، وان ربح ، فلا يبعه حتى يقبضه (١) ورواية ابى بصير (٢) عن رجل اشترى طعاما ، ثم باعه قبل ان يكيّله ، قال : لا يعجبني ان يبيع كيلا او وزنا قبل ان يكيّله او يزنه ، الا ان يوليه ، كما اشتراه (٣) الى غير ذلك ، ممّا (٤) دلّ على اعتبار الكيل و الوزن ، لا من حيث اشتراط صحة المعاملة بهما ، و الا لم يفرق بين التولية وغيرها ، فتعيّن لأمر آخر وليس الاّ من كون ذلك قبضا للاجماع ، كما في المختلف على جواز بيع الطعام بعد قبضه ، و منه يظهر ما في المسالك ، حيث أنّه (٥) بعد ذكر

(١) فهذه الصحيحة ، يختص بالمكيل و الموزون مع التفصيل فيها بين المراجعة و التولية (٢) ذكر رواية ابى بصير في الوسائل ج ١٢ ص ٣٩٠ (٣) فلا يخفى ، أنّ في بعض النصوص المذكورة نهيا عن بيع المكيل و الموزون قبل القبض ، كصحيحة علىّ بن جعفر و صحيحة منصور بن حازم ، و في بعضها نهيا عن بيع المكيل و الموزون قبل الكيل و الوزن كصحيحة معاوية و رواية ابى بصير ، لعلّ الجمع بين الطائفتين ، يقتضى ان يكون القبض في المكيل و الموزون هو الكيل و الوزن (٤) قوله (ممّا) بيان للغير ، اى من الروايات التي تدل على اعتبار الكيل و الوزن في قبض المكيل و الموزون لا من حيث اشتراط صحة المعاملة بهما ، و ان كان الكيل و الوزن فى الروايات من حيث اشتراط صحة المعاملة بهما ، لم يفرق بين التولية و غيرها ، فتعيّن اعتبار الكيل و الوزن لأمر آخر و هو كون الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون قبضا (٥) الضمير يرجع الى صاحب المسالك

صحيحة ابن وهب ، قال (١) : و التحقيق هنا ، أنّ الخبر الصحيح (٢) يدلّ على النهى عن بيع المكيل و الموزون قبل اعتباره بهما ، لا على أنّ القبض لا يتحقق بدونهما (٣) و كون السؤال (٤)

(١) اى قال الشهيد الثانى فى المسالك ج ١ ص ١٨٥ فى السطر الآخر : و التحقيق هنا ، أنّ الخبر الصحيح ، الخ (٢) يعنى أنّ الخبر الصحيح ، يدلّ على النهى عن بيع المكيل و الموزون بدون الكيل و الوزن لا انه يدلّ على أنّ القبض فيهما لا يتحقق بدون الكيل و الوزن ، فعلى هذا لو اخبر البايع بكيله او وزنه و نقل المشتري المبيع بدون الكيل و الوزن ، حصل القبض بالنسبة الى الضمان ، و لا يجوز للمشتري بيعه بدون الكيل و الوزن . فالمراد من الخبر الصحيح ، هو صحيح معاوية بن وهب (٣) اى بدون الكيل و الوزن (٤) وهمّ و دفع ، أمّا الوهم ، فإنّ سؤال السائل فى الخبر ، وقع عن البيع قبل القبض ، و جواب الامام *ع* جواب عن السؤال المذكور ، يعنى أنّ القبض فى المكيل و الموزون منحصر بالكيل و الوزن مطلقا ، اى سواء كان راجعا الى رفع الضمان عن البايع ، ام راجعا الى جواز البيع ثانيا و عدم حرمة ، و أمّا الدفع ، فإنّ جواب الامام *ع* لا يدلّ على انحصار القبض فى المكيل و الموزون بالكيل و الوزن حتى لا يتحقق القبض فيهما بدونهما ، بل جوابه *ع* يدلّ على أنّ القبض فيهما يحصل بهما مع الزيادة ، و هو العلم بمقدار المبيع حتى يجوز بيعه ثانيا ، فعلى هذا يتحقق القبض فيهما بدون الكيل و الوزن ايضا ، كما اذا اخبر البايع بكيله او وزنه ، و نقل المشتري المبيع الى مكان آخر ، فحينئذ حصل القبض بالنسبة الى رفع الضمان عن البايع

فيه (١) وقع عن البيع قبل القبض ، لا ينافى ذلك (٢) لأن الاعتبار بهما قبض وزيادة (٣) وحينئذ (٤) فلو قيل : بالاكتفاء في نقل الضمان (٥) فيهما (٦) بالنقل (٧) عملاً بالعرف ، والخبر الآخر (٨)

(١) الضمير يرجع الى الخبر الصحيح (٢) اشارة الى قوله (لا على ان القبض لا يتحقق بدونهما) يعنى يكون اشارة الى ان القبض يتحقق فى المكيل والموزون بدونهما (٣) لعل المراد من الزيادة ، هو رفع الحرمة عن البيع الثانى او الكراهة ، يعنى ان الاعتبار بالكيل والوزن ، قبض يرفع الضمان عن البايع ، وزيادة و هو رفع الحرمة عن البيع الثانى او الكراهة ، و يحتمل ان يكون المراد من الزيادة ، هو حصول العلم بالمقدار ، يعنى زيادة فى بعض صور بيع ما يكال او يوزن ، كما اذا بيع باخبار البايع (٤) اى حين كان المستفاد من الخبر ، ان الاعتبار فى المكيل والموزون بهما قبض وزيادة و ان القبض فيهما يتحقق بدونهما فلو قيل : بالاكتفاء فى نقل ضمان المبيع عن البايع بنقل المبيع المكيل او الموزون ، كما اذا اخبر البايع فيهما بالكيل او الوزن ، و نقل المشتري المبيع عملاً بالعرف و بخبر عقبة بن خالد و بتوقف بيع المشتري المبيع ثانياً على الكيل والوزن ، امكن ان لم يكن احداث قول (٥) اى فى نقل ضمان المبيع عن البايع الى المشتري (٦) الضمير المثنى يرجع الى المكيل والموزون (٧) اى نقل المشتري المبيع الى مكان آخر ، مثلاً اذا اخبر البايع بالكيل او الوزن و باع ، كفى نقل المشتري المبيع فى تحقق القبض بالنسبة الى نقل الضمان عن البايع (٨) الخبر الآخر ، عطف على قوله (العرف) يعنى عملاً بالخبر الآخر الذى خبر عقبة

و بتوقف البيع (١) ثانيا على الكيل و الوزن ، امكن (٢) ان لم يكن احداث قول ، انتهى (٣) و الظاهر ، ان مراده بالخبر ، خبر عقبة بن خالد و قد عرفت عدم ظهوره فى اعتبار النقل (٤) ثم ان ظاهر غير واحد ، كفاية الكيل و الوزن فى القبض من دون توقف على النقل ، و الظاهر (٥) انه لا بدّ مع الكيل و الوزن من رفع يد البايع ، كما صرح به فى جامع المقاصد و لذا نبه فى موضع من التذكرة ، بان الكيل شرط فى القبض (٦) و كيف كان ، فالاولى فى المسئلة ما عرفت من ، ان القبض له معنى واحد يختلف باختلاف الموارد ، و ان كون القبض هو الكيل و الوزن ، خصوصا فى باب الصدقة ، و تشخيص ما فى الذمة ، مشكل (٧) جدا ، لان التعبد الشرعى (٨) على تقدير تسليمه ، مختص بالبيع ، الا ان يكون اجماع على اتحاد

(١) قوله (بتوقف البيع) عطف على قوله (بالنقل) ، (٢) قوله (امكن) جواب شرط (لو) ، (٣) اى انتهى ما ذكره فى المسالك (٤) اى و قد عرفت عدم ظهور الخبر المذكور فى اعتبار النقل ، لانه يمكن ان يراد منه ان الحكم ، منوط بالتخلية (٥) اى و الظاهر انه لا بدّ فى قبض المكيل و الموزون مع الكيل و الوزن من رفع يد البايع عن المبيع المكيل و الموزون حتى يتحقق القبض ، فان القبض ، هو رفع يد البايع ، و شرطه هو الكيل و الوزن (٦) فالمستفاد من قوله (بان الكيل ، شرط فى القبض) ان القبض ليس هو الكيل ، بل القبض شئ آخر ، و هو رفع اليد مثلا ، و الكيل شرطه (٧) قوله (مشكل) خبر (ان) ، (٨) يعنى ان التعبد الشرعى ، بان الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون ، هو القبض على تقدير تسليمه ، مختص بالبيع ، فلا يتعدى من مورده الى الصدقة ، و تشخيص ←

معنى القبض في البيع وغيره ، كما صرح به (١) العلامة والشهيدان و المحقق الثاني وغيرهم ، في باب الرهن والهبة ، وحكى فيها (٢) الاتفاق على الاتحاد عن ظاهر المسالك ، واستظهره الحاكي ايضا ، وعن ظاهر المبسوط في باب الهبة ، ان القبض هي التخلية فيما لا ينتقل ، و النقل و التحويل في غيره ، لكن صرح (٣) في باب الرهن ، بان كل ما كان قبضا في البيوع ، كان قبضا في الرهن والهبات والصدقات لا يختلف ذلك وعن القاضي : انه لا يكفي في الرهن التخلية ، ولو قلنا بكفايته في البيع لان البيع يوجب استحقاق المبيع ، فيكفي التمكين منه ، وهنا (٤) لا استحقاق ، بل القبض (٥) سبب في الاستحقاق ، بل (٦) ومقتضى هذا الوجه لحقوق الهبة والصدقة بالرهن ، وهذا الوجه (٧) حكاها في هبة التذكرة عن بعض الشافعية ، فقال (٨) قدس سره : القبض هنا كالقبض

→ ما في الذمة ، مشكل جدا (١) الضمير يرجع الى الاجماع على اتحاد معنى القبض في البيع وغيره (٢) اي وحكى في الهبة ، الاتفاق على اتحاد معنى القبض في البيع وغيره (٣) الضمير المستتر الفاعل يرجع الى الشيخ (ره) ، (٤) اشارة الى الرهن ، يعنى في الرهن ، لا استحقاق (٥) اي بل القبض في الرهن ، سبب للاستحقاق ، فلازمه عدم كفاية التخلية في الرهن (٦) اي بل ومقتضى هذا الوجه الذي ذكره بقوله : لان البيع يوجب استحقاق المبيع ، فيكفي التمكين منه ، وهنا لا استحقاق ، بل القبض سبب في الاستحقاق ، بل ومقتضى هذا الوجه لحقوق الهبة والصدقة بالرهن (٧) اشارة الى قوله : لان البيع بل القبض سبب في الاستحقاق (٨) اي قال صاحب التذكرة

في البيع ، ففيما لا ينقل ولا يحوّل ، التخلية ، وفيما ينقل ويحوّل ، النقل والتحويل ، وفيما يكال او يوزن ، الكيل والوزن . ثمّ حكى (١) عن بعض الشافعية ، عدم كفاية التخلية في المنقول ، لو قلنا به (٢) في البيع مستندا الى أنّ القبض في البيع مستحق (٣) وفي الهبة (٤) غير مستحق ، فاعتبر تحققه (٥) ولم يكتف بالوضع بين يديه ، ولذا (٦) لو اتلف المتهب الموهوب ، لم يصِرْ قابضا ، بخلاف المشتري ، ثمّ ضعفه (٧) بأنّه ليس بشئ ، لاتحاد القبض في الموضعين (٨) واعتبار العرف (٩) فيهما ، انتهى (١٠) و ظاهره (١١) عدم اكتفائه هنا بالوضع بين يديه

(١) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى صاحب التذكرة (٢) اي لو قلنا بكفاية التخلية في البيع (٣) يعنى أنّ القبض في البيع مستحق للمشتري (٤) يعنى أنّ القبض في الهبة ، غير مستحق للمتهب (٥) اي فاعتبر تحقق القبض في الهبة ولم يكتف في قبض الهبة بالوضع بين يدي المتهب بخلاف البيع ، فانه يكتفى فيه عن القبض بالوضع بين يدي المشتري (٦) اشارة الى الفرق بين القبض في البيع وبين القبض في الهبة (٧) اي ثمّ ضعف العلامة ما ذكره بعض الشافعية من الفرق بين القبض في البيع وبين القبض في الهبة ، بأنّ هذا الفرق بينهما ليس بشئ (٨) اي لاتحاد القبض في البيع والهبة (٩) قوله (اعتبار العرف) عطف على قوله (القبض) يعنى لاتحاد اعتبار العرف في الموضعين (١٠) اي انتهى ما ذكره في التذكرة (١١) يعنى أنّ الظاهر من كلام العلامة هنا ، أنّ الوضع بين اليدين ، لا يكفي في قبض المبيع ، كما انه لا يكفي في قبض الموهوب والحال ، أنّه مخالف للفرع المتقدم عنه في ص ٢١٥ بقوله : وما ذكره ←

وهو مخالف للفرع المتقدم عنه ، إلا ان يلتزم بكفاية التخلية في رفع الضمان ، وان لم يكن قبضا ، كما اشرنا اليه سابقا .

✽ فرعان ✽

الأول (١) : قال في التذكرة : لو باع دارا او سفينة مشحونة بامتعة البايع ، ومكّنه (٢) منها بحيث جعل له تحويلها من مكان الى مكان ، كان (٣) قبضا ، وقال (٤) ايضا : اذا كان المبيع في موضع ، لا يختص

→ الشهيد من رفع الضمان بالتخلية ، يظهر من بعض فروع التذكرة حيث قال : لو احضر البايع السلعة ، فقال المشتري : ضعه ، تم القبض الخ ، فكلامه هنا مخالف لما تقدم عنه في الفرع السابق ، فوجه المخالفة ان قضية ما تقدم ، كفاية التخلية والوضع بين يدي المشتري في قبض المبيع ، ومقتضى كلامه هنا بعد ملاحظة حكمه باتحاد معنى القبض في الموضعين ، عدم كفاية التخلية والوضع بين يدي المشتري في قبض المبيع إلا ان يلتزم ، بان كلامه هنا ليس مخالفا للفرع المتقدم عنه ، فان مراده مما تقدم ، ان الوضع بين اليدين والتخلية ، يكفي في رفع الضمان عن البايع ، ومراده من كلامه هنا ، ان الوضع بين اليدين والتخلية ، لا يكفي في قبض المبيع (١) اي الفرع الأول (٢) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى البايع ، والضمير المفعول الى المشتري (٣) اي كان التمكين المذكور قبضا (٤) اي قال العلامة (ره) ايضا : اذا كان المبيع في موضع لا يختص بالبايع ، كالمسجد والشارع والسوق وغيرها من الأمكنة التي كان الناس فيها سواء ، كفي في المنقول ، النقل من حيز الى حيز آخر

بالبائع ، كفى فى المنقول ، النقل من حيز الى حيز ، وان كان فى موضع يختص به (١) فالنقل (٢) من زاوية الى اخرى بغير اذن البائع ، لا يكفى لجواز التصرف ، و يكفى لدخوله فى ضمانه ، وان نقل باذنه ، حصل القبض ، و كأنه استعار البقعة (٣) المنقول اليها الثانى (٤) : قال فى المسالك (٥) : لو كان المبيع مكيلا او موزونا ، فلا يخلو اما ان يكون قد كيل قبل البيع (٦) او وزن ، او لا ، بان اخبر البائع بكيه او وزنه ، او باعه قدرا معيناً من صبرة مشتملة عليه (٧) فان كان الآخر (٨) فلا بدّ فى

(١) الضمير يرجع الى البائع (٢) يعنى فنقل المشتري المبيع من زاوية الى زاوية اخرى بغير اذن البائع ، لا يكفى فى تحقق القبض الذى هو موضوع لأثر جواز تصرفه فيه بالبائع ، او مطلق الاستيذان و يكفى لدخول المبيع فى ضمان المشتري ، يعنى اذا تلف ، لم يكن من مال البائع ، بل يكون من مال المشتري (٣) ، (البقعة) بالضم ، و قد فتحت : القطعة من الأرض و منه (نادى موسى فى البقعة المباركة ، ج ، بَقَع و بِقَاع (اقرب الموارد) (٤) اى الفرع الثانى (٥) قال الشهيد الثانى فى المسالك ، ج ١ ، ص ١٨٥ : السابع ، لو كان المبيع مكيلا او موزونا ، الخ (٦) اى اما ان يكون قد كيل قبل البيع الثانى او وزن او لا ، بان اخبر البائع بكيه او وزنه (٧) يرجع الضمير الى القدر المعين (٨) فالمراد من الآخر هو قوله (او باعه قدرا معيناً ، الخ) فالمراد من الأول هو قوله (اما ان يكون قد كيل قبل البيع او وزن) فالمراد من الوسط هو قوله (بان اخبر البائع بكيه او وزنه) فقد تعرض له فى المسالك ج ١ ص ١٨٥ بعد تعرضه للطرفين بقوله : و اما

تحقق قبضه (١) من كيله او وزنه ، للنص المتقدم ، وان كان الأول (٢) ففى افتقاره (٣) الى الاعتبار ثانيا لأجل القبض او الاكتفاء باعتبار الأول وجهان ، من اطلاق (٤) توقف الحكم (٥) على الكيل و الوزن ، وقد حصلنا وقوله *ع* فى النص (٦) حتى تكيله او تزنه ، لا يدل على اعتبار ازيد من اعتبار الكيل و الوزن الشامل لما وقع قبل البيع ، و من ان الظاهر (٧) ان ذلك (٨) لأجل القبض ، لا لتحقق شرط صحة البيع الثانى (٩) فلا بد له من اعتبار جديد (١٠) بعد العقد ، و به صرح العلامة و الشهيد و جماعة ، و هو (١١) الأقوى ، و يدل عليه (١٢)

→ الثانى ، فان اكتفينا بالاعتبار الأول فى الأول ، كفى الاخبار فيه ، و اختارهما فى التذكرة ، و ان لم يكتف بالسابق فى الأول ، لم يكتف بالاخبار فى الثانى بطريق اولى ، انتهى كلامه (١) يرجع الضمير الى المبيع الذى كان قدرا معيناً من صبرة مشتملة عليه (٢) فالمراد من الأول هو قوله : أما ان يكون قد كيل قبل البيع او وزن (٣) اى ففى افتقار المبيع الى الاعتبار بالكيل و الوزن ثانيا فى البيع الثانى ، لأجل القبض ، او الاكتفاء بالاعتبار بالكيل و الوزن الأول ، وجهان (٤) قوله (من اطلاق ، الخ) وجه للاكتفاء بالاعتبار الأول (٥) فالمراد من الحكم هو جواز البيع (٦) فالمراد من النص ، هو خبر معاوية بن وهب (٧) قوله (من ان الظاهر ، الخ) وجه لافتقاره الى الاعتبار ثانيا ، لأجل القبض (٨) اشارة الى ما ورد فى النص من قوله *ع* : حتى تكيله او تزنه (٩) قوله (الثانى) صفة للبيع (١٠) اى فلا بد له من اعتبار كيل جديد او وزن جديد بعد العقد (١١) يرجع الضمير الى اعتبار جديد (١٢) الضمير يرجع الى اعتبار كيل جديد او ←

بيان المطالب في شرح المكاسب

قوله *ع* : الآ ان يوليه (١) فانّ الكيل السابق ، شرط لصحة البيع فلا بدّ منه (٢) فى التولية وغيرها (٣) فدّل على أنّ ذلك (٤) لأجل القبض ، لا لصحة البيع ، انتهى المهمّ من كلامه (ره) ، (٥) . اقول : يبعد التزام القائلين بهذا القول (٦)

→ وزن جديد (١) فلا يخفى ، أنّ العقد باعتبار الاخبار برأس المال و عدمه ، اربعة اقسام ، لانهّ اماّ يخبر به ، او لا ، والثانى * المساومة * و هى افضل اقسامه ، والأول اماّ ان يبيع برأس المال ، او بزيادة عليه ، او نقصان عنه ، والأول * التولية * والثانى * المراهجة * والثالث * المواضعة * ، (٢) الضمير يرجع الى شرط الصحة (٣) وحاصل هذه العبارة : أنّ الكيل ، شرط لصحة البيع فى التولية وغيرها من المساومة و المراهجة و المواضعة ، فانّ اعتبار الكيل السابق ، يكفى فى التولية بالنسبة الى شرط الصحة و بالنسبة الى القبض ايضا ، لانّ المشتري الثانى كان فى التولية قائما مقام المشتري الأول ، و كان قبضه قبضا له ، لا فى غيرها ، فانّ الكيل السابق فى المساومة و المراهجة و المواضعة ، يكفى بالنسبة الى شرط الصحة ، و لا يكفى بالنسبة الى القبض ، فلا بدّ له فيها من اعتبار الكيل الجديد (٤) فدّل استثناء التولية على أنّ قوله (فلا تبعه حتى تكيله او تزنه) لأجل القبض ، لا لصحة البيع (٥) اى من كلام صاحب المسالك (ره) (٦) فالمراد من هذا القول ، هو الاعتبار الجديد بعد العقد ، لأجل القبض ، فالحاصل ، أنّه يبعد التزام القائلين بهذا القول ببقاء المكيل و الموزون بعد الكيل و الوزن و العقد و بعد الأخذ و التصرف فى بعضه فى ضمان البايح حتى يكيله ثانيا ، لأجل القبض ، او يزنه ، و ان لم ←

ببقاء المكيل (١) و الموزون بعد الكيل و الوزن و العقد عليه و الأخذ و التصرف في بعضه في ضمان البايع (٢) حتى يكيّله ثانيا او يزنه ، و ان لم يرد بيعه ثانيا ، و كذا (٣) لو كاله و قبضه ، ثم عقد عليه . و قد تفتن لذلك (٤) المحقق الأردبيلي (ره) فيما حكى من حاصل كلامه ، حيث نزل ما دلّ على اعتبار الكيل و الوزن في البيع الثاني على ما اذا لم يعلم كيله او وزنه ، بل وقع البيع الأول من دون كيل ، كما اذا اشترى اصوعا من صبرة مشتملة عليها ، او اشترى باخبار البايع ، أمّا اذا كاله بحضور المشتري ثم باعه ايّاه ، فاخذه و حمله الى بيته و تصرف فيه بالطحن و العجن و الخبز ، فلا شكّ في كونه قبضا مسقطا للضمان ، مجوّزا للبيع ، و لا يلزم تكلف البايع بكيّله مرّة اخرى للاقباض ، الى ان قال : ما حاصله ، انّ كون وجوب الكيل مرّة اخرى للقبض مع تحقّقه أولا عند الشراء ، كما نقله (٥) في المسالك عن العلامة و الشهيد و جماعة قدّس الله اسرارهم ، و قوّاه (٦) ليس (٧) بقوى ، انتهى (٨)

→ يرد بيعه ثانيا (١) قوله (ببقاء المكيل) متعلق بقوله (التزام (٢) قوله (في ضمان البايع) متعلق بقوله (بقاء) ، (٣) اي و كذا يبعد التزام القائلين بهذا القول ببقاء المكيل و الموزون بعد الكيل و القبض و العقد عليه في ضمان البايع حتى يكيّله ثانيا (٤) اشارة اي بعد القول المذكور (٥) اي كما نقل وجوب الكيل مرّة اخرى للقبض في المسالك عن العلامة (٦) قوله (قوّاه) عطف على قوله (نقله) ، (٧) قوله (ليس بقوى) خبر لـ (ان) ، (٨) اي انتهى ما حكى عن المحقق الأردبيلي

وقال في جامع المقاصد ، عند شرح قول المصنف : أنّ التسليم (١) بالكيل والوزن فيما يكال او يوزن على رأى، المراد (٢) به (٣) الكيل الذى يتحقق به اعتبار البيع ، ولا بدّ من رفع البايع يده عنه ، فلو وقع الكيل و لم يرفع البايع يده ، فلا تسليم ولا قبض ، ولو اخبره البايع بالكيل او الوزن ، فصدقه (٤) واخذ على ذلك ، حصل القبض ، كما نصّ عليه فى التذكرة ، ثمّ قال : ولو اخذ المبيع جزافا او اخذ ما اشتراه كيلا وزنا (٥) او بالعكس ، فان تيقّن حصول الحق فيه ، صحّ (٦) والآ فلا ذكره فى التذكرة . والذى ينبغى ان يقال : أنّ هذا الأخذ (٧) باعطاء

(١) قوله (أنّ التسليم بالكيل ، الخ) مقول لـ (قول المصنف) ، (٢) قوله (المراد به ، الخ) مقول لـ (قال) اى قال فى جامع المقاصد فى ص ٢٥٧ المراد به الكيل ، الخ (٣) يرجع الضمير الى الكيل فى قوله (أنّ التسليم بالكيل) ، (٤) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى المشتري ، والضمير المفعول الى البايع (٥) يعنى او اخذ وزنا الطعام الذى اشتراه كيلا او بالعكس ، يعنى او اخذ كيلا الطعام الذى اشتراه وزنا (٦) يعنى لو اخذ المبيع جزافا ، فان تيقن وقطع باشتمال المأخوذ على المبيع ، صح القبض فى تمام المبيع ، ولو لم يقطع ولم يتيقن باشتمال المأخوذ على المبيع فمقدار المأخوذ محسوب من المبيع وصحّ القبض بالنسبة الى المأخوذ ، و لم يصحّ بالنسبة الى غير المأخوذ ، وكذا لو اخذ ما اشتراه كيلا وزنا او بالعكس ، والضمير فى قوله (فيه) يرجع الى المأخوذ (٧) والحاصل أنّ اخذ المبيع جزافا او اخذ ما اشتراه كيلا وزنا او بالعكس باعطاء البايع ، موجب لانتقال ضمان المبيع من البايع الى المشتري وانتقال

البائع ، موجب لانتقال ضمان المدفوع الى المشتري و انتفاء سلطنة البائع (١) لو اراد حبسه ليقبض الثمن ، لا التسلط على بيعه ، لان بيع ما يكال او يوزن قبل كيله او وزنه ، على التحريم او الكراهة ، ولو كيل (٢) قبل ذلك ، فحضر كيله او وزنه ، ثم اشتراه و اخذه بذلك الكيل ، فهو (٣) كما لو اخبره بالكيل او الوزن ، بل هو (٤) اولى ، انتهى (٥) ثم الظاهر ان مراد المسالك (٦) مما نسبه الى العلامة و الشهيد و جماعة من وجوب

→ سلطنة البائع على المبيع على حبسه لو اراد حبسه ليقبض الثمن ، لا ان هذا الأخذ المذكور ، موجب لتسلط المشتري على بيعه للغير ، لان بيع ما يكال او يوزن قبل كيله او وزنه ، على التحريم او الكراهة على الخلاف (١) اي انتفاء سلطنة البائع على حبس المبيع لو اراد حبسه ليقبض الثمن (٢) اي ولو كيل قبل الأخذ ، فحضر المشتري كيله او وزنه ، ثم اشتراه و اخذه بذلك الكيل ، حصل القبض بالنسبة الى انتقال ضمان المبيع عن البائع الى المشتري و بالنسبة الى انتفاء سلطنة البائع على حبسه لو اراد حبسه ليقبض الثمن ، لا بالنسبة الى اثر زوال حرمة قبل الكيل او الوزن او كراهته ، فهو ، كما لو اخبر البائع بالكيل او الوزن بالنسبة الى انتقال ضمان المبيع من البائع الى المشتري و بالنسبة الى انتفاء سلطنة البائع على حبسه لو اراد حبسه ليقبض الثمن ، بل هو اولى من الاخبار ، لانه حضر كيله (٣) قوله (فهو) جواب شرط (لو) ، (٤) ضمير (هو) عطف على مدخول الفاء في قوله (فهو) ، (٥) اي انتهى ما ذكره في جامع المقاصد (٦) قوله (ان مراد المسالك ، الخ) اشارة الى ما تقدم في ص ٢٢٩ بقوله : فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد ، و به صرح العلامة و الشهيد و ←

تجديد الاعتبار لأجل القبض ، و ما ذكره في القواعد تفريعا على هذا القول (١) انه لو اشترى مكايلة و باع مكايلة ، فلا بدّ لكل بيع من كيل جديد ليتم القبض . قال في جامع المقاصد في شرحه (٢) : انه لو اشترى ما لا يباع الا مكايلة و باع كذلك ، لا بدّ لكل بيع من هذين من كيل جديد (٣) لانّ كلّ بيع لا بدّ له من قبض . قال (٤) بعد ذلك : و لو انه حضر

→ جماعة ، وهو الأقوى (١) ، (هذا القول) اشارة الى قوله (ان التسليم بالكيل و الوزن فيما يكال او يوزن على رأى) حيث قال في القواعد ص ١٥٠ و الكيل و الوزن فيما يكال او يوزن على رأى ، فحينئذ لو اشترى مكايلة و باع مكايلة ، فلا بدّ لكل بيع من كيل جديد ليتم القبض ، انتهى ما ذكره في القواعد ، فيكون مراد المسالك ممّا نسبه الى العلامة ، من وجوب تجديد الاعتبار لأجل القبض ، ما ذكره في القواعد تفريعا على هذا القول ، انه لو اشترى مكايلة و باع مكايلة ، فلا بدّ لكل بيع من كيل جديد ليتم القبض (٢) اى فى شرح التفريع (٣) فالمراد من قوله (لا بدّ لكل بيع من هذين من كيل جديد) انه لا بدّ فى ترتب جميع آثار القبض من انتقال الضمان من البايع الى المشتري وعدم حرمة البيع بعد الشراء او عدم كراهته من كيل جديد غير الكيل الواقع قبل البيع (٤) اى قال فى جامع المقاصد ص ٢٥٨ بعد ذلك : و لو انه حضر الكيل المتعلق بالبيع الأول ، (الخ) فالمستفاد من قول جامع المقاصد ، انه لو حضر المشتري الكيل المتعلق بالبيع الأول ، لم يحتج الى كيل جديد ، لانّ ذلك قائم مقام كيله بالنسبة الى انتقال الضمان من البايع الى المشتري ، و ان لم يقم مقامه بالنسبة الى اثر جواز البيع ثانيا

الكيل المتعلق بالبيع الأول ، فاكتفى به ، او اخبره البايع ، فصدقه ، لكفى نقله ، وقام ذلك (١) مقام كيله . وفي الدروس ، بعد تقوية كفاية التخلية في رفع الضمان ، لا في زوال تحريم البيع او كراهته قبل القبض قال : نعم لو خلّى بينه وبين المكيل ، فامتنع (٢) حتى يكتاله ، لم ينتقل اليه الضمان ، ولا يكفي الاعتبار الأول (٣) عن اعتبار القبض ، انتهى (٤)

(١) اشارة الى الحضور في الكيل الأول ، يعنى قام الحضور في الكيل المتعلق بالبيع الأول مقام كيله الجديد بالنسبة الى انتقال الضمان من البايع الى المشتري ، وان لم يقيم مقامه بالنسبة الى اثر جواز البيع ثانياً وكذلك اخبار البايع وتصديقه (٢) يعنى قال المشتري : لا اقبضه حتى اكتاله (٣) قوله (لا يكفي الاعتبار الأول عن اعتبار القبض) يحتمل ان يكون كلاماً مستقلاً متضمناً لحكم مستقل ، فيكون عطفاً على قوله (نعم لو خلّى) يعنى قال في الدروس : لا يكفي الاعتبار الأول عن اعتبار القبض ، و يحتمل ان يكون تتمّة لما قبله ، وهو قوله (نعم لو خلّى ، الخ) فعلى هذا ، يكون عطفاً على قوله (لم ينتقل اليه الضمان) ونبه المصنف على الاحتمال الثاني في ص ٢٤١ الآتية بقوله (فلا يبعد ان يكون تتمّة لما قبله ، الخ) والفرق بين الاحتمالين ، انه على الاحتمال الأول ، يكون للعبارة المذكورة اطلاق يشمل صورة الاعتبار بالكيل في الخارج قبل البيع الأول ، وصورة بيع المكيل بعنوان انه على كيل معين من كلى في الذمة ، وصورة بيع المكيل بعنوان انه على كيل معين من صبرة خارجية ، بخلافه على الاحتمال الثاني لانه مختص بغير الصورة الاولى (٤) اى انتهى ما ذكره في الدروس

وهذا (١) ما يمكن الاستشهاد به من كلام العلامة و الشهيد و المحقق —
 الثانى ، لاختيارهم و جوب تجديد الكيل و الوزن لأجل القبض ، و ان كيل
 او وزن قبل ذلك ، لكن الانصاف ، انه ليس فى كلامهم (٢) و لا غيرهم ، ما
 يدل على ان الشئ الشخصى المعلوم كيله او وزنه قبل العقد اذا عقد عليه
 (٣) و جب كيله مرة اخرى لتحقق القبض ، كما يظهر (٤) من المسالك

(١) يعنى هذا الذى ذكرناه ، هو ما يمكن الاستشهاد به من كلام العلامة
 و الشهيد و المحقق الثانى ، لاختيارهم و جوب تجديد الكيل و الوزن
 لأجل القبض ، و ان كيل او وزن قبل ذلك ، فلا يخفى ، ان الموارد فى
 المسئلة ، اربعة : * احدها * انه اذا عقد على كيل معلوم كلى ، كقوله :
 بعتك احد عشر منّا من الحنطة ، و * ثانيها * انه اذا عقد على كيل معلوم
 كلى من صبرة معينة ، كقوله : بعتك احد عشر منّا من هذه الصبرة ، و
 * ثالثها * اذا عقد على جزئى محسوس ، كقوله : بعتك هذه الحنطة ، على
 انه احد عشر منّا ، و * رابعها * انه اذا عقد على ان الشئ الشخصى
 المعلوم كيله بالكيل و وزنه بالوزن قبل العقد ، و المصنف (ره) زعم انه ليس
 فى كلامهم و لا غيرهم ما يدل على ان الشئ الشخصى المعلوم كيله او وزنه
 قبل العقد اذا عقد عليه ، و جب كيله مرة اخرى لتحقق القبض ، الا ما يظهر
 من المسالك ، فلذا قال : (لكن الانصاف انه ، الخ) فالمستفاد من كلام
 المصنف (ره) انهم ذهبوا الى وجوب الكيل الجديد فى غير الأخير ، لا فى
 الأخير ، و المسالك ذهب الى وجوب الكيل الجديد فى الأخير ايضا (٢)
 يرجع الضمير الى العلامة و الشهيد و المحقق الثانى (٣) الضمير يرجع
 الى الشئ الشخصى (٤) اى كما يظهر وجوب الكيل مرة اخرى لتحقق ←

فلا يبعد ان يكون كلام الشيخ قدس سره و من تبعه في هذا القول (١) و كلام العلامة و من ذكر فروع هذا القول مختصا بما اذا عقد على كيل معلوم من كلى او من صبرة معينة او على جزئى محسوس على انه كذا و كذا ، فيكون (٢) مراد الشيخ و الجماعة من قولهم : اشترى مكايلا ، انه اشترى بعنوان الكيل و الوزن في مقابل ما اذا اشترى ما علم كيله سابقا من دون تسمية الكيل المعين في العقد ، لكونه (٣) لغوا ، و الظاهر ان هذا (٤) هو الذى يمكن ان يعتبر في القبض في غير البيع ايضا من الرهن و الهبة

→ القبض من المسالك (١) فالمراد من (هذا القول) هو القول باعتبار الكيل و الوزن في قبض المكيل و الموزون (٢) يعنى اذا كان كلام الشيخ و من تبعه و العلامة في هذا القول مختصا بما اذا عقد على كيل معلوم من كلى او من صبرة معينة او على جزئى محسوس على انه كذا و كذا ، يكون مراد الشيخ و الجماعة من قولهم : اشترى مكايلا ، انه اشترى بعنوان الكيل كقوله : بعثك احد عشر منّا ، او بعثك احد عشر منّا من هذه الصبرة ، او بعثك هذه الحنطة الموجودة على انها احد عشر منّا ، في مقابل ما اذا اشترى ما علم كيله سابقا من دون تسمية الكيل المعين في العقد ، مثلا اذا حضر المشتري الثانى الكيل المتعلق بالبيع الأول و رأى كيله ، فحينئذ لا يحتاج في البيع الثانى الى تسمية الكيل المعين في العقد ، لكونه لغوا (٣) يرجع الضمير الى تسمية الكيل ، اى لكون تسمية الكيل لغوا فى اشتراء ما علم كيله سابقا (٤) يعنى و الظاهر ان هذا الذى ذكرناه فى البيع ، من ان هذا القول ، مختص بما اذا اشترى بعنوان الكيل ، يمكن ان يعتبر في القبض في غير البيع ايضا من الرهن و الهبة

فلو رهن اناء معينًا من صفر (١) مجهول الوزن ، او معلوم الوزن ، او وهبه خصوصا على القول بجواز هبة المجهول ، فالظاهر انه لا يقول احد ، بانه يعتبر في قبضه وزنه ، مع عدم تعلق غرض في الهبة بوزنه اصلا ، نعم لو رهن او وهب مقدارا معينًا (٢) من الكيل او الوزن ، امكن القول باشتراط اعتباره في قبضه ، و ان قبضه (٣) جزافا ، كلا قبض ، فظهر ان قوله في القواعد : اشترى مكايلة (٤) و هو العنوان المذكور في المبسوط لهذا القول (٥) كما عرفت (٦) عند نقل الأقوال يراد (٧) به ما ذكرنا ، لا ما عرفت (٨) من جامع المقاصد

(١) ، (الصفر) بالضم : الذهب (اقرب الموارد) ، (٢) يعني لو قال : رهنتك احد عشر منّا من الحنطة ، او وهبتك احد عشر منّا من الحنطة ، امكن باعتبار الكيل و الوزن في قبضه (٣) و ان قبضه من دون الكيل ، كلا قبض فالمراد من الجزاف هنا ، بدون الكيل (٤) اى تقدم فى ص ٢٣٤ بقوله : انه لو اشترى مكايلة و باع مكايلة ، فلا بدّ لكل بيع من كيل جديد ، ليتمّ القبض (٥) فالمراد من (هذا القول) ان القبض فيما يعتبر كيله هو الكيل و فيما يعتبر وزنه هو الوزن (٦) اى كما عرفت فى ص ٢٠٨ بقوله : وان كان اشتراه مكايلة ، فالقبض فيه ان يكيّله (٧) يعنى ان قوله فى القواعد (اشترى مكايلة) يراد به ما ذكرنا من انه مختص بما اذا اخذ عنوان الكيل فى العقد ، فحينئذ فلا بدّ لكل بيع من كيل جديد ليتمّ القبض ، و غير شامل لما لم يؤخذ عنوان الكيل فى العقد ، اما لمعلومية كيله قبل العقد ، او لجواز العقد عليه جزافا ، كما لو اخذ المبيع جزافا و تيقن حصول الحق فيه (٨) اى لا ما عرفت من جامع المقاصد ، حيث انه فسّر قول العلامة : لو

ويؤيده (١) تكرار المكيالة في قوله : و باع مكيالة ، و يشهد له (٢) ايضا قول العلامة في غير موضع من التذكرة : لو قبض جزافا ما اشتراه مكيالة

→ اشترى مكيالة و باع مكيالة ، في ص ٢٥٨ بقوله : اي لو اشترى شيئا لا يباع الا مكيالة و باع كذلك ، الخ ، فان ما فسّر قول العلامة به في جامع المقاصد يشمل للبيع الذي لم يؤخذ فيه عنوان الكيل ، كمعلومية كيله قبل القبض ، و الحال ، ان قول العلامة في القواعد : (اشترى مكيالة) مختص بما اشتراه بعنوان الكيل (١) الضمير المفعول يرجع الى ما ذكرنا يعنى يؤيد ما ذكرنا تكرار المكيالة في قول العلامة في القواعد (و باعه مكيالة) و وجه التأييد ، ان المكيالة قيد لفائدة ، و لا فائدة فيه على ما ذكره في جامع المقاصد ، لان المكيالة بمعنى الذي ذكره في جامع المقاصد في تفسير قول العلامة يعنى عنها ذكرها في قوله (اشترى مكيالة) بخلافه على ما ذكره المصنف (ره) من ان المراد من المكيالة ، هو اشتمال العقد على عنوان الكيل ، فانه يفيد الاحتراز عن بيعه ثانيا بدون ذكر الكيل في ذلك البيع الثاني ، لأجل حضور المشتري الثاني عند كيله ، لأجل القبض بالنسبة الى البيع الأول (٢) اي و يشهد لما ذكرنا ايضا قول العلامة (ره) في غير موضع من التذكرة ، و وجه الشهادة ، ان فرض القبض جزافا فيما اشتراه مكيالة ، لا يكون الا اذا اريد ما ذكره المصنف (ره) من عدم شموله لما كيل قبل العقد عند حضور المشتري الثاني ، ثم عقد عليه ، بخلاف ما ذكره في جامع المقاصد ، لانه لا جزاف بوجود ذلك الكيل الأول عند حضور المشتري الثاني حتى يقال : لو قبض جزافا فيما اشتراه مكيالة ، فلا بد ان يكون مراده غير هذه الصورة

و يشهد له ايضا (١) قوله في موضع آخر: لو اخذ ما اشترى كيلا وزنا ، و بالعكس ، فان تيقن حصول الحق فيه ، الخ ، و اظهر (٢) من ذلك فيما ذكرنا ما في المبسوط ، فانه بعد ما صرح باتحاد معنى القبض في البيع و الرهن وغيرهما ، ذكر انه لو رهن صبرة على انه كيل كذا ، فقبضه ان

(١) اي و يشهد لما ذكرنا ايضا قوله في موضع آخر : لو اخذ ما اشترى الخ ، و وجه الشهادة في قوله (لو اخذ ما اشترى كيلا وزنا) ان الترديد بين تيقن حصول الحق فيه و عدمه ، لا يحصل فيما اذا كيل اولاً ، ثم عقد عليه ، كما هو واضح ، فلا بد ان يكون مراده من هذه العبارة غير هذه الصورة (٢) فوجه اظهريته فيما ذكره المصنف ، ان المراد من الجزاف في قوله (لو رهنها جزافا) عدم ذكر الكيل في العقد مع كونها كيلت اولاً ، او اخبار الراهن بالكيل ، و ان المراد من الجزاف في قوله (عدم جواز بيع الصبرة جزافا) هو عدم ذكر عنوان الكيل في العقد مع عدم كيلها سابقا و مع عدم اخبار البايح بكيلها ، فالحاصل : ان الصور ثلاث ، * احدها * ان يذكر عنوان الكيل في العقد ، و * ثانيها * ان يبيع جزافا مع انه كيل او اخبار البايح بكيلها ، و * ثالثها * ان يبيع جزافا مع عدم الكيل السابق و مع عدم اخبار البايح بالكيل ، فعلى هذا ان القبض في الصورة الاولى كيله ، حيث قال (لو رهن صبرة على انه كيل كذا ، فقبضه ان يكيله) و ان القبض في الصورة الثانية نقله ، حيث قال (و لو رهنها جزافا ، فقبضه ان ينقله من مكانه) و ان البيع في الصورة الثالثة ، ليس بجائز ، حيث قال (عدم جواز بيع الصبرة جزافا) فالمستفاد من كلام الشيخ الطوسي (ره) ، ان القبض في المكيل كيله في صورة ذكر عنوان الكيل في العقد و هو الذي ←

يكيه ، و لو رهنها جزافا ، فقبضه ان ينقله من مكانه ، مع انه اختار عدم جواز بيع الصبرة جزافا ، فافهم . و اما قوله في الدروس (١) : و لا يكفى الاعتبار الأول عن اعتبار القبض ، فلا يبعد ان يكون تنمة لما قبله من قوله : نعم لو خلى بينه و بين المكيل ، فامتنع حتى يكتاله

→ ذهب اليه المصنف (ره) ، (١) اما قوله في الدروس : (و لا يكفى الاعتبار الأول عن اعتبار القبض) الذي تقدم في ص ٢٣٥ فلا يبعد ان يكون تنمة لما قبله من قوله : (نعم لو خلى بينه و بين المكيل ، فامتنع حتى يكتاله) و ان لا يكون كلاما مستقلا متضمنا لحكم مستقل ، فالفرق بين احتمال كونه تنمة لما قبله و بين احتمال كونه كلاما مستقلا ، انه على الاحتمال الثانى يكون لهذه العبارة اطلاق يشمل صورة الاعتبار بالكيل فى الخارج قبل البيع الأول و غيرها من بيع كيل معين كلى من الذمة ، بان يقول : بعثك ثمانية امان من الحنطة فى الذمة ، و بيع كيل معين كلى من الصبرة بان يقول : بعثك ثمانية امان من هذه الصبرة ، فعلى هذا الاحتمال ، يكون ما ذكره فى الدروس ، مخالفا لما ذكره المصنف (ره) ، و انه على الاحتمال الأول يكون كلامه مختصا بصورة بيع معين كلى من الذمة او من الصبرة الخارجية و لا يشمل صورة الاعتبار بالكيل فى الخارج قبل البيع الأول و وجه اختصاصه بما ذكر ، هو ظهور قوله (فامتنع حتى يكتاله) فى عدم تحقق الكيل فى السابق قبل البيع ، لانه لا وجه لامتناع المشتري حتى يكتاله الا مع الجهل بمقدار ما خلى بينه و بين المشتري ، و لا جهل مع تحقق الكيل فى السابق قبل البيع الأول ، و على هذا يكون المراد من الاعتبار فى كلام الدروس هو تقدير المبيع بكيل معين فى متن العقد و رفع ←

و موردہ (١) بيع كيل معين كلى ، فلا يدل على وجوب تجديد اعتبار ما اعتبر قبل العقد ، ثم ان ما ذكره (٢) في المسالك في صحيحة ابن وهب أولا من ان قوله : لا تبعه حتى تكيله ، يصدق مع الكيل السابق ، ثم استظهاره ثانيا بقرينة استثناء بيع التولية ، ان المراد غير الكيل المشترط

→ الجهالة عنه بذكر كيل معين فيه ، بان يقول : بعتك ثمانية امان من الحنطة في الذمة ، او من هذه الصبرة ، فعلى هذا الاحتمال ما ذكره في الدروس ، موافقا لما ذكره المصنف (ره) من انه اذا باعه بعنوان الكيل اى ان يذكر الكيل في العقد ، فقبضه كيله ، بان يقول : بعتك احد عشر من الحنطة في الذمة ، او بعتك احد عشر من هذه الصبرة ، او عقد على جزئى محسوس على انه كذا ، بان يقول : بعتك هذه الحنطة الموجودة على انه احد عشر من الحنطة ، واما اذا باع ما علم كيله سابقا بانه ثمانية امان فقبضه نقله ، لا كيله ، فحينئذ لا يذكر الكيل في العقد ، لكونه لغوا (١) اى مورد ما ذكره في الدروس ، بيع كيل معين كلى ، فحينئذ لا يدل على وجوب تجديد اعتبار الكيل الذى اعتبر قبل العقد (٢) فالمراد من قوله (ما ذكره في المسالك) هو ما تقدم فى ص ٢٢٩ بقوله : (قوله ع) فى النص : حتى تكيله او تزنه ، لا يدل على اعتبار ازيد من اعتبار الكيل و الوزن الشامل لما وقع قبل البيع) و مفاد قوله شمول النص للكيل السابق على البيع الأول ، ان الكيل السابق عليه من مصاديق الكيل فى النص ، و المصنف يقول : انه ليس كذلك ، بل المراد من الكيل فى قوله (حتى تكيله) هو الكيل المتوسط بين البيع الأول و البيع الثانى ، فلا عموم له ولا اطلاق حتى يشمل الكيل السابق

في صحة العقد ، لم يعلم له وجه (١) اذ المراد من الكيل والوزن في تلك الصحيحة وغيرها ، هو الكيل المتوسط بين البيع الأول والثاني ، وهذا غير قابل لارادة الكيل المصحح للبيع الأول ، فلا وجه لما ذكره أولا اصلا ، ولا وجه (٢) لارادة المصحح للبيع الثاني حتى يكون استثناء التولية ، قرينة على عدم ارادته ، لاشتراك التولية مع غيرها في توقف صحتها على الاعتبار ، لأن السؤال عن بيع الشئ قبل قبضه ، ثم الجواب بالفرق بين المكيل والموزون ، لا يمكن ارجاعها (٣) الى السؤال و

(١) قوله (لم يعلم له وجه) خبر لـ (ان) في قوله (ان ما ذكره) (٢) فلا يخفى ، ان وجه ارادة المصحح للبيع الثاني في المسالك ، حتى يكون استثناء التولية ، قرينة على عدم ارادته ، هو ان الكيل في النص في حد نفسه ، لولا استثناء التولية ، محتمل لان يراد منه الكيل ، لأجل القبض وان يراد منه الكيل ، لأجل معرفة مقدار المبيع المصحح للبيع الثاني واما يرفع عن ارادة الثاني ويحمل على ارادة الأول ، لأجل استثناء التولية لاشتراكها وغيرها في توقف صحة البيع في المكيل والموزون على اعتبار الكيل والوزن ، لأجل معرفة مقدار المبيع ، والمصنف (ره) يقول في رده : لا وجه لارادة المصحح للبيع الثاني من الكيل الذي ذكر في الخبر لأن السؤال في الخبر عن بيع الشئ قبل قبضه ، ثم الجواب عن الامام ع* بالفرق بين المكيل والموزون ، لا يمكن ارجاعها الى السؤال والجواب عن شرايط البيع الثاني ، بل الكلام سؤالا وجوابا نص في ارادة قابلية المبيع قبل القبض للبيع وعدمها (٣) يرجع الضمير الى ما ذكر في السؤال وما ذكر في الجواب

الجواب عن شرايط البيع الثانى ، بل الكلام سؤالاً و جواباً نص فى ارادة قابلية المبيع قبل القبض للبيع وعدمها ، فالاولى (١) ان استثناء التولية ناظر الى الفرق بين البيع مكايلة بان يبيعه ما اشتراه على انه كيل معين فيشترط قبضه بالكيل و الوزن ، ثم اقباضه ، و بين ان يوليه البيع الأول من غير تعرض فى العقد لكيله و وزنه ، فلا يعتبر توسط قبض بينهما ، بل يكفى قبض المشتري الثانى عن الأول . و بالجملة ، فليس (٢) فى الصحيحة تعرض لصورة كيل الشئ أولاً قبل البيع ، ثم العقد عليه و التصرف فيه بالنقل و التحويل ، و ان بيعه (٣) ثانياً بعد التصرف ، هل يحتاج الى كيل جديد لقبض البيع الأول ، لا (٤) لاشتراط معلومية المبيع فى البيع الثانى ، ام لا ؟ بل ليس فى كلام المعترضين لبيع ما لم يقبض ، تعرض

(١) فالاولى ، ان استثناء التولية فى النص ، ناظر الى الفرق بين البيع مكايلة ، و بين ان يوليه البيع الأول ، بان يقول : ولّيتك العقد ، او يقول : بعثك ما اشتريته بنفس الثمن ، سواء كان المبيع كلياً فى الذمة ، او كلياً فى الصبورة ، او منّا شخصية ، فانه يعتبر توسط قبض بينهما فى الأون ، دون الثانى (٢) يعنى فليس فى صحة معاوية بن وهب ، تعرض لصورة كيل الشئ أولاً ، قبل البيع ، ثم العقد عليه و التصرف فيه بالنقل و التحويل (٣) قوله (ان بيعه ثانياً) عطف على قوله (كيل الشئ) يعنى فليس فيها تعرض لصورة ان بيع الشئ ثانياً بعد التصرف بالنقل و التحويل ، هل يحتاج الى كيل جديد لقبض البيع ، ام لا ؟ (٤) قوله (لا) عاطفة ، فانّها عطفت قوله (لاشتراط ، الخ) على قوله ←

لهذه الصورة

﴿ القول في وجوب القبض ﴾

﴿ مسألة ﴾

يجب على كل من المتبايعين ، تسليم ما استحقه الآخر بالبيع ، لاقتضاء العقد (١) لذلك ، فان قال : كل منهما لا ادفع حتى اقبض ، فالأقوى اجبارهما معا ، وفاقا للمحكي عن السرائر و الشرايع ، و كتب العلامة

→ (لقبض البيع الأول) ، (١) فلا يخفى ، ان مدلول عقد البيع بالمطابقة ليس الا تمليك عين بعوض من دون تضمنه للتسليم ، فكون التسليم من مقتضى العقد لأحد الوجهين ، ﴿ احدهما ﴾ ان التسليم من لوازم الملك لأجل الناس مسلطون على اموالهم ، فلصاحب المال المطالبة ، وعلى من بيده المال تسليمه اليه ، و حيث ان هذا من لوازم الملك ، صح ان يقال : ان وجوب التسليم من مقتضى العقد من حيث مدلوله الالتزامى ، لا من حيث مدلوله المطابقي او التضمنى ، و ﴿ ثانيهما ﴾ عن غير واحد ، من بناء عقود المعاوضات على كون التمليك بازاء التمليك ، و التسلط الخارجى بازاء التسلط الخارجى ، لا ان عقد البيع بما هو عقد البيع ، يقتضى ذلك بتخيّل ان المقصود بعقد البيع هو التسلط بازاء التسلط ، بل بمعنى ان المنكشف عن بناء العقلاء فى باب المعاوضات المالية التزام المتعاملين بالتزام بيعى بالتمليك بازاء التمليك ، و التزام شرطى ضمنى بالتسليط بازاء التسليط ، فيحصل لكل منهما بسبب هذا الالتزام ، استحقاق تسلّم العين بازاء تسليم بدلها ، فيكون الملتزم به هو التسليم المعاوضى

والايضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك وغيرها . وعن ظاهر التنقيح ، الاجماع عليه (١) لما فى التذكرة ، من أنّ كلّ منهما قد وجب له حقّ على صاحبه ، وعن الخلاف ، أنّه يجبر البايع أولاً على تسليم المبيع ، ثمّ يجبر المشتري على تسليم الثمن ، سواء كان الثمن عينا او فى الذمة ، لأنّ الثمن انما يستحق على المبيع ، فيجب أولاً تسليم المبيع ليستحق الثمن . ولعلّ وجهه ، دعوى انصراف اطلاق العقد الى ذلك (٢) ولذا استقرّ العرف الى تسمية الثمن عوضا وقيمة ، ولذا يقبّحون مطالبة الثمن قبل دفع المبيع ، كما يقبّحون (٣) مطالبة الاجرة قبل العمل او دفع العين (٤) المستأجرة ، و الأقوى ما عليه الأكثر (٥) ثمّ أنّ ظاهر جماعة ، أنّ محل الخلاف فى هذه المسئلة (٦) بين الخاصة و العامة ، ما لو كان كلّ منهما باذلا و تشاحا (٧) فى البدئة بالتسليم ، لا ما اذا امتنع احدهما (٨) عن البذل

(١) الضمير يرجع الى الاجبار (٢) اشارة الى وجوب تسليم المبيع أولاً ليستحق الثمن (٣) اى كما يقبّحون مطالبة اجرة الخياطة مثلا قبل الخياطة و يقبّحون مطالبة اجارة الدار قبل دفع الدار (٤) قوله (دفع العين) عطف على قوله (العمل) ، (٥) اى و الأقوى ما عليه الأكثر ، و هو اجبارهما معا (٦) يعنى أنّ محل الخلاف فى هذه المسئلة التى هى أنّه ، هل يجب على البايع أولاً تسليم المبيع ، ام لا لو كان كلّ منهما باذلا و تشاحا فى البدئة بالتسليم (٧) تشاح الخصمان فى الجدّل : اراد كلّ ان يكون هو الغالب (المنجد) ، (٨) يعنى اذا امتنع احدهما عن البذل اجبره الحاكم فقط

قال في المبسوط، بعد اختياره أولاً اجبارهما معا على التقابض، ثم الحكم، بأن تقديم البايع في الاجبار، اولى، قال: هذا اذا كان كلّ منهما باذلا، واما اذا كان احدهما غير باذل اصلا، وقال: لا اسلم ما على، اجبره الحاكم على البذل، فاذا حصل البذل، حصل الخلاف في أنّ ايّهما يدفع، هذا اذا كان موسرا قادرا على احضار الثمن، فان كان معسرا، كان للبايع الفسخ، والرجوع الى عين ماله، كالمفلس (١) انتهى (٢) وقال في التذكرة: توهم قوم (٣) أنّ الخلاف في البدئة بالتسليم خلاف، في أنّ البايع، هل له حقّ الحبس، ام لا؟ ان قلنا، بوجوب البدئة للبايع، فليس له حبس المبيع الى استيفاء الثمن، والآ، فله ذلك. ونازع اكثر الشافعية فيه، وقالوا: هذا الخلاف (٤) مختص بما

(١) يعنى أنّه اذا ثبت حجر المفلس بحكم الحاكم، فإنّ للمالك انتزاع سلعته التي نقلها الى المفلس قبل الحجر ولم يستوف عوضها مع وجودها مقدّما فيها على سائر الديّان (٢) اى انتهى ما ذكره في المبسوط (٣) لعلّ ما نقله عن التذكرة بقوله (توهم قوم، أنّ الخلاف، الخ) مقابل في نظره لما ذكره سابقا بقوله (ثمّ أنّ ظاهر جماعة، أنّ محل الخلاف، الخ) يعنى أنّ ما هو ظاهر جماعة مخالف لما توهمه قوم، حيث أنّ القوم توهموا كما في التذكرة، أنّ الخلاف في وجوب البدئة بالتسليم على البايع وعدم وجوبها ليس خلافا مستقلا، بل أنّما هو بيان لمنشأ الخلاف في أنّ البايع، هل له حقّ حبس المبيع الى ان يتسلم الثمن، ام لا؟ فمن قال بوجوب البدئة عليه قال بعدم حقّ له في الحبس، ومن قال بعدم وجوب البدئة، عليه قال بثبوت الحبس له (٤) اى قالوا: هذا الخلاف في البدئة بالتسليم، مختص ←

إذا كان نزاعهما في مجرد البدئة ، وكان كل منهما يبذل ما عليه ، ولا يخاف فوت ما عند صاحبه ، فأما إذا لم يبذل البايع المبيع ، و أراد حبسه خوفا من تعذر تحصيل الثمن ، فله ذلك بلا خلاف ، وكذا للمشتري حبس الثمن خوفا من تعذر تحصيل المبيع ، انتهى (١) وقد صرح بعض آخر أيضا بعدم الخلاف في جواز الحبس ، لامتناع الآخر من التسليم ، ولعل الوجه فيه (٢) أن عقد البيع ، مبنى على التقابض وكون المعاملة يدا بيد فقد التزم كل منهما بتسليم العين مقارنا لتسليم صاحبه و التزم على صاحبه ان لا يسلمه مع الامتناع ، فقد ثبت باطلاق العقد لكل منهما حـقق الامتناع مع امتناع صاحبه ، فلا يرد (٣) أن وجوب التسليم على كل منهما

→ بما اذا كان نزاعهما في مجرد البدئة ، وكان كل منهما يبذل ما عليه ولا يخاف من تعذر ما عند صاحبه ، فاذا يخاف كل واحد منهما من تعذر تحصيل ما عند صاحبه ، فله حبس ما في يده (١) اى انتهى ما ذكره فى التذكرة (٢) اى ولعل الوجه فى جواز الحبس مع امتناع الآخر عن التسليم ، أن عقد البيع ، مبنى على التقابض ، وانه ثبت باطلاق العقد لكل واحد منهما حق الامتناع مع امتناع الآخر (٣) فلا يرد على البعض الآخر الذى صرح بجواز الحبس مع امتناع الآخر عن التسليم ، أن وجوب التسليم على كل واحد منهما ، ليس مشروطا بتحقيقه من الآخر ، فإن التكليف باداء مال الغير ، لا يسقط عن احدهما بمعصية الآخر بالامتناع عن التسليم ، فوجه عدم ورود ما ذكر ، أن عقد البيع ، مبنى على التزام كل واحد منهما بتسليم العين مقارنا لتسليم صاحبه ، مع انه ثبت باطلاق العقد لكل واحد منهما حق الامتناع مع امتناع الآخر ، ومع أن فى

ليس مشروطا بتحقيقه من الآخر ، فلا يسقط التكليف باءاء مال الغير (١)
 عن احد هما بمعصية الآخر ، وان ظلم احدهما لا يسوغ ظلم الآخر ، هذا
 كله (٢) مع عدم التأجيل في احد العوضين ، فلو كان احدهما مؤجلا ، لم
 يجز حبس الآخر . قال في التذكرة : ولو لم يتفق تسليمه حتى حل الأجل
 لم يكن له الحبس ايضا (٣) ولعل وجهه ، ان غير المؤجل قد التزم
 بتسليمه من دون تعليق على تسليم المؤجل اصلا ، وهذا (٤) مما يؤيد
 ان حق الحبس ، ليس لمجرد ثبوت حق للحابس على الآخر ، فيكون

→ وجوب تسليم احدهما مع امتناع الآخر ، ضررا على المسلم ، فيجوز
 حبسه مع امتناع الآخر عن التسليم ، دفعا للضرر (١) ، (الباء) في قوله
 (باءاء مال الغير) متعلق بقوله (التكليف) ، (٢) اي هذا كله الذي هو
 ما ذكر من وجوب تسليم كل منهما ما استحقه الآخر ، ومن انه هل يجب
 البدئة بالتسليم على البايع ، ام لا ؟ وهل يجوز الحبس مع امتناع الآخر
 من التسليم ، ام لا مع عدم التأجيل في احد العوضين ، كتأجيل الثمن في
 النسيئة وتأجيل المثلن في السلف ؟ (٣) مثلا اذا كان الثمن مؤجلا و
 المثلن غير مؤجل ، ولم يتفق تسليم المثلن من البايع الى حين الأجل ، لم
 يكن للبائع حبس المثلن مع تسليم المشتري الثمن ، لانه لم يكن له الحبس
 مع عدم امتناع الآخر عن التسليم (٤) فالظاهر ، ان قوله (وهذا مما
 يؤيد ، الخ) مؤيد لما ذكره في التذكرة ، ووجه التأييد ، ان حق الحبس
 ليس لثبوت حق للحابس على الآخر فقط ، بل حق الحبس لأجل امتناع
 الآخر عن التسليم ، فلو كان حق الحبس لثبوت حق للحابس على الآخر
 لكان له الحبس بعد حلول الأجل ايضا مع تسليم الآخر

الحبس بازاء الحبس ، ثم ان مقتضى ما ذكرنا ، من عدم وجوب التسليم مع امتناع الآخر ، وعدم استحقاق الممتنع لقبض ما في يد صاحبه ، انه (١) لوقبضه الممتنع بدون رضا صاحبه ، لم يصح القبض ، فصحة القبض (٢) باحد الأمرين ، اما اقباض ما في يده لصاحبه ، فله حينئذ قبض ما في يد صاحبه ولو بغير اذنه ، واما اذن صاحبه ، سواء اقبض ما في يده ، ام لا كما صرح بذلك في المبسوط والتذكرة ، وصرح فيهما ، بان له مطالبة القابض (٣) برده ما قبض بغير اذنه ، لان له حق الحبس والتوثق الى ان يستوفى العوض ، وفي موضع من التذكرة ، انه لا ينفذ تصرفه فيه (٤) ومراده (٥) التصرف المتوقف على القبض كالبيع او مطلق الاستبدال ، ثم اذا ابتداء احدهما بالتسليم ، اما لوجوبه عليه ، كالبيع ، على قول

(١) قوله (انه ، الخ) خبر لـ (ان) ، (٢) فصحة القبض باحد الأمرين فيما اذا لم يكن احدهما مؤجلا ، * احدهما * اقباض ما في يده على صاحبه فله حين الاقباض ، قبض ما في يد صاحبه ، سواء كان باذنه ام بغير اذنه ، و * ثانيهما * اذن صاحبه في القبض ، سواء اقبض ما في يده ام لا (٣) يعنى اذا قبض احدهما ما في يد الآخر بدون اذنه ، فللاخر مطالبة القابض برده ما قبض بغير اذنه ، فانما كان للاخر مطالبة القابض برده ما قبض ، لان له حق الحبس والتوثق الى ان يتسلم العوض (٤) يعنى انه لا ينفذ تصرف القابض بغير الاذن فيما قبضه (٥) يعنى مراد صاحب التذكرة من التصرف ، هو التصرف المتوقف على القبض ، كالبيع فان بيع القابض بما قبضه بغير الاذن ، لا يجوز ، للنهي عن بيع ما لم يقبض لان القبض بدون الاذن كلا قبض

الشيخ ، او لتبرعه (١) بذلك ، اجبر الآخر على التسليم ، ولا يحجر عليه
 (٢) في ما عنده من العوض ، ولا في مال آخر ، لعدم الدليل

❖ مسألة ❖

يجب على البايع تفرير المبيع من امواله مطلقا (٣) و من غيرها في الجملة
 (٤) وهذا الوجوب (٥) ليس شرطيا بالنسبة الى التسليم ، وان اوهمه
 بعض العبارات ، ففي غير واحد من الكتب ، انه يجب تسليم المبيع مفرغا

(١) يرجع الضمير الى قوله (احدهما) ، (٢) اي لا يحجر على الآخر الذي
 لم يسلم ما عنده من التصرف في العوض الذي تسلّم من صاحبه بابتدائه
 للتسليم ، اما لوجوبه عليه ، كالبايع ، او لتبرّعه به ، مثلا اذا دفع البايع
 المثلثين ولم يدفع المشتري الثمن ولا يحجر على المشتري من التصرف في
 المثلثين الذي تسلّم ولا يحجر على الآخر من التصرف من مال آخر من امواله
 لعدم الدليل على الحجر من التصرف في العوض الذي تسلّم وفي مال
 آخر من امواله (٣) لعلّ المراد من قوله (مطلقا) هو الاطلاق الشامل
 لصورة علم المشتري عند الاشتراء ، بان المبيع مشغول باموال البايع و
 جهله (٤) فالمراد من قوله (من غيرها في الجملة) انه يجب على البايع
 تفرير المبيع من اموال غيره في الجملة ، اي اذا جهل البايع ان المبيع
 مشغول باموال غيره ، فاذا علم عند الاشتراء ان المبيع مشغول باموال
 غيره ، يكون ذلك اقدا ما على قبوله مع ذلك الوصف (٥) اي هل وجوب
 التفرير ، نفسى او شرطى ، يعنى ان التفرير شرط للتسليم ، واختار
 المصنف ، انه نفسى ، وان اوهم الشرطى بعض العبارات

و المراد ، ارجاع الحكم (١) الى القيد ، و الا فالتسليم يحصل بدونه ، و قد تقدم عن التذكرة (٢) و كيف كان ، فيدلّ على وجوب التفريغ ما دلّ على وجوب التسليم ، فانّ اطلاق العقد كما يقتضى اصل التسليم ، كذلك يقتضى التسليم مفرّغاً ، فانّ التسليم (٣) بدونه كالعدم بالنسبة الى غرض المتعاقدين ، و ان ترتب عليه (٤) احكام تعبدية ، كالدخول فى ضمان المشتري و نحوه . فلو كان فى الدار متاع ، و جب نقله فوراً ، فان تعذر فى اول ازمة الامكان ، و لو تراخى زمان الامكان و كان المشتري جاهلاً كان له الخيار لو تضرر بفوات بعض منافع الدار عليه (٥)

(١) فالمراد ارجاع الحكم الذى هو الوجوب الى القيد الذى هو قوله (مفرّغاً) ، (٢) يعنى تقدّم حصول التسليم بدون التفريغ عن التذكرة فى ص ٢١٧ بقوله (قال فى التذكرة : لو باع داراً او سفينة مشحونة بامتعة البايع و مكّنه منها بحيث جعل له تحويلها من مكان الى مكان ، كان قبضاً) فاذا حصل التسليم بدون التفريغ ، فيعلم منه أنّ وجوب التفريغ ، ليس شرطاً للتسليم (٣) فلا يخفى ، دعوى أنّ وجوب التفريغ ، ليس شرطياً ، و التعليل بقوله (فانّ التسليم بدونه ، كالعدم) لا يتلائمان ، فالعمدة ما ذكره بقوله (فانّ اطلاق العقد كما يقتضى اصل التسليم ، كذلك يقتضى التسليم مفرّغاً) ، (٤) اى و ان ترتب على التسليم بدون التفريغ احكام تعبدية ، كخروج المبيع عن ضمان البايع و دخوله فى ضمان المشتري و نحوه من استحقاقه تسلّم الثمن من المشتري (٥) الضمير يرجع الى المشتري

وفى ثبوت الاجرة (١) لو كان لبقائه اجرة الى زمان الفراغ ، وجه . ولو كان تأخير التفریغ بتقصيره (٢) فينبغى الجزم بالاجرة ، كما جزموا بها (٣) مع امتناعه من اصل التسليم . ولو كان فى الأرض زرع قد احصد (٤) وجب ازالته ، لما ذكرنا (٥) وان لم يحصد ، وجب الصبر الى بلوغ اوانه للزوم تضرر البایع بالقلع ، واما ضرر المشتري (٦) فينجبر بالخيار مع الجهل ، كما لو وجدها مستأجرة ، و من ذلك يعلم عدم الاجرة ، لانه اشترى ارضا تبين انها مشغولة ، فلا يثبت اكثر من الخيار ، ويحتمل ثبوت الاجرة ، لانه اشترى ارضا لا يستحق عليها (٧) الاشتغال بالزرع، والمالك قد ملك الزرع غير مستحق للبقاء ، فيتخير (٨) بين ابقائه بالاجرة وبين

(١) اى وفى ثبوت الأجرة مع ثبوت الخيار للمشتري فيما اذا اختار عدم الفسخ ، وجه ، لان تفويت المنفعة الموجب للضمان ، صادق فى المقام (٢) اى بتقصير البایع (٣) يرجع الضمير الى الاجرة (٤) حصّد الزرع والنبات (ن - ض) حصّدا وحصّادا (بفتح الحاء وكسرها) قطعاه بالمنجیل (اقرب الموارد) ، (٥) اى لما ذكرنا من وجوب التفریغ (٦) اشكال ودفع ، اما الاشكال ، فانه اذا لم يقلع و صبر الى اوان بلوغه ، لزم تضرر المشتري ، فيتعارضان ، واما الدفع ، فان تضرر المشتري منجبر بالخيار مع الجهل ، كما لو وجدها مستأجرة ، فان للمشتري الخيار مع الجهل ، و من ذلك الذى ذكرنا ان تضرر المشتري متدارك بالخيار يعلم عدم الاجرة للمشتري ، لانه اشترى ارضا تبين انها مشغولة ، فلا يثبت اكثر من الخيار اما مع علم المشتري بان الأرض مشغولة ، فلا خيار ، لانه اقدم على شراء الأرض المشغولة (٧) الضمير يرجع الى الأرض (٨) الضمير المستتر ←

قلعه ، لتقديم ضرر القلع (١) على ضرر فوات منفعة الأرض بالاجرة ، و
يحتمل تخيير المشتري بين ابقائه بالاجرة ، وقلعه بالأرض ، و يحتمل (٢)
ملاحظة الأكثر ضررا . ولو احتاج تفريغ الأرض الى هدم شئ ، هدمه باذن
المشتري ، وعليه (٣) طم (٤) ما يطم برضا المالك و اصلاح ما استهدم
او الأرض على اختلاف الموارد ، فانّ مثل قلع الباب او قلع ساجة (٥) منه
اصلاحه (٦) اعادته ، بخلاف هدم حائط ، فانّ الظاهر لحوقه بالقيمي
فى وجوب الأرش له ، والمراد بالأرش قيمة الهدم ، لا ارش العيب . و
بالجملة ، فمقتضى العرف ، الحاق بعض ما استهدم بالمثلى ، و بعضه
بالقيمي ، و لو الحق مطلقا بالقيمي ، كان له وجه ، و يظهر منهم فيما لو
هدم احد الشريكين الجدار المشترك ، بغير اذن صاحبه ، اقوال ثلاثة
الاعادة مطلقا ، كما فى الشرايع وعن المبسوط ، و الأرش كذلك ، كما عن
العلامة و المحقق و الشهيد الثانيتين ، و التفصيل بين ما كان مثليا
كحائط البساتين و المزارع ، و الآ فالأرش ، كما عن الدروس

→ يرجع الى البايع ، اى فيتخير البايع بين ابقاء الزرع بالاجرة و بين
قلعه من دون اخذ الأرش من المشتري (١) قوله (لتقديم ضرر القلع ، الخ)
علة لقوله : ابقاء الزرع بالاجرة (٢) اى و يحتمل ملاحظة الأكثر ضررا بين
ابقائه بالاجرة وقلعه بالأرض (٣) يرجع الضمير الى البايع (٤) ، طم
طما البئر : سواها و دفنهما (المنجد) ، (٥) ، (الساجة) لوح من
الخشب (المنجد) و الضمير فى قوله (منه) يرجع الى الباب (٦) اى اصلاح
مثل قلع الباب و مثل قلع الساجة ، اعادته

و الظاهر جريان ذلك (١) في كسر الباب و الشباييك (٢) و فتق الثوب
(٣) من هذا القبيل

* مسألة *

لو امتنع البايع من التسليم ، فان كان لحق ، كما لو امتنع المشتري عن
تسليم الثمن ، فلاثم ، و هل عليه (٤) اجرة مدة الامتناع ؟ احتمله فى

(١) اى و الأقوى جريان الأقوال الثلاثة فى كسر الباب و الشباييك (٢)
(الشبّاك) و هو النافذة تنصب فيها اعواد متعارضة من حديد او خشب
... ج ، شباييك (اقرب الموارد) ، (٣) قوله (فتق الثوب) مبتدأ و
خبره (من هذا القبيل) يعنى فتق الثوب من قبيل هدم الجدار و كسر
الباب و الشباييك ، فالأقوال الثلاثة جارية فى فتق الثوب ايضا (٤) حاصل
كلامه : انه اذا كان امتناعه عن التسليم عن حق ، كما اذا لم يكن المشتري
باذلا ، ففى ضمان منافع المبيع الفائتة بسبب حبس العين ، قولان :
* احدهما * الضمان و هو الذى احتمله فى جامع المقاصد ، لأن جواز
الحبس لحق ، لا يوجب سقوط حق المنفعة ، و لا يلزم من ثبوت الأول ، الثانى
و * ثانيهما * عدم الضمان ، لأن مقتضى الالتزام الضمنى بالتقاضى ، هو
الالتزام باستحقاقه للحبس المفوت لمنافع ماله ، فهو اقوى من التامين
المالكي ، مع أنّ المحكى ، أنّ الظاهر بناء المشهور على أنّ المال فى
هذه الموارد امانة شرعية ، فهو غير مضمون ، و لذا حكموا بأنّ نمائه ايضا
اذا تلف ، لا يكون ضمانه على من بيده العين ، تعليلا بأنّ امانة ، و
الحاصل ، أنّ كلّ مورد جاز او وجب وضع اليد على المال حفظا لصاحبه
كما فى اللقطة و مجهول المالك ، و كلّ ما دخل تحت اليد و لو باطارة ←

جامع المقاصد الآ أن منافع الأموال الفاتئة بحق لا دليل على ضمانها ، و على المشتري نفقة المبيع (١) وفي جامع المقاصد ما اشبه هذه (٢) بمثل منع الزوجة نفسها حتى تقبض المهر ، فإن في استحقاقها النفقة ترددا (٣) قال : ويحتمل الفرق (٤) بين الموسر والمعسر ، انتهى

→ الريح لثوب الغير فضلا عما امر الشارع بوضع اليد عليه ، فهي امانة شرعية ، وكل ما كان بتسليط من المالك ، فهي امانة مالكية ، و اذا لم يكن احد الأمرين ، كانت اليد ، يد ضمان ، وان لم يكن عادية ، فلذا قال المصنف (ره) : (الآ أن منافع الأموال الفاتئة بحق ، لا دليل على ضمانها) فإن البايع حبس المبيع لحق ، مضافا الى أن ظاهر شرط الامتناع عند الامتناع ، هو الامتناع مجانا لا بالاجرة (١) يعنى حيث يكون امتناع البايع من التسليم لحق ، فنفقة المبيع على المشتري ، لأن المدار في نفقة المال على صرف الملك ، و هو حاصل في المبيع قبل القبض بالنسبة الى المشتري (٢) اشارة الى مسألة امتناع البايع من التسليم لحق (٣) التردد في استحقاق الزوجة ، النفقة في الصورة المذكورة ، أن التمكين الذي هو شرط لثبوت النفقة ، مطلق التمكين ، فعلى هذا أن الزوجة اذا منعت نفسها حتى تقبض مهرها ، لا تستحق النفقة ، لأجل عدم التمكين وان كان عدم تمكينها لحق ، ام خصوص التمكين اللازم ، فعلى هذا ، أن الزوجة اذا منعت نفسها حتى تقبض مهرها ، تستحق النفقة ، لأن التمكين حينئذ ليس لازما عليها (٤) يعنى يحتمل الفرق في مسألة امتناع البايع من التسليم لحق بين كون المشتري موسرا ، فحينئذ نفقة المبيع عليه ، وبين كونه معسرا ، فحينئذ نفقة المبيع على البايع من باب الوجوب الكفائي

ويمكن الفرق بين النفقة في المقامين (١) و لو طلب من البايع الانتفاع به في يده ، ففي وجوب اجابته وجهان (٢) و لو كان امتناعه (٣) لا لحق وجب عليه الاجرة ، لانه عاد ، و مقتضى القاعدة (٤) ان نفقته على المشتري

* الكلام في احكام القبض *

وهي (٥) التي تلحقه (٦) بعد تحققه

(١) اي ويمكن الفرق بين النفقة في المقامين ، بان نفقة المبيع في المقام مسبب عن كونه ملكا للمشتري ، و المفروض تحققه في المقام ، فعلى المشتري نفقة المبيع ، و اما نفقة الزوجة ، فانها مشروطة بالتمكين نصا و فتوى ، و هو مطلق التمكين الشامل لصورة امتناعها عن التمكين بحق ايضا ، فلا نفقة لها على الزوج مع منع نفسها حتى تقبض المهر (٢) احد الوجهين وجوب الاجابة ، لان المبيع ملك للمشتري ، فمنع المالك عن ملكه ظلم مع ان انتفاع المشتري من المبيع و هو في يد البايع ، لا ينافي حق البايع فليس له منعه منه ، بل يجب عليه الاجابة ، و ثانيهما ، عدم وجوب الاجابة ، لان الفرض كون المشتري ممنوعا من التصرف ليكون باعنا له على تسليم الثمن مع ان انتفاع المشتري من المبيع في قبالة انتفاع البايع من الثمن ، فاذا لم ينتفع البايع من الثمن ، فله ان يمنع انتفاع المشتري من المبيع (٣) اي و لو كان امتناع البايع من التسليم ، لا لحق ، و جب عليه اجرة مدة الامتناع ، لانه عاد (٤) اي مقتضى قاعدة الملك و المالك ، ان نفقة المبيع على المشتري (٥) يرجع الضمير الى الأحكام (٦) الضمير المفعول يرجع الى القبض

* مسألة *

من احكام القبض انتقال الضمان (١) ممن نقله الى القابض ، فقبله (٢) يكون مضمونا عليه بعوضه اجماعا مستفيضا ، بل محققا ، ويسمى ضمان المعاوضة (٣) ويدل عليه قبل الاجماع ، النبوى المشهور : كل مبيع تلف قبل قبضه ، فهو من مال بايعه

(١) يعنى أنّ البايع اذا نقل المبيع الى المشتري ، انتقل ضمان المبيع الى المشتري ، و اذا تلف المبيع قبل النقل ، يكون ضمانه على البايع للاجماع و النبوى : * كل مبيع تلف قبل قبضه ، فهو من مال بايعه * و أنّ المشتري اذا نقل الثمن الى البايع ، انتقل ضمان الثمن الى البايع ، و اذا تلف الثمن قبل النقل ، يكون ضمانه على المشتري ، لأجل كونه مالا خلاف فيه ، كما عن الدروس وعن المصنف (ره) و لرواية عقبة المتقدمة ، حيث ذكر فى آخرها ، أنّ المبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه ماله ، بناء على عود ضمير * لحقه * الى البايع ، و لظاهر بعض العلماء ، أنّ النبوى شامل للثمن ايضا ، بناء على صدق المبيع على الثمن (٢) اى قبل النقل الى القابض (٣) أنّ ضمان المبيع قبل النقل ، هل هو ضمان المعاوضة بحيث يتلف المبيع من مال البايع حقيقة ، كما هو اختيار المصنف (ره) ، او ضمان الغرامة بحيث يتلف فى ملك المشتري و يكون دركه على البايع ؟ و على الأول ، فهل هو بمعنى انفساخ العقد قبل التلف و تقدير الملك آنامّا حتى يتلف فى ملك البايع ، كما هو المشهور ، او بمعنى عدم استقرار المعاملة الآ على التسليط الفعلى بازاء التسليط الفعلى ، فمع عدم تحققه لا تنعقد المعاملة ، كما هو محتمل كلام بعض الأواخر على ما نقل

وظاهره (١) بناءً على جعل ، من ، للتبعيض ، أنه بعد التلف يصير
 مالا للبايع (٢) لكن اطلاق المال على التالف ، إنما هو باعتبار كونه مالا

(١) أي ظاهر النبوى بناءً على جعل * من * في قوله (من ماله) للتبعيض
 أن ضمان المبيع التالف بنفس العوض المسمى بلا زيادة و نقيصة لا ببدله
 الواقعى ، لأن قضية كون المبيع التالف بنفسه مال البايع ، أنه لا يفوت منه
 الآهولا الزائد ولا الناقص (٢) ومعنى قوله (أنه بعد التلف يصير مالا
 للبايع) أنه يفسخ العقد قبل التلف و يقدر الملك آنما حتى يتلف المبيع
 فى ملك البايع ، و اطلاق المال على المبيع التالف إنما باعتبار كونه مالا
 عند التلف ، لأن التالف بعد التلف ، لا يكون مالا لأحد ، وبهذا الاعتبار
 يصح ان يقع المال المصالح عنه اذا اتلفه الغير ، لا قيمته ، مثلا لو اتلف
 زيد على رجل ثوبا قيمته درهم ، فصالحه عن الثوب على درهمين ، صح
 لأن الصلح وقع على الثوب التالف باعتبار أنه مال عند التلف ، لا باعتبار
 أنه مال بعد التلف ، لأنه بعد التلف ليس بمال ، كما صرح به فى
 الشرايع فى ج ١ ص ١٢٢ بقوله : ولو اتلف على رجل ثوبا قيمته درهم
 فصالح عنه على درهمين ، صح على الأشبه ، لأن الصلح وقع عن الثوب
 لا عن الدرهم ، انتهى . يعنى الصلح وقع عن الثوب عند التلف ، لا بعد
 التلف ، و كما صرح به فى التحرير فى ص ٢٣٠ بقوله : ولو اتلف شيئاً
 فصالح عنه بأكثر من قيمته من جنسها ، جاز ، انتهى . يعنى الصلح وقع
 عن الشئ باعتبار كونه مالا عند التلف

عند التلف ، وبهذا الاعتبار يصح ان يقع هو (١) المصالح عنه اذا اتلفه الغير ، لا قيمته (٢) كما صرح به في باب الصلح من الشرايع و التحرير ، و حينئذ ، فلا بد من ان يكون المراد بالنبوي ، ان المبيع يكون تالفا من مال البايع ، و مرجع هذا (٣) الى انفساخ العقد قبل التلف آنا ، ليكون التالف مالا للبايع . و الحاصل : ان ظاهر الرواية (٤) صيرورة المبيع مالا للبايع بعد التلف ، لكن لما لم يتعقل ذلك (٥) تعين ارادة وقوع التلف على مال البايع ، و مرجعه الى ما ذكره في التذكرة ، و تبعه من تأخر عنه من انه يتجدد (٦) انتقال الملك الى البايع قبل الهلاك بجزء لا يتجزى من الزمان ، و ربما يقال ، تبعا للمسالك : ان ظاهر كون المبيع التالف قبل القبض من مال البايع ، يوهم خلاف هذا المعنى (٧)

(١) الضمير يرجع الى المال التالف (٢) اي لا قيمة المال التالف (٣) اي مرجع كون المبيع التالف من مال البايع ، انفساخ العقد قبل التلف آنا ، ليكون المبيع التالف مالا للمبيع قبل التلف حتى تلف في ملكه ، فحينئذ يرد الثمن الى المشتري لو قبضه (٤) فالمراد من الرواية ، هو الحديث النبوي (٥) اي لكن لما لم يتعقل صيرورة المبيع مالا للبايع بعد التلف تعين وقوع التلف على مال البايع ، بان انفسخ العقد قبل التلف آنا ، و وقع التلف على ماله قبل التلف آنا (٦) يعني يتجدد للبايع ملكية المبيع بانفساخ العقد قبل التلف آنا ، و يصير الثمن ملكا للمشتري (٧) يعني ربما يقال ، تبعا للمسالك : ان ظاهر الحديث النبوي * كل مبيع تلف قبل قبضه ، فهو من مال بايعه * يوهم خلاف هذا المعنى الذي هو ضمان المعاوضة ، فيكون مراد المسالك و من تبعه ، ان ظاهر النبوي ←

ولعلّه لدعوى ، أنّ ظاهر كونه من ماله (١) كون تلفه من ماله ، بمعنى كون دركه عليه ، فيوهم ضمانه بالمثل و القيمة ، ومّا ذكرنا ، من أنّ (٢) معنى الضمان هنا يرجع الى انفساخ العقد بالتلف ، و تلف المبيع فى ملك البايع ، ويسمى ضمان المعاوضة ، لا ضمانه عليه مع تلفه من المشتري ، كما فى المغصوب (٣) و المستام (٤) وغيرهما ، ويسمى ضمان اليد ، يعلم (٥)

→ هو ضمان اليد ، فاذا تلف المبيع قبل القبض ، ضمن البايع بالمثل ان كان المبيع التالف مثلياً ، و القيمة ان كان المبيع التالف قيميّاً (١) اى من مال البايع (٢) قوله (من أنّ ، الخ) بيان لـ (ما) يعنى أنّ معنى الضمان فيما نحن فيه ، يرجع الى انفساخ العقد بالتلف ، و تلف المبيع فى ملك البايع ، ويسمى هذا ، ضمان المعاوضة ، لا أنّ معنى الضمان هنا يرجع الى ضمان المبيع على البايع مع تلفه فى ملك المشتري حتى يكون ضمان اليد الذى هو مقتضى كلام المسالك و من تبعه (٣) اى كما فى المغصوب ، اى المال الذى غضب ، يعنى اذا تلف المال الذى غضب عند الغاصب ، يكون تلفه فى ملك المالك و من المالك ، و دركه على الغاصب (٤) و كالمستام ، اى المتاع الذى اخذه من يريد اشتراؤه يعنى اذا تلف المتاع الذى اخذه من يريد اشتراؤه فى يده ، يكون التلف فى ملك المالك ، و يكون دركه على من يريد اشتراؤه ، و يسمى ضمان المبيع فيما نحن فيه ، بناء على ما توهمه فى المسالك ، و ضمان المغصوب و ضمان المستام ، ضمان اليد (٥) اى ومّا ذكرنا ، يعلم أنّ الضمان فيما نحن فيه ، حكم شرعى ، لا حقّ مالى ، و توضيحه : أنّ الحكم الشرعى ، لا يقبل الاسقاط ، كالاجازة فى العقد الفضولى و حقّ الرجوع فى الهبة ←

وَأَنَّ الضمان فيما نحن فيه ، حكم شرعى ، لا حق مالى ، فلا يقبل الاسقاط
ولذا (١) لو ابرئه المشتري من الضمان ، لم يسقط ، كما نصّ عليه فى
التذكرة و الدروس ، و ليس الوجه فى ذلك (٢) انه اسقاط ما لم يجب
كما قد يتخيّل ، و يدلّ على الحكم المذكور (٣) ايضا رواية عقبه بن خالد
عن ابى عبد الله * ع فى رجل اشترى متاعا من رجل و اوجبه (٤) غير
انه (٥) ترك المتاع عنده

→ و امثالهما ، و أنّ بعض الحقوق يقبل الاسقاط ، كحق الخيار و حق
الشفعة و امثالهما ، فان كان الضمان فيما نحن فيه ضمان المعاوضة ، كان
حكما شرعيا لا يقبل الاسقاط ، لأنّ انفساخ العقد و انحلاله ، ليس من
الحقوق حتى يقبل الاسقاط ، بل حكم وضعى ، و اثر الانفساخ قبل التلف
آنا ، هى صيرورة المبيع ملكا للبايع حتى يتلف فى ملكه و صيرورة الثمن
ملكاً للمشتري ، و لذا لو ابرئه المشتري من الضمان ، لم يسقط و ان كان
الضمان فيما نحن فيه ضمان اليد ، كما توهمه صاحب المسالك و من تبعه
يقبل الاسقاط و البراء ، لأنّ المبيع تلف فى ملك المشتري و كان دركه
على البايع ، بمعنى أنّ المبيع اذا تلف قبل القبض ، اشتغلت ذمّة
البايع ببذل المبيع ، فإنّ ما فى الذمّة قابل للبراء و الاسقاط ، فعلى
هذا لو ابرئه المشتري من الضمان ، يسقط (١) اى و لأجل كون الضمان
فيما نحن فيه حكما شرعيا ، لو ابرء البايع ، المشتري من الضمان ، لم
يسقط (٢) اى و ليس الوجه فى عدم صحة الاسقاط فى صورة كون الضمان
ضمان المعاوضة ، انه اسقاط ما لم يجب (٣) اى كون التلف من مال البايع
(٤) اى الزم البيع (٥) اى أنّ الرجل المشتري ترك المتاع عند الرجل ←

والم يقبضه (١) قال (٢) : آتتك غدا ان شاء الله ، فسرق المتاع ، من مال من يكون (٣) ؟ قال : من مال صاحب المتاع (٤) الذي هو (٥) في بيته ، حتى يقبض (٦) المتاع ويخرجه من بيته ، فاذا اخرجه من بيته فالمبتاع (٧) ضامن لحقه ، حتى يرد اليه ماله ، ولعل الرواية ، اظهر (٨) دلالة على الانفساخ قبل التلف من النبوى ، وكيف كان ، فلا خلاف في المسئلة ، اعنى بطلان البيع عند التلف ، لا من اصله ، لان تقدير مالية البايع (٩) قبل التلف مخالف لاصالة بقاء العقد

→ البايع (١) اى ولم يقبض المشتري المتاع (٢) اى قال المشتري (٣) مرجع الضمير المستتر فى قوله (يكون) يحتمل ان يكون هو المتاع ، و يحتمل ان يكون هو السرقة (٤) فالمراد من صاحب المتاع ، هو البايع (٥) يرجع الضمير الى المتاع (٦) الضمير المستتر الفاعل فى قوله (يقبض) و (يخرجه) و (اخرجه) عائد الى صاحب المتاع الذى هو البايع (٧) فاذا اخرج البايع ، المتاع من بيته ، فالمشترى ضامن لحق البايع الذى هو الثمن حتى يرد المشتري الى البايع ماله الذى هو الثمن (٨) لعل وجه اظهرية دلالة الرواية على الانفساخ قبل التلف فى نظر المصنف (ره) هو قوله (فاذا اخرجه من بيته ، فالمبتاع ضامن لحقه ، حتى يرد اليه ماله) فان مفهوم هذه العبارة ، انه اذا لم يخرجه من بيته وسرق او تلف المبيع قبل القبض ، فالمشترى ليس ضامنا لحقه الذى هو الثمن ، ومعنى عدم ضمان المشتري للثمن ، صيرورة الثمن ملكا للمشتري بانفساخ العقد قبل السرقة او التلف آناما وكذلك صيرورة المبيع ملكا للبايع بانفساخ العقد قبل التلف او السرقة (٩) قوله (لان تقدير مالية البايع ، الخ) علة لعدم ←

وَأَمَّا احتيج (١) إليه لتصحيح ما فى النص من الحكم بكون التالف من مال البايع ، فيرتكب بقدر الضرورة ، و يترتب على ذلك (٢) كون النماء قبل التلف للمشتري ، و فى معناه (٣) الركاز (٤) الذى يجده العبد

→ بطلان البيع من الأصل ، يعنى أنّنا قلنا بعدم بطلان البيع من الأصل فى صورة تلف المبيع قبل القبض حتى يكون وجود البيع كعدمه لأنّ انفساخ البيع من الأصل ، و تقدير مالية البايع قبل التلف من حين البيع مخالف لاصالة بقاء العقد ، فاذا شكّ فى انفساخ العقد بالتلف من حين الأصل او من حين التلف ، استصحب بقاء العقد (١) اى و أنّما احتيج الى انفساخ البيع و بطلانه عند التلف ، لتصحيح ما فى النص من الحكم بكون التالف من مال البايع ، فيرتكب كون التالف من مال البايع بقدر الضرورة و هو كون المبيع التالف مالا للبايع قبل التلف آنأما (٢) اى يترتب على كون بطلان البيع عند التلف ، كون النماء قبل التلف للمشتري ، مثلا اذا باع شاة صباح الخميس و تلف قبل القبض عصر الجمعة ، يكون لبنها من صباح الخميس الى عصر الجمعة للمشتري (٣) اى و فى معنى النماء الركاز الذى يجده العبد ، مثلا اذا باع عبدا و وجد العبد ركازا و تلف قبل القبض ، يكون الركاز للمشتري (٤) ، (الركاز) ما ركّزه الله تعالى فى المعادن و دفين اهل الجاهلية ، ج ، ركزان و أركزة و - قطع الفضة و الذهب من المعدن ، الواحدة (الرّكزة) و فى الحديث : (و فى الركاز الخمس) و شرعا مال مركز تحت ارض ، اعم من ان يكون راكزه خالقا او مخلوقا (اقرب الموارد)

وما وهب (١) منه ، فقبله وقبضه ، او اوصى له به ، فقبله ، كما صرح به في المبسوط والتذكرة ، وصرح العلامة (٢) بأنّ مؤنة تجهيزه لو كان مملوكا على البايع ، وهو (٣) مبنى على ثبوت الملك التحقيقي قبل التلف

(١) اي وفي معنى النماء ما وهب منه ، فقبله وقبضه ، مثلا اذا باع زيد عبدا ، ثم وهب زيد للعبد مالا ، وقبل العبد ، وقبضه ، ثم مات العبد قبل قبض المشتري ، يكون المال الموهوب مالا للمشتري ، او اوصى له به فقبله ، مثلا اذا باع زيد عبدا ، ثم اوصى زيد للعبد مالا ، فقبله ، ثم مات زيد قبل قبض المشتري ، يكون المال الموصى به مالا للمشتري (٢) اي ، وصرح العلامة بأنّ مؤنة تجهيز المبيع اذا تلف قبل القبض لو كان مملوكا على البايع ، لانه اذا انفسخ العقد قبل موته آنا ما مات في ملك البايع فحينئذ يكون مؤنة تجهيزه عليه (٣) والمصنف (ره) يقول : وما ذكره العلامة مبنى على ثبوت الملك التحقيقي للبايع قبل التلف ، لا مجرد تقدير الملك الذي لا بدّ فيه من ثبوت الحكم الذي احتاج الى ذلك التقدير ، فانّ الحكم الثابت المحتاج الى ذلك التقدير ، هو كون تلفه من البايع دون ما عداه من مؤنة التجهيز ونحوها من باقى آثار الملك ، يعنى أنّ القدر الثابت من الأدلة أنّ المبيع يدخل في ملك البايع ، ثم يتلف فيه ، اما ترتب سائر احكام الملك من مؤنة التجهيز وغيرها على البايع ، فلا دليل عليه ، الا ان يقال : أنّ التلف من البايع الذى استفيد من قوله * ص * : * كلّ مبيع تلف قبل القبض ، فهو من مال بايعه * يدلّ التزاما على الفسخ الحقيقي فحينئذ يترتب عليه سائر احكام الملك من مؤنة التجهيز وغيرها

لا مجرد تقدير الملك الذي لا بدّ فيه من الاقتصار على الحكم الثابت المحجج الى ذلك التقدير، دون ما عداه (١) من باقى آثار المقدّر، إلا ان يقال : بأن التلف من البايع، يدلّ التزاما على الفسخ الحقيقى، ثمّ انه يلحق بالتلف، تعذّر الوصول اليه عادة، مثل سرقة على وجه لا يرجى عوده (٢) وعليه (٣) تحمل رواية عقبة المتقدمة. قال فى التذكرة : وقوع الدرة فى البحر قبل القبض كالتلف، وكذا انفلات الطير (٤) والصيد المتوحش ولو غرّق البحر، الأرض المبيعة، او وقع عليها صخور عظيمة من جبل او كسيها رمل، فهى (٥) بمثابة التلف، او يثبت به الخيار، للشافعية

(١) يرجع الضمير الى الحكم الثابت (٢) فلا يخفى، ان السرقة و اشباهها على قسمين، احدهما : ان المبيع المسروق لا يرجى عوده، و ثانيهما : انه يرجى عوده، فالقسم الأول يلحق بالتلف عرفا، و الثانى لا يلحق بالتلف، فحينئذ لا يوجب انفساخ العقد، بل يوجب الخيار للمشتري، و دليل لحوق القسم الأول بالتلف، رواية عقبة بن خالد، و كذلك الأمر فى غير السرقة ممّا يلحق بالتلف بملاحظة عدم امكان اقباضه عادة، كانفلات الطير و الصيد المتوحش (٣) اى وعلى كون المسروق على وجه لا يرجى عوده، تحمل رواية عقبة المتقدمة (٤)، (انفلت) الرجل : نجا و تخلّص (اقرب الموارد)، (٥) يعنى، فالأرض المبيعة فى الموارد الثلاثة المذكورة، بمثابة التلف، لزوال المالية بالامور المذكورة، فيصدق تلف الأرض المبيعة قبل القبض، او يثبت بكلّ واحد من الامور المذكورة الخيار للمشتري الذى هو خيار العيب

وجهمان ، اقيهما الثانى (١) ولو آبق العبد قبل القبض ، اوضاع (٢)
 فى انتهاب العسكر ، لم يفسخ البيع (٣) لبقاء المالية ورجاء العود
 انتهى (٤) وفى التذكرة ايضا ، لو هرب المشتري (٥) قبل وزن الثمن
 (٦) وهو معسر مع عدم الاقباض (٧) احتمل ان يملك البايع الفسخ فى
 الحال (٨) لتعذر استيفاء الثمن ، و الصبر ثلاثة أيام (٩) للرواية ، و
 الأول اقوى (١٠) لورودها فى الهاذل

(١) فالمراد من الثانى ، هو ثبوت الخيار (٢) ضاع ، اى فقد ، كما فى
 اقرب الموارد (٣) و انما لم يفسخ البيع لبقاء المالية ، لانه يمكن بيع العبد
 الآبق و الضايح بالضميمة و عتقهما عن الكفارة (٤) اى انتهى ما ذكره فى
 التذكرة (٥) فلا يخفى ، ان ذكر هذا الفرع هنا ، لا يناسب المقام ، لان
 الغرض هنا ، ذكر ما يلحق بتلف المبيع من تعذر تسليم المبيع ، و هذا
 الفرع من قبيل تعذر تسليم الثمن ، الا ان يقال : ان ذكره هنا بملاحظة
 عدم الفرق بين الثمن و المثلن (٦) قوله (وزن الثمن) كناية عن دفع الثمن
 الى البايع (٧) فالمراد من عدم الاقباض ، عدم اقباض البايع المبيع الى
 المشتري (٨) احتمل ان يملك البايع الفسخ ، لانه اذا حصل الامتناع
 من اقباض الثمن ، اما متعمدا ، او لعذر ، فسخ البايع فى الحال
 لا بعد ثلاثة أيام ، لتعذر استيفاء الثمن (٩) قوله (و الصبر ثلاثة أيام)
 عطف على قوله (ان يملك) يعنى احتمل الصبر ثلاثة أيام ، و انما يصبر
 البايع ثلاثة أيام للرواية الواردة فى خيار تأخير الثمن (١٠) و المصنف (ره)
 يقول : و الأول اقوى ، و هو ان يملك البايع بالفسخ فى الحال ، لا ان
 يصبر ثلاثة أيام ، لان الرواية وردت فى صورة كون المشتري باذلا للثمن ←

وان كان موسرا ، اثبت البايح ذلك عند الحاكم ، ثم ان وجد له مالا قضاه
 (١) والآ (٢) باع المبيع وقضى منه ، والفاضل للمشتري ، والمعـوز
 (٣) عليه (٤) انتهى (٥) وفي غير موضع مما ذكره تأمل (٦)

→ لا هاربا (١) اي ثم ان وجد الحاكم له مالا ، آداه الي البايح ، قال
 في اقرب الموارد : قضى الغريم دينه ، اي آداه (٢) اي وان لم يجد له
 مالا ، باع الحاكم المبيع وقضى من ثمن المبيع ، والفاضل عن الثمن
 للمشتري ، والمعوز على المشتري (٣) ، (العوز) بالفتح : العدم (المجمع)
 المعوز بصيغة اسم المفعول من باب الافعال ، كناية عن الناقص (٤) يرجع
 الضمير الي المشتري (٥) اي انتهى ما ذكره في التذكرة (٦) احد مواضع
 التأمل ، قوله (و الأول اقوى) وجه التأمل فيه : ان تعدر استيفاء الثمن
 لأجل هرب المشتري قبل الوزن ، مثل وقوع الدرّة في البحر بكونه كالتلف
 لأن الظاهر عدم الفرق بينهما في عدم المالية العرفية ، و ثاني مواضع
 التأمل ، انه جعل الفرق بين المعسر و الموسر ، ووجه التأمل فيه : انه
 لا فرق بين المعسر و الموسر ، لانه ان كان الأقوى في الأول ، كون البايح
 مالكا في الفسخ في الحال ، كان الأقوى في الثاني ايضا كون البايح مالكا
 في الفسخ في الحال ، و ان كان في الثاني الرجوع الي الحاكم و الأخذ
 من مال المشتري بحكمه ، كان في الأول ايضا الرجوع الي الحاكم و الأخذ
 من مال المشتري بحكمه ، و ثالث مواضع التأمل ، قوله (رجاء العود) ووجه
 التأمل فيه : انه قد لا يرجى عوده ، و مع عدم رجاء العود ، لا يبقى له
 مالية ، فحينئذ يكون اباق العبد مثل انفلات الطير في كونه كالتلف

في أنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه ، فهو من مال بايعه ٢٦٩

ثمّ أنّ ظاهر كثير من الأصحاب ، أنّه (١) لا يعتبر في القبض المسقط للضمان وقوعه (٢) صحيحا جامعا لما يعتبر فيه ، فلو وقع بغير اذن ذى اليد ، كفى في رفع الضمان (٣) كما صرح به في التذكرة والدروس وغيرهما ، ولو لم يتحقق الكيل والوزن بناء على اعتبارهما في قبض المكيل ففي سقوط الضمان بمجرد نقل المشتري ، قولان (٤)

(١) الضمير للشأن (٢) أى وقوع القبض (٣) أى فلو وقع القبض بغير اذن ذى اليد ، كفى في رفع الضمان عنه ، مثلا لو وقع قبض المبيع بغير اذن البايع وتلف ، كفى في رفع الضمان عن البايع ، نظرا الى أنّ ضمان البايع للمبيع على خلاف القاعدة ، والمتيقن من دليله الذى هو الحديث النبوى ، هو ضمانه اذا تلف وهو فى قبضته ، فان خرج من قبضته ولو بغير اذنه ، حكم بضمان المشتري عملا بالقاعدة (٤) احد القولين : سقوط الضمان عن البايع بمجرد نقل المشتري المبيع ، و ثانيهما : عدم سقوط الضمان عن البايع بمجرد نقل المشتري المبيع ، فوجه القول الأول ، أنّ ادلة اعتبار الكيل والوزن فى قبض المكيل والموزون ، مختصة باعتبارهما فى قبضهما بالنسبة الى حكم بيعهما ثانيا ، فعلى هذا ، لو نقل المشتري المبيع من دون تحقق الكيل والوزن ، سقط الضمان عن البايع ، ووجه القول الثانى ، أنّ ادلة اعتبار الكيل والوزن فى قبض المكيل والموزون ليست مختصة باعتبارهما فى قبضهما بالنسبة الى حكم بيعهما ثانيا ، بل عامة شاملة لا اعتبارهما بالنسبة الى حكم سقوط الضمان ايضا ، فعلى هذا لو نقل المشتري المبيع من دون تحقق الكيل والوزن ، لم يسقط الضمان عن البايع

قال في التذكرة في باب بيع الثمار : انه لو اشترى طعاما مكيالة ، فقبض جزافا (١) فهلك في يده ، فهو من ضمان المشتري لحصول القبض ، وان جعلنا الكيل شرطا فيه ، فالأقرب ، انه من ضمان البايع ، انتهى (٢) و قد تقدم عن جامع المقاصد ، سقوط الضمان هنا (٣) بناء على اشتراط الكيل في القبض ، ولا يخلو عن قوّة (٤) و هل يكفي بالتخلية ، على القول بعدم كونها قبضا ، في سقوط الضمان ، قولان (٥)

(١) اي لو اشترى طعاما مكيالة ، فقبض المشتري جزافا ، اي بدون الكيل فهلك الطعام في يده ، فهو من ضمان المشتري لحصول القبض (٢) اي انتهى ما ذكره في التذكرة (٣) اشارة الى اخذ الطعام جزافا (٤) لعل وجه القوة ، ان الدليل على اشتراط الكيل في قبض المكيل ، انما هو بالنسبة الى حكم بيعه ثانيا قبل القبض ، لا بالنسبة الى رفع الضمان من البايع ، فعلى هذا ، لو اشترى مكيالة ، فقبض المشتري جزافا ، فهلك في يده ، فهو من ضمان المشتري ، وان جعلنا الكيل شرطا فيه ، لان اشتراط الكيل ، راجع الى حكم بيعه ثانيا ، لا الى سقوط الضمان من البايع (٥) احد القولين : سقوط الضمان من البايع بالتخلية ، و ثانيهما : عدم سقوط الضمان عن البايع بها ، فوجه سقوط الضمان من البايع بها ، ان ضمان البايع للمبيع على خلاف القاعدة ، و المتيقن من دليله ، هو ضمانه اذا تلف و هو في قبضته ، فان خرج من قبضته و سلطته ، حكم بضمن المشتري عملا بالقاعدة التي هي كون الضمان من مال المالك ، فوجه عدم سقوط الضمان من البايع بالتخلية ، ان عدم صدق القبض لغة و لا عرفا على التخلية ، فعلى هذا لو تلف المبيع بعد التخلية ، كان من البايع ، لا من

لا يخلو السقوط من قوة ، و ان لم نجعله (١) قبضا ، وكذا الكلام فيما لو وضع المشتري يده عليه (٢) ولم ينقله بناء على اعتبار النقل في القبض هذا كله حكم التلف السماوي ، واما الاتلاف ، فاما ان يكون من المشتري واما ان يكون من البايع ، واما ان يكون من الأجنبي ، فان كان من المشتري ، فالظاهر عدم الخلاف في كونه بمنزلة القبض في سقوط الضمان لانه قد ضمن ماله باتلافه (٣)

جـ المشتري (١) قال بعض الأجلة : لو ترك قوله (و ان لم نجعله قبضا) كان اولى ، وعلى فرض عدم الترك الضمير المفعول يرجع الى التخلية ، لان كل مصدر يكون مع التاء جاز فيه التذكير والتأنيث (٢) اي فيما لو وضع المشتري يده على المبيع ، قولان ايضا ، احدهما : عدم سقوط الضمان عن البايع ، لانه لا يصدق القبض على وضع اليد على المبيع لغة ، ولا عرفا فعلى هذا ، لو تلف المبيع بعد وضع المشتري يده عليه كان من البايع لانه تلف قبل قبضه ، و ثانيهما : سقوط الضمان عن البايع بوضع المشتري يده عليه ، لان ضمان البايع للمبيع على خلاف القاعدة التي هي كون الضمان من مال المالك ، و المتيقن من دليبه ، هو ضمانه اذا تلف وهو في قبضته ، فان اخرج من قبضته ولو بوضع المشتري يده عليه ، حكم بضمنان المشتري ، عملا بالقاعدة (٣) لعل غرض المصنف (ره) : ان القبض كان للانتفاع به بوجوه التصرفات ، فالاتلاف الذي هو احد التصرفات ، رافع لضمنان البايع ، فحينئذ يكون المشتري ضامنا لماله باتلافه لقاعدة كون الضمان من مال المالك مع عدم قيام دليل على ضمان البايع لانصراف النبوى الى غير هذا الفرض

و حجته الاجماع لو تم ، و الا فانصراف النص (١) الى غير هذا التلف فيبقى تحت القاعدة (٢) قال في التذكرة : هذا (٣) اذا كان المشتري عالما ، و ان كان جاهلا ، بان قدم البايع الطعام المبيع الى المشتري فأكله . هل يجعل قابضا (٤) الأقرب ، انه لا يصير قابضا ، و يكون بمنزلة اتلاف البايع ، ثم مثل له (٥) بما قدم المغضوب الى المالك ، فأكله ، اقول : هذا (٦) مع غرور البايع ، لا بأس به

(١) حاصل هذه العبارة : ان حجة سقوط الضمان من البايع باتلاف المشتري و ضمانه عليه ، الاجماع لو تم و ثبت ، و ان لم يتم و لم يثبت الاجماع على سقوط الضمان من البايع و ضمانه على المشتري ، و قلنا : انصراف النص الذي هو النبوي الى غير هذا القسم من التلف ، فحينئذ يبقى هذا القسم من التلف تحت قاعدة : كون الضمان من مال المالك بمعنى كون تلف المال من ماله ، فيسقط الضمان من البايع ، فيكون الضمان على المشتري (٢) فالمراد من القاعدة ، هي قاعدة : كون الضمان من مال المالك (٣) اشارة الى سقوط الضمان من البايع و الضمان على المشتري باتلافه (٤) اي و ان كان جاهلا بان ما اتلفه ماله ، بان قدم البايع الطعام المبيع الى المشتري ، فأكله ، هل يجعل المشتري قابضا حتى لا يكون ضمانه على البايع ، ام لا ؟ الأقرب ، ان المشتري لا يصير قابضا بذلك ، و يكون بمنزلة اتلاف البايع (٥) اي ثم مثل في التذكرة لاتلاف المشتري المبيع جاهلا بطعام مغضوب قدّمه الغاصب الى المالك فأكله (٦) اقول : هذا الذي ذكره في التذكرة بقوله (الأقرب ، انه لا يصير قابضا ، الخ) مع غرور البايع ، لا بأس به لقاعدة * المغرور يرجع الى من ←

أما مع عدم الغرور ، ففي كونه كالتلف السماوي ، وجهان . ولو صال (١)
العبد على المشتري (٢) فقتله دفعا ، ففي التذكرة ، ان الأصل ، انه
لا يستقر عليه الثمن ، وحكى عن بعض الشافعية ، الاستقرار (٣) لانه قتله
في غرض نفسه . ولو اتلفه البايع ، ففي انفساخ البيع (٤) كما عن

→ غره * وكذلك في تقديم الغاصب الطعام الى المالك ، واما مع عدم
الغرور من البايع ، ففي كونه كالتلف السماوي ، وجهان : احدهما ، انه
كالتلف السماوي ، لان المشتري كان جاهلا بانه ماله ، فيضمنه البايع ، و
ثانيهما ، انه ليس كالتلف السماوي ، لان اتلافه بمنزلة القبض في سقوط
الضمان عن البايع ، لانه قد ضمن ماله باتلافه (١) صال ، اي وثب وقهر
قال في المنجد : (صال ، الخ) عليه : وثب وقهره (الصولة) السطوة
القدرة . القهر . الجولة و الحملة في الحرب ، انتهى (٢) يعني لو حمل
العبد قبل القبض على المشتري ليقتله ، فقتله المشتري دفعا عن نفسه
قال في التذكرة : ان الأصل ، انه لا يستقر على المشتري الثمن ، فيكون
التلف من مال البايع ، لان اتلاف المشتري العبد في الفرض المذكور بأمر
الشارع ، لان الدفاع عن النفس واجب شرعا ، و دم المدفوع هدر ، حيث
يتوقف الدفاع على قتله (٣) وحكى عن بعض الشافعية ، استقرار الثمن
على المشتري ، لانه قتل العبد لأجل غرض نفسه ، فيكون الضمان على
المشتري ، لانه اتلف مال نفسه لأجل غرض نفسه (٤) يعني لو اتلف البايع
المبيع قبل قبض المشتري ، ففيه وجوه : احدها ، انفساخ العقد به
كانفساخه بالتلف ، لان الضمان في النبوي معلق على التلف الذي يعم
الاختياري وغير الاختياري ، فعلى هذا يكون ضمانه ، ضمان المعاوضة ←

المبسوط والشرايع والتحرير، لعموم التلف (١) فى النص ، لما كان باتلاف حيوان او انسان ، او كان بأفة ، او ضمان البايع (٢) للقيمة ، لخروجه عن منصرف دليل الانفساخ ، فيدخل تحت قاعدة : اتلاف مال الغير

→ وحكى هذا الوجه عن المبسوط والشرايع والتحرير، وثانيها ، كون اتلاف البايع موجبا لضمان الغرامة ، لا لضمان المعاوضة ، نظرا الى خروج الاتلاف عن منصرف النبوى ، لانه منصرف الى التلف السماوى ، فلا يشمل الاتلاف ، فانه يدخل تحت قاعدة * من اتلف مال الغير ، فهو له ضامن * فعلى هذا لم يفسخ العقد باتلاف البايع ، فانه يضمن قيمة المبيع للمشتري وثالثها ، تخيير المشتري بين مطالبته بالقيمة او الثمن ، و تخييره لأحد الوجهين : أما لاجتماع سبب الانفساخ الذى هو التلف وسبب ضمان الغرامة الذى هو الاتلاف ولا موجب لاهمالهما معا ولا موجب لاعمالهما معا ولا مرجح لأحدهما بالخصوص ، فلامحالة يتخير بين اعمال أيهما شاء وأما ، لأن الاتلاف يوجب تعذر تسليم المبيع ، فيثبت الخيار للمشتري فان فسخ ، يضمن البايع الثمن ، فان لم يفسخ ، يضمن قيمة المبيع ، فلا يخفى أنّ تخيير المشتري فى الوجه الأول من الثالث مسبب عن تراحم سبب ضمان المسمى وضمان الغرامة ، و أنّ تخيير المشتري فى الوجه الثانى من الثالث من باب تعذر تسليم المبيع (١) و أنّما يفسخ البيع باتلاف البايع المبيع لعموم التلف فى النص الشامل لما كان بالاتلاف ، او كان بأفة سماوية فعلى هذا ، يضمن البايع ، المسمى (٢) و أنّما يضمن البايع للقيمة لخروج الاتلاف عن منصرف دليل الانفساخ الذى هو النبوى و دخوله تحت قاعدة * من اتلف مال الغير ، فهو له ضامن *

او التخيير (١) بين مطالبته بالقيمة او بالثمن ، اما لتحقق سبب الانفساخ (٢) وسبب الضمان (٣) فيتخير المالك في العمل بأحدهما ، واما لان (٤) التلف على هذا الوجه اذا خرج عن منصرف دليل الانفساخ لحقه حكم تعذر تسليم المبيع ، فيثبت الخيار للمشتري ، لجريان دليل تعذر التسليم هنا ، وهذا (٥) هو الأقوى ، واختاره في التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك وغيرها ، وعن حواشى الشهيد نسبه الى اصحابنا العراقيين . فان اختار المشتري القيمة ، فهل للبايع حبس القيمة (٦) على الثمن ؟ وجهان

(١) واما كان المشتري مخيرا بين مطالبته بالقيمة او بالثمن ، لوجهين : * احدهما * ان سبب ضمان المسمى و سبب ضمان الغرامة متزامان ، لانه لا موجب لاهمالهما معا و لا موجب لاعمالهما معا و لا مرجح لأحدهما بالخصوص ، فحينئذ يتخير المشتري باعمال ايّهما شاء ، و * ثانيهما * ان اتلاف البايع يوجب تعذر التسليم ، فحينئذ ان المشتري مخير بين امضاء العقد حتى يضمن البايع القيمة وفسخ العقد حتى يضمن البايع المسمى (٢) ان سبب الانفساخ ، هو التلف (٣) و ان سبب ضمان الغرامة ، هو الاتلاف (٤) قوله (اما لان التلف) عطف على قوله (اما لتحقق) (٥) يعنى الوجه الثالث اقوى ، و هو تخيير المشتري بين مطالبته بالقيمة او بالثمن (٦) اى ، فهل للبايع حبس القيمة على الثمن الذى على المشتري الى ان يعطيه للبايع ، ام ليس للبايع حبس القيمة ؟ وجهان : احدهما ، ان له حبس القيمة ، لانها بدل عن العين ، و ثانيهما ، انه ليس له حبس القيمة لان دليل الحبس و هو الانفهام من العقد يختص بالمبدل ، قال ←

من أنّها (١) بدل عن العين ، ومن أنّ (٢) دليل الحبس وهو الانفهام من العقد يختص بالمبدل ، اقواهما (٣) عدم . ولو قبض المشتري (٤) بغير إذن البايع ، حيث يكون له الاسترداد ، فاتفق البايع في يد المشتري ، ففي كونه كاتلافه قبل القبض ، فيكون في حكم الاسترداد ، كما أنّ اتلاف المشتري في يد البايع بمنزلة القبض ، او كونه اتلافا له بعد القبض موجبا للقيمة لدخول المبيع في ضمان المشتري بالقبض ، وان كان ظالما فيه ، وجهان (٥) اختارا أولهما (٦) في التذكرة

→ المصنف (ره): أقوى الوجهين ، عدم حبس القيمة (١) قوله (من أنّها بدل عن العين) دليل على جواز الحبس (٢) قوله (ومن أنّ دليل الحبس الخ) دليل على عدم جواز حبس القيمة (٣) اي اقويهما ، عدم جواز حبس القيمة (٤) يعني لو قبض المشتري المبيع بغير إذن البايع ، حيث يكون له الاسترداد ، لأنّ البايع اذا لم يقبض الثمن ، فله ان يستردّ المبيع ويبقيه عنده حتى يعطيه المشتري الثمن ، فاتفق البايع المبيع في يد المشتري ، ففي كونه كاتلافه قبل القبض ، لأنّ الاتلاف يكون في حكم استرداد المبيع ، فينفسخ البيع ويكون الضمان ، ضمان المعاوضة ، او كونه اتلافا له بعد القبض موجبا للقيمة ، فلم ينفسخ البيع ويكون الضمان ضمان الغرامة ، وانّما ضمن البايع القيمة ولم يضمن المسمى في هذا الفرض ، لأنّ المبيع داخل في ضمان المشتري بالقبض ، وان كان ظالما فيه ، وانّما كان المشتري ظالما فيه ، لانه قبض المبيع من دون ان يعطى الثمن للبايع ، وجهان (٥) قوله (وجهان) مبتدأ مؤخر لخبر مقدم وهو قوله (ففي كونه) ، (٦) فالمراد بالأول ، هو كونه كاتلافه قبل القبض و ←

ولو اتلفه اجنبي ، جاء الوجوه الثلاثة (١) المتقدمة ، الا ان المتعين منها (٢) هو التخيير ، لما تقدم ، ولولا شبهة الاجماع (٣) على عدم تعيين القيمة ، تعين الرجوع اليها (٤) بعد فرض انصراف دليل الانفساخ الى غير ذلك

* مسألة *

تلف الثمن المعين قبل القبض ، كتلف المبيع المعين في جميع ما ذكر كما صرح في التذكرة ، وهو ظاهر عبارة الدروس حيث ذكر : ان بالقبض ينتقل الضمان الى القابض ، بل الظاهر ، انه مما لا خلاف فيه

→ كون الضمان ، ضمان المعاوضة لأجل انفساخ البيع (١) احد الوجوه انفساخ العقد بالاتلاف ، كانفساخه بالتلف ، و ثانيها ، الضمان بالقيمة لأجل ان الاتلاف خارج عن منصرف دليل الانفساخ ، و داخل تحت قاعدة * من اتلف مال الغير ، فهو له ضامن * ، و ثالثها ، تخيير المشتري بين مطالبته بالقيمة او بالثمن (٢) اي الا ان المتعين من الوجوه الثلاثة ، هو تخيير المشتري بين مطالبته بالقيمة او بالثمن لما تقدم في ص ٢٧٥ (٣) لعل الاجماع ثابت على تخيير المشتري بين مطالبته بالقيمة او بالثمن و عدم تعين القيمة في صورة اتلاف الاجنبي المبيع قبل قبض المشتري ، و المصنف (ره) يقول : لولا شبهة الاجماع على عدم تعين القيمة وعلى تخيير المشتري بين مطالبته بالقيمة او بالثمن ، تعين الرجوع الى القيمة بعد فرض انصراف دليل انفساخ العقد الى غير اتلاف الاجنبي (٤) الضمير يرجع الى القيمة

قال في المبسوط: لو اشترى (١) عبدا بثوب، وقبض العبد ولم يسلم الثوب، فباع العبد، صح بيعه، واذا باعه وسلمه، ثم تلف الثوب انفسخ البيع ولزمه قيمة العبد لبايعه، لانه لا يقدر على رده، انتهى . و في باب الصرف من السرائر (٢) نظير ذلك، وقد ذكر هذه المسئلة ايضا في الشرايع وكتب العلامة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك وغيرها اعنى، مسئلة من باع شيئا بشئ معين، ثم بيع احدهما، ثم تلف الآخر و حكموا، بانفساخ البيع الأول، وقد صرحوا بنظير ذلك (٣) في باب الشفعة ايضا، وبالجملة، فالظاهر، عدم الخلاف في المسئلة (٤)

(١) مثلا، لو اشترى زيد عبدا من خالد بثوب وقبض زيد العبد ولم يسلم الثوب، ثم باع زيد العبد لبكر، صح بيع العبد، واذا باع زيد العبد وسلمه الى بكر، ثم تلف الثوب في يده، انفسخ البيع الأول و لزمه قيمة العبد لبايعه الذى هو خالد، و انما لم يرد العبد الى بايعه و لزمه رد قيمة العبد، لانه لا يقدر على رد العبد، لانه باعه و خرج عن ملكه بالعقد اللازم، فان قول الشيخ في المبسوط، شاهد على ان كل ثمن تلف قبل قبضه، فهو من مال المشتري (٢) قال في السرائر في باب الصرف ص ٢١٩: فاذا كانت معينة و هلك قبل القبض، بطل البيع، انتهى . اى فاذا كانت الاثمان معينة و هلكت قبل القبض، بطل البيع (٣) قال في المسالك ج ٢ ص ٢٨٤: الرابع، ان يتلف الثمن المعين قبل قبضه، فانه يحكم ببطلان البيع و يتبعه بطلان الشفعة، انتهى (٤) اى فالظاهر، عدم الخلاف في مسئلة: ان تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين في جميع ما ذكر

ويمكن ان يستظهر من رواية عقبة المتقدمة ، حيث ذكر في آخرها : ان
المبتاع (١) ضامن لحقه حتى يرد اليه ماله ، بناء على عود ضمير الحق
(٢) الى البايع ، بل ظاهر بعضهم (٣) شمول النبوى له ، بناء على
صدق المبيع على الثمن ، كما قال في التذكرة : او اكلت الشاة ثمنها
المعين قبل القبض ، فان كانت في يد المشتري ، فكاتلافه (٤) وان كانت
في يد البايع ، فكاتلافه (٥) وان كانت في يد اجنبي ، فكاتلافه (٦)

(١) اي ان المبتاع ضامن لحق البايع الذي هو الثمن حتى يرد المبتاع
اليه ماله الذي هو الثمن ، فاذا تلف الثمن قبل الرد ، يكون من مال
المشتري (٢) اي بناء على عود ضمير الحق الذي هو في قوله (لحقه) الى
البايع (٣) اي بل ظاهر بعض الفقهاء ، شمول النبوى للثمن ، بناء على
صدق المبيع على الثمن ، كما قال في التذكرة : (او اكلت الشاة ثمنها
الخ) حيث اطلق المبيع على الثمن بقوله (لان المبيع هلك قبل القبض)
فالمراد من المبيع المذكور ، هو الثمن (٤) يعنى ، فان كانت الشاة التى
اكلت ثمنها في يد المشتري ، فكاتلاف المشتري الثمن ، فعلى هذا ، جاء
فيه الوجوه الثلاثة : « احدها » انفساخ العقد ، و « ثانيها » بقاء العقد و
ضمان المشتري قيمة الثمن ، و « ثالثها » تخيير البايع بين مطالبته بقيمة
الثمن او المبيع (٥) يعنى وان كانت الشاة التى اكلت ثمنها فى يد
البايع ، فكاتلاف البايع ، فحينئذ يكون هذا بمنزلة قبض البايع الثمن فى
سقوط الضمان عن المشتري (٦) اي وان كانت الشاة التى اكلت ثمنها فى
يد اجنبي ، فكاتلاف الأجنبي الثمن ، فعلى هذا جاء الوجوه الثلاثة
المتقدمة ايضا

وان لم تكن (١) فى يد احد ، انفسخ البيع ، لان المبيع (٢) هلك قبل القبض بأمر لا ينسب الى آدمى ، فكان كالسماوية ، انتهى (٣) ثم انه هل يلحق العوضان فى غير البيع من المعاوضات به فى هذا الحكم ؟ لم اجد احدا (٤) صرح بذلك نفيا او اثباتا . نعم ذكروا فى الاجارة والصداق و عوض الخلع ضمانها (٥) لو تلف قبل القبض ، لكن ثبوت الحكم عمومًا مسكوت عنه فى كلماتهم ، الا انه يظهر من بعض مواضع التذكرة ، عموم الحكم لجميع المعاوضات على وجه يظهر كونه (٦) من المسلّمات

(١) اى وان لم تكن الشاة فى يد احد ، انفسخ البيع ، لان الثمن هلك قبل قبض البايع بأمر لا ينسب الى آدمى ، فكان كالسماوية ، فيكون تلفه من المشتري ، فيكون المبيع الذى هو الشاة للبايع (٢) فالمراد من المبيع هنا ، هو الثمن (٣) اى انتهى ما ذكره فى التذكرة (٤) اى لم اجد احدا صرح باللاحاق نفيا ، بان يقول : لا يلحق ، او اثباتا ، بان يقول : يلحق (٥) اى نعم ذكروا فى الاجارة والصداق وعوض الخلع ، ضمانها لو تلف قبل القبض ، فاذا تلفت العين المستأجرة قبل قبض العين ، او تلفت الاجرة قبل قبض الاجرة ، بطلت الاجارة . ولو تلف الصداق قبل قبض الزوجة ، بطل كونه صداقا ، ولا يبطل النكاح ، و تلف عوض الخلع قبل قبض الزوج ، بطل كونه عوضا عن الخلع ، ولا يبطل الخلع (٦) اى ، الا انه يظهر من بعض مواضع التذكرة ، عموم الحكم لجميع المعاوضات على وجه يظهر ، كون عموم الحكم لجميع المعاوضات من المسلّمات

قال فى مسألة جواز بيع ما انتقل بغير البيع قبل القبض : و المال المضمون (١) فى يد الغير بالقيمة كالعارية المضمونة او بالتفريط ، و يسمى ضمان اليد ، يجوز بيعه (٢) قبل قبضه لتمام الملك فيه (٣) الى ان قال (٤): أما ما هو مضمون فى يد الغير بعوض فى عقد معاوضة

(١) اى قال العلامة فى التذكرة : و المال المضمون فى يد الغير بالقيمة كالعارية المضمونة ، مثل الفضة و الذهب ، او المضمونة بالشرط ، او المضمونة بالتفريط و يسمى ضمان اليد ، يجوز للمالك المعير بيع المال المضمون الذى اعاره قبل قبضه من المستعير ، و انما يجوز بيعه قبل قبضه من المستعير لتمام الملك فيه ، لانه ملكه ، و كل ملك مطلق يجوز بيعه و ان كان فى يد المستعير (٢) الضمير يرجع الى المال المضمون (٣) اى لتمام الملك فى المال المضمون (٤) اى الى ان قال العلامة فى التذكرة : أما ما هو مضمون فى يد الغير بعوض فى عقد معاوضة ، فالوجه جواز بيعه قبل قبضه كمال الصلح ، فانه اذا صالح زيد بكرا عن كتابه بثوب بكر ، جاز لزيد ان يبيع الثوب المذكور قبل قبضه ، و كالأجرة المعينة فى الاجارة ، فانه اذا أجر زيد داره لبكر سنة بمقابل كتابه المعين ، جاز لزيد ان يبيع الكتاب المذكور قبل قبضه لما تقدم من تمام الملك ، و قال الشافعى : لا يصح البيع قبل قبضه ، لا فى مال الصلح و لا فى الاجرة المعينة ، لتوهم انفساخ عقد الصلح او عقد الاجارة بتلفه قبل القبض كالبيع ، فانه اذا تلف المبيع فى البيع قبل قبضه ، انفسخ البيع ، و ظاهر هذا الكلام من العلامة فى التذكرة ، ان انفساخ العقد بالتلف قبل القبض فى غير البيع ايضا مسلم بين الخاصة و العامة ، و انما الخلاف بين الشافعى و العلامة فى جواز

فألوجه جواز بيعه (١) قبل قبضه ، كمال الصلح و الاجرة المعيّنة ، لما تقدم (٢) وقال الشافعى : لا يصح ، لتوهم الانفساخ بتلفه ، كالبيع انتهى (٣) و ظاهر هذا الكلام ، كونه (٤) مسلماً بين الخاصة و العامة

* مسألة *

لو تلف بعض المبيع قبل قبضه (٥) فان كان ممّا يقسّط الثمن عليه ، انفسخ

→ البيع قبل القبض ، لا فى الانفساخ بالتلف ، فانّ العلامة يقول : جاز البيع قبل القبض ، و الشافعى يقول : لا يجوز البيع قبل القبض ، لتوهم الانفساخ بتلفه (١) الضمير يرجع الى (ما) فى قوله (اما ما هو) ، (٢) اى تقدم بقوله (لتام الملك فيه) ، (٣) اى انتهى ما ذكره العلامة فى التذكرة (٤) اى كون انفساخ العقد بالتلف قبل القبض فى غير البيع مسلّم بين الخاصة و العامة (٥) فلا يخفى ، انّ التلف قبل القبض على اقسام : احدها تلف الكلّ ، فقد تقدّم ، انّ تلف الكلّ قبل القبض يوجب انفساخ العقد ، و ثانيها ، تلف البعض المقسّط عليه الثمن ، كتلف عبد من عبد ين بيعاً معاً فانّ المصنف قائل ، بانّه لو تلف بعض المبيع قبل قبضه ، فان كان ممّا يقسّط الثمن عليه ، كعبد من عبد ين ، انفسخ البيع فى بعض المبيع و فيما يقابله من الثمن ، لانّ البعض التالف ، مبيع تلف قبل قبضه ، فيشمله النبوى : * كلّ مبيع تلف قبل قبضه ، فهو من مال بايعه * لانّ الكلّ مبيع و انّ البعض الذى يقسّط عليه الثمن ايضا مبيع ، و ثالثها ، تلف البعض الذى لا يقسّط عليه الثمن ، كتلف يد العبد ، فالمصنف (ره) قائل ، بانّه ان كان الجزء الذى لا يقسّط عليه الثمن ، فالأقوى انه كالوصف الموجب للتعيب ، كالصم و الخرس ، فان قلنا ، يكون تلف الجزء الذى لا يقسّط ←

البيع فيه (١) فيما يقابله من الثمن ، لأن التالف مبيع ، تلف قبل قبضه فان البيع يتعلق لكل جزء ، اذ البيع عرفا ليس الا التملك بعوض ، وكل جزء (٢) كذلك ، نعم اسناد البيع الى جزء واحد مقتصرا عليه ، يوهم انتقاله بعقد مستقل ، ولذا لم يطلق على بيع الكل ، البيوع المتعددة ، وكيف كان ، فلا اشكال ولا خلاف في المسئلة (٣) وان كان الجزء مما لا يتقسط عليه الثمن ، كيد العبد ، فالأقوى انه كالوصف (٤) الموجب للتعيب ، فان قلنا ، بكونه (٥) كالحادث قبل العقد ، فالمشتري مخير بين الردّ والأرش والآ كان (٦) له الردّ فقط ، بل عن الايضاح ، انّ الأرش هنا (٧) اظهر

→ عليه الثمن كالحادث قبل العقد ، فالمشتري مخير بين الردّ وبين اخذ الأرش ، وان قلنا ، انه لم يكن كالحادث قبل العقد ، كان للمشتري الردّ فقط ، بل حكى عن الايضاح ، انّ الأرش في تلف الجزء الذى لا يقسّط عليه الثمن ، اظهر ، لأن المبيع هو مجموع بدن العبد وقد نقص بعضه ، فاللازم ان يأخذ المشتري ، الأرش فقط ، بخلاف نقصان الصفة (١) يرجع الضمير الى (ما) فالمراد منه ، بعض المبيع (٢) اى وكلّ جزء ، تملك بعوض (٣) فلا اشكال ولا خلاف في مسئلة ، انه لو تلف بعض المبيع الذى يقسّط عليه الثمن قبل قبضه ، انفسخ البيع فيه (٤) كتلف الوصف الموجب لتعيب المبيع ، كالصم والخرس (٥) اى فان قلنا ، بكون الجزء الذى لا يقسّط عليه الثمن كالحادث قبل العقد ، فالمشتري مخير بين الردّ والأرش (٦) اى وان قلنا ، بانه لم يكن كالحادث قبل العقد كان للمشتري الردّ فقط (٧) بل حكى عن الايضاح ، انّ الأرش في تلف جزء المبيع قبل القبض الذى لا يقسّط عليه الثمن ، اظهر

لأن المبيع هو مجموع بدن العبد ، وقد نقص بعضه ، بخلاف نقصان
الصفة (١) وفيه تأمل (٢) بل ظاهر الشرايع ، عدم الأرش هنا (٣) مع
قوله به في العيب ، فتأمل (٤) وكيف كان ، فالمهم (٥) نقل الكلام الى
حكم العيب الحادث قبل القبض

(١) فالمراد من نقصان الصفة ، هو مثل انعقاد لسانه عن الكلام حتى يكون
اخرس ، او مثل انسداد أذنه حتى يكون اصمّ و امثالهما (٢) وفي قوله :
انّ الأرش هنا ، اظهر ، تأمل ، ووجه التأمل : انّ الجزء الذي لا يقسّط
عليه الثمن ، كيد العبد ، لا يكون ناقصه الا عيبا ، فحينئذ يكون المشتري
مخيّرا بين الردّ واخذه بتمام الثمن ، وبين اخذ الأرش ، فلا معنى
لأظهرية الأرش فيه (٣) اي بل ظاهر الشرايع ، عدم الأرش في تلف
الجزء الذي لا يقسّط عليه الثمن مع قوله ، بالأرش في العيب . قال في
الشرايع ج ٢ ص ٣٠ : وان لم يكن له قسط من الثمن ، كان للمشتري
الردّ واخذه بجملة الثمن ، كما اذا قطعت يد العبد ، انتهى (٤) قوله
(فتأمل) في قوله (عدم الأرش هنا) ووجه التأمل ، انّ نقص الجزء ، عيب
حقيقة ، فانّ العيب هو الخروج عن مقتضى الخلقة بنقص وصف او بنقص جزء
فاذا تلف الجزء قبل القبض الذي لا يقسّط الثمن عليه ، يكون المشتري
مخيّرا بين الردّ واخذه بتمام الثمن ، وبين اخذ الأرش (٥) قال
المصنف (ره) : فالمهمّ نقل الكلام الى حكم العيب الحادث في المبيع بعد
العقد وقبل القبض ، فعلى هذا ، هل للمشتري الأرش فقط ، او له
الردّ فقط ، او له التخيير بين الردّ والأرش ؟ والظاهر المصريح به في
كلام غير واحد ، انه لا خلاف في انّ للمشتري الردّ

و الظاهر المصرح به فى كلام غير واحد ، انه لا خلاف فى ان للمشتري الرد
 و اما الخلاف فى الأرش ، ففى الخلاف (١) عدمه مدعىا عدم الخلاف فيه
 (٢) و هو (٣) المحكى عن الحلّى و ظاهر المحقق (٤) و تلميذُه و
 كاشف الرموز (٥) لاصالة لزوم العقد (٦) و انما ثبت الرد لدفع تضرر
 المشتري به ، و عن النهاية ، ثبوته (٧) و اختاره (٨) العلامة و الشهيدان
 و المحقق الثانى وغيرهم ، و عن المختلف ، نقله (٩) عن القاضى و الحلبي
 و عن المسالك ، انه (١٠) المشهور ، و استدّلوا عليه (١١) بأن الكلّ مضمون
 قبل القبض ، فكذا ابعاضه و صفاته ، و اورد عليه (١٢) بأن معنى ضمان

(١) ففى كتاب الخلاف ، عدم الأرش (٢) الضمير يرجع الى عدم الأرش
 (٣) اى عدم الأرش المحكى عن ابن ادريس الحلّى (٤) قوله (ظاهر
 المحقق) عطف على قوله (المحكى) ، (٥) قوله (كاشف الرموز) عطف على
 (المحقق) فالمراد من كاشف الرموز ، هو الشيخ عزالدین الحسن بن
 ابى طالب اليوسفى الآبى ، و اسم كتابه كشف الرموز (٦) اى لاصالة لزوم
 العقد بكلّ الثمن ، و انما ثبت الرد لدفع تضرر المشتري به (٧) اى حكى
 عن النهاية ، ثبوت الأرش (٨) يرجع الضمير المفعول الى الأرش (٩) و حكى
 عن المختلف ، نقل ثبوت الأرش عن القاضى بن البراج و ابى الصلاح تقى
 الدين الحلبي (١٠) و حكى عن المسالك ، ان ثبوت الأرش ، المشهور (١١)
 الضمير يرجع الى ثبوت الأرش (١٢) اى اورد على الاستدلال على ثبوت
 الأرش ، بأن ضمان الكلّ انفساخ العقد و رجوع الثمن الى المشتري و
 هذا المعنى غير متحقق فى الوصف ، لانّ الضمان فى الكلّ بمعنى انفساخ
 المعاملة و رجوع الثمن الى المشتري ، و الضمان المدعى فى الوصف هو ←

الكّل انفساخ العقد ، ورجوع الثمن الى المشتري ، والمبيع الى البايع وهذا المعنى غير متحقق في الوصف ، لأنّ انعدامه بعد العقد في ملك البايع ، لا يوجب رجوع ما قابله من عين الثمن ، بل يقابل بالأعم منه ومما يساويه من غير الثمن ، لأنّ الأرض لا يتعيّن كونه من عين الثمن ، ويدفع (١) بأنّ وصف الصحة لا يقابل ابتداءً بجزء من عين الثمن ، ولذا يجوز دفع بدله من غير الثمن مع فقده ، بل لا يضمن بمال اصلا ، لجواز امضاء العقد على المعيب بلا شئ ، وحينئذ (٢) فتلفه على المشتري لا يوجب

→ ثبوت الخيار للمشتري بين الردّ والامساك مع اخذ الأرض ، فلا يخفى أنّ الضمان في الكّل لا يستلزم الضمان في الوصف ، فالاستدلال على ثبوت الأرض ، بأنّ الكّل مضمون قبل القبض ، فكذا ابعاضه وصفاته ، ليس بصحيح ، فلا يثبت الأرض وانما يثبت الردّ فقط ، لدفع ضرر المشتري ، و الاجماع (١) ويدفع الايراد المذكور ، بأنّ وصف الصحة في وقت اجراء العقد ، لا يقابل بجزء من الثمن ، لكن ضمان تلف وصف الصحة في ملك البايع ، ولذا يجوز دفع بدله ، وذلك ، أنّ العقد منفسخ بالنسبة الى الوصف بمعنى فواته في ملك البايع وتقدر العقد كان لم يكن بالنسبة الى حدوث هذا العيب ، فانّ العيب الحادث بعد العقد وقبل القبض كان كالحادث قبل العقد ، فيجوز فيه جميع احكام العيب من الخيار بين الردّ والامساك واخذ الأرض ، ومن اسقاط الخيار (٢) يعنى اذا كان امضاء المشتري العقد على المعيب بلا شئ ، يكون تلفه على المشتري فحينئذ تلفه لا يوجب رجوع شئ من البايع الى المشتري ، فضلا عن جزء من عين الثمن

رجوع شئ الى المشتري فضلا عن جزء من عين الثمن ، بخلاف الكل (١) و
الاجزاء المستقلة في التقويم ، فحاصل معنى الضمان (٢) اذا انتفى وصف
الصحة قبل العقد او انعدم بعد العقد وقبل القبض ، هو تقدير التلف
المتعلق بالعين او الوصف في ملك البايع في المقامين ، و ان العقد من
هذه الجهة كأن لم يكن ، و لازم هذا ، انفساخ العقد رأسا اذا تلف تمام
المبيع ، و انفساخه (٣) بالنسبة الى بعض اجزائه اذا تلف البعض ، و
انفساخ العقد بالنسبة الى الوصف بمعنى فواته في ملكه (٤) و تقدير
العقد كان لم يكن بالنسبة الى حدوث هذا العيب ، فكان العيب حدث
قبل العقد ، و العقد قد وقع على عين معيبة ، فيجرى فيه (٥) جميع

(١) يعنى بخلاف الكل و الأجزاء المستقلة في التقويم ، فان الكل يقابل
ابتداء بكل الثمن ، و تلفه قبل القبض ، يوجب رجوع كل الثمن الى
المشتري ، و ان الجزء المستقل يقابل ابتداء بجزء من الثمن ، و تلفه قبل
القبض ، يوجب رجوع جزء من الثمن الى المشتري (٢) فحاصل معنى
ضمان البايع ، هو تقدير التلف المتعلق بالعين ، او المتعلق بالوصف
في ملك البايع مطلقا ، اى سواء كان قبل العقد او بعد العقد و قبل
القبض (٣) اى انفساخ العقد (٤) اى بمعنى فوات الوصف في ملكه ، و
تقدير العقد كأن لم يكن بالنسبة الى حدوث هذا العيب ، فكان العيب
حدث قبل العقد ، فيجرى في حدوث العيب بعد العقد و قبل القبض
جميع احكام العيب من الخيار بين الرد و الأرش ، و جواز اسقاط الخيار
حتى لا يرد المبيع و لا يأخذ الأرش مع عدم الرد (٥) الضمير يرجع الى
العيب الحادث

احكام العيب من الخيار و جواز اسقاط الخيار ردًا و ارشا ، و يؤيد ما ذكرنا من اتحاد معنى الضمان (١) بالنسبة الى ذات المبيع و وصف صحته الجمع (٢) بينهما فى تلف الحيوان فى ايام الخيار ، و تعييه فى صحيح ابن سنان ، عن الرجل يشتري الدابة او العبد ، فيموت (٣) او يحدث فيه حدث ، على من ضمان ذلك ؟ قال : على البايع حتى يمضى الشرط (٤) ف قوله ﴿ ع ﴾ : على البايع ، حكم (٥) بالضمان لموت العبد و حدوث حدث فيه بفوات جزء او وصف ، و معناه (٦) تقدير وقوعه فى ملك البايع نعم ، قد يشكل الحكم المذكور (٧) لعدم الدليل على ضمان الوصف ، لأن الضمان بهذا المعنى ، حكم مخالف للأصل (٨) يقتصر فيه على محلّ النص و الاجماع ، و هو (٩) تلف الكلّ او البعض ، و لولا الاجماع (١٠)

(١) فالمراد من اتحاد معنى الضمان بالنسبة الى ذات المبيع و وصف صحته ، هو أنّ تلف كلّ المبيع قبل القبض ، فى مال البايع ، و تلف وصفه قبل القبض ، فى مال البايع ايضا (٢) قوله (الجمع) فاعل لقوله (يؤيد) (٣) اى ، فيموت كلّ واحد من الدابة او العبد او يحدث فى كلّ واحد منهما حدث (٤) فالمراد من الشرط ، هو الخيار (٥) قوله (حكم) خبر لمبتدأ مقدم ، و هو قوله (ف قوله ﴿ ع ﴾) ، (٦) اى معنى الضمان هو تقدير وقوع كلّ واحد من التلف و حدوث الحدث فى ملك البايع (٧) فالمراد من الحكم المذكور ، هو ضمان حدوث الحدث فى المبيع فى ملك البايع (٨) اى لاصالة عدم ضمان البايع (٩) اى محلّ النص و الاجماع ، هو تلف الكل او البعض (١٠) اى و لولا الاجماع على جواز الردّ فى حدوث الحدث فى المبيع قبل القبض ، لأشكل الحكم به ايضا ، كما اشكل الحكم فى الأرش

على جواز الرد ، لأشكال الحكم به أيضا ، إلا أنه لما استندوا في الرد (١) الى نفي الضرر ، قالوا : أنّ الضرر المتوجه الى المبيع قبل القبض ، يجب تداركه على البائع ، وحينئذ فقد يستوجه ما ذكره العلامة ، من أنّ (٢) الحاجة قد تمس الى المعاوضة ، فيكون في الرد ضرر ، وكذلك في الامسك بغير ارش ، فيوجب التخيير بين الردّ و الأرش ، لنفي الضرر ، لكن فيه (٣) أنّ تدارك ضرر الصبر على المعيب ، يتحقق بمجرد الخيار في الفسخ

(١) فالظاهر ، أنّ مراد المصنف (ره) من ذكر قوله (إلا أنه لما استندوا في الرد ، الخ) هو الإشارة الى امكان ثبوت الأرش أيضا ، الذي قال به المشهور في تلف الوصف قبل القبض ، مضافا الى ثبوت الرد . وحاصله : أنّ الاجماع و ان كان مختصا بالردّ في صورة تلف الوصف قبل القبض ، إلا أنّ مستندهم في جواز الردّ ، هو حديث نفي الضرر ، وحينئذ يضمّ اليه ما ذكره العلامة ، من أنّ ردّ المبيع ، ضرر على المشتري ، لأنّ حاجة المشتري قد تمسّ الى المعاوضة ، لاحتياج المشتري الى المبيع ، فيكون في الردّ ضرر على المشتري ، وكذلك في الامسك و الصبر على المبيع المعيب ، ضرر على المشتري ، فاذا كان في الردّ ضرر ، وفي الامسك بغير الأرش ضرر و جب تخيير المشتري بين الردّ و اخذ الأرش مع عدم الردّ لحديث نفى الضرر (٢) قوله (من أنّ ، الخ) بيان لـ (ما) ، (٣) حاصل الايراد : أنّ تدارك ضرر الصبر على المبيع المعيب ، يتحقق بمجرد ثبوت الخيار بين الردّ و الامضاء من دون اخذ الأرش ، كسائر موارد الضرر الموجب للحكم بالخيار بين الردّ و الامضاء بتمام الثمن ، كخيار الغبن و نحوه ، أمّا فوت الحاجة المترتب على ردّ المعاوضة ، فليس بضرر حتى يجب الحكم بثبوت ←

والامضاء ، كما في سائر موارد الضرر الداعى الى الحكم بالخيار ، هذا
ومع ذلك ، فقول المشهور (١) لا يخلو عن قوّة . هذا كلّ مع تعييبه
(٢) بأفة سماوية ، واما لو تعييب بفعل احد (٣) فان كان هو المشتري
فلا ضمان بأرشه ، والاّ كان له (٤) على الجانى ارش جنايته (٥) لعدم

→ الأرش لأجل تداركه (١) اى ومع هذا الايراد الذى ذكرنا ، فقول
المشهور الذى هو ثبوت الأرش ايضا حتى يكون المشتري مخيرا بين الرّد
والأرش ، لا يخلو عن قوّة (٢) اى هذا كلّ مع تعييب المبيع قبل القبض
بأفة سماوية (٣) فلا يخفى ، أنّ المصنف (ره) جعل اليحث فيما اذا تلف
وصف المبيع قبل القبض بالاتلاف ، اما باتلاف المشتري او البايع او
الأجنبى ، اما تلف الوصف باتلاف المشتري ، فكتلف المبيع باتلافه ، فلا
ضمان ، لانه لا معنى ان يكون المشتري ضامنا لمال نفسه ، ولا معنى
لايجابه الخيار على غيره ، واما تلف الوصف باتلاف البايع او الأجنبى
فظاهر المصنف (ره) ثبوت الأرش للمشتري على المتلف مطلقا ، اى سواء
كان المتلف بايعا او اجنبيا ، لعموم قاعدة * من اتلف مال الغير * ولعدم
الدليل على خيار المشتري بين الرّد والأرش فى العيب المتأخر ، ثمّ
احتمل المصنف (ره) التخيير بين الرّد وبين الامساك واخذ الأرش من
المتلف ، سواء كان بايعا ام اجنبيا ، بناء على أنّ العيب الحادث قبل
القبض مطلقا ، اى سواء كان بأفة سماوية او بالاتلاف ، موجب للخيار بين
الرّد واخذ الأرش ، ومع اختيار المشتري الفسخ ، يرجع البايع على
الأجنبى بالأرش (٤) الضمير يرجع الى المشتري (٥) يرجع الضمير الى
الجانى

الدليل على الخيار في العيب المتأخر، الآ ان يكون بأفة سماوية، و يحتمل تخيير المشتري بين الفسخ و الامضاء مع تضمين الجاني لأرش جنايته بناء على جعل العيب قبل القبض مطلقا (١) موجبا للخيار، و مع الفسخ يرجع البايع على الأجنبي بالأرش

*** مسألة ***

الأقوى من حيث الجمع بين الروايات، حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه، الآ تولية (٢) لصحيحة ابن حازم، المروية في الفقيه، اذا اشترت متاعا فيه كيل او وزن، فلا تبعه حتى تقبضه (٣) الآ تولية، فان لم يكن فيه (٤) كيل او وزن، فبعه. و صحيح الحلبي في الكافي عن ابي عبد الله *ع*، قال في الرجل يبتاع الطعام، ثم يبيعه قبل ان يكتال، قال: لا يصلح له ذلك. و صحيجه الآخر في الفقيه، قال: سئلت ابا عبد الله *ع*

(١) اى سواء كان بأفة سماوية او باتلاف (٢) فلا يخفى، ان اقسام البيع بالنسبة الى الاخبار بالثمن وعدمه، اربعة اقسام، لانه اما ان يخبر بالثمن، او لا يخبر به، و الثاني *المساومة* و الأول اما ان يبيع معه برأس المال، او بزيادة عليه، او بنقصان عنه، و الأول *التولية* و الثاني *المرايحة* و الثالث *المواضعة*، و المصنف (ره) يقول: الأقوى من حيث الجمع بين الروايات، حرمة بيع المكيل و الموزون في المساومة و المرايحة و المواضعة قبل القبض الآ التولية (٣) الضمير المفعول يرجع الى المتاع (٤) يعنى فان لم يكن في المتاع، كيل او وزن كالمعدود و المذروع و نحوهما، فبعه قبل قبضه ان شئت

عن قوم اشتروا بزّا (١) فاشتركوا فيه جميعا ولم يقتسموا ، أ يصلح لأحد منهم بيع بزّه قبل ان يقبضه و يأخذ ربحه ؟ (٢) قال : لا بأس به ، وقال : أنّ هذا ليس بمنزلة الطعام ، لأنّ الطعام يكال ، بناء (٣) على أنّ المراد قبل ان يقبضه من البايع ، أمّا اذا (٤) اريد من ذلك ، عدم قبض حصّته من يد الشركاء ، فلا يدلّ على ما نحن فيه ، لتحقق القبض بحصوله في يد احد الشركاء المأذون عن الباقي . و رواية معاوية بن وهب ، قال : سئلت ابا عبد الله * ع عن الرجل يبيع البيع (٥) قبل ان يقبضه ، فقال : ما لم يكن كيل او وزن ، فلا تبعه حتى تكيله او تزنه ، إلّا ان (٦) يولّيه بالذى

(١) ، (البزّ) الثياب من الكتان او القطن ، السلاح ، ج ، بزوز (المنجد) فالمراد من البزّ هنا ، هو الثياب (٢) فالظاهر قوله (و يأخذ ربحه) منصوب بأن المقدرة ، عطف على البيع (٣) اى بناء على أنّ المراد من قوله (قبل ان يقبضه) هو قبل ان يقبضه من البايع ، لا من الشركاء حتى يكون له مساس بالمسئلة (٤) يعنى أمّا اذا اريد من قوله (قبل ان يقبضه) عدم قبض حصته من يد الشركاء ، فلا يدلّ على ما نحن فيه (٥) فالمراد من البيع ، هو المبيع (٦) فالظاهر ، أنّ معنى قوله (إلّا ان يولّيه بالذى قام عليه) إلّا ان يبيع الرجل المبيع بالثمن الذى قام عليه و اشتراه به و الحال ذكر في الوسائل ، ج ١٢ ص ٣٨٩ بقوله : عن معاوية بن وهب ، قال : سئلت ابا عبد الله * ع عن الرجل يبيع البيع قبل ان يقبضه ، فقال : ما لم يكن كيل او وزن ، فلا تبعه حتى تكيله او تزنه ، إلّا ان تولّيه الذى قام عليه فعلى هذا يكون معنى قوله : (إلّا ان تولّيه الذى قام عليه) إلّا ان تبيعه تولية من شخص قام و حضر على كيله و وزنه

قام عليه . و صحیحة منصور فی الفقیه ، قال : سئلت ابا عبد الله ؑ ع * عن رجل يشتري مبیعا لیس فیہ کیل و لا وزن ، أ له ان یبیعه مرابحة قبل ان یقبضه و يأخذ ربحه ؟ قال : لا بأس بذلك ما لم یکن کیل (١) او وزن فان هو قبضه کان ابرء لنفسه . و صحیح الحلبي فی الرجل یتاع الطعام أ یصلح بیعه قبل ان یقبضه ؟ قال : اذا (٢) ربح ، لم یصح حتی یقبضه و ان کان تولیة ، فلا بأس . و خبر حزام المروری عن مجالس الطوسی ، قال : ابتعت طعاما من طعام الصدقة ، فاریحت فیہ قبل ان اقبضه ، فاردت بیعه ، فسئلت النبی ؑ ص * ، فقال : لا تبعه حتی تقبضه . و مفهوم رواية خالد بن حجاج الکرخی ، قال : قلت لأبی عبد الله ؑ ع * : اشتري الطعام الى اجل مسمى (٣) فطلبه التجار منی بعد ما اشتريت ، قبل ان اقبضه قال : لا بأس الى ان تبیع الى اجل ، كما اشتريت اليه (٤) الخیر ، و المراد تأجيل الثمن ، و قوله : كما اشتريت (٥) اشارة الى كون البیع تولیة ، فیدلّ علی ثبوت البأس فی غیر التولية

(١) قوله (کیل او وزن) کلاهما بصیغة المجهول ، خبره (کان) و اسمه مستتر یرجع الى البیع ، المراد منه المبیع ، فانّ مفهوم قوله (لا بأس بذلك) ، ما لم یکن کیل او وزن) أنّ فیہ بأسا ان کان فیہ کیل او وزن (٢) یعنی قال ؑ ع * : اذا کان بیعه مرابحة ، لم یصلح حتی یقبضه ، و ان کان بیعه تولیة ، فلا بأس (٣) فالمراد من الأجل ، هو تأجيل الثمن (٤) یرجع الضمیر الى الأجل (٥) و قوله ؑ ع * : (كما اشتريت) اشارة الى كون البیع تولیة ، فیدلّ بمفهومه علی ثبوت البأس فی غیر التولية

و مصححة على بن جعفر عن اخيه عن الرجل يشتري الطعام ، أ يصلح بيعه قبل ان يقبضه ؟ قال (١) : اذا ربح ، لم يصلح حتى يقبض ، وان كان تولية ، فلا بأس . وفي معناها رواية اخرى خلافا (٢) للمحكي عن الشيخين في المقنعة و النهاية و القاضى و المشهور بين المتأخرين — فالكراهة ، لروايات صارفة لظواهر الروايات المتقدمة الى الكراهة ، مثل ما فى الفقيه فى ذيل رواية الكرخى المتقدمة ، قلت لأبى عبد الله ع : اشتري الطعام من الرجل ، ثم ابيعه من رجل آخر ، قبل ان اكثاله ، فأقول له : ابعث وكيلك حتى يشهد كيله اذا قبضته ، قال : لا بأس . و رواية جميل بن دراج عن ابى عبد الله ع : فى الرجل يشتري الطعام ، ثم يبيعه قبل ان يقبضه ، قال : لا بأس ، و يوكل الرجل (٣) المشتري من كيله و يقبضه و هذه الروايات مطلقة (٤) يمكن حملها على التولية

(١) يعنى قال ع : اذا كان البيع مرابحة ، لم يصلح حتى يقبض ، و ان كان تولية ، فلا بأس (٢) قوله (خلافا) قيد لقوله (حرمة بيع المكيل و الموزون قبل القبض) يعنى الأقوى من الجمع بين الروايات ، حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه ، الآ تولية ، خلافا للمحكي عن الشيخين فى المقنعة و النهاية و القاضى و المشهور بين المتأخرين ، فانهم قائلون بالكراهة ، لروايات صارفة لظواهر الروايات المتقدمة الى كراهة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه (٣) يعنى يوكل الرجل المشتري الثانى من يكيل الطعام و يقبضه من البايع الأول (٤) يعنى هذه الروايات المجوزة ، مطلقة شاملة للتولية وغيرها ، فيدور الأمر بين حملها على التولية ، فحينئذ تكون الروايات المجوزة ، راجعة الى التولية ، و الروايات المانعة ، راجعة الى ←

وهو (١) اولى من حمل تلك الأخبار على الكراهة ، مع أنّ استثناء التولية (٢) حينئذ يوجب نفى الكراهة فيها ، مع أنّ الظاهر (٣) عدم الخلاف في الكراهة فيها ايضا بين ارباب هذا القول (٤) وان كانت اخف ، و من ذلك (٥) يعلم ما في الاستيناس للجمع بالكراهة بخبر (٦)

→ غير التولية ، فيكون البيع قبل القبض في غير التولية حراما ، و بين حمل الروايات المانعة على الكراهة ، فحمل الروايات المجوّزة على التولية اولى من حمل الروايات المانعة على الكراهة ، حتى يكون البيع قبل القبض حراما (١) يرجع الضمير الى (حملها على التولية) ، (٢) قوله (مع أنّ استثناء التولية ، الخ) دليل آخر على ابطال حمل الأخبار المانعة على الكراهة و حاصله ، أنّ حمل الأخبار المانعة على الكراهة ، مستلزم لما لا يلتزمون به من عدم الكراهة في التولية ، لأنّ النهى عن البيع قبل القبض اذا اريد منه الكراهة ، يكون استثناء التولية ظاهرا في عدم الكراهة ، و الحال أنّهم لا يلتزمون بعدم كراهتها ، بل يقولون بكراهتها ، فحينئذ لا مناص لهم من ابقاء النهى على ظاهره حتى يكون البيع في المكيل و الموزون قبل القبض حراما في غير التولية ، و مكروها فيها (٣) قوله (مع أنّ الظاهر ، الخ) تنمّة للدليل السابق الذي هو قوله (مع أنّ استثناء التولية ، الخ) (٤) اشارة الى القول بحمل الأخبار المانعة على الكراهة (٥) اي من الدليل الذي دلّ على بطلان حمل الأخبار المانعة على الكراهة ، يعلم ما في الاستيناس للجمع ، بحمل الأخبار المانعة على الكراهة بخبر ابي بصير (٦) قوله (بخبر) متعلق بالاستيناس

ابى بصير، سئلت ابا عبد الله ع* عن رجل اشترى طعاما ، ثم باعه قبل ان يكيه ، قال : لا يعجبني ان يبيع كيلا او وزنا قبل ان يكيه او يزنه ، الا ان يوليه ، كما اشتراه ، فلا بأس ان يوليه ، كما اشتراه ، اذا لم يربح به او يضع ، وما كان عنده من شئ ليس بكيل ولا وزن ، فلا بأس ان يبيعه قبل ان يقبضه ، بناء (١) على ان قوله : لا يعجبني ، ظاهر في الكراهة فان ذلك (٢) يوجب رفع الكراهة رأسا في التولية ، لانه في قوة ان ذلك في التولية ليس مما لا يعجبني ، مع ان القائلين بالكراهة لا يفرقون بين التولية وغيرها في اصل الكراهة ، وان صرح بعضهم بكونها (٣) في التولية اخف ، وربما يستدل على الجواز (٤) بصحیحتي الحلبي وابن مسلم في جواز بيع الثمرة المشتراة قبل قبضها ، لكن لا يبعد ارادة الثمرة على الشجرة ، فيخرج عن المكيل والموزون (٥) وربما يستأنس للجواز بالأخبار الواردة في جواز بيع السلم على من هو عليه ، بناء على عدم الفرق بين المسئلتين (٦) وفيه (٧) تأمل

(١) قوله (بناء ، الخ) علة للاستيناس (٢) قوله (فان ذلك يوجب ، الخ) علة لقوله (ومن ذلك يعلم ما في ، الخ) ، (٣) الضمير يرجع الى الكراهة (٤) اي وربما يستدل على جواز بيع المكيل والموزون قبل قبضه بصحیحتي الحلبي وابن مسلم (٥) اي لكن لا يبعد ان يكون المراد من الثمرة المشتراة ، هي الثمرة على الشجرة ، فحينئذ فيخرج عن المكيل والموزون (٦) احديهما ، بيع غير المقبوض على بايعه ، وهو بيع السلم على من هو عليه ، و ثانيتهما ، بيع غير المقبوض على غير بايعه (٧) الضمير يرجع الى عدم الفرق

لعدم ثبوت ذلك (١) بل الظاهر ، أنّ محل الخلاف هنا (٢) هو بيع غير المقبوض على غير البايع ، كما يستفاد من ذكر القائلين بالجواز في تلك المسئلة (٣) و القائلين بالتحريم هنا (٤) وقد جعل العلامة (٥) بيع غير المقبوض على بايعه مسئلة اخرى ، ذكرها بعد مسئلتنا و فروعها (٦) و ذكر ، أنّ المجوزين في المسئلة الاولى (٧) جزموا بالجواز هنا (٨)

(١) يعنى ، بل الظاهر ، أنّ محل الخلاف في مسئلتنا ، هو بيع غير المقبوض على غير البايع ، كما يستفاد من ذكر القائلين بالجواز في مسئلة بيع السلم على من هو عليه ، و القائلين بالتحريم في مسئلتنا التى ، هى بيع غير المقبوض على غير البايع (٢) اشارة الى ما نحن فيه (٣) فالمراد من تلك المسئلة ، هو بيع السلم على من هو عليه (٤) اشارة الى ما نحن فيه ، و هو بيع غير المقبوض على غير البايع (٥) و المصنف (ره) استشهد بقوله (و قد جعل العلامة ، الخ) على الفرق بين المسئلتين ، حيث أنّ العلامة (ره) جعل بيع غير المقبوض على بايعه ، مسئلة اخرى ، حيث ذكرها بعد مسئلتنا التى ، هى بيع غير المقبوض على غير بايعه و بعد فروعها ، و ذكر العلامة (ره) أنّ المجوزين في المسئلة الاولى التى ، هى بيع غير المقبوض على غير بايعه ، جزموا بالجواز في بيع غير المقبوض على بايعه يعنى المانعون في المسئلة الاولى ، و هى بيع غير المقبوض على غير بايعه اختلفوا هنا ، اى اختلفوا في بيع غير المقبوض على بايعه (٦) الضمير يرجع الى مسئلتنا (٧) فالمراد من المسئلة الاولى ، هى بيع غير المقبوض على غير البايع (٨) اشارة الى بيع غير المقبوض على بايعه

و اختلف المانعون فيها (١) هنا (٢) و من العجب (٣) ما عن التنقيح من الاجماع على جواز بيع السلم على من هو عليه ، مع اجماع المبسوط على المنع عن بيع السلم قبل القبض ، مصرّحا بعدم الفرق بين المسلم اليه (٤) وغيره ، ثم أنّ صريح التحرير و الدروس ، الاجماع على الجواز فى غير المكيل و الموزون ، مع أنّ المحكى فى التذكرة عن بعض علمائنا القول

(١) يرجع الضمير الى المسئلة الاولى (٢) اشارة الى بيع غير المقبوض على بايعه (٣) اى و من العجب ما حكى عن التنقيح من الاجماع على جواز بيع السلم على من هو عليه ، مع أنّ الشيخ الطوسى (ره) ادّعى الاجماع فى المبسوط على المنع عن بيع السلم قبل القبض ، مصرّحا بعدم الفرق بين المسلم اليه وغيره ، و وجه التعجب ، انه كيف ادّعى الاجماع فى التنقيح على جواز بيع السلم على من هو عليه ، و الحال أنّ الشيخ ادّعى الاجماع فى المبسوط على المنع عن بيع السلم قبل القبض ، مصرّحا بعدم الفرق بين المسلم اليه وغيره (٤) ، * تذكرة * : السلم ، هو ابتياع مال مضمون الى اجل معلوم بمال حاضر او فى حكمه ، كما فى الشرايع فيقال للمشتري : (المُسَلِّم) بصيغة اسم الفاعل ، و للبايع : (المسلم اليه) و للمبيع : (المسلم فيه) و للثمن : (المُسَلَّم) بصيغة اسم المفعول ، و الشاهد على كون المُسَلِّم فى باب السلم ، هو المشتري ، و كون المسلم اليه هو البايع ، هو قول الشهيد الثانى فى الروضة ج ١ ص ٢٧٤ : المُسَلِّم هو المشتري ، الى ان قال : المسلم اليه هو البايع ، و الشاهد على كون المُسَلَّم ، هو الثمن ، و كون المسلم فيه ، هو المبيع ، قول الشهيد الثانى فى المسالك ج ١ ص ٢١٢ : كون المُسَلَّم هو الثمن ، و المسلم فيه هو ←

بالتحريم مطلقا (١) و نسبه (٢) في موضع آخر الى جماعة منّا ، و صريح الشيخ في المبسوط ، اختيار هذا القول (٣) قال في باب السلم : اذا اسلف في شئ ، فلا يجوز ان يشرك (٤) فيه غيره ، و لا ان يولّيه ، لأنّ النبي ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض ، و قال (٥) : من اسلف في شئ فلا يصرفه الى غيره ، الى ان قال (٦) : و بيوع الأعيان مثل ذلك ان لم يكن قبض المبيع ، فلا يصحّ الشركة و لا التولية ، و ان كان قد قبضه صحت الشركة و التولية فيه ، بلا خلاف . و قد روى اصحابنا ، بجواز الشركة فيه و التولية قبل القبض ، ثمّ أنّ المحكى عن المهذب البارع (٧) عدم وجدان العامل بالأخبار المتقدمة المفصلة بين التولية وغيرها ، و هو (٨) عجيب فإنّ التفصيل (٩) حكاه في التذكرة قولا خامسا في المسئلة لأقوال علمائنا

→ المبيع (١) اي القول بالتحريم مطلقا ، اي سواء كان مكيلا و موزونا ، او غيرهما (٢) اي نسب العلامة التحريم في التذكرة في موضع آخر ، الى جماعة منّا (٣) اشارة الى القول بالتحريم مطلقا (٤) اي و لا يجوز ان يشرك المشتري في السلم ، غيره ، بان يبيع بعض المبيع للغير قبل قبضه (٥) قوله (قال) عطف على قوله (نهى) يعني ، لأنّ النبي ﷺ قال : من اسلف في شئ ، فلا يصرفه الى غيره (٦) اي الى ان قال الشيخ الطوسي في المبسوط : و بيوع الأعيان الشخصية مثل المبيع سلما ، ان لم يكن قبض المبيع ، فلا يصحّ الشركة و لا التولية (٧) لابن فهد الحلّي ، اي ابى العباس احمد بن محمد بن فهد الحلّي (٨) يعني أنّ المحكى عن المهذب البارع ، عجيب (٩) يعني أنّ التفصيل بين التولية وغيرها بالجواز فيها ، و التحريم في غيرها ، حكاه في التذكرة قولا خامسا

وهي (١) الكراهة مطلقا (٢) والمنع مطلقا ، و التفصيل بين المكيل و الموزون وغيرهما ، و التفصيل بين الطعام وغيره بالتحريم (٣) و العدم و هو قول الشيخ في المبسوط ، مدّعا عليه الاجماع ، و بالكراهة (٤) و العدم ، و هنا سادس اختاره في التحرير، و هو التفصيل (٥) في خصوص الطعام بين التولية وغيرها بالتحريم و الكراهة في غيره من المكيل و الموزون ، و المراد بالطعام ، يحتمل ان يكون مطلق ما اعدّ للأكل ، كما قيل : انه موضوع له لغة ، و يحتمل ان يكون خصوص الحنطة و الشعير

(١) الضمير يرجع الى الأقوال (٢) احد الأقوال ، الكراهة مطلقا ، و ثانيها ، المنع مطلقا ، و ثالثها ، التفصيل بين المكيل و الموزون وغيرهما بالتحريم في الأول ، و عدم التحريم في الثاني ، و رابعها ، التفصيل بين الطعام وغيره ، بالتحريم في الطعام و عدم التحريم في غير الطعام ، و خامسها ، التفصيل بين التولية وغيرها ، بالجواز فيها ، و التحريم في غيرها (٣) فلا يخفى ، ان قوله (بالتحريم و العدم) متعلق بكل واحد من التفصيلين ، احدهما قوله (التفصيل بين المكيل و الموزون وغيرهما) ، و ثانيهما قوله (التفصيل بين الطعام وغيره) ، (٤) فاعلم انه ذكر بعض الأجلة ان قوله (و بالكراهة و العدم) غلط و زائد ، اذ ليس في التذكرة من هذا التفصيل عين و اثر (٥) و هو التفصيل في خصوص الطعام بين التولية وغيرها ، بالتحريم في غير التولية ، و عدم التحريم في التولية ، و الكراهة في غير الطعام من المكيل و الموزون ، فيستفاد من تفصيل الدروس الجواز بمعنى الاباحة في غير المكيل و الموزون

بل قيل (١) أنه معناه شرعا ، وحكى عن فخرالدين (٢) نقله عن والده
وحكى اختياره عن بعض المتأخرين وعن الشهيد أنه (٣) حكى عن
التحرير ، أنه الحنطة خاصة ، وحكى (٤) عن بعض اهل اللغة ، ثم أنّ
الظاهر ، أنّ اصل عنوان المسئلة (٥) مختص بالمبيع الشخصي ، كما
يظهر من الاستدلال في التذكرة للمانعين بضعف الملك (٦) قبل القبض
لانفساخه (٧) بالتلف ، وكون المبيع (٨) مضمونا على البايع ، فولاية
المشتري على التصرف ، ضعيفة . وذكر في التذكرة (٩) الكلّي الغير
المقبوض في فروع المسئلة ، وقال : المبيع ان كان دينا ، لم يجز بيعه
قبل قبضه عند المانعين ، لأنّ المبيع مع تعيينه لا يجوز بيعه قبل قبضه
فمع عدمه اولى ، فلا يجوز بيع السلم قبل قبضه ، ولا الاستبدال به (١٠)

(١) اي بل ، قيل : أنّ خصوص الحنطة والشعير معنى الطعام شرعا
(٢) اي حكى عن فخرالدين نقل خصوص الحنطة والشعير معنى الطعام
شرعا عن والده (٣) اي أنّ الشهيد حكى عن التحرير ، أنّ الطعام
الحنطة خاصة (٤) اي وحكى ، أنّ الطعام ، الحنطة خاصة عن بعض
اهل اللغة (٥) اي مسألة حرمة بيع المكيل والموزون قبل قبضه الآ التولية
(٦) قوله (بضعف المالك) متعلق بقوله (الاستدلال) ، (٧) اي لانفساخ
العقد بتلف المبيع قبل القبض (٨) قوله (كون المبيع ، الخ) عطف على
قوله (لانفساخه بالتلف) اي لكون المبيع مضمونا على البايع قبل القبض
(٩) اي وذكر في التذكرة ، المبيع الكلّي الغير المقبوض ، في فروع
مسئلة حرمة بيع المبيعي الشخصي (١٠) اي ولا يجوز الاستبدال بالسلم
من دون البيع

وبه (١) قال الشافعى ، انتهى . وكيف كان ، فلا فرق فى النص و الفتوى بناء على المنع بين المبيع المعين والكلى ، بل ولا بناء (٢) على الجواز ثم ان ظاهر اكثر الاخبار المتقدمة المانعة ، بطلان البيع قبل القبض ، و هو المحكى عن صريح العماني ، بل هو (٣) ظاهر كل من عبر بعدم الجواز الذى هو معقد اجماع المبسوط فى خصوص الطعام ، فان جواز البيع و عدمه ، ظاهران فى الحكم الوضعى (٤) الا ان المحكى عن المختلف ، انه لو قلنا بالتحريم (٥) لم يلزم بطلان البيع ، لكن صريحه فى مواضع من التذكرة و فى القواعد ، ان محل الخلاف ، الصحة و البطلان (٦) ، و بالجملة ، فلا ينبغى الاشكال فى ان محل الخلاف فى كلمات الأكثر ، هو الحكم الوضعى

✽ و ينبغى التنبيه على امور ✽

الأول : ان ظاهر جماعة ، عدم لحوق الثمن بالمبيع فى هذا الحكم فيصح بيعه (٧) قبل قبضه ، قال فى المبسوط : اما الثمن اذا كان معيناً ، فانه يجوز بيعه قبل قبضه ، و ان كان فى الذمة ، فذلك يجوز ، لانه لا مانع

(١) الضمير يرجع الى عدم جواز بيع السلم قبل قبضه (٢) بل ولا فرق فى النص و الفتوى ، بناء على الجواز بين المبيع المعين و الكلى ، فحينئذ لا وجه لتخصيص المنع او الجواز بالمبيع المعين (٣) الضمير يرجع الى بطلان البيع (٤) و هو البطلان (٥) الا ان المحكى عن المختلف ، انه لو قلنا بالتحريم ، لم يلزم بطلان البيع ، فيكون مثل البيع وقت النداء فى انه حرام ، ولكنه صحيح (٦) يعنى ان محل الخلاف ، هو الحكم الوضعى لا التكليفى (٧) فيصح بيع الثمن قبل قبضه

منه ما لم يكن صرفا (١) فأمّا اذا كان صرفا ، فلا يجوز بيعه قبل القبض ، و
 فى موضعين من التذكرة ، قوى الجواز ، اذا كان الثمن كلّيا فى الذمة ، و
 هو ظاهر جامع المقاصد فى شرح قول المصنف قدّس سرّه ، و لو احوال (٢)
 من له طعام من سلم ، الخ ، و استدل عليه (٣) فى التذكرة بقول الصادق
 *ع : و قد سئل عن الرجل باع طعاما بدراهم الى اجل ، فلما بلغ
 الأجل تقاضاه (٤) فقال : ليس عندى دراهم ، خذ منى طعاما ، قال : لا
 بأس ، انما له دراهمه يأخذ بها ما شاء ، و يمكن ان يقال (٥) : انّ
 المطلوب جعل الثمن مبيعا فى العقد الثانى ، لا ثمنا ايضا ، كما هو
 ظاهر الرواية مع اختصاصها (٦) بالبيع ممّن هو عليه ، فلا يعمّ الاّ بعدم

(١) اى ما لم يكن الثمن من النقدين ، فأمّا اذا كان الثمن من النقدين
 فلا يجوز بيعه قبل القبض ، لانّ بيع الصرف مشروط بالتقايض فى المجلس
 ولا يمكن ذلك فى بيع الصرف قبل قبضه (٢) قوله (و لو احوال ، الخ)
 مقول لقول المصنف (٣) اى و استدل العلامة على جواز البيع اذا كان
 الثمن كلّيا فى الذمة ، بقول الصادق *ع ، (٤) الضمير المفعول يرجع
 الى الدراهم ، و تذكير الضمير باعتبار الجمع ، و يحتمل ان يرجع الى
 الثمن ، لانّ الدراهم هو الثمن (٥) اى و يمكن ان يقال : انّ الرواية
 المذكورة ، لا تدلّ على مقصود المجوّزين ، لانّ المطلوب للمجوّزين جعل
 الثمن مبيعا فى العقد الثانى ، بان يكون ثمنا ، لا ثمنا فى العقد الثانى
 كما هو ، اى كونه ثمنا ، ظاهر الرواية (٦) قوله (مع اختصاصها بالبيع
 الخ) اشكال آخر على الاستدلال بالرواية المذكورة ، على مقصود المجوّزين
 فوجه الاشكال : انّ مقصود المجوّزين ، ليس هو الاختصاص بالبيع ممّن

الفصل لو ثبت ، وصرّح (١) فى اواخر باب السلم ، بالحاق الثمن المعين بالمبيع ، ويؤيده (٢) تعليل المنع فى طرف المبيع بقصور ولاية المشتري لانفساخ العقد بتلفه ، فانه جار فى الثمن المعين
 الثانى (٣) : هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال ، فلا يجوز جعله ثمنا ولا عوضا فى الصلح ولا اجرة ولا وفاء عمّا عليه ، ام يختص بالمبيع ؟ ظاهر عنواناتهم ، الاختصاص بالمبيع ، و اظهر منها (٤) فى الاختصاص ، قوله فى التذكرة : الأقرب عندى ، أنّ النهى به (٥) متعلق بالمبيع لا بغيره من المعاوضات ، و اظهر من الكلّ ، قوله (٦) فى مواضع اخرى : لو كان لزيد عند عمرو طعام من سلم ، فقال : لزيد خذ هذه الدراهم عن الطعام الذى لك عندى ، لم يجز عند الشافعى ، لانه بيع المسلم فيه قبل القبض ،

→ هو عليه ، بل يعمّ غيره ، و دفع الاشكال ، هو عدم الفصل بين البيع ممّن هو عليه ، وبين البيع من غيره ، يعنى من جواز البيع ممّن هو عليه ، جواز البيع من غيره ، و من منع البيع ممّن هو عليه ، منع البيع من غيره ايضا فاذا دلّت الرواية على جواز البيع ممّن هو عليه ، دلّت على جواز البيع من غيره ايضا ، لأجل عدم الفصل (١) اى وصرّح العلامة فى اواخر باب السلم بالحاق الثمن المعين بالمبيع (٢) الضمير المفعول يرجع الى الاحاق (٣) اى الأمر الثانى ، هل البيع فى الروايات وكلمات الفقهاء الذى قالوا ، بحرمة او كراهته ، كناية عن مطلق الاستبدال ، فحينئذ لا يجوز جعله ثمنا ولا عوضا فى الصلح ، ولا اجرة فى الاجارة ، ولا صداقا فى النكاح ، و لا وفاء عمّا عليه من الدين وغيره ، ام يختص بالمبيع فقط ؟ (٤) الضمير يرجع الى العنوانات (٥) يرجع الضمير الى البيع قبل القبض (٦) اى قول العلامة

والاولى عندى ، الجواز ، وليس هذا بيعا ، وانما هو نوع معاوضة انتهى . واصرح من الكل ، تصريحه فى موضع ثالث ، بجواز الصلح عن المسلم فيه قبل القبض ، لانه عقد مستقل لا يجب مساواته للبيع فى احكامه وقد صرح جامع المقاصد ايضا فى غير موضع باختصاص الحكم بالبيع دون غيره ، وقد تقدم فى كلامه (١) انه لا يجوز بيع السلم قبل قبضه ولا الاستبدال به ، لكن العلامة (٢) قد عبر بلفظ الاستبدال فى كثير من فروع مسئلة البيع قبل القبض ، مع ان ما استدل به للمانعين من قصور ولاية المشتري فى التصرف لانفساخ العقد بالتلف ، جار فى مطلق التصرف فضلا عن المعاوضة ، وقد صرح الشيخ فى المبسوط فى باب الحوالة (٣)

(١) اى وقد تقدم فى كلام العلامة ص ٣٠١ : انه لا يجوز بيع السلم قبل قبضه ، ولا الاستبدال به ، فلا يخفى ان غرض المصنف (ره) من نقل هذه العبارة ، هو الاستشهاد بها على ما ذكره من ظهور عنواناتهم فى الاختصاص بالبيع وعدم كونه كناية عن مطلق الاستبدال ، ووجه الاستشهاد : عطف الاستبدال على البيع فى العبارة المذكورة ، بقوله : ولا الاستبدال به ، وذلك لعدم صحة هذا العطف على تقدير كون البيع كناية عن مطلق الاستبدال (٢) والمصنف (ره) شرع بقوله (لكن العلامة قد عبر بلفظ الاستبدال ، الخ) فى الاستشهاد على احتمال ارادة خلاف الظاهر من البيع فى عنواناتهم ، يعنى انهم ارادوا من البيع ، مطلق الاستبدال ، ووجه الاستشهاد ، انه مع اختصاص الحكم بالبيع ، لا وجه للعدول عن البيع الى الاستبدال (٣) قال فى الشرايع : فالحوالة عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله ، ويشترط فيها رضى ←

بأنها معاوضة ، و المعاوضة على المسلم فيه قبل القبض ، غير جائز ، و هو
 و ان رجع عن الصغرى (١) فيما بعد ذلك ، لكنّه لم يرجع عن الكبرى
 و صرح فى الايضاح بابتناء الفرع الآتى ، اعنى احالة من (٢) عليه طعام
 لغريمه (٣) على من له عليه طعام ، على (٤) أنّ الحوالة معاوضة مستقلة
 (٥) او استيفاء ، و أنّ المعاوضة قبل القبض ، حرام او مكروه

→ المحيل و المحال عليه و المحتال ، انتهى . أما اعتبار رضى المحيل و
 المحتال ، فموضع وفاق ، و أما المحال عليه ، فاعتبار رضاه هو المشهور بين
 الأصحاب (١) الصغرى : الحوالة معاوضة ، و الكبرى : كلّ معاوضة على
 المسلم فيه قبل القبض ، غير جائز ، فالنتيجة : فالحوالة على المسلم فيه
 قبل القبض ، غير جائز . و هو ، اى الشيخ الطوسى و ان رجع عن
 الصغرى ، اى كون الحوالة معاوضة فيما بعد ذلك ، و قال : أنّ الحوالة
 ليست معاوضة ، لكنّ الشيخ الطوسى (ره) لم يرجع عن الكبرى ، و هى أنّ
 كلّ معاوضة على المسلم فيه قبل القبض ، غير جائز ، فيستفاد من كلام
 الطوسى (ره) عدم اختصاص الحكم بالبيع (٢) فالمراد بـ (من عليه طعام)
 هو المحيل ، و المراد بالغريم فى قوله (لغريمه) هو المحتال ، و المراد
 بـ (من له عليه طعام) هو المحال عليه (٣) الضمير يرجع الى (من) و يرجع
 الضمير فى قوله (له) الى (من) فى قوله (على من) و يرجع الضمير فى قوله
 (عليه) الى (من) فى قوله (احالة من) ، (٤) ، (على) متعلق بقوله (بابتناء
 الفرع) ، (٥) يعنى و ان كانت الحوالة معاوضة مستقلة ، تحرم قبل القبض
 او تكروه ، و ان كانت الحوالة استيفاء ، صحت من دون كونها حراما او
 مكروها

وارادة خصوص البيع (١) من المعاوضة ، ليست باولى من ارادة مطلق
المعاوضة من البيع فى قولهم : ان الحوالة بيع او ليست بيعا ، بل هذه
(٢) اظهر فى كلماتهم . وقد صرح الأكثر ، بان تراضى المسلم (٣) و
المسلم اليه على قيمة المسلم فيه من بيع الطعام (٤) قبل القبض ، فاستدلوا
باخباره (٥) على جوازه ، ويؤيده (٦) ايضا قوله فى التذكرة : لو كان
لزيد طعام على عمرو سلما ، و لخالد مثله على زيد ، فقال زيد (٧) : اذهب

(١) دخل ودفع ، اما الدخل : فان من منع مطلق المعاوضة قبل القبض
اراد البيع من مطلق المعاوضة ، واما الدفع : فان ارادة خصوص البيع
من المعاوضة ، ليست باولى من ارادة مطلق المعاوضة من البيع ، فحيث
ذكر الفقهاء ، انه لا يصح البيع قبل القبض ، ارادوا انه لا يصح مطلق
المعاوضة ، وحيث قالوا : ان الحوالة بيع ، ارادوا من البيع ، مطلق
المعاوضة ، بل ارادة مطلق المعاوضة من البيع اظهر من ارادة خصوص
البيع من المعاوضة (٢) اشارة الى ارادة مطلق المعاوضة من البيع (٣)
قوله (المسلم) بصيغة اسم الفاعل ، هو المشتري فى باب السلم (٤) اى من
بيع الطعام ثانيا من بايعه الأول (٥) والضمير فى (اخباره) و (جوازه)
راجع الى الطعام قبل القبض (٦) اى يؤيد عدم اختصاص الحكم بالبيع
ايضا قوله فى التذكرة : لو كان لزيد طعام على عمرو سلما ، الخ (٧) فقال
زيد لخالد : اذهب الى عمرو ، واقبض لنفسك ما لى على عمرو ، لم يصح
لخالد اخذه عند اكثر علمائنا ، فلا يخفى ، ان زيدا فى المثال ، محيل ، و
خالدا محتال ، وعمرا محال عليه

الى عمرو ، و اقبض لنفسك ما لى عليه ، لم يصح لخالد ، عند اكثر علمائنا
 وبه (١) قال الشافعى و احمد ، لانّ النبى ﷺ ص * نهى عن بيع الطعام
 بالطعام حتى يجرى فيه صاعان ، صاع البايع و صاع المشتري (٢) و
 سيأتى ابتناء هذا الفرع (٣) فى كلام جماعة على مسألة البيع قبل القبض
 نعم ذكر الشهيد ، انه كالبيع قبل القبض ، و صرح بابتناء الحكم فيما لو
 قال للمسلم : اشترلى بهذه الدراهم طعاما ، و اقبضه لنفسك على حكم
 البيع قبل القبض . و كيف كان ، فالمسئلة محلّ اشكال ، من حيث اضطراب
 كلماتهم ، الا انّ الاقتصار فى مخالفة الأصل (٤) على المتيقن هو المتعيّن

(١) اى و بعدم صحة هذه المعاوضة ، قال الشافعى و احمد (٢) فيحتمل
 ان يكون معنى الحديث ، انّ النبى ﷺ ص * نهى عن بيع الطعام
 بالطعام قبل القبض حتى يجرى و يقع فى بيع الطعام صاعان ، صاع
 البايع ، يعنى يقبض البايع طعامه ممّن اشتراه منه بكيه ، و صاع
 المشتري ، يعنى يقبض المشتري طعامه ممّن اشتراه منه بكيه ، فاذا كان
 طعام البايع مقبوضا ، و طعام المشتري مقبوضا ايضا ، صحّ بيع الطعام
 بالطعام ، و يحتمل ان يكون معنى الحديث بصد د بيان عدم زيادة
 احدهما على الآخر ، لان لا يحصل الربا ، و يحتمل ان يكون معنى الحديث
 بصد د بيان كليهما (٣) اشارة الى قوله (لو كان لزيد طعام على عمرو سلما
 الخ) ، (٤) فانّ عدم جواز تصرف المالك فى ماله قبل القبض ، مخالف
 للأصل ، لانّ الأصل جواز تصرف المالك فى ماله ، و ان لم يقبضه ، فيقتصر
 فى مخالفة الأصل على المتيقن ، و هو التصرف بالبيع قبل القبض

و منه يظهر جواز بيع ما انتقل بغير البيع من المعاوضات ، كالصلح (١) و
 الاجارة (٢) و الخلع (٣) كما صرح به في الدروس ، فضلا عن مثل الارث
 (٤) و القرض و مال الكتابة (٥) و الصداق وغيرها ، نعم لو ورث ما
 اشترى (٦) و لم يقبض ، او اصدقه (٧)

(١) مثلا اذا صالح زيد على عشرين درهما بعشرة امان من الحنطة ، ثم
 اراد بيع الحنطة المذكورة قبل القبض ، جاز (٢) مثلا اذا اجر زيد داره
 سنة بمقابل تسعين مئنا من الحنطة ، ثم اراد ان يبيع الحنطة المذكورة
 جاز ايضا (٣) مثلا اذا قال الزوج للزوجة في الخلع : خلعتك على ثمانين
 مئنا من الحنطة ، ثم اراد الزوج ان يبيع الحنطة المذكورة قبل القبض ، جاز
 ايضا (٤) مثلا اذا ورث زيد من ابيه خمسين مئنا من الحنطة ، ثم اراد ان
 يبيع الحنطة المذكورة قبل القبض ، جاز ايضا ، و اذا اقترض اربعين مئنا
 من الحنطة ، ثم اراد ان يبيع الحنطة المذكورة قبل القبض ، جاز ايضا
 (٥) مثلا اذا قال المولى لعبده : كاتبتك على ان تؤدي اليّ سبعين مئنا
 من الحنطة في وقت كذا ، ثم اراد المولى ان يبيع الحنطة المذكورة بعد
 الوقت و قبل القبض ، جاز ايضا ، و اذا كان صداق الزوجة الف مئنا ، ثم
 ارادت الزوجة ان تباع الحنطة المذكورة قبل القبض ، جاز ايضا (٦) اي
 نعم لو اشترى زيد مثلا احد عشر مئنا من الحنطة ، و لم يقبض و مات فانقل
 احد عشر مئنا من الحنطة الى بكر بالارث ، جرى الخلاف في بيع بكر هذه
 الحنطة (٧) قوله (اصدقه) عطف على قوله (ورث) اي نعم لو اشترى
 زيد مثلا الف مئنا من الحنطة ، ثم اصدقه قبل القبض على امرئة ، جرى
 الخلاف ايضا في بيع المرئة هذه الحنطة المذكورة

او عوض عن الخلع (١) جرى الخلاف فى بيعه

الثالث (٢) : هل المراد من البيع المنهى ، ايقاع عقد البيع على ما لم يقبض ، او ما يعم (٣) تشخيص الكلّى المبيع به (٤) فيكون المنهى عنه نقل ما (٥) لم يقبض بسبب خاص (٦) هو البيع ، كما لو نهى عن بيع أمّ الولد ، او حلف على ان لا يبيع مملوكه ، حيث لا فرق بين ايقاع البيع (٧) عليه ، او دفعه (٨) عن الكلّى المبيع ؟

(١) قوله (عوض عن الخلع) عطف على قوله (ورث) يعنى نعم لو اشترت هند خمسين منّا من الحنطة ، ثم جعلت هند هذه الحنطة المذكورة عوضا عن الخلع ، جرى الخلاف ايضا فى بيع هذه الحنطة ايضا (٢) اى الأمر الثالث (٣) قوله (ما يعم) عطف على قوله (ايقاع عقد البيع) ، (٤) مثلا اذا اشترى انسان منّا خارجيا شخصيا من بكر ، ثم باع منّا كليا لزيد ، ثم قال الانسان المذكور لزيد : اذهب وخذ منك من بكر ، فانّ المنّ الشخصى الذى اشتراه من بكر واخذه زيد ، لم يجز عليه عقد البيع ثانيا قبل القبض بل تشخص الكلّى المبيع الذى كان فى ذمة البايع به ، والضمير فى قوله (به) يرجع الى ما لم يقبض (٥) اى فيكون المنهى عنه نقل ما لم يقبض ، سواء كان النقل بالبيع ام بغيره (٦) يعنى أنّ الطعام الذى لم يقبض نقل من بايع الى المشتري بسبب خاص ، هو البيع لا بغير البيع (٧) كأن يقول المولى : بعث هذه أمّ ولدى ، او يقول : بعث هذا مملوكى ، وهذان مثالان لا يقاتل البيع على كلّ واحد من أمّ الولد التى نهى عن بيعها و مملوكه الذى حلف على ان لا يبيعه (٨) الضمير يرجع الى كلّ واحد من أمّ الولد و المملوك ، مثلا باع المولى امة كليا بالوصف ، ثم دفع أمّ الولد ←

ظاهر النص و الفتوى وان كان هو الأول (١) بل هو المتعين في الأخبار
 المفصلة بين التولية (٢) وغيرها ، إلا أن المعنى الثاني (٣) لا يبعد
 عن سياق مجموع الأخبار ، وعليه (٤) فلو كان عليه (٥) سلم لصاحبه
 فدفعت اليه دراهم ، وقال : اشتري بها طعاما ، واقبضه لنفسك ، جرى
 فيه (٦) الخلاف في بيع ما لم يقبض

→ وفاء عن الكلى المبيع الذى كان فى ذمته ، او باع المولى عبدا كليا
 بالوصف ، ثم دفع مملوكه الذى حلف على عدم بيعه وفاء عن الكلى المبيع
 (١) فالمراد من الأول ، هو البيع المنهى ، ايقاع البيع على ما لم
 يقبض (٢) حكى عن بعض الأعلام ، أن ذلك لظهور أن جعل المال
 المشتري مصداقا لهذا الكلى الثابت فى ذمته بالاستسلاف ، ليس من بيع
 التولية مع تساوى البيعين فى مقدار الثمن ، ولا بيع مرايحة ومواضعة
 مع اختلاف القيمتين بزيادة ونقيصة ، ثم قال : والظاهر ، أن المراد من
 الأخبار المفصلة ، الأخبار المصرحة بالجواز فى التولية ، والمنع فى
 المرايحة ، لا الأخبار على المنع مطلقا مع الاستثناء (٣) وهو أن المراد
 من البيع المنهى ، ما يعم تشخيص الكلى المبيع به (٤) يرجع الضمير
 الى المعنى الثانى (٥) أى فلو كان على زيد سلم لبكر ، فدفعت زيد الى
 بكر دراهم ، وقال : اشتري بها طعاما ، واقبضه لنفسك ، ثم اشتري
 بكرمنا بالدراهم من خالد وقبضه ، فيكون هذا المن المشتري من خالد
 ملكا ومبيعا لزيد بسبب اشتراء بكر ، فاذا قبض بكر المن المشتري من خالد
 يكون هذا دفعا من طرف زيد لما لم يقبض وتشخيص الكلى المبيع به
 الذى كان فى ذمته زيد ، فيكون دفع ما لم يقبض (٦) أى جرى فى المورد ←

كما صرح به (١) في الدروس ، ولكن في بعض الروايات ، دلالة على الجواز (٢) مثل صحيحة يعقوب بن شعيب ، قال : سألت ابا عبد الله * ع عن الرجل يكون له على الآخر احمال (٣) من رطب او تمر ، فيبعث (٤) عليه بدنانير ، فيقول : اشتر بهذه ، واستوف منه الذي لك ، قال (٥) : لا بأس ، اذا ائتمنه (٦) لكن في صحيحة الحلبي ، قال (٧) : سألت ابا عبد الله * ع عن رجل اسلفته (٨) دراهم في طعام ، فلما حلّ طعامي عليه بعث (٩) اليّ بدراهم ، فقال : اشتر لنفسك طعاما ، واستوف حقك

→ المذكور ، الخلاف في بيع ما لم يقبض من أنّه حرام او مكروه (١) اي صرح بجريان الخلاف في المورد المذكور في الدروس (٢) اي على جواز تشخيص الكلّي المبيع بما لم يقبض (٣) ، (الحَمْل) مص . ما في البطن من ولد . ثمرة الشجر ، ج ، جمال و اَحْمال و حُمُول (الحِمْل ما يَحْمَل ج ، اَحْمال و حُمولة) ، (المنجد) ، (٤) اي فيبعث الرجل الآخر المديون على الرجل الأول الدائن بدنانير ، فيقول المديون الى الدائن : اشتر بهذه الدنانير اَحْمالا من رطب او تمر ، واستوف من الرطب او التمر الذي لك في ذمّتي ، قال الامام * ع : لا بأس ، اذا ائتمنه ، يعنى رأى المديون ، أنّ الرجل الدائن امين فيما اشتراه ، فلا يزيد (٥) اي قال الامام * ع ، (٦) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى الرجل المديون ، و الضمير المفعول الى الرجل الدائن (٧) اي قال الراوى : سألت ابا عبد الله * ع عن رجل اسلفته دراهم ، الخ (٨) اسلفته في قوله (اسلفته) فعل و فاعل و الهاء مفعول (٩) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى الرجل المديون

قال : ارى ان يولّى (١) ذلك غيرك ، و تقوم معه حتى يقبض الذى لك
 و لا تتولّى انت شرائه . و فى موثقة عبد الرحمان ، يكون معه غيره (٢) يوفيه
 ذلك ، لكن ظاهر الخبرين ، كراهة مباشرة الشراء (٣) من جهة كونه (٤)
 فى معرض التهمة ، و المطلوب صحة الشراء (٥) و عدم جواز الاستيفاء (٦)
 ثم انّ هذا كلّه اذا كان الطعام المشتري شخصيا ، و اما اذا وكلّه فى
 شراء الكلّى (٧)

(١) فلا يخفى ، انّ النسخة فى بعض المكاسب هكذا (قال : ارى ان يولّى
 غيرك ، و يقوم ببيعه حتى يقبض الذى لك و لا تتولّى انت شرائه (٢)
 اى يكون مع الدائن غيره يعطى هذا الغير الدائن ذلك الطعام (٣) اى
 كراهة مباشرة شراء الدائن (٤) يرجع الضمير الى الدائن (٥) اى المطلوب
 صحة الشراء ، ان لا بأس بشراء الدائن وكالة عن المديون (٦) اى عدم
 جواز الاستيفاء بدون تولّى الغير (٧) حاصله : انّ الاختلاف فى عموم
 البيع المنهى عنه قبل القبض لتشخيص الكلّى المبيع فى الذمة بطعام
 اشترى من الغير قبل قبضه من ذلك الغير و عدم عمومه ، انما هو فيما اذا
 كان الطعام المشتري من الغير المشخص به الكلّى المبيع فى الذمة شخصيا
 و فردا خارجيا ، و اما اذا كان الطعام المشتري من الغير كلّيّا ، بان
 وكل المديون بالطعام سلما دائنه فى ان يشتري من شخص طعاما كلّيّا فى
 ذمته و يأخذه لنفسه ، فلا يجرى فيه ذلك الاختلاف ، لعدم جريان عموم
 المنهى عنه لتشخيص الكلّى المبيع فى الذمة بذلك الكلّى الذى اشترى
 و كيله من الغير فى الذمة ، لانّ تشخيص ما باعه سلما فى الكلّى المشتري
 موقوف على قبضه فردا خارجيا من الكلّى المشتري ، ثم اقباضه ، لانّه ←

فلا يجرى (١) فيه ذلك ، لأنّ تشخيص ما باعه (٢) سلماً في الطعام الكلي المشتري ، موقوف على قبضه ، ثمّ اقباضه ، وبدون ذلك (٣) لا يمكن الايفاء ، إلاّ بالحوالة (٤) او التوكيل ، فيدخل المسئلة فيما ذكره في الشرايع وغيرها تبعاً للمبسوط ، بل نسب الى المشهور ، من أنّه (٥) لو كان له (٦) على غيره طعام من سلم

→ لا يمكن لبائع الطعام سلماً ، ايفاء ما عليه من الطعام بدون قبض الكلي المشتري ، ثمّ تشخيص الكلي المبيع به إلاّ بالحوالة او بالتوكيل ، والفرق بين الحوالة و التوكيل ، أنّ حصول الوفاء بنفس الحوالة في الحوالة ، و حصول الوفاء بالأخذ الخارجى بدلاً عما له في التوكيل (١) اي فلا يجرى ما ذكر من الاختلاف في الكلي المشتري (٢) اي لأنّ تشخيص ما باعه البائع سلماً في الطعام الكلي الذي اشترى الغير ، موقوف على قبض البائع سلماً الذي هو المديون ، ثمّ اقباضه الى الدائن (٣) اي وبدون قبض البائع المديون فرداً من الكلي المشتري ، لا يمكن ايفاء ما عليه من الطعام (٤) فلا يخفى ، أنّ الحوالة : عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة كما في الشرايع ، وهنا حكمان : احدهما ، أنّ الحوالة تفيد نقل المال وتحوّله من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، و ثانيهما ، أنّ المحيل يبرئ من حقّ المحتال بمجرد الحوالة (٥) قوله (من أنّه ، الخ) بيان لـ (ما) في قوله (فيما) ، (٦) مثلاً ، لو كان لزيد على ذمة بكر ، احد عشر منّا من سلم ، وعلى ذمة زيد مثل ذلك لخالد ، فأمر زيد غريمه الذي هو الخالد ، ان يكتال احد عشر منّا لنفسه من بكر ، فأنه يكره ، بناء على كراهة بيع ما لم يقبض ، او يحرم ، بناء على حرمة على ما ذكره في الشرايع

وعليه مثل ذلك (١) فأمر غريمه (٢) ان يكتال لنفسه من الآخر، فانه يكره او يحرم ، على الخلاف . وقد علل ذلك (٣) في الشرايع ، بانه قبضه عوضا من ماله قبل ان يقبضه صاحبه ، و ذكر المسئلة (٤) في القواعد بعنوان الحوالة (٥) قال (٦) : لو احال (٧) من عليه طعام من سلم بقبضه (٨) على من (٩) له (١٠) عليه مثله (١١) من سلم ، فالأقوى الكراهة وعلى التحريم (١٢) يبطل

(١) اشارة الى الطعام (٢) فالمراد من الغريم ، هو المطالب من الأمر (٣) اشارة الى انه يكره او يحرم ، اى وقد علل ، انه يكره او يحرم فى الشرايع ، مثلا بان خالدا قبض احد عشر مئنا عوضا عن ماله قبل ان يقبضه صاحبه الذى هو زيد (٤) فالمراد من المسئلة ، احالة المديون سلما دائنه الى الشخص الثالث الذى يطلب منه المديون (٥) اى العلامة ذكر المسئلة المذكورة فى القواعد بعنوان الحوالة ، و الحال ان المحقق (ره) فى الشرايع ، لم يذكرها بعنوان الحوالة (٦) اى قال فى القواعد : لو احال المحيل من عليه طعام من سلم بقبضه على الشخص الثالث له عليه مثله من سلم ، فالأقوى الكراهة (٧) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى المديون المحيل ، فالمراد ب (من) هو الدائن المحتال ، و الضمير فى قوله (عليه) يرجع الى المديون المحيل (٨) قوله (بقبضه) متعلق بقوله (احال) يعنى احال المديون المحيل بان يقبض الدائن المحتال الطعام (٩) ، (على) متعلق ب (احال) ، (١٠) الضمير فى قوله (له) يرجع الى المديون المحيل و فى قوله (عليه) يرجع الى (من) ، (١١) اى مثل الطعام (١٢) اى قال العلامة فى القواعد : وعلى التحريم يبطل هذه الحوالة ، لان الشخص ←

لأنه قبضه (١) عوضا عن ماله قبل ان يقبضه صاحبه ، و بنى فى الايضاح
 (٢) جريان الخلاف فى المسئلة على أنّ الحوالة معاوضة او استيفاء ، و أنّ
 المعاوضة (٣) على مال المسلم (٤) قبل القبض (٥) حرام او مكروه ، و انكر
 جماعة ممن تأخر عن العلامة كون هذه المسئلة (٦) من محل الخلاف فى
 بيع ما لم يقبض ، بناء على أنّ الحوالة ، ليست معاوضة ، فضلا عن كونها
 بيعا ، بل هى استيفاء (٧)

→ الثالث الذى هو المحتال ، قبض الطعام عوضا عن ماله الذى يطلبه
 من المديون المحيل قبل ان يقبضه صاحبه الذى هو المديون المحيل ، لأن
 المحيل اشترى طعاما من المحال عليه ، فاذا احوال من دون قبضه ، يكون
 من مصاديق تشخيص ما باعه سلما فى الطعام الكلى المشتري من دون قبضه
 (١) اى لأن المحتال قبض الطعام عوضا عن ماله قبل ان يقبض الطعام
 صاحبه الذى هو المحيل (٢) اى و بنى فى الايضاح جريان الخلاف فى
 المسئلة فى كونه حراما او مكروها ، ام لا ، على أنّ الحوالة معاوضة او
 استيفاء ، فعلى تقدير كونها معاوضة ، يكون حراما او مكروها على الخلاف
 فى البيع قبل القبض ، و على تقدير كونه استيفاء ، لم يكن به بأس (٣) قوله
 (أنّ المعاوضة) عطف على قوله (أنّ الحوالة) ، (٤) فالمراد من المسلم
 هو المحتال (٥) يعنى أنّ معاوضة المسلم اليه الذى هو المحيل ماله
 الذى هو فى ذمة المحال عليه على مال المسلم الذى هو فى ذمة نفسه
 حرام او مكروه (٦) فالمراد من هذه المسئلة ، هى احوالة من عليه طعام من
 سلم لشخص بقبضه على من له عليه مثله من سلم (٧) يعنى أنّ جماعة ممن
 تأخر عن العلامة ، انكروا كون هذه المسئلة من محل الخلاف فى بيع ما ←

اقول : ذلك (١) اّما وكالة و اّما حوالة ، و على كلّ تقدير ، يمكن تعميم محل الخلاف لمطلق المعاوضة ، و يكون البيع كناية عنها ، و لذا نسب فيما عرفت (٢) من عبارة التذكرة ، المنع في هذه المسئلة الى اكثر علمائنا و جماعة من العامة محتجّين بالنبوى (٣) المانع عن بيع ما لم يقبض ، و استند الشيخ (ره) ايضا في المنع الى الاجماع على عدم جواز بيع ما لم يقبض ، و قد عرفت (٤) ما ذكره الشيخ في باب الحوالة

→ لم يقبض ، حتى يقال : انه حرام او مكروه ، و اّما انكروا ، بناء على أنّ الحوالة ليست معاوضة ، فضلا عن كونها بيعا ، بل هي استيفاء فقط (١) شرع المصنف (ره) ان يثبت بقوله (ذلك ، اّما وكالة و اّما حوالة ، الخ) أنّ الاحالة المذكورة ، اّما وكالة و اّما حوالة ، و على كلّ تقدير يمكن تعميم محل الخلاف في بيع ما لم يقبض في كونه حراما او مكروها لمطلق المعاوضة حتى تشمل الوكالة و الحوالة (٢) اى عرفت في ص ٣٠٧ أنّ العلامة نسب المنع في هذه المسئلة الى اكثر علمائنا بقوله (لو كان لزيد طعام على عمرو سلما و لخالد مثله على زيد ، فقال زيد : اذهب الى عمرو و اقبض لنفسك ما لى عليه ، لم يصح لخالد عند اكثر علمائنا) و نسب المنع الى جماعة من العامة بقوله (و به قال الشافعى و احمد) ، (٣) فالمراد من النبوى ، هو ما تقدم في ص ٣٠٨ بقوله (لانّ النبى ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام حتى يجرى فيه صاعان ، صاع البايع و صاع المشتري) (٤) اى و قد عرفت في ص ٣٠٥ ما ذكره الشيخ في باب الحوالة من المنع في هذه المسئلة ، حيث قال المصنف (و قد صرح الشيخ في المبسوط في باب الحوالة ، بانّها معاوضة ، الخ)

ولعلّه لذا (١) قال الشهيد في الدروس في حكم المسئلة : انه كالبيع قبل القبض ، لكنّه (ره) ، (٢) تعرض في بعض تحقیقاته لتوجيهه ادراج المسئلة في البيع ، بأن (٣) مورد السلم (٤) لما كان ماهية كلیة ثابتة في الذمة ، منطبقة على افراد ، لا نهاية لها ، فآى فرد عینة المسلم اليه (٥) تشخص (٦) بذلك الفرد ، و انصب العقد (٧) عليه ، فكأنه لما قال الغريم (٨) : اکتل من غريمی فلان

(١) اشارة الى ما ذكره من ان الحوالة و الوكالة داخلتين في مسئلة بيع ما لم يبيّض (٢) يعنى لكنّ الشهيد (ره) تعرض في بعض تحقیقاته لتوجيه ادراج المسئلة في البيع ، لا انّ المسئلة كالبيع (٣) قوله (بأن مورد السلم) متعلق بقوله (توجيه) ، (٤) يعنى مورد السلم ، لما كان ماهية كلیة ثابتة في الذمة ، فآى فرد عینة المسلم اليه تشخص ماهية كلیة ثابتة فى الذمة بذلك الفرد الذى عینة المسلم اليه ، و انصب عقد السلم على ذلك الفرد ، مثلا اذا اشترى عبد الله منّا سلما من الزعفرانى ، ثم اشترى الطباطبائى منّا سلما من عبد الله المذكور ، ثم قال عبد الله للطباطبائى : اکتل منّا من الزعفرانى ، فحينئذ انصب العقد الذى وقع بين عبد الله و الطباطبائى على الفرد الذى قبضه الطباطبائى من الزعفرانى ، فيكون من بيع ما لم يبيّض (٥) فالمراد من المسلم اليه ، هو البايع سلما (٦) الضمير المستتر يرجع الى ماهية كلیة ثابتة في الذمة (٧) اى انصب عقد السلم على ذلك الفرد (٨) فالمراد من الغريم ، هو المحيل البايع سلما ، والمراد من الغريم في قوله (من غريمی) هو المحال عليه ، فالمراد من الغريم هو عبد الله في المثال ، والمراد من الغريم في قوله (من غريمی) هو الزعفرانى ←

قد جعل (١) عقد السلم معه (٢) واردا على ما في ذمة المسلف منه (٣)
ولما يقبضه بعد ، ولا ريب أنه (٤) مملوك له (٥) بالبيع ، فاذا جعل (٦)

→ يعني قال عبد الله للطباطبائي : اکتل منّا من الزعفراني ، يعني لَمَّا
قال الغريم الذي هو عبد الله في المثال للطباطبائي : اکتل منّا من
الزعفراني ، وقد اشترته منه ولم يقبضه ، قد جعل عقد السلم مع
الطباطبائي واردا على ما في ذمة الزعفراني ولَمَّا يقبضه بعد ، ولا ريب
انّ ما في ذمة الزعفراني مملوك لعبد الله ببيع الزعفراني سلما ، فاذا جعل
عبد الله ما في ذمة الزعفراني موردا للسلم الذي هو بيع للطباطبائي يكون
بيعا للطعام قبل قبضه ، فانّ عبد الله باع ما اشتراه قبل قبضه ، فيتحقق
الشرطان ، احدهما : البيع ، و ثانيهما : قبل القبض ، والحاصل : انه
لما قال الغريم البايع للطعام سلما للذي اشترى منه الطعام سلما : اکتل
من غريمي فلان الذي باعني الطعام سلما ، قد جعل الغريم الأول السلم
مع المخاطب الذي اشترى منه الطعام سلما على ما في ذمة غريمه المسلف
منه ولما يقبضه بعد (١) الضمير المستتر الفاعل يرجع الى الغريم الأول
الذي هو البايع سلما (٢) الضمير يرجع الى الرجل اشترى سلما من
الغريم الأول البايع (٣) فالمراد من المسلف منه ، هو الغريم الثاني الذي
اشترى منه الغريم الأول طعاما سلما (٤) الضمير يرجع الى ما في ذمة
المسلف منه (٥) يرجع الضمير الى الغريم الأول ، يعني انّ ما في الذمة
مملوك للغريم الأول ببيع المسلف منه (٦) الضمير المستتر يرجع الى الغريم
الأول ، يعني اذا جعل الغريم الأول ما في ذمة المسلف منه موردا للسلم
الذي هو بيع للغريم الثاني يكون بيعا للطعام قبل قبضه

موردا للسلم الذي هو بيع يكون بيعا للطعام قبل قبضه ، فيتحقق الشرطان (١) ويلحق بالباب (٢) وهذا (٣) من لطائف الفقه ، انتهى (٤) و اعترضه (٥) في المسالك (٦) بأن مورد السلم و نظائره من الحقوق الثابتة فى الذمة لما كان امرا كلياً ، كان المبيع المتحقق به هو الأمر الكلى ، و ما يتعيّن (٧) لذلك (٨) من الأعيان الشخصية بالحوالة وغيرها ، ليس هو (٩) نفس المبيع ، و ان كان الأمر الكلى انما يتحقق فى ضمن الأفراد الخاصة ، فانها (١٠) ليست عينه (١١) و من ثم (١٢) لو ظهر المدفوع

(١) احد الشرطين: البيع ، و ثانيهما : كونه قبل القبض (٢) اى و يلحق بباب البيع قبل القبض (٣) اشارة الى ما ذكره (٤) اى انتهى ما ذكره فى الدروس (٥) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى الشهيد الثانى ، و الضمير المفعول الى الشهيد الأول (٦) اى اعترضه فى المسالك بقوله (بأن مورد السلم ، الخ) فى ج ١ ص ١٨٧ فراجع (٧) و حاصله ، ان ما يتعيّن لهذا الكلى من الأعيان الشخصية بالحوالة وغيرها ، ليس هو نفس المبيع لانّ المبيع كان كلياً ، و هذا المعين خارجى ، و ان كان الكلى انما يتحقق فى ضمن الأفراد الخاصة ، فانّ الأفراد الخاصة ، ليست عين الكلى الذى كان مبيعاً ، و نظير ذلك ما حققه الاصوليون من انّ الأمر بالكلى ليس امرا بشئ من جزئياته الخاصة ، و ان كان الكلى لا يتحقق الا بجزئياته الخاصة ، فما يتعين بالحوالة ليس هو نفس المبيع الذى هو الكلى (٨) اشارة الى الكلى (٩) الضمير يرجع الى (ما) ، (١٠) الضمير يرجع الى الأفراد الخاصة (١١) يرجع الضمير الى الكلى (١٢) اى و من حيث انّ الفرد الشخصى الخارجى ليس الكلى المبيع ، فاذا ظهر المدفوع ←

مستحقا او معيبا ، رجع الحق الى الذمة ، و المبيع المعين ليس كذلك
 و حينئذ (١) فانصباب العقد على ما قبض ، و كونه (٢) حينئذ مبيعا غير
 واضح ، فالقول بالتحريم عند القائل به في غيره (٣) غير متوجه (٤) انتهى
 (٥) اقول : ما ذكره (٦) من منع تشخيص المبيع في ضمن الفرد الخاص
 المدفوع و ان كان (٧) حقا ، من حيث عدم انصباب العقد عليه (٨) الاّ انه
 يصدق عليه (٩) انتقاله الى المشتري بعقد البيع ، فاذا نهى الشارع عن
 بيع ما لم يقبض (١٠) نظير نهيه عن بيع أم الولد و عن بيع ما حلف على
 ترك بيعه ، فانه لا فرق بين

→ معيبا او مستحقا للغير، رجع الحق الى الذمة ، بمعنى أنّ المدفوع
 لو ظهر معيبا او مستحقا للغير، اخذه الدافع و دفع فردا آخر، و المبيع
 المعين ليس كذلك ، لانه اذا ظهر مستحقا للغير، بطل البيع ، و اذا
 ظهر معيبا ، كان للمشتري الخيار (١) اي حين اذا قلنا : أنّ ما يتعيّن
 للكلى ليس هو نفس المبيع ، فانصباب العقد على ما قبض و كونه حينئذ
 مبيعا ، غير واضح (٢) يرجع الضمير الى (ما) ، (٣) الضمير يرجع الى
 مورد السلم (٤) قوله (غير متوجه) خبر لمبتدأ مقدم و هو قوله (فالقول)
 (٥) اي انتهى ما ذكره في المسالك (٦) اي ما ذكره في المسالك من منع
 تشخيص المبيع الكلى في ضمن الفرد الخاص المدفوع من حيث عدم
 انصباب العقد على الفرد الخاص المدفوع و ان كان حقا ، الاّ انه يصدق
 على هذا الفرد المدفوع انتقاله الى المشتري بعقد البيع (٧) اسم كان
 مستتر يرجع الى (ما) ، (٨) يرجع الضمير الى الفرد الخاص المدفوع (٩)
 الضمير في قوله (عليه) و (انتقاله) يرجع الى الفرد الخاص المدفوع (١٠)

ايقاع العقد عليه (١) وبين دفعه (٢) عن الكلى المبيع ، لكن يرد (٣) على ما ذكره الشهيد عدم تشخيص الكلى بالكلى ، الا بالحوالة الراجعة الى الاستيفاء او المعاوضة ، وهذا (٤) لا يسوغ اطلاق البيع على الكلى

→ اي فاذا نهى الشارع عن بيع ما لم يقبض ، يكون تحقق الكلى فى ضمن الفرد الخاص المدفوع مشمولا للنهى ، فانه لا فرق بين ايقاع العقد على الفرد الخاص المدفوع ، وبين دفعه عن الكلى المبيع ، نظير نهيه عن بيع ام الولد ، فانه لا فرق فى ارتكاب بيع الأمة المنهى عنه بين بيع ام الولد ، وبين بيع امة كلية ، ثم دفع ام الولد من باب الوفاء ، ونظير نهيه عن بيع ما حلف على ترك بيعه ، فانه لا فرق بين ارتكاب المنهى عنه بين بيع المحلوف على عدم بيعه ، او بيعه كليا ، ثم دفع المحلوف على ترك بيعه من باب الوفاء (١) الضمير يرجع الى (ما) فى قوله (ما لم يقبض) ، (٢) يرجع الضمير الى (ما) فى قوله (ما لم يقبض) ، (٣) قوله (لكن يرد على ما ذكره ، الخ) ايراد من المصنف (ره) على توجيه الشهيد الأول وعلى التفريع الذى ذكره بقوله (فكأنه لما قال الغريم : اکتل ، الخ) بالنسبة الى تشخيص الكلى بالكلى ، و حاصل ما اورده المصنف (ره) على الشهيد (ره) : ان تشخيص الكلى بالكلى لا يحصل الا بالحوالة ، لا بغيرها الذى ذكره الشهيد الأول ، وحكى بعض ، ان هذا الايراد ذكره صاحب الجواهر (٤) اي تشخيص الكلى بالكلى بالحوالة ، لا يجوز اطلاق البيع على الكلى المتشخص بالحوالة ، بحيث يصدق ان الكلى انتقل الى المحتال بالناقل الذى هو البيع

المتشخص بها (١) بحيث يصدق أنه انتقل الى المحال (٢) بناقل البيع (٣) نعم هذا التوجيه (٤) أنّما يستقيم في الفرع المتقدم عن الدروس ، و هو (٥) ما اذا امره (٦) بقبض الطعام الشخصي الذي اشتراه للمشتري فإن مجرد قبضه (٧) باذن البايع مشخص للكلّي المبيع في ضمنه (٨) فيصدق أنه (٩) انتقل بالبيع قبل ان يقبض ، ويمكن ان يقال : أنّ تشخيص الكلّي المبيع (١٠) في الكلّي المشتري (١١)

(١) الضمير يرجع الى الحوالة (٢) فالمراد من المحال ، هو المحتال (٣) اضافة (الناقل) الى (البيع) بيانيّة (٤) نعم هذا التوجيه الذي ذكره الشهيد (ره) أنّما يستقيم في الفرع المتقدم في ص ٣٠٨ عن الدروس بقوله (وصرّح بابتناء الحكم فيما لو قال للمسلم : اشتر لي بهذه الدراهم طعاما ، و اقبضه لنفسك على حكم البيع قبل القبض) فما في المتن من قوله (ما اذا امره بقبض الطعام ، الخ) نقل بالمعنى (٥) الضمير يرجع الى الفرع (٦) و هو ما اذا امر البايع سلما للمشتري بقبض الطعام الشخصي الذي اشتراه للمشتري توكيلا ، يعني أنّ المشتري اشترى الطعام للبايع وكالة ، ثم قبضه لنفسه ، و يرجع الضمير الفاعل المستتر في قوله (امره) الى البايع ، و الضمير المفعول الى المشتري (٧) اي قبض المشتري (٨) اي في ضمن الطعام الشخصي (٩) يرجع الضمير الى الطعام الشخصي الذي اشتراه ، اي فيصدق أنّ الطعام الشخصي الذي اشتراه البايع انتقل بالبيع الى المشتري قبل ان يقبضه البايع ، فيكون من بيع ما لم يقبض (١٠) فالمراد من الكلّي المبيع ، هو الذي باعه البايع سلما ، فالمراد من الكلّي المشتري ، هو الذي اشتراه البايع سلما (١١) قوله (المشتري) بصيغة ←

يكفى فيه (١) اذن البايح في قبض بعض افراد الكلى المشتري (٢) من دون حاجة الى حوالة ، فاذا وقع فرد منه (٣) فى يد المشتري ، صدق انه انتقل بالبيع قبل القبض ، وكيف كان ، فالأظهر فى وجه ادخال هذه المسئلة فى محل الخلاف تعميم مورد الخلاف (٤) لمطلق الاستبدال حتى المتحقق بالحوالة ، وان لم نقل بكونها بيعا ، والمسئلة تحتاج الى فضل تتبع ، والله الموفق . واستدل فى الحدائق على الجواز (٥) بما عن المشايخ الثلاثة (٦) بطريق صحيح و موثق عن عبد الرحمان بن ابى عبد الله قال : سئلت ابا عبد الله ع* عن الرجل عليه كرا (٧) من طعام ، فاشترى كرا من رجل آخر ، فقال للرجل (٨)

→ المجهول (١) الضمير يرجع الى تشخيص الكلى (٢) قوله (المشتري) بصيغة اسم المفعول ايضا (٣) يرجع الضمير الى الكلى المشتري (٤) فالمراد من مورد الخلاف ، هو ان بيع ما لم يقبض ، حرام او مكروه (٥) اى استدلال صاحب الحدائق فى الحدائق على جواز الاستبدال بالحوالة بسبب الخبر الذى حكيه عن المشايخ الثلاثة ، (٦) فالمراد عن المشايخ الثلاثة ، هو الصدوق و الكليني و الشيخ الطوسى قدس سرهم (٧) ، (الكرا) بالضم : مكيال للعراق و - ستة اوقار حمار و هو ستون قفيزا ، وقيل : اربعون اَرْدَبًا (اقرب الموارد) ، (الارْدَب) مكيال ضخم و هو ٢٤ صاع (الصاع ٤ امداد) ، (المنجد) قال فى المجمع : و الكرا ، بالضم احد اكوار الطعام و هو ستون قفيزا ، و القفيز ثمانية مكايل ، و المكوك صاع و نصف (٨) يعنى قال الرجل المديون الذى هو زيد مثلا ، للرجل الدائن الذى هو خالد انطلق ، فاستوف كرك عن الرجل الذى اشتريت منه كرا

انطلق (١) فاستوف كرك، قال : لا بأس به ، وفيه (٢) انه لا دلالة لها
 (٣) على محل الكلام ، لان الكلام فيما اذا كان المالا ن سلمين (٤) و مورد
 الرواية (٥) اعطاء ما اشترى به (٦) قبل قبضه وفاء عن دين لم يعلم انه
 سلم او قرض او غيرهما . وقد استدل (٧) به (٨) في التذكرة على جواز
 ايفاء القرض بمال السلم ، ولذا (٩) قال جامع المقاصد في شرح قوله (ره)
 ولو احوال من عليه طعام من سلم بقبضه (١٠) على من (١١) له عليه مثله من
 سلم ، الخ ، فان قلت : لم اعتبر كون المالين معا سلمين ، قلت : لان المنع
 انما هو من بيع ما لم يقبض ، واذا كان احد المالين سلما دون الآخر
 لم يتعين (١٢) لكونه (١٣) مبيعا

(١) ، (انطلق) ذهب (المنجد) ، (٢) الضمير يرجع الى الاستدلال على
 الجواز بالخبر (٣) يرجع الضمير الى الرواية (٤) يعنى لان الكلام فيما
 اذا كان المالا ن ثابتين في الذمة بسبب البيع مطلقا و ان كان حالا (٥)
 يعنى مورد الرواية المذكورة ، اعطاء الرجل المديون ما اشترى به قبل قبضه
 بالرجل الدائن وفاء عن دين لم يعلم انه سلم او قرض او غيرهما (٦) يرجع
 الضمير الى (ما) ، (٧) اى وقد استدل العلامة بالخبر في التذكرة على
 جواز اداء القرض بسبب مال السلم (٨) الضمير يرجع الى الخبر (٩) اشارة
 الى ان محل الكلام فيما اذا كان المالا ن سلمين (١٠) قوله (بقبضه) متعلق
 بقوله (احوال) ، (١١) قوله (على من) متعلق بقوله (احوال) ايضا (١٢) اى لم
 يتعين مال السلم كونه مبيعا لا مكان اعتبار مال السلم ثنا و الآخر مثنما
 فاذا كان مال السلم ثنا و الآخر مثنما ، لم يحصل الشرطان المعبرتان
 فيما لم يقبض (١٣) الضمير يرجع الى السلم ، اى مال السلم

لا مكان اعتباره (١) ثمنًا ، اذ لا محيّن لأحدهما (٢) انتهى (٣) ويمكن ان يقال : أنّ ظاهر الحوالة ، بناءً على كونها معاوضة ، كون المحيل مملكا (٤) ما له في ذمّة غريمه بازاءً ما لغريمه عليه ، فما (٥) له معوض ، وما لغريمه عوض ، فاذا كان ما له على غريمه سلما ، كفى في المنع عن تملكه (٦) بازاءً ما لغريمه عليه (٧) لأنّه (٨) من بيع ما لم يقبض

(١) يرجع الضمير الى السلم ، اعنى مال السلم (٢) قوله (اذ لا معيّن لأحدهما) علّة لقوله (لا مكان اعتباره ثمنًا) ، اى اذ لا معيّن لأحدهما ان يكون ثمنًا و الآخر مثنًا ، أمّا اذا كان المالا ن سلمين ، فأى فرد منهما كان ثمنًا ، و اى فرد منهما كان مثنًا ، كان من بيع ما لم يقبض (٣) اى انتهى ما ذكره في جامع المقاصد (٤) اى ويمكن ان يقال في تصحيح استدلال صاحب الحدائق بالرواية على جواز بيع ما لم يقبض ، بناءً على كون الحوالة معاوضة : أنّ ظاهر الحوالة ، بناءً على كونها معاوضة ، كون زيد المحيل مملكا المنّ الذى له في ذمّة بكر بازاءً المنّ الذى عليه لخالد ، فمنّ زيد المحيل معوّض ، ومنّ خالد عوض ، فاذا كان المنّ الذى كان لزيد على بكر سلما ، كفى في المنع عن تملكه بازاءً المنّ الذى كان لخالد على زيد المحيل ، لأنّه من بيع ما لم يقبض (٥) قوله (ما) فى (ما له) وفى (ما لغريمه) موصولة (٦) الضمير يرجع الى (ما) فى قوله (فاذا كان ما له) (٧) الضمير يرجع الى المحيل (٨) يعنى لأنّ تملك المنّ الذى لزيد المحيل بازاءً المنّ الذى كان لخالد عليه من بيع ما لم يقبض ، وبعبارة اخرى ، لأنّ تملك ما له على غريمه سلما بازاءً ما لغريمه عليه من بيع ما لم يقبض

و حينئذ فيتم الاستدلال (١) بالرواية ، نعم (٢) لو كان ما عليه سلماً دون ما له ، امكن خروجه عن المسئلة ، لأن الظاهر هنا ، كون المسلم ثمناً و الى هذا (٣) ينظر بقوله في القواعد و التحرير تبعاً للشرايع ، و لو كان المالان او المحال به (٤) قرضاً ، صح (٥) و لا وجه لاعتراض جامع المقاصد عليه ، بأنه لا وجه (٦) لتخصيص المحال به بالذكر ، مع أنّ العكس كذلك

(١) و حينئذ ، فيتم الاستدلال على بيع ما لم يقبض بالرواية ، بناءً على كون الحوالة معاوضة (٢) اى نعم لو كان ما على زيد المحيل سلماً دون ما له ، بان يكون المنّ الذى على ذمّة المحيل سلماً ، و المنّ الذى كان له على ذمّة خالد غير سلم ، امكن خروجه عن المسئلة ، لأن الظاهر فى مورد كون ما عليه سلماً دون ما له كون المسلم فيه الذى هو ما على زيد المحيل ثمناً ، فحينئذ لم يكن من بيع ما لم يقبض ، لأنّ الحوالة تمليك المحيل ما له بمقابل ما عليه ، فيكون ما عليه الذى هو المسلم فيه ثمناً (٣) اشارة الى قوله (انّ ظاهر الحوالة ، بناءً على كونها معاوضة ، كون المحيل مملّكاً ما له فى ذمّة غريمه بازاء ما لغريمه عليه ، الخ) ، (٤) فالمراد من (المحال به) هو ما للمحيل فى ذمّة الغير (٥) يعنى لو كان المحال به قرضاً ، لا يبيعا سلماً ، خرج الفرض عن مسئلة النهى عن البيع قبل القبض ، لاشتراطه بشرط منتف فى الفرض ، و هو كون المال منتقلاً الى الناقل بالبيع و عن الناقل الى الغير بالبيع ايضاً ، و الحال أنّ المحال به منتقل الى الناقل فى الفرض بالقرض (٦) قوله (بأنه لا وجه لتخصيص المحال به بالذكر الخ) نقل لعبارة جامع المقاصد بالمعنى ، فانّ عبارته (ره) فى ج ١ ص ٢٥٩ هكذا : اما اذا كان المالان قرضاً ، صح ، فلا بحث ، و اما اذا كان ←

واستحسان تعبير الدروس (١) بلفظ احدهما ، ثم قال (٢) : وليس له (٣) ان يقول : انّ المحال به شبهه بالمبيع من حيث تخيل كونه (٤) مقابلا بالآخر ، اذ ربما يقال : انّ شبهه بالثمن ، اظهر (٥) لاقترانته (٦) بالباء ، وكلّ ذلك (٧) ضعيف ، انتهى (٨) وفيه ما لا يخفى ، فانّ الباء هنا (٩) ليس للعوض ، وظهور الحوالة في كون انشاء التمليك من المحيل ، لا ينكر ، واحتمال (١٠)

→ المحال به قرضا ، فلانّ بيع ما لم يقبض ، بناء على التحريم ، غير متحقق ، وكان الاولى ان يقول : او احدهما ، سواء المحال به او المحال عليه ، لانه اذا كان احدهما قرضا ، لم يتعين كون الآخر هو المبيع) انتهى موضع الحاجة من كلامه (١) قوله (استحسان تعبير الدروس) عطف على (الاعتراض) وذكر في جامع المقاصد في ج ١ ص ٢٥٩ في بيان قول صاحب الدروس ، بقوله (وقد لحظه في الدروس ، فعبر باحدهما) فراجع (٢) الضمير يرجع الى صاحب جامع المقاصد (٣) الضمير يرجع الى صاحب القواعد (٤) يرجع الضمير الى المحال به (٥) اي اذ ربما يقال : انّ شبه المحال به بالثمن ، اظهر لاقتران المحال به بالباء (٦) الضمير يرجع الى المحال به (٧) اي كلّ واحد من القول بانّ المحال به شبهه بالمبيع ، والقول بانّ شبهه بالثمن ، اظهر لاقترانته بالباء ، ضعيف (٨) اي انتهى ما ذكر في جامع المقاصد (٩) يعني ، الباء في المحال به ليس للعوض (١٠) سؤال وجواب ، اما السؤال : فانه يحتمل ان يكون المحيل في الحوالة يملك المن الذي لغريمه بمقابل المن الذي لنفسه مثلا بان يقول زيد المحيل ليكر المحتال : تملك المن الذي لك على ←

كونه (١) متملكا ما لغريمه بما لنفسه ، كما في المشتري المقدم لقبوله على الايجاب ، بعيد . ويدل على هذا (٢) ايضا قولهم : ان الحوالة بيع ، فان ظاهره (٣) كون المحيل بايعا ، ثم ان المفروض في المسئلة المذكورة ، ما لو اذن المحيل المحال له (٤) في اكتياله لنفسه ، بان يأتي بلفظ الاحالة كما في عبارة القواعد (٥) او يقول له : اکتل لنفسك ، كما في عبارتي المبسوط و الشرايع (٦) اما لو وکله (٧) في القبض عن الآذن (٨)

→ ذمّي بمقابل المن الذي لنفسى في ذمة المحال عليه ، فيقول المحتال : ملكت او قبلت ، فحينئذ يكون تملك المحيل المن الذي للمحتال على ذمته من مصاديق بيع ما لم يقبض ، واما الجواب : فهو الذي ذكره المصنف (ره) بقوله (و احتمال كونه متملكا ما لغريمه ، الخ) ، (١) الضمير يرجع الى المحيل (٢) اشارة الى قوله (و ظهور الحوالة في كون انشاء التمليك من المحيل ، لا ينكر) ، (٣) الضمير يرجع الى قولهم : ان الحوالة بيع (٤) فالمراد من المحال له ، هو المحتال (٥) كما في عبارة القواعد التي تقدمت في ص ٣٢٥ بقوله (و لو احال من عليه طعام من سلم ، الخ) فانه آتى فيما نحن فيه بلفظ الحوالة (٦) اى او يقول المحيل الى المحتال : اکتل لنفسك ، كما تقدم في ص ٣١٤ بقوله (فيما ذكره في الشرايع وغيرها تبعا للمبسوط ، بل نسب الى المشهور ، من انه لو كان له على غيره طعام من سلم و عليه مثل ذلك ، فأمر غريمه ان يکتال لنفسه) فانهما قدس سرهما ذكرا فيما نحن فيه بلفظ الكيل (٧) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى المحيل ، و الضمير المفعول الى المحال له الذي هو المحتال (٨) فالمراد من الآذن ، هو المحيل الموكل

ثم القبض لنفسه ، فيكون قابضا مقبضا (١) فيبني على جواز تولى طرفى
القبض ، والأقرب صحته (٢) لعدم المانع
الرابع (٣) : ذكر جماعة أنه لو دفع (٤) الى من له عليه طعام ، دراهم
وقال : اشترى بها لنفسك طعاما ، لم يصح ، لأن مال الغير (٥) يمتنع
شراء شئ به (٦) لنفسه ، ووجهه ، أن قضية المعاوضة ، انتقال كل
عوض الى ملك من خرج عن ملكه العوض الآخر ، فلو انتقل الى غيره ، لم
يكن عوضا ، ويمكن نقض هذا (٧) بالعوض المأخوذ بالمعاطات ، على

(١) فيكون المحال له قابضا لنفسه و مقبضا عن المحيل ، فالمحال له مقبض
عن طرف المحيل وقابض عن نفسه لنفسه ، فيتحد القابض والمقبض ، فيبني
على جواز تولى طرفى القبض ، كجواز تولى طرفى العقد فى البيع والنكاح
وغيرهما (٢) اى والأقرب صحة تولى طرفى القبض (٣) الأمر الرابع من
الأمر التى تقدمت فى ص ٣٠٢ بقوله : وينبغى التنبيه على امور (٤) اى
ذكر جماعة ، أنه لو دفع زيد مثلا الى بكر الذى له عليه طعام ، دراهم ، و
قال زيد لبكر : اشترى بها لنفسك طعاما ، لم يصح (٥) اى لأن مال الغير
يتمتع للشخص شراء شئ به لنفسه (٦) لأن الدراهم تخرج عن ملك زيد
مثلا ، و الطعام يدخل فى ملك بكر ، ووجه الامتناع : أن قضية المعاوضة
انتقال الطعام الى ملك زيد الذى خرج عن ملكه الدراهم ، ولو انتقل
الطعام الى غير زيد ، لم يكن عوضا (٧) اشارة الى قوله (أن قضية
المعاوضة ، انتقال كل عوض ، الخ)

القول بافادتها للاباحة ، فانه يجوز ان يشتري به (١) شيئا لنفسه ، على ما فى المسالك ، من جواز جميع التصرفات باجماع القائلين بصحة المعاطات ، وايضا فقد ذكر جماعة منهم العلامة فى المختلف وقطب الدين والشهيد على ما حكى عنهما ، ان مال الغير المنتقل عنه (٢) بازاء ما اشتراه (٣) عالما بكونه مغصوبا ، باق (٤) على ملكه (٥) و يجوز لبائع ذلك المغصوب ، التصرف فيه (٦) بان يشتري به (٧) شيئا لنفسه

(١) فانه يجوز ان يشتري المباح له بالعرض المأخوذ بالمعاطات شيئا لنفسه ، والحال ان المال خرج من ملك المبيع وعوضه دخل فى ملك المباح له ، لا فى ملك المبيع ، فيكون هذا نقضا لمقتضى المعاوضة الذى هو انتقال كل عوض الى ملك من خرج عن ملكه العوض الآخر (٢) مثلا ان كتاب زيد المنتقل عنه بازاء الثوب الذى اشتراه من الغاصب ، والحال ان زيدا عالم بكون الثوب مغصوبا ، باق على ملك زيد و يجوز لبائع ذلك المغصوب الذى هو الثوب ، التصرف فى الكتاب ، بان يشتري به شيئا لنفسه ، ويملكه بمجرد الشراء ، والحال ان الكتاب خرج عن ملك زيد وعوضه دخل فى ملك الغاصب ، وتوصيف مال الغير بالانتقال عنه باعتبار بناءه (٣) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى الغير ، والضمير المفعول الى (ما) ، و (عالما) حال عن الضمير الفاعل المستتر ، اى عالما بكون ما اشتراه مغصوبا (٤) قوله (باق) خبر لـ (ان) ، (٥) يرجع الضمير الى الغير (٦) اى فى مال الغير (٧) اى بان يشتري بمال الغير شيئا لنفسه ويملكه بمجرد الشراء

و يملكه بمجرد الشراء . قال في المختلف بعد ما نقل عن الشيخ في النهاية
 انه لو غصب مالا و اشترى به جارية ، كان الفرج له (١) حلالا ، و بعد ما
 نقل مذهب الشيخ في ذلك في غير النهاية . و مذهب الحلّي ، أنّ كلام
 النهاية (٢) يحتمل امرين : ﴿ احدهما ﴾ (٣) اشتراء الجارية في الذمة
 كما ذكره في غير النهاية ، ﴿ الثاني ﴾ (٤) ان يكون البايع عالما بغصب
 المال ، فإنّ المشتري حينئذ يستبيح وطئ الجارية ، و عليه وزر المال
 انتهى . و قد تقدم في فروع بيع الفضولى و في فروع المعاطات نقل كلام
 القطب و الشهيد و غيرهما ، و يمكن توجيه ما ذكر في المعاطات (٥)

(١) نقل عن الشيخ في النهاية ، انه لو غصب زيد فرسا مثلا ، و اشترى
 بالفرس ، جارية ، كان الفرج له حلالا (٢) قوله (انّ كلام النهاية يحتمل
 امرين) مقول لـ (قال) في قوله (قال في المختلف) يعنى قال في المختلف :
 أنّ كلام النهاية ، يحتمل امرين ، بعد ما نقل عن الشيخ في النهاية ، الخ
 و بعد ما نقل مذهب الشيخ في غير النهاية و بعد ما نقل مذهب الحلّي
 (٣) احد الاحتمالين ، أنّ غاصب المال اشترى الجارية في الذمة ، لا في
 مقابل المال المغصوب ، فحينئذ يكون فرج الجارية حلالا له ، و انما دفع
 المال المغصوب ، و فاء عن الثمن (٤) الاحتمال الثانى ، ان يكون بايع
 الجارية عالما بغصب المال ، فإنّ البايع حينئذ اباح وطئ الجارية ، و
 المشتري يستبيح وطئها ، و على بايع الجارية وزر المال المغصوب الذى
 اخذه في مقابل الجارية (٥) و المصنف (ره) اشار الى ردّ النقضين
 احد النقضين ، ما تقدم بقوله (و يمكن نقض هذا بالعوض المأخوذ
 بالمعاطات ، الخ) و ثانيهما ، ما تقدم بقوله (أنّ مال الغير المنتقل عنه ←

بدخول المال آناً قبل التصرف في ملك المتصرف ، كما يلزمهم القول بذلك في وطئ الجارية المأخوذة بالمعاطات ، و توجيه الثاني (١) بأنه فسى معنى تملك ماله مجاناً بغير عوض ، و كيف كان ، فالمعاوضة لا تعقل بدون قيام كل عوض مقام معوضه ، و اذا ثبت على غير ذلك (٢) فلا بد من توجيهه أما بانتقال احد العوضين الى غير مالكة قبل المعاوضة (٣) و أما بانتقال العوض الآخر اليه بعدها (٤) و من هنا (٥) يمكن ان يحمل

→ الخ) و شرع برّد النقص الأول بقوله (و يمكن توجيه ما ذكر فسى المعاطات بدخول المال آناً قبل التصرف في ملك المتصرف) و شرع برّد النقص الثاني بقوله (و توجيه الثاني ، بأنه في معنى تملك ماله مجاناً بغير عوض) فانّ تملك المالك ماله بازاء المال المغصوب عالماً بكونه مغصوباً تملك مجاناً بغير عوض (١) فالمراد من الثاني ، هو ما تقدم بقوله (انّ مال الغير المنتقل عنه ، الخ) ، (٢) اشارة الى قيام كل عوض مقام معوضه (٣) مثلاً اذا اعطى زيد ثمانية دراهم للقصاب ليعطى لحماً للفقير ، نقول في توجيهه : انّ الدراهم انتقلت الى الفقير قبل اعطاء اللحم ، فحينئذ فالدراهم خرجت عن ملك الفقير و دخل اللحم في ملكه (٤) اى و أما بانتقال العوض الى غير مالكة بعد المعاوضة ، مثلاً اذا قال زيد للفقير : اشتر بدراهمى طعاماً لنفسك ، نقول في توجيهه : انه اذا اشترى الفقير بالدراهم المذكورة طعاماً من بكر ، وقعت المعاوضة بين زيد و بكر ، فانّ الدراهم ، خرجت عن ملك زيد و دخل الطعام في ملكه ، ثم انتقل الطعام بعد المعاوضة الى الفقير (٥) قوله (و من هنا يمكن ان يحمل ، الخ) يعنى من جهة لزوم التوجيه ، يمكن ان يحمل ، الخ

قوله فيما نحن فيه : اشترى بدهمى طعاما لنفسك ، على ارادة كون اللام لمطلق النفع ، لا للتملك ، بمعنى ، اشترى فى ملكى ، وخذته لنفسك ، كما ورد فى مورد بعض الأخبار السابقة : اشترى لنفسك طعاما و استوف حَقَّك و يمكن ان يقال (١) : انه اذا اشترى لنفسه بمال الغير ، وقع البيع فضولا ، كما لو باع الغير لنفسه ، فاذا قبضه ، فاجاز المالك الشراء و القبض ، تعيّن له ، و حيث كان استمراره بيد المشتري قبضا ، فقد قبض ماله على مالك الطعام ، فافهم

﴿ مسألة ﴾

لو كان له طعام على غيره (٢) فطالبه به (٣) فى غير مكان حدوثة (٤) فى

(١) اى و يمكن فى مثل قوله (اشترى بدهمى طعاما لنفسك) ان يقال : انه اشترى لنفسه بمال الغير ، وقع البيع فضولا ، كما يقع البيع فضولا لو باع مال الغير لنفسه ، لانّ اذنه حيث كان لأمر غير معقول ، بطل ، لكن اصل البيع حيث كان للمالك ، صحّ اذا اجاز المالك (٢) يعنى لو كان لزيد طعام على غيره الذى هو يونس مثلا ، فطالب زيد يونس بالطعام فى غير مكان حدوثة الطعام فى ذمة يونس ، فهنا مسائل ثلاث * احديها * ان يكون الطعام سلما ، و * ثانيها * ما عليه قرضا ، و * ثالثها * ان يكون الاستقرار فى ذمته من جهة الغصب (٣) الضمير يرجع الى الطعام (٤) اى حدوثة الطعام

في ما لو كان له طعام على غيره فطالبه في غير مكان جدوته في ذمته ٣٣٥

ذمته ، فهنا مسائل ثلاث ١٠ احديها : ان يكون المال سلما ، بان اسلفه
(١) طعاما في العراق و طالبه (٢) بالمدينة مع عدم اشتراط تسليمه (٣)
بالمدينة ، فلا اشكال (٤) في عدم وجوب ادائه في ذلك البلد ، و اولى
(٥) بعدم الوجوب ما لو طالبه بقيمة ذلك البلد ، و لو طالبه (٦) في
ذلك البلد بقيمته في بلد وجوب التسليم و تراضيا على ذلك ، قال الشيخ :
لم يجوز ، لانه بيع الطعام قبل قبضه ، و هو حسن (٧) بناء على ارادة بيع

(١) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى المشتري ، و الضمير المفعول الى
البايع (٢) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى المشتري ، و الضمير المفعول
الى الطعام (٣) اي عدم اشتراط تسليمه بالمدينة ، فان شرط تسليمه
بالمدينة ، يجب عليه ان يعمل بالشرط (٤) يعني ان اسلفه طعاما في
العراق و طالبه بالمدينة ، فلا اشكال في عدم وجوب ادائه في المدينة
(٥) اي اولى بعدم وجوب الاداء ما لو طالبه بقيمة المدينة (٦) اي ولو
طالبه في المدينة بقيمة الطعام في العراق الذي هو بلد وجوب تسليم
الطعام و تراضيا على قيمة الطعام في بلد التسليم ، قال الشيخ الطوسي
(ره) : لم يجوز ، لانه بيع الطعام قبل قبضه ، لان زيدا مثلا اشترى من
بكر طعاما في العراق ، ثم طالب زيد الطعام بقيمته و تراضيا على ذلك
واخذ القيمة ، بمعنى ان زيدا باع الطعام لبكر الذي كان في ذمته
فحينئذ يكون من مصاديق بيع السلم على من هو عليه ، فلا يجوز (٧) يعني
وما ذكره الشيخ ، حسن ، بناء على ارادة المتبايعين كون ما في ذمته
بالقيمة مبيعا ، لا ثمنا ، او ارادة المتبايعين مطلق الاستبدال من البيع
المنهى عنه ، فحينئذ يكون ما نحن فيه من بيع الطعام قبل قبضه على ←

ما في ذمته (١) بالقيمة ، او ارادة مطلق الاستبدال من البيع المنهى عنه
 اما لو جعلنا المنهى عنه (٢) هو خصوص البيع ولم يحتمل التراضى على
 خصوص كون القيمة ثمنا ، بل احتمل كونه (٣) مئنا والسلم (٤) ثمنا ، فلا
 وجه للتحريم ، لكن الانصاف (٥) ظهور عنوان القيمة خصوصا اذا كان (٦)
 من النقدين فى الثمنية ، فيبنى الحكم على انصراف التراضى المذكور (٧)
 الى البيع ، او القول بتحريم مطلق الاستبدال (٨) واما اذا لم يرض
 المسلم اليه (٩) ففى جواز اجباره (١٠) على ذلك قولان (١١)

→ من هو عليه ، او استبدال الطعام قبل قبضه (١) يرجع الضمير الى
 المسلم اليه (٢) يعنى اما لو جعلنا ان المنهى عنه هو خصوص البيع ولم
 يحتمل تراضيهما على خصوص كون الطعام مئنا والقيمة ثمنا ، بل احتمل
 كون القيمة مئنا و الطعام ثمنا ، فلا وجه للتحريم ، لانه حينئذ لم يكن من
 بيع ما لم يقبض (٣) اى بل احتمل كون القيمة مئنا (٤) فالمراد من
 (السلم) هو الطعام (٥) لكن الانصاف ، ظهور عنوان القيمة فى الثمنية
 خصوصا اذا كان من النقدين ، فيبنى الحكم على انصراف التراضى فى
 المدينة على قيمة الطعام فى العراق الى البيع ، او القول بتحريم مطلق
 الاستبدال (٦) اسم (كان) مستتر يرجع الى القيمة (٧) فالمراد من
 التراضى المذكور ، هو تراضيهما فى بلد المطالبة على قيمة الطعام فى بلد
 وجوب التسليم ، وبعبارة اخرى ، ان المراد من التراضى المذكور ، هو
 تراضيهما فى بلد المدينة على قيمة الطعام فى العراق مثلا (٨) فاذا
 قلنا ، بتحريم مطلق الاستبدال ، حرم ايضا (٩) فالمراد من المسلم اليه
 هو بايع الطعام المؤجل (١٠) اى اجبار المسلم اليه (١١) قوله (قولان) ←

في ما لو كان له طعام علي غيره فطالبه في غير مكان حدوثه في ذمته ٣٣٧

المشهور، كما قيل ، العدم (١) لأن الواجب في ذمته (٢) هو الطعام ، لا القيمة . وعن جماعة منهم العلامة في التذكرة ، الجواز (٣) لأن الطعام الذي يلزم دفعه معدوم ، فكان كما لو عدم الطعام في بلد ، يلزمه التسليم (٤) فيه . وتوضيحه (٥) : أنّ الطعام قد حلّ ، والتقصير من المسلم اليه حيث أنّه لو كان (٦) في ذلك البلد ، امكنه (٧) اداء الواجب بتسليم المال الى المشتري ، ان حضر (٨) والآ دفعه (٩) الى وليه (١٠) ولو الحاكم او عزل (١١) وكيف كان ، فتعذر البرائة (١٢)

→ مبتدأ مؤخر ، (ففى جواز) خبر مقدّم (١) اى عدم جواز الاجبار (٢) اى في ذمة المسلم اليه (٣) اى جواز الاجبار (٤) يعنى لو عدم الطعام في بلد يلزمه التسليم فيه اجبره الحاكم الى دفع القيمة ، فكذلك بلمس المطالبة ، فانّ الحاكم يجبره في بلد المطالبة الى دفع القيمة في بلد التسليم (٥) اى توضيح ما ذكره العلامة و الجماعة : أنّ الطعام قد حلّ زمان ادائه ، والتقصير في عدم ادائه من المسلم اليه حيث أنّ المسلم اليه لو كان في بلد التسليم ، امكنه اداء الطعام بتسليمه الى المشتري ان حضر المشتري ، والآ دفعه الى وليّ المشتري من الوكيل و الحاكم و عدول المؤمنين ، او عزل الطعام للمشتري (٦) اسم (كان) مستتر يرجع الى المسلم اليه (٧) الضمير يرجع الى المسلم اليه (٨) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى المشتري (٩) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى المسلم اليه ، و الضمير المفعول الى الطعام (١٠) يرجع الضمير الى المشتري (١١) او عزل المسلم اليه الطعام (١٢) وكيف كان ، فتعذر برائة ذمة المسلم اليه فى بلد التسليم ، مستند الى غيبته ، فحينئذ فللمشتري مطالبة قيمته في بلد

مستند الى غيبته (١) فللغريم مطالبة قيمة بلد الاستحقاق (٢) حينئذ . و قد يتوهم ، انه يلزم من ذلك (٣) جواز مطالبة الطعام و ان كان ازيد قيمة كما سيحى القول بذلك (٤) فى القرض ، و لو كان الطعام (٥) فى بلد المطالبة مساويا فى القيمة لبلد الاستحقاق ، فالظاهر ، وجوب الطعام عليه (٦) لعدم تعذر الحق ، و المفروض عدم سقوط المطالبة (٧) بالغيبة عن بلد الاستحقاق ، فيطالبه (٨) بنفس الحق

الثانية (٩) : ان يكون ما عليه قرضا (١٠) و الظاهر ، عدم استحقاق

→ التسليم (١) الضمير يرجع الى المسلم اليه (٢) فالمراد من بلد الاستحقاق ، هو بلد التسليم ، و هو العراق فى الفرض (٣) اشارة الى قوله (فتعذر البرائة ، مستند الى غيبته) ، (٤) اشارة الى جواز مطالبة الطعام و ان كان ازيد قيمة (٥) اى و لو كان الطعام فى بلد المطالبة و هى المدينة مثلا ، مساويا فى القيمة لبلد الاستحقاق و هو العراق مثلا فالظاهر ، وجوب اداء الطعام عليه لعدم تعذر الحق ، لأن الطعام موجود ، و المفروض عدم سقوط حق مطالبة المشتري بسبب الغيبة عن بلد الاستحقاق الذى هو العراق مثلا ، فالمشتري يطالب المسلم اليه بنفس الطعام الذى هو الحق (٦) اى وجوب اداء الطعام على المسلم اليه (٧) و المفروض ، عدم سقوط مطالبة المشتري بغيبة المسلم اليه عن بلد الاستحقاق (٨) يرجع الضمير الفاعل المستتر الى المشتري ، و الضمير المفعول الى البايع (٩) اى المسئلة الثانية من مسائل ثلاث (١٠) مثلا لو اقترض زيد مئاً من بكر فى العراق و طالبه به فى المدينة ، فالظاهر عدم استحقاق المطالبة بالمثل مع اختلاف قيمتى المدينة و العراق ، لأن بكر ←

في ما لو كان له طعام على غيره فطالبه في غير مكان حدوثه في ذمته ٣٣٩

المطالبة بالمثل مع اختلاف القيمة ، لأنه (١) إنما يستحقها (٢) في بلد
القرض ، فالزامه (٣) بالدفع في غيره اضرار ، خلافا للمحكى (٤) عن
المختلف ، وقواه (٥) جامع المقاصد هنا ، لكنه (٦) جزم بالمختار في باب
القرض ، أما مطالبته (٧) بقيمة بلد الاستحقاق ، فالظاهر ، جوازها (٨)
وفاقا للفاضلين (٩) وحكى عن الشيخ والقاضى ، وعن غاية المرام (١٠) نفى
الخلافا لما تقدم ، من أن الحق هو الطعام على ان يسلم في بلد
الاستحقاق ، وقد تعدّر (١١) بتعدّر قيده (١٢) لا بامتناع ذى الحق

→ المقرض إنما يستحق المطالبة في بلد القرض ، فالزام زيد المقرض
بالدفع في غير بلد القرض اضرار (١) الضمير يرجع الى المقرض (٢) يرجع
الضمير الفاعل المستتر الى المقرض ، والضمير المفعول الى المطالبة (٣)
اي الزام المقرض (٤) خلافا للمحكى عن المختلف ، فان المحكى عنه ، انه
يجب على المديون دفع المثل وقت المطالبة (٥) الضمير المفعول يرجع
الى الخلافا (٦) اي لكن جامع المقاصد جزم بعدم الاستحقاق بالمثل مع
اختلاف القيمة في باب القرض الذى هو مختار المصنف (ره) ، (٧) اي أما
مطالبة المقرض بأخذ قيمة بلد القرض ، فالظاهر ، جوازها ، مثلا اقترض
المقترض من المقرض مائة في العراق قيمته دينار ، والآن قيمته في المدينة
ديناران ، فانه يطالبه بدينار واحد ، لا الدينارين (٨) الضمير يرجع الى
المطالبة (٩) هما المحقق والعلامة (١٠) للشيخ مفلح بن الحسن الصيمري
(١١) اي وقد تعدّر التسليم في بلد الاستحقاق بتعدّر قيده الذى هو
حضوره في هذا البلد (١٢) فالمراد من القيد ، هو حضوره في بلد
الاستحقاق ، فاذا تعدّر حضوره في بلد الاستحقاق ، تعدّر تسليمه ←

فلا وجه لسقوطه (١) غاية الأمر (٢) الرجوع الى قيمته (٣) لأجل الاضرار ولذا (٤) لو لم يختلف القيمة ، فالظاهر ، جواز مطالبتة بالمثل ، لعدم التضرر ، لكن مقتضى ملاحظة التضرر (٥) اناطة الحكم (٦) بعدم الضرر على المقرض او بمصلحته (٧) ولو من غير جهة اختلاف القيمة (٨) كما فعله (٩) العلامة في القواعد

→ الطعام في هذا البلد (١) اى لسقوط تسليم الطعام (٢) وحيث كانت قيمة بلد التسليم اكثر ، فغاية الأمر الرجوع الى قيمة بلد الاستحقاق لانّ قيمة بلد التسليم توجب الاضرار بالمقرض ، فينفىها قاعدة : لا ضرر ولا ضرار في الاسلام (٣) اى قيمة الطعام في بلد الاستحقاق (٤) اى ، و لأجل أنّ الرجوع الى قيمة بلد الاستحقاق لأجل الاضرار ، انه لو لم يختلف قيمة بلد التسليم مع قيمة بلد الاستحقاق ، فالظاهر ، جواز مطالبتة بالمثل لعدم التضرر (٥) لكن مقتضى ملاحظة التضرر ان لا يكون على المقرض ضرر ايضا في التسليم في بلد آخر ، فلو كان عليه ضرر في التسليم في بلد آخر لم يجب عليه التسليم فيه ، لانّ وجوب تسليم المقرض ما اقترضه في بلد آخر ، منوط بعدم الضرر عليه او منوط بمصلحته (٦) فالمراد من الحكم ، وجوب تسليم المقرض ما اقترضه في بلد آخر (٧) قوله (بمصلحته) عطف على قوله (عدم الضرر) والضمير يرجع الى المقرض (٨) كما لو دفع المقرض المثل الى المقرض في بلد المطالبة لكان عليه ضرر ، لأجل بقاء ماله في بلد القرض الذي هيأه لاداء قرضه ، فهذا الضرر متوجه اليه من غير جهة اختلاف القيمة (٩) اى كما فعل وجوب تسليم المقرض ما اقترضه في بلد المطالبة ، منوطا بعدم الضرر عليه او ←

في ما لو كان له طعام على غيره فطالبه في غير مكان حدوثه في ذمته ٣٤١

و شارحه (١) جامع المقاصد ، ثم أنه اعترف (٢) في المختلف بتعيين قيمة بلد القرض مع تعدد المثل في بلد المطالبة ، وفيه تأمل (٣) فتأمل (٤) و ظاهر بعض (٥) عدم جواز المطالبة ، لا بالمثل (٦) ولا بالقيمة ، وكأنه (٧) يتفرع على ما عن الشهيد (ره) في حواشيه من (٨) عدم جواز مطالبة المقرض (٩) المثل في غير بلد القرض ، حتى مع عدم تضرره (١٠) فيلزم من ذلك (١١) عدم جواز المطالبة بالقيمة بطريق اولي ، و لعلّه (١٢) لأن

→ بمصلحته العلامة في القواعد و شارحه في جامع المقاصد (١) اي شارح كتاب القواعد (٢) اي اعترف في المختلف (٣) لعل وجه التأمل الأول الى أنه اذا جاز مطالبة المثل في غير بلد القرض الموجب لزامه بالدفع مع الاختلاف في القيمة ، فلا وجه لتعيين قيمة بلد القرض عند تعدد المثل ، بل لا بد من الالتزام بلزوم دفع قيمة بلد المطالبة (٤) لعل وجه التأمل الثاني أنه اذا كان مقتضى ملاحظة التضرر اناطة الحكم بعدم الضرر على المقرض فلا بد من الالتزام بدفع قيمة بلد القرض ان كان قيمته في بلد المطالبة اكثر (٥) قوله (بعض) هو المضاف اليه (٦) يعني و ظاهر بعض ، عدم جواز مطالبة المقرض في غير بلد القرض ، لا بالمثل ولا بالقيمة (٧) يرجع الضمير الى عدم جواز المطالبة (٨) بيان لـ (ما) ، (٩) فالمطالبة ، مصدر اضاف الى المفعول ، و فاعله محذوف ، يعني عدم جواز مطالبة المقرض المقرض (١٠) الضمير يرجع الى المقرض (١١) اشارة الى عدم جواز مطالبة المثل في غير بلد القرض (١٢) اي لعل عدم جواز مطالبة المثل في غير بلد القرض كما عن الشهيد (ره) : أن مقتضى اعتبار بلد القرض ان ليس للمقرض الا مطالبة تسليم ماله في بلد القرض

مقتضى اعتبار بلد القرض ان ليس للمقرض الا مطالبة تسليم ماله في بلد القرض ، و مجرد تعدّره (١) في وقت (٢) من جهة توقفه (٣) على مضيّ زمان ، لا يوجب اشتغاله (٤) بالقيمة ، كما لو اخرّ التسليم (٥) اختيارا في بلد القرض او احتاج تسليم المثل الى مضيّ زمان ، فتأمل (٦)

الثالثة (٧) : ان يكون الاستقرار من جهة الغصب ، فالمحكى عن الشيخ والقاضى ، انه لا يجوز مطالبته (٨) بالمثل في غير بلد الغصب ، ولعلّه (٩) لظاهر قوله تعالى : فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى (١٠) عليكم ، فَاَنْ (١١)

(١) الضمير يرجع الى المثل (٢) وهم و دفع ، أما الوهم : فان المثل اذا تعدّرادائه في بلد القرض ، انتقل الى القيمة ، واما الدفع : فهو الذى ذكره المصنف (ره) بقوله (و مجرد تعدّره في وقت الخ) ، (٣) اى توقف التسليم (٤) اى مجرد تعدّره المثل في وقت من جهة توقف التسليم على مضيّ زمان ، لا يوجب اشتغال ذمّة المقرض بالقيمة (٥) اى كما لو اخرّ التسليم اختيارا في بلد القرض او احتاج تسليم المثل في بلد القرض الى مضيّ زمان ، فانه لا ينقل بذلك الى القيمة (٦) اى لعل وجه التأمل ، ان تعدّره البرائة مستند الى غيبته ، فللغريم مطالبة القيمة (٧) اى المسئلة الثالثة من مسائل ثلاث ، ان يكون الاستقرار فى الذمة من جهة الغصب (٨) اى فالمحكى عن الشيخ والقاضى ، انه لا يجوز مطالبة المغصوب منه الغاصب بالمثل فى غير بلد الغصب (٩) اى ولعلّ عدم جواز المطالبة بالمثل فى غير بلد الغصب لظاهر قوله تعالى : فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى (١٠) عليكم (١٠) قال فى الميزان ج ٢ ص ٦١ : الاعتداء هو الخروج عن الحدّ ، يقال : عدا و اعتدى ، اذا جاوز حدّه ، انتهى (١١) فوجه ←

في ما لو كان له طعام على غيره فطالبه في غير مكان حدوثه في ذمته ٣٤٣

ما في ذمته هو الطعام الموصوف بكونه في ذلك البلد ، فان مقدار ماليّة
الطعام يختلف باختلاف الاماكن (١) فان المالك لمقدار منه (٢) في بلد
قد يعدّ غنيا ، و المالك لضعافه (٣) في غيره يعدّ فقيرا ، فالمماثلة في
الصفات موجودة (٤) لا في المالية ، لكنّه ينتقض (٥) بالمغصوب المختلف
قيمه باختلاف الأزمان ، فانّ اللازم على هذا ، عدم جواز مطالبته (٦)
بالمثل في زمان غلائه (٧)

→ دلالة الآية : انّ ما في ذمة الغاصب هو الطعام الموصوف بكونه في
بلد الغصب ، فمقابلته بالمثل هو ان يطالبه بالطعام في بلد
الغصب ، فانّ مقدار ماليّة الطعام يختلف باختلاف الأماكن و البلاد (١)
(المكان) الموضع (و هو مَفْعَلٌ مِنَ الكَوْنِ ، ج ، أَمْكِنَةٌ وَأَمْكُنْ ، جج ، أَمَاكِنٌ)
(المنجد) ، (٢) يرجع الضمير الى الطعام (٣) ، (ضِعْفٌ) الشئ : مثله
في المقدار ، او مثله وزيادة غير محصورة ، فقولهم (لك ضعفه) يعنى لك
مثلاه او ثلاثة امثاله او اكثر ، ج ، اضعاف (المنجد) ، (٤) يعنى فالمماثلة
في الصفات موجودة في بلد المطالبة ، لا في المالية ، و الحال ، انّ ظاهر
قوله تعالى : فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ، المماثلة من جميع الجهات
و الحثيات (٥) فاذا اعتبرت المماثلة من جميع الجهات و الحثيات في ما
نحن فيه ، فهو ينتقض بالمغصوب المختلف قيمته و ماليته باختلاف الأزمان
فانّ اللازم على كون المماثلة في الصفات و المالية عدم جواز مطالبة المغصوب
منه الغاصب بالمثل في زمان غلائه ، فهذا جواب نقضى ، اما الجواب
الحلّى ، فهو الذى ذكره المصنف (ره) بقوله : و حلّه انّ المماثلة ، الخ (٦)
اي عدم جواز مطالبة المغصوب منه الغاصب بالمثل في زمان غلائه (٧) ←

وحلّه (١) أنّ المماثلة في الجنس والصفات، هي المناطق في التماثل العرفي من دون ملاحظة المالية و لولا قاعدة نفي الضرر، وانصراف اطلاق العقد (٢) في مسئلتى القرض والسلم، لتعيّن ذلك فيهما (٣) ايضا ولو تعدّر المثل في بلد المطالبة، لزم (٤) قيمة ذلك البلد، لأنّ اللازم عليه حينئذ المثل في هذا البلد (٥) لو تمكّن، فاذا تعدّر (٦) قامت القيمة مقامه، وفي المبسوط وعن القاضى، قيمة بلد الغصب، وهو حسن بناء على حكمها في المثل، و المعتبر قيمة وقت الدفع (٧) لوجوب المثل حينئذ، فتعيّن بدله (٨) مع تعذره، و يحتمل (٩) وقت التعذّر، لأنّه

→ (غلا) السعّر (ن) يَغْلُو غِلاءً (واوٍ) ارتفع و ضد رَخَصَ (اقرب الموارد)
 (١) واما حلّه، فانّ المماثلة في الجنس والصفات، هي المناطق فى التماثل العرفي من دون ملاحظة المالية، فحينئذ يلزم ان يدفع الغاصب المثل الى المغصوب منه و لو فى بلد المطالبة، و لو كان هنا قيمته اكثر من بلد الغصب، كما أنّه يلزم عليه دفع المثل فى الزمان الثانى و ان كان قيمته اكثر من الزمان الأول (٢) يعنى لولا قاعدة نفي الضرر و انصراف اطلاق العقد الى بلد الاستحقاق فى مسئلتى القرض و السلم، لتعيّن وجوب دفع المثل فيهما فى بلد المطالبة ايضا (٣) الضمير المثنى يرجع الى القرض و السلم (٤) اى لزم على الغاصب قيمة بلد المطالبة (٥) اشارة الى بلد المطالبة (٦) يعنى فاذا تعدّر المثل فى بلد المطالبة قامت قيمته فى بلد المطالبة مقامه (٧) اى المعتبر قيمة وقت الدفع، لأنّ وقت الدفع، دفع المثل واجب، فاذا تعدّر دفع المثل، وجب دفع قيمته فى هذا الوقت (٨) يرجع الضمير الى المثل (٩) اى و يحتمل وجوب دفع ←

في ما لو كان له طعام على غيره فطالبه في غير مكان حدوثه في ذمته ٣٤٥

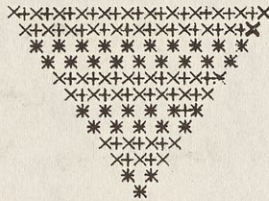
وقت الانتقال الى القيمة ، وفي المسئلة اقوال مذكورة في باب الغصب
ذكرناها (١) مع مبانيها في البيع الفاسد عند ذكر شروط العقد فليراجع

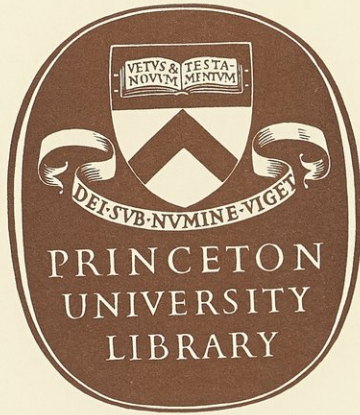
حـ قيمة وقت تعدد المثل حين الدفع ، سواء كانت ازيد من قيمة وقت
الدفع ، ام لا ، لان وقت التعذر ، وقت الانتقال الى القيمة ، لان الغاصب
بمجرد تعدد المثل خوطب بدفع القيمة (١) الضمير يرجع الى الأقوال

الحمد لله الذي قصر الألسن عن بلوغ ثنائه كما يليق
بجلاله وعجزت العقول عن ادراك كنه جماله ، ووقفتى وهدانى
لاتمام الجزء العاشر من كتاب بيان المطالب في شرح
المكاسب ، فلا يخفى ان ما كان في هذا الشرح
مطابقا للواقع ، فهو من توفيق الله جلّت عظمته و من ناحية
زحمات الاساتيد الأجلة ، و ما كان فيه غير مطابق للواقع ، من
الخطاء و الخلل و الذهول و الزلل ، فهو منى ، عفى عنى و
آبائى و عن المؤمنين بحقه و بحق محمد المصطفى * ص * و
على المرتضى و آلهما الطاهرين ، آمين .

✽ عبد الله الياسى ✽

الصفحة	الموضوع
٣٤٧	الفهرس الموضوعى
٢٥٧	فى احكام القبض بعد تحققه
٢٥٨	فى ان كل مبيع تلف قبل قبضه ، فهو من مال بايعه
٢٧٧	فى انه اذا تلف الثمن المعين قبل القبض
٢٨٢	فيما لو تلف بعض المبيع قبل قبضه
٢٩١	فى حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه الا التولية
٣٠٢	فى تنبيهات المسئلة
٣٣٤	فى ما لو كان له طعام على غيره ، فطالبه فى غير مكان حدوثه فى ذمته
٣٤٦	الفهرس الموضوعى





Princeton University Library



32101 048394934