

# حائق و الفقه

في شرح شرائع الاسلام

تصنيف

حجة الاسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ  
محمد رضا البشير المحقق الطهراني دام ظلته

المجلد الثالث والعشرون

وقد طبع بنفقة الشريف علي محقق ابن المصنف الشهيد في جبهة  
( آبادان ماه شهر ) وقد كتب في اول وصيته ياليت كان لي مائة  
نفس وافنيت وافديت تمامها في طريق الاسلام غفر الله له ولوالديه  
وجعله وجميع الشهداء في جنات النعيم و دفع شرقاتليهم صدام

وجنده عن جميع المسلمين بحق محمد وآله الطاهرين

ونصر امام المسلمين وابقاه الى يوم الدين

في سنة ١٤٠٢ هـ



المطبعة العلمية - قم



Princeton University Library



32101 047105695

---

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

---

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

---

--	--







# حائق و الفقه

في شرح شرائع الاسلام  
تصنيف

حجة الاسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ  
محمد رضا البشير المحقق الطهراني دام ظلته

المجلد الثالث والعشرون

وقد طبع بنفقة الشريف علي محقق ابن المصنف الشهيد في جبهة  
( آبادان ماه شهر ) وقد كتب في اول وصيته ياليت كان لي مائة  
نفس وافنيت وافديت تمامها في طريق الاسلام غفر الله له ولوالديه  
وجعله وجميع الشهداء في جنات النعيم و دفع شر قاتليهم صدام  
وجنده عن جميع المسلمين بحق محمد وآله الطاهرين

ونصر امام المسلمين وابقاه الى يوم الدين

في سنة ١٤٠٢ هـ



2271  
13553  
1827

mujallad 23

كتاب الخيارات من حقائق الفقه

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله قاصم الجبارين ومدرك الهاربين وراحم المؤمنين و الصلاة  
والسلام على رسوله اشرف الخلائق وعلى آله الطيبين الطاهرين سيما على  
امير المؤمنين واحد عشر من اولاده المعصومين

اما بعد فقد مر تمام الكلام الى هنا في بعض الخيارات وبقي بيان بعضها الاخر  
فقال المصنف :

القسم ﴿الثالث﴾ من الخيارات التي مر بعضها ﴿خيار الشرط﴾ بالضرورة  
بين عاماء المذهب ، والكتاب والسنة عموماً ، وخصوصاً في بعض أفرادهم . كما في  
الجواهر ويدل عليه اخبار كثيرة .

[فمنها] ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن عبد الله بن سنان عن  
أبي عبد الله عليه السلام «قال : سمعته يقول : من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز  
له ، ولا يجوز على الذي اشترط عليه ، والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب  
الله عزوجل .

[وما رواه] في الفقيه والتهذيب في الصحيح عن عبد الله بن سنان عن ابي  
عبد الله عليه السلام «قال : المسلمون عند شروطهم ، الاكل شرط خالف كتاب الله عزوجل  
فلا يجوز» .





[وما رواه] الشيخ عن اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام «أن على بن أبى طالب عليه السلام كان يقول : من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به ، فان المسلمین عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» .

ومنها ما رواه فى الكافى فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام « قال : سألته عن الشرط فى الماء الاتباع ولا تورث ولا توهب ؟ فقال : يجوز ذلك غير الميراث ، فانها تورث ، وكل شرط خالف كتاب الله فهو (مردود) » . ونحو هذه الرواية مرسله جميل بن دراج ، ومرسله ثانية له .

وكيف كان وثبوت الخيار بالشرط لا اشكال فيه ولا يكون الشرط منافياً لمقتضى العقد او اطلاقه من اللزوم والا فلا يصح فى مطلق الشروط غاية الامر فى الشروط الثابتة شرعاً كان بدليل يخصه وفى غيره بأدلة الشروط سواء قلنا بان اللزوم من مقتضى العقد او اطلاقه والثانى واضح .

و كذا الاول عند التأمل فان اللزوم بمقتضى جعله الاولى و بعنوان الاولى لا ينافى عدمه بالعنوان الثانوى وبالشرط فالعقد لو حلى وطبعه كان مقتضى اللزوم لولا ادلة الشرط كما فى خيار الثابت شرعاً فالعقد المقتضى للزوم لولا المانع قابلة للعدم بالمانع الشرعى او الجعلى فيسلب مقتضاه عنه فيما كان قابلاً للسلب لا فيما لا يكون كذلك كما فى الملكية فلا يصح سلب الملكية عنه لانه مخالفاً لمقتضى العقد بالمرّة بخلاف عدم اللزوم الى مدة قليلة .

وكيف كان فالظاهر لا اشكال فى ثبوته ، اجماعاً لادلة الشروط الجارية فى المقام ، الا فى شرط خالف كتاب الله والفرص ان اشتراطه جايز ، و لم يكن مما خالف الكتاب ﴿ و ﴾ لكن ﴿ هو ﴾ اى الشرط ﴿ بحسب ما يشترطه او احدهما ﴾ لا يتقدر بمدة مخصوصة ، فيجوز حتى الى مدة سنة أو سنتين خلافاً للشافعى و ابي حنيفة ، فلم يجوزوا اشتراط أزيد من ثلاثة قياساً على خيار الحيوان وهو كما ترى والظاهر اعتبار الاتصال بالعقد فلا يصح

اشتراط الخيار بعد مضي مدة من العقد لانقلاب العقد بعد انعقاده لازماً الى الجواز خلافاً للتذكرة .

قال الاقرب عندي انه لا يشترط اتصال مدة شرط الخيار بالعقد ، فلو شرط خيار ثلاثة أو ازيد من آخر الشهر صح العقد والشرط عملاً بالاصل ، ويقوله <sup>عليه السلام</sup> : (المؤمنون عند شروطهم) ولانه عقد تضمن شرطاً لا يخالف الكتاب والسنة فيجب الوفاء به لقوله تعالى (اوفوا بالعقود) .

وقال الشافعي : لا يجوز لانه اذا تراخت المدة عن العقد لزم واذا لزم لم يعد جائزاً . وهو ممنوع فان خيار الرؤية لم يثبت قبلها وكذا الخيار بعد الثلاثة لعدم التسليم انتهى .

وفيه ان خيار الرؤية كان في الواقع ولم يعلم به ذو الخيار لانه يحصل بعد الرؤية وتام الكلام في محله واما الخيار بعد الثلاثة فيمكن ان يقال بالفرق فان البيع من الاول كان لازماً من دون شرط ولم يكن بناء من البايع على الشرط بل كان بناءه على اخذ الثمن غاية الامر ان المشتري قصر ولم يف بماعهد واخر الثمن فحيث كان ذلك ضرراً على البايع وكان الشرع غير ضروري ولا حرجي فجعل لخلاص البايع عن ذلك خياراً بعد الثلاثة لجبر ان ضرره وعدم وفاء المشتري بعهده فيقاس المقام بذلك مع الفارق مضافاً الى بطلان القياس .

هذا كله على تسليم قول المشهور في خيار الرؤية وان البيع لازم في الثلاثة ثم صار متزلزلاً لكن الظاهر من الاخبار انفساخ البيع بعد الثلاثة لصراحة الاخبار بأنه لا بيع له فلم يكن بعدها بيع لانه كان بيع خيارياً من حيث اختياره بالدفع الى المشتري الاول .

ثم لا يخفى انه قد لو قاس المقام ببعض فروع المقام كمسألة بيع الخيار كان اولى لورود الاخبار بذلك وانه بعد رد الثمن كان البيع منفسخاً فكان البيع قبل رد الثمن لازماً وبعده خيارياً على بعض الصور لكن فيه انه ايضاً يفيد لو كان الظاهر منها كون رد الثمن سبباً للحصول الخيار فيكون البيع بعد لزومه متزلزلاً لكن

الظاهر كما يأتي ظهور الروايات في كون رد الثمن فسخاً فعلياً فلا يكون الزمان زمان الخيار فبعد الرد كان البيع منفسخاً .

وكيف كان فالأقوى عدم جواز الشرط منفصلاً عن العقد مع ان الفرق الواضح بينه وبين المقامين فتدبر ولكن الانصاف عدم خلوما ذكر عن اشكال بعد عموم الشروط واستفادة ذلك من اخبار بيع الخيار وغيرها بل ومع امكان جعل الشرط اللازم غير لازم من اول الامر فكذلك يمكن جعله كذلك بعد اللزوم وان امكن القول بأن الدفع اهو من الرفع لكنه ليس بحيث يدفع عموم الاخبار .

وكيف كان فالظاهر هو الاعتماد على عموم المؤمنون عند شروطهم .  
ثم انه من الشروط ان يشترط عدم ثبوت خيار لنا بعد العقد كخيارى المجلس والحيوان فيسقطان بالشرط قل في الخلاف :

اذا شرطاً قبل العقد ان لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صح الشرط ولزم العقد بنفس الايجاب والقبول وللشافعى فيه قولان أحدهما ان ذلك لا يصح وعلى ذلك اكثر اصحابه ومنهم من قال بصحته مثل ما قلناه .

[دليلنا] انه لا مانع من هذا الشرط والاصل جوازه وعموم الاخبار في جواز الشرط يتناول هذا الموضع انتهى .

❖ لكن يجب أن يكون ❖ ما يشترطانه من مدة الخيار ❖ مدة مضبوطة ❖ كشهرا او سنة او اكثر ❖ و❖ لذا ❖ لا يجوز أن يناط بما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج ❖ ونحوه قولاً واحداً ، للغرر كما فى التذكرة قال :

فالذى عليه علماؤنا أجمع أنه لا يتقدر فى اصل الشرع بقدر معين ، بل يجوز ان يشترط خياراً مهما أراد من الزمان طال أو قصر ، بشرط ضبطه بما لا يحتمل الزيادة والنقصان ، كاليوم والشهرا والسنة والسنتين المعدودة المعينة المضبوطة ، ابتداءً وانتهاءً ، وبه قال ابو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل ، للعمومات السابقة، الى ان قال :

وقال الشافعى : لا يجوز اشتراط مدة فى العقد تزيد على ثلاثة ايام ، وبه قال

أبو حنيفة ، لقول عمر ( ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبّان ابن منقذ جعل له عهدة ثلاثة أيام ان رضى أخذ وان سخط ترك ) وعن ابن عمر أن حبان بن منقذ أصابته آمة في رأسه فكان يخذع في البيع فقال ﷺ : ( اذا بايعت فقل لاخلابه ) وجعل له الخيار ثلاثة أيام . وقوله ( لاخلابه ) عبارة في الشرع عن اشتراط الخيار ثلاثاً اذا اطلقها عالمين بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط الى ان قال :

و الجواب : لاعبرة بتحريم عمر فإنه ليس أهلاً لان يحلل أو يحرم ، وجعل رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ عهدة ثلاثة أيام لايدل على المنع عن الزائد . ولو كان الخيار مشتملاً على غرر لما ساغ التقدير بثلاثة أيام . واذا كان الضابط الحاجة وجب أن تتقدر بقدرها كما قاله مالك ، والغالب الحاجة الى الزيادة على الثلاثة ، ولما كانت الحاجة تختلف باختلاف الاشخاص وأحوالهم وجب الضبط بما يعرفه المتعاقدان من المدة التي يحتاجان اليها انتهى .

لكن غير خفى ان قدوم الحاج ان كان المراد به مجرد المثال فلا بأس به والا فهو في مثل هذا العصر مضبوط معلوم .

واحتمال الزيادة والنعيسة لو كان قليلاً غير مضر فانه معلوم ذهاباً وإياباً الا في ايام قليلة فلو قال اشتريت مع ثبوت الخيار لى الى قدوم أبى من مكة فلا دليل على منعه خصوصاً اذا عين يومه فتختلف نعم لا يصح اذا كانت المدة غير مضبوطة مطلقاً كالحج في عصر كان مر كبهم من الابل والبغال .

﴿ولو شرط كذلك بطل البيع﴾ أيضاً لا للشرط خاصة على كلام سيأتى في محله من احتمال بطلان الشرط خاصة دون البيع قال فى الجواهر : اما لو أطلق اشتراط الخيار من غير ذكر مدة اصلاً ، فالمشهور بين المتقدمين الصحة ، والانصراف الى الثلاثة ، بل فى الانتصار والغنية ومحكى الجواهر والخلاف الاجماع عليه ، بل فى الاخير نسبتته الى أخبار الفرقة ايضاً ، وان كنا لم نقف على شىء منها فيما وصل اليها من النصوص انتهى .

ولا يخفى ما فى هذا الاطلاق من الغرر وانصرافه الى ثلاثة ايام كما ترى

فانه فى خيار الحيوان دون غيره والتمسك بقوله **الْبَيْتِ** فى الصحيح السابق «الشرط فى الحيوان ثلاثة للمشتري اشترط أولم يشترط» كما ترى فان الشرط فى الحيوان ثابت بحكم الشرع ولولم يشترط فى المتن للجهل ونحوه الا ان يعلمانه ويسقطانه فهو مختص به لاغيره قطعاً .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لكل منهما أن يشترط الخيار لنفسه﴾ فى الكل والبعض المعين ﴿ولاجنبى﴾ متحداً أو متعدداً مع التعيين ، والا لم يجز للغرر ، ﴿وله مع الاجنبى﴾ كذلك بلا خلاف كما فى الجواهر :

وفى التذكرة ما نصه : يجوز جعل خيار الشرط لكل واحد من المتعاقدين أو لأحدهما دون الآخر ، وان شرط أحدهما الآخر الأقل ، لأنه شرع للارفاق بهما فكيفما تراضيا به جاز ، ولدلالة حديث حبان بن منقذ على انه جعل للمشتري الخيار ، و لم يفرق أحد بينه وبين البايع . وهل يجوز جعل الخيار للاجنبى ، ذهب علماءنا أجمع الى جوازه وانه يصح البيع والشرط ، وبه قال ابو حنيفة ومالك واحمد و الشافعى فى اصح القولين ، لأنه خيار يثبت بالشرط للمحاجة ، وقد تدعو المحاجة الى شرطه للاجنبى ، لكونه اعرف بحال المعقود عليه ، ولان الخيار الى شرطهما لانه يصح أن يشترطه لأحدهما دون الآخر فكذلك صح أن يشترطه للاجنبى . وللشافعى قول انه لا يصح ويبطل البيع والشرط معاً لأنه خيار يثبت فى العقد فلا يجوز شرطه لغير المتعاقدين كخيار الرد بالعيب . والفرق ان خيار العيب يثبت لامن جهة الشرط بخلاف المتنازع . الى ان قال بعد فروع متعلقة بالمقام .

﴿الثامن﴾ لو شرطاً الخيار لأحدهما وللاجنبى أولهما وللاجنبى فلكل واحد منهم الاستقلال بالفسخ عملاً بمقتضى الشرط ولو فسخ أحدهما واجاز الآخر فالفسخ أولى انتهى .

اقول وللتأمل فى ما ذكر مجال لامور: الاول ان الظاهر ان الشرط بالنسبة الى الاجنبى شرط ابتدائى لبداهة انه ليس فى ضمن شىء له فالعاقد الشارط وان جعله فى ضمن العقد لكنه بالنسبة الى الاجنبى شرط ابتدائى حيث لم يكن منه فى ضمن

عقد ولا يكفى مجرد كونه فى ضمن عقد مّا و لو لم يكن لنفسه خصوصاً او طلبه الاجنبى .

والظاهر من ادلة الشروط جوازه مع صاحبه فى البيع لا الاجنبى ولان جعل الشروط للارفاق بحال الشارط والمشروط له والتفكر فى امرهما فى البقاء فيما تعاملوا وعدمه فلا رط له بالاجنبى فى ذلك بل قد يكون نقضاً للغرض الاصلى من الجعل لامكان فسخه او امضائه ميلاً لنفسه ولان جعل الشرط للاجنبى منشأ للنزاع غالباً خصوصاً فيما جعل للمتعدد و اختلفوا فى الفسخ و الامضاء ولا يتم ما ذكره من تقدم الفسخ على الامضاء .

ولو سلم ذلك فى المتبايعين لكن لا يصح فى الاجنبى خصوصاً اذا كان على خلاف ميل المتبايعين او احدهما فان اللازم مما ذكر انه لو فسخ احد الاجنبيين كان مقدماً على الجميع فكيف يصح جعل الشرط بيد اجنبى على خلاف ميل الاصيل فالحق مع الشافعى جداً .

بل يمكن ان يقال كون الامر بيد الاجنبى على خلاف الكتاب والسنة اما السنة فجعل الامر للبيعين فى خيارى المجلس والحيوان وغاية التعدى منه الى الشرط للطرفين للعقد لا الاجنبى .

وكذا قوله الناس مسلطون على اموالهم ادخالاً واخراجاً فلا يكون الغير الاجنبى مسلطاً على اموال الناس بوجه وعموم الشرط انما يتبع فيما لا يكون مخالفاً للشرع فانه لا يكون مشرعاً بل يجرى فيما يجوز واما الكتاب فالمستفاد من جميعه كون المتصدى لامور الاموال هو البيعان والمالكان الذين يتصديان لامر البيع والشراء فلا يكون غير المالك مسلطاً لامور اموال الناس ادخالاً كما هو لازم الامضاء واخراجاً كما هو لازم الفسخ فالامر الى الاجنبى وجعله مسلطاً على امور غيره بالشرط يتوقف على كون الشرط جازياً وجوازه يتوقف على شمول ادلة الشروط .

[فان قلت] فابن عموم المؤمنون عند شروطهم .

(قلت) انما يصح ذلك بالنسبة الى المتعاملين فى بيعهم وشرائهم يجوز

جعل الشرط بمقتضى العمومات لاجعل الاجنبى داخلا فى ذلك و اختيار الامر اليه بعد جعله الشارع اجنبيا عن المتبايعين فهو القدر المتيقن من ادلة الشروط بل نفس الشك فيه كاف فى عدم جريان العموم ولا يصح التمسك بالعموم فى الشبهات الموضوعية فانا نقطع بانه مشروع فى العقد للمتعاقدين ونشك فى الصحة فى غيرهم و الحاصل صحة شرط للاجنبى بمنزلة جعل غير المحارم محارما .

فهو نظيرما اذا قال اكرم العلماء ويشك فى علم شخص او قال اكرم العلماء العدول ويشك فى عدالة عالم فيتمسك لوجوب الاكرام بعموم اكرم العلماء فجريان العموم فيه متوقف على كونه مصداقا للشرط و كونه كذلك يتوقف على جريان العموم فالموضوع لا بد وان يكون محرزاً حتى يشمل العموم فلو كان الموضوع يتم من ناحية العموم يكون دورا .

[فان قلت ] اليس الشرطية محرزاً فيشملة الحكم .

قلت المحرز كونه شرطاً والموضوع شرطاً جائزاً وقد عرفت ان المسلم من جوازه فى حق المتبايعين فقط ومما ذكرنا يظهرهما فى كلمات الاعلام قال فى الجواهر لكن ان اتحد ذو الخيار فالامر اليه ، والاقدم الفاسخ ولو اجنبياً ، لعدم معارضة اختيار اللزوم له كما هو واضح .

ثم اورد على ما فى الوسيلة - من أن الخيار ان كان لهما واجتمعا على فسخ و امضاء نفذ ، وان لم يجتمعا بطل ، وان كان لغيرهما و رضى نفذ البيع ، فان لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ و الامضاء بقوله لاوجه له .

ففيه اولاً قد عرفت ما فى جعل الخيار للاجنبى وثانياً فى تقدم الفسخ على

الامضاء .

واما كلام الوسيلة فانه وان كان ظاهر كلامه المحكى صحة جعل الخيار للاجنبى لكن الظاهر ايضاً عدم جعله مؤثراً حيث جعل فى صورة عدم رضاه بالامضاء كون المنطوق هو رضا المبتاع بين الفسخ و الامضاء حتى فى صورة فسخ الاجنبى وحينئذ كان دخوله مجرد الصورة .

و كيف كان فلا يرى و جها لصحة ذلك قال شيخنا في مكاسبه ثم انه ربما يتخيل ان اشتراط الخيار للاجنبي مخالف للمشروع نظرا الى ان الثابت في الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ او بدخول الخيار بالاصل كخيارى المجلس و الشرط او بالعارض كخيار الفسخ برد الثمن لنفس المتعاقدين وهو ضعيف بمنع اعتبار كون الفسخ من احد المتعاقدين شرعا ولا عقلا بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد او بالعين وان كان اجنبيا فحينئذ يجوز للمتبايعين اشتراط حق للاجنبي فى العقد و سيجىء نظيره فى ارث الزوجة للخيار مع عدم ارثها من العين انتهى .

والظاهر ورود جميع هذه الاشكالات عليه وقوله ضعيف فى مقام الرد ضعيف فى الغاية فان الفسخ من احد المتعاقدين شرعاً وليس للاجنبي فيه شركة اصلا وقد عرفت ان الشرط متوقف على صحته وارث الزوجة سيجىء فى محله بيانه ثم حكى عن الدروس - من أنه يجوز اشتراطه لاجنبى منفردا ولا اعتراض عليه و معها أومع احدهما ، ولو خولف أمكن اعتبار فعله ، والا لم يكن لذكره فائدة - انتهى . وفيه ما عرفت من بطلان اصل دخول الاجنبى مضافاً الى انه لو قدم الاجنبى لم يكن لذكر المتبايعين فائدة ايضاً فقد تلخص ان المتيقن من صحة الشرط جعل المتعاقدين لنفسهما فى العقد للغير سواء كان واحدا او متعددا .

﴿ و ﴾ مما ذكرنا يظهر ايضاً ما فى قول المصنف وغيره من انه ﴿ يجوز اشتراط المؤامرة ﴾ اى طلب الامر منه فى امر الفسخ و الامضاء و انه بيد الاجنبى بحيث يكون المتعاقدين كالحجر فى جنب الانسان فانه اسوء حالا من شرط الفسخ او الامضاء له فانه عليه كان للجميع ذلك بخلاف الاستئمان فان الامر حينئذ الى المستأمر وان المتعاقدين استأذنا منه حتى يأمر بالفسخ او الاجازة و لعل ادخال مثل ذلك فى الفقه عجيب .

ولذا عن التحرير - كما عن أحد قولى الشافعية من جواز الرد من غير أن يستأمر لانه ذكر الاستئمان احتياطاً . و ليس وجهه الا ان الاصل فى ذلك نفس البيعين و الاجنبى اجنبى محض و قد اشار اليه ايضاً فى تذكرته .



قال اذا اشترى شيئاً أوباع بشرط أن يستأمر فلاناصح عندنا ، لانه شرط سايع يتعلق به غرض العقلاء فيندرج تحت قوله (ع) : (المؤمنون عند شروطهم) ، وهو احد قولى الشافعى بناء على أنه يصح شرط الخيار للاجنبى ، والثانى المنع على ماتقدم اذا تقرر هذا فانه ليس للشارط أن يفسخ حتى يستأمر فلاناً أو يامر به بالرد ، لانه جعل الخيار له دون العاقد ، وهو أحد قولى الشافعى ، والثانى أنه يجوز له الرد من غير أن يستأمر وذكرا الاستئمار احتياطاً والمعتمد الاول انتهى .

وقد عرفت عدم جواز الشرط للاجنبى نعم لو كان البيعان الوكيلين المفوضين لامورات الموكل صح لهما الشرط لنفسهما ولموكلهما فانهما الاصل فى البيع فلا يكونان اجنبيين وان كان مثل خيار الشرط مختصا بهما وفى التذكرة ايضاً يجوز للوكيل أن يشترط الخيار للموكل ، لانه يجوز جعله للاجنبى فللموكل أولى ، وهو أظهر وجهى الشافعية لان ذلك لا يضره . وهل له شرط الخيار لنفسه ؟ عندنا يجوز ذلك لانه يجوز فى الاجنبى ففى الوكيل أولى ، وهو أحد وجهى الشافعية ، والثانى ليس له ذلك .

﴿و﴾ كيف كان فكما يجوز ﴿اشترط﴾ الخيار مدة معينة - لا مجهولاً ولا مطلقة ، فكذلك يجوز اشترط ﴿أن يرد البايع فيها﴾ بالثمن ﴿ويرتجع بالمبيع انشاء﴾ سواء قال البايع بعثك بشرط ان يردّه الى سنة الى اوقال المشتري اشترى منك بشرط ان ارده اليك الى سنة مثلاً وذلك لعموم ادلة الشروط مع انه امر جازى فى حد نفسه سواء كان الشرط هو الاسترداد بعين الثمن اولاً .

ويدل عليه [منها مارواه] فى الكافى والتهذيب فى الموثق عن اسحاق بن عمار قال : «اخبرنى من سمع أبا عبد الله (ع) «قال سأله رجل وأنا عنده فقال له : رجل مسلم احتاج الى بيع داره فمشى الى اخيه فقال له : أبيعك دارى هذه وتكون لك أحب الى من أن تكون لغيرك على ان تشترط لى ان أنا جئتك بثمانى الى سنة أن ترد على ؟ فقال لا بأس بهذا ان جاء . بثمانى الى سنة ردها عليه قلت : فانها كانت فيها غلة كثيرة فاخذ الغلة لمن تكون ؟ فقال الغلة للمشتري ، ألا ترى أنه لو احترقت لك انت ماله » .

[ورواه] الصدوق بطريقه الى اسحاق بن عمار عن ابي عبد الله (ع) قال سأله رجل الحديث [ ومارواه فى التهذيب ] عن معاوية بن ميسرة «قال : سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله (ع) عن رجل باع داراً له من رجل ، وكان بينه وبين الرجل الذى اشترى منه الدار حاصر ، فشرط انك ان أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فاتاه بماله قال : له شرطه ، قال له أبو الجارود : فان ذلك الرجل قد أصاب فى ذلك المال فى ثلاث سنين قال هو ماله ، وقال أبو عبد الله (ع) : أرأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري .»

[ ومارواه ] فى الكافى عن سعيد بن يسار فى الصحيح قال : «قلت لابي عبد الله (ع) انا نخالط أناسا من أهل السواد وغيرهم ، فنبيعهم و نربح عليهم العشرة اثنا عشر والعشرة ثلاثة عشرون وخر ذلك فيما بيننا وبينهم السنة ونحوها ، ويكتب لنا الرجل على داره أو ارضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى اخذنا شراء (وقد باع) وقبض الثمن منه ، فنعده ان هو جاء بالمال الى وقت بيننا وبينه ان نرد عليه الشراء فان جاء الوقت ولم يأتنا بالدراهم فهو لنا . فماترى فى ذلك الشراء؟ قال : ارى أنه لك ان لم يفعل ، وان جاء بالمال للوقت فرد عليه.»

وما رواه الشيخ عن أبى الجارود عن أبى جعفر (ع) «قال : ان بعث رجلا على شرط فان أتاك بمالك والا فالبيع لك» والبيع فى الخبر بمعنى الشراء ، فانه من الاضداد كما ذكره اهل اللغة كذا فى الحقائق.

وقال فى التذكرة بيع الخيار جائز عندنا وهو ان يبيعه شيئاً عقاراً أو غيره ويشترط البايع الخيار لنفسه سنة أو أقل أو أكثر ان جاء بالثمن الذى قبضه من المشتري ورده اليه كان أحق بالبيع ، وان خرجت المدة ولم يأت بالثمن سقط خياره ووجب البيع للمشتري ، للاصل وعموم قوله تعالى : (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى : (واحل الله البيع) وقوله (ص) : (المسلمون عند شروطهم) انتهى

ولا اشكال فى ذلك و انما الاشكال فى كيفية هذا الخيار من ان رد الثمن قيد التحقق الخيار فيحتاج الى الفسخ بحيث لو لم يفسخ كان الخيار بحاله حتى يفسخ

المحاكم ونحوه او يفسخ بنفسه او يكون فسخاً فعلياً .

قال شيخنا المرتضى ومن افراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه ويقال له بيع الخيار وهو جازع عندنا كما في التذكرة وعن غيرها الاجماع عليه وهو ان يبيع شيئاً ويشترط الخيار لنفسه مدة بان يرد الثمن فيها ويرجع المبيع والاصل فيه بعد العمومات المتقدمة في الشرط النصوص المستفيضة الى ان قال بعد نقل الروايات فتوضيح المسألة يتحقق بالكلام في امور:

الاول ان اعتبار رد الثمن في هذا الخيار يتصور على وجوه احدها ان يؤخذ قيداً للخيار على وجه التعليل او التوقيت فلا خيار قبله ويكون مدة الخيار منفصلة دائماً عن العقد ولو بقليل ولا خيار قبل الرد والمراد برد الثمن فعل ماله دخل في القبض من طرفه وان أبى المشتري .

الثاني ان يؤخذ قيداً للفسخ بمعنى ان له الخيار في كل جزء من المسدة المضروبة والتسلط على الفسخ على وجه مقارنته لرد الثمن او تأخره عنه .

الثالث ان يكون رد الثمن فسخاً فعلياً بان يراد منه تملك الثمن ليمتلك منه المبيع وحمل عليه في الرياض ظاهر الاخبار الدالة على عود المبيع بمجرد رد الثمن .

الرابع ان يؤخذ رد الثمن قيد الانفساخ العقد فمرجع ثبوت الخيار له الى كونه مسلطاً على سبب الانفساخ لاعلى مباشرة الفسخ وهذا هو الظاهر من رواية معوية بن ميسرة ويحتمل الثالث كما هو ظاهر روايتي سعيد بن يسار وموثقة اسحق بن عمار وعنوان المسئلة بهذا الوجه هو الظاهر من الغنية حيث لم يذكر هذا القسم من البيع في الخيار أصلاً وانما ذكره في أمثلة الشروط الجائزة في متن العقد قال أن يبيع ويشترط على المشتري ان رد الثمن عليه في وقت كذا كان المبيع له انتهى .

الخامس ان يكون رد الثمن شرطاً لوجوب الاقالة على المشتري بان يلتزم المشتري على نفسه ان يقبله اذا جاء بالثمن واستقاله انتهى .

ولا يخفى بعد وجه الاول من حيث انه بالرذ يكون الزمان زمان خيار فربما لم يفسخ فيحتاج الى المراجعة الى من يفسخه مضافاً الى لزوم انفصال زمان الخيار

عن العقد واما الثانى فهو الظاهر من المسالك حيث قال بعد قول المصنف هذا راجع الى اشتراط الخيار للبايع مدة مضبوطة لكن مع قيد زايد وهو رد الثمن والاصل فى جوازه قبل الاجماع الاخبار عن أهل البيت عليهم السلام وحينئذ فاذا رد البايع الثمن او مثله مع الاطلاق فسخ البيع ولايكفى مجرد الرد انتهى .

وظاهره ان رد الثمن قيد لاعمال الخيار فالخيار موجود من اول العقد بشرط رد الثمن فاذا رد تحقق الشرط فيكون له اعمال الخيار فيجب على المشتري الفسخ اذا رد عليه الثمن ولو لم يفسخ كان البايع مسلطاً على الفسخ ولكنه خلاف ظاهر الروايات فان مفاد الكل انه بمجرد رد الثمن كان المبيع ملكاً لصاحبه .

فالظاهر أن هذه الدقائق العقلية غير جار فى حق الناس الذين لم يعرفوا الا قليل منهم ولم يعرفوا الا انه عند رد الثمن يفسخ البيع و صار المبيع ملكاً للبايعه بل هو الظاهر من قوله إني لا ارى انه لك ان لم يفعل أى أن لم يأت البايع بالثمن كن المبيع ملكاً للمشتري لظهور قوله لك فى التملك .

وح يكون مضمون الروايات انه بالرد يفسخ البيع فيكون الثمن والمثمن حالهما حال قبل الانتقال من غير الاحتياج بفسخ قولى

وكذا قول المشتري أن أتيتهى بمالى فالدار دارك ظاهر بل صريح فى أن رد المال سبب لارجاع الدار الى صاحبه من غير احتياج الى فسخ بل انفساخ فهوى اوفسخ فعلى فنفس رد المال نتيجه كونه المالىين مردودين الى صاحبه فلو لم يفعلوا وتصرفا فى الثمن والمثمن كان ائماً يجرى عليه أحكام الغصب فكما فيما لو نذر كونه مالى صدقة كان صدقة من غير الاحتياج الى فعل و سبب فكذلك رد الثمن ينتج كون الدار داراً لصاحبها الاول كان لم يقع بيع فى الواقع فظاهر جميع الروايات هو ذلك وان كانت العبارات بادننى تفاوت فلا يكون اسما من الخيار بعد رد الثمن فيكون رد الثمن فسحاً فعلياً .

كما عن الرياض او انفساخاً للبيع من حين الرد فاحدهما مراداً فى مثل المقام فالروايات فى مقام ان رد الثمن لا يحتاج الى حالة منتظرة بل نفسه سبباً

لجعل البيع الواقع كأن لم يكن فلا يتصور من الاقسام الا القسمان الفسخ الفعلى والانفساخ ولا فرق بينهما الا اعتباراً وحل العقد ليس كالعقد حيث لا يحتاج فى حله الى سبب وانشاء فكما أن بيع المبيع فى زمن الخيار فسخ فعلا فكذلك رد الثمن والاشكال بأن عقد المعاوضة يحتاج الى انشاء عنوان المعقود غير وارد بعد كون حل العقد غير ايجاده فيكفى فى حله القول والفعل الدال عليه ولو لم ينشأ به الحل. نعم فى الانفساخ اشكال ينشأ من توفقه على الفسخ كتوقف الانكسار على الكسر الا ان يكسور رد الثمن من قبيل شرط النتيجة ، و هو ايضا غير خال من الاشكال وح لامناص من جعل كون رد الثمن فسخا فعليا كما هو ظاهر الروايات والرياض وهو الظاهر من الحدائق .

قال ظاهر الاخبار المتقدمة انه بعد وقوع العقد مشتملا على هذا الشرط من البايع او المشتري فانه بمجرد رد البايع الثمن فى المدة المضروبة يجب على المشتري رفع اليد عن المبيع وتسليط البايع عليه لقوله إِنَّمَا فى موثقة اسحق «ان جاء بثمنها الى سنة ردها عليه» وفى رواية معاوية فأتاه بماله قال : له شرطه . وقوله فى صحيحة سعيد بن يسار « ان جاء بالمال فى الوقت فرد عليه».

وظاهر هذه العبارات ان الفسخ يحصل بمجرد رد الثمن فى المدة المضروبة وانه يجب على المشتري رد المبيع ورفع يده عنه انتهى .

وفى الجواهر بعد نقل الروايات قال لكن قد يظهر من النصوص وجملتها من العبارات عدم احتياج الانفساخ الى أزيد من الرد، وهو أما لانه المشروط، اولان به يحصل اختيار الفسخ، وفى الاول أن القدرة انما تتعلق بالفسخ دون الانفساخ فلا يصلح اشتراطه الا بواسطته .

الى ان قال نعم هو مبنى على أن المشروط هو الانفساخ لا الخيار، كما هو ظاهر اكثر الاصحاب اذ هذا القسم المسمى عندهم ببيع الشرط، وهو عندهم ما اشترط فيه الخيار بعد الرد- فالذى يحصل به حينئذ التسلط على الفسخ، لا الانفساخ، نعم قد يقال : بعد معلومية عدم توقف الفسخ على لفظ مخصوص بل يكفى فيه كـل

مادل عليه من فعل أو قول - انه دال عليه ويحصل به ، والغالب دلالة عليه فيحصل به الفسخ ، وعلى هذا ينزل اطلاق النصوص وبعض الفتاوى انتهى .

وكون الرد موجباً للانفساخ مستلزم لتحقيقه بدون سبب وهو جارفي مطلق شرط النتيجة الا ان يكون نفس الرد موجباً لحصوله .

وكيف كان فالاقوى كون الرد فسحاً فعلياً واما وجه كونه قيداً للاقالة فلا يخلو ايضاً عن اشكال عدم الاقالة وغايته العصيان على رأى او اجبره الحاكم لكن الظاهر من عبارات المكاسب هو الميل اليه قال بعد ذكر الوجه الخامس مالفظة :

وهو ظاهر الوسيلة حيث قال اذا باع شيئاً على ان يقبله فى وقت كذا بمثل الثمن الذى باعه منه لزمته الاقالة اذا جاء به بمثل الثمن فى المدة انتهى فان ابى اجبره الحاكم او أقال عنه والا استقبل بالفسخ وهو محتمل روايتى سعد بن يسار واسحق بن عمار على ان يكون رد المبيع الى البايع فيهما كناية عن ملزومه وهى الاقالة لان يكون وجوب الرد كناية عن تملك البايع للمبيع بمجرد فسخه بعد رد الثمن على مافهمه الاصحاح ومرجه الى احد الاولين والظاهر فى كثير من العبارات مثل الشرايع والقواعد والتذكرة هو الثانى انتهى .

ولا يخفى مافيه حيث ارجع مآظهره بل صريحه هو رد نفس المبيع الذى هو الملزوم الى الاقالة التى لازمها رد المبيع فهل يكون قوله عليه أرى انه لك عند عدم رد الثمن معناه أرى ان الاقالة لك مع انه صريح فى كون الملك له وكيف فهو اضعف الوجوه ثم انه بعد القول بالانفساخ لما عرفت من انه يشبه تحقق المعلول بدون العلة .

قال فيه ايضاً لكن الظاهر صحة الاشتراط بكل من الوجوه الخمسة عدا الرابع فانه فيه اشكالا من جهة ان انفساخ البيع بنفسه بدون انشاء فعلى او قولى يشبه انعقاده بنفسه فى مخالفة المشروع من توقف المسببات على اسبابها الشرعية وسميىء فى سباب الشروط ما يتضح به صحة ذلك وسقمه انتهى وتحقيقه فى محله وقد تحقق ان الحق هو الوجه الثالث .

ثم انه فى المقام اشكال لزوم الغرر وعدم وثوق للمشتري بمقدار اراد التصرف فى المبيع حيث ان المقصود من هذا البيع ربما كان سكونه فيها وهو يتم بناء على علمه ببقاءه فيه الى مدة معتد به كسنة وستين .

وظاهر الروايات على ما فهمه الاصحاب انه بمجرد الرد كان للبايع فسخ البيع او انفساخه قهراً ولو كان بعد يوم وهذا نقض للغرض غالباً بل اللازم هو لزوم العقد فى مقدار زمان معلوم كالسنة او سنتين بحيث يكون المشتري فى يسر وتوسعة من ذلك حتى يعلم انه ليس للبايع خيار واستراد مبيعه على ان ذلك ليس شيئاً على حده بل عين الشرط فى المعاملات وليس قسماً خاصاً حتى يسمى ببيع الخيار اذ بناء عليه تارة باع داراً بشرط الخيار الى مدة معينة كشهر مثلاً واخرى يقول بعث دارى الى سنة بشرط ان ترد الى لوردت اليك الثمن فما الفرق بين قولهم بيع الخيار او البيع بشرط الخيار فان كان المراد القسم الواحد فى الجميع فلا وجه للتفصيل وتمييزه عن شرط الخيار وان كان فيه الفرق فلا بد وان يكون المراد من بيع الخيار هو البيع لزوماً الى سنة مثلاً وبرد الثمن يتحقق الخيار او يكون رد الثمن فسخاً فعلياً واطلاق الخيار عليه باعتبار كون امر الرد بيد البايع برد الثمن .

غاية الامر يلزم كون العقد بعد اللزوم صار جائزاً فلا اشكال فيه عند المشهور وكذا عندنا من حيث اقتضاء نفس الدليل ذلك وما ذكرنا من المنع فيما كان جعل ذلك بالشرط و فرق واضح بين ذلك الانفصال بالشرط او كان ذلك بمقتضى الدليل والمنع فى الاول دون الثانى .

وبالجمله الغرض فى مثل هذا البيع غالباً هو السكنونة فى مثل الدار فقوامه بالوثوق والاطمينان ببقاءه مدة الشرط الضرورية له فلا بد وان يرجع الروايات الى هذا المعنى وان البيع من اول الامر كان لازماً وبالرد يكون خيارياً اوفسخاً فيكون نظير خيار التأخير الذى يكون خيارياً بعد الثلاثة .

وبالجمله لا يكون بيع الخيار قسماً من شرط الخيار بعد كونه من مصاديق شرط الخيار الا بالفرق بينهما بذلك وان فى شرط الخيار كون الخيار من اول الامر الى

المدة المضروبة وفي بيع الخيار بعد حصول الرد فيكون المراد حصول الخيار بعد  
المدة المضروبة اي بعد المدة ان جاء بالثمن كأن له الخيار او كان فسخاً فعليا ويمكن  
ارادته من قوله ان أنا جئتك بثمانها الى سنة ان ترد على وان كان ظاهر بعضها الرد  
في كل وقت الى وقت معلوم لكن اللازم صرفه عن هذا المعنى اذ لا وثوق للمشتري  
في المبيع لامكان ان يرد البايع بالثمن في يومه او غده فتأمل .

### فروع :

الاول لافرق بين كون المبيع جميع الدار ونحوه وبين بعضها كبيت منها .  
الثاني ظاهر الروايات كون المبيع ملكا للمشتري كلا او بعضاً فله جميع  
التصرفات سوى البيع والهبة ونحوهما فيكون له سكنوته فيها واجارتها حتى  
بالبايع الى مدة شرط رد الثمن قبل الرد فلا اشكال حينئذ لو اجار الدار بصاحبها  
كماله اجارتها بالغير الا اذا شرط البايع عدمه .  
الثالث المنافع في جميع المدة للمشتري لانه مالك له فعلا وأما التلف فان  
كان قبل رد الثمن فعلى المشتري لانه مالك للمبيع فعلا وهذا مما لا اشكال فيه قبل  
الرد لانه ملكه فالتلف عليه .  
وأما بعد الرد فان كان الرد قيداً لمجىء الخيار فكذلك فان الملك له وان  
كان قيداً للفسخ الفعلى او الانفساخ فعلى البايع لما عرفت من ظهور الروايات في انه  
بالرد يتحقق الفسخ فعلا فيكون المال يرجع الى البايع فيتلف عنه وشيخنا المرتضى  
جعل بعد الرد ايضا من المشتري .  
قال لو تلف المبيع كان من المشتري سواء كان قبل الرد أو بعده ونمائه ايضا  
له مطلقا والظاهر عدم سقوط خيار البايع في استرداد المثل او القيمة برد الثمن او بدله ويحتمل  
عدم الخيار بناء على أن مورد هذا الخيار هو الزام أن له رد الثمن وارجاع المبيع  
وظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك فلا خيار مع تلفه انتهى .  
ولا يخفى أن لازم عدم الخيار انفساخ العقد رأساً فيتلف من كيس المشتري



ولامورد لردّ الثمن بخلاف بقاء الخيارفانه بعد رد الثمن الى المشتري كان عليه المثل أو القيمة للتالف وبالجملة قبل رد الثمن كان المال للمشتري وكذلك بعده مع كون الرد قيد المجرىء الخيار فالتلف فى الصورتين من المشتري بخلاف ما اذا كان قيدياً للفسخ فعلا فانه برد يفسخ ويرجع المبيع الى ملك البايع فيتلف منه لامن المشتري واما كون العقد منفسخاً أوبقى مع الخيار كى لازمه ضمان المشتري المثل أو القيمة فسيأتى تمام الكلام فيه فى احكام الخيار.

الرابع لو لم يردّ البايع الثمن بعد المدة المضروبة كان المبيع ملكاً للمشتري كما كان له قبل الرد .

الخامس ما ذكرنا من ظهور الروايات فى الانفساخ فيما كان الشرط هو مجرد ردّ الثمن من غير تفصيل واما لو كان الشرط معيناً عندهما فهو تابع لما شرطاً كان يقول لو أردّ الثمن كان لى الخيار فى الفسخ فيكون بعد الرد له الخيار فى الفسخ والامضاء ونحو ذلك .

السادس التصرف فى الثمن مما لا يضر اصلاً فان بناء هذه المعاملة للاحتياج الى الثمن اما تصرف المشتري فى المبيع تصرفاً ينافى البقاء فان كان بعد الوقت المضروبة له وعدم مجيء البايع بالثمن فكان المبيع للمشتري وله جميع التصرفات وان كان فى زمن خيار البايع كما لو رد الثمن وقد جعل له الخيار بعد الرد كان للبايع بعد الفسخ المثل أو القيمة لو كان التصرف بمثل الاتلاف أو الخروج عن الملك .

السابع الثمن المشروط رده اما أن يكون مشروطاً برده الى المالك أو وكيله المفوض اليه أمره مع عدم التمكن من شخص المشتري أو الى الحاكم كذلك فلا اشكال ان رده بغيره مع عدم تمكنه من شخص المشتري وان كان مشروطاً برده الى خصوصه لا الغير فان أمكن له الرد اليه فلا اشكال وان امتنع عقلاً كغييبته أو شرعاً كجنونه فهل يصح الرد الى الحاكم الشرعى ففيه خلاف قال شيخنا فى هذا المقام ما هو لفظه :

الامر السادس لاشكال فى القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري

أوبرده على وكيله المطلق أو الحاكم أو العدول مع التصريح بذلك في العقد وإن كان المشروط هو رده إلى المشتري مع عدم التصريح ببذله فامتنع رده إليه عقلاً لغيبه ونحوها أو شرعاً لجنون ونحوه ففي حصول الشرط برده إلى الحاكم كما اختاره المحقق القمي في بعض اجوبة مسائله وعدمه كما اختاره سيد مشايخنا في مناهله قولان وربما يظهر من صاحب الحدائق الاتفاق على عدم لزوم رد الثمن إلى المشتري مع غيبته حيث أنه بعد قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذى الخيار وأنه لا اعتبار بالشهاد خلافاً لبعض علماءنا قال إن ظاهر الرواية اعتبار حضور المشتري ليفسخ البايع بعد دفع الثمن إليه فما ذكره من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري وجعل الثمن امانة إلى أن يجيء المشتري وإن كان ظاهرهم الاتفاق عليه إلا أنه بعيد عن مساق الاخبار المذكورة انتهى .

أقول لم أجد فيما رأيت من تعرض لحكم رد الثمن مع غيبه المشتري في هذا الخيار ولم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن امانة عند البايع حتى يحضر المشتري وذكرهم لعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذى الخيار إنما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو في مقابل العامة وبعض الخاصة حيث اشترطوا في الفسخ بالخيار حضور الخصم والاتفاي بينه وبين اعتبار حضوره لتحقيق شرط آخر للفسخ وهو رد الثمن إلى المشتري مع أن ما ذكره من اخبار المسئلة لا يدل على اعتبار حضور الخصم في الفسخ وإن كان موردها صورة حضوره لاجل تحقق الرد إلا أن الفسخ قد يتأخر عن الرد بزمان بناء على مغايرة الفسخ للرد وعدم الاكتفاء به عنه نعم لو قلنا بحصول الفسخ بالرد اختص موردها بحضور الخصم انتهى .

ولا يخفى أن لزوم الرد إلى خصوص المشتري ولو في صورة القيد إلى رده بخصوصه فيما يكون الرد إليه ممكناً ولو فرض أن الاخبار لم يتعرض لصورة فقدان المشتري لكنه معلوم أن القيد الرد إلى خصوصه فيما يكون موجوداً نافذ الأمر وأما لو لم يكن كذلك فيدور الأمر بين رد الثمن إلى وكيله الخاص أو العام كالحاكم وبين تركه حتى ينقضى الوقت ويلزم البيع والثاني ضرر على البايع جداً إذ يبعه مع

شرط رد الثمن قد يكون انقص من القيمة السوقية بمراتب فلو لم يرد يلزم البيع فيعين الاول مع فرض وصول المال اليه سواء كان من وكيله الخاص او العام .  
و الفرض عدم احتياج الفسخ الى حضور الخصم سواء كان رد الثمن قيذا لمجيبه الخيار او كان قيذا الحصول الفسخ فعلا فعلى الاول بعد رد الثمن الى وكيله فسخره وعلى الثاني بعد الرد انفسخ .

الثامن لو دفع البايع الثمن في حال مات المشتري فلا اشكال لو رده الى الوارث سواء كان البيع منفسخا بعد الرد او يحتاج الى اختيار فسخ البايع ففسخ فيجب على الورثة رد المبيع اليه وكون الثمن للوارث ولو مات البايع قبل الرد الى المشتري فان قلنا بكون الخيار قابلا للارث فينفسخ ورثة البايع البيع و يرد الثمن الى المشتري وان قلنا بالعدم فكان موت البايع بمنزلة التصرف المسقط للخيار فيكون المبيع ملكا لازماً للمشتري ولو مات المتبايعان فكذلك على الثاني فكان المبيع لو ارث المشتري والثمن لو ارث البايع وان قلنا بالاول فالامر الى ورثة البايع فسخره وامضاء ففي صورة الفسخ رد الثمن الى ورثة المشتري وفي صورة الامضاء كان المبيع لورثة المشتري وعليهم رد الثمن الى ورثة البايع وسيأتي حكم ارث الخيار للورثة .

التاسع الظاهر عدم احتياج الفسخ الى حضور الآخر بل يحصل اما بفعل الفاسخ او قوله وهو المشهور كما في الحدائق قال : المشهور أنه لا يتوقف الفسخ او الامضاء على حضور الآخر أو الحاكم . نعم ثبوته يتوقف على الأشهاد مع النزاع ، ونقل في الدروس عن ابن الجنيد انه يشترط في الخيار المختص للفسخ او الامضاء الحضور أو حكم الحاكم او الأشهاد قال : وفي المشترك لا ينفذ الفسخ و الامضاء الا بحضورهما ونقل عن ابن حمزة انه لا بد في المشترك من اجتماعهما على الفسخ او الامضاء .

وفي المبسوط لاختلاف في جواز الامضاء بغير حضور الآخر ، والظاهر ان ما ذهب اليه ابن الجنيد هنا هو مذهب العامة ، فانه قد نقل المحقق الشيخ علي (رحمه الله)

في شرح القواعد توقف الفسخ على أحد الأمرين المذكورين عن أبي حنيفة .  
وانت خبير بان الروايات المذكورة خالية من التعرض لذكر الفسخ ، كما  
قدمنا الاشارة اليه ، وليس فيها أريد من رد الثمن في المدة المضروبة وظاهره هو  
الرد على المشتري ودفعه اليه ، ولو جعل رد الثمن فيها كناية عن الفسخ مثلاً ، فظاهاها  
اشتراط حضور المشتري ليفسخ البايع بعد دفع الثمن أو مثله اليه ، فما ذكره من  
جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري وجعل الثمن أمانة الى أن يعجب المشتري ،  
وان كان ظاهرهم الاتفاق عليه عدا من تقدم ذكره ، الا انه بعيد عن سياق الاخبار  
المذكورة كما لا يخفى على المتأمل فيها .

العاشر انه قد عرفت عدم الفرق في بيع شرط الخيار بين كون الشارط هو  
البايع او المشتري وهو واضح وفي الحدائق قال الظاهر انه لا فرق في هذا الشرط بين  
وقوعه من البايع بان يقول : بعنك هذه الدار بشرط ان تردها على اذا أتيتك بالثمن  
في ضمن شهر ، أو من المشتري بأن يشترط له انك ان أتيتني بالثمن في ضمن المدة  
المعلومة ، رجعت عليك المبيع والذي تضمنته الاخبار المتقدمة الثاني .

قال في الدروس : يجوز اشتراط ارتجاع المبيع عند رد الثمن مع تعيين  
المدة فليس للبايع الفسخ بدون رد الثمن أو مثله ، ثم قال : ولو شرط المشتري  
ارتجاع الثمن اذا رد المبيع جاز ، ويكون الفسخ مشروطاً برد المبيع ، فلو فسخ  
قبله لغى انتهى الى آخر عبارة الحدائق فالظاهر عدم الاشكال في كليهما حسب  
الروايات .

﴿ القسم الرابع ﴾ ﴿ خيار الغبن ﴾ وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه بين من  
تعرض له ، عداما يحكى عن المصنف من انكاره في حلقة درسه ، والموجود في  
كتابه خلاف هذه الحكاية ، واستظهره في الدروس من كلام الاسكافي ، لان البيع  
مبنى على المغالبة ، ولا ريب في ضعفه ، انتهى قال في المسالك المشهورين الاصحاح  
خصوصاً المتأخرين منهم ثبوت خيار الغبن وكثير من المتقدمين لم يذكره ونقل  
عن المصنف في الدرس القول بعدمه والاخبار بخصوصه خالية منه انتهى .

ولا يخفى ان وجه انكاره فى الدرس معلوم فانه لو ورد فيه نص من الشرع لبيته كما بينت فى خيارى المجلس والحيوان وعدمه دليل على عدم مع امكان ذكره وعدم المانع منه فمع انه لخيارى المجلس والحيوان ومع ذلك لم يرد فيه ما ورد فيهما كيف يستكشف منه قول المعصوم بالاجماع واى دليل على هذا الاجماع الذى ليس الاجمال الاتفاق والاراء مع ان امر البيع والشراء يدور مدار المراضاة فيما بينهما فما لم يحصل الرضا لم يقع المعاملة فالمشترى يرى المبيع والبايع الثمن وحصل الميل والشوق والرضاه فيقع المعاملة على الرضا والرغبة سواء كانت بقيمة عادلة او زادا ونقص وكان البايع صاحب المال واختياره بيده كان له بيع ما يكون قيمته عشرة بعشرين والمشترى رضى بذلك فلا يقع المعاملة عن قهر واجبار ونحو ذلك والغالب ان البايع يقول ان شئت فبيع والافلاو معناه سواء غبنت ام لافهو فى قوة اسقاط جميع الخيارات فالمعاملة على طبق تجارة عن تراض ولا يتزلزل الا خيار المجلس والحيوان ان كان حيوانا على ان فى الحيوان والمجلس ايضاً غبن و الفرض انه لم يصرح بخيار الغبن ايضاً .

ولا يمكن ان يقال بعدم الغبن فى الحيوان او مطلق البيوع فالتصريح بخصوص خيار المجلس والحيوان دون خيار الغبن مع امكان وقوعه فيهما دليل على عدم وكثيراً ما يعلم المشتري بالغبن ومع ذلك هو راض بالبيع اما الاحتياجه واما لعدم اهتمامه به واما لرافقه للبايع وغير ذلك وكم من البيوع كان المبيع فيها متفاوة من حيث القيمة ومتحدة من حيث النوع والحقيقة فلو ثبت خيار الغبن كان جميع البيوع الا اذا خياريا واما ما دل على حرمة غبن المسترسل او سحت اولم يحل ونحوها فالحرمة و السحت لا يلازم الخيار ولا الميطان بل بالثانى اولى و ماورد فى تلقى الركبان مخصوص به مع الفرق بينهما بكونه خارج البلد وامكان عدم الرضا للجهل بخلاف نفس البلد وخبر الضرار ايضاً اجنبى عن المقام وغايته حرمة الاضرار فلاربط بالمعاملة وقد اشار الى الجميع فى الجواهر فقال بعد ذكر ادلة الثبوت ما لفظه

وفى الجميع نظر ، ضرورة حصول التراضى ، والا كانت المعاملة باطلة ، لا أن فيها الخيار ، وعدمه على تقدير العلم لو سلم ، لا ينافى الرضا الفعلى الذى عليه المدار ، وان كان الداعى له الجهل ، والمراد من النصوص المزبورة ، كراهة خدع المؤمن المطمئن اليك الواثق ، وزيادة الربح عليه ، وعن مجمع البحرين «الاسترسال : الاستيناس والطمأنينة الى الانسان والثقة فيما يحدثه ، واصله السكون والنبات ومنه الحديث» الى آخره .

على أن مقتضى الحكم بأنه سحت - البطلان ، لا الخيار ، كما أن مقتضى عدم الحل الاثم ، بل ما ثبت من الخيار عند الاصحاب أعم مما فيه الغبن بمعنى الخدع ، وخبر الركبان لم نقف عليه فى كتب الاصول ، بل فى الحدائق ولا فى كتب الفروع ، وان كان فيه انه يكفى ارسالهم له ، بل لعله اقوى من ذكر المتن ، وفى الغنية «نهى عنه عن تلقي الركبان» وقال : «فان تلقى متلق فصاحب السلعة بالخيار اذا دخل السوق» وحديث الضرار مع قطع النظر عن كلام الاصحاب لا يشخص الخيار بل لا يقتضى الا الاثم ان اريد منه النهى انتهى .

وكيف كان فلم يثبت عندى ايضاً مع انه مثار النزاع بين الناس ومخالف للشريعة السهلة وكون الناس يرزق بعضهم بعضاً كيف شاء .

قال فى التذكرة الغبن سبب ثبوت الخيار للمغبون عند علمائنا ، وبه قال مالك واحمد ، لقوله (ص) : (لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام) ولقوله عنه : (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) ومعلوم ان المغبون لو عرف الحال لم يرض .

وفيه ان قوله لا ضرر اجنبى عن مقام قبول المتاع بالرضا وقوله الا ان تكون الخ على خلاف المطلوب ادلّ لحصول الرضا للطرفين وقوله ومعلوم الخ خلاف لما يشاهد غالباً من علم الطرفين بالحال وعلماً غالباً بالغبن ومع ذلك رضياً بالبيع لاحتياج المشتري الى المبيع والبايع الى الثمن

والانصاف ان جعل بناء الاحكام على مثل ذلك بعيد

والحاصل عدم حكم الضررى فى الاسلام لا يدل على خيار معاملة وقع على

ازيد من ثمن المثل ولاعلى فساده لامكان جبران الضرر بنحو آخر قال شيخنا في مكاسبه واقوى ما استدله على ذلك في التذكرة وغيرها قوله لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وكان وجه الاستدلال ان لزوم مثل هذا البيع وعدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه واضراره فيكون منفيًا فحاصل الرواية ان الشارع لم يحكم بحكم يكون فيه الضرر ولم يسوع اضرار المسلمين بعضهم بعضاً ولم يمض لهم من التصرفات ما فيه ضرر على الممضى عليه ومنه يظهر صحة التمسك لتزلزل كل عقد يكون لزومه ضرراً على الممضى عليه سواء كان من جهة الغبن ام لا وسواء كان في البيع ام في غيره كالصلح الغير المبني على المسامحة والاجارة وغيرها من المعاولات هذا وحيث يراه غير تام قال بعده :

ولكن يمكن الخدشة في ذلك بان انتفاء اللزوم وثبوت التزلزل في العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد والامضاء بكل الثمن اذ يحتمل ان يتخير بين امضاء العقد بكل الثمن ورده في المقدار الزايد غاية الامر ثبوت الخيار للغابن لتبعض المال عليه فيكون حال المغبون حال المريض اذا اشترى بازيد من ثمن المثل وحاله بعد العلم بالقيمة حال الوارث اذا مات ذلك المريض المشتري انه له استرداد الزيادة من دون رد جزء من العوض كما عليه الاكثر في معاوضات المريض المشتمة على المحابات انتهى .

وكيف كان فعلى قول المصنف في الكتاب من اشترى شيئاً ولم يكن من اهل الخبرة مثلاً وظهر فيه غبن لم تجر العاده بالتغابن به في مثل هذا البيع والزمان والمكان كان له فسخ العقد اذا شاء - وكذلك في حق البايع ايضاً فيجوز للبايع الاخذ بالخيار لو غبن فيه .

ولا يسقط ذلك الخيار بالتصرف السابق على ظهور الغبن اذا لم يخرج عن الملك أو يمنع مانع من رده كالاتيلاذ في الامة والعتق وفي الجواهر كما في القواعد وغيرها من غير فرق بين البايع والمشتري ، وان كان المصنف لم يذكر الخيار الالثناني ، الا أن الظاهر ارادته المثل ضرورة عدم اختصاصه بالمشتري ،

بل خبر تلقى الركباني في البايح مضافا الى الاشتراك بحديث الضرار وغيره انتهى .  
 ﴿و﴾ كيف كان ف ﴿لا يشبث به﴾ اي الغبن ﴿ارش﴾ مطلقا قبل التصرف  
 وبعده ، و في الجواهر للاصل و حرمة القياس على المعيب و محكى الاجماع بل  
 محصله . نعم استشكل الفاضل في ثبوت الخيار لو بذل الغابن التفاوت ، من انتفاء  
 الضرر الموجب للخيار ، و من ثبوته فلا يزول الابدليل انتهى

وهو ايضا دليل على عدم ثبوت هذا الخيار والافلو كان للمغبون خيار كيف  
 يسقط ببذل التفاوت مع انه لا يسقط لعدم الضرر حينئذ و كيف كان فقد طول المقام  
 في الجواهر بفروعات التصرف المخرج عن الملك و نحوه و حيث لم يثبت عندنا  
 اصل الخيار لم يتعرض لبيانه لضيق الوقت حيث ان عدم الخيار في غاية القوة عندى  
 بل لوجه لفسخ المعاملة الواقعة مع التراضى بلا دليل خصوصا فيما تصرفا كلاهما  
 في الثمن والمثمن وقد وقع المبيع في الايدى المتعددة فتدبر

القسم ﴿الخامس﴾ خيار التأخير اى ﴿من باع ولم يقبض الثمن ولا سلم  
 المبيع ولا اشترط تأخير الثمن﴾ ولوساعة ولا تأخير قبض المثمن ﴿فاليبيع لازم  
 ثلاثة ايام فان جاء المشتري بالثمن﴾ فيها استحق ﴿والا كان البايح اولى بالمبيع﴾  
 منه انشاء الفسخ بلا خلاف محقق معتدبه أجده فيه بل حكى الاجماع عليه مستفيضا  
 أو متواترا وقال زرارة للباقر عليه السلام في الصحيح : « الرجل يشتري من الرجل المتاع  
 ثم يدعه عنده فيقول : حتى آتيك بثمانه؟ فقال : ان جاء فيما بينه و بين ثلاثة ايام ،  
 والافلاييع له» .

[ وسأل على بن يقطين ] ابا الحسن عليه السلام في الصحيح « عن الرجل يبيع البيع  
 ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن ؟ فقال : لأجل بينهما ثلاثة أيام فان جاء قبض بيعه ،  
 والافلاييع بينهما » وقال العبد الصالح (ع) في موثق ابن عمار « من اشترى بيما  
 فمضت ثلاثة ايام ولم يجرى فلابييع له » [ وقال عبد الرحمان بن الحجاج ] « اشتريت  
 محملا فأعطيت بعض ثمنه وتركته عند صاحبه ثم احتبست أياما ، ثم جئت الى صاحب  
 المحمل لاخذة فقال : قد بعته فضحكت ثم قلت : لا والله لا ادعك أو أفا ضيك ، فقال



لى : ترى بابى بكر بن عياش ؟ قلت : نعم فأتيناه وقصصنا عليه قصتنا ، فقال ابو بكر بقول من تريد أن أقضى بينكما أبقول صاحبك أو غيره .

قال : قلت : بقول صاحبى ، فقال : سمعته يقول : من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة ايام ، والافلاييع له .

ولا يخفى ان الظاهر من الروايات عدم البيع بينهما بعد ثلاثة ايام وهو غير الخيار فان معنى الخيار كون البيع بحاله متزلزلاً بعد لزومه وبينه وبين التعبير بخيار التأخير بون بعيد فظاهر الروايات انفساخ العقد بمجرد تمام الثلاثة فلا خيار بينهما ولقد اجاد فى الحدائق حيث قال :

وانت خير بان المفهوم من ظواهر الاخبار المذكورة هو انفساخ البيع من نفسه بعد مضى الثلاثة ، من غير توقف على فسخ لقوله (ع) فى الاخبار المتقدمة ، والافلاييع له ومقتضاه بطلان البيع بعد الثلاثة اذ لم يحصل قبض الثمن أو المثلن فى ضمن تلك الثلاثة ، لأنه يبقى البيع ، وكذا الخيار

بل ظاهر الاخبار أنه لا خيار هنا بالكلية ، فان غاية ما تدل عليه الاخبار هو أن البيع مع عدم القبض والاقباض و عدم اشتراط التأجيل صحيح ، و لزومه مراعى بهذه الثلاثة ، فان حصل القبض والانباض أو أحدهما فيها لزم البيع ، والابطال من أصله وأما ان البيع بعد الثلاثة باق والبايع مخير فى الفسخ او الصبر الى أن يأتى المشتري بالثمن ، فلادلالة فى الاخبار عليه بوجه كما لا يخفى على المتأمل فى سياقها

وقد نقل القول بالبطلان هنا عن ظاهر ابن الجنيد والشيخ ، وبه اعترف العلامة فى المختلف ، وان أجاب بما لا يجدى نفعاً قال فى الكتاب المذكور : قال ابن الجنيد (رحمة الله عليه) : اذا خرجت الثلاثة ولم يأت بالثمن فلا بيع .

وفى المبسوط روى اصحابنا اذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم ، وقال للبايع أجيئك بالثمن ومضى فان جاء فى مدة الثلاثة كان المبيع له ، وان لم يجىء فى هذه المدة بطل البيع وظاهر هذه العبارة يوهم بطلان البيع بعد مضى الثلاثة .

والذى نص عليه المفيد والشيخ فى النهاية انه يكون للبايع الخيار ان شاء

فسخ البيع ، وان شاء طالب بالثمن ، وهو الحق ، لنا الأصل بقاء صحة العقد .  
والاخبار تعطى الذى قاله الشيخ اولاً وابن الجنيدي ، ثم نقل صحيحة زرارة المتقدمة  
وصحيحة علي بن يقطين ، ثم قال : والجواب الحمل على انه لا بيع لازم له .

اقول : فيه ان ما ذكره من التأويل مع تعسفه وبعده يتوقف على وجود المعارض  
ولامعارض هنا الا ما يدعيه من ان الاصل بقاء صحة العقد ، وهو اصل غير متأصل .  
وكيف يكون الاصل بقاءه مع تصريح الاخبار بأنه لا بيع بعد مضي الثلاثة  
وكيف يختص النفي باللزوم كما ادعاه مع انه في ضمن الثلاثة كذلك ، لان لزومه  
مراعى بحصول التقابض في ضمن الثلاثة منهما أو قبض احدهما ، وان اختلف وجه  
عدم اللزوم في حالين انتهى

فالاقوى ما هو الظاهر من الاخبار من انفساخ العقد بعد الثلاثة والعجب من  
شيخنا المرتضى حيث انه بعد حكاية ما تقدم من عبارة المبسوط والمختلف قال  
اقول ظهور الاخبار في الفساد في محله الا ان فهم العلماء وحمله الاخبار لنفي  
اللزوم مما يقرب هذا المعنى مضافاً الى ما يقال من ان قوله إِنَّمَا في اكثر تلك الاخبار  
لا بيع له ظاهر في انتفاء البيع بالنسبة الى المشتري فقط ولا يكون النفي للزوم من  
طرف البايع الا ان في رواية ابن يقطين فلا بيع بينهما وكيف كان فلا اقل من الشك  
فيرجع الى استصحاب الآثار المترتبة على البيع وتوهم كون الصحة سابقاً في ضمن  
اللزوم فيرتفع بارتفاعه مندفع بان اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة وانما هو حكم  
مقارن له في خصوص البيع الحالي من الخيار انتهى وجه التعجب انه قدم فهم  
الاصحاب على صراحة الروايات مع القطع بفساد ما استفادوا منها

واعجب منه انه قد اخرج الشيخ عن الاصحاب ومن اعجب العجائب انه تمسك  
باستصحاب آثار البيع مع صراحة الروايات بنفيه بعد الثلاثة

قال في التذكرة من باع شيئاً ولم يسلمه الى المشتري ولا قبض الثمن ولا شرط  
تأخير الثمن ولو ساعة ، لزمه البيع ثلاثة أيام ، فان جاء المشتري بالثمن في هذه الثلاثة  
فهو أحق بالعين ولا خيار للبايع ، وان مضت الثلاثة ولم يأت بالثمن تخير البايع بين

فسخ العقد والصبر والمطالبة بالثمن عند علمائنا أجمع ، لان الصبر أبداً مضر بالبايع قد قال الخ قد عرفت ان ظاهر الاخبار خلاف ذلك .

[فان قلت] اليس هذا المعنى مخالفة للمشهور .

[قلت] لا بأس به اذا كان موافقاً للدليل .

[فان قلت] أليس قد فهموا المشهور من الدليل ذلك .

[قلت] ان كان الفهم من الاخبار فهو على خلاف ما فهموا وان كان من قرينة

لم تصل اليها فلا شك في انه لو كانت قد وصلت اليها فعدمها دليل على العدم مضافاً الى ما عرفت من بعض الاعلام ما هو الظاهر منها من نفي البيع لانفي اللزوم

ومن جميع ذلك ظهر ما في الجواهر مائلاً الى المشهور فقال لكن قديوهم

ظاهر هذه النصوص خصوصاً صحيح ابن يقطين منها الانفساخ قهراً الذي هو اقرب الى نفي الحقيقة من نفي اللزوم ، وبلغتها عبر الصدوق . بل ترك الاسكافي الظرف

منها بل في المبسوط «روى اصحابنا أنه اذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم ، وقال للبايع : أجيئك بالثمن ومضى فان جاء في مدة الثلاث كان البيع له وان لم يجيء في

هذه المدة بطل البيع» الا أنه يمكن ارادته بطلان اللزوم بقرينة كلامه في غيره من كتبه ،

خصوصاً الخلاف الذي نسب فيه الخيار الى اجماع الفرقه وأخبارهم ، كما أنه يمكن

ارادة ذلك من النصوص و لو بمعونة الشهرة و الاجماع المستفيض أو المتواتر ،

وأصالة الصحة وعدم المبطل وغير ذلك على أنه هو المناسب للارفاق للبايع ، اذ قد

يدخل عليه الضرر بنقصان القيمة في هذه المدة ، بل قد يدعى انصراف الاطلاق اليه

ولو بقرينة المقابلة في الشرطية .

مضافاً الى الظهور التقييد بالظرف في ثبوت البيع للبايع ، و اللزوم قابل

للتبعض بخلاف الصحة ، و لاينا فيه صحيح ابن يقطين لصدق نفي اللزوم بينهما ولو

بنفيه للبايع منهما فمن الغريب بعد ذلك كله جزم المحدث البحراني بالانفساخ انتهى

﴿و﴾ كيف كان ف﴿لو تلف﴾ المبيع ﴿﴾ كان من مال البايع في الثلاثة وبعدها

على الاشبه ﴿﴾ وفي الجواهر بل لاخلاف فيه في الثاني ، بل حكى الاجماع مستفيضاً

او متواتراً عليه لقاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه » المعلومة بالنص والاجماع والخبر انتهى اما في الثلاثة كونه على البايع من حيث انه قبل القبض ولو لم يكن زمن الخيار .

واما كونه من مال البايع بعد الثلاثة فلا اشكال فيه على المختار حسب ما استفاد من الاخبار فان الظاهر منها كما عرفت نفى البيع فيكون المال مال البايع لارجاع المبيع الى ملكه بعد بطلان البيع .

واما على المشهور من نفى اللزوم وان كان ملكاً للمشتري بعد لكن الفرض انه لم يقبض المشتري فيكون التلف من البايع أيضاً فالتلف من ماله حتى يقبض ويخرج المتاع من بيته وقد يشكل ذلك بعدم تقصير البايع حيث لا سبيل الى بيع ماله قبل الثلاثة بعد انتقاله الى المشتري لكنه ابقاه عند المبايع حتى يأتي بالثمن فالمال للمشتري مع عدم امكان للبايع برده ومقتضاه كون تلفه ايضاً منه كما يكون منافعه منه فالتلف قبل القبض كان عليه فيما يكون الامر والاختيار بيده بحيث يمكن له الفسخ والقبض وفي المقام لا يمكن له ذلك لا الفسخ لان البيع لازم في الثلاثة والمال للمشتري ولا القبض لان مجيء المشتري خارج عن اختياره ففي مثله لا يجري قاعدة التلف قبل القبض .

قال في الحقائق وقال المفيد : يكون التلف من المشتري ، وهو مذهب المرتضى (رضى الله عنه) وسالار وجمع ممن تبعهم ، وعن ابن حمزة أنه ان عرض البايع تسليمه على المشتري ولم يتسلمه فهو من مال المشتري ، والا فمن البايع . وهو ظاهر ابي الصلاح حيث قال : فان كان تأخيرها من قبل المبتاع فهلاكه ونقصه من ماله .

واورد على القول المذكور بان العرض على البايع لا يقوم مقام القبض الا ان يمتنع المشتري من القبض ، ولا يرضى به البايع ببقائه في يده ، وحينئذ فلا فرق بين التلف في الثلاثة أو بعدها في كونه من المشتري ، بل يخرج على هذا الفرض عن محل المسألة ، وهذا المعنى أقرب في عبارة ابي الصلاح انتهى .

والمسألة وان كانت مشككة لكن صريح (رواية عقبه بن خالد) المروية في الكافي عن ابي عبدالله عليه السلام « في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجهه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال : آتيتك غداً ان شاء الله تعالى - فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال : من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ، ويخرجه من بيته ، فاذا اخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقته حتى يرد اليه ماله » هو الموافقة مع المشهور لكون التلف قبل القبض كما في قوله عليه السلام « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه » .

وقواه ايضا في المسالك والحدائق فالظاهر بل الاقوى هو المشهور من كونه على البايع واختاره ايضاً في الجواهر للروايتين وتقدمهما على الاجماع فقال الا ان ذلك كله كما ترى ، بعد الخبرين المزبورين المعترضين بفتوى المتأخرين وبعض من تقدمهم ، الموهون بها الاجماعان المذكوران الى ان قال بعد تفصيل ابن حمزة في الوسيلة قلت لا يخفى ما فيه بناء على عدم تحقق اسم القبض بمثل الفرض المزبور ، ولم يثبت ارتفاع الضمان به انتهى .

﴿ و ﴾ أما ﴿ ان اشترى ما يفسد من يومه ﴾ وقد تركه عند البايع حتى يأتيه بالثمن ﴿ فان جاء بالثمن ﴾ فيما بينه وبين الليل اي ﴿ قبل الليل ﴾ « والالابيع له » ﴿ والضابط مقدار بقاء المبيع فرما لا يبقى الا في نحو ساعة كالجمد في فصل الصيف والمعيار زمان يمكن للبايع بيعه فيبطل بيعه الاول فليس نفى البيع ايضاً منحصرأ فيما يفسد من يومه كما في ذيل مرسل ابن رباط عن الصادق عليه السلام على ما في الفقيه « والعهددة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم الى الليل » .

وبالجملة هذا المضمون كأنه من الواضحات اذ غاية امكان حفظ المتاع قبل الليل بل في زمان امكن له بيعه لان الفرض فساده لو بقى الى الغد فلا بد من ان يبيعه في وقت امكن البيع له فلو كان في اول الليل مضى زمان امكان البيع فلاجرم يجب نفى البيع في مقدار يتممكن من البيع ولو كان ذلك في وقت النهار كما هو المتعارف في البقولات وانه لو بقى الى العصر كأنه لم يوجد المشتري لذلك فقاعدة الضرر

تدل على جواز البيع ولو قبل الغروب مقدمة .

قال في الجواهر نعم قديشکل الحديث والفتاوى بأن الغرض من الخيار دفع الضرر بالفسخ قبل فساد المبيع ، وإذا كان مما يفسده ليومه كما هو المفروض ، وجب أن يكون الخيار قبل الليل ، ليتأتى للبائع فسخه ، ودفع الضرر عن نفسه ، وبأن البيع يقع في طرفي النهار وفي الأثناء ، انتهى .

قال في المسالك ويبقى في المسئلة اشكال عام وهو ان الغرض من اثبات هذا الخيار تلافى ضرر البائع قبل تلف المبيع بان يفسخ البيع ويبيعه لغيره قبل تلفه وهذا المعنى يقتضى ان الفسخ يكون قبل التلف واذا كان مبدء الخيار دخول الليل فليس المبيع مما يفسد ليومه الذى هو بياض نهار البيع فانه بمضيه يثبت الخيار والحال ان المسئلة مفروضة فيما يفسد ليومه والرواية ايضاً دالة عليه حيثئذ ثبوت الخيار بعد فساده لوجه له وانما ينبغي ثبوته اذا خيف فساده بحيث يتلاقى امره قبله واجود ما اتفق هنا عبارة الدروس فانه فرض المسئلة فيما يفسده المبييت واثبت الخيار عند انقضاء النهار ثم استقر بتعديته الى كل ما يتسارع اليه الفساد عند خوف ذلك فانه لا يتقيد بالليل و اكتفى فى الفساد بنقص الوصف وفوت الرغبة كما فى الخضراوات واللحم والعنب وكثير من الفواكه واستشكل فيما لو استلزم التأخير فوات السوق .

وهذا التفريع كله حسن الا ان فيه خروجاً عن موضع النص نعم يمكن استفادته من ايمائه ومن خبر الضرر المنفى مع ان السند مرسلاً لكنه لا راد له وعلى هذا لو كان مما يفسد فى يومين تأخر الخيار عن الليل الى حين خوف الفساد واحتمل فى التذكرة ثبوته من الليل وهو بعيد انتهى .

وقد عرفت ان الضابط ببيعه فى زمان لو بقى بعده لفسد وهو مختلف فبعضه يفسده المبييت و بعضه يفسده العصر و بعضه يفسده الزوال و بعضه يفسده الساعة كالجمد فى الهواء الحارة فى الكل ينفى البيع او يتحقق الخيار منذ زمان الذى امكن ببيعه قبل فساده .

## فروع

(الاول) انه لو اقبض البايع بعض الثمن وشرط عليه البايع لو لم تجيء الى وقت كذا كان هذا المقدار لى لزم الشرط من دون بيع فى البين قضاء للشرط الا ان يجيء الثانى لو قبض البايع بعض الثمن ثم ذهب المشتري من دون قبض المثل الى ثلاثة ايام فهل يكون بمثل مالم يقبض من الثمن اصلا أولا.

والظاهر هو الاول فان الظاهر من قبض الثمن هو قبض تمامه فقبض البعض بمنزلة العدم فيكون كمن لا قبض أصلا فبعد الثلاثة لا يبيع على المختار بل يجب على البايع ردّ البعض وعلى المشهور له خيار، فان فسخ ردّ البعض والامضاء واخذ الباقي . ويدل عليه خبر عبد الرحمن بن الحجاج المشتمل على قصة المحمل قال فى التذكرة ، ولو قبض البايع بعض الثمن لم يبطل الخيار لانه يصدق عليه حينئذ أنه لم يقبض الثمن انتهى .

ولو قبض المشتري السلعة ثم جعله عند البايع حتى يجيء بالثمن كان الحكم كما لا يقبضه اصلا اذا المناط عدم مجيء المشتري بالثمن بعد الثلاثة وهو حاصل فى المقام نعم لو اذهب السلعة وجعله به عنده لم يكن داخلا فى الاخبار وقد اشار اليهما فى الحقائق والتذكرة فقال الاول منهما ما لفظه:

قد عرفت سابقا ان ظاهر كلام الاصحاب - وهو ظاهر الخبر الوارد فى هذه المسألة - أن الشرط هنا عدم التقايب ، لامن الطرفين ولامن أحدهما ، وحينئذ فلو قبض المشتري السلعة ، ولم يقبض البايع الثمن ، فان البيع يكون لازما ، ولا يقدر بالمدة المذكورة وكذا بالعكس ، ولو قبض بعض الثمن أو سلم بعض المبيع ، فكالعدم ، لصدق عدم قبض الثمن ، وعدم قبض المبيع المترتب عليهما الحكم المتقدم فى الخبر ، وفى كلام الاصحاب انتهى .

وقال فى التذكرة : لو قبض المشتري السلعة ولم يقبض البايع الثمن فلا خيار للبائع ، لان ثبوت هذا الخيار على خلاف الاصل فيقتصر فى ثبوته على ما

وردبه النص ويبقى ما عداه على الاصل من لزوم البيع، ولان البيع تأكد بالقبض ولان البايع قد رضى باللزوم حيث دفع المبيع اليه . و كذا لو كان الثمن مؤجلا و لو لحظة سقط الخيار سواء تأخر عن الاجل المضروب سنة مثلا أولا ، لما قلناه انتهى .

اما وجه الاول فلخروجه عن مصب الروايات والفرق بينه وبين ما ذكرنا ان المشتري قبض ولكن جعله عند البايع وما ذكره جعله المشتري عند نفسه فيكون الخيار على خلاف الاصل واما وجه الثانى فلان مورد الروايات فيما لم يكن الثمن مؤجلا بل المشتري اشترى نقداً ولكن وعده بالمجيبىء بالثمن فلا خيار له ولو جاء بعد الثلاثة .

الثالث لو كان المبيع حيواناً ولم يجيبىء المشتري الا بعد الثلاثة فلا خيار له مطلقاً على المختار وعند المشهور بقى له خيار التأخير دون الحيوان لسقوطه من حين العقد الى ثلاثة ايام وان جاء فى الثلاثة بقى له خيار الحيوان لان لزوم البيع من جهة مجيبه فى الثلاثة لاينافى تزلزله من حيث خيار الحيوان .

هذا تمام الكلام فى الخيارات الخمسة وقد عرفت عدم تمامية الخيار الغبن ايضاً .  
 ﴿و﴾ اما ﴿خيار العيب﴾ وفى المسالك انما افردته فى باب عن باقى انواع الخيار لكثرة مباحته وتشعب مسائله فحسن جعله فصلاً برأسه بخلاف غيره فان مباحته متقاربة انتهى فـ ﴿يأتى﴾ البحث فيه ﴿فى بابه انشاالله تعالى﴾ لكثرة فروعه ﴿وأما احكامه﴾ اى الخيار ﴿فيشمل على مسائل﴾ كثيرة .

﴿الاولى﴾ المشهور أن ﴿خيار المجلس لا يثبت فى شىء من العقود عدا البيع﴾ وفى الجواهر بل فى الغنية ومحكى الخلاف الاجماع عليه للاصل السالم عن المعارض خلافاً للمحكى عن المبسوط والقاضى والحلى فأثبتوه فى نحو الوديعة والعارية والقراض والوكالة والجمالة ، وهو ضعيف انتهى بل عجيب مع صراحة قوله البيعان فى خصوص البيع مع انه المتيقن واصالة اللزوم فى غيره محكمة .  
 ﴿و﴾ أما ﴿خيار الشرط﴾ فيثبت فى كل بيع لا يستعقب العتق ، كما فى



بيع الاب وهو معلوم اذ دليله عام للجميع بيعاً كان او غير ذلك فلا اشكال فيه فعليه  
 ﴿يثبت في كل عقد﴾ لازم ، معاوضة كان اولاً ، ﴿عدا النكاح والوقف﴾ ان اريد  
 بعدم دخول الشرط في النكاح شرط الفسخ بدون الطلاق مطلقاً كما اذا شرط بانه  
 ان كانت الزوجة او الزوج كذا كان لى الخيار فى الفسخ فلا كلام فى فسادة وكونه  
 على خلاف الكتاب والسنة .

حيث ان الشارع جعل امر ذهاب النكاح بالطلاق لا بالشرط وان اريد فى  
 الجملة ككونه ان لم يكن فى امر الزوجية ميسر وراو لم يقدر على القيام بالنفقة  
 والكسوة فلى الخيار فى الفسخ ففى عدم جريانه تأمل واضح من حيث ان امر الطلاق  
 بيد الزوج فربما لا يطلقها مع عدم القيام بامرها وحينئذ صح الشرط بالفسخ بل ولو  
 لم يشترط كان للحاكم هو الفسخ عنها لبداهة انه ليس امر الشرع على ضيق وعسر  
 للمكلفين فليس يصح كون الطلاق امرها بيد الزوج بنحو الاطلاق ولكنه مع ذلك  
 ذهب القوم الى العدم .

وقال فى التذكرة و(النكاح) لا يثبت فيه الخياران لانه لا يقصد فيه العوض ،  
 فان شرطه بطل العقد، وان شرط الخيار فى الصداق وحده صح للعموم ، وللشافعى  
 قولان : عدم الدخول ، لانه أحد عوضى النكاح فاذا لم يثبت فى أحدهما لم يثبت  
 فى الآخر ، والدخول . و(الخلع) لا يدخل فيه خيار الشرط ، وبه قال الشافعى لان  
 القصد منه الفرقة دون المال فأشبه النكاح انتهى ومراده بالخيارين خيار المجلس  
 والشرط ولا يخفى ما فى دليله ونظيره فى المسالك .

وقال شيخنا فى مكاسبه : واما العقود فمنها ما لا يدخل اتفاقاً ومنها ما اختلف  
 فيه و منها ما يدخله اتفاقاً فالاول النكاح فانه لا يدخله اتفاقاً كما عن الخلاف  
 والمبسوط والسرايرو جامع المقاصد والمسالك الاجماع عليه ولعله لتوقف ارتفاعه  
 شرعاً على الطلاق عدم مشروعية التقابل فيه و من الثانى الوقف فان المشهور عدم  
 دخوله فيه الخ .

وظاهر هذه الكلمات عدم جواز الشرط فى النكاح لكنك قد عرفت الامر فى

صعوبته ومخالفته مع الشرع المسهل لامورات المكلفين ومع ذلك لم يأت أحد منهم بدليل يعتنى به فى المقام مع عموم ادلة الشروط واما استدلال العلامة بانه لا يقصد فيه العوض ففيه اولان ادلة شرعية الشروط ليس مختصة بمافيه العوض فانهم جعلوا صحة الشرط للاجنبى مع انه لا يقصد فيه العوض وقصد الاصلين لارتباطه بالاجنبى وثانياً يقصد فى النكاح عوض البضع وهو المهر جداً غاية الامر كان القصد الاصلى هو التمتع وهو لا ينافى قصد العوض .

وكيف كان فلا يتم ما ذكر مع عموم الادلة فيما يقتضى العسروان ازيدازيد من ذلك فراجع المجلد الرابع والثلاثين ص ٢٢٠

﴿وكذا﴾ لا يثبت فى ﴿الابراء والطلاق﴾ وفى الاقالة ماستعرف ﴿والعتق﴾ من الايقاعات ﴿الا على رواية شاذة﴾ لا يلتفت اليها وفى مكاسب شيخنا ما لفظه : اما لايقاعات فالظاهر عدم الخلاف فى عدم دخول الخيار فيها كما يرشد اليه استدلال الحلّى فى السرائر على عدم دخوله فى الطلاق بخروجه عن العقود الى ان قال فى مقام عدم صحة الشرط فى الايقاعات .

وبالجملة فالشرط لا يجعل غير السبب الشرعى سبباً فاذا لم يعلم كون الفسخ سبباً لارتفاع الايقاع او علم عدمه بناءً على ان اللزوم فى الايقاعات حكم شرعى كالجواز فى العقود الجائزة فلا يصير سبباً باشتراط التسلط عليه فى المتن الايقاع هذا كله مضافاً الى الاجماع عن المبسوط نفى الخلاف عن السرائر على عدم دخوله فى العتق والطلاق واجماع المسالك على عدم دخوله فى العتق والابراء انتهى .

ولا يخفى ان العمدة فى وجه المنع منافات الايقاع مع الشرط اذ المراد من الايقاع انه بمجرد قوله مثل طلقت او اعتقت قد وقع الطلاق والعتق فى الخارج بحيث لا سبيل للزوج على الزوجة وللسيد على عبده بعد ذلك وهذا المعنى لا يجتمع مع شرط الرجوع ولذا كان الرجوع بعد الطلاق حكم شرعى لا يرتبط بالشرط شرط اولاً وقد حكم الشارع بالرجوع على بعض المطلقات وكيف كان فتمام الكلام فى محله .

مسألة الثانية التصرف من المشتري في المبيع يسقط خيار الشرط له كما يسقط خيار الثلاثة في الحيوان قال في الجواهر بلا خلاف معتد به أجده فيه ، بل في الغنية وجامع المقاصد ومحكى الخلاف وكنز الفوائد الاجماع عليه وهو بعد شهادة التتبع له الحجة مضافاً الى ما عن الشيخ والقاضي من ورود الاختبار من طريق الاصحاب بذلك محتجين بها عليه ، وكفى بهما ناقلين ، والى دعوى الاولوية ، فانه متى سقط به الخيار الاصلى كالحیوان ، فالشرط أولى انتهى . وفي المسائل وضابطه ما بعد تصرفاً عرفاً كلبس الثوب للانتفاع وركوب الدابة له واستخدام العبد والحلب الشاة ونقله عن الملك وان لم يكن لازماً وقد استثنى من ذلك ركوبها لدفع الجموح اذا عسر قودها وسوقها في طريق الرد وعلف الدابة ونظيرها وفيه قبل التمكن من الرد واستعمال المبيع للاختبار قدرأ يظهر به حاله فلو زاد ولو خطورة منع ولو واضح على الدابة سرجاً ونحوه وركوبها للاختبار بادر بعد تحصيل الغرض التي نزعها فان ابطائه منع لانه انتفاع واستعمال وتعذر في ترك العذار والمجامع لاختفئتهما وللحاجة اليهما في قوادها وكذا نعلها مع حاجتها اليه بحيث يضرها المشي الى المالك بغير نعل والا كان تصرفاً ولو وقع التصرف نسياناً ففي منعه من الرد نظون من صدقه وعلم قصده انتهى . في بعض

اسناداً ويدن عليه قبل الاجماع النصوص ففي الصحيحية ابن رثاب فان احدث المشتري فيما اشترى حديثاً قبل الثلاثة ايام فذلك راضى منه ولا شرط له فيما اشترى حديثاً او قبيل او نظر منها الى ما كان محرماً عليه قبل الشراء وصحيحة الصفار كتبت التي للمي حكاه في الخلا في الرجل اشترى دابة من رجل فحدث فيها من اخذ الحافز او نعلها او ركب ظهرها فربح المبيع له ان يرد له في الثلاثة ايام التي له فيها الخيار بعد الحديث الذي احدثها او ركوبها الذي يركبها فوقع الخلل اذا احدث فيها حديثاً فقد وجب الشراء انشاء الله في ذلك كما نصها الله في قوله

ليسمع وفي اذيل الصحيحية المتقدمة عن قريب الاسناد اقلت له ارايت ان قبيلها المشتري او لا يمس او نظو منها الى ما يخرم على غيره قال : فقد انقضى الشرط ولم يمس البيع

واستدل عليه في التذكرة بعد الاجماع بان التصرف دليل الرضا وفي موضع آخر منها انه دليل الرضا بلزوم العقد وفي مواضع اخر منها كما في الغنية ان التصرف اجازة انتهى .

اقول لاشكال في سقوط الخيار بالتصرف فيما انتقل اليه في الشرط او الحيوان بل مطلق ماثبت الخيار للمتعاملين وانما الاشكال في ماهية تصرف المسقط حيث انه ربما يقال ان قول المولى بالجارية اسقيني ماء او لعبداه اغلق الباب سقط خياره من حيث انه تصرف فيهما مع انه لا ينفك امثال هذه التصرفات في ايام ثلاثة الحيوان او ايام الشرط او ايام ظهور العيب فجعل الخيار ح لغو لانه يلزم من وجوده عدمه وكل ما كان كذلك فهو باطل .

وقال شيخنا المرتضى في باب خيار الحيوان بعد نقل الروايات ماهو لفظه المراد بالحدث انكار مطلق التصرف الذي لا يجوز لغير المالك الا برضاه كما يشير اليه قوله او نظر الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء فلازمه كون مطلق استخدام المملوك بل مطلق التصرف فيه مسقطا كما صرح به في التذكرة في بيان التصرف المسقط للرد بالعيب من انه لو استخدمه بشيء خفيف مثل اسقني او ناولني الثوب او اغلق الباب سقط الرد ثم استضعف قول بعض الشافعية بعدم السقوط معللابان مثل هذه الامور قد يؤمر به غير المملوك بأن المسقط مطلق التصرف وقال ايضا لو كان له على الدابة سرج اور كاب فتر كهما عليها بطل الرد لانه استعمال وانتفاع انتهى .

وقال في موضع من التذكرة عندنا ان الاستخدام بل كل تصرف يصدر من المشتري قبل علمه بالعيب او بعده يمنع الرد انتهى وهو في غاية الاشكال لعدم تبادر مايعم ذلك من لفظ الحدث وعدم دلالة ذلك على الرضا بلزوم العقد مع ان من المعلوم عدم انفكاك المملوك المشتري عن ذلك في اثناء الثلاثة فيلزم جعل الخيار فيه كاللغو مع انهم ذكروا ان الحكمة في هذا الخيار الاطلاع على امور خفية في الحيوان يوجب المشتري وكيف يطالع الانسان على ذلك بدون النظر الى الجارية ولمسها وامرهما بغلق الباب وسقى وشبه ذلك وان كان المراد مطلق التصرف بشرط دلالتة

على الرضا بلزوم العقد كما يرشد اليه وقوعه فى التعليل فى صحيحة ابن رثاب ويظهر من استدلال العلامة وغيره على المسئلة بان التصرف دليل الرضا بلزوم العقد فهو لا يناسب اطلاقهم المحكم باسقاط التصرفات التى ذكروها انتهى .

قد عرفت ان المسئلة مشكلة فلا بد وان يكون التصرف لو خلى وطبعه دالة على الرضا بالمبيع مضافاً الى رضاه الاول الواقع عند البيع لايتمثل ما لا ينفك انسان عنه كالحلب والر كوب للعلم بالعدو واللبن والامر بامور متعارفة ونحو ذلك فالحكم بالسقوط بمطلق التصرفات فى غاية الاشكال وليس الاتفاق عليه مقتضى نص وآية لزوم العمل به تعبدأ فاللازم الاعراض والاعتناء بشأن مآظهره الرضا بالمعاملة ومن العجيب ترك السرج والركاب على الدابة أى أخذها او تبديلها بأخر كان تصرفاً مانعاً من الرد .

﴿ولو كان الخيار لهما وتصرف احدهما﴾ فيما انتقل اليه من المبيع ﴿سقط خياره﴾ بايماً كان أو مشترياً فيما كان الثمن من غير النقود واما من النقود بأى نوع منه نحاساً أو ذهباً أو فضة أو قرطاساً ان كان الكل على السواء فى القيمة والرواج السوقية بلا تفاوت فيجوز التصرف فيها من دون أن يكون موجباً للسقوط اذ بناء الثمن فى مثل هذه المعاملات على التصرف فيه وليس المقصود من البيع اخذ البايع الثمن وحفظه فى صندوق الى لزوم البيع فكان التبانى من اول الامر بالتصرف فى الثمن ونقله الى غيره فتدبر .

نعم اذا كان من غير النقود فالامر كذلك كما اذا باع حيواناً بجارية فالخيار لهما لان كلا من الثمن والمثمن حيواناً فتصرف البايع فى الجارية جاز فيسقط خياره فانه رضا منه وكذا يجوز تصرف المشتري فى الحيوان فتصرف كل منهما يوجب سقوط خياره دون الاخر كما انه اذا تصرف كل من البايع والمشتري معاً يسقط خيارهما ويلزم البيع اذ كل منهما يكون راضياً بالمعاملة وهذا كله فيما اذا كان تصرف كل منهما غير مناف لحق الاخر واما التصرف المنافى فان كان من كليهما فيما انتقل اليه فيجوز كما عرفت كما اذا باع كل منهما ما يكون مالاً .

واما تصرف احدهما في زمن خيار الاخر من دون رضاه فهل يجوز بزعم انه مالك لماله خصوصا مع عدم علمه بفسخه فغايبته بعد الفسخ رجوعه الى المثل او القيمة سواء كان التصرف عنقاً أو بيعاً أو اتلافاً .

فان المشتري قد تصرف فيما خرج عن ملك البايع وصار ملكا لنفسه فلا يكون للبايع منع عن اصل البيع لعدم سلطنة له على مال الغير بل السلطنة للمشتري من حيث انه ماله نعم كان العين متعلقا لحق البايع من انه لو اراد رد المبيع امكن له ذلك وهو كذلك ما قبل تصرف المشتري وبعد التصرف كان المناص للبايع باخذ المثل او القيمة او لايجوز ولاينفذ كما عن القواعد بعدم نفوذ البيع او الوقت فيه وجهان والمسئلة مشكلة من حيث ان زمن الخيار لاجل التروى لكل منهما فرمما ظهر لهما او لاحدهما ما يصلح لعدم البيع لتعلق الاغراض بنفس المبيع دون المثل او القيمة سيما في وطء الامة وفي الجواهر قال :

ومن ذلك كله ظهر لك ما في كلام الفاضل في القواعد فانه جزم بعدم نفوذ بيع المشتري ووقفه وهبته اذا كان الخيار لهما أول للبايع الا باذن البايع ، واستشكل فيه في العتق وجزم بجواز الوطى له ، كباقي وجوه الانتفاع تارة ، وتورد فيه بالخصوص من بينها أخرى ، بل والشهيد في الدروس حيث أطلق التردد فسي جواز تصرف المشتري اذا كان الخيار مختصاً بالبايع ، وفي تصرفه ايضاً ، والبايع مع اشتراك الخيار بينهما ، اذا اشكال في جواز تصرف المشتري اذا لم يكن وطياً ولاناقل انتهي وقال ايضاً ولكن التحقيق الجواز في الجميع من غير فرق بين العتق وغيره « لان الناس مسلطون على اموالهم » و لم يثبت مانعية تعلق حق الخيار ، وليس فيه ابطال لحق صاحبه ، لانتقاله الى القيمة حيثئذ أو المثل ، أو أن له التسلط على فسخ العقد الاخر على اختلاف الوجهين أو القولين الذين أقواهما الاول ، لاطلاق ما دل على اللزوم ، وانقطاع الملك الحاصل له بالعقد الاول بما وقع له من العقد الثاني ، فيقع الفسخ من ذى الخيار على ما ليس بملك له ، لأنه لما كان الحق متعلقاً بالعقد الذي وقع على العين التي نقلها الشارع الى القيمة أو المثل ، فالفسخ يفيد انتقالها

اليه كما لو تلف، ولا فرق بين الوطى وغيره من الانتفاعات كما هو ظاهر المحكى عن المبسوط وصريح التحرير ، واحتمال الحبل - فتكون أم ولد فيمتنع ردعينها بعد تسليم امتناع الرد به كما هو الاصح - غير صالح لتخصيص مادل على تسلط الناس على أموالهم ، والا لامتنع الانتفاع بها فى غيره ، لاحتمال التلف به ايضاً ، كما أنه لا فرق بين العتق وغيره ، وبنائه على التغليب غير صالح للفرق هنا بعد ما عرفت انتهى وقال شيخنا المرتضى ومن احكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفاً يمنع من استرداد العين عند الفسخ على قول الشيخ و ابن سعيد و جماعة من الاصحاب منهم العلامة فى القواعد والمحقق والشهيد الثانى قدس سرهم فى ظاهر كلماتهم بل فى مفتاح الكرامة فى مسألة عدم انتقال حق الرجوع فى الهبة الى الورثة ان حق الخيار يمنع المشتري من التصرفات الناقذة عند الاكثر و من جماعة فى مسألة وجوب الزكوة على المشتري للنصاب بخيار للبايع ان المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافية لخيار البايع بل ظاهر المحكى عن الجامع كعبارة الدروس عدم الخلاف فى ذلك حيث قال فى الجامع وينتقل المبيع بالعقد وانقضاء الخيار وقيل بالعقد ولا ينفذ تصرف المشتري فيه حتى ينقضى خيار البايع وسيجىء عبارة الدروس هذا ولكن خلاف الشيخ و ابن سعيد مبنى على عدم قولهما بتملك المبيع قبل انقضاء الخيار فلا يعد مثلهما مخالفاً فى المسئلة .

والموجود فى ظاهر كلام المحقق فى الشرايع جواز الرهن فى زمن الخيار سواء كان الخيار للبايع او المشتري اولهما بل ظاهره عدم الخلاف فى ذلك بين كل من قال بانقضاء الملك بالعقد وكذا ظاهره فى باب الزكوة حيث حكم بوجوب الزكوة فى النصاب المملوك ولو مع ثبوت الخيار نعم استشكل فيه فى المسالك فى شرح المقامين على وجه يظهر منه ان المصنف معترف بمنشأ الاشكال وكذا ظاهر كلام القواعد فى باب الرهن وان اعترض عليه جامع المقاصد بما مر من المسالك لكن صريح كلامه فى التذكرة فى باب الصرف جواز التصرف . وكذا صريح كلام الشهيد فى الدروس قال فى باب الصرف لو باع ما قبضه

على غير صاحبه قبل التفرق فالوجه الجواز وفاقاً للفاضل ومنعه الشيخ قدس سره  
لانه يمنع الاخر خياره ورد باننا نقول ببقاء الخيار انتهى .

وصرح في المختلف في باب الصرف بان له ان يبيع ماله من غير صاحبه ولا  
يبطل حق خيار الاخر كما لو باع المشتري في زمان خيار البايع وهو ظاهر اللمعة  
بل صريحها في مسألة رهن مافيه الخيار وان شرحها في الروضة بما لا يخلو عن  
تكلف هذا .

وقال أيضاً فيه لومنا عن التصرف المتلف في زمان الخيار فهل يمنع عن  
التصرف المعرض لقوات حق ذى الخيار من العين كوطى الامة في زمان الخيار بناء  
على ان الاستيلاء مانع من رد العين بالخيار قولان للمانعين اكثرهم على الجواز كالعلامة  
في القواعد والشارح في جامع المقاصد وحكى عن المبسوط والغنية والخلاف لكن  
لا يلائم ذلك القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار كما اعترف به في الايضاح ولذا  
حمل في الدروس تجويز الشيخ للوطى على ما اذا خص الخيار بالوطى لكن قيل ان  
عبارة المبسوط لاتقبل ذلك وظاهر المحكى عن التذكرة وظاهر الدروس المنع عن  
ذلك لكون الوطى معرضاً لقوات حق ذى الخيار من العين انتهى .

ومن الواضحات التى يلحق بالبديهيات اختلاف الاغراض بنفس عين الشيء  
سيما فى الجوارى والاماء فكثيراً ما يكون شخص الجارية محبوبة للمالك من حيث  
الوجاهة او الاخلاق او المحبة ونحوها دون غيرها والضرورة قضت لبيعها مع جعل  
الخيار لنفسه حتى تمكن من ردها عند رفع الضرورة اوجه اخرى بحيث لا يجبرها  
غيرها اصلاً فكيف يصح البيع ورجوع المالك الى المثل او القيمة خصوصاً اذا  
صارت امولد حيث لا يمكن رد عينها ولا يجبرها غيرها كما عرفت .

فالاقوى هو المنع فى جميع التصرفات المانعة عن رد نفس العين نعم فى مثل  
الاتلاف لامناص من الرجوع الى المثل او القيمة .

وبالجملة الملك وان حصل للمشتري بالعقد لكن جعل الخيار للبايع بمنزلة  
عدم تمامية الملك ومنه يعلم عدم صحة التمسك بالسلطنة كما عرفت فى عبارة الجواهر



اذ لم يحصل له السلطنة التامة كى يجوز له التصرف التامة ولذا جعل فى الايضاح وجه عدم الجواز بقوله ومن صيانة حق البايع فى العين المعينة عن الابطال انتهى يعنى ان صيانة حق البايع بمقتضى خياره يقتضى المنع عن التصرف المنافى لحقه ثم انسه مما ذكرنا ظهر عدم جواز اجارة الدار ونحوها فى زمن خيار البايع لكون العين فى معرض الزوال بالفسخ من البايع .

ثم لافرق فيما ذكرنا بين كون الخيار لخصوص البايع اولهما فان المقصود حصول هذا المانع لمن انتقل المال اليه كما اذ تصرف البايع فى الثمن الذى ليس من النقود فى زمن خيار المشتري كما اذا باع حيوانا بجارية فان الخيار لهما من حيث كونهما حيوانين فكما لا يجوز للمشتري التصرف المنافى فى الحيوان فكذلك لا يجوز للبايع التصرف فى الجارية نعم لو تصرف كل منهما فيهما كما تصرف المشتري فى الحيوان والبايع فى الجارية معاصح و كان منهما التزاماً بالبيع فقد ظهر ان زمن الخيار لاجل امكان استرداد نفس العين لا المثل او القيمة فلا يجوز التصرف فيه على خلاف رضا صاحبه .

نعم يجوز التصرف بلا كلام فيما انتقل عنه فى زمن الخيار كما اذا باع البايع عبده مع اشتراط الخيار له فاعتقه فى زمن خياره او باع جاريته مع شرط الخيار فوطئها فى زمن خياره وذلك لان مثل هذا التصرف فسخ فعلى للبيع فلا يحتاج فى الفسخ قولا وفعلا حضور الخصم بخلاف التصرف فيما انتقل اليه مع خيار لصاحبه .

[فان قلت] كيف يجوز العتق او الوطء مع خروجها عن ملكه ودخل فى ملك المشتري و انما يصح بناء على عدم حصول الملك فى زمن الخيار و هو خلاف التحقيق كما سيأتى .

[قلت] بمجرد ارادة العتق او الوطء قد دخل فى ملك البايع من حيث ان العتق والوطء فسخ للبيع ولا يتم الا بدخول المملك فى ملك مالكة قبل التصرف كما فى الايضاح قال والاقوى عندى صحة العقد لانه باول جزء منه فسخ انتهى .

قال فى التذكرة اذا كان المبيع رقيقاً فأعتقه البائع فى زمان الخيار المشروط

لهما أو للبائع - فالأقرب نقول باعتقه ، وثابه قال الشافعي على كل قول : أما إذا كان الملك على فظاهر المعنى أما على مغير هذا القول فلأنه يسبيل لمن فسخ والاعتناق يتضمن الفسخ فينتقل الملك إليه قبله ، وإنما يستحقه أيضاً من قبله بالبارة فأيضا  
ثم قال وإن اعتقه المشتري ، فإن كان الخيار له خاصة نفذ العتق مطلقاً لأنه إما مصادف للملك أو اجازة والتزام بالمبيع ، وليس فيه ابطال حق البائع إذ الخيار له وهو اجازة فان التصرف فيما كان الخيار له امضاء بالعقد والفرض عدم الخيار للبائع كى يكون هو المانع منه ثم قال وإن اعتقه البائع والخيار للمشتري لم يضح ، لأنه لم يصادف ملكاً ، وهو كذلك أيضاً إذا ما ذكرنا من الجواز فيما كان له الخيار بخلاف المقام فلامعنى لعته لأنه بالبيع قد زال ملكه عنها .  
ثم قال وإن كان الخيار للبائع أو لهما فأعتقه المشتري ، فالأقوى النفوذ ، لأنه صادف ملكاً قد عرف عدم تماميته لأنه وإن صادف ملكاً لكنه مورد تعلق حق البائع فلا ينفذ البيع ثم قال إذا كان الخيار لهما أو للبائع ففي اباحة وطء البائع اشكال ، ينشأ من انتقال الملك عنه فيكون الوطاء قد صادف ملك الغير فيكون محرماً ، ولو لم أنه أبلغ في التمسك بالمبيع وفسخ البيع من الفسخ . وللشافعية طرق : (أحدها) إن جعلنا الملك له فهو حلال انتهى .  
ثم قال قد عرفت ان جواز بيعه من حيث بقاء علقته على ملكه فلم يخرج المبيع عن ملكه بنحو الاطلاق فعند اعادة البيع كان يبعه الاول ففسخا وهذا بعينه جار في ووطئها فيكونه صادف ملكه لملك الغير وذلك عن الشافعية هو المحلية على فوضع الملكية والمخاض الامر ليدور بين كونه بيعه ووطئه فسحاً او جواً او واقعاً في ملك الغير ان لم يكن له ارادة الفسخ وحمل فعل المسلم على الصحة لازمه . كونه فسحاً فيقع كل منهما في ملك نفسه ، لما للفرق في الصحة وله ما في رعاية ان [سنة]

في لغة نعم الاشكال كله في بيع المشتري ووطئه في زمن خيار البائع كما عرفت ثم انه اذا وطء المشتري الامة في زمان خيار البائع واستولدها فهل يكون الاستيلاء باطلا لوقوعه في مورد تعلق حق الغير فكان للبائع بعد الفسخ استرداد امته وان اتخذ ولده

لانتقاله رفاً أولاً تغليبا لجانب الحرية ووقوع الوطى وفي ملك المشتري غايته كانت متعلقه لحق الغير فيرجع فيه إلى المثل أو القيمة فهو وجهان .  
ولعل الثاني أقوى لكونه كانه جمعا بين الحقين حق البايع وحق الولد كي يتحقق حواً فيكون نظير ما اذا ائلفه المشتري حيث لا بد بعد الفسخ من المثل أو القيمة .

﴿ولو أذن أحدهما﴾ بالتصرف فيما انتقل إليه ﴿وتصرف الآخر﴾ فيما انتقل إليه ايضاً ﴿سقط خيارهما﴾ قال في الشرح : «أما خيار المتصرف فواضح ، واما الاذن فوجه سقوطه خياره دلالة الاذن على الرضا ، فيكون التزاماً ، من البايع بالبيع ، واما من المشتري فلان تصرف البايع يبطل البيع ، فلا يبقى لخيار المشتري أثر ، ولو لم يتصرف المأذون لم يبطل خياره انتهى . وهو جيد فان الاذن في التصرف بمنزلة تصرف نفسه فيه فيكون التصرف منهما فيسقط .»

المسألة ﴿الثالثة﴾ : اذا مات من له الخيار انتقل إلى الوارث من أي انواع الخيار كان ﴿ وفي الجواهر بخلاف معتد به ، بل ظاهرهم الاجماع ، بل عن بعضهم دعواه صريحاً ، للنسب المنجر بالعمل « ما ترك ميت من حق فهو لوارثه » المؤيد بعموم غيره كتاباً وسنة و ما في القواعد من احتمال سقوط خيار المجلس بالموت - فيما لو مات أحدهما ، لا لولية مفارقة الدنيا من مفارقة المجلس - ليس خلافاً في المسألة عند التأمل ، على أنه في غاية الضعف ، ضرورة ارادة التباعد بالمكان الظاهر في الجسم من الافتراق ، لا في الروح التي لم يعلم مفارقتها للمجلس ، فلا ريب حينئذ في انتقاله إلى الوارث انتهى .  
ولا يخفى انه لو كان ارادة التباعد ظاهراً في الجسم لكان الاخذ بالخيار اولي بظهوره في الجسم فالميت خارج عن قابلية الاخذ بالخيار فالافتراق وان كان ظاهراً في الافتراق الاختياري من حيث أنه انسان مكلف وهو غير حاصل في المقام فلم يصدق الافتراق جداً لكن الكلام في أن البقاء في المجلس وعدم التفرق هل يصدق في حق الميت مع ان الامر بعدم خروج الحي عن المجلس والميت خارج عن تعلق

التكليف به فاذا لم يثبت في حقه فكيف يثبت في حق الوارث لو كان حاضراً في مجلس العقد واخذ بالخيار اورده ثم ان قلنا به فان كان الوارث واحداً فلا إشكال وان كان متعدداً واتفقوا عليه فلا إشكال وان اختلفوا في الفسخ والامضاء ففيه كلام .

فهنا مقامان الاول في ان حق الخيار قابل للارث اولا والثاني في كفيته وتصوره على فرض الصحة لو كان الوارث متعدداً .

أما المقام الاول فالظاهر انه مشكل في الغاية فانه اذا فرض أن الخطاب باعمال هذا الحق للحى بلا كلام فكيف يكون للميت ولو قلنا بأن الخيار حق قابل للانتقال الى الغير اكن الكلام في أصل صحة الانتقال والارث ولكن ظاهر الكلمات هو الاتفاق عليه .

قال في المسالك بعد قوله اذا مات قال لاشبهة في كون الخيار مطلقاً موروثاً لانه حق من الحقوق كالشفعة والقصاص ثم ان كان الخيار خيار شرط ثبت للوارث في بقية المدة المضروبة فلو كان غائباً او حاضراً ولم يبلغ الخبر حتى انقضت المدة فيسقط خياره بانقضائها كالمورث وان كان خيار غيب اعتبرت الفورية فيه حين بلوغ الخبر وعلمه بالفورية وان طالت المدة وان كان خيار مجلس وكان الوارث حاضراً في مجلس البيع قام مقامه في الخيار انتهى .

قال في الخلاف خيار المجلس يورث اذا مات المتبايعان او احدهما وكذلك خيار الشرط ويقوم الوارث مقام من مات منهما فان كان احد المتبايعين مكاتبا قام سيده مقامه وبه قال الشافعي في خيار الشرط وقال في خيار المجلس ان كان البايع مكاتبا فقد وجب البيع ولا صحابه فيه ثلثة طرق منهم من قال ينقطع الخيار ويلزم البيع بموت المكاتب ولا يلزم بموت الحر

[دليلنا] انه اذا كان الخيار حقاً للمشتري جرى مجرى سائر الحقوق التي تورث بظاهر التنزيل فمن منع من شيء منها فعليه الدلالة انتهى .

وقال ايضاً خيار الثلث موروث سواء كان لهما او لاحدهما ويقوم الوارث مقامه ولا ينقطع الخيار بوفاته وكذلك اذا مات الشفيع قبل الاخذ بالشفعة قام وارثه

مقامه وهكذا في خيار الوصية اذا اوصى له بشيء ومات الموصى كان الخيار في القبول اليه فان مات قام وارثه مقامه ولم ينقطع الخيار بوفاته وبه قال مالك والشافعي وقال ابو حنيفة كل هذا ينقطع بالموت فلا يقوم الوارث مقامه فقال في البيع يلزم البيع بموته ولا خيار لو ارثه فيه وبه قال الثوري واحمد .

[دليلنا] ان هذا الخيار اذا كان حقاً للميت يجب ان يرثه مثل ساير الحقوق

لعموم الاية (الاخبار-خ) ومن اخرج شيئاً منها فعليه الدلالة . انتهى

وفي التذكرة قال الخيار عندنا موروث ، لانه من الحقوق ، كالشفعة والقصاص في جميع انواعه وبه قال الشافعي الا في خيار المجلس ، فانه قال في البيوع : « اذا مات احد المتبايعين في مجلس العقد فالخيار لو ارثه » وقال في المكاتب : « اذا باع فلم يتفرقا حتى مات المكاتب فقد وجب البيع » و ظاهره ان الخيار يبطل بموته .

واختلفت الشافعية في ذلك على ثلاثة طرق : منهم من قال : ان الخيار لا يبطل بموت المكاتب ايضا ، وقوله (فقد وجب البيع) اراد ان البيع لم يبطل بموته ، وانما هو باق وان كانت الكتابة قد انفسخت بموته ، ومنهم من قال : ان موت المكاتب يسقط الخيار وموت غيره من الاحرار لا يبطله على ظاهر النصيب . والفرق ان السيد ليس بوارث للمكاتب وانما يعود المكاتب رقيقاً ، لحق الملك فلا ينوب منابه في الخيار ، بخلاف الحر .

ومنهم من قال : انهما قولان ، فنقل جواب كل واحدة من المسألتين (الي) الاخرى أحد القولين . يبطل خيار المجلس بالموت ، لان ما يبطل بالتفرق بطل بالموت لان الموت يحصل معه التفرق ازيد مما يحصل مع التباعد ، والثاني لا يبطل لانه خيار ثابت في العقد فلم يبطل بالموت كخيار الثلاث الي ان قال خيار الشوط موروث لا يبطل بالموت عند علمائنا .

و به قال الشافعي و مالك ، لانه حق للميت فانقل الي الوارث كغيره من الحقوق ، و لانه خيار ثابت في فسخ معاوضة لا يبطل بالجنون فلا يبطل بالجنون فلا يبطل بالموت ، كخيار الرد بالعيب .

وقال الثورى وأبو حنيفة وأحمد : يبطل لانها مدة مضروبة فى البيع، فوجب أن تبطل بالموت ، كالأجل والفرق ظاهر ، فان محل الأجل وهو الذمة قد بطل ، ولان الوارث لاحكم له فى تأخير ما يجب على الميت ، لانه يكون مرتتهناً به ، و يمنعون من التصرف فى التركة ، لان صاحب الحق لم يرض بذمة الوارث فلهذا حل ، بخلاف مدة الخيار لانها ضربت للتروى وطلب الحظ والوارث ينتفع بذلك ، فانقل اليه من المورث انتهى .

وفى الحدائق قال و هل يثبت الافتراق بموت أحدهما أو جنون أحدهما او الاغماء عليه أم لا ؟ صرح بالثانى فى الدروس فقال : « و لومات أحدهما ، أو ماتا فللوارث أو الولى ، ولو جن أو اغمى عليه فللولى » وهو صريح فى ثبوت الخيار للوارث و الولى ، لعدم تحقق الافتراق بذلك ، و احتمال فى القواعد سقوط الخيار و ثبوته ، و علل الاول بان مفارقة الدنيا أولى من مفارقة المجلس ، فيسقط بطريق أولى .

ورده المحقق الشيخ على فى شرح القواعد بمنع الاولوية قال : فان المراد من الافتراق التباعد فى المكان ، وهو انما يكون فى الجسم ، فلا يعقل ارادة الروح ثم ان المحقق المذكور اختار الثبوت تمسكا بالاستصحاب ، لان ثبوته معلوم بالعقد والمسقط غير متيقن انتهى .

وفى الاعتماد على هذا الاستصحاب نظر تقدم ذكره فى مقدمة الاستصحاب من مقدمات كتاب الطهارة و ظاهر المحقق الاردبيلى التوقف فى ذلك ، لعدم صدق البايع والمشتري فى الاخبار عليهم انتهى غير خفى عدم صحة قياس الموت بالافتراق الاختيارى الذى هو فعله لافعل الله او المخلوقين فاشكال جامع المقاصد وارد عليه لكنه قد اتى بشىء اضعف من قياس العلامة وهو الاستصحاب اذ ثبوته للبيع بوصف الحياة وقد ارتفع ولذا تنظر عليه بعد نقله وحكى وجه التوقف عن الاردبيلى عدم صدق البايع والمشتري على البيع وهو بوحدته ايضاً تام فان موضوع الخيار هو البيع لالميت وبالجملة التكليف ساقط عنه ايذا .

(فان قلت) اليس يثبت هذا الحق للميت بمجرد البيع او الشرط .  
 (قلت) ثبوته وتمامه باخذه نفسه كما اذا قال المولى لعبده خذ عشرة تومان  
 بنفسك فقط من عمرو ولا الغير والحاصل البيوع بما هو بيع كان له الرد والامضاء قبل  
 التفرق و هو يتوقف على بقاءه فى المجلس حيا فليس من قبيل ما يتم بالبيع كى  
 يكون ثابتا بعد الموت للوارث بل قوامه بالبيع وهومات على الفرض ولو بقى فى  
 المجلس فانه بقى منتفيا منه التكليف وسلوبا عنه الاختيار و الاخذ بالخيار متقوم  
 بمن صدر عنه البيع اختياراً والميت من حيث التكليف والاعتبار عند العقلاء صار  
 كالجماد لا يعتنى بشأنه من هذه الجهة ولذا لا يجب تقليده مطلقا لا ابتداء ولا بقاء اذا  
 رأى له ولا القدرة على التقض والابرار .

فالحى كما يصح بيعه يصح اخذه بالخيار بوصف كونه حيا حيث ان قوام  
 هذا الحق بالحى و بالموت يسلب عنه هذا الحق كما يسلب عنه ساير التكليف  
 فليس له حق كى يرثه الوارث وكذا فى خيار الشرط وشيخنا المرتضى قال ما لفظه  
 الخيار موروث بانواعه بلا خلاف بين الاصحاب كما فى الرياض وظاهر الحدائق وفى  
 التذكرة ان الخيار عندنا موروث لانه من الحقوق كالشفعة والقصاص فى جميع انواعه  
 وبه قال الشافعى الا فى خيار المجلس وادعى فى الغنية الاجماع على ارث خيار  
 المجلس والشرط واستدل عليه مع ذلك بانه حق للميت فيورث لظاهر القرآن وتبعه  
 بعض من تأخر عنه وزيد عليه الاستدلال بالنبوى ماترك الميت من حق فلو ارثه .

ثم قال ما لفظه: اقول: الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب والسنة الواردين فى  
 ارث ما ترك الميت يتوقف على ثبوت الامرين احدهما كون الخيار حقا لا حكما  
 شرعيا كالاجازة لعقد الفضولى وجواز الرجوع فى الهبة و ساير العقود الجائزة  
 فان الحكم الشرعى مما لا يورث وكذا ما تردد بينهما للاصل وليس فى الاخبار ما يدل  
 على ذلك عدا ما دل على انتفاء الخيار بالتصرف معللا بانه رضى كما تقدم فى خيار  
 الحيوان او التمسك بالاجماع على سقوطه بالاسقاط فيكشف عن كونه حقا لاحكام  
 مستغنى عنه بقيام الاجماع على نفس الحكم .

الثانى كونه حقا قابلا للانتقال ليصدق انه مما ترك الميث بان لا يكون وجود الشخص وحيوته مقومآ له والافمثل حق الجلوس فى السوق والمسجد وحق التولية والنظارة غير قابل للانتقال فلا يورث واثبات هذا الامر بغير الاجماع ايضا مشكل والتمسك فى ذلك باستصحاب بقاء الحق وعدم انقطاعه بموت ذى الحق اشكل لعدم احراز الموضوع لان الحق لا يتقوم الا بالمستحق وكيف كان فى الاجماع المنعقد على نفس الحكم كفاية انشاء الله تعالى انتهى .

وانت خبير بانه قد مر مع كمال تردده فيه اكتفى بالاجماع عليه وقد عرفت مرآاً منا عدم الاعتماد بمثل هذه الاجماع المتقولة التى غالبها المعارضة مع غيرها ولا يمكن بها الاستكشاف عن قول المعصوم اصلا بعد داهة انه مما يتقوم بالشخص الحى بل نفس الشك كاف فى عدم تسريته للوارث مضافاً الى عدم امكان اعماله فى المقام نحو التردد .

فالحى يصح منه التكليف واثبات الحقوق ما دام حيا فى المقام ما صح منه هو نفس البيع لوقوعه فى حال حياته بخلاف حق الخيار فانه مشروط ببقاءه على صفة الحياة داهة كون جميع التكليف والحقوق راجعة الى الاحياء لا الاموات فليس الكلام فى ان حقه الثابت قابل للارث بل الكلام فى ان له حق او لا للمكان الموت فالكلام فى اصل الثبوت لاثبوت الشىء للشىء ومن ذلك يظهر ما فى كلمات الاعلام .

هذا كله مضافاً الى المفروغية عن كون الخيار حق واما لو كان حكماً فلا كلام فى عدم سقوطه ومن المعلوم ان الظاهر من الادلة كونه حكماً فمن اين يستفاد من قوله البيعان بالخيار ما لم يفترقا انه حق وما الفرق بينه وبين الحكم باصل البيع ولزومه بعد التفريق فأى قرينة تدل على كونه حقا .

[فان قلت] جواز اسقاطه بعد العقد او حين عقد فلو كان حكماً لا يجوز اسقاطه .  
[قلت] اى مانع فى سقوط الحكم بحكم الشارع ايضا فكما جعل للانام احكاما جعل لهم جواز اسقاطه بالتراضى لانه ايضا حكم من احكامه وليس من قبيل



الصوم والصلاة اللتين لا يسقط بحال بدليل خارج فالادلة الدالة على جواز اسقاطه كاف فى جواز اسقاط الحكم .

وبالجملة كان جميع اطوار الحكم بيد جاعله من الجعل والاسقاط فالحكم بالاسقاط ايضا حكم كما ان الحكم بالثبوت ايضا حكم ولذا قال بعض الفحول من محشى مكاسب شيخنا بأن كل من الحكم والحق محتمل من قوله البيعان بالخيار وجعل خيار الشرط من قبيل الحق بتوهم ان خيار الشرط مما جعله وشرطه المتبايعان لا الشارع فليس الا الحق فان الحكم ليس بيد غير الشارع كما ترى قال ما لفظه والحكم غير قابل للجعل الامن بيده امره وهو الشارع فى الاحكام الشرعية فلا يعقل التسبب اليه بايجاده الى ان قال :

واما ساير الخيارات فكونها حقاً او حكماً يدور مدار احد امورا ما ظهر لسان دليله فى جعل الحق واما وجود قرينة خاصة تدل على ان المجعول حق واما ترتيب آثار الحق عليه ولو بالاجماع فنقول الخيارات التى مدر كها قاعدة الضرر كخيار الغبن وخيار تخلف الشرط او التخلف عن الشرط فهى ليست الاحكام الى ان قال :  
واما الخيارات الثابتة بعنوانها فى لسان ادلتها كقوله البيعان بالخيار وقوله صاحب الحيموان المشتري بالخيار وقوله البيعا له فى ذلك خيار الرؤية فيمكن استفادة الحقية منها فان السلطنة وان كانت تارة تكليفية واخرى اعتبارية الا ان التكليفية منتزعة عن الترخيص فى شىء فيقال انه مسلط عليه غير مصدود عنه الا ان ظاهر جعل الخيار جعل نفس السلطنة لاجعلها بجعل الترخيص وعنوان الخيار وكون العاقد مختاراً ليس الا جعل هذا العنوان الاعتبارى المعبر عنه فى كلمات الاصحاب بملك فسخ العقد او السلطنة عليه وليس الحق المجعول الا اعتباراً كاعتبار الملكية فى مواردھا .  
واما بقية الخيارات كخيار التأخير وخيار ما يفسده المبيت وخيار العيب فلسان ادلتها لعدم تكفل عنوان الخيار وشبهه قابل لكلا الامرين من الحق والحكم انتهى موضع الحاجة .

وفيه ان مصاديق الجعل بيد المتبايعين لا كلى الحكم فلولا حكم الشارع بان

المؤمنين عند شروطهم كيف يتمكنوا الناس من جعل الشروط لهم فهذا الوجه من هذا القائل لعله عجيب فان الحكم بالوفاء بالشروط بعينه نظير الحكم بالوفاء بالعهد والنذر فلا فرق بين قوله المؤمنون عند شروطهم وبين قوله المؤمنون عند نذورهم وعهودهم وكان مصاديق كل منها بالجعل واختيار المكلفين ومجرد كون مصاديق الشروط كان لهم ومصاديق النذور كان عليهم لا يوجب كون الشرط وجعله باختيارهم. بداهة ان مصاديق جميع الاحكام متفاوتة وبعضها مثل الصلاة وبعضها مثل الجهاد وبعضها مثل الزكاة فبعضها مثل الشروط فالفرق بين خيار الشرط وخيار المجلس والحيوان تحكمم فالشارع له حكم ضررى كالجهاد وحكم ارفاقى كالارث وكلاهما حكم والالزم ان يكون جميع احكام الارث حقاً لانها ارفاق بالناس وقابل للاسقاط كما اذا انصرف الوارث عن ارثه بالنسبة الى الوارث الاخر او بالنسبة الى الميت كاجازة ما زاد على الثلث بداهة انه اسقاط لحقه الثابت له بحكم الشرع وظاهر ان الاحكام المشابهة للحق اثباتا واسقاطاً لكثير كابواب القصاص والجنايات فراجع وتأمل فيها فهل تجد فرقاً بينها وبين الشروط .

واما ما احتمله فيه الوجهان كخيارى المجلس والحيوان فان كان استفادة الحق منهما من حيث انهما ارفاقاً فقد عرفت ان الاحكام الارفاقية كثيرة فمن اين يعلم ان قوله وصاحب الحيوان بالخيار كونه حقاً نعم وجه جعل هذا الحكم من حيث الارفاق الى المشتري لا انه حقاً له واما ساير الخيارات التى لم يكن بعنوان خاص كعنوان المجلس والحيوان فالفرض انه قائل بالحكم فقط .

وكيف كان فلا ارى وجهاً لكون الخيار حقاً فالحكم بان الخيار موروث كلها كما ترى وبالجمله لا اشكال فى ان بعض الحقوق مما يتقوم بالحياة كما فى المقام فان الخيار على تسليم كونه من الحقوق القابلة للانتقال دون الاحكام الممنوعة من ذلك هو انما يكون فيما لم يكن للحياة دخلا فيه فاذا كان للبيع هذا الحق فكيف يكون هذا للميت حتى يرثه الوارث .

وبالجمله ما دام المكلف حياً كان له البيع والشراء الذى ثبت له بقاء علقه

ماله ما دام فى مجلس العقد فاذا باع ثبت له حق الفسخ والامضاء حياً فكما صح له البيع ما دام حياً فكذلك ملك قراره وزواله فكما يخرج بالموت عن القدرة والاختيار بالنسبة الى البيع والشراء فكذلك بالنسبة الى اثبات ما باعه فى حياته وزواله .

فالميت كما لا يقدر على البيع لا يقدر على اثباته وزواله والارث فرع على صحة اثباته له بيده كى يكون من جملة حقوقه فبلا اقل من احتمال كون اعمال هذا الحق بالمباشرة بنفسه فبالموت لم يثبت له ذلك بل يخرج عن تلك القابلية سواء مات احدهما او كلاهما او قتلا ونحو ذلك وسواء كان فى خيار المجلس او غير ذلك كخيار الحيوان او الشرط فالشرط قائم بالشارط فاذا مات فلا يبقى له حق . ثم على المشهور من صحة ارث الخيار فان كان الوارث واحداً او متعدداً مع الاتفاق فى الفسخ والامضاء فلا كلام ومع الاختلاف مشكل من حيث تقدم ايهما بل فيه اشكال اعظم منه وهوان ارث الحقوق ليس كارث متعلقه وهو بيع الدار مثلاً حيث ان الدار ينقسم بين الورثة وهذا المعنى باطل فى الحق جداً .

وكيف كان فهو يتصور على وجوه اولى ان يرث كل منهم بقدر سهمه فيكون حق الامضاء فى مقدره غاية الامر ان البايح له خيار تبعض الصفقة وعليه يتصور الامضاء من ذى سهم والفسخ من آخر الثانية ان يكون لكل واحد حق الفسخ او الامضاء فى الكل وفساده كما ترى الثالثة ان يجتمعوا على الفسخ او الامضاء وان فسخوا فواضح وان امضوا فلكل نصيبه الرابعة ان يختلفوا فبعضهم قد فسخ وبعضهم قد امضاه فان قدم الفاسخ فلا دليل عليه .

ثم انه لو كان لجميع الورثة لزم حضور الكل فى مجلس العقد ان كان فى خيار المجلس ومع غيابه كيف يكون خيار المجلس له فى الحق ولا يمكن تقسيمه الى الحاضر فى المجلس بالثبوت وعدمه لغير الحاضر .

وكيف كان ففى الجواهر ما لفظه ومن ذلك يتضح لك الحال فى كل خيار ورثه متعددون ، وأنه يقدم الفاسخ منهم على الملزم ، لانه لما علم عدم قابلية الخيار

للتوزيع في نفسه - ضرورة عدم معقولية نصف الخيار وربعه مثلاً، وعدم تبعيته ايضاً  
 قسمة العين ، لما عرفت من عدم الاشاعة ، وكان يمكن ابقاء النبوى وغيره مما دل  
 على انتقال الحق كان لكل واحد من ورثته على ظاهره لتعقل تعدد من لهم الخيار،  
 بخلاف المال الذى لا يبد من تنزيل نحو ذلك فيه على ارادة الاشتراك ، لعدم  
 تعدد الملاك شرعاً لمال واحد بخلاف محل البحث - اتجه القول بشبوته حينئذ  
 لكل واحد منهم ، وأنه يقدم الفاسخ منهم على الملمزم ، كذوى الخيار فتأمل جيداً  
 فانه دقيق انتهى .

وقد تلخص ان الروح بمجرد خروجه عن البدن لا يلبق بان توجه عليه خطاب  
 فالامر بالبيع والاخذ بالخيار قبل الافتراق له مادام حياً وبعده لا يكون مأموراً بالاخذ  
 بالخيار فاذا يثبت له حق في حال حياته لم يكن للوارث من هذا اعماله بعدها اصلاً  
 فانه فرع الثبوت فالميت مادام في الحياة فله اعتبار وامره نافذ ويعتنى بشأنه بخلاف  
 ما اذا خرج منه الروح فانه بمنزلة الجماد عند الناس لا يفهم ولا يعلم ولا يقدر على  
 شىء اصلاً وهو دليل على انه ليس الانسان بالوجود الذى عين العلم والقدرة  
 والحيوة والشعور كما هو كذلك عند مشرب وحدة الوجود او الموجود نعوذ بالله منه  
 والفرق بالشدة والضعف لافى أصل الحقيقة الوجودية فكل شىء عندهم  
 عين الوجود والفهم والحياة والقدرة حتى الكلب والعدرة والفرق بالماهية الاعتبارية  
 العدمية فعند الموت والنوم يسلب عن الانسان جميع ذلك حتى لا يتوهم كونه عين هذه  
 المذكورات فيكون في حال النوم والموت جماداً لاعلم له ولاقدرة ولافهم ولاشعور  
 فكل شىء ماهيات قائمات بالعلم والقدرة والحياة والشعور والوجود الذى عين العلم  
 والقدرة والحياة والشعور مختص بالله تعالى لا يشترك فيه أحد .

[فان قلت] الميت ميت بنظرنا القاصر والافى الحقيقة هو حى باق عند ربهم  
 يرزقون كما هو صريح الايات والروايات غاية الامر يسلب عنه القدرة على ايجاد  
 ما يتعلق بالدنيا فأى مانع فى أن يكون وارثه نائباً عنه فى اجراء هذا الحق ولو بعنوان  
 انه له فكما يصح ان يفعل القادر عن العاجز اعماله نيابة فى كثير من الموارد فكذلك

في المقام ولولم يطلق عليه النياية .

[ قلت ] نعم ان الانسان اذا خرج عن الدنيا انما يموت ويفنى بنظرنا لكنه عند الله باق ويعيش في العالم البرزخ الا ان كونه حيا في عالم الاخرة والبرزخ لا يدل على صحة اعماله الدنياوى ولومن حيث اجراءه الورثة حتى على تسليم كونه حقاً اذ ليس جميع الحقوق مما يقبل الوراثة .

ثم انك قد عرفت بعض الكلام في الموت وبعده في آخر المجلد الثانى عشر وعرفت هناك ان الانسان حى لا يموت بعده وانه يعيش في عالم الاخرة والبرزخ بالبدن والقالب المثالى الذى هو بدن عين بدنه الدنياوى من حيث الشكل والجسم غاية الامر انه الطف من البدن الدنياوى لانه بدن مجرد غير مادى كما عليه الفلاسفة حيث قالوا ان الانسان بعد مفارقة الروح عن بدنه قد تعلق بالقالب البرزخى المقدارى وهو بدن مجرد عن المادة فاثبت الاشرافيون منهم عالم المثال البرزخ بين الماديات والمجردات المحضة .

وغيرهم من اثبات عالم المثال كون الحشر بهذا البدن لا البدن الدنيوى وايضاً اثبات عدم احتياج الجنة والنار الى المكان فى جواب منكرين المعاد وقد عرفت الجميع مفصلاً .

وعبارات صدر المتألهين فى كتبه تنادى بذلك بأعلا صوتها فراجع ولا نعيد ومن جملة القائلين بالجنة والنار الموهومة هو فيض القاسانى الذى من تلامذته قال فى رسالته الموسومة به مرات الاخرة ما لفظه الباب الثانى فى ان الجنة والنار انما تنشأ من النفس الانسانية وانما يتبين ذلك ببيان مقدمات .

وحاصل الاولى ان كل ما يدركه الانسان بحواسه يجتمع فى صحيفة ذاته .  
وحاصل الثانية ان كل انسان يحشر على صورة تناسب اخلاقه .

وحاصل الثالثة انه تعالى خلق الانسان مثلاً لنفسه ذاتاً وصفةً وفعلاً وصيرها ذات علم وارادة وقدرة وحيوة يخلق ما يشاء ويختار ما يريد وفى الرابعة ان هذه القدرة فى الاخرة تكون لعامة الناس فيبدعون فى خارج محل همهم ما يشاؤون من

الصور مما يناسب احوالهم لعدم مانع لهم عن ذلك بل يكون تلك الصور اشد الذاذاً وايلاماً من هذه المحسوسات الملمذة والمؤلمة بكثير لصفاء المحل وقوة الفاعل وعدم المشاغل وذكاء المدرك وانحصار القوى كلها فى قوة واحدة هى المتخيلة وصيرورتها عيناً باصرة للنفس وقدرة فعالة وانقلاب العلم مشاهدة .

وذلك لان الخيال هنالك يصير عين الحس ويتحد به الى آخر عبارته فى الرابعة وفى الخامسة ان الاقدار على ابداع الصور فى الآخرة انما يكون لكل انسان على حسب حاله ومقتضى مرتبته ودرجته الى ان قال اذا ثبت هذه المقدمات .  
فاعلم ان كلامنا من الجنة والنار انما تنشأ من النفس وانهما حالتان فى موضوعها وحالتان لها وتحدثان لكل نفس بحدوثها وتعمران باعمالها ومدركاتها واخلاقها وملكانتها التى تحصل لها من اول العمر الى آخره فان من ألفت حقيقة وانس طريقة واعتاد عملاً واحب شيئاً واستمر على ذلك مدة ورباه يوماً فيوماً وشيئاً فشيئاً ترسخ ذلك لامحالة فى نفسه وصار جزء من حقيقته بحيث يتعذر او يتعسر انفكاكه عنها فيحمله معه الى الآخرة فيكون قرينه شاء ام أبى ولا تنفعه حيثئذ كراهته ونفرته عنه ولا يصير ذلك سبب الانفكاك عنه الى ان قال :

فالمؤمن يحمل معه من الدنيا مما اكتسبه طول عمره ما يأنس بمناذمته ويلتذ بادراكه الى ان قال والكافر يحمل معه من الدنيا مما اكتسب يده مما لا يمكن انفكاكه عنه ما يتأذى به ويتعذب بمجاورته من سموم وحميم وظل من يحموم ومن حيات وعقارب ذوات لدع وسموم حسب ما اقتضته اخلاقه المذمومة واعماله القبيحة الى ان قال فالمملكات مستتعبة للاعمال فى الآخرة بوجه يفعله ويخترعه ويوجده وهو يتأذى منه او يلتذ الى آخر عبارته .

وانت اذا تأملت فى عبارته تجدها انه قد لا يقول بالجنة الخارجية بنحو ما وصفت فى الكتاب وكذا النار بل هما منشأتهما النفس ولا مكان لهما فى الخارج فالنفس توجد جنة على حسب ميلها واما النار فهو عبارة عن اعمال قبيحة تعملها النفس فى دار الدنيا فيكون معه ولا ينفك عنه فيكون فى الآخرة من الحيات والعقارب والنار

تؤلمها فليس في الخارج نارا توجب تلك الاعمال القبيحة بل النار نفس الاعمال القبيحة التي معه في الدنيا فصورتها في الدنيا هو الزنا والربا والظلم وفي الآخرة هي العقارب والحيات والنار .

وبالجملة عبادة الصدر والوسط منهما ماصريحتان في ان الجنة والنار من منشآت النفس ولا يخفى ان مثل هذا الشخص مع جلالة قدره في الاخبار كيف صار مقتونا بكلمات العرفاء والصوفية وكيف قلّد استاذة الصدر او كيف لم يتفكر في الايات الكثيرة وكيف يرضى نفسه بمثل ذلك القول فالجنة والنار الموجودتان فعلا هل تكون مما يوجد هما النفس بعد ذلك اليس ذلك استهزاء بالكتاب والسنة وعمدة ما ذهبوا الفلاسفة الى ذلك الموهوم هو الجواب عن منكرين للمعاد وانه لو كان فإين مكانهما فأجابوا بعدم الاحتياج الى المكان غفلة عن ان ذلك ايضاً انكار للمعاد والجنة والنار والبعث والنشور بمعنى احياء العظام البالية .

فإين لهم الجواب عند الجبار ولم يصدقوا النبي الاكرم في ذلك واقل ما يجب على الانسان هو التصديق بما جاء به النبي بما هو مراده ولو لم يفهم الانسان ما اراد . قال الشيخ الرئيس في النجاة ما هو لفظه يجب ان يعلم ان المعاد منه مقبول من الشرع ولا سبيل الى اثباته الا من طريق الشريعة وتصديق خبر النبوة وهو الذي للبدن عند البعث وخيرات البدن وشروعه معلومة لا يحتاج الى ان يعلم وقد بسطت الشريعة الحقبة التي اتانا بها نبينا المصطفى محمد ﷺ في حال السعادة والشقاوة التي بحسب البدن ومنه ما هو مدرك بالعقل والقياس البرهاني وقد صدقته النبوة وهو السعادة والشقاوة الثابتان بالمقاييس اللتان للنفس وان كانت الاوهام منا تقصر عن تصورها الان انتهى ما هو محل الحاجة . وهذا اعتراف منه بتصديق النبي الاكرم ويجب على الفلاسفة الاسلامية احتمال خلاف ما ذكروا ولو بنحو والله أعلم بمكانها ولم يصل عقولنا بذلك وامكان كون الجنة والنار اللتان في الكتاب هو الجنة والنار الخارجية التي خلقها الله لعباده المتقين والعاصين وان كان للنفس ايضاً اقتدار على تصور جنة ونار أو وجودها في الخارج باذن الله لا بأن يقولون بطور القطع عدم مكان لهما وانهما من منشآت النفس .

بداهة انه مخالفة واضحة للقرآن والرسول وجميع الائمة الهادين وكان ذلك من هؤلاء سبباً لاضلال جميع العوام واكثر الفضلاء فانهم يعتقدون بهذه العقيدة لحسن ظنهم بهؤلاء فهيتروا انفسكم للجواب غداً عند الله الواحد القهار عند قوله وترى المجرمين يومئذ مقرنين فى الاصفاد سرايلهم من قطران وتغشى وجوههم النار ثم انه يقع الكلام فى مرادهم من منشئات النفس وانه هل المراد بهما وجودها الذهنية اى تصور النفس كما تصورت فى الدنيا الاشياء او وجودها الخارجى وعلى الاول لا يكون قابلة للاستفادة اصلاً وعلى الثانى هل المراد بها وجودها فى الخارج بنحو الدوام والبقاء كالبناء الثابت كما هو ظاهر جميع الايات والروايات او المراد بها وجودها موقته ثم يفنى بعد ذلك وعلى الاول يحتاج الى المكان وعلى الثانى لا يكون قابلاً للاستفادة اصلاً .

وقد ورد ان جماعاً واحداً من اهل الجنة يطول خمسمائة عام بحيث لا يمل واحد منهما عن الاخر فى هذه المدة الكثيرة وكذا طعامهم وقال عز من قائل ماله من نفاذ وقوله لامقطوعة ولا ممنوعة وقوله وما هم منها بمخرجين وقوله وادخلنا فى رحمتنا .

وجميع هذه الايات صريح فى أن الجنة ونعيمها باقية الى بقاء الله فهل النفس ينشأ مثل هذه الجنة ولا يكون جنة من فعل الله فى الخارج اصلاً او كان له تعالى ايضا وعلى الثانى يحتاج الى مكان وانتم اذا ادعونا بفساد الهيئة القديمة وانحصار الكرات فى الافلاك التسعة علموا بوجود المكان لهما فى الخارج وانهما مخلوقتان من قبل .

وفى الكافى من قال لاله الا الله غرست له شجرة فى الجنة اليس ظاهره تحقق الجنة فى الخارج وهل يصدق غرس شجرة فى جنة ينشأها النفس بعد يوم القيامة وفى خبر الواردة فى فضيلة يوم الغدير ان لله فى الفردوس الاعلى قصرأ لبنة من فضة ولبنة من ذهب الخ .

وهل يكون ذلك من منشئات النفس ام لله تعالى وعن أبى عبد الله عليه السلام عن قول الله



عز وجل فيهن خيرات حسان قال هن صواح المؤمنات العارفات الخ فهل يرجع ضمير فيهن الى ما انشأت النفس .

وفى البحار كنز : بحذف الاسناد مرفوعاً عن مولانا على بن الحسين عن أبيه عن جده أمير المؤمنين صلوات الله عليهم قال : المؤمن على أى حال مات وفى أى ساعة قبض فهو شهيد ولقد سمعت حبيبي رسول الله ﷺ يقول ان المؤمن اذا خرج من الدنيا وعليه مثل ذنوب اهل الارض لكان الموت كفارة لتلك .

ثم قال عليه السلام من قال لا اله الا الله بالاخلاص فهو برىء من الشرك من خرج من الدنيا لا يشرك بالله شيئاً دخل الجنة ثم تلا هذه الآية ان الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء وهم شيعةك ومحبوك يا على .

فقلت يا رسول الله هذا لشيعةى فقال اى ورى لشيعةك ومحبيك خاصة وانهم ليخرجون من قبورهم وهم يقولون لا اله الا الله محمد رسول الله على ولى الله فيؤتون بحلل خضر من الجنة وأكاليل من الجنة وتيجان من الجنة ويلبس كل واحد منهم حلة خضراء وتاج الملك واكليل الكرامة ويركبون النجائب فتطير بهم الى الجنة لا يحزنهم الفزع الاكبر وتلقاهم الملائكة هذا يومكم الذى كنتم توعدون وهل يكون هذه الجنة هى الجنة التى انشأها النفس وان الله ادخل عباده فى جنات النفس او ان هذا المؤمن انما ادخل نفسه فى جنة انشأها بعد خروجه من القبر

وقد ورد الروايات بمقدار لو تسلط عليها المتتبع لعلم بجنون أصحاب هذا القول وعرفت مفصلاً فى مجلد الاثنى عشر ثم ان هذه الرواية لا بد ان يحمل ذنوب المؤمن فيها على ذنوب يكون من حق الله لاحق الناس كالقتل والزنا مع ذات البعل والسرقة ونحوها بما دل على عدم العفو عنها فانها فى مقام المبالغة فى امر المؤمن ومقام الشيعة

بل يمكن ان يقال ان شيعة على لا يصدر منه امثال هذه المعاصى فيكون المراد هو المعاصى الجزئية الصادرة عنه كما ان المراد من اهل الارض ايضا مبالغة فى كثرتها .

وليت شعري بأن الجنة التي لم يبلغ آخرها جبرئيل بطيرانه في مدة ستين ألف سنة وقد تعب وسئل من الله القوة حتى يبلغ آخرها فاجاب امرئة بأنك لم تخرج في هذه المدة من قصرى وجنتى كيف ينشأها النفس الانسانية مع ان فى وقت طيرانه لم يخلق انسان فهل يكون انسان مؤمن قبل خلقته انشاء مثل هذه الجنة تأمل وتدبر وتب الى الله حتى يهديك الى صراط مستقيم وهو اعطائك عقل سليم .

ثم ان هذه الامور ومامر فى مجلد الثانى عشر من حيث انشاء النفس الجنة وليت شعري ما يقولون فى النار فهل يكون النفس ايضاً انشأت النار والعقارب والحيات والاعلال لنفسها او غيرها او يكون المراد منها هو الالم الدنياوى والمصيبات الجارية على البشر كما هو ظاهراً اكثر عباراتهم التى قد مرت او اصلاً لم تكن جهنم وجحيم فى البين وان العذاب من العذب الملائم للطبع واللذات كما عن بعض العرفاء والله الهادى الى الصراط المستقيم .

وكيف كان فقد خرجنا عما كنا بصدده ﴿ و ﴾ قد مر الكلام فى موت ذى الخيار بخلاف ما ﴿ لوجن ﴾ فانه ﴿ قام ﴾ ليه مقامه ﴿ كما فى ﴾ غيره من امواله وحقوقه . و يجرى فى خيار المجلس ما يقرب مما سمعته فى الموت ، وفى المسالك ومثله ما لو خرس ولم يمكنه الاشارة المفهمة والا اعتبرت اشارته كاللفظ ﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ لو زال العذر لم ينقض تصرف الولى ﴾ الجامع لشرائط الصحة التى منها مراعات الغبطة والمصلحة . او عدم المفسدة كما فى الجواهر .

﴿ ولو كان الميت ﴾ الذى له الخيار ﴿ مملوكاً مأذوناً ثبت الخيار لمولاه ﴾ اذا كان البيع أو الشراء للمولى ، اذ ذلك له قبل موته ضرورة تبعيته للمال .

المسألة ﴿ الرابعة ﴾ المشهود نقلاً وتحصيلاً بل فى التذكرة الاجماع على أن ﴿ المبيع يملك ﴾ ولو كان الزمان زمان الخيار ﴿ بالعقد وقيل ﴾ والقائل ابن الجنيد فى المحكى عن ظاهره وابن سعيد فى جامعهم ﴿ به وبانقضاء ﴾ مدة ﴿ الخيار ﴾ .

ولا يخفى ما فيه بل حصول الملك بالعقد الظاهر انه من البديهيات اذ السبب للتسليم ليس الا لعقد من غير دخالة لشيء آخر اصلاً والخيار حق خارجى لا مدخلية

له فى الملك وانما يجعله الشارع للمتبايعين ارفاقاً ولطفاً كى يكون لهما مناص بعد كالمجلس والحيوان فىكون الملك الحاصل بالعقد متزلزلاً بمعنى امكان رفعه بالخيار لانه لا ملك بعد العقد حتى ينقضى زمن الخيار فلو لم يتحقق الملك بالعقد فاذا اسقطه بعد العقد فيما ذابحصل الملك .

وكذا حال الانقضاء فاذا انقضى زمن الخيار فهل يكون نفس الانقضاء مملكاً او العقد و الاول كما ترى و الثانى ان ترتب الملكية بعد العقد فهو المطلوب لعدم انفكاك المعلول عن العلة وان كان الملكية معلقة على انقضاء زمان الخيار او حاصله عنده فهما انفكاك عن العلة التامة او كان حصول المعلول بدون العلة فلا يعقل حصول الملك بانقضاء زمان الخيار ولا به وبالعقد .

وفى الجواهر قال وجعل الشيخ الافتراق فى كتابى الاخبار شرطاً فى استباحة الملك . بل صرح فى الاستبصار منهما باشتراكهما فى صحة العقد ، وكلامه فى النهاية لآبى التنزيل على المشهور كالمقنعة ، بل عن الشهيد احتمالاه ايضا فى كلامه فى الخلاف ، لانه بعيد الخ .

ولا يخفى ان هذا المسألة من العجائب مع وضوح دليله على قول المشهور كما فى التذكرة قال ما لفظه المشهور عند علمائنا أن الملك ينتقل بنفس الايجاب والقبول الى المشتري انتقالاً غير لازم ان اشتمل على خيار ، ويلزم بانقضائه والملك فى الثمن للبائع ، وهو أحد اقوال الشافعى ، وبه قال أحمد . لقوله عنه (من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا أن يشترط المبتاع ) ، ولانه عقد معاوضة يقتضى الملك فلزمه بنفس العقد كالتكاح .

و(الثانى) للشافعى أنه ينتقل بالعقد و انقضاء الخيار ، فى مدة الخيار للبائع ، والملك فى الثمن للمشتري ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ، لانهما قالوا لا يثبت خيار المجلس ، فىكون ذلك فى خيار الشرط ، لانه ايجاب غير لازم مع سلامة المعقود عليه ، فلم ينتقل الملك كعقد الهبة . والفرق ظاهر . فان الهبة ليست عقد معاوضة بل هى تبرع محض . وعدم اللزوم لا يمنع الملك فى المعاوضات كما لو كان معيماً .

و(الثالث) أن الملك مراعى . فأن فسخا تبينا أن الملك لم ينتقل بالعقد . وان اجازا تبينا انه انتقل بالعقد من حين العقد . لان البيع سبب الزوال . الا أن شرط الخيار يشعر بأنه لم يرض بعد بالزوال جزماً . فوجب ان يتربص و ينظر فيه عاقبة الامر . و لان العقد لو أوجب الملك لاجاز التصرف . و لايجوز أن يتعلق الملك بالفرق بالابدان لان ذلك ليس من اسباب الملك . فلم يبق الا أنه يملك بالعقد ويتبين ذلك بالفرق . و هذا يلزم عليه البيع قبل القبض والرهن فان الملك حاصل فيه والتصرف لايجوز انتهى .

ولقد اظن ان هذا الاختلاف منشأه كلمات العامة كما عرفت من التذكرة وفى الخلاف ايضا ما لفظه العقد يثبت بنفس الايجاب و القبول فان كان مطلقاً فإنه يلزم بالافتراق بالابدان و ان كان مشروطاً يلزم بانقضاء الشرط فان كان الشرط لهما او للبايع فاذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم و ان كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البايع عن الملك بنفس العقد لكنه لم ينتقل الى المشتري حتى ينقضى الخيار فاذا انقضى ملك المشتري بالعقد الاول .

وللشافعى فيه ثلاثة اقوال احدها ينتقل بنفس العقد والثانى ينتقل بشرطين العقد وقطع الخيار والثالث مراعى فان تم البيع تبينا ان ملكه انتقل بنفس العقد وان فسخ تبينا ان ملكه مازال سواء كان الخيار لهما او للبايع وحده او للمشتري وخيار الشرط فيه وخيار المجلس سواء الى ان قال :

[دليلنا] على لزومه بعد انقضاء الشرط والافتراق الاجماع فإنه لاخلاف فيه بين العلماء و اما الدليل على ان العقد يحصل بالايجاب والقبول قوله إِلَّا لِلْبَّيْعَانِ بالخيار ما لم يفترقا فائتبهما بيّعين مع ثبوت الخيار لهما و ايضاً خيار المجلس وخيار الشرط انما هو لفسخ العقد فلو كان العقد لم يثبت (ما ثبت - خ) لم يكن لفسخه معنى انتهى .

وفيه اولا ان الاجماع على خلافه و لعمري ان امثال هذه الدعاوى يوجب عدم حجية الاجماع المنقول بل المحصل منه اذ كثير ألا يكون منشأه الاتوهم قاعدة

او اصل و نحوهما و ثانيا البيعان بالخيار ما لم يفترقا ظاهر بل صريح فى حصول الملك اذ الخيار عبارة عن تخريب الملك و ارتفاعه فلو لا حصوله لكان الخيار بماذا فالخيار متوقف على ثبوت الملك غاية الامر متزلا .

وثالثاً ان قوله فابتهما بيّعين لامحصل له لامن حيث التركيب النحوى و لامن حيث المعنى بان كان الضمير فى اثبت راجعاً الى الامام و ضمير التثنية الى البيعين بمعنى انه <sup>ع</sup> جعل البيعين مع الخيار فمضافاً الى زياد لفظ بيعين كان المعنى جعل الخيار للبيعين وهو مسلم عند الكل و لاربط له بعدم انتقال الملك .

و بالجمله نسخ الخلاف جميعاً كذلك و ظنى ان العبارة ليست كذلك فالعبارة مع المطلوب كلاهما كما ترى و رابعاً أن قوله وايضاً خيار المجلس الخ أيضاً مجمل فانه صريح فى خلاف المطلوب و حاصل العبارة ان الخيارين لفسخ العقد فلا بد وان يكون العقد اى حصول الملك ثابتاً كى يصح الفسخ فلو لم يتحقق النقل و الانتقال لامعنى للفسخ و تأمل فيها حتى تجد معنى صحيحاً للعبارة .

و يمكن ان يكون مراده ان العقد ثابت معلقاً كما هو احد اقوال الشافعى و خامساً ما ربط قوله فلو كان العقد لم يثبت بقوله لم يكن لفسخه معنى فانه صريح فى كون العقد و الملك ثابتاً و لذا جعل فلو كان العقد من توالى الفاسدة لعدم حصول الملك و انه لولاه لامعنى للفسخ فان كان مراده حصول الملك بهذه العبارة فمامعنى قوله قبل اقامة الدليل وان كان مراده عدم حصول الملك وان المال باقياً على ملكه بعد فمامعنى لهذه العبارة .

و عليك بالتأمل فى جميع ما ذكرنا و سادسا ان توقف الملك على انقضاء زمان الخيار لو كان الخيار لهما او للبايع فقط دون المشتري مامعناه بعد كون خيار المجلس لهما قبل الافتراق و سابعا ان هذا التفصيل مستلزم لاحد المحذورين على سبيل منع الخلو لانه فيما كان الخيار لهما او للبايع فقط ان لم ينتقل ملكه الى المشتري الا بعد انقضاء زمان الخيار لزم انفكاك المعلول عن العلة التامة وان زال ملكه ولكن لم ينتقل الى المشتري لزم كون الملك بلا مالك فى زمان .

﴿و﴾ لهذه الامور قال المصنف ﴿الاول اظهر﴾ بل اصح لصدق التجارة بمجرد العقد والحلية بمجرد البيع فلا يكون حصول الملك للاداة حالة منتظرة. وفي المسالك بعد العبارة قال ما اختاره المصنف هو مذهب الاكثر وعليه العمل والمشهور ان القول المحكى للشيخه الا انه صرح بان ذلك مع كون الخيار للبايع اولهما فلو كان للمشتري ملك من حين العقد وحينئذ فلا يصلح نسبة اطلاق القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار اليه انتهى قوله فلو كان للمشتري ملك من حين العقد قد عرفت انه خلاف عبارة الخلاف حيث ان صريحه لم يكن المبيع للبايع ولا للمشتري اما الاول فلزوال ملك البايع واما الثاني فلعدم دخوله في ملك المشتري. ولعل الشهيد فهم هذا التفصيل بهذا النحو اى بمثل انه اذا كان الخيار للمشتري ملك من حين العقد من غير خلافه .

قال في الحقائق مانصه المشهور بين الاصحاب - رضى الله عنهم - ان المبيع يملك بالعقد ملكا متزلزلا قابلا للفسخ مدة الخيار ونقل عن الشيخ أنه انما يملك بانقضاء الخيار اذا كان الخيار للبايع أولهما ، أما لو كان للمشتري فانه يملك من حين العقد. وعن ابن الجنيد أنه انما يملك بانقضاء الخيار مطلقا، وربما نقل الاطلاق عن الشيخ أيضاً ، الا أن عبارته في الخلاف دالة على التفصيل المتقدم ، لكن ظاهرها انما هو زوال ملك البايع عن المبيع بنفس العقد، متى كان الخيار للمشتري، وأنه لا ينتقل الى المشتري حتى ينقضى الخيار ، فاذا انقضى ملكه بالعقد الاول ، وهذا خلاف ما نقلوه عنه، من أنه متى كان الخيار للمشتري فانه يملك من حين العقد. و مقتضى ما نقلناه عنه، في الخلاف ان الفرق بين الامرين انما هو باعتبار زوال ملك البايع ، و انه لا يزول في صورة ما لو كان الخيار له اولهما ، و يزول فيما كان الخيار للمشتري ، و أما المشتري فانه لا يملكه ولا ينتقل اليه الا بانقضاء الخيار مطلقا .

و هذه صورة عبارته في الكتاب ننقلها ليزول بذلك عما ذكره شبهة الشك

والارتباب .

ثم نقل عبارة المتقدمة عن الخلاف .

ثم قال ومقتضاه انه فى صورة ما اذا كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البايع عن المبيع بنفس العقد، ويبقى المبيع مدة الخيار بلا مالك لزوال ملك البايع بنفس العقد، وعدم دخوله فى ملك المشتري حتى ينقضى الخيار ولم اقف على من تنبه لذلك من عبارته مع انها ظاهرة فيما قلناه .

ثم قال فى هامش حدائقه ما لفظه : نعم قد وقفت فى كلام شيخنا الشهيد فى كتاب غاية المراد فى شرح نكت الارشاد ما يؤيد على ما قلناه حيث قال : بعد ذكر آخر عبارة الشيخ المتقدمة وهذا الكلام يشم منه التناقض، لكون الملك لا يخلو عن مالك ، ولا مالك غيرهما قطعاً ، وقد زال ملك البايع مع الحكم بعدم انتقاله الى المشتري مع أنه اذا لم ينتقل اليه كان ملكاً للبائع، فيكون ملك البايع زائلاً غير زائل وملك المشتري ثابتاً غير ثابت ، وانه تناقض .

ثم أجاب عن ذلك فقال قديجاب بأن الموقوف هو الملك المستقر، وعلى هذا يرتفع الخلاف انتهى ، وهو جيد .

و بالجملة فالامر دائر بين العمل بكلام الشيخ بناء على ظاهره الذى نقله الاصحاب عنه، واللازم منه ما عرفت من الاشكال فى الموردين المذكورين وبين تأويل كلامه بما ذكر من الملك المستقر وبه يرجع الى كلام الاصحاب ، ويزول الخلاف من البين بمعنى ان العقد سبب تام فى الملك غاية ما فى الباب انه متزلزل فى موضع الخيار حتى يسقط فرفع الخيار موجب للقرار لاجزاء علة نقله للملك . ثم قال وفيه ايضاً ان مقتضى ما ذكره فى صورة ما لو كان الخيار مشتركاً او للبائع خاصة من جعل ملك المشتري معلقاً على انقضاء الخيار، وانه ينبغي أيضاً أن يكون ملك البايع الثمن أيضاً معلقاً على ذلك ، ومتوقفاً عليه، وهذا اشكال آخر فى العبارة المذكورة .

ثم انه على تقدير هذا القول مطلقاً أو مقيداً كما ذكره، فهل يكون انقضاء الخيار مع عدم الفسخ كاشفاً عن ملك المشتري من حين العقد أم ناقلاً ؟ كل

محتمل ولكن ظاهر عبارة الشيخ المذكورة الاول ثم نقل بعض الثمرات على القولين  
ثم قال فمن الاخبار الدالة على الاول الاخبار الواردة في خيار الشرط، وقد  
تقدمت في الموضوع المذكور كموثقة اسحق بن عمار، ورواية معاوية بن ميسرة،  
فانهما صريحتان في كونه زمن الخيار ملكاً للمشتري، وانه لو تلف في تلك المدة  
كان من ماله، ويحمل عليهما ما اطلق من اخبار المسألة.

ويؤيده أيضاً ان المتبايعين اقدا على ان يكون المبيع للمشتري، ثم نقل  
اخبار القول بعدم الملك ثم قال وبالجمله فروايات خيار الحيوان كما ترى مشتركة  
في أن تلفه مدة الخيار من مال البايع.

وهو خلاف ما عليه القول المشهور، من ان المبيع ملك المشتري الموجب  
لكون التلف من ماله. وخلاف ما نقلوه عن الشيخ من أنه متى كان الخيار للمشتري  
فانه يوافق القول المشهور في هذه الصورة، مع ان الخيار هنا للمشتري كما هو  
الاشهر الاظهر.

وهذه الاخبار انما تنصت على قول ابن الجتيد، وأن مضي مدة الخيار ناقل  
لا كاشف، مع أنه قول مرغوب عنه في كلامهم.

وقد تقدم في قسم خيار التأخير ذكر رواية عقبة بن خالد الدالة على تلف  
المتاع عند البايع، وانه مضمون على البايع حتى يقبضه المشتري، مع أن مقتضى  
قاعدتهم وقولهم أن المبيع يملك بالعقد هو كونه من ملك المشتري، لخروجه بالعقد  
عن ملك البايع، وكونه ملكاً للمشتري، وأما البناء ثمة على ما ذكره من قاعدة التلف  
قبل القبض موجب للضمان على البايع.

ففيه انه لا مستند شرعياً لهذه القاعدة، ولعل قول الشيخ المفيد والمرتضى  
ومن تبعهما ثمة بكونه من مال المشتري، التفاتا الى هذه القاعدة المذكورة هنا من  
حصول الملك بالعقد، فانه موجب لذلك الا أن الرواية كما ترى بخلاف ذلك.

ومن ذلك يظهر ان الاولى والالتيق هو الوقوف في كل حكم على ما يقتضيه



النصوص المتعلقة بذلك الحكم، وعدم الوثوق بهذه القواعد التى يؤسسوها انتهى وكيف كان فالظاهر ان هذا القول من نتائج سوء العامة والا فمن المعلوم بالبداية حصول النقل والانتقال بالعقد مع ان القبول هو قبول ماتحقق فى الخارج فلو لم يحصل من الايجاب بقوله بعثك الدارنقل الدارالى المشتري بل بقى ملكية البايح بحالها فالقبول بماذا تعلق فهل يكون القبول قبول شىء غير واقع او القبول فى مجرد الصورة واللفظ فلامعنى للقبول الا اذا تحقق الملك وحصل النقل من البايح حتى يقبله المشتري وهو اقوى دليل على فساد هذا القول فلا يعبأ بما ظاهره ذلك بعد هذا الاشكال .

وكيف كان فلو لم يحصل الملك بالعقد لما حصل بعد ذلك بشىء فالعلة التامة لحصول النقل والانتقال هو العقد لاغيره فهذا القول ساقط عن درجة الاعتبار موافقا للمشهور بل لو لم يحصل بالعقد الملك لكان وجوده بلا اثر وبمنزلة العدم وهو كماترى ويدل عليه موثق غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه عن على عليه السلام « اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وان لم يفترقا » وموافقة ذيله للتقية غير مانع من الاستدلال باطلاقه ، وخبر عقبة بن خالد المتقدم فى خيار تأخير الثمن .

وصحيح بشار بن يسار « سئل الصادق عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع ، ويشتره من صاحبه الذى يبيعه منه ؟ قال : نعم لا بأس به ، قلت ، . اشترى متاعى ؟ فقال : ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك » هذا نص فى تحقق الملك بمجرد العقد فانه صريح فى وقوع شراء ماله فورا بعد البيع فى مجلس العقد قبل انقضاء زمان الخيار واصرح منه قوله عليه السلام ليس متاعك فى جواب سؤال اشترى متاعى فانه صريح فى ان متاعك بمجرد البيع خارج عن ملكك

ونظيره [ حسنة ] الحسين بن منذر قال للصادق عليه السلام : « يجيئنى الرجل فيطلب العينة ، فأشترى له المتاع من أجله ، ثم أبيعها اياه ، ثم أشتريه مكانى ؟ فقال : اذا كان له الخيار انشاء باع وان شاء لم يبيع ، وكنت أنت أيضاً بالخيار ، ان شئت اشتريت وان شئت لم تشتري فلا بأس » والمراد بالخيار هو الاختيار فى مقابل الجبر لا الخيار

المصطلح وفي دلالة الروايتين غنى وكفاية .

ويدل عليه ايضا [ صحيح محمد بن مسلم ] « سئل أبا جعفر عليه السلام عن رجل أتاه رجل فقال : ابتع لى متاعاً لعلى أشتريه منك بنقد أونسيه ، فابتاعه الرجل من أجله قال : ليس بهأس انما تشتريه منه بعدما يملكه » [ وصحيح ] منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام « فى رجل أمر رجلا أن يشتري له متاعاً ، فيشتريه منه؟ قال : لا بأس بذلك انما البيع بعد ما يشتريه .

[ وما رواه ] فى الكافى والتهذيب فى الموثق عن اسحاق بن عمار قال : اخبرنى من سمع أبا عبد الله (ع) « قال سأله رجل وأنا عنده فقال له : رجل مسلم احتاج الى بيع داره فمشى الى اخيه فقال له : أبيعك دارى هذه وتكون لك أحب الى من أن تكون لغيرك على أن تشتري لى ان أنا جئتك بثمانها الى سنة أن ترد على ؟ فقال : لا بأس وغيره مما مر فى روايات خيار التأخير :

تقريب الاستدلال ان قوله ان انا جئتك الخ ظاهر بل صريح فى حصول الملك فى مدة السنة للمشتري حتى يشترط عليه رده ثانيا الى البايع برد الثمن فلو لم يتحقق الملك بل كان الدار للبايع كما قبل البيع لم يكن وجه الرد برد الثمن كما لم يكن وجه لبقاءه عند المشتري بل كان جميع تصرفات المشتري غصبا لو لم يكن ملكه . وفى الجواهر فى مقام الاستدلال عليه ما لفظه والنصوص المتضمنة لكون مال العبد للمشتري مطلقاً ، أومع الشرط وعلم البايع من دون تقييد بانقضاء الخيار ، والنبوى « الخراج بالضمان » الذى معناه أن الربح فى مقابلة الخسران فان الخراج اسم للفائدة الحاصلة فى المبيع ، والمراد انها للمشتري ، كما ان الضرر الحاصل بالتلف عليه ، فهو دال على المطلوب وان كان مورد الحديث خيار العيب ، والحكم ثابت فيه بلا خلاف كما قيل ، بل لا يبعد أن يكون الخلاف فى خصوص خيار الحيوان ، والمجلس والشرط الذى لم يسبق بلزوم العقد ، وأما هو فقد عرفت الحال فيه سابقاً . كل ذلك مع عدم دليل معتبر للمخالف ، خصوصاً التفصيل ، عدا دعوى قصور العقد فلا يفيد الملك وهو كما ترى انتهى نعم قدينا فى الجميع [ صحيحة ]

ابن سنان الدالة على أنه « اذا اشترى الدابة أو العبد و اشترط الى يوم أو يومين ، يموت العبد او الدابة أو يحدث فيه حدث ، فضمن ذلك على البايع حتى ينقضى الشرط ، ويصير المبيع للمشتري » فانها ظاهرة فى عدم الملك للمشتري و اللازم حملها على عدم استقرار الملك له لاصل الملك .

[ و موثقة ] عبد الرحمان بن أبى عبد الله قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى أمة بشرط من رجل يوماً أو يومين ، فماتت عنده ، و قد قطع الثمن على من يكون الضمان ؟ فقال : ليس على الذى اشترى ضمان حتى يمضى بشرطه . » [ ورسالة ابن رباط ] عن روه عن ابى عبد الله (ع) قال : ان حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البايع « ويمكن حمله على ما قبل القبض .

[ ورواية ] عبد الله بن الحسن بن زيد بن على بن الحسين (ع) عن أبيه عن جعفر بن محمد (ع) قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فى رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة أيام ، فمات العبد فى الشرط ، قال : يستحلف بالله مريضه وهو برىء من الضمان « وهذه الروايات كما عرفت على خلاف القواعد .

وفى الجواهر بعد نقل تلك الروايات ما لفظه الا أنها لاتصلح لمعارضة الروايات المتقدمة ، لرحمانها بالكثرة و المطابقة للاصول و الاجماع المنقول ، و ظاهر الكتاب والشهرة بين الاصحاب ومخالفة اكثر الجمهور ، فتعين التأويل فى هذه ، بحمل الصيرورة فيها على اللزوم جمعاً بين الاخبار انتهى .

❖ و ❖ اذا ثبت حصول الملك بالعقد فلا جرم ❖ لو تجدد له ❖ اى المبيع ❖ نماء ❖ بين العقد وانقضاء الخيار ❖ كان للمشتري ❖ لانه نماء ملكه ❖ و ❖ حيثئذ ف ❖ لو فسخ ❖ المشتري ❖ العقد ❖ مثلاً ❖ رجع على البايع بالثمن ولم يرجع البايع ❖ عليه ❖ بالنماء ❖ الذى هو له على هذا القول لان المفروض ان المبيع صار للمشتري فالنماء له بخلاف ما اذا قلنا بعدم حصول الملك او قلنا يكون النماء فى زمن الخيار للبايع لو فسخ المشتري كما سيأتى فانه كان المبيع باقياً

على ملك البايع فالنماء له لكنك قد عرفت فسادَه فالحق ما هو المشهور ثم ان كون النماء للبايع على القول الغير المشهور فيما كان المقصود حصول الملك بعد الانقضاء .

و اما لو كان مرادهم كون الملك معلقا على انقضاء زمان الخيار بمعنى انه بمجرد العقد يحصل النقل معلقا على انقضاء الخيار وبالانقضاء ينكشف تعلق الملك من اول العقد كان النماء أيضاً للمشتري لان المفروض كشف الانقضاء عن حصول الملك من حين العقد .

المسألة ﴿ الخامسة اذا تلف المبيع ﴾ الشخصى ﴿ قبل قبضه ﴾ بأفقسماوية ﴿ فهو من مال بايعه ﴾ اجماعاً بقسميه . قال فى التذكرة ولا خلاف عندنا فى الضمان على البايع قبل القبض مطلقاً ، فلو تلف حينئذ انفسخ العقد وسقط الثمن ، وبه قال الشافعى وأحمد فى رواية ، وهو محكى عن الشعبي وربيعة ، لانه قبض مستحق بالعقد ، فاذا تعذر انفسخ البيع ، كما لو تفرقا قبل القبض فى الصرف انتهى .

وظاهره الانفساخ من الاصل فانه الظاهر من الانفساخ و الا لبينه بانه انفساخ من حين التلف و ظاهر الانفساخ من الاصل وفى المسالك بعد المتن قال المراد انه ينفسخ العقد بتلفه من حينه و يرجع الثمن الى ملك المشتري فلو كان قد تجدد له نماء بعد العقد و قبل التلف فهو للمشتري و ليس للمشتري مطالبته البايع بالمثل او القيمة وان كان الحكم بكونه من مال البايع يوهم ذلك وانما عبروا بذلك تبعاً للنص والمراد منه ما ذكرناه وحينئذ فيقدر دخوله فى ملك البايع قبل التلف آناً ويكون التلف كاشفا عنه ومثله دخول الدية فى ملك الميت والعبد الأمور بعته فى ملك المعق عنه وحكى فى التذكرة وجهان الفسخ هنا يكون من اصله وعليه فلا يحتاج الى التقدير انتهى .

و الكلام تارة فى فسخ البيع مع التلف قبل القبض واخرى فى عدمه وعلى الاول تارة يكون الفسخ من اصله فكأنه لم يكن عقد واخرى من حين التلف ويشمر فى النماء بعد العقد فلو كان الفسخ من حين العقد كانت النماءات الحاصلة بعد العقد

للبيع و ان كان من حين التلف كان للمشتري لانه ملكه من حين العقد الى حين التلف فعلى الثاني يقدر دخول المبيع آناما في ملك البايع فيتلف منه وعلى الاول لا يحتاج الى هذا التقدير وعلى عدم الفسخ اصلا يرجع المشتري الى البايع بالمثل او القيمة بخلاف القسمين لفرض انفساخ العقد فيكون المبيع يخرج من كيس البايع ويرد الثمن الى المشتري ويمكن ايضا على عدم الفسخ خروجه من كيس المشتري لانه ملكه و لو كان قبل القبض الا ان يمنعه البايع من القبض فيرجع على البايع بالمثل او القيمة كما هو محكى عن المالك واحمد وفي التذكرة ما لفظه :

وقال مالك : اذا هلك المبيع قبل القبض لا يبطل البيع ويكون من ضمان المشتري الا ان يطالبه به فلا يسلمه فتجب عليه قيمته للمشتري، وبه قال أحمد واسحق، لقوله عنه : (الخراج بالضمان) ونماؤه للمشتري فضمانه عليه ، ولانه من ضمانه بعد القبض وكذا قبله كالميراث . ولا حجة في الخبر لانه لم يقل الضمان بالخراج، والخراج الغلة، والميراث لا يرعى فيه القبض، وهنأيرعى ، فانه يرعى في الدراهم والدنانير بخلاف الميراث فيهما ، وهذا مذهب مالك هو اختيار أحمد ، ونقل عنهما معاً ان المبيع اذا لم يكن مكبلاً ولا موزوناً ولا معدوداً فهو من ضمان المشتري، ومنهم من أطلق كما تقدم انتهى وظاهره ايضا بطلان البيع من اصله .

ولا يخفى ان انفساخ العقد من اصله او من حين التلف يحتاج الى الدليل لمعارضة النص الدالة عليه مع عموم ادلة حصول الملك بالعقد اللازم كونه من مال المشتري من دون انفساخ للعقد ويمكن دفعه بانه بناء على حصول الملك فمقتضى القاعدة وان كان التلف من مال المشتري ولو قبل القبض لكنه حيث ورد الرواية على ان التلف من مال البايع ما لم يخرج المتاع من بيته كان اللازم هو الاخذ به مضافاً الى كونه مشهوراً .

ويمكن ان يوجه ذلك ايضا بان الملك وان كان للمشتري لكن مادام لم يخرج من بيت المالك ويده كانه لم يدخل في الملك المشتري لابعنى عدم حصول الملك

بالعقد كيف وقدمر ذلك بما لا مزيد عليه بل بمعنى ان الملك الذي خرج عن ضمان البايع هو ما اذا وصل الى المشتري وقبل القبض مع انه ملك المشتري لكن بحكم عدم الملك في كونه على عهدة البايع فيكون ملكا متزلزلا كزمن الخيار ولا منافاة بين كون الشيء خرج عن ملك البايع ومع ذلك يجري احكام عدم الخروج ولكنه مع ذلك قد تأمل في كونه من البايع المقدس الاردبيلي وتبعه صاحب الحدائق فقال بعد بعض فروعات المقام من كون المتلف بايعاً او مشترياً او اجنبياً ما هو لفظه .

وانت خبير بان ما ذكر من الكلام في هذا المقام مبني على ثبوت القاعدة القائلة «بأن التلّف قبل القبض مضمون على البايع» مع انها معارضة بالقاعدة الاخرى المتقدمة القائلة «بأن المبيع يملك بالعقد» .

والتفصي عن المعارضة بما ذكرهنا من ان المراد بكونه من مال البايع انه بنفسه العقد بتلف المبيع من حينه ، بمعنى انه يقدر دخوله في مال البايع آنا ما قبل التلف ويكون التلف كاشفاً عنه - لا يظهر له وجه من النص الوارد في هذه المسألة ، وهو خبر عقبة بن خالد المتقدم ، بل ظاهره انما هو ما نقل عن العلامة من الوجه المتقدم ، وهو ان الفسخ يكون من أصله وبه يحصل الاشكال لتصادم القاعدتين في المقام .

والى ما ذكرنا هنا يشير كلام المحقق الاردبيلي - رضوان الله عليه - في شرح الارشاد - حيث قال : بعد كلام في المسألة مما شاة للجماعة - ما لفظه « فتأمل فان الامر مشكل لكون الملك للمشتري مثلاً قبل القبض في زمن الخيار على مامر وبعدد ، والبايع غير مقصر ، والقاعدة تقتضى كونه من ماله وايضاً قالوا ان المراد بكونه من مال البايع فسخ العقد ، فيكون التالف من مال البايع مثلاً وفي ملكه ، وليس للمشتري الا الثمن أو مثله لو أعطاه ، وليس له طلب مثل المبيع وقيمه .

والنماء الحاصل الى حين التلف أيضاً مثل الولد والكنز الذي وجده المملوك والمال الذي وهب له وقبل وقبض ، وقال : وهو مشكل ايضاً اذا كان ملكاً للمشتري وتلف كيف يصير التلف في ملكه ، فقيل بتجدد الملك للبائع قبل الهلاك بجزء لا

يتجزى من الزمان ، مثل دخول العبد المأمور بعنقه في ملك المعنق عنه ، ودخول الدية في ملك الميت ، فتأمل فيه « انتهى كلامه وهو جيد وان كانت عباراته لا تخلو من تعقيد من حيث غلبة الاعجمية عليه .

وبالجملة فالواجب هو الوقوف على الروايات في كل حكم حكم كما قدمنا ذكره ، والروايات المتعلقة بهذه المسألة هي ما قدمنا ذكر بعضها في المسألة المتقدمة ، وأشرنا الى البعض الآخر فيما تقدم ، وهي اخبار خيار الشرط الدالة على كون المبيع ملكاً للمشتري ، وأن تلفه منه ، واخبار خيار الحيوان المتقدمة على أن تلفه في زمن الخيار من ملك البايع ، وخبر عقبة بن خالد الدال على كون التلف من ملك البايع ، وعدم البناء وعلى هذه القاعدة التي لا مستندة لها من النصوص وكل ما يتفرع عليها من الفروع الا ما اقتضته قواعد آخر من الاخبار ، انتهى .

ولا يخفى أن كلامه لا يخلو من اجمال فانه قد أشار بكلتا الطائفتين من الروايات المتقابلة وحينئذ أى شىء مراده من هذه القاعدة التي لا مستندة لها فان كانت قاعدة كون التلف قبل القبض من مال بايعه فهو مضافا الى دلالة النصوص عليها كانت مشهوراً وان كان غيرها فلا قاعدة في البين الا قاعدة حصول الملك بالعقد وهي ايضا مشهورة ثم قال فى هامش الكتاب بعد قول الاردبيلي وحاصل هذا الكلام يرجع الى ملاحظة القاعدة الدالة على أنه بالعقد يدخل المبيع فى ملك المشتري ، والجمع بينها وبين القاعدة المذكورة هنا ، وهى « ان تلف المبيع قبل القبض من مال البايع » بأن يقال : انه بالتلف يفسخ البيع من حينه ، ويرجع المبيع الى ملك البايع . والتمن الى ملك المشتري ، فيقدر دخوله فى ملك البايع آناماً قبل التلف ويكون التلف كاشفاً عنه ، ولا ينافى ذلك كونه قبل ذلك ملكاً للمشتري ، وان له نماؤه ومن أجل ذلك انه لا يرجع المشتري بالمثل أو القيمة لخروجه عن ملكه قبل التلف ، وصيرورته للبايع فى ذلك الان المقدر ، وانما يرجع بالتمن لبطلان البيع انتهى نعم ظاهر هذا الكلام هو الميل الى قول المشهور .

وفى مكاسب شيخنا ما لفظه من احكام القبض انتقال الضمان ممن نقله الى

القابض قبله يكون مضمونا عليه بعوضه اجماعاً مستفيضاً بل محققاً ويسمى ضمان المعاوضة ويبدل عليه قبل الاجماع النبوى المشهور كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و ظاهره بناء على جعل من للتبعيض انه بعد التلف يصير ما لا للبايع لكن اطلاق المال على التالف انما هو باعتبار كونه ما عند التلف و بهذا الاعتبار يصح أن يقع هو المصالح عنه اذا اتلفه الغير لا قيمة كما صرح به فى باب الصلح من الشرايع والتحرير وحيث فلا بد من أن يكون المراد بالنبوى أن المبيع يكون تالفاً من مال البايع ومرجع هذا الى انفساخ العقد قبل التلف انما ليكون التالف ما لا للبايع .

والحاصل ان ظاهر الرواية صيرورة المبيع ما لا للبايع بعد التلف لكن لما لم يتعقل ذلك تعين ارادة وقوع التلف على مال البايع ومرجعه الى ما ذكره فى التدكرة وتبعه من تأخر عنه من أنه يتجدد انتقال الملك الى البايع قبل الهلاك بجزء لا ينجزى من الزمان و ربما يقال تبعاً للمسالك ان ظاهر كون المبيع التالف قبل القبض من مال البايع توهم خلاف هذا المعنى ولعله لدعوى ان ظاهر كونه من ماله كونه تلفه من ماله بمعنى كون دركه عليه فيوهم ضمانه بالمثل و القيمة الى أن قال .

ويبدل على الحكم المذكور ايضاً رواية عقبه بن خالد عن ابي عبدالله (ع) فى رجل اشترى متاعاً من رجل و اوجبه غير انه ترك المتاع عنده ولم يقبضه فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع حتى يخرج من بيته فاذا اخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه ماله و لعل الرواية اظهر دلالة على الانفساخ قبل التلف من النبوى و كيف كان فلا خلاف فى المسئلة اعنى بطلان البيع عند التلف لا من اصله لان تقدير مالية البايع قبل التلف مخالف لاصالة بقاء العقد وانما احتيج اليه لتصحيح ما فى النص من الحكم بكون التالف من مال البايع فيرتكب بقدر الضرورة و يترتب على ذلك كون النماء قبل التلف للمشتري وفى معناه الركا الذى يجده العبد وما وهب منه فقبل او اوصى له فقبل كما صرح به



فى المبسوط والتذكرة وصرح العلامة بان مؤنة تجهيزه لو كان مملو كا على البايع وهو مبنى على ثبوت الملك التحقيقى قبل التلف لامجرد تقدير الملك الذى لا بد فيه من الاقتصار على الحكم الثابت المحوج الى ذلك التقدير دون ما عداه من باقى آثار المقدار الا ان يقال بان التلف من البايع يدل التزاما على الفسخ الحقيقى انتهى . ولا يخفى انه كلما ازداد فى المسألة من هذه الكلمات ازداد فى الاشكال فيها وحاصله تقدير الملك انما مضافا الى عدم الدليل عليه لا ينطبق مع القواعد اصلا وادلة حصول الملك بالعقد غير قابل لارجاعه الى ملك المالك الاول ولو فى جزء لا يتجزى بل الانفساخ قبل التلف مما لا معنى له اصلا والحاصل اذا تحقق الملك لا معنى لرجوعه الى مالك الاول بلا سبب فلا بد من الالتزام بعدم حصوله فى مثل المورد وتخصيص ادلة الملك بالعقد بصورة التلف قبل القبض بمعنى عدم حصول الملك فيما تلف قبل القبض بل كان المبيع باقيا على ملك مالكة الاول ويكون تلفه من كيسه .

(فان قلت) على التخصيص لازمه خروجه عن الملك اللازم والقول بكون ملك المشتري متزلزلا كزمن الخيار وبالتلف يرتفع وبالقبض يلزم من هذه الجهة كما مر آنفا القول بعدم حصول الملك البداهة حصوله غاية الامر متزلزلا .

قلت حينئذ قد ورد الاشكال والغرض علاجه ورافعه التخصيص بمعنى المذكور فان شئت قلت بالتخصص لا التخصيص فان صورة التلف قبل القبض باطل من اول الامر ومنفسخ رأساً وانما يكون بيع عند الجاهل بالواقع لماعرفت من ان الشارع العالم بعواقب الامور والعالم بعدم تحقق شرط الصحة لم يحكم بالصحة من أول الامر فيكون المقام بمنزلة من أدرك أول الزوال ولكن لم يبق بمقدار درك الصلاة فلا يجب عليه قضاء صلاة الظهرين او العصر فقط ولو زعم الجاهل بالواقع وجوبها عليه فوجوب الصلاة لم يتعلق عليه من أول الزوال لعلم الشارع بعدم وجود الشرائط وهكذا الصوم لمن ترى الدم فى اثناء النهار فانه وان كان وظيفتها الصوم بحسب الظاهر وعدم علمها بعدم الشرائط واقعاً فتهيئت نفسها للصوم ايضاً .

لكنه عند العالم بالواقع لم يجب عليها الصوم فيجب عليها الافطار ولو قبل الغروب لورأت الدم ونظائر المقام كثير بل لاعمى لكون الفسخ من حين التلف وحصول الملك بالنتاج قبلا عند الواقف بالواقع وعلم بوقوع التلف الموجب للانفساخ في آن بعده بل مع قطع النظر عن اليقين بذلك لو احتمل عاقل امكان التعليق على عدم التلف لم يصح له الحكم بشئ ملك النتاج للمشتري فان الحكم يكون شىء لشخص لا بد له من اليقين ولو بحسب القواعد الظاهرة .

وبالجملة كيف يصح وقوع موجب للانفساخ قهراً ولم يفسخ سوء قدر مقدر ام لا وسواء قدر من قبل تلفه او من أوله انعقاده بل يفسخ من الاول كأنه لم يقع أصلاً ومثل حصول التلف بعد حكم الشارع بانه من مال بايعه مثل الحدث الواقع فى الصلاة فى انه يسير البطلان الى حين انعقادها وكثير من الامور هما يكون بمجرد وجوده فى شىء يفسده من أصله لامن حين وجوده .

ولو فى غير العبادات كالحدث فى الصلاة ورؤية الدم فى الصوم وحصول احد المفطرات فيه بل مع قطع النظر عن علم الشارع بالواقع يمكن أن يقال ان حكم صحة العقد لم يتعلق بعقد تلف المبيع قبل القبض سواء علم بفقدان الشرط أم لا فنفرض الحاكم من الموالى العرفية الجاهل بالواقع وحكم لعبيده بصحة بيوعهم التى حصل قبض المبيع للمشتري دون غيره سواء عبر لفائد الشرط بالبطلان اوقال بأن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه فانهما عبارتان يرجع كل منهما الى الاخر .

اذ معنى العبارة الثانية فى الحقيقة هو انفساخ العقد من أول انعقاده ورجوع المبيع الى مالكة فيتلف حقيقة عن البايع فيكون التالف قبل تلفه من أموال البايع لان انتقاله من أول الامر لم يتحقق أصلاً وانما كان بحسب الظاهر فالتلف كاشف عن ذلك ومنه يظهر فساد قوله قده لان تقدير مالية البايع قبل التلف مخالف لاصالة بقاء العقد وذلك لان بقاء العقد بحسب الظاهر وعند الجاهل بالواقع بحيث لو علم

بالواقع وفقدان الشرط ليعلم بعدم عقد من رأس فضلا عن بقاءه فلا جرم يكون الفسخ من أصله فان قوام البيع بالمبيع فاذا كان من مقومات البيع وعلم الشارع بأنه تلف فيكون من اول الامر حكمه بعدم تحقق الاثار غاية الامر حيث جهلنا به كان عندنا معلقاً بذلك .

والحاصل ان ما ذكره الاصحاب كأنه غير معقول فانه مع فرض كونه مالا للمشتري بالادلة الدالة على الملك كيف يصير مالا للمالك او لأى سبب دخل فى ملكه ولو فى جزء لا يتجزى ثانياً اذ لا بد من الدخول فى ملكه من سبب شرعى او عقلى والتلف لا يكون منهما وكون التالف غير قابل للمالية كى تدخل فى ملك المالك ثالثاً ضرورة ان قوام المالية بوجود الشيء لا بعدمه وتلفه فالعبد الميت لا يكون له قابلية أصلاً فكيف يدخل فى ملك المالك شيء لا يكون له مالية أصلاً .

وانما يدخل فى الملك المال الذى يوجب لرغبة العقلاء اليه لاعنه فالمال المسروق او المحروق او المقتول لا يكون قابلاً لرجوعه الى مالكه الاول واى دليل دل على الدخول قبل التلف آناً رابعاً .

وبالجملة ان كان المراد دخوله بعد التلف فلا يكون قابلاً لذلك وقبل التلف مجرد فرض لا واقعية له أصلاً اذ المراد ان كان الشارع يدخله قبل التلف فى ملك المالك فهو كما ترى اذ هو لا يحتاج الى هذا الامر الغير المعقول بل يكفيه الحكم بانه من مال البايع اى ضرره عليه ومعناه انفساخ المعاملة .

ولازمه انفساخها من الاصل وان كان المراد ان غير الشارع يقدر هذا التقدير فما المراد بغير الشارع فان غيره اما الفقيه واما المتبايعان وكلاهما ترى وان كان المراد ان مقتضى الادلة ذلك فليس فى الادلة الاقوله من مال بايعه او حتى يخرج المتاع من بيته وهما اجنبيان عن تقدير الملك آناً .

وبالجملة فمقتضى الادلة حصول الملك للمشتري وهو معارض مع ما دل على كونه من مال بايعه ولا يصح الجمع بينهما بذلك الامر الذى لا يوافق عليه العرف اصلاً بل مقتضاه هو الحكم ببطان هذه المعاملة من اول الامر وانما

انعدت صحيحة بحسب الظاهر ونظر الجاهل واما عند العالم بالواقع كان باطلا من اول صدورهما والتلف كاشف عن بطلانها من الاول .

ففرض دخول التلف قبل تلفه في ملك البايع لايجعل التالف غير التالف ولاغير المال بمال فان الفرض انه قد تلف فكيف يفرضه غير تالف وهو من قبيل جعل غير الواقع واقعا والباطل صحيحا وان كان المراد ان معنى قوله (ع) من مال بايعه مع فرض صيرورة المبيع للمشتري هو دخول المبيع قبل تلفه في ملك البايع فيكون ذلك بحكم الشارع ويكون ذلك مقتضى الجمع قلنا مع قطع النظر عن الاشكالات المتقدمة المال الذى للمشتري كيف دخل في ملك البايع بلاسبب ولوفى جزء لايتجزى .

(فان قلت ) قبل التلف لاوجه لانفساخ البيع لعدم تحقق سبب الانفساخ فيستصحب الى حين اليقين بتحقق سببه وهو التلف وحيث لم يصح فى حين التلف ادخاله فى ملك البايع فيقدر قبل تلفه آنامًا .

(قلت ) وحيث انه محال لان فرض المال لايجعل المعدوم مسالا فانفساخ البيع لا يستلزم امرأ محالا وهو فرض دخول المبيع فى ملك مالكة ثانيا بعد تلفه بل يستلزم بطلان البيع وفسخه من اول الامر ولايحكم الحكيم العالم بعدم تحقق شرط الحكم التكليفى اولوضعى وانما يصح من الجاهل بالواقع فمع قوله (ع) كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه مع علمه بتلف المبيع لايحكم الابفساد البيع التالف مبيعه قبل القبض من حين العقد فحكم الشارع بالفساد من حيث تلف ما به قوام البيع فيكون الضرر على البايع على طبق القاعدة ومنافعه له لان الخراج بالضمنان .

ولاجل بعض ما ذكرناه قال صاحب الكفايه فى حاشيته على المكاسب عند قوله لكن لما لم يتعقل ذلك تعين ارادة التلف ما لفظه وجه عدم المعقولية عدم قابلية التالف لان تعرضه المسالية ضرورة ان التالف لا يكاد يقابل بالمال لكنه لا يوجب تعيين ارادة ذلك لاحتمال ارادة انه بالتلف يصير كأنه كان مالا للبائع فتلف فعبر عن ذلك

الاعتبار و تلك الاضافة التى بين المال التالف و ذى المال و لا تكون بينه و غيره بالمالية و هذا اظهروا و لى للزوم الالتزام بالملكية على ذاك الاحتمال انا ما قبل التلف تقديراً او تحقيقاً بلا موجب لها بخلاف هذا الاحتمال كما لا يخفى انتهى .

وليت شعرى كيف يكون الاتفاق من الاصحاب على امر كان بطلانه اظهر من الشمس و بالجملة ليس فى الادلة مورد تدل على صحة الدخول فى الملك آنأما .  
[ فان قلت ] ماتقول فى بيع من ينعق عليه حيث ورد انه لاعتق الاعن ملك و ما ورد من ان الابن لا يملك اباه فلا بد من الدخول فى ملك الابن آنأما ثم عتق عن ملكه جمعا بين الادلة .

[ قلت ] اما مفاد لاعتق الاعن ملك فمعناه عدم صحة عتق عبد الغير وان من اراد العتق فلا بد من ان يكون العبد ملك لنفسه لا لغيره .

واما ماورد من عدم مالكية الابن فمعناه عدم صحة كون الابن من ممالك الابن و عبده فاذا لم يصح ذلك لم يصح فى آنمّا ايضا و حينئذ لا مانع من ان يكون يبعه لابه صورة بيع لابيع حقيقى و انما هو استنقاذ منه لابه .

ففى الحقيقة اعطاء مال لرفع يد مالكه عنه و حينئذ ينعق من غير دخوله فى ملك الابن و لوفى جزء لا يتجزى فانه بمجرد رفع المالك يده عنه و اعراضه عن عبده كان منعقاً كما اذا اراد شخص اهراق خمر و لا يمكن الابدفع مال لمن يزعمه مالا فيبيعه منه للاهراق

ومن المعلوم ان الخمر لا يدخل فى الملك ولو آنأما فهو بيع صورى و فى الحقيقة كان استنقاذ الخمر ممن لا يعطى الایمال و نظير ذلك كثير و لذا حمل العلامة مافى الحسنة الحلبي و صحيح الحلبي اذا اختلط المذكى بالميتة بيع ممن يستحل الميتة و حكى نحوهما عن كتاب على بن جعفر على ذلك اى استنقاذ مال المستحل للميتة فانه يرضى بذلك و لو لم يكن بيع فيمكن كون شىء فى الحقيقة ليس بمبيع ولكن كان صورة بيع .

واما الاشكال بذلك بان المستحل قد يكون ذميا لا يجوز الاستنقاذ منه الاسباب

شرعية فهو في غير محله فان معيار الصحة هو التراضي لقوله عز من قائل تجارة عن تراض منكم ولحاظ الشرائط انما يكون في البيع الحقيقي لا فيما كان الغرض وصول المال بيده مع رضا صاحبه مع ان الميعة انما لا يجوز أكلها والاستنقاذ منها بالنسبة لنا لا عليهم فهم مجوزون الاكل منها فيجوز المعاملة عليهم بامثال ذلك مع ان المناط هو الرواية والاشكال فيها من قبيل الاجتهاد في مقابل النص .

فاستنقاذ المال من صاحبه برضاه ورفع يده عن ماله مما لا اشكال فيه .

مع ان الاسباب الشرعية غير منحصرة في العقود ومن جملتها الاعراض ورفع اليد عنه اما بالمال واما باليأس من الوصول اليه واما بعدم الرغبة فيه وغير ذلك فمع امكان هذا الوجه وصحته لا يصح النوبة الى امر محال وهو تقدير الملك ودخوله في ملك الابن آنأ ما ثم العتق عن ملكه مع ان المحال لا يخصص بحال دون حال واذا كان الشيء محالاً شرعاً كان كذلك دائماً بل ومع احتمال ان المقام من قبيل استنقاذ عبد الغير من يده برضاه ولو كان مولاه مسلماً لا يصل النوبة الى امر باطل .

مع ان معنى كل مبيع تلف قبل قبضه من مال بايعه هو كون التلف من البايع اى الخسارة والضرر قد تعلق بالبايع فيكون الضمان ضمان المعاوضة ولزم على البايع رد ثمن المسمى لا الضمان الحاصل باليد كى يكون للمشتري المثل او القيمة فلا يصل النوبة الى بيان ان التالف حيث لم يكن بمال فلا بد من ان يقدر قبل التلف كى يكون مالا .

وكيف كان كون التلف بمنزلة الحدث في السراية من حين العقد واضح .  
ويدل عليه ما حكاه عن العلامة بان مؤنة تجهيزه لو كان مملوكاً على البايع فلو كان المبيع عبداً أو جارية فمات قبل القبض لو قدر قبل الموت دخوله في مال البايع كان قبله للمشتري اذ الفرض انه حين الموت فرض كونه من مال بايعه لا قبله فاذا كان للمشتري كان مؤنة تجهيزه عليه لاعلى البايع فكونها على البايع ليس الا انه بالموت يفسخ البيع من اصله وكان المال للبايع حقيقة لا لتقديره من اول الامر فعليه جميع نماآت المبيع للبايع كوجدان العبد الر كاز بعد البيع وكذلك ما وهب

له او اوصى له فقبل قبل الموت بناء على عدم كون العبد مالكا .  
وقد تلخص انه لامعنى للتقدير آنا ما اصلا بل هو امر محال لما عرفت ومنشأه  
كون الفسخ من حينه لا من الاصل بل من جميع ما ذكرنا ظهر كون الفسخ من  
الاصل فى جميع الموارد فجميع النماءات فى زمن الخيار بعد الفسخ فيه للبايع  
فالملك المتزلزل وان كان كالمستقر فى حصول النماءات للمشتري لكنه لو لم يفسخ  
وبعد الفسخ يكشف عن عدم حصول الملك اصلا .

فيكون الصحة معلقة فى الواقع على عدم التلف قبل القبض او عدم الفسخ  
فى زمن الخيار وان الملك فيهما بحسب الظاهر وعند الجاهل بالامر وهو اولى من  
القول بعدم حصول الملك رأسا فى زمن الخيار فانه مستلزم لانفكاك المعلول عن علته  
التامة وهو العقد بخلاف المقام فان الفسخ كاشف عن عدم حصول العلة فى الواقع  
فنامل جيّداً .

مع ان الملك المتزلزل نماءاته ايضا متزلزل فان النماءات لاتزيد امرها على  
الاصل فاذا كان الاصل فى معرض الزوال كان الفرع بطريق اولى فاذا كان امر الاصل  
قد ثبت فكذا الفرع فالكل معلق فى الواقع على عدم الفسخ فاذا فسخ فكما يرتفع  
ملكية الاصل من حين العقد فكذلك الفرع بل الظاهر انه لا يعقل كون امر الاصل  
متزلزلا وامر الفرع ثابت بل هو من الشرع بعيد وحكمه بكون النماءات جميعاً  
للمشتري مع اخذه الثمن بتمامه مما يكون منكراً عند العرف .

[فان قلت] صريح بعض الروايات كون النماءات للمشتري مثل رواية اسحاق  
بن عمار المتقدمة فى خيار الشرط وفيها قلت فانها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة  
لمن يكون فقال الغلة للمشتري الا ترى انه لو احترقت لكانت من ماله .

[قلت] الظاهر من الرواية فى قوله السائل ان انا جئتكم بثمانها الى سنة ان ترد  
على فقال عليك لا بأس ان الخيار يتحقق بعد الرد وقبل الرد كان الملك للمشتري لازماً  
وانما يتزلزل بعد ذلك ففي مثله الى سنة تكون النماءات للمشتري كما يكون الضرر  
عليه وفرق بين بينه وبين الخيارات المتصلة بالعقد فى مدة قليلة بحيث يكون المبيع

فى كل آن فى معرض الزوال فى مثله لا يعقل كون النماآت للمشتري لما عرفت بخلاف مسألة بيع الخيار الذى يمكن ان لا يرد البايع الثمن فمن اول الامر انتقل المال الى المشتري .

وبالجمله فى زمن خيار المتصل يكون النماآت لمن انتقل المال عنه لاليه على فرض الفسخ والا فللمشتري بلا كلام .

و بالجمله فرق واضح بين زمن الخيار المتصل بالعقد و بين المنفصل عنه والمسلم من كون الخراج بالضمان فى الثانى فانه ما لم يتحقق زمن الخيار كان البيع لازماً فيكون النفع والضرر للمشتري مع احتمال لزومه ابدأ وعدم عروض ما به يتزله بخلاف الاول فان البيع غير مستقر بعد فيكون النماآت كذلك فانه فى معرض الزوال بالفسخ و فى مثله لا يحكم بكون النماآت للمشتري لمجرد احتمال انه لو تلف كان الضرر عليه .

ولذا صح التصرفات فى زمن الخيار المنفصل بخلاف المتصل فلا يجوز للبايع التصرف المنافى فى زمن خيار المشتري و كذا العكس و اما المنفصل فلم يجرى بعد زمان الخيار فكان العقد قد وقع من اول الامر لازماً ولذا كان الامر بكون المنافع للمشتري فى زمن الخيار المنفصل والظاهر عدم الدليل على كون المنافع فى زمن الخيار المتصل للمشتري فكيف يمكن الحكم بكون المنافع له مع انه جمع بين الثمن وبمثل الثمن كما عرفت .

[فان قلت] لو لم يصح كون النماآت للمشتري فى زمن خيار المتصل فالضرر على من كان فلو تلف المبيع فى زمن الخيار على كيس من ذهب مع عدم كون النماآت للمشتري [قلت] الضمان على المشتري لكونه ملكه وبعد القبض فالتلف عليه ولا ملازمة بين كون الضمان عليه وبين كون النماآت له ايضاً .

[فان قلت] كيف صح التفكيك بينهما [قلت] لا استبعاد فيه بل لاشكال فيه فانه ان تلف فلا نتاج له حيثئذ بل يكون ضمانه عليه وان نتج قبلاً فتلف فكان النتائج له والتلف عليه وان فسخ رد النماء والنماء على مالكة وبايعه .



وبالجملة التلّف فقد كان على المشتري ومع النماء كان الضمان بالخراج ومع الفسخ يرجع الكل الى المالك فجعل النماء آت للمشتري في صورة عدم الفسخ فانه حيثئذ كان في ملكه فكان الضرر عليه بخلاف ارادة الفسخ والافر بما كان ذلك وسيلة الى الفسخ بعد استفادة النماء آت بل الظاهر لا مجال لهذه الاشكالات على ما أصرنا عليه من كون الفسخ من الاصل مطلقاً فان معناه عدم وقوع ملك للمشتري حيثئذ .  
[فان قلت] أليست الادلة ظاهرة في حصول الملك مطلقاً فيعم الخيارى وعدمه بل الغالب بيع خيارى ولا اقل من خيارى المجلس والحيوان .

[قلت] الادلة في صورة ارادة الفسخ حاكمة بعدم حصول الملك في زمن الخيار فالفسخ كاشف عن عدم حصول الملك من اول الامر على انا نقول معنى الفسخ عدم الميل والرغبة الى هذه المعاملة من اصله ورأسه وكأنه لم يقبلها من اول الامر وانما قبلها صورة على زعم كونها مطابقة لميله ومقصوده فظهر خلافه ففسخ فكأنه لم يقدم عليها من اول الامر فنظر الشارع موافق لنظر الفاسخ فالخراج والضمان واردان في صورة عدم الفسخ وهما معلقان على عدمه فلو فسخ يكشف عن عدم حصول الملك .

قال شيخنا المرتضى ما لفظه : ثم ان المتيقن من زمان الخيار الممنوع فيه من التصرف على القول به هو زمان تحقق الخيار فعلا كالمجلس والثلثة في الحيوان والزمان المشروط فيه الخيار واما الزمان الذى لم يتجز فيه الخيار اما لعدم تحقق سببه كما في خيار التأخير بناء على ان السبب في ثبوته تضرر البائع بالصبر الى ازيد من الثلث واما لعدم تحقق شرطه كما في بيع الخيار بشرط رد الثمن بناء على كون الرد شرطاً للخيار وعدم تحققه قبله وكاشتراط الخيار في زمان متأخر ففي جواز التصرف قبل تنجيز الخيار خصوصاً فيما لم يتحقق سببه وجهان من ان المانع عن التصرف هو تزلزل العقد وكونه في معرض الارتفاع وهو موجود هنا وان لم يقدر ذو الخيار على الفسخ حيثئذ ومن انه لاحق بالفعل لذى الخيار فلا مانع من التصرف .  
ويمكن الفرق بين الخيار المتوقف على حضور الزمان والتوقف على شيء

آخر كالتأخير والرؤية على خلاف الوصف لان ثبوت الحق في الاول معلوم وان لم يحضر زمانه بخلاف الثانى ولذا لم يقل احد بالمنع من التصرف فى احد من العوضين قبل قبض الاخر من جهة كون العقد فى معرض الانساح بتلف ما لم يقبض وسيجىء ما يظهر منه قوة هذا التفصيل وعلى كل حال فالخيار المتوقف تنجزه فعلا على ظهور امر كالغبن والغيب والرؤية على خلاف الوصف غير مانع من التصرف بلاخلاف ظاهر انتهى .

والغرض من نقل عبارته هو اثبات ان الخيار المنفصل يجوز فيه التصرفات اذ لم يتحقق فيه بعد سبب تحقق الخيار فيكون الخراج و الضمان فيه ظاهرا فانه كالملك المستقر وهذه المسألة عكس مسألتنا فان الكلام فى ذى الخيار لكن المقصود ان مجرد عدم تحقق زمن الخيار كاف فى اثبات بعض آثار الملك ومن جملتها كون ذهابها من كيس ذى الخيار .

و الحاصل فرق واضح بين زمان خيار المتصل بالعقد والمنفصل عنه سلمنا كون النماءات فى زمن الخيار للمشتري لكنه فيما اذا لم يفسخ البيع وبعد الفسخ الذى عرفت انه من الاصل انكشف كون النماءات مع ذبها للمالك والالزم الجمع بين الثمن ومثل الثمن فى كثير من الاوقات ولازمه ايضا تقدير الميت حيا فى جزء لا يتجزى قبل التلف وهو امر محال كما عرفت فلانماص فى الفسخ مطلقا من كونه من الاصل .

ومما يدل عليه وكون المنافع فى زمان الخيار للبايع لو فسخ هو [حسنة الحلبي] عن أبى عبدالله ( ع ) فى رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردها ، قال : ان كان فى تلك الثلاثة الايام يشرب لبنها رد معها ثلاثة أمداد ، وان لم يكن لها لبن فليس عليه شيء . «

ومثله عن ابى المغراء وجه الدلالة ان المبيع شاة فكان للمشتري خيار الحيوان والفرض انه ردها فى زمن الخيار وهو الثلاثة فلو كان المنافع فى زمن الخيار للمشتري لاعتنى لامر الامام برد الالبان بل كان كل ما يشربه له وليس ذلك الا لكون الفسخ

من الاصل اذ لو كان من حين الفسخ كان اللبن للمشتري فشرب ما يختص به و بالجملة الرواية صريحة فى كون المنافع فى زمن الخيار لو فسخ كان للبايع اللازم منه كون الفسخ من اصله .

[فان قلت ] فامسكها ثلاثة ايام يمكن ان يكون الرد بعدها .

[قلت ] اولا كان الرد فى الثلاثة بقرينة قوله ( ع ) ان كان فى تلك الثلاثة وثانيا لو كان المراد بعد الثلاثة كان البيع لازما فلا طريق له للرد فجواز الرد ليس الا فى اثناء الثلاثة .

[فان قلت ] اليس فى زمن الخيار بعد ان يقبض المشتري المبيع كان التلف عليه فلازمه كون المنافع له .

[قلت ] ذلك فيما اذا لم يفسخ البيع واما اذا فسخ ورد المبيع الى مالكه فلا يد وان يردده مع جميع منافعه ولعله الى ذلك نظر الامام الصادق الذى نزل فى بيته الكتاب فى حديث البغلة بعد فتوى ابي حنيفة بعدم الضمان من حين المخالفة زعما منه انه بالمخالفة ضمن قيمة البغل فيكون الخراج له فقال الامام (ع) وفى مثله . فان ابا حنيفة لم يفهم برجوع البغلة الى صاحبه فيكون نظير الفسخ و مثله يضمن المنافع قطعاً فان الفرض ان البغل قد رجع الى صاحبه ومن ذلك يظهر ما فى كلام صاحب الحدائق قال :

وثانيا - ان الرواية المذكورة تضمنت جواز الرد بعد الثلاثة « وهو مخالف لمقتضى القاعدة المتفق عليها نصاً وفتوى ، وان المشتري ليس له الخيار فى الحيوان الا فى ضمن الثلاثة ، وأما بعدها فلا ، وحمل الرواية على كون الرد فى الثلاثة بعيد عن مقتضى سياقها ، وحق لفظها .

وثالثاً - ان مقتضى كلامهم أنه بالعقد ينتقل الى ملك المشتري ، فالمشتري فى ضمن الثلاثة انما تصرف فى ملكه ، فكيف يضمه ، ويعطى بعد الرد ثلاثة أمداد عوضا عنه انتهى .

وليت شعرى انه لما لم يلحظ قوله ( ع ) ان كان فى تلك الثلاثة ايام فمضافا

الى صدق فامسكها ثلاثة ايام ثم ردها فيما رده في اواخر اليوم الثالث بحيث كان في الثلاثة ولا ظهور بوقوع شيء في بعد يوم و وقوعه في آخر جزء لا يتجزى منه بل قول القائل جئتك بعد ثلاثة ايام يصدق لوجاءه فيما بقى من اليوم ساعة قطعاً ان قوله ان كان في تلك الثلاثة ايام صريح في وقوع الرد في اليوم الثالث لابعده و الانصاف ان طرح الروايات بمجرد امثال هذه الشبهات بعيد في الغاية واعجب من ذلك قوله وثالثاً .

وحاصله جعل ماهو المشهور على خلاف الرواية دليلاً على عدم صحة الرواية من دون تفكر في امكان فساد ماذهب اليه المشهور وان المناط والمعيار هو الرواية وهي السند على كل شيء وهي الدليل على كل الاحكام والعجب ايضاً منه حيث انه في اكثر الاوقات توقف من حيث عدم نص في البين .

وفي المقام مع النص قد ذهب الى ماهو المشهور من كون المنافع في زمن الخيار للمشتري ولم يتفطن بانه فيما لم يفسخ ومعه لا معنى لكون المنافع للمشتري واما ما اتفق على الشاة في مدة الثلاثة فيمكن اولاً كونها رعت في الثلاثة ولو فرض كان من كيسه كان وظيفته بل يجب على من حبس حيواناً ان يعلقه بقدر كفايته بل لا يضمن البايع مقدار العلف قطعاً فانه هذا الضرر جاء من جانب الفسخ .

وبالجملة لا ارى وجهاً لما ذهب اليه المشهور اصلاً مع انه طريق لاخذ الثمن والمثمن ووقوع البيع خياراً والفسخ بعد اخذ الثمنات .

ومما يؤيد كون الفسخ من الاصل لامن حينه انه لو باع مائة غنم في مدة ثلاثة ايام الخيار ففسخ المشتري البيع لخياره فيلزم دفع جميع السخال وسائر الثمنات كاللبن والصوف ونحوها الى المشتري مع تمام ثمنه بل على البايع الصبر حتى تولدت السخال مع جبر ان ضرر البايع وهو كما ترى نعم هذا الفرض بناء على عدم دخول الحمل في المبيع كما هو المشهور واما اذا قلنا بدخوله فيه فلا كلام في رد السخال ايضاً .

ويمكن ان يفرض مع التولد من الامهات في خيار الشرط اذا كان مدة الشرط

كثيرة كما لو اشترى بشرط ستة أشهر فحصل الحمل والتولد ثم فسخ فيلزم استرداد الثمن مع اخذ السخال وهو جمع بين الثمن والاكثر من المثلن وكما اذا حصل لبن كثير فى ثلاثة الحيوان وكذا نمو الصوف فى زمن العقد الى حين الفسخ وكذا اذا باع اشجاراً بشرط طويل المدة فثمرت الاشجار ففسخ المشتري فكان على المشهور له الثمار واخذ الثمن ايضاً فربما كان الاثمار اكثر قيمة من المثلن ومثل ما كان للعبد لقطة فيشتريه ثم فسخ كما مثل به المصنف فيما يأتى .

ومثل ما اذا وجد العبد ركازاً وكنزاً بعد الشراء فى الثلاثة الحيوان ثم فسخ المشتري فلزامه كون الكنز للمشتري مع أخذ ثمنه بناء على عدم كون العبد مالئاً والا فيكون النماءات لنفسه ومثل ما اذا اشترى عبداً له مال ولم يعلم به البايح فصح البيع وماله للمشتري ففسخ فى الثلاثة على الخلاف فيه .

وفيما اذا اشترى داراً او بستاناً او ارضاً مع شرط الخيار وظهر فيها كنز ولم يعرف لها مالك واخذه ثم فسخ ولازمه كون الجميع للمشتري فانه ملكه فى زمن كان المحل له وهو أمر مستهجن عند الشرع فضلاً عن العرف بخلاف ما اذا قلنا بكون الفسخ من حين العقد فالفسخ كاشف عن عدم وقوع الملك اصلاً فيكون الكل للبايع مع موافقة الشرع والعرف عليه لان المشتري فسخ لخياريه فيكون له ثمنه لاغير . [فان قلت] صريح الادلة حصول الملك بالعقد والفرص جعل حقوق للعقد لو ندم على المعاملة امكن لهما تخريبها وحيث ان كان الفسخ من حين الفسخ صح بخلاف كونه من الاصل فان معناه عدم حصول الملك من أول الامر فيلزم التناقض وهو حصول الملك بالعقد وعدمه .

[قلت] اولاً لامنافاة بين حصول الملك لازماً ومتزلزلاً للغالب الاكثر وعدمه فى صورة الفسخ احياناً لعدم تناف بين عدم حكمه بالملك فى موارد التى انفسخ العقد ولم نقل كالشيخ بعدم حصول الملك رأساً فى زمن الخيار بل يمكن بعيداً جعل ماورد فى عدم حصول الملك فى زمن الخيار ناظراً الى صورة الفسخ سلمنا كون الفسخ من الحين فى موارد الفسخ ومن الاصل فى موارد التلف قبل القبض لكننه

قد عرفت ان النماء تابع لكيفية الملك فان كان لازماً كان النماءات لازمة وان كان متزلزلاً كانت متزلزلة .

ففى موارد الفسخ وان حصل الملك للمشتري لكنه حيث كان متزلزلاً ومرفعاً بالفسخ كانت نماآته كذلك فعليه كانت النماءات الحاصلة قبل الفسخ معلقة على الفسخ وعدمه فان فسخ كانت للبايع والا كانت للمشتري .

ومما ذكرنا ظهر مافى كلمات المشهور ومافى الحدائق قال فيه قد صرحوا بانه اذا حصل للمبيع نماء قبل القبض كالنتاج او ثمرة النخل او اللقطة كلقطة العبد التى يمكن تملكها ولو بعد التعريف كان ذلك للمشتري ، فان تلف الاصل سقط الثمن عن المشتري ان لم يدفعه ، والا استرجعه وله النماء ، ولو تلف النماء من غير تفريط لم يلزم البايع دركه .

أقول : أما الحكم الاول فجيد لان المبيع بالعقد ينتقل الى ملك المشتري قبضه او لم يقبضه ، فكذا نماءه ، وهكذا الثمن ايضا ، فانه بالعقد ينتقل الى البايع ونمائه تابع له ايضا .

واما الثانى - فهو مبنى على القاعدة المتفق عليها عندهم ، وهو ان المبيع قبل القبض مضمون على البايع ، وعلى ان التلف انما يبطل البيع من حينه ، كما هو المشهور عندهم ، فيكون النماء السابق على وقت التلف وما فى حكمه كلقطة العبد للمشتري واما لوقلنا بأنه يبطله من أصله كما تقدم نقله احتمالاً عن العلامة فهو للبايع . واما الثالث - فوجهه ان النماء فى يد البايع أمانة لا يضمنها الا مع التفريط اقتصاراً فيما خالف الاصل - وهو ضمان مال الغير مع عدم العدوان - على ما دل عليه الدليل انتهى .

وانت اذا تأملت غاية التأمل تعلم ان الحق ما ذكرناه ثم ان التلف الموجب للضمان على البايع هو التلف بأفة سماوية لا بالتلف من الاجنبى فانه يرجع المشتري الى الاجنبى بالمثل او القيمة .

وفى الجواهر نعم يمكن دعوى انسياق التلف بالافة السماوية ، فلو أتلفه

اجنبى لم يضمه البايع ، واستحق المشتري عليه المثل او القيمة ، وقيل : بالتخيير بين ذلك والفسخ والرجوع بالثمن ، بل هو المشهور بينهم ، بل لاخلاف أجده بينهم ، لكن لا دليل عليه ، بل لعل مقتضى الدليل خلافه ، بل لعله كذلك ان اتلفه البايع ايضا ، لاصالة اللزوم ، لكن قد يظهر من خبر عقبة بن خالد انه من ضمان البايع مطلقاً حتى يقبضه المشتري انتهى .

قوله لكن لا دليل عليه حق اذ المال للمشتري فاذا اتلفه الغير ضمان له بضمنان اليد ولا دليل على تخييره الا فيما لم يقدر على اخذ حقه من متلفه فيرجع الى البايع وهو اظهر فيما لو اتلفه البايع فعليه ضمان اليد من المثل او القيمة اذ الذى كان ضمانه بضمنان المعاوضة هو التلف بالاتلاف ورواية عقبة ايضا ظاهرة فى التلف بالاتلاف نعم صريح رواية العقبة هو سرقة المال مع انه ليس بتلف سماوى فان كان المراد خصوص تلف السماوى فيخرج عنه كثير من الموارد والا عم كذلك .

قال شيخنا المرتضى ما لفظه ثم انه يلحق بالتلف تعذر الوصول اليه عادة مثل سرقة على وجه لا يرجى عوده وعليه يحمل رواية عقبة المتقدمة قال فى التذكرة ووقوع الدرّة فى البحر قبل القبض كالتلف وكذا انقلاب الطير والصيد الوحش ولو غرق البحر الارض المبيعة او وقع عليها صخور عظيمة من جبل او كساها رمل فهى بمثابة التلف او ثبت به الخيار ، للشافعية وجهان اقواهما الثانى ولو ابق العبد قبل القبض اوضاع فى انتهاب العسكر لم يفسخ المبيع لبقاء المالية ورجاء العود انتهى .

اما الرواية فلا اشعار فيها لصور التعذر فضلا عن الصراحة وظاهرها عدم الاختصاص بالتلف السماوى وحينئذ يشكل كلا القولين :

اما على القول المشهور فانهم يقدر ان انا ما قبل التلف فلا تلف فى المسروق واما على المختار فان الانفساخ من حين العقد فى التلف واما اذا كان المبيع موجودا فلا انفساخ للعقد أصلاً اللهم الا ان يكون المراد بالتلف السماوى مطلق تعذر الوصول الى المشتري كما هو الظاهر من رواية عقبة حيث جعل <sup>الغيب</sup> فيها السرقة من مال البايع الظاهر فى انفساخ العقد وحينئذ لا معنى للاختصاص بالتلف السماوى وان

كان هو المتيقن منه .

وبالجملة ذكر السرقة في الرواية مع الاختصاص بالتلف السماوى فى غاية الاشكال وحيث ان التلف السماوى مختص بما اذا كان بفعل الله كالموت فلا جرم يكون تلك الامثلة بمنزلة التلف السماوى لانفسه حتى القتل ايضاً اذا كان من فعل غير البايع وليس فى الروايات كون التلف سماوياً بل فى رواية عقبه صرح بسرقة المال فيظهر منه مطلق التعذر الى المشتري مادام بفعل غير البايع .

وبالجملة الاشكال من جهتين الاولى من جهة التقدير فى جزء لا يتجزى الثانية من صدق التلف السماوى على وقوع الدرة فى البحر كما فى امثلة المحكى عن التذكرة فاذا باعها وقبل الاقباض وقعت فى البحر فهل يصح تقدير تلفها فى آن قبل الوقوع فى البحر مع انها لم يتلف بل يمكن احياناً اخراجها وهل يكون هو من جانب الله فتأمل فيهما .  
واما اشكال عدم صدق التلف السماوى فهو سهل لعدم التصريح به فيستفاد من الرواية مطلق عدم امكان الوصول الى المشتري واما عدم صحة التقدير على المشهور فهو حق ويكون من جملة الاشكالات الواردة على ارباب هذا القول بخلاف الفسخ من الاصل فانه بمجرد تعذر الوصول الى المشتري انفسخ البيع من حين العقد وعليه ايضاً يمكن اختيار الفسخ مع ساير امثلة التذكرة فانه فى الجميع كان بمنزلة التلف كما ذكره فلا يصل النوبة الى الخيار مع عدم الدليل عليه سوى أدلة الضرر وهو يرتفع بمثل انفساخ العقد ووصول الثمن الى المشتري .

ثم ان الظاهر من الروايات هو التلف للاتلاف واما فيه فالحق بقاء العقد سواء كان باتلاف البايع او الاجنبى وذلك لان الظاهر من قوله كل مبيع تلف هو التلف الذى خارج عن اختيار البايع اى التلف الواقع قهراً كالموت والقتل والسرقة وغيرها فلا يعم مامن قبيل اتلاف نفسه ففى مثله بقى العقد بحاله ورجع المشتري الى البايع فكان عليه المثل او القيمة ومع امتناعه يجبره الحاكم كما لو اتلفه الاجنبى ولا يعم تلف المشتري ايضاً بعد العقد فانه مسقط لخياره .

وبالجملة البايع مساو مع الاجنبى فى ان اتلافهما لا يوجب انفساخ العقد بل



للمشترى رجوعه الى من ائلف بالمثل او القيمة لكن المسلم من ذلك فيما لم يكن للبايع خيار فانه لو كان كذلك كان تصرفه فسخ للمعاملة كما ان تصرفه فيما انتقل اليه اجازة لها وذلك واضح فاذا تصرف ذو الخيار تصرفاً مشعراً بالرضا فيما انتقل اليه او ما انتقل عنه كان فى الاول اجازة وفى الثانى فسخاً كما فى مكاسب شيخنا حيث قال :

ومن احكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار وقد مريبان ذلك فى مسقطات الخيار والمقصود هنا بيان أنه كما يحصل اسقاط الخيار والتزام العقد بالتصرف فيكون التصرف اجازة فعلية كذلك يحصل الفسخ بالتصرف فيكون فسخاً فعلياً وقد صرح فى التذكرة بأن الفسخ كالاجازة قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل وقد ذكر جماعة كالشيخ وابن زهرة وابن ادريس وجماعة من المتأخرين عنهم كالعلامة وغيره قدس الله اسرارهم ان التصرف ان وقع فيما انتقل عنه كان فسخاً وان وقع فيما انتقل اليه كان اجازة وقد عرفت فى مسألة الاسقاط ان ظاهر الاكثر ان المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا وقد يدل عليه الصحيحة المتقدمة فى خيار الحيوان المعللة للسقوط بأن التصرف رضى بالعقد فلا خيار وكذا النبوى المتقدم انتهى .

فعلية كان معنى الخيار لذى الخيار ان اختياره له بيده بعد ولا ينقطع العلقه حتى ينقضى زمان خياره فله التصرف فى زمان الخيار من دون اعتراض من المشترى نعم لو لم يكن له خيار كان بالعقد انتقل المال عنه الى المشترى بالكل ولا يكون له اختيار ارجاع المال الى نفسه وحيث كان بمنزلة الغير فى أنه ليس له التصرف بعد البيع كالاجنبى خلافا لما حكاه العلامة عن الخلاف .

قال فى التذكرة وان أئلفه البايع قال الشيخ: يفسخ البيع وحكمه حكم مالو تئلف بأمر سماوى لامتناع التسليم وهو أصح وجهى الشافعى، وبه قال ابو حنيفة، لان المبيع مضمون عليه بالثمن فاذا أئلفه سقط الثمن، والاخر له - وبه قال أحمد - لا يفسخ البيع، ويكون كالاجنبى يضمه بالمثل فى المثلى وبالقيمة فى غيره، لان انتقال الملك عنه الى المشترى وقد جنى على ملك غيره، فأشبهه ائتلاف الاجنبى انتهى .

القول بالانفساخ عجيب من الشيخ الا اذا كان له الخيار دون المشتري فان اتلافه في زمن الخيار بمنزلة الرد او يكون ذلك بناء على مذهبه من عدم حصول الملك في زمن الخيار وحينئذ كان قد اتلفه ما يخص به فيفسخ البيع نعم لا يصح ذلك على المشهور القائلين بحصول الملك فانه حينئذ كالاجنبي فلا يفسخ البيع بل للمشتري المثل او القيمة وبالجملة تلف البايع والاجنبى سيان في عدم الانفساخ .  
وفى التذكرة قول ايضا وان اتلفه الاجنبى قال الشيخ : لا يبطل البيع بل يتخير المشتري بين الفسخ ، فيسترجع الثمن من البايع لان التلف حصل في يد البايع ، وبين الامضاء فيرجع على الاجنبى بالقيمة ان لم يكن مثليا ، ويكون القبض فى القيمة قائم مقام القبض فى المبيع ، لانها بدله ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد والشافعى فى أحد القولين انتهى .

هذا كله اذا كان التلف بفعل الله او البايع او الاجنبى وأما اذا كان بفعل المشتري فالظاهر القوى انه بمنزلة القبض وحينئذ ان لم يكن له خيار فلا اشكال وكذا لو كان وان كان الخيار للبايع اولهما فالظاهر بقاء العقد ويرجع البايع الى المشتري بالمثل او القيمة فى الثمن ان كان من غير النقود حيث كان له اعمال خياره وكيف كان فهذا كله فيما تلف قبل القبض .

﴿ و ﴾ اما ﴿ ان ﴾ كان قد ﴿ تلف ﴾ المبيع ﴿ بعد قبضه ﴾ بأفة أو بغيرها ﴿ وبعد انقضاء ﴾ مدة ﴿ الخيار فهو من مال المشتري ﴾ بلا خلاف ولا اشكال ، ﴿ وان كان ﴾ تلفه بعد القبض بأفة ﴿ فى زمن الخيار من غير تفریط ﴾ من المشتري ﴿ و كان الخيار للبايع فالتلف من ﴾ مال ﴿ المشتري ﴾ ايضا لانه ملكه على المختار ، وللنصوص السابقة فى بحث خيار رد الثمن بناء على أنها من مدة الخيار .

﴿ وان كان الخيار للمشتري ﴾ خاصة ﴿ فالتلف من ﴾ مال ﴿ البايع ﴾ فانه ممن لا خيار له فيكون مورد قاعدة التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له والمسألة فى غاية الاشكال قال شيخنا فى مكاسبه ما لفظه ومن احكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجملة على المعروف بين القائلين بتملك المشتري بالعقد

وتوضيح هذه المسئلة ان الخيار اذا كان للمشتري فقط من جهة الحيوان فلا اشكال ولا خلاف في كون المبيع في ضمان البايع .

ويدل عليه ما تقدم في المسئلة السابقة من الاخبار وكذلك الخيار الثابت له من جهة الشرط بلا خلاف في ذلك لقوله (ع) في ذيل صحيحة ابن سنان وان كان بينهما شرط ايما معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال بايعه وكذا لو كان للمشتري فقط خيار المجلس دون البايع لظاهر قوله (ع) حتى يتقضى شرطه ويصير المبيع للمشتري انه كذلك بناء على أن المنط انقضاء الشرط الذي تقدم انه يطلق على خيار المجلس في الاخبار بل ظاهره ان المنط في رفع ضمان البايع صيرورة المبيع للمشتري واختصاصه به بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه والى هذا المنط ينظر تعليل هذا الحكم في السرائر حيث قال .

فكل من كان له خياره فالمتاع يهلك من مال من ليس له خيار لانه قد استقر عليه العقد والذي له الخيار ما استقر عليه العقد ولزم فان كان الخيار للبايع دون المشتري وكان المتاع قد قبضه المشتري وهلك في يده كان هلاكه من مال المشتري دون البايع لان العقد مستقر عليه ولازم من جهة ومن هنا يعلم أنه يمكن بناء على فهم هذا المنط طرد الحكم في كل خيار تثبت القاعدة المعروفة من أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له من غير فرق بين اقسام الخيار والابن الثمن والمثمن كما يظهر من كلمات غير واحد من الاصحاب بل نسبة جماعة الى اطلاق الاصحاب قال في دروس في أحكام القبض وبالقبض ينتقل الضمان الى القابض اذالم يكن له خيار انتهى . فان ظاهره كفاية مطلق الخيار في عدم ضمان المشتري للمبيع المقبوض ونحوه كلامه قدس سره في اللمعة انتهى .

وليت شعري انه مع الاعتراف بشهرة المسئلة بين القائلين بتملك المشتري بالعقد كيف صححوا ذلك وكيف كان فالظاهر ان مدرك هذه القاعدة استقرار الملك وعدمه كما هو صريح بعض الروايات معلل بانه قد استقر عليه العقد والذي له الخيار ما استقر عليه العقد وحينئذ ان كان المراد باستقرار العقد وعدمه هو الملك وعدمه

كفى يكون المعنى والذي له الخيار لا يملك بعد ومن لم يكن له الخيار مالك لمبيعه ولم ينتقل بعد الى المشتري فمع قطع النظر عن الاعتراف فى صدر العبارة له وجه فان الفرض ان التلف من مال المالك لكنك قد فرغت عن مسألة حصول الملك بالعقد فمع كون المشتري مالكا لامعنى لكون التلف على البايع الذى انتقل عنه المبيع الى المشتري وان كان معنى الاستقرار وعدمه غير حصول الملك بل نفس الملك لكن بنحو التزلزل فهو لا يوجب لكون الضمان على البايع الذى لم يكن مالكا ولو بنحو التزلزل .

وبالجملة ان كان المعيار بالملك فلا فرق بين استقراره وعدمه وحينئذ كانت الرواية على خلاف جميع الروايات الدالة على الملك .

وانت خبير بانها على قاعدة حصول الملك بالعقد لامجري لهذه القاعدة فان المبيع بالعقد صار للمشتري فيكون التلف منه لامن البايع وفى الجواهر بعد المتن قال اجماعا بقسميه ، للنصوص المتقدمة فى دليل القائل بعدم الملك حتى ينقضى الخيار ، والصحيح منها صريح فى خيار الشرط والحيوان ، ولعلمها المراد ان من المتن وغيره ، بقرينة ذكر المدة والزمن ونحوهما ، لعدم ضبط مدة معلومة لغيرهما من الخيارات كما أشار اليه العلامة الطباطبائى فى مصابيح فى خيار تأخير الثمن حتى خيار المجلس ، على أن الخيار فيه لهما معا ، وستعرف أن الحكم على القواعد مع اشترك الخيار ، فلاريب فى عدم ارادة غيرهما من المتن ونحوه ، سيما على القول بالفورية فى كثير منها ، فيقتصر فيما خالف الضوابط كالصورة الاخيرة عليهما خاصة ، فيحكم حينئذ بانفساخ العقد فيها ورجوع الثمن الى المشتري ، كالتلف قبل القبض انتهى .

ولا يخفى تناقض هذه العبارات و دعوى الاجماع على كلا طرفى النقيض بداهة ان البناء اذا كان على حصول الملك بالعقد فلا بد وان ينظر الى ما يقتضى ورد القول بعدم حصول الملك فعليه لامعنى لقول الشارح اجماعا بقسميه فى دليل القائل بعدم الملك اذ لازمه تناقض الاجماعين فان القائل بحصول الملك تدعى الاجماع

بقسميه عليه ايضاً .

فحاصل الكلام ان قلنا لحصول الملك بال عقد فلا يكون المعيار بزمان الخيار ولا بالتفصيل بين كون الخيار لهما او لاحدهما .

فان الفرض حصول الملك والنقل والانتقال فى زمان الخيار فتح كان المناط بالقبض وعدمه فان كان التلف قبل القبض كان من البايع والا كان من المشتري وان قلنا بعدم حصول الملك كان المال للبايع وتلفه كان منه قبل القبض وبعد القبض لان الفرض ان المال لم ينتقل منه الى المشتري بل باق بحاله بعد العقد فالتلف منه قطعاً و ان قلنا بالتفصيل بين خيار البايع و المشتري و القول بانتقال الملك الى المشتري لابعنى المحال كما عرفت دون البايع واذا لا يكون الا فى خيار الحيوان او الشرط كما اذا جعل المشتري الشرط له دون البايع .

فان كان التلف قبل القبض كان على البايع فانه و ان كان المال انتقل الى المشتري لكن ما لم يخرج المال عن بيت البايع كما هو صريح النص الوارد فى اخبار خيار التأخير كان على البايع وان كان بعده كان على المشتري .

فعليه ايضاً كان تمام الملاك فى القبض لا بزمان الخيار وحيث قلنا بان مقتضى القواعد حصول النقل و الانتقال قضاء لحصول العلة التامة كان التلف مطلقاً ممن انتقل اليه المبيع الا فى صورة عدم القبض فجميع الكلمات التى تدور مدار زمان الخيار انما تنفع على فرض عدم انتقال المال الى المشتري .

واما على فرض الانتقال فلا حكم لها من هذه الجهة اصلاً فلا يحسن حينئذ مثل هذه العبارة من الجواهر بعد اختياره مذهب المشهور فان الظاهر منه انه حق اجمالاً مع انه ليس كذلك .

ومنه يعلم ما فى المتن من قوله وان كان فى زمن الخيار الخ مع قوله فى مسألة الرابعة من اختيار حصول الملك فى زمن الخيار مطلقاً فانه مما لا وجه له اذ حينئذ لا وجه للتفصيل لكون الخيار للبايع والمشتري واما ما فى الجواهر من ان المراد من المتن هو خيار الحيوان والشرط فقط كما هو ظاهر الصحيح فهو ولو سلم فلازمه كون

التلف من مال المشتري لانه ملكه .

وبالجملة لا يرى وجهام القول بحصول الملك في زمن الخيار لهذه التفاصيل بل لازمه انتقال المال الى المشتري والتلف منه ولو كان في زمن الخيار الا ان يكون قبل القبض فتمام العلة حينئذ قبل القبض وبعده لازم الخيار وهذا ايضاً مما شاع مع القوم والافيمكن ان يورد على التلف قبل القبض ايضاً بعد كون المال قد انتقل عن ملكه وصيرورته ملكاً للمشتري .

كما عرفت عن المحقق الاردبيلي وصرح به في الحقائق فان قاعدة الملكية ظاهرة في كون التلف من المشتري و لو قبل القبض اذ بمجرد الإيجاب و القبول قد خرج الملك عن ملك البائع و زال يده عنه و صار ملكاً للمشتري فكان عليه ضمانه لو تلف و لو قبل القبض و منه يعلم عدم تمامية قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له حيث ان الظاهر ان عدم الخيار من حيث زمن الخيار لا من حيث القبض و عدمه .

فنقول ان كان مراد القائل بعدم حصول الملك مطلقاً كابن الجنيدي فلا ملك للمشتري مطلقاً حيث لم ينتقل الى المشتري فيكون على البائع وان فصل بين خيار البائع و المشتري كالشيخ لو سلم منه ذلك على ما في عبارة الخلاف و انه فيما كان الخيار للمشتري فيحصل الملك فكان المال للمشتري و تلقه منه .

وان قلنا بالمشهور فالملك حاصل للمشتري فيكون التلف منه مطلقاً و منه يظهر فساد ما في الجواهر قال و قول الاصحاب - ان تلف المبيع في زمان الخيار ممن لا خيار له ، بعد تنزيله على خيار الشرط و الحيوان - لا ينافي شيئاً مما ذكرناه ، و الدليل عليه واضح ، اذ مع فرض ان الخيار للمشتري خاصة كان تلقه من البائع ، للنصوص السابقة الدالة بصريحها على ذلك و المراد به كما صرح به في جامع المقاصد انفساخ العقد به كالتلف قبل القبض ، لاتحادهما في لفظ الدليل المفهوم منه ذلك بعد القول بالملك بالعقد .

فما عسا د يظهر مما استسمعه من الدروس - من الفرق بينهما في ذلك ، فيبطل

فى التلف قبل القبض ، دون محل البحث واضح الضعف ، ومع فرض ان الخيار للبايع خاصة كان التلف من المشتري ، اى لا يفسخ العقد كما هو مقتضى القواعد ، لانه ملكه وقد تلف فى يده الا أنه يبقى مع ذلك خيار البايع على حسب ما ذكرناه انتهى وجه الفساد قوله للنصوص السابقة الخ ومن المعلوم ان النصوص السابقة دالة على عدم حصول الملك بالعقد وهو معرض عنه للمشهور فللمعنى للتمسك بها فى بعض المقامات والعجب ما عن جامع المقاصد من انفساخ العقد وبالجملة فهذه القاعدة لاتضح بوجه اصلا .

وقد استدل عليه بان الذى لا خيار له قد استقر عليه العقد وثبت بخلاف الذى كان له الخيار حيث انه ما استقر عليه العقد ومن المعلوم ان الضمان على الذى استقر عليه العقد ولا يخفى ان معنى الاستقرار على الذى لا خيار له ان ملكه قد زال عنه وانتقل الى المشتري و لاحالة منتظرة له فى رده واسترداده اصلا بل الملك ملك للمشتري والخيار له وحيثئذ يسئل عن انه اذا زال ملكه واستقر عليه العقد بمعنى انه مالك بعد العقد لخصوص الثمن دون المثلن فتلقه كيف يكون عليه بعد الاعتراف بان المبيع صار ملكا للمشتري وهو من العجائب .

فالكلام فى اصل صحته فلا يعنى حيثئذ بعمومه لكل خيار او خصوص ماله زمان كما هو ظاهر انقضى زمان الخيار وعدمه وكذا عمومه بالنسبة الى الثمن والمثلن وعدمه وهكذا حيث وقع نزاع عظيم فى جميع ذلك ولا يهمننا بعد كون اصل القاعدة محل كلام وليس القاعدة قابلة للقبول بعد الاعتراف بحصول الملكية وانتقال الملك عن البايع الى المشتري فيكون هو المالك والتلف منه .

و العجب كل العجب من القائلين بحصول الملك فى زمن الخيار تمسكا بعمومات الكتاب ثم تمسكوا لهذه القاعدة بعض الروايات الدالة على عدم حصول الملك حتى ينقضى زمان الخيار .

وذلك لان الخبر المنافى للقواعد والكتاب اذا ترك ورجح غيره عليه لزم ان يترك بالمرّة لانه استدل عليه لشيء آخر فى بعض المقامات فالرواية المتروكة بمنزلة

الميت الذى قدخرج عن الاعتبار ولايصح عليه الاعتماد بوجه لانه يعمل عليه فى بعض الموارد عمل الحى و فى بعض الموارد عمل الميت فالامر يدور بين القول بحصول الملك لتحقق علته وبين عدمه حتى ينقضى زمن الخيار ولازم الاول عدم صحة تلك القاعدة رأساً كما ان لازم صحة الثانى عدم صحة التمسك بعمومات الدالة على حصول الملك فاللازم ترك احدى الطائفتين من الاخبار .

و حيث كان الاول اصح فلا وجه للتمسك بالثانى ثم من العجيب ان النص المخالف لقواعد الملكية و التبعية لكون الروايات على خلافه مختص بخيارى الحيوان والشرط و مع ذلك وقع النزاع فى تعميمه لكل خيار ولو لم يكن زمانيا مع ان اللازم فيما خالف الاصل هو الاقتصار على موضع يقين منه فلا يعم خيار المجلس ولا سائر الخيارات ولا المورد الذى يكون الخيار للمتبايعين كما لو كان الشرط لهما اوللاجنبى ومن بداهة العقل ان التلف انما يتعلق بصاحب المال وهو فى المقام المشتري مطلقاً الا أن يلزموا بعدم نقل ماله الى المشتري مادام زمان الخيار باقياً كما عن ابن الجنيد فحينئذ يصح كون التلف من مال البايع فتدبر فى جميع ما ذكرنا لعله ترشده الى صراط مستقيم.

بل الظاهر اتفاقهم على انه لو تلف فى زمن خيار البايع بعد القبض كان من المشتري مع ان وجهه ليس الا كونه ملكاً للمشتري فليس زمن الخيار مما دخل له فى حصول الملك وانما يجعل الملك منزلاً بحكم الشارع ارفاقاً بالمتعاملين كى يكون لهما مناص فى الفسخ والامضاء.

ثم ان المراد بانفساخ العقد اذا كان قبل القبض هو خروج المال من كيس مالكة كما لم يقع عقد اصلا و رجوع الثمن الى ملك المشتري فكان على البايع ارجاع الثمن المسمى لو كان عينه باقيا او مثله ان تلف بالتصرف فيه .

﴿فرعان الاول﴾ قال الشيخ فى المحكى عن مبسوطه وخلافه و ابنا زهرة و ادريس على ما حكى عن الثانى منهما: أن ﴿خيار الشرط يثبت من حين التفرق﴾ وهو بعيد جداً ﴿وقيل من حين العقد وهو أشبه﴾ وفى الجواهر و أشهر بل هو



المشهور ، لنحو ما سمعته هناك ايضاً و تزيد هنا ، أن البحث فى المقام راجح الى قصد المشترط وما يظهر من عبارته ولاريب فى انسياق الاتصال منها كما فى غير المقام انتهى غير خفى .

انه اذا اشترط شيئاً فى العقد لا ينصرف الذهن منه الا بكونه من حين العقد بل هو امر معلوم مضبوط دون حين الافتراق لامكان طول المجلس ولانه يلزم انفصال الشرط عن العقد وقد عرفت الاشكال فيه.

﴿ الثانى ﴾ لا اشكال ولا خلاف فى أنه ﴿ اذا اشترى شيئاً وشرط الخيار ﴾ له أو لغيره ﴿ فى أحدهما على التعيين صح ﴾ فله الفسخ فيه حينئذ وليس للبايع ذلك بالتبعض الذى قد أقدم عليه ﴿ و ﴾ أنه ﴿ ان ابهم بطل ﴾ للغرر، كالباهم فيمن له الخيار كما هو واضح والله أعلم.

﴿ ويلحق بذلك خيار الرؤية ﴾ و ينبغى جعلها من اقسام الخيار ﴿ و ﴾ لكن ﴿ هو ﴾ لا يثبت الا فى ﴿ بيع الاعيان ﴾ الشخصية ﴿ من غير مشاهدة ﴾ رافعة للغرر و الجهالة قال فى التذكرة البيع على اقسام ثلاثة : بيع عين شخصية حاضرة و لا خلاف فى صحته مع المشاهدة او الوصف الراجع للجهالة وبدونها خلاف ، وبيع عين شخصية غائبة، وبيع عين غير شخصية بل مضمونة كالسلم. وشرط صحة بيع العين الشخصية الغائبة ووصفها بما يرفع الجهالة عند علمائنا أجمع ، و قد سبق الخلاف فى ذلك و يجب فيه ذكر اللفظ الدال على الجنس، فيقول . بعتك عبدى او حنطتى دفعاً للغرر.

وقال ابو حنيفة : لا يشترط ذلك بل لو باعه مافى كنه من غير ذكر جنسه صح و يجب ايضاً ذكر اللفظ الدال على المميز وذلك بذكر جميع الصفات التى تختلف الاثمان باختلافها وتطرق الجهالة بترك بعضها، ولا يكفى ذكر الجنس عن الوصف خلافاً للشافعى فى أحد قولييه. ولا تشترط الرؤية بل يكفى الوصف سواء البايع والمشتري فى ذلك ، خلافاً للشافعى، فانه تارة جوز بيع المجهول، و تارة لم يكتف بالوصف بل اوجب المشاهدة للبايع، والمشتري و تارة اوجب مشاهدة البايع لسهولة رفع

غرر عنه فانه المالك المتصرف فى المبيع و تارة اوجب مشاهدة المشتري لان البايع مجهول عن الملك والمشتري محصور له فهو اجدر بالاحتياط.

﴿ ويفتقر ذلك ﴾ حينئذ ﴿ الى ذكر الجنس ونريد به هنا ﴾ النوع المصطلح كما فى المسالك اى ﴾ اللفظ الدال على القدر الذى تشترك فيه افراد الحقيقة النوعية ﴾ كالحنطة مثلا او الارز او الابرسم ﴾ لا الجنس ﴾ المصطلح والى ذكر الوصف، وهو اللفظ الفارق بين افراد ذلك الجنس كالصراية فى الحنطة ﴾ اى خلوها من الخليط كما فى المسالك .

﴿ والحدارة ﴾ اى كونه سمينا ﴾ او الدقة ﴾ اى كونه هزالا فالحدارة كما فى المسالك تقابل الدقة والظاهر ان المراد بهما وصفان حاصلان فى الحيوان ويعبر عن الاول بالفارسى بفره وعن الثانى به لاغرى ياباريكى.

﴿ ويجب ان يذكر كل وصف ثبت الجهالة فى ذلك المبيع عند ارتفاعه ﴾ وهو مختلف ولا يلزم الاستقصاء، بل قيل انه ربما يكون مخلا فى بعض الاحوال ، والابطل اجماعاً بقسميه، للنواهى عن بيع الغرر والجهالة المقتضية للفساد كما هو معلوم فى محله.

قال فى الحدائق السابع خيار الروية وهو ثابت لمن لم ير، اذا باع واشترى بالوصف ، ثم ظهر مخالفاً، فان كانت المخالفة بظهور الزيادة على الوصف تخير البايع، وان كانت بالنقص عنه تخير المشتري.

﴿ وعلى كل حال ﴾ يبطل العقد مع الاخلال بدينك أو أحدهما ﴾ اى الجنس و الوصف ما لم تكن رؤية قديمة يستغنى بها عن الذكر ﴾ و يصح مع ذكرهما، سواء كان البايع رآه دون المشتري ، او بالعكس ، أولم يرياه جميعاً ، بان وصفه لهما ثالث ﴾ .

وفى الجواهر لكن قديتوقف فى البطلان مع رؤية المشتري له وجهل البايع به للاصل بعد تنزيل ادلة الغرر على ما لا تشمل ذلك ، فان لم يجمع عليه ، فللنظر

فيه مجال ، و ان كان الاصح البطلان، لعموم ما دل على اعتبار المعلومية فى البيع والمشتري انتهى .

ولا يخفى ان عمدة نظر الشارع فى الرؤية على رؤية المشتري حتى يعلم ما يكون ما انتقل اليه ولو كان البايغ غافلا عن ذلك وهذا المقدار يكفى فى صحة البيع ولو لم يعلم البايغ خصوصيات مبيعه باعتبار الجهل نعم ثبت له الخيار .

و كيف كان ﴿ فان كان المبيع على ما ذكر ، فالبيع لازم ﴾ كتاباً و سنة واجماعاً بقسميه ﴿ والا كان المشتري ﴾ خاصة ﴿ بالخيار بين فسخ البيع و بين التزامه ﴾ اذا كان ناقصاً عن الوصف، ان اختص البايغ بالرؤية دونه ﴿ و ﴾ بالعكس ﴿ ان كان المشتري رآه دون البايغ كان الخيار للبايغ ﴾ دونه مع الزيادة فى الوصف اذا فرض ملاحظة عدمها والا فلا خيار للاصل ﴿ وان لم يكونا رآياه كان الخيار لكل واحد منهما ﴾

و لا يخفى ان الحكم حسب الظاهر بلا اشكال لكن المحكى عن المقنعة والنهاية هو البطلان مع ظهور خلاف الوصف، لا الخيار كالمحكى عن المراسم فى خصوص الاعدال المحزومة و هو بظاهر مشكل فان الخيار مضافاً الى صراحة النصوص بذلك على القاعدة فان الوصف اذا تخلف و لم يكن المبيع كما وصف كان لاحدهما اولهما الخيار بين الفسخ او الامضاء.

نعم البطلان انما يوجه لو كان خلاف الوصف بحيث عد المبيع غير ما وصف فى الحقيقة النوعية كما اذا باع لحم الغنم فظهر كونه لحم البقر او الابل و هكذا والا فبمجرد عدم كونه مطابقاً لما وصف و لو فى بعض الصفات مع صدق المبيع من نوع الموصوف لاوجه لبطلانه.

قال فى التذكرة اذا وصفه ولم يجده المشتري على الوصف تخير بين الفسخ والامضاء، ولو وجده اجود لم يكن له خيار، اما لو وصفه وكيل البايغ فوجده اجود كان الخيار للبايغ ولو شاهد بعض الضيعة و وصف له الباقي ثم وجدها على خلاف الاصل كان مخيراً بين الفسخ فى الجميع والامضاء فيه لافى البعض انتهى.

وكيف كان فيدل عليه مارواه في الكافي عن عبدالاعلى بن اعين «قال: نبئت عن ابي جعفر عليه السلام انه كره بيعين اطرح وخذ على غير تقليب، وشراء ما لم ير» والظاهر منه انه بدون الرؤية كان مكروها ومن المعلوم انه بدونها وبدون الوصف كان باطلا فلا جرم يكون مع الوصف والتخلف فحكم عليه السلام بالكره دون البطلان وحكى عن بعض مشايخ المحققين من متأخر المتأخرين في قوله عليه السلام (اطرح وخذ) اى يقول البايع للمشتري اطرح الثمن ، وخذ المتاع من غير ان يكون المشتري قلب المتاع واخبره.

ونظيره ماروى في التهذيب قال : نبئت عن ابي جعفر - عليه السلام - انه يكره شراء ما لم ير .

واصرح من الجميع في النص على المختار [ ما رواه ] الصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب في الصحيح عن جميل بن دراج « قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها فلما ان نقد المال صار الى الضيعة « ففتشها » ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال ابو عبدالله عليه السلام : لو قلبها ونظر منها الى تسع وتسعين قطعة ثم بقى منها قطعة لم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية » .

[ وما رواه ] في الكافي والتهذيب في الصحيح عن زيد الشحام «قال: سألت ابا عبدالله عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل ان يخرج السهم، فقال: لا يشتري شيئاً حتى يعلم اين يخرج السهم ، فان اشترى شيئاً فهو بالخيار اذا خرج» و في الحدائق بعد نقله قال :

و توضيح معنى هذا الخبر ما رواه الشيخان المذكوران في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهل القصاب «قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : اشترى الغنم ، او يشتري الغنم جماعة ثم يدخل داراً ثم يقوم رجل على الباب فيعد واحداً واثنين وثلاثة واربعة وخمساً ثم يخرج السهم قال: لا يصلح هذا، انما يصلح السهام اذا عدلت القسمة.

والمراد منه انه اذا اشترى عشرة مثلاً ، مائة من الغنم ، فيدخل بيتاً فيخرج من الغنم كيف ما اتفق ، فاذا بلغ المخرج خمسة مثلاً اخرج اسم رجل ، فمن خرج اسمه يعطيه هذه الخمسة ، فلم يجوزهُ - <sup>الطَّلَا</sup> - للغرر و عدم تحقق شرايط القسمة اذ من شروطها تعديل السهام اولاً ، وربما وقع فى سهم بعضهم كلها سماناً وفى سهم الاخر هزلاً .

ومن اجل هذا انه لو اشترى والحال هذه فان له الخيار كما صرح به فى صحيح الشحام «اذا خرج الردى فى ذلك السهم»

و اما اذا امكن القسمة بعد تعديل السهام ، فانه لا مانع لانه يشتري متاعاً فان اقتسموا بالتعديل فلا خيار ، و الا فان خرج فى سهمه الردى كان له الخيار فسى القسمة ، فالمتع فى صحيح الشحام مبنى على ما هو دأبهم من شرائهم مجهولاً غير معدل ، كما يشير اليه قوله فى رواية منهال انما يصلح السهام اذا عدلت القسمة انتهى وفى مكاسب شيخنا بعد نقل العبارة عن الحدائق قال : اقول لم يعلم وجه الاستشهاد به لما نحن فيه لان المشتري لسهم القصاب ان اشتراه مشاعاً فلا مورد لخيار الرؤية وان اشترى سهمه المعين الذى يخرج فهو شراء غير معين و هو باطل وعلى الصحة فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع ويمكن حمله على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبرة ويكون له خيار الحيوان اذا خرج السهم انتهى .

ثم ان هذا الخيار هل يختص بالمشتري لانه المتيقن اولاً لا يمكن ان لا يطلع البايع ايضاً على ماله المبيع فيعم كما فى الحدائق والمكاسب قال الثانى منهما .

والظاهر الاتفاق على ان هذا الخيار يثبت للبايع ايضاً اذا لم ير المبيع وباعه بوصف غيره فتبين كونه زائداً على ما وصف و حكى عن بعض انه يحتمل فى صحیحته جميل ان يكون التفتيش من البايع بان يكون البايع باعه بوصف المشتري و حينئذ فيكون الجواب عاماً بالنسبة اليهما على تقدير هذا الاحتمال ولا يخفى بعده و ابعده منه دعوى عموم الجواب انتهى كذا فى الحدائق ثم انه من خصوص رواية الجميل يعلم الوجه فيما ذكره

غير ﴿و﴾ احد من الاصحاب من انه ﴿لو اشترى ضيعة رأى بعضها و وصف له سائرها﴾ اى ما فيها ﴿ثبت له الخيار فيها أجمع اذا لم يكن على الوصف﴾ الذى وصف له وذلك لان المقصود من الخيار امكان الرد له و هو حاصل برد الجميع لخصوص القطعة التى رآه فان ذلك موجب لخيار تبعض الصفقة فيكون نقضا للغرض فلا بد وان يكون لمراد هو الخيار فى الكل بروية جزء على خلاف ما وصف له ثم انه قد وقع الخلاف فى فورية هذا الخيار وعدمه.

قال فى الجواهر وفى فورية هذا الخيار وتراخيه وجهان ، بل قولان اشهرهما الاول ، بل ربما اسند الى ظاهر الاصحاب ، للاصل ، و لزوم الضرر لولاه ، والاستصحاب لا يحكم على العموم الزمانى ، المستفاد من لزوم العقد، الا انك قد عرفت المناقشة فى جميع ذلك، مما مر من نظير المسألة، على ان اطلاق النص فى المقام كاف انتهى.

ولا يخفى ان الحكم بالفورية مساوق لعدم الخيار اذا الغالب لا يمكن الاخذ بالفورية كما اذا كان ذو الخيار فى سفر لا يقدر على الوصول بمن عليه الخيار او عبادة او زيادة او نوم او يحتاج الى تفكر مع العلم بالوصف و القول بالفورية فى بعض الموارد وعدمها فى بعضها ايضا تحكم خصوصا مع استصحاب حكم الخيار لو شك فالمراد هو الفورية العرفية بحيث يصدق مع تاخير يوم او يومين

لكن فى مكاسب شيخنا ما لفظه الاكثر على ان الخيار عند الرؤية فورى بل نسب الى ظاهر الاصحاب بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين الا من احمد حيث جعله ممتدا بامتداد المجلس الذى وقعت فيه الرؤية واحتمل فى نهاية الاحكام ولم اجدلهم دليلا صالحا على ذلك الاوجوب الاقتصار فى مخالفة لزوم العقد على المتيقن ويبقى على القائلين بالتراخى فى مثل خيار الغبن والعيب سؤال الفرق بين المقامين مع أن صحيحة جميل المتقدمة فى صدر المسألة مطلقة يمكن التمسك بعدم بيان مدة الخيار فيها على عدم الفورية وان كان خلاف التحقيق انتهى.

قد أشار قده الى اطلاق صحيحة جميل و هو الدليل على عدم الفور و قد

عرفت ان المراد به هو الفور العرفي الذي يشمل التراخي في بعض الاوقات ثم ان هذا الخيار يسقط باسقاطه بعد الرؤية لثبوت هذا الخيار فصح اسقاطه و كذا يسقط بالتصرف بعدها فانه تصرف بعد العلم بالخيار فيكون التصرف رضى بالمبيع ولو تصرف قبل الرؤية ففيه خلاف ينشأ من أن سبب الخيار هو العقد والرؤية كاشفة عنه او ان السبب هو الرؤية و على الاول يجوز اسقاطه قولا و فعلا فان التصرف اسقاط فعلى وعلى الثانى لايجوز فانه اسقاط لما لم يجب.

ولا يخفى ان السبب للخيار هو العقد بداهة ان العقد الواقع على ما كان على خلاف ما وصف قد اثبت الخيار لذى الخيار غاية الامر لا كاشف له قبل العلم والرؤية فلا يكون اسقاطه اسقاطا لما لم يجب كما عليه شيخنا فى مكاسبه.

قال : و باسقاطه بعد الرؤية وبالتصرف بعدها و لو تصرف قبلها ففى سقوط الخيار وجوه ثالثها ابتناء ذلك على جواز اسقاط الخيار قولا قبل الرؤية بناء على ان التصرف اسقاط فعلى و فى جواز اسقاطه قبل الرؤية وجهان مبنيان على ان الرؤية سبب او كاشف قال فى التذكرة لو اختار امضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم لتعلق الخيار بالرؤية انتهى .

و حكى ذلك من غيرها ايضاً و ظاهره ان الخيار يحدث بالرؤية لانه يظهر بها و لو جعلت الرؤية شرطا لاسبباً امكن جواز الاسقاط بمجرد تحقق السبب وهو العقد ولا يخلوا عن قوة انتهى

وهذا يجرى فى جميع الموارد كالعيب والغبن لو قلنا بالخيار فيه فان العيب والغبن موجودان فى حال العقد فيثبتان بمجرد العقد فى الواقع غاية الامر لا يكشف ذلك الا بعد الظهور.

ثم انه هل يصح اشتراط سقوطه فى ضمن العقد او لا يصح وعلى الثانى هل يسرى فساد الشرط الى المشروط اولافيه خلاف والاقوى كما عن جامع المقاصد هو البطلان فان اشتراط السقوط بمنزلة قبول المبيع مطلقا سواء كان مع الوصف ام لا والفرض ان الوصف بمنزلة الرؤية فيكون المبيع غير مرئى و غير موصوف

و هو من اظهر افراد الغرر و منشأ ذلك فساد الشرط فيسرى الى المشروط فيكون العقد باطلا.

﴿و النظر فى امور ستة الاول فى النقد﴾ اى الحال باعتبار كونه منقودا ولو بالقوة ﴿و﴾ يقابله ﴿النسيئة﴾ التى هى اسم مصدر بمعنى التأخير ، يقال : انسأت الشىء انساء .

و فى المسالك ما لفظه النقد مأخوذ من قولك نقدته الدراهم ونقدت له اى اعطيته فانقدها اى قبضها والمراد به البيع بثمان حال فكانه مقبوض بالفعل او القوة والنسيئة مأخوذة من النسيء وهو تأخير الشىء قال الهروى سمعت الازهرى يقول انسأت الشىء انساء ونسيا اسم وضع موضع المصدر الحقيقى و المراد بها البيع مع تأجيل الثمن وتأخيره.

وايضاً فيه وفى الجواهر وينقسم البيع باعتبار وجودهما فى كل من الثمن . والمثمن ، والتفريق ، الى أربعة أقسام ، فالاول النقد ، والثانى الكالى بالكالى ، اسم فاعل أو مفعول من المراقبة ، لمراقبة كل من الغريمين صاحبه لاجل دينه ، ومع حلول المثمن وتأجيل الثمن ، والنسيئة ، وبالعكس ، السلف ، وكلها صحيحة ، عدا الثانى ، فقد ورد النهى عنه بلفظ « بيع الدين بالدين » وانعقد الاجماع بقسميه على فسادهما كماستعرفه انشاء الله تعالى فى محله .

و كيف كان ف ﴿من ابتاع شيئاً مطلقاً﴾ من دون تقييد بالتأجيل للثمن ﴿أو اشترط﴾ عليه ﴿التعجيل﴾ منه ﴿كان الثمن حالاً﴾ وكذا المثمن قال فى التذكرة من باع شيئاً معيناً بثمان كان الثمن حالاً مع الاطلاق واشترط التعجيل ، لان قضية البيع تقتضى انتقال كل من العوضين الى الآخر فيجب الخروج عن العهدة متى طوالب صاحبها . اما لو شرط تأجيل الثمن فى صلب العقد فانه يصح و يكون البيع نسيئة ، لان الحاجة قد تدعو الى الانتفاع بالمبيع معجلاً واستغناء مالكة عنه وحاجته الى الثمن مؤجلاً . فوجب أن يكون مشروعاً تحصيلاً لهذه المصلحة المخالية عن المبطلات . ولانعلم فيه خلافاً انتهى .



ويدل عليه قول الصادق عليه السلام فى الموثق « فى رجل اشترى جارية بثمان مسمى ثم افترقا : وجب البيع والثمان اذا لم يكونا شرطا فهو نقد » وفى الجواهر ومنه يعلم حينئذ ما ذكره بعضهم وغيره من أن اشتراط التعجيل مؤكّد ، بل فى الروضة أنه المشهور ، وفى الدروس « وأفاد التسلط على الفسخ اذا عين زمان النقد فاخلى المشتري به مثلا » و احتمال فى المسالك قويا ذلك مع الاطلاق ايضا ، وفى الروضة « لو قيل بثبوت الخيار مع الاطلاق ايضا لو أخل به عن أول وقته كان حسنا » انتهى .

و وجه حصول الضرر لو لم يكن خيار لامكان ان لم يدفع الثمن الى مدة كثيرة يتضرر البايع به هذا فيما لم يذكر التعجيل واما اذا ذكر كما اذا قال لو لم تعجله الى غد مثلا فلى الخيار فلا اشكال فى ثبوته ولذا عن القواعد لو قال : ان لم تعجله فى كذا فلى الخيار صح ، بل عن التحرير فى أحكام الخيار « اذا قال بعتك على أن تقدنى الثمن بعد شهر والا فلا بيع بيننا صح البيع » وفى القواعد « وفى صحة البيع نظرفان قلنا به بطل الشرط على اشكال » . وجه النظر لعله لاجل ان البيع اذا تحقق فرافعه الخيار فانه لا يرتفع لابنفسه ولا بعدم مجيء المشتري الثمن فالصحيح هو ثبوت الخيار لو لم ينقد الثمن الى المدة المشروطة وحيث كان الشرط فاسدا يسرى الى المشروط على اشكال عنده .

﴿ و ﴾ أما ﴿ ان اشترط التأجيل للثمان ﴾ جميعه أو بعضه و لو نجوما متعددة ﴿ صح ﴾ .

وفى الجواهر اجماعا بقسميه ونصوا عموما وخصوصا فى البعض و هو المسمى بالنسيئة ، من غير فرق بين طول المدة وقصرها ، خلافا للاسكافى فمنع فيما حكى عنه أكثر من ثلاث سنين فى السلف وغيره ، وهو مع مخالفته للدلالة لاشاهد له ، انتهى .

و هو فى محله فان اشتراط التأجيل ان صح فيصح مطلقا ولا اختصاص بالاقبل واكثر و الا فلا يصح مطلقا وان كان ظاهر بعض الروايات ذلك مثل ما قال احمد

بن محمد لابي الحسن عليه السلام « انى أريد الخروج الى بعض الجبال الى أن قال : أنا اذا بعناهم نسيئة كان أكثر للربح فقال : بعهم بتاخير سنة ، فقلت : بتاخير سنتين؟ قال : نعم قلت ، ثلاث؟ قال : لا » وهو كما فى الجواهر محتمل لان يريد ثلاث فصاعداً .

بقريئة ما عن قرب الاسناد عن أحمد ايضاً قال لابي الحسن الرضا عليه السلام « ان هذا الجبل قد فتح على الناس منه باب رزق فقال : اذا أردت الخروج فاخرج ، فانها سنة مضطربة ، وليس للناس بد من معاشهم ، فلا تدع الطلب ، فقلت : انهم قوم ملاء ، ونحن نحتمل التأخير فنبايعهم بتاخير سنة قال : بعهم قلت : سنتين ، قال : بعهم قلت : ثلاث؟ قال : لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين » فانه صريح فى عدم قدح التأخير الى الثلاثة بل المنع راجع الى اكثر وهو مع ذلك محمول على الارشاد بحصول الضرر على البايع .

ولذا فى الجواهر قال الا انها كما ترى مع قصورها عن المعارضة من وجوه ، يمكن حملهما - بل لعله الظاهر - على ارادة الارشاد بذلك ، وبذل النصيحة لالنهى المترتب عليه الاثم أو الفساد كما هو واضح ،

و فى الحدائق قال ولا فرق فى المدة بين كونها قصيرة أو طويلة ، بل قال فى المسالك : « فلو شرطها ألف سنة - ونحوها - صح وان علما أنها لا يعيشان اليها عادة ، للعموم ، ولان الوارث يقوم مقامهما .

اقول : ما ذكره شيخنا - ( قدس سره ) من عدم الفرق هنا بين المدة القصيرة والطويلة - هو المشهور فى كلام الاصحاب ، ونقل عن ابن الجنييد أنه منع من أقل من ثلاثة أيام فى السلف ، و من أكثر من ثلاث سنين مطلقاً . والذى وقفت عليه هنا من الاخبار ثم روى الروايتن المتقدمتين .

وكيف كان فقد عرفت ان ملاك الصحة والبطالان ليس على القلة والكثرة وحيث صح فى المدة القليلة فيصح فى الكثيرة ايضاً كما عرفت من مسالك .

﴿ و ﴾ كيف كان ﴿ لا بد أن يكون مدة الاجل ﴾ المضروبة للثمن ، أو المثلث

أو لهما ﴿ معينة لا يتطرق إليها احتمال الزيادة و النقيصة ﴾ بلاخلاف أجده بل  
يمكن تحصيل الاجماع عليه ﴿ ولو اشترط التأجيل ﴾ حيثئذ ﴿ ولم يعين أجلا  
أو عين أجلا مجهولا كقدوم الحاج ﴾ ونحوه مما هو محتمل للزيادة و النقيصة  
﴿ كان البيع باطلا ﴾ قطعاً بل ربما أدى ذلك الى الجهالة لكنه قد تقدم عدم التعين  
العرفى فلا يضر الاختلاف اليسير .

ويظهر عن الدروس وغيرها - اعتبار معرفة المتعاقدين تعيين المدة ، فلو أجل  
بالنيروز - والمهرجان الذى هو عيد الفرس ، والفضيح عيد النصارى ، والفتير عيد  
اليهود ، بناء على أنه يوم معين مضبوط عندهم ولم يعلمه المتعاقدان أو أحدهما لم  
يصح ايضاً ، للجهالة ايضاً .

ولا يخفى ما فيه فان الانضباط مضافا الى انه عرفى وقد يتسامح فى مقدار  
يوم او ازيد او اقل كان مثل النيروز وغيره معلوماً عند الجميع حتى الصبيان الا ان يكون  
قد استعمل لغة مجهولا عند الاخر كما اذا لم يعلم الاخر المهرجان و حيثئذ لا بد له  
من شرحه للاخر وكذا الحال فى الالفاظ المشتركة كالربيع والجمادى المشترك  
بين الاول والثانى .

وكيف كان فجعل المعيار العرف هو المتجه ﴿ ولوباع بثمان حال ، وبأزيد  
منه الى أجل ﴾ بأن قال : بعتك هذا بدرهم نقداً و بدرهمين الى شهرين ﴿ قيل ﴾  
وفى الجواهر والقائل الشيخ فى المبسوط والحلى فى السرائر ﴿ يبطل ﴾ وتبعهما  
الفخر ، وابوالعباس ، والمقداد والابى ، والفاضل ، والشهيدان فى اللمعة والروضة  
وجماعة من متأخرى المتأخرين ، للغرر و الابهام الناشئ من التردد ، القاضى  
بعدم وقوع الملك حال العقد على أحدهما بالخصوص ، و هو مناف لمقتضى  
سببية العقد و انشائيته و للنهى « عن البيعين فى بيع واحد » المفسر بذلك أو بما  
يشمله انتهى .

ولعل البطلان ايضاً ظاهراً من المتن حيث اشار بعده بالرواية التى على خلاف  
القواعد بقوله ﴿ والمروى انه يكون للبايع اقل الثمنين فى أبعدا الاجلين ﴾ وهو مارواه

ثقة الاسلام في الكافي عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي نجران عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) و الصدوق في الفقيه عن محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) « قال : قال امير المؤمنين (ع) : من باع سلعة فقال : ان ثمنها كذا وكذا يدأبيد ، و ثمنها كذا وكذا نظرة ، فخذها بأى ثمن شئت ، وجعل صفتهمما واحدة فليس له الأقلهما وان كانت نظرة »

وزاد في الكافي « قال : و قال عليه السلام من ساوم بثمانين أحدهما عاجل و الآخر نظرة فليسم أحدهما قبل الصفقة » فان امكن رده الى هذه الزيادة فمعناه ان الانشاء وان وقع على نحو التردد لكنه حين القبول فليسم وعين احدهما .

و لكن الانصاف ان مضمون الزيادة غير مربوط بالصدر بل اجنبى عنه فان مضمون رواية قيس على خلاف القواعد وخلاف التراضى اللازم وقوعه بين المتبايعين و اى ربط له و بالتعيين و التسمية قبل البيع فيما تكلم قبل البيع بنحوين فانه يصح جدا فلواريد حينئذ بالرواية و الزيادة خصوص الزيادة فالظاهر لاشكال فيه ولا يرد عليه شىء مما ذكر حينئذ .

اما الغرر ففيه ما لا يخفى فانه بالنسبة الى المشتري فيعلم ما يزيد و بالنسبة الى البايع فيعلم بكل الاقسام و ايها كان فليس بغرر جدا و منه يعلم ما فى الابهام حيث ان الابهام لا بالنسبة الى المشتري ولا البايع و اما التردد فغايبه فى خصوص الايجاب فقط بان اوقع البايع المبيع نقداً بخمسين و نسيئة بمائة و المشتري فى حال القبول يختار احدهما فتعلق القبول باحد الشقى " التردد ، فاخذ المبيع معلوما له و للبائع باى القيمتين له .

و اما النهى عن بيعين فليس هنا بيعين بالوجدان بل بيع واحد له قيمتين فهذه الوجوه غير تام بل لو اراد اقل الثمنين فى ابعد الاجلين فهو باطل قطعاً لعدم كونه منشأ و موجبا اصلا بداهة ان اقل الثمنين قد وقع فى مقابل اقرب الاجلين لا بعدهما بل هذا المعنى مما يكون نسيامنيا .

و الحاصل ظاهر الصدر على خلاف التراضي و انه من اوقع البيع بنحو التريد المذكور على رغبة حكم باقل الثمنين و بعد الاجلين مع ان البايع جعل اقل الثمنين من مقابل اقل الاجلين فلا يكون الصدر موافقاً للقواعد .

و معنى الذيل واضح و ظاهره ان مثل التريد مما وقع قبل المعاملة و المعاوضة فكان المشتري طلب قيمة السلعة من البايع و البايع كان في مقام تعيين القيمة و انه نقداً كذا و نسيئة كذا فالمشتري بعد ما علم القيمة نقداً و نسيئة اختار احدهما حسب ما صلح عنده فلا اشكال في مثل ذلك اصلاً و انما الاشكال يجيء من تذييل الصدر بذلك الزيادة مع ان نفس الزيادة صحيحة مطابقة للقاعدة .

و بالجملة هذه الزيادة يوجب الاجمال لكل من الصدر و الذيل بل سرية الاجمال بحيث لا يمكن اصلاحه بمثل ما ذكرنا بقرينة روايات اخر مثل رواية السكوني فانه كصدر رواية قيس ظاهر بل صريح في عدم التراضي منهما فان السكوني قد روى عن جعفر عن ابيه عن آبائه عليهم السلام : « أن علياً عليه السلام قضى في رجل باع بيعاً و اشترط شرطين بالنقد كذا و بالنسيئة كذا فأخذ المتاع على ذلك الشرط فقال : هو بأقل الثمنين و بعد الاجلين » .

و المسألة مشكلة في الغاية حيث عدل بهذه الروايات كثير من الاصحاب مع اجمال عباراتهم فمن المقنعة « لا يجوز البيع بأجلين على التخيير ، كقولهم المتاع بدرهم نقداً ، و بدرهمين الى شهر أو سنة او بدرهم الى شهر و باثنين الى شهرين ، فان ابتاع انسان شيئاً على هذا الشرط كان عليه أقل الثمنين في آخر الاجلين » .

و ظاهر صدر العبارة عدم الجواز الظاهر في البطلان و ظاهر الذيل هو الجواز و ان عليه اقل الثمنين . و في المحكي عن ناصريات المرتضى المكروه ان يبيع الشيء بثمنين ، بقليل ان كان الثمن نقداً و باكثر منه نسيئة و هذا مضمون هذه الروايات و الظاهر انه حمل الروايات على مجرد ايجاب البايع بهذا النحو حتى يقبل المشتري ايهما اختار فعلى هذا كان الايجاب في معنى الاخبار بالمشتري حتى يقبل ما شاء منهما و لا اشكال فيه اصلاً .

وعن الاسكافى روى عن النبي ﷺ أنه قال : « لاتحل صفقتان فى واحدة » وذلك أن تقول : ان كان بالنقد فبكذا وان كان بالنسيئة فبكذا وكذا ، ولو عقدا للبايع للمشتري كذلك وجعل الخيار اليه ، لم اختر للمشتري أن يقوم على ذلك ، فان فعل واستهلك السلعة لم يكن للبايع الأقل الثمنين ، لاجازته البيع به ، وكان للمشتري الخيار فى تأخير الثمن الاقل الى المدة التى ذكرها البايع بالثمن الاوفر من غير زيادة على الثمن الاقل .

وعن النهاية « فان ذكر المتاع باجلين ، ونقدين مختلفين ، بأن يقول ثمن هذا المتاع كذا عاجلا ، و كذا أجلا ، ثم امضى البيع كان له أقل الثمنين و أبعد الاجلين » وعن القاضى من باع شيئا باجلين على التخيير مثل أن يقول بعتك هذا بدينار أو بدرهم عاجلا ، أو بدينارين أو درهمين الى شهر ، أو شهور ، أو سنة ، أو سنتين ، كان البيع باطلا ، فان امضى البيعان ذلك بينهما كان للبايع أقل الثمنين فى آخر الاجلين .

ولا يخفى انه لو كان باطلا لما وجه للامضاء فانه امضاء للباطل .

وفى الجواهر فى مقام الحكاية عن الغنية قال ما لفظه : وفى موضع من الغنية « وللجهالة بالثمن والاجل ايضا نهى عن بيعتين فى بيعة نحو أن يقول بعتك كذا بدينار الى شهر ، وبدينارين الى ثلاثة أشهر ، فيقول المشتري قد قبلت به » وفى آخر « وقد قدمنا أن تعلق البيع باجلين وثمانين كقوله بعته الى مدة كذا بكذا ، و الى ما زاد عليها بكذا يفسده ، فان تراضيا بانفاذه كان للبايع أقل الثمنين فى أبعد الاجلين ، بدليل اجماع الطائفة » .

وعن صاحب البشرى أنه قال : « لو عملنا برواية السكونى كان قريبا » وعن الراوندى « أن على المشتري الثمن الاقل فى الاجل الاول ، لانه رضى بالاقل فى الزمن الاقل ، فان لم يؤد المشتري فليس له فى ذمته الا الاقل سواء أداه عاجلا ، أو آجلا » وكأنه يرجع الى ما تسمعه من المختلف ، أو ما فى الدروس فانه بعدان ذكر الخلاف فى صورتين قال : « والاقترب الصحة ولزوم الاقل ، ويكون التأخير

جائزاً من جهة المشتري ، لازماً من طرف البايع لرضائه بالاقبل ، فالزيادة رباً ، ولاجلها ورد النهى وهو غير مانع من صحة البيع» انتهى .

والمسألة قد جعلت القوم حيارى فجعل كل مهرباً .

ومن العجيب قول الراوندى لانه رضى بالاقبل ففى الزمن الاقل النخ فان كان مقصوده ان المشتري قدرضى بالثمن الاقل فى مقابل النقد او الزمن الاقل كما اذا قال بعتك نقداً بعشرة ونسيئة الى شهر بعشرين فرضى بالعشرة نقداً فليس عليه الاقل الا مع النقد فالاجل لم يذكر فى المعاملة فرض بالنقد او المدة القليلة لاجل الثمن القليل .

وبالجملة الثمن الاقل انما يكون فى مقابل النقد او الاقل مدة بداهة انه مع المدة الكثيرة لا يرضى البايع بالثمن القليل فكيف يصح قوله ليس له ففى ذمته الا الاقل سواء اداه عاجلاً او آجلاً مع ان الفرض ان للاجل ثمن كثير دون العاجل .

وبالجملة الرضا اما يتعلق بالثمن الاقل عاجلاً واما تعلق بالثمن الاكثر آجلاً فان اشترى من البايع نقداً فليس عليه الا الثمن الاقل وان اشترى مع الاجل فليس عليه الا الثمن الاكثر فالقول بانه ليس فى ذمته الا الاقل سواء اداه عاجلاً او آجلاً قد صار فساداً ملحقاً بالبديهيّات الاولى .

ومنه يظهر فساد قول صاحب الغنية بأنه اولامع فساده كيف يمكن الرضا بالانفاذ. و ثانياً كيف يكون للبايع اقل الثمنين فى ابعده الاجلين مع ان اكثر الثمنين قد وقع فى مقابل ابعده الاجلين فلا رضىة بغير ذلك والحاصل لا ارى وجهاً لصحة ما ذكره مع قطع النظر عن الاخبار والاجماع فى امثال هذه المشكلات كما ترى . ومنه يظهر فساد ما عن المختلف جواباً عما يقال : من أن وجوب الاقل الى الابد ليس تجارة عن تراض ، قال : «ويمكن ان يقال : أنه رضى بالاقبل فليس له الاكثر فى البعيد ، والالزم الربا ، اذ تبقى الزيادة فى مقابلة تاخير الثمن لا غير ، فان صبر الى البعيد لم يجب له اكثر من الاقل» .

و هو عجيب منه جداً توضيح لزوم الربا ان البيع انما يقع بالاقبل فلا يجب على المشتري الا ثمن القليل لكن كانه قرض الثمن من البايع الى الاجل المسمى

بالزيادة فيكون الزيادة رباً فانها زيادة في القرض .

وبالجملة المشتري وان وجب عليه تسليم الثمن نقدًا لكن البايع اقترض الثمن به الى شهر بالزيادة عليه تأمل في جميع ما افيد .

ومنه يعلم فساد ما عن الدروس من ان الاقرب الصحة ولزوم الاقل ويكون التأخير جازياً من طرف المشتري لازماً من طرف البايع لرضاه بالاقل فالزيادة ربا ولذا ورد النهى عنه وهو غير مانع من صحة البيع انتهى وشيخنا المرتضى بعد نقل عبارته قال : لكنه مانع من لزوم الاجل من طرف البايع لانه في مقابل الزيادة الساقطة شرعا الان يقال ان الزيادة ليست في مقابل الاجل بل هي في مقابل اسقاط البايع حقه من التعجيل الذي يقتضيه العقد لو خلى وطبعه لكنه ربا كما سيجيء انتهى .

وليت شعري كيف يكون البيع صحيحا وكيف يكون الاقل لازما مع انه معه لا يكون تاخير حينئذ وكيف يكون التأخير جازياً من طرف ولازما من طرف آخر واماما افاد الشيخ من قوله ان الزيادة ليست في مقابل الاجل فهو عجيب ولو كان على سبيل الاحتمال فان الفرض قول البايع نقدًا كذا ونسيئة كذا فانه نص في كون الزيادة في مقابل الاجل .

ومنه يظهر فساد ما في الجواهر استنصاراً للمختلف حيث قال : لكنه لا الزام فيه للبايع بالاجل البعيد ، كما سمعته من الدروس الذي هو واضح الضعف ، اذ الاجل قد وقع في مقابلة الزيادة الفاسدة فلا يلتزم به البايع ، فلا ريب في أن ما ذكره في المختلف أولى منه ، بل يمكن تنزيل الخبرين المزبورين حتى الثانى منهما عليه بمعنى كان على المشتري في آخر الاجلين أقل الثمنين ، لأن له الزام البايع بذلك ، ضرورة كون الثمن فيه الاقل بلا أجل على هذا التقدير ، وان الزيادة في مقابلة التأخير الى المدة قد وقعت على نحو الشرطية ، فتختص حينئذ هي مع الاجل بالنهى والفساد .

كما ذهب اليه أبو حنيفة في أصل بيع الربا ، وان كان هو واضح الضعف ، مع عدم تشخيص الثمن أما معه ، فان لم يذكر شرطاً في العقد ، فلا ريب في الصحة



وان ذكر فيه كما هو فى محل البحث أمكن القول هنا باختصاص الفساد بالشرط دون العقد ، لهذه النصوص وان قلنا بفسادهما معاً فى غيره ، وتقل مخالفتها حينئذ للقواعد ، وربما احتمال تنزيلهما على مالاريب فى صحته من ذكر الزيادة بعد العقد، الا انه بعيد عن ظاهر الخبرين انتهى.

وجه ضعف قول الناصر والمنصور ان الاجل لم يقع فى مقابل الزيادة بل انما وقع قيمة اخرى للمبيع بداهة انه جعل البايع للمبيع قيمتين احدهما الاقل فى مقابل مدة الاقل او النقد والاخر أكثر فى مقابل مدة الاكثر فوقع الاجل فى مقابل الزيادة التى فرضه المختلف انما يتصور فيما كان البيع وقع على القيمة المعينة كعشرة وتم البيع بذلك ثم جعل المشتري مدة للتأخير فى مقابل الزيادة بأن يقول العشرة التى ثمن المبيع نقدا او شهراً أديته شهرين مع عشرة أخرى اى العشرين وهذا هو الربا ان كان .

وفى مثل هذا وقع الاجل فى مقابل الزيادة والفرض خلافه فهذا الاحتمال فى غاية البعد منهما والحاصل تارة تقع المعاملة نقدا مع الثمن المعين ثم جعل المشتري زيادة للثمن فى مقابل تأخيره عن وقته واخرى جعل للمبيع ثمنين نقدا ونسيئة كى يختار المشتري ايهما شاء وثالثة اوقع المعاملة بهذا النحو من الترييد فمازعم المختلف وجعله فى الجواهر أولى هو الاول والصحيح هو الثانى والباطل هو الثالث هذا اذا لم يكن من قبيل شرط تأخير الثمن مع الزيادة .

واما ان كان كذلك اى شرط مع البايع تأخير الثمن الذى للنقد الى مدة مع الزيادة فهذا هو الربا والشرط الفاسد الذى يوجب فساد المشروط وصاحب الجواهر جعل الشرط الفاسد مفسدا الا فى المقام لهذه الروايات وانت تأمل فيما افاد وفى ان القاعدة لو اقتضت فساد المشروط بفساد الشرط لان الرضا قد تعلق بالشرط والمشروط فهل يقدم الاخبار الدالة على الصحة فى المقام وتخصيص هذه القاعدة او يقدم القاعدة وطرح الاخبار والصناعة العلمية اقتضت الثانية لان الشرط الفاسد ان كان مفسداً ففى جميع الموارد كذلك والا فلا كذلك .

وبالجملة الجواهر جعل القضية فى صورة الشرط الفاسد باختصاص الفساد بالشرط دون المشروط ولو كان فى غير المقام يفسد المشروط ونتيجة ذلك صحة المعاملة ودفع القيمة الاقل مع الاجل .

والحاصل لو شرط تأخير الثمن ولو للزيادة كان ربها ويفسد الشرط دون المشروط وان لم يشترط فى العقد كان العقد صحيحاً وهو وقوع الثمن القليل عليه سواء كان عاجلاً او آجلاً هذا حاصل ما افاد وانت خبير بفساد الكل .

اما أولاً فلا شرط فى البين كى يكون مسقطاً فقط دون المشروط .

وثانياً ان الشرط الفاسد مفسد فى جميع المقامات .

وثالثاً لو لم يشترط فكيف يكون البيع صحيحاً بدون الشرط مع ان الصحة

اى التراضى قد تعلقت بالثمن القليل نقداً لانسيئة بمعنى ان مع النسبة كان له قيمة أخرى .

ورابعاً ما معنى قوله لان له التزام البايع بذلك مع قوله بمعنى كان على المشتري

فى آخر الاجلين أقل الثمنين فانهما متناقضان وذلك فان اقل الثمنين مثل عشرة دراهم

وآخر الاجلين هو النسبة فلو جاز للمشتري اعطاء عشرة دراهم الذى فى مقابل العاجل

مع تأخير الثمن الى الاجل الاخر وهو النسبة فلم لا يجوز له الزام البايع بذلك .

وبالجملة ان لم يكن له ذلك الالتزام فلا يكون له اقل الثمنين مع الاجل وان

كان له ذلك كان له الزامه بذلك تدبر حتى تفهم وبالجملة ان عملنا برواية السكونى

المشتمل على جعل الشرطين فحيث كان الشرط فاسداً لزم فساد المشروط فلامعنى

بصحة المشروط دون شرطه وشيخنا فى مكاسبه بعد نقل عبارات القوم عن المختلف

واطالة الكلام معهم قال :

وقد تلخص من جميع ما ذكرنا ان المعاملة المذكورة فى ظاهر متن الروايتين

لاشكال ولا خلاف فى بطلانها بمعنى عدم مضيها على ماتعاقداً عليه واما الحكم

بامضائهما كما فى الروايتين فهو حكم تعبدى مخالف لادلة توقف حل المال على

الرضا وطيب النفس وكون الاكل لاعن تراض اكل للباطل فيقع الاشكال فى نهوض

الروايتين لتأسيس هذا الحكم المخالف للاصل ثم ان الثابت منهما على تقدير العمل بهما هى مخالفة القاعدة فى موردتهما .

واما ماعداه كما اذا جعل له الاقل فى أجل والاكثر فى أجل آخر فلا ينبغي الاستشكال فى بطلانه لحرمة القياس خصوصاً على مثل هذا الاصل وفى التحرير البطلان هنا قولاً واحداً وحكى من غير واحد ما يلوح منه ذلك الا انك قد عرفت عموم كلمات غير واحد ممن تقدم للمسئلتين وان لم ينسب ذلك فى الدروس الا الى المفيد قدس سره لكن عن الرياض ان ظاهر الاصحاب عدم الفرق فى الحكم بين المسئلتين وهو ظاهر الحدائق ايضاً .

وما ابعد ما بينه وبين ما تقدم عن التحرير ثم ان العلامة فى المختلف ذكر فى تقريب صحة المسئلة انه مثل ما اذا قال المسأجر لخياطة الثوب ان خطته فارسياً فبدرهم وان خطته رومياً فبدرهمين واجاب عنه بعد تسليم الصحة بروجوعها الى الجمالة انتهى .

وفى الحدائق بعد نقل رواية السكونى المتقدمة قال مالظه والاصحاب قد ردوا هذا القول بالضعف والندور ، وروايته بالضعف والشذوذ ، حتى المحدث الكاشانى فى المفاتيح ، والظاهر أنهم لن يقفوا الا على رواية السكونى ، والا فرواية محمد بن قيس صحيحة برواية الفقيه ، وحسنة لا تقصر عن الصحيح ، بناء على الاصطلاح الغير الصحيح على رواية الكافى ، الا ان الزيادة التى فى صحيحة محمد بن قيس على رواية الكافى لا تخلو من منافرة لمادلت عليه الصحيحة المذكورة ، فان الظاهر أن المراد منها كما ذكره بعض مشايخنا ( نور الله مراقدهم ) هو انه لا يجوز هذا التردد ، بل لابد من ان يعين احدهما قبل العقد ويوقعه عليه .

وقال بعض المحققين : لعل معناه ان يعين كل واحد منهما قبل وقوع البيع وعلى هذا فلا منافرة فى العبارة المذكورة ، وظاهر الفاضل الخراسانى فى الكفاية اختيار هذا القول ، للخبرين المذكورين مع صحة الاول منهما وهو جيد ، الا أن ذلك غير خال من الاشكال من حيث هذه الزيادة التى فى الكافى ، فانها ظاهرة فى

موافقة القول المشهور بالتقريب الذي ذكرناه اولاً ، وان كانت على الاحتمال الاخر غير منافية .

وظاهر جملة من الاصحاب الاستناد في رد هذا القول الى ماروى من النهى « عن بيعين واحدة » والظاهر انه اشارة الى مارواه في التهذيب عن سليمان بن صالح عن ابي عبد الله عليه السلام قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف وبيع ، وعن بيعين فى بيع ، وعن بيع مالىس عندك ، وعن ربح مالم يضمن .

وعن عمار الساباطى فى الموثق عن ابي عبد الله عليه السلام « قال : بعث رسول الله صلى الله عليه وآله رجلاً من اصحابه والياً فقال له : انى بعثك الى اهل الله يعنى اهل مكة - فانهبهم عن بيع مالم يقبض ، وعن شرطين فى بيع وعن ربح مالم يضمن . »

قال فى الوافى قيل اريد « بشرطين فى بيع » ما اريد « ببيعين فى بيع » فى سابقه وهو ان يقول بعثك هذا الثوب نقداً بعشرة ، ونسيئة بخمسة عشر ، وانما نهى عنه ، لانه لا يدري ايهما الثمن الذى يختاره ليقع عليه العقد انتهى ثم قال : وربما يفسر « بيعين فى بيع » بأن يقول بعثك هذا بعشرين ، على ان تباعى ذلك بعشرة او بما يشمل المعنيين انتهى .

اقول : ان هذين الخبرين غير خليين من الاجمال المانع من الاعتماد عليهما فى الاستدلال ، والخروج بهما عن صريح الخبرين المتقدمين لايخفى مافيه .

نعم يبقى الاشكال فى ذينك الخبرين بما ذكره المحقق الاردبيلى طاب ثراه فى هذا المقام ، حيث قال - بعد الكلام فى بيان سند الصحيحة المذكورة - وبالجملة الظاهر اعتبار سندها ، ولكن فى مضمونها تأمل وان عمل به ، لان المالك انما رضى بالبيع بالثمن الكثير نظراً ، فكيف يلزم بأقلهما نظراً ، ومعلوم ان رضا الطرفين شرط فى العقد ، « ولا يحل مال امرء الا بطيب نفسه والحاصل ان الادلة العقلية والنقلية كثيرة على عدم العمل بمضمونها فلا يعمل به وان كانت صحيحة ، فكيف العمل بها مع كونها حسنة لوجود ابراهيم بن هاشم لوسلم ماتقدم ، وان كان الظاهر ان ابراهيم لا بأس به ، وماتقدم صحيح .

وتقديم مثل هذه على الادلة العقلية والنقلية - وتخصيصهما به والحكم بصحة البيع - لا يخلو عن شىء لاجل ذلك ، لالانها تستلزم الجهالة والغرر كما فهم من التذكرة ، لان دخولها تحت الغرر المنفى والجهل الممنوع غير ظاهر ، لان الاختيار اليه ، وعلى كل من التقديرين الثمن معلوم ، على انه قد تقرر أن الاجل بالاقبل ، ولا لان فى سندها جهالة وضعفاً كما فى شرح الشرايع . لان ذلك غير ظاهر ، بل الظاهر ما عرفت ، فينبغى اما العمل بمضمونها وفيه بعد ، واما تأويلها فتأمل انتهى وهو جيد .

والروايتان المذكورتان وان كان موردهما مخصوصاً بما اذا كان البيع بثمان حال ومؤجل ، الا ان الاصحاب عدوها ايضاً الى ما اذا باع الى وقتين متأخرتين بتفاوت بين الثمنين من حيث قرب الاجل وبعده ، كما تقدم ، وانت خبير بما فيه انتهى . وقد تلخص ان الجمع بين الروايات او توجيهها لاقبل بأن الترييد المذكور محمول على كلمات الواقعة قبل البيع حتى يعلم المشتري قيمة المبيع نقداً ونسيئة حتى يختار احدهما نقداً او نسيئة فعليه يصح اما لو كان المراد وقوع البيع بنحو الترييد المذكور ومع ذلك يحكم بالصحة بالثمن القليل نسيئة او الاجل الكثير على خلاف ميل المشتري فقد عرفت ما فيه وعرفت الاشكال عليه ايضاً من الاردبيلي والاشكال الذى اورد على المختلف وكيف كان فلا وجه للصحة بنحو ذلك ومن جميع ما ذكرنا يعلم ما فى جميع كلمات صاحب الجواهر قال ايضاً .

وأما طرح الخبرين - مع اعتبار سند الاول منهما لانه حسن كالصحيح ، بل هو صحيح بناء على المختار من الظنون الاجتهادية ، والعمل بهما معاً ممن عرفت ، - فغير لابق بصناعة الفقه ، خصوصاً مع قلة مخالفتها للقواعد على ما سمعت ، بل لعلهما لا يخالفان شيئاً ، على القول بعدم فساد العقد بفساد الشرط فتأمل .

ويحتمل الجمع بالحرمة مع الصحة كما أومى اليه الحر ، فى وسائله ، وربما تقلبه عبارة المقنعة ، وما شابهها ، وان كان فيه ما فيه ، الا أنه أولى مما فى الرياض

قطعاً ، فانه بعد أن جزم بالفساد واقتصر على خبر السكوني وأورد عليه بوجوه ، منها ضعف السند ، وعدم المكافأة ، وشدوذ القائل به وهو الطوسي في نهايته ، مع رجوعه عنها في مبسوطه - قال : «ثم على المختار هل لهذا البيع حكم البيع الفاسد ، فيرجع مع تلف المبيع الى المثل او القيمة ، ام لا ، بل يرجع البايع معه الى ما في هذه الرواية ، من أقل الثمنين ، الى أبعد الاجلين ، قولان ، أشهرهما بين المتأخرين ، الاول عملاً بالاصل في البيع الفاسد ، وبين المتقدمين ، المتقدم ذكر جمع منهم كالمفيد والمرضى والاسكافي والقاضي وابن زهرة في الغنية ، مدعيّاً ، عليه الاجماع الثاني ، ولعله لصحيح محمد بن قيس ، ولابأس به لاعتضاد صحة سنده بمصير كثير من القدماء الى العمل به .»

اذ هو كما ترى من غرائب الكلام ، بل لم نعرف أحداً ممن تقدم عليه عنوان هذا الخلاف انتهى محل الحاجة وكيف كان فالظاهر القوي عندي عدم صحة ما ظاهر الخبر من الحكم بالصحة مع أقل الثمنين وابعد الاجلين فانه على خلاف القواعد جداً .  
 ﴿و﴾ كما لو باع بقيمة نقداً وبقيمة زيادة عليها نسيئة بطل فكذلك ﴿لو باع كذلك الى وقتين متأخرين كان باطلاً﴾ بان يقول بعثك الى شهر بعشرة والى شهرين بعشرين وقد عرفت ان البطلان فيما لو وقع العقد بنحو ذلك التردد واما لو كان هذا الكلام بمنزلة الكلام الواقع قبل المعاملة كى يعلم المشتري ما قيمة المبيع فاختار احد القيمتين فلا اشكال حينئذ اصلاً .

﴿واذا﴾ باع شيئاً شخصياً طعاماً او غيره و﴿اشترط: تاخير الثمن الى أجل﴾ معلوم ﴿ثم ابتاعه البايع﴾ او غيره من المشتري بعد قبضه ﴿قبل حلول الاجل ، جاز بزيادة كان﴾ على الثمن الاول ﴿او نقصان﴾ أو مساواة بالجنس او بغيره ، ﴿حالا ومؤجلاً﴾ بما يساوى الاجل الاول ، او يزيد عليه او ينقص عنه .

وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه ، كما اعترف به في الرياض ، والمحكى عن مجمع البرهان ، بل في الاخير كان دليله الاجماع . نعم في مفتاح الكرامة خاصة عن المراسم ان باع ما ابتاعه الى اجل قبل حلول الاجل فبيعه باطل ، معترفاً بأنه

لم يجد أحداً نقل عنهما الخلاف قبله . قلت : قد يريد السلف او الاعم منه ومن غيره  
لامانحن فيه ، بل لعله الظاهر منه . انتهى

والظاهر ان الصحة على طبق القواعد الشرعية اذ بعد البيع كان المشتري  
مالكا ودمته مشغولة للبايع عند حلول اجله فله بيع ماملك فعلا باى شخص كان  
وبابى نحو كان فلا وجه للبطلان .

وقال شيخنا فى مكاسبه اذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجل جاز بيعه من  
بايعه وغيره قبل حلول الاجل وبعده بجنس الثمن وغيره مساويا له او زائداً عليه او ناقصا  
حالا او مؤجلا اذا اشترط احد المتبايعين على صاحبه فى البيع الاول قبوله منه بمعاملة  
الثانية اما الحكم بالمستمانته فلا خلاف فيه الا بالنسبة الى بعض صور المسئلة انتهى .  
ويدل على الصحة روايات [خبر على بن جعفر] المروى عن كتاب مسائله قال :  
«سألت أخى موسى عليه السلام عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم الى أجل ، ثم اشتراه بخمسة  
دراهم نقدا ايحل ؟ قال : اذا لم يشترط ورضيا فلا بأس» .

[وصحيح بشار] سأل أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع نسيئاً ، فيشتره  
من صاحبه الذى يبيعه منه ؟ قال : نعم لا بأس به ، فقلت له : أشتري متاعى ؟ فقال :  
ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك » وخبر الحسين بن منذر (٢) قال : « قلت لابي  
عبدالله عليه السلام : يبيعىء الرجل فيطلب العينة ، فاشترى له المتاع من أجله ، ثم أبيعها اياه  
ثم أشتريه منه مكاني ؟ فقال : اذا كان بالخيار ان شاء باع ، وان شاء لم يبيع ، و كنت  
أنت بالخيار ان شئت اشتريت ، وان شئت لم تشتري ؟ فلا بأس قلت : فان اهل المسجد  
يزعمون أن هذا فاسد ، ويقولون : ان جاء به بعد اشهر صلح ، فقال : انما هذا تقديم  
وتأخير فلا بأس به» .

[وخبر منصور بن حازم] قال : « سألت اباعبدالله (ع) عن الرجل يكون له  
على الرجل طعام او بقر ، أو غنم ، أو غير ذلك فاتى الطالب المطلوب ليبتاع منه شيئاً ؟  
فقال : لا يبيعه ، نسيئاً وأما نقداً فليبيعه بما شاء» .

وفى الجواهر يمكن أن يكون المراد منه أن الطالب أراد شراء المطلوب بماله

عليه من الطعام فعلا بعد حلوله فقال : لايبيعه عليه نسيئة لانه يكون بيع دين بدين على بعض الوجوه ، أما نقدا فلا بأس ، ولعل شيئا فيه مصحف نسيئا وحينئذ يكون خارجا عما نحن فيه . فتأمل جيدا ، وفي الرياض أنه مجمل ، محتمل الحمل على الكراهة جمعاً بينه وبين غيره مع عدم مكافأته قطعاً انتهى .

ثم ان ظاهر تلك الرواية هو الاطلاق سواء شرط البايع الاول ذلك على المشتري او شرط المشتري على البايع او لا ولكن ذلك قد اشكل على بعض الاعلام وانه انما يصح لو لم يكن شرط مثل هذا البيع واملو شرط فلا يصح ذلك كما قال المصنف ﴿ اذالم يكن شرط ﴾ البايع الاول على المشتري ﴿ ذلك ﴾ الشراء الثانى ﴿ فى حال بيعه ﴾ على المشتري .

و فى الجواهر ولذا نص على اشتراط ذلك فى الجواز جماعة ، بل نسبه فى الرياض الى اصحاب ، وأنه لاخلاف فيه ، وفى المحكى عن الكفاية لأعلم خلافا بينهم فى البطلان عند الشرط ، والمفاتيح الظاهر اتفاقهم على بطلانه ثم قال قلت : قديظهر الخلاف من اطلاق الجواز فى المقنعة والنهاية ومحكى السرائر بل قديظهر من جامع المقاصد والمسالك وغيرهما عدم اعتباره . لاقتصارهم على الاستدلال بما فى التذكرة من الدور ، وبأنه لم يقصد النقل معه ، وافساده بما لا يزيد عليه ، وهو كذلك سواء قرر الدور بأن انتقاله الى المالك موقوف على حصول الشرط ، و حصوله موقوف على انتقال الملك ، أو بأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه .

واما اطلاق الجواز فهو حق من حكايته عن هؤلاء الجماعة اذ كما عرفت لم يظهر وجه للبطلان عند الشرط الا احتمال انه لو شرط البايع على المشتري ابتياعه منه لم يحصل للبائع قصد الانتقال الى المشتري حقيقة و انما يكون الانتقال مجرد الصورة وهو ايضاً مندفع عند التأمل اذ الغرض من الانتقال الاول والثانى قد يكون تحصيل مال فعلا ولا يمكن الا بذلك فباع نسيئة السى شهر مثلا بمائة ثم اشتراه منه بخمسين نقدا فللمشتري بالفعل خمسون وعند رأس الشهر يجب عليه رد المائة فربما يتجر بالخمسين وصار عند الحلول مائة او ازيد وهو غرض



عقلاىى صحيح شرط اولافصححة هذاالبيع غير مشروط بشرط عدم البيع ثانيا بل عدم التعرض لذلك والاشكال فى الصحة من جهات اخر كالذور ونحوه اقوى شاهد بعدم مدخلية الشرط اصلا واما الذور فعبارة التذكرة مختلف فيه وبعضها غير مذكور فيها الذور وبعضها مذكور .

قال: لو باع سلعة بثمان مؤجل ثم اشتراها قبل قبض الثمن بأقل من ذلك الثمن جاز ، وكذا لو باعها بثمان نقداً و اشتراها باكثر منه الى أجل جاز ، سواء كان قد قبض الثمن أو لم يقبض ، و به قال الشافعى ، لان البيع ناقل و العين قابلة للنقل دائما ، والمتبايعان من أهل العقد فكان صحيحاً عملاً بالمقتضى السالم عن المبطل ، ولانه ثمن يجوز بيع السلعة به من غير بائعها فجاز بيعها به من بائعها كما لو كان باعه بسلعة أو بمثل الثمن ثم قال فى مسأله بعده ما لفظه .

اذا باع نسيئة ثم اشتراها قبل الاجل بزيادة أو نقيصة حالا أو مؤجلا جاز اذا لم يكن شرطه فى العقد ، فان شرطه بطل والالزم الذور والعبارة الاولى غير مذكور فيه لفظ الشرط بخلاف الثانية

ثم ان الظاهر من العبارة انه مع الشرط لو لم يبطل لزم الذور فتامل فيه فان الذور ايضا مبطل ولعل العبارة هكذا بطل للزوم الذور ويكون الحاصل انه لو شرط البايع الاول بيع المشتري ثانياً وللزم الذور اذ بيع الثانى يتوقف على البيع الاول فانه لو لم يكن ملكا للمشتري لم يمكن انتقاله الى البايع الاول والبيع الاول يتوقف على البيع الثانى من حيث ان انتقال المشتري الى البايع يتوقف على البيع الاول حتى صار مالكا .

وفيه ان التوقف البيع الثانى على الاول فى محله بخلاف توقف الاول على الثانى حيث ان بيع البايع الاول لا يتوقف على بيع المشتري عليه لامكان بيع الاول وعدم حصول بيع الثانى نعم الوفاء بالشرط يتوقف على بيع البايع الاول فالبيع الثانى يتوقف على البيع الاول وهو يتوقف على وفاء المشتري بالشرط اى بيعه بالبايع الاول

الاترى امكان بيع البايع الاول وعصى المشتري ولم يبيع بالبايع فالانتقال اليه من البايع لايتوقف على شىء ولو مع قطع النظر عن الشرط لكن مع الوفاء بالشرط ولزوم انتقاله الى البايع ايضا صح توقف بيع الاول عليه اذلولايبيع الاول وتمليك البايع المشتري لم يقدرعلى الوفاء وتمليكه البايع الاول مع ان مثل هذا الشرطيجرى فى باقى الشروط كالعنق والبيع على غيره وكيف كان صح هذه المعاملة شرط اولاً

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿ان حل الاجل﴾ ولم يقبض الثمن ﴿فابتاعه بمثل ثمنه من غيرزيادة﴾ ولانقيصة ﴿جاز﴾ بلاخلاف ﴿وكذا ان ابتاعه بغير جنس ثمنه بزيادة أو نقيصة حالاً أو موقلاً﴾ وفى الجواهر للاصل ، واطلاق الادلة السابقة انتهى .

وكل ذلك على القائدة فان المشتري مالـك لما اشتراه فيجوز له بيعه بمثله مع مراعات شرائط الربا كما اذا لم يكن بزيادة 'ونقيصة كما يجوز بزيادة ونقيصة اذا كان بغير جنسه لعدم لزوم الربا ومع ذلك قد دل عليه روايات ( كصحيح منصور بن حازم قال للمصادق عليه السلام : « رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه ، وأتى الطالب المطلوب يتقاضاه ، فقال له المطلوب : أبيعك هذه الغنم بدراهمك التى لك عندى . فرضى ؟ قال : لأبأس بذلك » وموثق يعقوب بن شعيب [ وعبيد بن زرارة ] أو صحيحها « سألا أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع طعاماً بمائة درهم الى أجل ، فلما بلغ ذلك الاجل ، تقاضاه ، فقال : ليس عندى دراهم ، حذمنى طعاماً ، فقال : لأبأس به فانما له دراهم يأخذها ماشاء » الى غير ذلك .

﴿و﴾ أمّا ﴿ان ابتاعه بجنس ثمنه بزيادة أو نقيصة ففيه روايتان﴾ اشبههما و﴿اشهرهما﴾ ماسمته من الروايات ﴿الجواز﴾ فيما لم يكن من الربويين فانه لا يجوز بزيادة او نقيصة قطعاً كما اذا باع طعاماً نسيئة ثم اراد شراءه من المشتري بعينه او بمثله بثمن من الطعام وخبر المنع الذى عمل به الشيخ فى النهاية بالنقيصة، وفى التهذيبين بالزيادة هو خبر خالد بن المحجاج «سأل أبا عبد الله (ع) عن رجل بعته

طعاماً بتأخير الى أجل مسمى ، فلما جاء الاجل أخذته بدراهمى فقال : ليس عندى ، ولكن عندى طعام فاشتره منى ؟ فقال : لا تشتره منه فانه لاخير فيه» قال فى الحدائق مالفظه وأما القول بالبطلان فيما اذا كان البيع الثانى بجنس الثمن الاول مع الزيادة أو النقصان فهو للشيخ - قدس سره - فى النهاية قال فى الكتاب المذكور: اذا اشترى نسيئة فحل الاجل و لم يكن معه ما يدفعه الى البايح جاز للبايح أن يأخذ منه ما كان باعه اياه من غير نقصان من ثمنه ، فأن أخذه بنقصان مما باع ، لم يكن ذلك صحيحا ولزمه ثمنه الذى كان اعطاه به ، فأن أخذ من المبتاع متاعا آخر بقيمة فى الحال لم يكن بذلك بأس « انتهى . ثم ساق رواية ابن الحجاج ثم قال :

وأنت خبير بأن هذا الخبر مع صحة العمل به غير منطبق على مدعاه من وجوه ، أحدها - من حيث أن موردها الطعام ومدعاه اعم كما تقدم فى عبارته ولذا خص البعض الحكم بالطعام كما قدمنا الاشارة اليه ، وثانيها - تخصيصه ذلك بالعين التى باعها فانه حكم بالجواز فى عبارته المذكورة فى غيرها ، ومورد الرواية أعم من ذلك ، و ثالثها - تخصيصه المنع بالزيادة والنقيصة ، أما المثل فجائز عنده والرواية ظاهرة المنع فى الجميع انتهى .

اما قول الشيخ جاز للبايح ان يأخذ منه ما كان باعه اياه بعد اصلاح قوله ان يأخذ منه على طريق المعاملة اى يشتري منه ما كان باعه انه لم يصرح بكون الثمن ماذا مع ان المنع انما يكون اذا كان الثمن ايضا طعاما والافلو اشترى طعامه الذى باعه بالدرهم لم يكن به بأس سواء كان بالزيادة او النقيصة .

واما الرواية قوله (ع) عندى طعام فاشتره منى مطلق يمكن اشتراه بالدرهم فلا منع حينئذ اصلا و انما المنع اذا كان الاشترى بالطعام ايضا فالرواية باطلاقها حينئذ على خلاف القواعد وقد يستدل للمنع .

[ بما رواه ] فى الفقيه عن عبد الصمد بن بشير عن أبى عبد الله (ع) قال : « سأله محمد بن القاسم الحنطال فقال : أصلحك الله أبيع الطعام من الرجل الى أجل ، فأجىء وقد تغير الطعام من سعره ، فيقول : ليس عندى دراهم ، قال : خذ منه

بسعر يومه ، فقال : افهم -- أصلحك الله -- انه طعامى الذى اشتراه منى قال لاتأخذ منه حتى يبيع ويعطيك ، قال : أرغم الله أنفى رخص لى فرددت عليه فشد على .  
و التمسك بالرواية للمنع من الاعاجيب فان قوله (ع) خذ منه بسعر يومه صريح فى الجواز كما اذعن به الحنطاف فهذا القول هو مناط الاستدلال اما قوله لاتأخذ منه الخ تشديد الامر على الحنطاف من حيث انه سئله بلاوجه كما صدق الحنطاف عليه مع ان ذلك صريح فى جواز بيعه بغيره ويعطيه حقه .  
و حينئذ لافرق بين البيع عليه او بغيره فان قول خذ منه ايضا معناه اشتر منه بالدارهم بقيمة اليوم وكيف كان التمسك بالرواية ناش من عدم التأمل فيه وفى الحقائق ايضا بعدها قال :

وهذا الخبر أورده الشيخ فى الاستبصار بياناً لما اختاره من عدم جواز البيع بما كثر مما باعه : واعترضه بعض مشايخنا -- عطر الله مر اقدمهم فى حواشيه على الكتاب «بأن هذا الخبر ليس فيه دلالة على دعواه بوجه من الوجوه ، لان المعنى أن السائل لما طمع أن يرخص له أخذ طعامه الذى دفعه اليه ، مع أن القيمة قد زادت والحال أنه لا يستحق الادراهم ، فلم يرخص له أن يأخذه الا بسعر يومه . انتهى كلام الحقائق .

وقديستدل للمنع [بخبر الحلبي] قال : «سئل ابو عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوبا ثم رده على صاحبه ، فأبى أن يقبله الا بوضيعة ، قال : لا يصلح له أن يأخذه فان جهل واخذه باكثر من ثمنه رد على صاحبه الاول مازاد»

وهو كما ترى اذالكلام فى المعجل وهو بيع النقد وقدم البيع ثم رده بعد تمام البيع والبايع قدم ملك الثمن ولا معنى للموضيعة فلا يصلح للمشتري اخذ شىء منه وكيف كان فالرواية خارجة عن محل البحث ومن جميع ذلك ظهر فساد ما عن خلاف الشيخ من أنه لا يجوز شراء طعام ممن باعه طعاما قبل نقد الثمن ولو غير ما باعه ايساه بزيادة عن ثمنه ، لادائه الى بيع الطعام بطعام بزيادة ،

﴿ولا يجب على من اشترى مؤجلا أن يرفع الثمن قبل الاجل وان طولب﴾

اجماعاً أو ضرورة <sup>بغير</sup> وان دفعه تبرعاً لم يجب على البايع أخذه <sup>بغير</sup> وان لم يكن ضرر عليه بذلك ، بلاخلاف أجده بيننا ، بل فى الرياض «الاجماع عليه كالاول» وفى جامع المقاصد «نسبة الخلاف فيه الى بعض العامة»

وعن بعض المحققين : « وقد يتخيل الوجوب ، لان الالرجل لرعاية حال المشتري والترفه له ، كالرخصة له ، لالاجل البايع ، ولهذا يزداد الثمن ، فاذا حصل الثمن الزايد للبايع نقداً فهو غاية مطلوب التجار ، فلا ينبغي الامتناع عنه وايضا قد يتضرر المشتري بعدم الاخذ ولان الظاهر أن اخذ الحق مع دفع صاحبه واجب عندهم عقلا ونقلا وقد أفاد الاجل عدم وجوب الدفع ، لاعدم وجوب الاخذ فتأمل ، ولان الظاهر من قولنا بعتك هكذا بكذا الى مدة كذا أن زمان الاداء الى تلك المدة موسعا فذلك الزمان نهاية الاجل للتوسعة بمعنى عدم التضييق الا فى ذلك الزمان كالواجب الموسع ولاشك ان الاخذ احوط الامع ظهور ضرر عليه» انتهى

وفى الحدائق بعد نقله قال أقول : جميع ما ذكره - (قدس سره) من الوجوه - جيد لكن غايته افادة الاولوية فان الوجوب حكم شرعى يترتب على تركه العقوبة والمؤاخذة منه سبحانه ، فلا بد له من دليل واضح من آية او رواية ، لانحصار الأدلة الشرعية عندنا فى ذلك ، ومجرد هذه التقرينات العقلية لاتصلح لتأسيس الاحكام الشرعية كما قدمنا ذكره فى غير مقام انتهى

غرضه انه لادليل يدل على انه لولم يقبل من المشتري لفعل فعلا حراما وان كان لو قبل لكان حسناً والانصاف انه متين اذ لادليل على عوقبة المشتري لسوا امتنع نعم ليس على المشتري ايضاً حفظه للضرر خصوصاً اذا كان فى مورد الخطر نفساً او عرضاً بل يمكن ان يلقي اليه ولولم يأخذه و بالجمله الفوائد المذكورة فى قبول البايع حسن لكنه لا يصل بحديثه بتركه العقاب فالاولى ان يقال لو دفع قبل الحل ينبغي للبايع قبوله والالكان ضرر التلف عليه لا المشتري ونحو ذلك

ومنه ظهر ما عن القواعد من أنه لو أسقط المديون أجل الدين الذى عليه لم يسقط وليس لصاحبه المطالبة فى الحال» وما علمه فى جامع المقاصد «بأن ذلك قد ثبت بالعقد

اللازم لانه المفروض ، فلا يسقط بمجرد الاسقاط ، ولان فى الاجل حقا لصاحب الدين ولهذا لا يجب قبوله قبل الاجل ، اما اسقاط المديون فان التأخير انما يكون لمصلحة له بل يكون التأخير حق مختص به لجعله لنفسه فلو لم يشاء بقاءه الى آخر الاجل فلا مانع يمنع عن اسقاطه بل لا يكون للبايع حق عليه فى حفظ ماله ولو لم يشاء المشتري حفظه والناس مسلطون على انفسهم

واما ما عن جامع المقاصد ففيه ان ما ثبت بالعقد هو اصل الثمن الذى مقتضى اطلاق العقد هو النقد فما ثبت ذاتا اصل الثمن وانما يؤخره المشتري لعارض يعرضه فليس التأخير مما يقتضيه العقد باللزوم على المشتري كى يجب عليه الوفاء بتمام الاجل وانما كان عليه بمقتضى اللزوم دفع اصل الثمن فله اسقاط ما اخره واما دعوى الاجماع عليه كما عن الرياض فهو كما ترى وان شئت قلت ان ما ثبت بالعقد اللازم هو لزوم التأخير بحيث لا يكون للبايع طلب تقديم الثمن قبل الحلول فهو مقتضى العقد لاتعجيله لا بحيث لو اراد المشتري الدفع قبل الاجل لا يجوز له ذلك .

والحاصل ان مقتضى العقد لزوم الصبر والتأخير على البايع لا المشتري فله رفع يده عن هذه المدة سلمنا كون التأخير من جانب المشتري ايضا لازم لكن له اسقاطه كما فى الجواهر قال ما لفظه: وفيه أن ثبوته بالعقد اللازم، لا يمنع من سقوطه بالاسقاط ، كاشتراط الخيار ونحوه ، ويمكن منع حقية صاحب الدين فيه ، واتفاق وجود مصلحة له فى ذلك ، لا ينافى كونه من حقوق المشتري ، كالخيار المشروط له ، كما أنه يمكن منع مشروعية التقابل فيه خاصة دون أصل العقد ، ولو صح رجوع الى الاسقاط ، ومع فرض أنه من حقوق المشتري خاصة ، لم يعتبر اتفاق البايع معه على الاسقاط الذى هو بمنزلة البراء ، بل هو منه ، كما أومى اليه هوفى حاشية الارشاد فى مسألة التعجيل بالنقيسة ، بل لعله الظاهر من القواعد فى باب السلم .

وما فى الرياض - من أنه نمنع استلزام انحصار فائدته فى الرخصة للمشتري بعد تسليمه وجوب الاخذ على البايع مع مخالفته الاصل الخالى عن المعارض من

النص والاجماع ، لاختصاصه بغير صورة الفرض - يدفعه ما عرفت من اقتضاء العقد ذلك ، وأن الشرط المزبور حق للمشتري خاصة ، فيسقط باسقاطه كغيره من الشرائط التى له على البايع ، فالعمدة حينئذ الاجماع المزبور . والله اعلم انتهى والاجماع ايضا حججته فى مثل المقام غير معلوم خصوصا ان اكثرها حدسيات غير قابل للقبول وبالجملة محل تعلق العقد نفس التأخير فقط من غير لحاظ التقديم فمن جانب التقديم لا بشرط ومن جانب التأخير بشرط الشيء الا ترى ان لكل واحد منهما طلب تعجيل الثمن مع نقص منه كما سيأتى .

﴿ وان حل ﴾ الاجل ﴿ فمكته ﴾ المشتري ﴿ منه ﴾ بعد المطالبة او قبلها ﴿ وجب على البايع أخذه ﴾ اذا كان مساوياً لما فى الذمة قدرأً وجنسا ووصفا ، وفى الجواهر: بلاخلاف وعن الرياض الاجماع عليه، ضرورة تحقق الضرر على المشتري ببقائه مشغول الذمة .

و كيف كان ﴿ فان امتنع ﴾ البايع ﴿ من أخذه ثم هلك من غير تفريط ولا تصرف من المشتري كان من مال البايع على الاظهر ﴾ الاقوى لان الفرض تمكين البايع من حقه فان امتنع كان الثمن عنده امانة فلا يكون ضامنا له مع حفظه من تمام الجهات وانما الكلام فى اعتبار الرجوع الى الحاكم والدفع اليه مع التمكين وانما يكون ضرر التلف على البايع عند عدم التمكين منه .

كما عن الفاضل فى جملة من كتبه والشهيدى والكركى ومحكى المبسوط والسرائر ، بل ربما قيل : انه المشهور فخصوه بما اذا تعذر الحاكم ، وخلافا لما قد يظهر من اطلاق الشيخين و ابن حمزة فى المقنعة والنهاية والوسيلة والمتن والنافع والمحكى عن الديلمى والقاضى وكذا التقى عدم اعتبار الحاكم فى التلف من البايع .

وفى الجواهر و لعله لعدم ثبوت ولايته فى المقام ، واطلاق حديث الضرر انتهى ولعله فى محله وبدل عليه حديث الضرر بل مورده كان من هذا القبيل حيث ان سمرة بن جندب امتنع من الاستيدان للمرور الى غدقه الواقع فى دار الانصارى

وعن بيعها فقال النبي ﷺ للانصارى اذهب فاقلمها وارم بها وجه صاحبها فاسقط ولايته على ماله ولا ريب في ان امتناعه ضرر على المشتري فلا يكون عليه شيء لو تلف وقد يقال ان حفظه ح ضرر آخر عليه فلا يجب عليه ولايجرى عليه حكم الامانة بل يلقي عنده ولو ضاع وتلف كان عليه لاعلى المشتري وهو الذى قواه فى الجواهر قال لكن هل يبقى أمانة فى يده يجب حفظها أولاً؟ قديظهر من المتن والدروس وغيرهما الاول ، بل هو صريح اللمعة ، والثانى لا يخلو من وجه بل قوة ، قال فى جامع المقاصد : «اذا امتنع المالك من القبض وتعذر الحاكم ، زال الضمان عن الدافع بالتعيين لكن هل هو مشروط بالحفظ بمجرى العادة فيكون أميناً أم لا ؟ فلا يكون الحفظ واجباً عليه، لم اجديه تصريحاً للاصحاب، لكن قوة التأمل فى كلامهم تشهد للثانى حيث أطلقوا نفى الضمان عنه ، دفعا للضرر ، ولو وجب الحفظ الدائم لبقى الضرر المحذور ، وألزم بالضمان بالتقصير فيه انتهى .

ولا يخفى انه مقتضى سلطنة الناس على انفسهم بل هو محسن بالنسبة الى البايع لتعجيله فى ثمنه وما على المحسنين من سبيل .

\* ((وكذا)) \* البحث بتمامه \* ((فى طرف البايع اذا باع سلماً)) \* من غير فرق بين المقامين فلا يجب على البايع رد المبيع قبل الموعد ولاعلى المشتري مطالبة قبلاً ولا لو عجل البايع منع المشتري من ذلك بل يجب عليه تسليم المبيع ولو لم يقبل وتلف كان الخسارة على المشتري والظاهر عدم الفرق بين المقامين من حيث عدم وجوب المراجعة الى الحاكم .

\* ((وكذا كل من كان له حق، حال أو مؤجل ، فحل ثم دفعه، وامتنع صاحبه من أخذه، فان تلفه من صاحبه الذى يجب عليه قبضه على الوجه المذكور)) \* لاتحاد الجميع فى المدرك كما هو واضح .

\* ((ويجوز بيع المتاع حالاً ومؤجلاً، بزيادة عن ثمنه)) \* ونقصان \* ((اذا كان)) \* كل من البايع و \* ((المشتري عارفاً بقيمته)) \* مالم يكن سفهاً ، و كذا لاخلاف \* ((و)) \* لا اشكال فى انه \* ((لايجوز تأخير ثمن المبيع ولا شيء من الحقوق المالية



بزيادة فيها)) \* لانه ربا محرم كتابا وسنة واجماعا فلا يجوز سواء وقع على جهة البيع أو الصلح ، أو الجمالة ، أو غيرها .

كما فى الجواهر والحدائق قال الثانى منهما لا يجوز تأخير ثمن المبيع ولا شىء من الحقون المالية بزيادة فيها، ويجوز تعجيلها بنقصان منها .

اما الاول - فلاستلزام الزيادة فى هذه الصورة الربا . نعم يجوز التأجيل فى عقد لازم كالبيع ونحوه بزيادة فى ثمن ما يبيعه اياه وان زادت على ثمنه الواقعى اضعافاً مضاعفة، وهذا من الحيل الشرعية فى التخلص من الربا .

وعليه ظاهر اتفاق الاصحاب - (رضوان الله عليهم) - وبه استفاضت الاخبار، كان يكون له فى ذمته مائة درهم حالا ، ويريد تأجيلها الى سنة بزيادة عشرين درهما مثلاً ، فان الطريق فى ذلك ان يبيعه خاتماً قيمته درهم مثلاً بعشرين درهما ، ويشترط تأجيل الثمن مع المائة الدرهم التى فى ذمته الى سنة ، فانه لا شك فى صحته انتهى .

قال فى التذكرة يجوز تعجيل المؤجل باسقاط بعضه لانه ابراء و هو سائغ مطلقاً ولا يجوز تأخير المعجل بزيادة فيه نعم يجوز اشتراط التأجيل فى عقد لازم كالبيع وشبهه لزيادة فى الدين بل بزيادة فى ثمن ما يبيعه اياه فلو كان عليه دين حال فطالبه فسأل منه الصبر الى وقت معلوم بشرط ان يشتري منه ما يساوى مائة بثمانين جاز ، لان التأخير أمر مطلوب للعقلاء لا يتضمن مفسدة وهو غير واجب على صاحب الحق بل له المطالبة بالتعجيل ، وبيع ما يزيد ثمنه على قيمته جائز مطلقاً ، فلارجه لمنعه مجتمعاً .

قال شيخنا فى مكاسبه لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره فى عدم جواز تأجيل الثمن المحال بل مطلق الدين بازيد منه لانه ربالان حقيقة الربوا فى القرض راجعة الى جعل الزيادة فى مقابل امهال المقرض وتأخيره المطالبة الى اجل فالزيادة الواقعة بازاء تأخير المطالبة ربا عرفاً .

فان أهل العرف لا يفرقون فى اطلاق الربوا بين الزيادة التى تراضيا عليها

فى اول المدائنة كان يقرضه عشرة باحد عشر الى شهر وبين ان يتراضيا بعد الشهر الى تأخيرته شهراً آخر بزيادة واحد وهكذا بل طريقة معاملة الربوا مستقرة على ذلك بل الظاهر من بعض التفاسير ان صدق الربوا على هذا التراضى مسلم فى العرف و ان مورد نزول قوله تعالى : فى مقام الرد على من قال انما البيع مثل الربوا و احل الله البيع و حرم الربوا هو التراضى بعد حلول الدين على تأخيرته الى اجل بزيادة فيه انتهى.

ولا يخفى خفاء ذلك فى الربا الا ان يكون من مصاديق القرض و هو مشكل بل اجنبى عن مسألة القرض بل مقتضى القاعدة انه كما يكون فى حال البيع تأخير الثمن باى مقدار تراضيا فكذلك اذا انضم الى المدة عند الحل لكن ظاهر من الروايات عدم الفرق فى الربا بينه وبين غيره.

[فمن] مجمع البيان عن ابن عباس انه كان الرجل من اهل الجارية اذا حل دينه على غريمه فطالبه قال المطلوب منه زدننى فى الاجل ازيد فى المال فيتراضيان عليه ويعملان به فاذا قيل لهم ربا قال هما سواء يعنون بذلك ان الزيادة فى الثمن حال البيع و الزيادة فيه بسبب الاجل عند حلول الدين سواء فذمهم الله و الحق بهم الوعيد و خطأهم فى ذلك بقوله تعالى و احل الله البيع و حرم الربوا انتهى .

فاذا حل الحق فقال اخره الى شهر آخر فى مقابل عشرين درهما مثلا كان حراما نعم صح هذه الزيادة مع التأخير فى ضمن معاملة اخرى مع التأخير بحيث وقع الزيادة حقيقة لتأخير حق حل وفتها كما اذا اشترى المديون الذى حل دينه شيئاً قيمته نقداً عشرة دراهم بمائة درهم الى شهرين بحيث ادى رأس الشهرين مائة دراهم مع دين حل سابقاً وحينئذ قيمة ما اشتراه الى الشهرين عشرون مثلاً و الباقي لتأخير دينه الذى حل قبلاً فهو زيادة فى مقابل تأخير الثمن لكن صح مع ضميمه معاملة اخرى فهو حيلة شرعية لجواز الربا .

ويدل على ذلك من الاخبار [مارواه] فى الكافى عن محمد بن اسحاق بن عمار قال : « قلت لابي الحسن ( ع ) : ان سلسبيل طلبت منى مائة ألف درهم على ان

يربحنى عشرة آلاف درهم فاقترضتها تسعين ألفاً وأبيعتها ثوباً اوشياً تقوم على بألف درهم بعشرة آلاف درهم ؟ قال : لا بأس « قال فى الكافى : وفى رواية اخرى « لا بأس به اعطها مائة الف ، وبعها الثوب بعشرة آلاف واكتب عليها كتابين » .

[ومارواه] فى الكافى والتهذيب عن محمد بن اسحاق بن عمار قال : « قلت للرضا (ع) : الرجل يكون له المال قد حل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوى مائة درهم بألف درهم ويؤخر عنه المال الى وقت ؟ قال : لا بأس ، قد أمرنى ابي ففعلت ذلك ، وزعم انه سأل ابا الحسن (ع) عنها فقال له : مثل ذلك » .

[ومارواه] الشيخان المذكوران فى الصحيح عن محمد بن اسحاق بن عمار قال : « قلت لابي الحسن (ع) : يكون لى على الرجل دراهم فيقول : أخرنى بها وانا أربحك فأبيعه جبة تقوم على بألف درهم بعشرة آلاف درهم ، اوقال : بعشرين ألفاً وأؤخره بالمال ؟ قال : لا بأس » .

[وما رواه] عن عبد الملك بن عتبة قال : « سأته عن الرجل اريد ان أعينه المال ، ويكون لى عليه مال قبل ذلك فيطلب منى مالا ازيدة على مالى الذى لى عليه ، أيستقيم ان أزيدة مالا وابيعه لؤلؤة تساوى مائة درهم بألف درهم فأقول له : ابيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على ان أؤخرك بثمنها وبمالى عليك كذا وكذا شهراً ، قال : لا بأس » .

[وما رواه] فى الكافى عن مسعدة بن صدقة فى الموثق عن ابي عبد الله (ع) قال : « سئل عن رجل له مال على رجل من قبل عينة عينها اياه فلما حل عليه المال لم يكن عنده ما يعطيه فأراد ان يقلب عليه ويربح أبيعته لؤلؤاً وغير ذلك ما يسوى مائة درهم بألف درهم ويؤخره ؟ قال : لا بأس بذلك ، قد فعل ذلك ابي (ع) وامرنى ان افعل ذلك فى شىء كان عليه » .

[ومارواه] فى التهذيب عن محمد بن سليمان الديلمى عن ابيه عن رجل كتب الى العبد الصالح (ع) « يسأله انى أعامل قومأ أبيعهم الدقيق اربح عليهم فى القفيز درهمين الى اجل معلوم ، وانهم يسألونى ان اعطيهم عن نصف الدقيق دراهم ، فهل

لى من حيلة ان لا يدخل فى الحرام ؟ فكتب (ع) اليه : أقرضهم الدراهم قرضاً وازدد عليهم فى نصف القفيز بقدر ما كنت تريح عليهم .

[وما رواه] المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن عبدالرحمن بن الحجاج قال : « سألته - (ع) الى ان قال : - فقلت له : أشتري الف درهم ودينارا بألفى درهم ؟ فقال : لا بأس بذلك ان ابى (ع) ، كان اجرى على اهل المدينة منى ، وكان يقول : هذا فيقولون : انما هذا الفرار ، لو جاء رجل بدينار لم يعط الف درهم ، ولو جاء بألف درهم لم يعط الف دينار ، وكان يقول لهم : نعم الشيء الفرار من الحرام الى الحلال . »

[وما رواه] فى الكافى والتهذيب فى الصحيح عن عبدالرحمن بن الحجاج عن ابى عبدالله (ع) « قال : كان محمد بن المنكدر يقول لابى : يا ابا جعفر - رحمك الله - والله انالعلم انك لو اخذت ديناراً والصرف بثمانية عشر فدرت المدينة على ان تجد من يعطيك عشرين ، ما وجدته ، وما هذا الا فراراً ، وكان ابى يقول : صدقت والله ، ولكنه فرار من باطل الى حق . »

ولا يخفى ان الروايات صريحة فى جواز ذلك والوسوسة فى ذلك والاشكال فيه بان هذا البيع غير مقصود كما ترى قال فى الحقائق :  
والعجب انه - مع هذه الاخبار التى رأيت ، واتفاق الاصحاب على ذلك - كان بعض من يدعى الفضل من المعاصرين بل الافضلية ينكر ذلك ويقول ببطلانه ، مستنداً الى ان البيع المذكور غير مقصود . وما هو الا محض اجتهاد فى مقابلة النصوص ، ورد على أهل الخصوص انتهى .

[وأما ما رواه] الشيخ عن يونس الشيبانى قال : « قلت لابى عبدالله (ع) : الرجل يبيع البيع والبائع يعلم أنه لايسوى ، والمشتري يعلم أنه لايسوى الا أنه يعلم أنه سيرجع فيه فيشتريه به منه قال : فقال : يا يونس ان رسول الله (ص) قال لجابر ابن عبدالله : كيف أنت اذا ظهر الجور واورثتم الذل ؟ قال فقال له جابر : لأبقيت الى ذلك الزمان ، ومتى يكون ذلك بأبى أنت وامى ؟

قال : اذا ظهر الربا يابونس ، وهذا الربا ، وان لم تشتريه منه رده عليك؟ قال : قلت : نعم قال : فقال : لاتقربنه فلاتقربنه « ومخالفته مع جميع الروايات غير خفى فلا يعارض هذه الكثيرة جداً فلا بد من حمله على الكراهة كما قيل او على التقية كما فى الحدائق قال بعد نقل قول القائل بالكراهة ونقل عبارة الوافى مالفظه :

والجميع لا يخلون البعد والاظهر عندى حمل الخبر على التقية لما دلت عليه الاخبار المتقدمة من تشديد العامة فى المنع من هذه الصورة انتهى وهو متين .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ يجوز تعجيلها ﴾ أى سائر الحقوق المالية المؤجلة ﴿ بنقصان منها ﴾ ويدل عليه - مضافاً الى الاصل - [مرسل أبان] عن الصادق (ع) « سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين ، فيقول له قبل أن يحل الاجل : عجل النصف من حقى على أن أضع عنك النصف أيحل ذلك لو احد منهما ؟ قال : نعم » [وقال ابن ابى عمير] : « سئل الصادق (ع) عن الرجل يكون له دين الى أجل مسمى ، فيأتيه غريمه ، فيقول له : أنقذنى كذا وكذا ، وأضع عنك بقيته ، أو يقول : انقذنى بعضه وأمدك لك فى الاجل فيما بقى عليك ؟ فقال : لاارى به بأساً ، انه لم يزد على رأس ماله ، قال الله جل ثنائه « ولكم رؤس اموالكم لاتظلمون ولا تظلمون » ونحوه صحيح محمد بن مسلم .

﴿ ومن ابتاع شيئاً بثمن مؤجل واراد بيعه مرابحة ﴾ أى بالزيادة على رأس المال بما يتراضيان به ، كما ان التولية ، البيع بما يساويه ، والوضيعة بالانقص ، والمساومة بما يقع الرضا به من غير اعتبار لرأس المال ، والواجب فى الاول الاخبار بقدر الثمن وجنسه ووصفه ، فمع فرض انه مؤجل ﴿ فليذكر الاجل ﴾ لان له قسطاً من الثمن ﴿ فان باع ﴾ حالا او الى أجل دون اجله ﴿ ولم يذكره ﴾ صح البيع بلاخلاف لوقوع البيع على التراضى بينهما وصدق البائع بأصل رأس المال غاية الامر دلسته بالاجل وهو لا يوجب ازيد من الخيار للمشتري كما قال ﴿ كان المشتري بالخيار بين رده ، وامساكه بما وقع عليه العقد ﴾ .

﴿ و ﴾ لكن الاشكال فى اصل الخيار ايضا لعدم الدليل الا فى صورة كونه

ضرراً على المشتري وهو غير معلوم بنحو الاطلاق نعم ﴿المروى﴾ هنا ﴿أنه﴾  
 يصح البيع و﴿يكون للمشتري من الاجل مثل ما كان للبايع﴾ ففي صحيح هشام  
 عن ابي عبدالله (ع) « في الرجل يشتري المتاع الى أجل فقال : ليس له ان يبيعه  
 مرابحة الا الى الاجل الذي اشتراه فان باعه مرابحة ولم يخبره كان للذي اشتراه من  
 الاجل : مثل ذلك » [وخبر ابي محمد الوابشى] الذى لا تقدر جهالته بعد ان كان  
 الراوى عنه ابن محبوب فى وجه فى معقد الاجماع على تصحيح ما يصح عنه قال :  
 « سمعت رجلاً يسأل ابا عبدالله (ع) ، عن رجل اشترى من رجل متاعاً بتأخير الى  
 سنة ، ثم باعه من رجل آخر مرابحة . أله ان يأخذ منه ثمنه حالا والربح ؟ قال :  
 ليس عليه الا مثل الذى اشترى ، ان كان نقد شيئاً فله مثل ما نقد ، وان لم يكن نقد  
 شيئاً فالمال عليه الى الاجل الذى اشتراه » .

[وخبر ميسربياع الزطى] الذى هو كالصحيح فى الوجه المزبور ، لان فى  
 السند صفوان قال لابي عبدالله (ع) « انا نشترى المتاع بنظرة ، فيجىء الرجل ، فيقول:  
 بكم يقوم عليكم ، فأقول : بكذا وكذا فأبيعه بربح ؟ فقال : اذا بعته مرابحة كان له  
 من النظرة مثل مالك قال : فاسترجعت وقلت : هلكنا » الحديث .

وفى المسالك بعد الروايات قال وعمل بها جماعة من الاصحاب والاقوى  
 ما اختاره المصنف من تخييره بين اخذه حالا بالثمن لانه الذى وقع عليه العقد وبين  
 الفسخ للتدليس انتهى .

وفى الجواهر بعد نقلها قال واما السند فقد عرفت حاله فى جميعها فالعمل  
 بها متجه خصوصاً بعد ان لم تكن مهجورة ، بل عمل بها الاسكافى والشيخ فى  
 النهاية والقاضى وابن حمزة ، والمحدث البحرانى على ما حكى عن بعضهم ، ومال  
 اليه الاردبيلى ، او قال به فى المحكى عنه ولم يعلم حال من لم يتعرض لذلك منهم ،  
 كالصديق والمفيد ، وابى يعلى ، وعلم الهدى والراوندى على ما قيل ، وعن صاحب  
 الرموز التوقف ، كالشهيد فى غاية المراد ، وظاهر الدروس والمحقق الثانى فى  
 تعليق الارشاد ، بل قيل ان التوقف ظاهر شرح الارشاد لفخر الاسلام والتنقيح والمقتصر ،

والتوقف من جهتها ، كالعامل بها فى الخروج عن الشذوذ والهجر ، بل عمل بها فى المختلف فى الجملة قال بعد ان ذكرها دليلاً للشيخ . « والجواب انها محمولة على ما اذا باعه بمثل ما اشتراه وأخفى عنه النسيئة ولم يشترط النقد ، فانه والحال هذه ، يكون له من الاجل مثل ما كان للبايع على اشكال » .

وان كان قد يناقش فيه بأنه - مع كونه احداث قول فى المسألة - لافرق فى ظاهرها بين التصريح بالنقد وعدمه ، بعد ان كان الاطلاق منصرفاً اليه ، خصوصاً بعد ما عرف من تصريحهم بأنه مؤكد ، على ان الظاهر اتحاد محل النزاع فى كلام الاصحاب مع مضمون النصوص ، والظاهر ان مراد المختلف بقوله باعه بمثل ما اشتريه ، التصريح بتعيين الثمن ، وأنه هو الذى اشتراه به واخفى النسيئة ، لانه عقد البيع كذلك ، ضرورة بطلانه حينئذ ، فضلاً ان يكون له من الاجل مثله .

لكن فى حاشية الارشاد للكركى « ظاهر الاخبار يقتضى ثبوت مثل الاجل ، لكن ليس فيها تصريح بكون البايع عين الثمن وأهمل الاجل ، أو باع بمثل ما اشتراه ولم يعين شيئاً ، والمصنف فى المختلف حمل الروايات على المعنى الثانى وأشكله وأكثر الاصحاب على أنه يلزم المشتري الثمن حالاً » .

ثم قل : « وأقول : اذا عين البايع الثمن وأهمل ذكر الاجل وجرى العقد على ذلك ينبغى الجزم بالصحة من غير أجل اذ ليس فى الاخبار ولا غيرها ما ينافى ذلك غاية ما فى الباب ثبوت الخيار المشتري للتدليس ، فان للاجل قسطاً من الثمن ، و اذا باع بمثل ما اشتراه ولم يعين شيئاً وكان مؤجلاً استحق مثل الاجل ان صححنا البيع ، وهذه مدلول الروايات ، لكن نحن فى صحته من المتوقفين ، لما فيه من الغرر » وهو كما ترى ، بل الخبر الثالث كالصريح فى خلافه انتهى .

والمسألة مشكلة من حيث كون الصحة على القواعد و من حيث صراحة الروايات على كون الثمن ، ايضاً نسيئة وهو على خلاف قصدهما ايضاً فان البيع نقد بمقتضى اطلاقه مضافاً الى قصد البايع بل ربما لا يبيع لو صرح بذلك

المشتري فكيف تحكم الروايات على خلاف قصدها وهذا الامر اوجب توقف ما ذكر من الاعلام.

ولذا كان صريح ما حكاه قدسه عن الكركى الصحة ايضاً وانا متوقف فى ثبوت الخيار للمشتري ايضاً لعدم صدق التدليس بذلك بنحو الاطلاق لامكان كون القيمة نقداً كذلك لكن البايع الاول راعى جانب المشتري اى البايع فى المقام وأخر له القيمة اما لكونه صديقاً له أو أميناً عنده او رحماً او فقيراً وغير ذلك فان امكان جعل الثمن له نسيئة كثير مع كون القيمة كذلك نقداً.

واما جواب المختلف عن الشيخ بظاهره غير مستقيم فانه ان باعه بمثل ما اشتراه أى مع الاجل المعين فكيف خفى النسيئة وذكر الاجل اذ الفرض قصده ذلك و باعه كذلك و مع ذلك نسي ذكر الاجل بل هو بظاهره غير معقول و اما عدم اشتراطه فمضافاً الى كون النقد قصدهما كما عرفت ان اطلاق البيع هو النقد الا مع ذكر الاجل ويمكن الجمع بينهما بتخيير المشتري بين الفسخ او تأخير الثمن بمثل ما باعه البايع والله العالم.

ثم ان هذه الروايات ونحوها حيث اشتملت على ذكر العينة وقد اختلف فى معناها فلا بأس بالاشارة اليها قال فى التذكرة (العينة) جائزة ليست منهاياً عنها عندنا و به قال الشافعى. وهى عندنا عبارة عن الاقراض لعين ممن له عليه دين لبيعها ثم يقضى دينه منها، لان ذلك يجوز فى حق الغير فيجوز فى حقه، ولان الصادق عليه السلام سئل عن رجل يعين عينة الى أجل فاذا جاء الاجل تقاضاه فيقول : لا والله ما عندى ولكن عيّننى ايضاً حتى اقضيك، قال: لا بأس ببيعه،

وقال الصادق عليه السلام فى رجل يكون له على الرجل المال فاذا حل قال له بعنى متاعاً حتى أبيعته فاقضى الذى لك على قال : لا بأس وفسرها الشافعى بان يبيع الرجل من غيره بثمن مؤجل ويسلمه الى المشتري ثم يشتريه قبل قبض الثمن باقل من ذلك نقداً، وهو ايضاً جائز عندنا على ما تقدم انتهى .

ولا يخفى اجمال معنى العينة واختلاف الروايات والاقوال فى خصوص ما



يعينها مضافا الى عدم تعرض الفقهاء لها بعنوان العينة فهل هى بيع الرجل بمدة ثم اشتراه منه بالاقبل كما تقدم عن ابن ادريس او غير ذلك كما نقله ايضا عن الاستبصار بل ظاهر بعض الاخبار ان الامام عليه السلام ايضا غير عالم بمعناه عند العرف، حيث قال فى مقام جواب الراوى هات الا ان يكون مقصوده من السؤال هو الجواب على طبق ما شرح السائل.

قال فى الحدائق ما لفظه قد تكاثرت الروايات بذكر العينة ولم أقف فى الكتب الفقهية على من تعرض لذكرها بهذا العنوان الا ما سيأتى من نقل كلام لابن ادريس فى السرائر قال ابن الاثير فى النهاية وفى حديث ابن عباس أنه كره العينة، وهو أن يبيع من رجل سلعة بثمن معلوم الى اجل مسمى، ثم يشتريها منه بأقل من الثمن الذى باعها به، فان اشترى بحضرة طالب العينة سلعة من آخر بثمن معلوم وقبضها فباعها من طالب العينة الى أجل، فقبضها ثم باعها المشتري من البايع الاول بالنقد بأقل من الثمن فهذه ايضا عينة، وهى اهون من الاولى، وسميت عينة لحصول النقد الذى لصاحب العينة، لان العين هى المال الحاضر من النقد، والمشتري انما يشتريها ليبيعها بعين حاضرة يصل اليه معجلة انتهى.

وقال ابن ادريس فى كتاب السرائر على ما نقله عنه بعض الاصحاب وذكر شيخنا فى الاستبصار فى كتاب المكاسب باب العينة وهى بالعين غير المعجمة المكسورة - والياء الساكنة والنون المفتوحة مخففة والهاء المنقلبة عن تاء ومعناها فى الشريعة هو ان يشتري السلعة بثمن مؤجل ثم يبيعها بدون ذلك نقداً ليقضى ديناً عليه ممن قد حل له عليه ويكون الدين الثانى وهو العينة من صاحب الدين الاول روى ذلك أبو بكر الحضرمى مأخوذ ذلك من العين: وهو النقد الحاضر انتهى وهو يرجع الى المعنى الاول الذى ذكره فى النهاية انتهى.

فهى معنى مجمل عند القوم من الفقهاء واللغويين واما الاخبار وقد نقلها فى الحدائق .

فمنها [ مارواه ] فى الكافى عن اسماعيل بن عبد الخالق فى الصحيح « قال :

سألت أبا الحسن عليه السلام عن العينة وذلك أن عامة تجارنا اليوم يعطون العينة فأقص عليك كيف نعمل قال: مات قلت: يأتينا الرجل المساوم يريد المال فيساومنا وليس عندنا متاع فيقول: أربحك ده يازده و أقول أنا: ده دوازده، فلانزال نترأوض حتى نترأوض على أمر، فاذا فرغنا قلت له: أى متاع أحب اليك ان اشترى لك؟ فيقول: الحرير لانه لايجد شيئاً أقل وضيعه منه، فأذهب وقد قاولته من غير مبايعة فقال: أليس ان شئت لم تعطه وان شاء لم يأخذ منك؟

قلت: بلى. قلت فأذهب فأشترى له ذلك الحرير وأما كس بقدر جهدى ثم أجيء به الى بيتى فأبأبعه فربما ازددت عليه القليل على المقاوله، وربما اعطيته على ماقاولته وربما تعاسرنا و لم يكن شىء، فاذا اشترى منى لم يجد أحداً أعلى به من الذى اشتريته منه، فيبيعه منه، فيجيئنى ذلك فيأخذ الدراهم، فيدفعها اليه و ربما جاء فيحيله على، فقال: لا تدفعها الا الى صاحب الحرير، قلت: و ربما لم يتفق بينى و بينه البيع به، فاطلب اليه ليقيله منى فقال: او ليس لو شاء لم يفعل و ان شئت أنت لم ترد، فقلت: بلى لو أنه هلك فمن مالى قال: لا بأس بهذا اذا أنت لم تعد هذا فلا بأس.

وفى الحدائق بعد نقله قال أقول: ما اشتمل عليه هذا الخبير هو المعنى الثانى من المعينين الذين ذكرهما فى النهاية، و اطلاق كلام ابن ادريس شامل لهذه الصورة ايضاً، لان قوله ثم يبيعها بدون ذلك اعم من ان يكون البيع على من اشترى منه او على غيره.

وفى الخبر ايضاً دلالة على انه لا يخص العينة بما اذا كان الغرض منها قضاء دين عليه كما يشعر به كلام ابن ادريس، وان كان قدورد ذلك فى جملة من اخبار المسألة لان ظاهر الخبر المذكور انما هو أخذ المال ليستفح به.

وظاهر هذا الخبر وغيره من اخبار العينة أن الغرض من ذلك هو الحيلة فى الخروج من الربا، بأن يجيء الرجل محتاجا الى مبلغ من النقد يريد به الى مدة ينفع يكون لصاحب النقد فى ذلك المال ضمن المدة المذكورة، فيشترى منه

متاعاً بقيمة زائدة ، على القيمة الواقعة مؤجلة عليه الى مدة معلومة بينهما ، فاذا اشتراه واستقر الثمن فى ذمة المشتري و هو طالب العينة باعه من صاحبه الاول أو غيره بثمان انقص مما اشتراه قبض ثمنه ، وبقى ذلك المبلغ الاول عليه الى حلول الاجل فيما تعذر عليه بعد حلول الاجل ، فيتعين ايضاً من ذلك الشخص او غيره ليوفى دينه ، السابق .

فقوله فى الخبر يأتينا الرجل المساوم يريد المال ، اى المال النقد ، وانما يريد اقتراضه الى مدة بنفع يكون فيه ، وهذه المساومة بده دوازه و نحوها الى آخر ما ذكر انما هو حيلة فى التخلص من الوقوع فى الربا ، قوله لم يجد احداً اغلى به ، اى لم يجد احداً يشتري منه بثمان غال كثير ، واما منعه (ع) لقبول الحوالة ومنعه من الدفع الا الى صاحب الحرير فلا عرف له وجهها ، و لهذا حملة بعض مشايخنا على الكراهة .

قوله وربما لم يتفق بينى وبينه البيع الى آخر الخبر معناه أنه ربما لم يتفق بينى و بين طالب العينة البيع ، فالتمس من الذى باعنى المتاع أن يفسخ البيع الذى بينى وبينه ، ويقبل متاعه ، فقال (ع) أوليس البيع الاول الذى وقع بينك وبينه لازماً بحيث أنه لو شاء لم يفسخ البيع ، و لو شئت أنت عدم الرد لم يجب عليك الرد ، فقال : بلى الامر كذلك ، و لو هلك المتاع قبل الفسخ كان من مالى فقال (ع) اذا لم تعد هذا الشرط اى انشاء لم يقبل ، وان شئت لم ترد فلا بأس ، فهو من عدايعدو أى تجاوز انتهى وهو ايضا مجمل غير ظاهر فى معنى المقصود عندهم .

واما مارواه ابن المنذر قال : قلت لابي عبد الله (ع) : يجيئنى الرجل فيطلب العينة فاشترى له المتاع من أجله ثم أبيعته اياه ثم اشتره منه مكانى قال : فقال : اذا كان بالخيار ان شاع باء وان شاء لم يبيع و كنت ايضاً بالخيار ان شئت اشتريت وان شئت لم تشتتر فلا بأس ، قال فان أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد ويقولون : ان جاء به بعد أشهر صلح فقال انما هذا تقديم وتأخير فلا بأس به .

و فى الحدائق بعده ايضا قال ما ذكره فى هذا الخبر هو المعنى الاول من

المعينين المذكورين في النهاية ، ومن هذا الخبر يظهر أن مذهب العامة تحريم العينة ، لان المراد باهل المسجد علماء العامة الذين كانوا يحبسون في مسجد النبي ﷺ ، لاجل نشر العلوم ، وتعليم الناس والى ذلك يشير كلام صاحب النهاية المتقدم ، وقوله **إِنَّمَا** اذا كان بالخيار الى آخره كناية عن تحقق البيع ولزومه واقعاً ، بمعنى أنه اذا تحقق البيع الاول وجميع شروط الصحة فلا بأس بشراءك منه ، وكان العامة كانوا يشترطون الفصل بين البيعين بمدّة مديدة ، فقال (ع) : انما هذا تقديم وتأخير ، فلما دخل له في الجواز ثم لا يخفى أن الخبر المذكور وان كان مطلقاً بالنسبة الى التأجيل وعدمه ، وحصول النفع وعدمه ، ألا أنه يجب حملة على غيره من أخبار المسألة كالخبر المتقدم وغيره ، وكان ذلك لمعلومية الحكم من لفظ العينة كما عرفت من معناها آنفا انتهى .

ومن الروايات ما عن منصور بن حازم في الصحيح « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلب من رجل ثوبا بعينة فقال : ليس عندي وهذه دراهم فخذها واشتر بها فأخذها ، واشترى ثوباً كما يريد ، ثم جاء به ليشتريه منه ؟ فقال : أليس ان ذهب الثوب فمن مال الذي أعطاه الدراهم ؟ فقلت : بلى ، فقال : ان شاء اشترى وان شاء لم يشتر قال : فقال : لا بأس به» .

وفي الحدائق بعده قال الاشتراء هنا قد وقع وكالة عن صاحب الدراهم ، والغرض هنا انما تعلق بالسؤال عن الشراء على هذه الكيفية ، وقوله **إِنَّمَا** : «أليس ان ذهب الثوب» الى آخره بمعنى أن ضمان الثوب على الذي أعطى الدراهم : وأن الذي اشتراه بالخيار بين أن يشتريه من صاحب الدراهم ، وأن لا يشتريه ، مما يوضح أن الشراء الاول انما كان وكالة عن صاحب الدراهم ، لأنه أقرضه الدراهم فشرى بها لنفسه لانه لو كان كذلك لكان الزيادة التي يوقعها صاحب العينة ربا ، ولا معنى لقرله في الخبر ثم جاء به ليشتريه منه ، والظاهر كما استظهره بعض مشايخنا عطر الله مراقدهم أنه قد سقط لفظ « قلت : بلى » بعد قوله « وان شاء لم يشتر » من قلم النسخ ، فان المعنى لا يستقيم الا بذلك ، وحاصله أنه **إِنَّمَا** قال للسائل أولا : أليس

أن ذهب الثوب فمن مال الذى أعطاه الدراهم ، فأجاب بلى ، فقال له ثانيا : « أليس ان شاء اشترى وان شاء لم يشتر » فأجاب بلى ، قال : « فقال : لأبأس » والخبر لم يذكرفيه بقية أحكام العينة، لان الغرض انما تعلق بالسؤال عن هذا الامر الخاص.

ومن الاخبار مارواه منصور بن حازم فى الصحيح « قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام : الرجل يريد أن يتعين من الرجل عينة ، فيقول له الرجل أنا أبصر بحاجتى منك ، فأعطنى حتى اشترى فيأخذ الدراهم فيشترى حاجته ثم يجيء بها الى الرجل الذى له المال فيدفعها اليه ، فقال : أليس انشاء اشترى وان شاء ترك ، وان شاء البايع باعه وان شاء لم يبع ؟ قلت : نعم ، قال : لأبأس » والتقريب فى هذا الخبر كما فى سابقه وهو أوضح دلالة لماعرفت فى الاول .

ومن الاخبار مارواه بشار بن يسار « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنسأ ويشترىه من صاحبه الذى يبيعه منه ؟ قال : نعم لأبأس ، فقلت : أشتري متاعى ؟ قال : ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك .

وفى الحدائق بعده قال أقول هذه هى العينة على ما عرفت ، وأنه يدفع له قيمة ما اشتراه منه. ويجعل الاول ديناً عليه الى الاجل المعلوم بينهما ، والسائل توهم المنع ، لانه يشترى متاع نفسه ، وأجابه عليه السلام بأنه قد انتقل عنك بالبيع الاول الذى جعلت ثمنه سيئة، فليس هو متاعك ، وانما هو متاع المشتري وأنت تريد شراءه منه انتهى .

السادس - مارواه فى الكافى والتهذيب عن أبى بكر الحضرمى فى الحسن «قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام : رجل تعين ثم حل دينه فلم يجد ما يقضى أيتعين من صاحبه الذى عينه ويعطيه ؟ قال : نعم» .

السابع - مارواه ايضاً عن الحضرمى قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام : يكون لى على الرجل الدراهم فيقول لى : بعنى شيئاً أقضيك فأبيعه المتاع ثم اشترىه منه فاقبض مالى ؟ قال لأبأس به» .

الثامن - مارواه فى الكافى عن هارون بن خارجة «قال قلت لابي عبد الله عليه السلام

عينت رجلاً عينة فقلت له : أفضنى فقال : ليس عندى تعينى حتى أفضيك قال :  
عينه حتى يقضيك» .

ورواه فى الفقيه عن صفوان الجمال « قال : قلت لابى عبدالله (ع) ، عينت  
رجلاً عينة فحلت عليه فقلت : أفضنى » الحديث وفى شرح الفقيه فسّر العينة فى  
الرواية بالنسيئة فقال فى قوله (ع) عينت رجلاً عينة فحلت عليه أى بعته متاعاً نسيئة  
الخ فعليه قوله حلت العينة أى حلت النسيئة .

وفى الحدائق بعد ذكر تلك الروايات قال دلت هذه الاخبار على التعين ثانياً  
من صاحب العينة الاولى كما ذكره ابن ادريس ، وكأنه لم يطلع الا على خبر  
الحضرمى ولا اختصاص لها بهذه الصورة ، لما عرفت فى ماتقدم وهو ان يشترى  
طالب العينة من صاحب الطلب متاعاً بما يزيد على قيمته السوقية مؤجلاً عليه ، ثم  
يشترى البايح بأقل من القيمة ويدفع الثمن الى صاحب العينة ، ثم ان طالب العينة يدفعه  
لصاحب الطلب عن طلبه انتهى .

وهذه الروايات نقلتها على نحو ما نقلها صاحب الحدائق وذكرت ايضا ما افاد  
فى بيانها ومرادها والله درّه ودر جميع الاعلام حيث جهدوا فى فهم الروايات على  
قدر طاقتهم ووسعهم وقد مرت اكثر هذه الروايات فى ابواب متفرقة ايضاً ويأتى ايضا  
فى موارد اخرى وقد عرفت اجمال معنى اللفظ فتوى ونصاً واختلافاً .

وقد حكى قدس سره فى هامش الكتاب ايضا انه قال ابن ادريس فى كتاب  
السرائر واذا اخذ الانسان من تاجر مالا واشترى به متاعاً يصلح له ثم جاء به الى  
التاجر ثم اشتراه منه لم يكن بذلك بأس ، لانه وكيل التاجر نائب عنه فى الشراء ،  
ويكون التاجر مخيراً بين ان يبيعه ، وان لا يبيعه فان كان الانسان الذى هو الوكيل  
اشترى لنفسه فى ذمته لا يعين مال موكله ثم نقد الثمن على انه ضامن له لم يكن للتاجر  
عليه سبيل ، وان اختلفا فى ذلك فالقول قول الوكيل دون الموكل ، وان كان  
الوكيل شراه يعين مال موكله فان الملك يقع للتاجر الذى هو الموكل دون  
الوكيل انتهى .

﴿النظر الثانى﴾ من الستة ﴿فىما يدخل فى المبيع و﴾ المعروف بينهم ان الضابط الاقتصار على مايتناوله اللفظ لغة او عرفاً .  
 وفى المسالك قال ينبغى ان يراد بالعرف مايعم الخاص والعام ويمكن ان يدخل فيه عرف الشرع فانه من افراد العرف الخاص فان لم يدخل فلايد من ادخاله ايضاً بلفظ يدل عليه بل هو مقدم على العرف كما ان العرف مقدم على اللغة وان كان فى العبارة مؤخراً وقد حقق العلامة قطب الدين الرازى ره بان المراد تناول اللفظ بالدلالة المطابقة والتضمنية لالانترامية فلايدخل الحايط لوباع السقف وهو حسن انتهى غير خفى ان المراد بالعرف لا يكون عرف الشرع ولا عرف الخاص كالعلماء بل المراد به هو عرف العام اى عامة الانام فدخول الخاص فيهم من حيث انه من الانام ايضاً.

وبالجمله تارة يشك فى مفهوم كما اذالم يعلم ان اطلاق الكلب بماذا فهذا الاربط له بالعرف مطلقاً بل المرجع هو اللغة واخرى يعلم المفهوم ويشك فى المصداق كالشك فى المتولد من الكلب والذئب فهذا مورد الرجوع الى العرف اى الناس من حيث انهم ناس لامن حيث انه عالم او متشرع فالحكم هو حكمهم ومن ذلك الشك فى دخول بعض الاشياء فى بعض كدخول الاشجار فى الدار و عدمه ومن المعلوم انه لو راجع الى العرف فى هذا الحكم كان حكمهم بالدخول و لو كان اسم الشجر خارجاً عن الدار مفهوماً لان الدار عبارة عن امور متباينة تجمعها اسم الدار وهى وان كانت تختلف ايضاً لكن كلما نصب وثبت فى الدار يدخل فى مفهومها فالدار تشمل على السلم المنصوبة والرحى كذلك والاشجار مثبتة نحو ذلك وليكن فى ذكر منك حتى ينفعك فى محله ﴿فمن باع بستاناً دخل﴾ فيه ﴿الشجر﴾ والنخل والارض بلاخلاف ولاشكال .

﴿و﴾ أما ﴿الابنية﴾ فلاريب فى دخول سورها ﴿فيه﴾ كما نص عليه فى جامع المقاصد .

﴿وكذا من باع داراً دخل فيها الارض والابنية الاعلى والاسفل﴾ بلاخلاف

ولا اشكال ❀ الا أن يكون الاعلى مستقلا بماتشهد العادة بخروجه مثل أن يكون مساكن منفردة ❀ لها طريق مخصوص ونحوه ، كما في بعض البلدان قال في التذكرة لوباع داراً دخل فيها الاعلى والاسفل لان اسم الدار يشملهما الا ان تشهد العادة باستقلال الاعلى بالسكنى فلا يدخل . وكذا الخان انتهى .

وفي الجواهر والظاهر اشترك السقف حينئذ بينهما ، وعليه يحمل [اطلاق المكاتبه] الصحيحة «في رجل اشترى من رجل بيتا في دار له بجميع حقوقه ، وفوقه بيت آخر ، هل يدخل البيت الاعلى في حقوق البيت الاسفل أم لا ؟ فوق <sup>البيت</sup> ليس له الا ما اشتراه باسمه وموضعه انشاء الله» .

وكذا لاختلاف ❀ و❀ لاشكال في أنه ❀ تدخل الابواب ❀ المنصوبة ، والمعلق ، والمغالق ، والسلاسل ، والعتبات ❀ والاغلاق المنصوبة ❀ عليها ❀ في بيع الدار وان لم يسمها وكذا الاخشاب المستدخلة في البناء ❀ بل ❀ والاو تاد المثبتة فيه ، والسلم المثبت في الابنية على حذو الدرج ❀ بل والحمام المعد لها والحوض والخوابي المثبتة في الارض والحيطان بحيث تصير من أجزائها وتوابعها ، خلافا للفاضل في التذكرة كما حكاها في المسالك ، فنفي دخول السلالم المسمرة ، والرفوف الموضوعة على الاوتاد من غير سمر ، والاو تاد المثبتة ، لخروجها عن اسم الدار ، وفي اكثر كتبه كما حكاها في المسالك ايضاً الخوابي مطلقاً ، وقد يحمل على ما لاتعد من أجزائها .

❀ وفي دخول المفاتيح ❀ للاغلاق المنصوبة ❀ تردد ، ودخولها أشبه ❀ لانها من التوابع للاغلاق التي عرفت دخولها ❀ ولا تدخل الرحي المنصوبة ❀ قطعاً ❀ الا مع الشرط ❀ خلافاً للمحكي عن المبسوط .

قال في التذكرة الالات التي في الدار على أقسام ثلاثة :

(الاول) المنقولات كالدلو والبكرة والرشا والمخارف بالخاء او الجيم والسرر والرفوف الموضوعة على الاوتاد من غير سمر والسلالم التي لم تسمر ولم تطين والاقفال والكنوز والدفائن . وهذه لاتدخل في البيع وبه قال الشافعي ، واما المفاتيح



للاغلاق المثبته فالاقرب دخولها ، وهو أصح وجهى الشافعية ، لانها من توابع المغلاق المثبت ، والاخر لاتدخل كسائر المنقولات ، وكذا الاقرب فى ألواح الدكاكين الموضوعه فى ابوابها الدخول ، لانها أبواب لها فأشبهه الباب المثبت ، ويحتمل عدم الدخول لانها تنقل وتحول فكانت كالفرش ، وللشافعية وجهان .

(الثانى) ما ثبت فى الدار تنمة لها لتدوم فيها وتبقى كالسقف والابواب المنصوبة وما عليها من التعاليق والحلق والسلاسل والضباب وهذه تدخل فى البيع لانها معدودة من اجزاء الدار .

(الثالث) ما ثبت على غير هذا الوجه كالرفوف والدنان والاجانات المثبته والسلاسل المسمره والاوئاد المثبته فى الارض والجدران والتحتانى من حجرى الرحا وخشب القصارومعجن الخباز . والاقرب عدم الدخول الخ .

اما القسم الاول فلا كلام فى الخروج عن اسم الدار كما لا كلام فى دخول الثانى واما القسم الثالث فحاصل الكلام فيها وفى غيرها ان كل ما ثبت فى الدار ينحو بعد من غير المنقول فهو داخل فى الدار لما عرفت قبلا والا فلا كالسلم الواقع فيها للدرج عنه عند الحاجة ونحو ذلك فلا يكون داخلا فيها اصلا الا مع الشرط وكذا مصالح البناء كاللبنة والاجر والحديد والعص والتراب والتبن وحجر المعادن وامثال ذلك مما يريد بها تكميل البناء فاراد بيعها من غير تكميل فيخرج عن المبيع جداً الا مع الشرط او التصريح ببيع الجميع والله العالم .

﴿ولو كان فى الدار نخل أو شجر لم يدخل﴾ فى الدار ولا ﴿فى المبيع﴾ وفى الجواهر بلا خلاف كما عن التنقيح الاعتراف به فى بيع الارض التى هى كالدار فى ذلك انتهى .

وفى التذكرة ولو كان فى وسطها اشجار لم تدخل عندنا ، وقال الشافعى : ان قال بحقوقها دخلت قطعاً وان اطلق فعلى الطرق المذكورة فى لفظ الارض . ونقل الجوينى فى دخولها ثلاثة اوجه ، ثالثها الفرق بين أن يكتر بحيث يجوز تسمية الدار بستاناً فلا يدخل فى لفظ الدار وبين أن لا يكون كذلك فيدخل ﴿فان قال

بحقوقها\*) كما قال بعث هذه الدار بحقوقها اي بجميع ما حقق وثبت فيها\*) ((قبيل))  
حينئذ\*) ((يدخل))\*) في بيع الدار الاشجار والقائل على ما حكى صاحب المبسوط  
وقد عرفت قبلا دخول اشجار الدار فيها بمجرد بيعها ولو لم يقل البايع بجميع حقوقها  
وما ثبت فيها والفرق بين بيع الدار والارض في نهاية الوضوح بدخول الاشجار  
فيها في الاول دون الثاني للصدق في الاول فانها جزء من الدار بخلاف الثاني فان  
الارض لاتشمل الاشجار الا مع القيد خلافا للمصنف حيث قال مع ذلك .

\*) ((ولا أرى هذا شيئاً))\*) اي ولو قال بحقوقها لا يدخل الاشجار فيها\*) بل لو  
قال وما دار عليه حائطها أو ماشا كله، لزم دخوله ،\*) .  
ومكاتبة الصفار في الصحيح الى أبي محمد عليه السلام « في رجل اشترى من  
رجل أرضاً بحدودها الاربعة وفيها ذرع ونخل وغيرهما من الشجر، ولم يذكر  
النخل ولا الزرع ولا الشجر في كتابه، وذكر فيه أنه قد اشتراها بجميع حقوقها الداخلة  
فيها ، والخارجة منها ، أيدخل النخل والاشجار في حقوق الارض أم لا؟ فوقع (ع)  
اذا ابتاع الارض بحدودها وما أغلق عليه بابها ، فله جميع ما فيها انشاء الله .  
وفي الجواهر أوضح دلالة على العدم منها على الدخول ، من حيث تعليق  
الدخول فيها على ما ذكر ما أغلق عليه بابها ، الدال بالمفهوم على العدم ، مع عدم  
ذكرة انتهى .

وفيه اولا قد عرفت الفرق بين الارض والدار ومورد التوقيع هو الارض وثانيا  
نلتزم بمضمون التوقيع فان قوله عليه السلام وما أغلق عليه بابها عليكم لالكم فان الشجر  
والاشجار مما أغلق عليه الدار قطعاً .

\*) ((واذا استثنى نخلة))\*) مثلاً\*) ((فله الممر اليها والمخرج منها ومدى  
جراندها))\*) في الهواء وعروقها\*) ((من الارض))\*) وليس للمشتري منع شيء من  
ذلك ، لانه من حقوقها التابعة لها كما أنه للبايع ذلك لو انعكس الامر .  
قال في الحدائق ولو استثنى شجرة من البستان الذي باعه او اشتراها من  
مالكها خاصة ، لم تدخل الارض في البيع ، لكن يستحق من منفعتها ما يتوقف عليه

الانتفاع بالشجرة وثمرتها من الدخول اليها وسقيها وحرثها وجمع ثمرتها، ويستحق ايضا مدى جرائدها في الهواء وعروقها في الارض انتهى .

استثناء الشجرة عن المبيع وان لم يستلزم بيع الارض التي غرس فيها لكن لازم الاستثناء للمبايع جواز دخوله وخروجه اليها وماتعرض عليها من اخراج اغصانها ارضا وسماء .

ويدل على ذلك مارواه في الكافي والتهذيب عن السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام «قال : قضى النبي ( ص ) في رجل باع نخلا واستثنى عليه نخلة ، فقضى له رسول الله (ص) بالمدخل اليها والمخرج منها ومدى جرائدها» .

و [روى] في الفقيه عن السكوني عن ابيه عن آبائه عليهم السلام قال قضى رسول الله صلى الله عليه وآله الحديث :

وروى في الكافي والتهذيب عن عقبه بن خالدان النبي صلى الله عليه وآله قضى في هرائر النخل أن تكون النخلة و النخلتان للرجل في حائط الاخر ، فيختلفون في حقوق ذلك ، فقضى فيها أن لكل نخلة من أولئك من الارض مبالغ جريده من جرائدها حين بعدها » .

وفي الحدائق بعد نقلها قال أقول : قوله «حين بعدها» أي منتهى طول الجريده اذا طالت ، وأما قوله «هراير» فقد اختلفت فيه نسخ الحديث اختلافا فاحشا ففي بعضها كما ذكرنا ، وفي بعض «بالواو» عوض الراء الاولى ، وفي بعض بالزاي عوضها ، و في بعض نسخ التهذيب « هذا النخل» ، والظاهر كما استظهره في الوافي حريم النخل ، فوق التحريف .

ثم قال و [روى في] التهذيب عن محمد بن الحسن الصفار في الصحيح «قال : كبت اليه (ع) في رجل باع بستانا فيه شجرو كرم فاستثنى شجرة منها، هل له ممر الى البستان الى موضع شجرته التي استثناه ، و كم لهذه الشجرة التي استثناه من الارض التي حولها ؟ بقدر اغصانها أو بقدر موضعها التي هي ثابتة فيه ؟ فوق عليها : له من ذلك على حسب ما باع وأمسك فلا يتعد الحق في ذلك انشاء الله تعالى » .

ثم قال أقول : لا يخفى ما فى الجواب من الاجمال المانع من الاعتماد عليه فى الاستدلال ومع ذلك فان الظاهر أن يقال : له من ذلك على حسب ما استثنى وربما أشعر بأنه مع استثناء الشجرة فلا ينصرف ذلك الا الى ما دخل تحت مفهوم هذا اللفظ عرفاً ، وهو مشكل بناء على ما عرفت من كلام الاصحاب ومن الاخبار المتقدمة . ومن ذلك النخل بالنسبة الى ثمرته قبل التأبير وبعده انتهى و لعل مراده نفي الملكية ، لا الاستحقاق كما فى الجواهر .

﴿و﴾ قد ظهر لك مما ذكرنا اولاً أنه ﴿لوباع أرضا وفيها نخل أو شجر ، كان الحكم كذلك﴾ اى كان النخل والشجر خارجاً عنها لعدم شمول لفظ الارض لها ﴿و كذا لو كان فيها زرع﴾ لم يدخل ايضاً فى بيع الارض ولو كان بذراً لما عرفت ﴿سواء كانت له أصول تستخلف أو لم يكن ، لكن يجب تبقيته فى الارض حتى يحصد﴾

وفى الجواهر والمراد باستخلاف الاصول أنه يجزمرة بعد أخرى ، ويجب تبقيته حينئذ الى أن تنتهى جزاته ، ويستقلع ، والجميع للبايع ، للاصل لكن فى الدروس «عن الشيخ والقاضى أنه ان كان مجزوزاً فهو للمشتري ، والا فالجزء الاولى للبايع ، والباقي للمشتري» ولاريب فى ضعفه انتهى ولا يخفى ان الكلام فى صورة عدم الجز حيث لا اشكال فى ان المجزوز للبايع وكذا فى الاثمار المجزوزة فانه لا كلام فى كونه للبايع ﴿ولوباع نخلا قدأبر ثمرها﴾

وفى المسالك التأبير تشقيق طلع الاناث و ذرطلع المذكور فيه ليجيء رطبها اجود مما لم يؤبر والعادة الاكتفاء بتأبير البعض والباقي يتشقق بنفسه وتهب ريح الذكور اليه وقد لا يؤبر شىء ويتشقق الكل ويتأبر بالرياح خصوصاً اذا كانت الذكور فى ناحية الصبا فهب الصبا وقت التأبير انتهى فاذا تحقق التأبير ﴿فهو للبايع﴾ للاصل والاجماع المحكى عن المسالك ﴿لان اسم النخلة لا يتناوله ولقول امير المؤمنين عليه السلام﴾ فى خبر غياث بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام ﴿من باع نخلا قد ابره فثمرته للبايع الا أن يشترط﴾ المبتاع ﴿اى﴾ المشتري ﴿ثم قال : قضى به رسول

«كقول الصادق (عليه السلام) في خبر يحيى بن ابي العلاء : «من باع نخلا قد لفتح فالثمرة للبائع ، الا أن يشترط المبتاع قضى رسول (صلى الله عليه وآله) بذلك»

وقال ايضاً في خبر عقبة بن خالد «قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) أن ثمرة النخل للذي أبرها ، الا أن يشترط المبتاع» فماعن ابن حمزة من انها للمشتري مع عدم بدو الصلاح شاذ لا مستند له \* (و) \* لكن \* يجب على المشتري تبقيته \* الى اوان بلوغه من غير اجرة \* نظراً الى العرف وكذا لو اشترى ثمرة كان للمشتري تبقيتها على الاصول نظراً الى العادة \* بلاخلاف في شيء من ذلك ،

\* وان باع النخل ولم يكن مؤبراً فهو للمشتري على ما فتى به الاصحاب \* بل عن المختلف والتذكرة ومحكي الخلاف الاجماع عليه

\* (و) \* على كل حال \* لو انتقل النخل بغير البيع ، فالثمرة للناقل سواء كانت مؤبرة او لم تكن \* عند علمائنا كما في التذكرة \* ((وسواء انتقلت بعقد معاوضة ك)) \* وقوعه ثمناً \* ((للاجارة و)) \* مهراً في \* ((النكاح او بغير عوض كالهبه وشبهها)) \* وفي الجواهر بلا خلاف اجده فيه ايضاً ، بل في ظاهر التذكرة انه من معقد اجماعه انتهى ولعل الظاهر ان ما في المتن مشكل بنحو الاطلاق فان الانتقال في حال كونه مؤبرة ظاهر في انه بهذا الرصف انتقل الى المنتقل اليه بل ارادة اخذ الثمرة لعله منكر عند العرف الا اذا صرح في حال الانتقال بماعدا الثمرة فالتفكيك بينهما في حال الانتقال لعله غير معروف عند العرف لكن النص والاجماع على خلافه

\* ((و)) \* كيف كان فـ \* ((الابار)) \* الذي عليه المدار \* ((يحصل ولو تشققت من نفسها فأبرتها للواقع)) \* لاطلاق الخبرين الاولين ، ومعاهد الاجماع ولا ينافيه خبر عقبة بل في المسالك «ان العادة الاكتفاء بتأبير البعض ، والباقي يتشقق بنفسه ، وينشب ريح الذكور اليه ، وقد لا يؤبر شيء ، ويتشقق الكل بتأبير الرياح خصوصاً اذا كانت الذكور في ناحية الصبا ، فهب الصبا وقت التأبير» ونحوه في التذكرة \* ((وهو معتبر في الاناث ولا يعتبر في فحول النخل)) \* لما عرفت من ان مسماه ذلك فثمرتها على كل حال للبائع ، للاصل السالم عن معارضة المفهوم الظاهر

فى الذى عادة صنفه التأبير .

\* ((ولا)) \* يعتبر ما ذكر من التفصيل بين التأبير وعدمه \* ((فى غير النخل من انواع الشجر)) \* بل فيها كان الجميع للبايع \* ((اقتصارا على موضع الوفاق فلو باع شجرة فالثمرة للبايع على كل حال)) \*

وفى المسالك قوله ولأه هذا شرط لكونها للبايع والمراد ان ثمرة غير النخل متى ظهرت اى وجدت عند العقد سواء كانت بارزة كالتين ام مستترة فسى كما قال الجوز ام فى ورد كالتفاح قبل تناثر ورده فان جميع ذلك لا يدخل فى بيع الاصل متى كانت الثمرة موجودة وكذا القول فيما يكون المقصود منه الورد او الورق ولو كان وجوده على التعاقب فالموجود منه حال البيع للبايع والمتجدد للمشتري فمع الامتزاج يرجع الى الصلح انتهى

وعن النهاية ما لفظه «اذا باع نخلا قد ابر ولقح ، فثمرته للبايع الا ان يشترط المبتاع الثمرة فان شرط كان على ما شرط وكذلك المحكم فيما عد النخل من شجر الفواكه» ونحوه

قال المقيد وهو غير مناف لما سمعت فاذا شرط كون الثمرة للمشتري فلا كلام فى لزوم العمل بالشرط بل يجرى ذلك فى كل الاثمار لكن الظاهر ان مراده وكذلك المحكم اى فى كونه للبايع فلا يظهر منه اشتراك النخل مع غيرها فى جميع الاحكام لما عرفت من النخل قبل التأبير للمشتري ولعل نظر صاحب الجواهر فى عبارة النهاية بقوله غير مناف لذلك الى ما ذكرناه من العبارة فيكون عبارته ح كغيره

وحاصل الجميع ان الثمرة فى غير النخل مطلقا للبايع وفى النخل بعد التأبير ثم انه نقل عبارة ابن ادريس بعد عبارته كى يعلم ان مراد الشيخ ذلك ولا منافاة فقال وعن ابن ادريس انه ما قصد الشيخ من ذلك الا ان الثمرة للبايع لانه ما ذكر الاما يختص بالبايع ولا اعتبار عند اصحابنا بالتأبير الا فى النخل ، فأماما عداه متى باع الاصول وفيها ثمرة فهى للبايع الا ان يشترطها المشتري سواء لقحت او لم تلقح وهو كما ذكر ، والا كان ضعيفا لاشاهد عليه انتهى

وفيه ايضا قال ثم ان المدار على التأبير فعلا ، كما هو ظاهر النصوص والفتاوى لاوقته كما عن الشافعى ، فلوباعه النخل بعد صلاح الثمرة ، لكنها لم تكن مؤبرة ، كانت للمشتري للصدق ، الا ان يكون هناك عرف يقتضى الخروج فان فيه الاشكال المزبور حيثئذ .

\* ((و)) \* على كل حال ف ﴿ فى جميع ذلك له تبقية الثمرة حتى تبلغ او ان اخذها ﴾ ولا يخفى انه لو كانت الثمرة فى غير النخل مطلقا للبائع فلازمه يحتاج بقاءه الى او ان بلوغها وكذا الزرع فيجب بقاءه الى او ان حصاده بسلا اجرة الا ان يشترط عليه المشتري بالاجرة لان الشجرة او الارض صارت ملكه فله اشتراط الاجرة فى بقاءه على شجره او ارضه .

وفى التذكرة ولوباع ارضا وفيها زرع او بذر فهو للبائع فان شرطه المشتري لنفسه صح ولا تنصر الجهالة ، لانه تابع وللبائع التبقية الى حين الحصاده مجانا فان قلعه ليزرع غيره لم يكن له ذلك سواء قصرت مدة الثانى عن الاول اولا ، ولو كان للزرع اصل ثابت يجزرة بعد اخرى فعلى البائع تفريغ الارض منه بعد الجزرة الاولى ويحتمل الصبر حتى يستقلع \* ((وليس للمشتري ازالتها اذا كانت قد ظهرت سواء كانت ثمرتها فى كمام كالقطن والجوز اولم تكن ، الا ان يشترطها المشتري)) \* على البائع « فان المؤمنين عند شروطهم » ﴿ وكذا لو كان المقصود من الشجر ورده ﴾ كشجرة الورد والياسمين فاذا باعها فى حال ظهور الورد .

\* ((فهو للبائع تفتح اولم يتفتح)) \* خلافا لما يحكى عن المبسوط فجعل ما لم تفتح الورد للمشتري وكذا أتباعه ، فقال : « اذا باع القطن وخرج جوزه ، فان كان تشقق القطن للبائع ، الا أن يشترطه المشتري ، وان لم يكن تشقق فهو للمشتري » ثم قال : « وما عدا النخل والقطن فعلى أقسام أحدها - ما يكون ثمرته بارزة ، لافى كمام ولاورد كالعنب والتين وما أشبه ذلك ، فان باع أصلها ، فان كانت الثمرة قد خرجت فهي للبائع ، وان لم يكن قد خرجت فهي للمشتري .

الثانى - أن تخرج الثمرة فى ورد ، فان باع الاصل بعد خروج وردها ، فان

تناثر الورد وظهرت الثمرة فهي للبايع ، وان لم يتناثر وردها ولم يظهر الثمرة ، ولا بعضها فهي للمشتري .

الثالث - أن تخرج في كمام كالجوز واللوز ، مما دونه قشريواريه اذا ظهر ثمرة فالثمرة للبايع - الرابع ما يقصد ورده كشجر الورد والياسمين ، فاذا بيع الاصل ، فان كان ورده قد تفتح فهو للبايع ، وان لم يكن تفتح فهو للمشتري ونظير هذا التفصيل في القطن كما هو ظاهر عبارته في قوله وان لم يكن تشقق فهو للمشتري عن ابن البراج .

وفى الجواهر ولم أعرف له شاهداً صالحاً لقطع الاصل في الورد والقطن ، بل ظاهر التذكرة أن المخالف في الثاني الشافعي ، قال ؟ فيها : « القطن ضربان ، أحدهما له ساق ويبقى سنين ، ويشمر كل سنة ، وهو قطن الحجاز والشام والبصرة . والثاني - ما لا يبقى أكثر من سنة واحدة ، وكلاهما لا يدخل الجواز الظاهر في بيع الاصل ، سواء تفتح أولاً ، خلافاً للشافعي ، ثم حكى قوله في القسمين » ثم قال و التحقيق عدم الخروج عن مقتضى الاصل الا في النخل كما عرفت ، بل في الدروس أنه لا يدخل في ملك المشتري ورد الثمار فضلاً عن الجنيد انتهى .

ثم انه مما ذكرنا من ان الرجوع في المشكوك الى العرف يعلم حال جميع الاشياء المركبة من الامور المتباينة كنعل الفرس وسرجه ولجامه فانها داخله في بيع الفرس الا مع شرط الخروج والرحى المنصوبة داخله في بيع الدار الا مع شرط الخروج وفي القرية داخله اشجارها وانهارها وآبارها وفي البستان داخله اشجارها وكل ما يصدق عليه البستان .

\* (( فروع الاول : اذا باع )) \* النخل \* (( المؤبر وغيره )) \* صفقة \* (( كان المؤبر للبايع والاخر للمشتري )) \* بلا خلاف فيه بيننا ، اتحدت البستان أو تعددت واتحدت نوع المؤبر أو اختلف ، خلافاً للشافعي \* (( وكذا لو باع المؤبر لو احد ، وغير المؤبر لاخر )) \* .

قال في المسالك اطلاق الحكم يشمل ما لو كان المؤبر بعض البستان



كشجرات معينة وغير المؤبر الباقى وما لو كان التبعض فى الشجرة الواحدة بان يؤبر بعض النخل و يترك الباقى فيكون المؤبر فيهما للبايع و الاخر للمشتري عملا بظاهر النص فان تعليق الحكم على الوصف يشعر بالعلية فيكون التأبير هو العلة فتمى وجد ترتب عليه حكمه ويتخلف عن الباقى وبهذا الاطلاق افتى الشهيد (ره) فى الدروس انتهى .

وفى الجواهر ايضا بل لوباع نخلة واحدة أبربعضها دون الاخر ، كان لكل حكمه ، لان تعليق الحكم على الوصف مشعر بالعلية ، فيدور الحكم مدارها وجوداً وعدمًا ، خلافاً للتذكرة فالجميع للبايع ، لصدق بيع نخل قدأبر ، واقتصاراً فيما خالف الاصل - عن دخول غير المؤبر فى ملك المشتري - على المتيقن ، ولعسر التميز اذا أبر المشتري ما انتقل اليه ، والمشقة فى اعتبار تأبير الجميع فى بقاء الثمرة على ملك البايع .

والجميع كما ترى بعد ما عرفت ، على أن صدق التأبير ليس بأولى من صدق عدم التأبير الى آخر العبارة وهو فى محله .

الفرع \* (( الثانى )) \* قد عرفت أن \* (( تبقية الثمرة على الاصول )) \* الى بدو الصلاح مستحقة لما لكها مجاناً ، ولو مع الضرر اليسير ، للاصول بايعا كان أو مشتريا ، ولكن بعد أن لم يكن لها مقدر شرعا \* (( يرجع )) \* اليه كان المرجع \* (( فيها الى العادة فى تلك الشجرة فما كان )) \* من الشجر \* (( يخترف )) \* ويجتنى \* (( بسرا )) \* ينبغى أن \* (( يقتصر على بلوغه )) \* وانتهاء حلاوته \* (( وما كان لا يخترف فى العادة الا رطباً فكذلك )) \* .

وفى المسالك الاختراف اجتناء الثمرة ومنه سمي فصل الخريف لان الثمر يخترف فيه وهذا الحكم مع اتفاق العادة واضح فلو اضطربت عمل بالأغلب ومع التساوى يحتمل الحمل على الاقل اقتصارا فيما خالف الاصل عليه فان الاصل تسلط المشتري على ملكه ومنع غيره من الانتفاع به والاكثر لثبوت اصل الحق فيستصحب

الى ان يثبت المزيل ووجوب التعمين للاختلاف المؤدى الى الجهالة فيبطل العقد بدونه انتهى .

ولا يخفى انه لو كان في بقاء الثمرة او الزرع على الشجرة او الارض ضرر على المشتري قيل بجواز القطع للمشتري اجباره عليه لضرر ويمكن ان يقال بتعارض ضرره على ضرر البايع فهو مقدم لان البايع قد سلط المشتري على نفسه و يمكن العكس لان المشتري اذا اقدم على شراء شيء يعلم ان اللازم بقاء ثمره الى موقع وصوله وبلوغه الى حد كما له يجب عليه الصبر لامحالة الى هذا الوقت و ليس له التعرض له اصلا وبالجملة مع هذا العلم قد اقدم على ضرره فلاقوى تقدم حقه على حق المشتري .

الفرع ﴿ الثالث يجوز ﴾ الـ ﴿ سقى ﴾ لذي ﴿ الثمرة ﴾ لصاحبها لانه من حقوقها المستحقة له باستحقاق تبقيتها ﴿ ( و ) ﴾ سقى ﴿ ( الاصول ) ﴾ كذلك لصاحبها .

ولا يخفى ان جواز السقى ثابت لكل واحد منهما للبايع لثمرته و للمشتري لاصوله و حينئذ ان كان يحتاج كل من الاصل و الفرع الى السقى فلا كلام وان اختلف كما اذا يضر بالثمرة او الاصل لعدم او ان سقيهما فهل يقدم جهة المشتري او البايع اولا ترجيح لاحدهما قد عرفت ان المشتري اذا علم ان شراؤه موجب لعدم سلطنته على المبيع تماما لكون الثمرة او الزرع للبايع فلاجرم قد اقدم على ضرره كذلك فلا بد له من الصبر و تحمل الضرر على نفسه دون البايع لانه اذا كان الامر كذلك و علم به المشتري فامره يدور بين شرط تملك الثمرة او البيع مع الثمرة او رضائه بقائهما على ملكه الى ان استغنى عن الشجرة او الارض فلا يصل النوبة حينئذ الى تقديم حق المشتري او القرعة ونحو ذلك اصلا فلا يستقيم .

قوله ﴿ فان امتنع أحدهما ﴾ فمنع الاخر من السقى ﴿ ( أجب الممتنع ) ﴾ لعدم تسلطه على منع تصرف الاخر لصالح ماله .  
ومنه يعلم ايضاً فساد قوله ﴿ ( فان كان السقى يضر أحدهما ) ﴾ بالفعل و

الآخر بالترك\* ((رجحنا مصلحة المبتاع)) \* - كما عن الفاضل والشهيدى ، بل نسبه ثانيهما الى الاشهر وفى الجواهر لان البايع هو الذى أدخل الضرر على نفسه بتسليطه عليه .

ويحتمل البايع كما فى الدروس لسبق تعلق حقه الذى لايزيله تسليط المشتري وقد يحتمل بل لعله الاقوى مراعات أكثرهما ضرراً ، ومع التساوى القرعة انتهى . ولعله الى ما ذكرنا يرجع ما حكاه عن الدروس وكيف كان فمن اقدم على شراء شىء يعلم بعدم سلطنته بعد البيع عليه بتمامه و كما له لا بد له تحمّل الضرر الى زمان رفع المانع عنه فتدبر واضعف الوجوه جواز فسخ البيع مع عدم خيار لاحدهما هذا كله اذ باع الشجرة المثمرة واما اذ باع نفس الثمرة دون شجرها فى قبل او ان بلوغها بحيث علم البايع احتياج بقاء الثمرة الى الشجرة بعد وحينئذ ان شرط للمشتري القطع بعد البيع فهو والا لزم عليه الصبر الى اوان البلوغ بعين ما سمعت فى المشتري فيما باع الشجرة .

وفى التذكرة قال اذا باع الثمرة ولم يشترط القطع استحق المشتري ابقاء الى القطف بمجرى العادة ، فان جرى عرف قوم بقطع الثمار فالقرب الحاق العرف الخاص بالعام ، وذلك كما يوجد فى البلاد الشديدة البرد كروم لانتهى ثمارها الى الحلاوة واعتاد اهلها قطع الحصرم . اذا عرفت هذا فالثمار يختلف زمان أخذها فما يؤخذ فى العادة بسلاماً يؤخذ اذا تناهت حلاوته ، وما يؤخذ رطباً اذا تناهى ترطيبه ، وليس له الزامه بقطعه منصفاً ، وما يؤخذ تماً اذا انتهى نشافه . وكذا يرجع الى العادة فى ثمرة غير النخل من سائر الاشجار انتهى .

﴿ لكن لا يزيد على قدر الحاجة فان اختلفا فيها رجعا الى اهل الخبرة ﴾ كما فى غير المقام .

الفرع ﴿ الرابع : الاحجار المخلوقة فى الارض والمعادن تدخل ﴾ عرفاً فى بيع الارض ﴾ بخلاف أجده فيهما ، مما عدا ثانى الشهيدى ﴾ لانهما من أجزائها و ﴿ لكن قال المصنف ﴾ فيه تردد ﴾ وجه التردد فى المعادن فى محله بل

هو خارج عن بيع مطلق الارض بخلاف الاحجار المخلوقة فيها فانها داخله فيها وفقاً للمسالك وخلافاً للجوهر فلو باع والحال هذه فان علم البايع بذلك فظاهر ببعه الارض هو البيع مطلقاً والا فله الخيار ويمكن حمل قول القائل بالدخول في المبيع على صورة علم البايع وعدم تعرضه له بالقول بالمخالفة فكأنه قد تابع التذكرة في ذلك حيث قال :

لو كان في الارض او الدار معدن ظاهر كالنفط والملح والغاز والكبريت فهو كالماء هل يملكه صاحب الارض ؟ للشافعية وجهان ، وعندنا انه مملوك له اذا كان في ملكه . وان كان باطناً كالذهب والفضة وغيرهما من الجامدات فهي مملوكة تتبع الارض في الملك وفي البيع لانها جزء منها ، وبه قال الشافعي ، الا انه لا يجوز بيع معدن الذهب بالذهب ولو بيع بالفضة جاز عندنا ، وعنده قولان سبقا في الجمع بين البيع والصرف انتهى .

ولا يخفى انه لا كلام في كونه مملوك لصاحب الارض ولكن الكلام في انه ليس داخله في المبيع فكيف يبيع ما كان قيمته اضعاف قيمة الارض بقيمتها اللهم الا ان يحمل مراده بما اذا باع في الحقيقة هو المعدن ونحوه بحيث كان يبيع الارض تبعاً .

ومنه ظهر ما في محكي الدروس قال : « ويدخل المعدن على الاقرب ، فلو جهله البايع تخير ، وكذا البئر والعين وماؤهما ، ولو ظهر فيها مصنع او صخرة عظيمة معدة لعصر الزيتون او العنب فكذلك ، وللبايع الخيار مع عدم العلم ، والحجارة المخلوقة تدخل » انتهى .

قال في المسالك وجه التردد في الحجارة من كونها من اجزاء الارض لغة ومن عدم صدق اسمها عليها عرفاً وفي المعادن من كونها كالحجارة وخروجها عن حقيقة الارض وعدم دلالتها عليها باحدى الدلالات والاقوى دخول الحجارة دون المعادن والفرق ان الحجارة من اجزاء الارض بخلاف المعادن لخروجها عن حقيقتها وطبيعتها ثم ان كانت الحجارة مضرّة بالزرع او الغرس ولم يعلم بها المشتري تخير

والا فلا ولو اشتملت على منفعة زائدة على وضعها كما لو ظهرت مصعاً او معصرة للزيت او العنب ونحوهما فان علم بها البايع والانتخير ايضا .

واحترز بالمخلوقة عن الموضوعه فيها والمدفونه فانها لا تدخل بل هى كالمستاع فيما يجب على البايع تفريغها منه قبل التسليم وتسوية الحفران كانت ثم ان علم المشتري بها فلا خيار له والا فان استلزم التفريغ فوات شىء من المنافع معتد به تخير ولا يجب على المشتري قبول تملكها لو بذلت له بل على المالك المبادرة الى النقل ولا اجرة للمشتري عن زمانه انتهى .

ثم اعلم انه مما دخل فى المبيع هو الحمل سواء كان فى الانسان او الحيوان مطلقا خلافا للتذكرة قال ولا يدخل حمل الجارية والادابة فى بيعهما الا مع الشرط، ولا ثمرة شىء من الاشجار الا النخل اذا لم يؤبر. ولو شرط خلاف ذلك جاز. انتهى وذلك لان الحمل عند العرف من ملحقات الام بل من اجزائها الغير المنفك عنها عندهم ولو لم يكن فى الواقع كذلك فعلى هذا كان بيع الحمل داخل فى بيع الام بمعنى انه عند العرف اذ باع حيواناً حاملاً فهم منه العرف ببيع الجميع الا اذا شرط عدم الدخول وعدم دخول الثمرة فى بيع الاشجار للنص الغير الجائز تسريته لغير مورده مع انه فرق بينهما اذ عند العرف عد بيع الاشجار غير بيع الثمرة بخلاف الحمل والله العالم الخامس اذ باع النخلة بعد التاير والتلقيح كان ثمرتها للبايع كما عرفت . ثم اذا اخذ البايع ثمرة النخل بتمامها وثمرت ثانياً على خلاف العادة فالظاهر ليس للبايع لان المتيقن من النصوص كون الثمرة الموجودة فى حال البيع للبايع دون المتجددة فانها حاصله فى ملك المشتري بعد وصول البايع الى حقه خلافا للتذكرة . قال لو كانت الثمرة مؤبرة فهى للبايع فان تجددت اخرى فى تلك النخلة فهى له ايضاً وان كان فى غيرها فللمشتري فان لم تتميزا فهما شريكان، فان لم يعلما قدر مالكل منهما اصطلاحاً ولا فسخ لاماكن التسليم . وكذا لو اشترى طعاماً فامتزج بطعام البائع قبل القبض وله الفسخ انتهى .

فلو كان نظره الى اطلاق كون التاير فى ملك البايع موجبا لكون الثمرة له

فلا كلام في ان المراد هو الحاصل حين كونه ملكه ومن المعلوم انه حينئذ حاصل في ملك المشتري فلا اطلاق يعم المقام اصلاً .

﴿ النظر الثالث في ﴾ القبض و ﴿ التسليم ﴾ فاعلم ان ﴿ اطلاق العقد ﴾ وتجريده عن اشتراط التأخير ﴿ يقتضى ﴾ ﴿ وجوب تسليم المبيع والتمن ﴾ بلا كلام لاقتضاء العقد ذلك الا اذا كانا عينين و شرط عدمهما او واحد منهما في العقد . وفي المسالك قال احترز بالاطلاق عمالو شرط تأجيل احدهما او تسليمه قبل الاخر فانه حينئذ يختص وجوب التسليم بالحال ومن شرط تقديمه اولاً ولو شرط تأجيلهما وكان عينين صح ايضاً وكان خارجاً من الاطلاق ولو كانا في الذمة بطل لانه بيع الكالئى بالكالئى كما مر انتهى .

وبالعجالة معنى المعاوضة ووجوب الوفاء بالعقد تسليمهما بعد العقد الثمن والمثمن من غير فرق بينهما فكما على البايع قبض المثمن فكذلك على المشتري قبض الثمن فكلاهما مساو في وجوب رد كل من العوضين ولذا قال في الرياض في مقام تضعيف ما افاد الشيخ من تبعية الثمن بقوله ويضعف باستواء العقد في افادة الملك لهما فان امتنع اجرهما الحاكم معاً مع امكانه كما يجبر الممتنع من قبض ماله انتهى . وفي الحقائق ما لفظه اطلاق العقد يقتضى تسليم المبيع والتمن ، فيجب على المتبايعين دفع العوضين من غير اولوية .

قال المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد بعد قول المصنف في الكتاب المذكور « يجب على المتبايعين دفع العوضين من غير اولوية تقديم » ما لفظه : اعلم ان الاكثر هكذا قالوا ، وحاصله أنه انما يجب عليها معاً الدفع بعد اخذ العوض ، ويجوز لكل المنع حتى يقبض وكأنهم نظروا الى ان البيع معاوضة محضة ، ولا يجب على كل منهما الدفع الا لعوض مال الاخر ، فما لم يأخذ ذا العوض ، لا يجب اعطاء العوض .

والمسألة مشكلة كسائرهما ، لعدم النص ، وثبوت الانتقال بالعقد يقتضى وجوب الدفع على كل واحد منهما عند طلب الاخر ، وعدم جواز الحبس حتى

يقبض حقه ، وجواز الاخذ لكل حقه من غير اذن الاخر ان أمكن له على أى وجه كان ، لان ذلك هو مقتضى الملك ، ومنع احدهما الاخر وظلمه لا يستلزم جواز الظلم للاخر ومنعه حقه ، فيجبرهما الحاكم معاً على ذلك ان امتنعا ، فيعطى من يد ويأخذ من آخر ، او يقبض لاحدهما ويأمره بالاعطاء انتهى .

اقول : ما ذكره (قدس سره) جيد ، الا ان فى فهم ذلك من العبارة المذكورة - ونحوها من عبارتهم فى هذا المقام اشكال ، وذلك فان غاية ما يفهم من هذه العبارة - التى ذكرها فى الارشاد - هو أنه لما كان اطلاق العقد يقتضى وجوب تسليم المبيع والتمن ، فالواجب حينئذ على كل من البايع والمشتري دفع ماوجب عليه تسليمه من غير اولوية تقديم احدهما على الاخر ، خلافاً للشيخ حيث ذهب الى أنه يجب على البايع أولاً تسليم المبيع ، محتاجاً بأن التمن تابع للمبيع .

والغرض من هذه العبارة انما هو بيان تساويهما فى وجوب التسليم ، بدون تقديم احدهما على الاخر كما زعمه الشيخ (رحمة الله عليه) فالكلام انما خرج فى معرض الرد عليه ، وأين هذا من المعنى الذى ذكره ، وهو أنه لا يجب على احدهما التسليم الا بعد دفع الاخر ، وأنه يجوز لكل منهما الامتناع حتى يقبض ، اللهم الا ان يكون قد اطلع على تصريح بذلك من غير هذا الموضع ، والا فهذه العبارة ونحوها لا اشعار فيها ، فضلاً عن الدلالة بشيء من ذلك انتهى .

اقول ما ذكره فى الحدائق حق فان الشيخ حيث ذهب الى وجوب التسليم اولاً لان التمن من توابع المبيع فما لم يدفع لم يدفع التمن اراد الاصحاب رده بوجوب الدفع على كل منهما من دون اولوية اصلا فعبارات الاصحاب مفيدة لبيان تساويهما فى وجوب رد احدهما العوضين وبينه وبين ما ذكره الاردبيلي ره من انه لا يجب على احد المتبايعين دفع احد العوضين الا بعد دفع الاخر بون بعيد والفرق بينه وبين الشيخ ان الشيخ قائل بوجوب رد المبيع اولاً والاردبيلي بوجوب رد الاول منهما سواء كان الاول المبيع او التمن فما لم يعط المبيع او التمن لم يجب على الاخر رد العوض الاخر .

وكيف كان ﴿فان امتنع﴾ معاً عنه عصياً و﴿أجبراً﴾ على التقابض ، كما في كل ممتنع عما وجب عليه ، ﴿ولو امتنع أحدهما أجبر الممتنع﴾ خاصة ، لاختصاصه بالعصيان ، وكان للآخر حبس العوض حتى يجبر الآخر على التقابض ، كل ذلك لتساوي الحقين في وجوب إيصال كل منهما المال الى مالكه ، ولارجحان لاحدهما على الآخر بالتقدم ، ﴿وقيل﴾ وفي الجواهر والقائل الشيخ في محكي عن خلافه ومبسوطه ، وابن زهرة والقاضي والحلي على ما حكى عنهما . انتهى ﴿يجبر البايع أولاً﴾ .

وفي الجواهر اذا تمانعا وهو احد أقوال الشافعي لان الثمن تابع للمبيع ، ولانه بتسليمه يستقر البيع ويتم اذ لو تلف قبل القبض كان من مال البايع وينفسخ العقد انتهى خلافاً للمسالك

قال القول للشيخ ره محتجاً بان الثمن تابع للمبيع وفيه منع لاستواء العقد في افادة الملك لكل منهما فيجبرهما الحاكم معاً مع امكانه كما يجبر الممتنع منهما من قبض ماله انتهى وهو في محله فانه بالعقد كما يملك المشتري المبيع فيجب على البايع التسليم فكذلك يملك البايع الثمن فيجب على المشتري التسليم فكما ان الثمن تابع للمبيع فكذلك المثلثن تابع للثلثن بمعنى انه ما لم يكن ثمن له لا يجعله المالك لآخر بازاء الثمن ﴿ولذا قال﴾ الاول أشبهه ﴿بأصول المذهب ، بل لأجد فيه خلافاً بين المتأخرين﴾ سواء كان الثمن عيناً او ديناً ﴿لاستواء العقد في افادة الملك لهما .

﴿(ولو اشترط البايع))﴾ خاصة ﴿(تأخير التسليم))﴾ للمثلثن ﴿(الى مدة معينة جاز))﴾ سواء كان كلياً في الذمة أو عيناً مشخصة ، للمعلوم الذي مقتضاه عدم استحقاق التسليم عليه ﴿(كما لو اشترط المشتري تأخير الثمن))﴾ ولو اشترطاً معاً جاز أيضاً اذا لم يكن كل من الثمن والثلثن كلياً في الذمة ، و الا كان من بيع الكالئ بالكالئ كما في الدروس ، وتسمع فيما ياتي .

﴿(و كذا))﴾ يجوز ﴿(لو اشترط البايع))﴾ مثلاً ﴿(سكنى الدار



أو ركوب الدابة مدة معينة كان أيضاً جائزاً)) \* بلا خلاف ولا اشكال فى أصل جواز ذلك .

ثم الكلام فى التسليم \* ((والقبض)) \* وهو مهم موضوعاً وحكماً وفى الرياض عند عبارة النافع قال وحيث ان القبض من الامور المعتبرة شرعاً لما يترتب عليه من الاحكام بالنسبة الى الوصية والرهن والهبة فان للقبض فيها مدخلاً باعتبار شرطيته للصحة او اللزوم وكذا بالنسبة الى البيع اذ من احكامه فيه انتقال ضمان المبيع مثلاً الى المشتري بعده مع عدم الخيار له وكونه على البايع قبله وجواز بيع ما اشتراه بعده مطلقاً وتحريمه او كراهته قبله على بعض الوجوه وجواز فسخ البايع مع تاخير الثمن وعدم قبض المبيع بعد ثلاثة ايام وغير ذلك احتيج الى تعريفه وحيث لم يرد فيه نص كلى يتضمنه وجب الرجوع فيه الى العرف انتهى .

وقد اختلف فى معناه بعد وضوحه عرفاً وظاهر المصنف \* ((التخلية)) \* مطلقاً وهو الحق \* ((سواء كان المبيع مما لا ينقل ، كالعقار ، أو مما ينقل ويحول كالثوب والجوهر والدابة ، وقيل فيما ينقل ، القبض باليد ، أو الكيل فيما يكال ، أو الانتقال به فى الحيوان)) \* وقريب منه ما عن المبسوط ، قال فيه على ما حكى عنه . القبض فيما لا ينقل ويحول هو التخلية ، وان كان مما ينقل ويحول ، فان كان مثل الدراهم والجوهر وما يتناول باليد ، فالقبض هو التناول ، وان كان مثل الحيوان كالعبد والبهيمة ، فان القبض فى البهيمة ، أن يمشى بها الى مكان آخر ، وفى العبد أن يقيمه الى مكان آخر ، وان كان اشتراه جزافاً كان القبض فيه أن ينقله من مكانه ، وان اشتراه مكايلاً فالقبض فيه أن يكيله ، وتبعه ابن البراج وابن حمزة .

وعن المختلف : والاقرب أن المبيع ان كان منقولاً فالقبض فيه هو النقل أو الاخذ باليد وان كان مكايلاً أو موزوناً فقبضه هو ذلك ، أى الكيل والوزن وان لم يكن منقولاً فالقبض فيه التخلية . انتهى .

و فى الجواهر وقيل : أنه التخلية فيما لا ينقل ، وفى المنقول نقله ، واختاره

أبو المكارم مدعياً عليه الاجماع ، وتبعه الشهيدان في اللمعة والروضة ، وفي الدروس «في غير المنقول التخلية بعد رفع اليد ، وفي الحيوان نقله» وفي المعتبر «كيله أو وزنه ، أو عده ، أو نقله ، وفي الثوب وضعه في اليد» قال : وقيل : التخلية مطلقاً ، ولا بأس به في نقل الضمان ، لافي زوال التحريم أو الكراهة عن البيع قبل القبض .

نعم لو خلى بينه وبين المكيل فامتنع حتى يكتاله ، لم ينتقل اليه الضمان وفي المختلف «أنه ان كان منقراً لا فالقبض فيه هو النقل أو الاخذ باليد ، وان كان مكيلاً أو موزوناً فقبضه هو ذلك أو الكيل أو الوزن ، وان لم يكن منقولاً فالتخلية ، وفي التحرير «الاقرب عندي أن القبض : ألكيل أو الوزن فيما يكال أو يوزن ، والقبض باليد فيما ينقل ويحول ، و النقل في الحيوان ، و التخلية فيما لا ينقل ويحول ومنه الشجرة على رؤوس النخل» .

وفي المسالك «التخلية في غير المنقول ، وفيه استقلال اليد عليه ، سواء نقله أم لا ، وفي المكيل والموزون كيلهما ووزنهما» الى غير ذلك من الاقوال المتفقة ، على أنه التخلية في غير المنقول ، واختلافها انما هو في المنقول انتهى قال شيخنا في مكاسبه اختلفوا في ماهية القبض في المنقول بعد اتفاهم على انها التخلية في غير المنقول على اقوال احدها انها التخلية ايضاً صرح به المحقق في الشرايع وحكى عن تلميذه كاشف الرموز وعن الايضاح نسبه الى بعض متقدمي اصحابنا وعن التنقيح نسبه الى المبسوط .

الثاني انه في المنقول النقل وفيما يعتبر كيله او وزنه الكيل او الوزن .

الثالث مافي الدروس من انه في الحيوان نقله وفي المعتبر كيله او وزنه او عده او نقله وفي الثوب وضعه في اليد .

الرابع مافي الغنية وعن الخلاف والسرائر واللمعة انه التحويل والنقل .

الخامس مافي المبسوط من انه ان كان مثل الجواهر والدرهم والدنانير وما يتناول باليد فالقبض فيه هو تناول باليد وان كان من الحيوان مثل العبد والبهيمة فالقبض في البهيمة ان تمشى بها الى مكان آخر وفي العبدان يقيمه الى مكان آخر وان كان اشتراه جزافاً

كان القبض فيه ان ينقله من مكانه وان كان اشتراه مكايلة فالقبض فيه او يكيله وزاد فى الوسيلة انه فى الموزون وزنه و فى المعدود عدده ونسب عبارة الشرايع الراجعة الى مافى المبسوط الى المشهور .

السادس انه الاستقلال و الاستيلاء عليه باليد حكى عن المحقق الاردبيلي وصاحب الكفاية واعترف فى المسالك تبعاً لجامع المقاصد لشهادة العرف بذلك الا انه اخرج عن ذلك المكييل والموزون مستنداً الى النص الصحيح وفيه ماسيجىء السابع مافى المختلف من انه ان كان منقولاً فالقبض فيه النقل او الاخذ باليد وان كان مكيلا او موزوناً فقبضه ذلك او الكيل او الوزن .

الثامن انها التخلية مطلقاً بالنسبة الى انتقال الضمان الى المشتري دون النهى عن بيع مالهم يقبض نفى عنه الباس فى الدروس انتهى غير خفى ان التعريف حتى الامكان لزم فيها اقتصار على ما هو جامع بين الافراد ولعله فى المقام هو مجرد التخلية بين المشتري وبين ماله اى رفع اليد عنه بحيث لو اراد المنتقل اليه اخذه او جعله فى تحت قدرته و سلطنته لما يكون مانعاً عنه وهذا المعنى يعم المنقول وغير المنقول فالتنقل والاخذ ونحوهما يكون من افراد التخلية فان رفع اليد عن المبيع تارة يجعله فى يد المشتري واخرى برفع المانع عن اخذه ولو كان منقولاً ولم يجعله فى يده فضلاً عن غيره فاذا حصل وصدق القبض يجرى عليه جميع احكامه و لو اعذر المشتري عن التسليم والاخذ بلا جهة يوجب فى المنقول التخلية بجعله فى يده وفى غيره باعطاء مفتاحه اليه و ثالثة بجعله فى تحت اختياره وهكذا وعليه فما ذكره المصنف اظهر كما قال : ﴿والاول اشبه﴾ .

و كيف كان فهو مسألة مهمة خصوصاً فى عصرنا الحاضر حيث ان اكثر المعاملات واقعة بين كون المتعاملين فى بلدين متباعدتين فيحمل البايح بعد البيع المتاع من بلده بالمراكب العصرية كالثقل والطيارة الى بلد المشتري فهل هو قبض بحيث لو تلف فى الطريق بأفة سماوية او من الاجنبى باحراق او غرق من غير لحاظ الضمان و العقوبة فكان على المشتري او لم يكن قبض حتى يصل الى تحت قدرة

المشترى وسلطنته فيه كلام .

والظاهر هو الاول فان المراد بالقبض كما عرفت رفع البايع يده عن ماله ويجعله تحت قدرة المشتري واختياره وهو على انحاء فانه تارة يكون كلاهما حاضرين في المجلس وامكن من المشتري اخذه واخرى بان يرفع البايع يده عنه مع كون المتاع عندهما كالدار فيحصل القبض بان اعطاه مفتاح البيت وثالثة بان يكون برفع البايع الموانع عن تسلمه ولو لم ياخذه المشتري فعلا وغير ذلك فمثل ما فرضنا كان قبضه بالارسال اليه فلا ربط بالبايع لو سرق او حرق او غرق في الطريق بوجهه وبالجملة التخيلية جامع بين جميع افراد القبض ولولاه لامكن التأمل فسي بعض ما ذكر من كونه قبضا كالكيل او الوزن او العد فان القبض انما يتحقق بالوصول عنده لا بالكيل والافربما يكيل او يوزن مع عدم حضور المشتري وعدم وقوعه في يده فيتلف عند حضوره حيث لا اشكال في كونه من تلف قبل القبض وان اريد ان يكيل عند حضوره فقبضه بجعله عنده لا بالكيل ونحوه .

واما [صحيح معاوية] بن وهب «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه ، فقال : ما لم يكن كيل أو وزن ، فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن توليه فليس فيه دلالة على كون الكيل هو القبض بل ظاهره النهي عن بيع ما لا يكال أو يوزن فلو لم يكن القبض هو التخيلية لا شكل الامر في اكثر مصاديق القبض وبالجملة الاستدلال بهذا الصحيح لكون القبض بالكيل او الوزن في غاية السخافة .

واعترضه المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد فقال : وهذه لا يفهم دلالتها لان ظاهرها أن البيع قبل القبض لا يجوز حتى يكيل أو يوزن ، وذلك لا يدل على كون القبض ذلك وهو ظاهر ، ولا يدل على ذلك بضم السؤال اذ يصح جواب السائل هل يجوز قبل القبض ؟ بانه لا يجوز بدون الكيل . يعنى لا بد من الكيل الذي القبض حاصل في ضمنه أى لا بد من القبض وشيء آخر ، الى آخر كلامه .

وفي الحدائق مانصه بقى الكلام في الدلالة العرفية التي اعتمدها في المقام قال في المسالك : والعرف يدل على أن قباض غير المنقول يتحقق بالتخيلية مع رفع يد

البائع عنه ، وعدم مانع للمشتري من قبضه ، وأما فى المنقول فلا يتحقق الاستقلال يد المشتري به ، سواء نقله ام لا ، وكذا فى طرف البائع بالنسبة الى الثمن ، وهذا مطرد فى المكيل والموزون وغيرهما ، الا انهما خرجا عنه بالنص الصحيح فيبقى الباقي وهو الاقوى . انتهى

وهو جيد الا فى استثنائه المكيل والموزون «بالنص الصحيح» ، ولقد عرفت آنفا من ان غاية ما يدل عليه النص هو اعتبار الكيل والوزن فى المكيل والموزون ، لان القبض فيهما هو الكيل والوزن ، ثم قال : والمراد بالتخلية حيث تعتبر ، رفع المانع للمشتري من قبض المبيع ان كان ، والاذن له فيه ، ولا يختص ذلك بلفظ بل كل ما دل عليه كاف فيه انتهى .

التمسك بالنص قد عرفت حاله كما عرفت ايضا عدم الفرق بين المنقول وغير المنقول فى صدق التخلية على الجميع والغالب فى التعاريف تعريف بلازم المعنى لانفسه فلو اقتصر فى القبض بكون وصوله باليد لخرج منه اكثر افراده خصوصا على بعض التعاريف اللغوية من كونه بتمام الكف اللازم منه انه لو جعله عنده مع حضوره لم يصدق القبض بل لو اخذوا كيله ايضا فان البائع لم يجعله فى يد المشتري . وبالجملة القبض فى كل شىء بحسبه والجامع بين جميعها هو تخلية المالك بين ماله وبين المنتقل اليه وهذا المعنى صادق فى جميع الموارد فمن وقف ارضا لدفن الاموات فقبضه بالتخلية وعدم تعرضه لمن دفن فيها ومن وقف ارضا للمسجد فقبضه بالتخلية بينه وبين من يصلى فيه وعدم التعرض له ومن باع دارا فقبضها بالتخلية بينها وبين المشتري وتسارطه عليها ومن باع حيوانا فقبضه بالتخلية ورفع الموانع عن اخذه المشتري فلا يلزم فى القبض كونه واقعا فى كف المقبوض اليه بل التخلية صادق على افراده المختلفة الحقائق فانه جامع بين الجميع وان كان قد صعّب على اصحاب ذلك فجعلوا فى كل شىء امر يخالف الاخر بداهة ان الجميع لازم لمعنى العام لا انه نفس المعنى .

وعن المسالك : لو كان المبيع بيد المشتري قبل الابتاع ، فان كان بغير اذن

البايع فلا بد من تجديد الاذن في تحقق القبض بالنسبة الى رفع التحريم او الكراهة ، واما بالنسبة الى مثل الضمان فيحتمل قويا تحققه بدونه ، كما لو قبضه بغير اذن البايع ، ويحتمل توقف الامرين على تجديده ، لفساد الاول شرعا ، فلا يترتب عليه أثر ، ولو كان بأذنه كالوديعة والعارية لم يفترق الى تجديد اذن ولا تخلية . انتهى وهو منه عجيب اذ المقصود من القبض وصول المبيع الى المشتري فاذا كان قبل البيع عنده كان تحصيله للحاصل فلا يحتاج حينئذ الى القبض او الاذن بوجه فيكون تلفه بعد البيع من تلف بعد القبض وهكذا ساير احكامه فعدم صدق القبض لاجل حصوله قبلا كما اذا باع الراهن العين المرهونة عند المرتهن منه والحاصل انما يحتاج الى القبض فيما لم يكن عند المشتري ونحوه ثم ان القبض لا يكون من فعل المشتري بوجه فان القبض بمعنى التقييض .

وهو ظاهر في فعل البايع لانه من الواجبات التي تتعلق بالبايع وهو تكليف من الشارع عليه وذلك لان جميع الروايات ظاهرة في كونه من التكاليف المتعلقة به عند البيع بل الادلة منصرفة عن التعلق بالمشتري فالبايع الذي بايعه يجب عليه التسليم والاقباض بالمشتري فيجب على المشتري القبول والتسلم فلو اقباض البايع لم يسقط الاحكام الثابتة عليه .

ويدل عليه رواية عقبة بن خالد عنه عَلَيْهِ السَّلَامُ «فسي رجل اشترى متاعاً من آخر وأوجبه ، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال : من مال صاحب المتاع الذي هو هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته ، فاذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه» .

وهو صريح في كون القبض عبارة عن التخلية بينه وبين المشتري باخراجه عن البيت ومنه ظهر ضعف ما في الحدائق قال وغاية ما يدل عليه هذا الخبر هو أنه يعتبر في انتقال الضمان من البايع الى المشتري نقل المتاع واخراجه من بيت البايع ، وليس فيه تفسير للقبض بأنه عبارة عماذا ، مع ان ظاهر الخبر أنه يعتبر في انتقال الضمان الاخراج من بيت البايع ، ولا قائل به كما ستعرف وجه الضعف ان

الامام عليه السلام فى مقام تحقق القبض وكون الضمان على عهدة المشتري قال حتى يقبض الخ مضافا الى ان قوله يقبض صريح فى كونه من فعل البايع بل هو من بقية البيع الذى هو فعل البايع فان البيع ليس الانتقال الى الغير وهو يتوقف على القبض به فلولم يكن مريداً للقبض والتسليم لم يتحقق الايجاب وكان مجرد لقلقة اللسان ومن جميع ذلك ظهر فساد ما فى مكاسب شيخنا المرتضى حيث قال لاشك ان القبض للمبيع هو فعل القابض وهو المشتري ولاشك ان الاحكام المترتبة على هذا الفعل لا يترتب على ما كان من فعل البايع من غير مدخل للمشتري فيه كما ان الاحكام المترتبة على فعل البايع كالوجوب على البايع والراهن فى الجملة واشتراط القدرة على التسليم لا يحتاج فى ترتيبها الى فعل من المشتري .

فحينئذ نقول اما ما اتفق عليه من كفاية التخلية فى تحقق القبض فى غير المنقول ان اريد بالقبض ما هو فعل البايع بالنسبة الى المبيع وهو جميع ما يتوقف عليه من طرفه ووصوله الى المشتري ويعبر عنه مسامحة بالاقباض والتسليم وهو الذى يحكمون بوجوبه على البايع والغاصب والراهن فى الجملة ويفسرونه بالتخلية التى هى فعل البايع فقد عرفت انه ليس قبضا حقيقيا حتى فى غير المنقول وان فسرت برفع جميع الموانع واذن المشتري فى التصرف قال كاشف الرموز فى شرح عبارة النافع القبض مصدر يستعمل بمعنى التقبض وهو التخلية ويكون من طرف البايع والواهب بمعنى التمكين من التصرف انتهى .

بل التحقيق ان القبض مطلقا هو استيلاء المشتري عليه وتسلمه عليه الذى يتحقق به معنى اليد ويتصور فيه الغصب نعم يترتب على ذلك المعنى الاول الاحكام المترتبة على الاقباض والتسليم الواجبين على البايع فينبغى ملاحظة كل حكم من الاحكام المذكورة فى باب القبض وانه مترتب على القبض الذى هو فعل المشتري بعد فعل البايع وعلى الاقباض الذى هو فعل البايع مثلا اذا فرض ان ادلة اعتبار القبض فى الهبة دلت على اعتباره حيازة المتهب الهبة لم يكتف فى ذلك بالتخلية التى هى من فعل المشتري وهكذا ولعل تفصيل الشهيد فى البيع بين حكم الضمان

وغيره من حيث ان الحكم الاول منوط بالاقباض وغيره منوط بفعل المشتري انتهى.  
وهو غريب منه جداً بعد وضوح ان المراد بالقبض تسليم البائع المبيع الى  
المشتري وليس المراد جعل المبيع في يد المشتري فقط حتى لزم الجمود على لفظ  
القبض والرجوع الى كلمات اللغويين بل المراد ان البائع بعد البيع لزم عليه ردّ  
المبيع الى المشتري بمقتضى وجوب الوفاء وبعد ذلك يفهم العرف مجرد ايصال  
المبيع الى المشتري حتى يكون الضمان بالتلف مندفعاً عنه ولا يحكمون الى اكثر  
من ذلك اصلاً سواء كان الايصال اليه بجعله في يده او طرحه عنده او رفع المانع عن  
تصرفه وسواء في المنقول او غير المنقول فقوله قد عرف انه ليس قبضاً حقيقياً  
حتى في غير المنقول ساقط عن درجة الاعتبار ونعم ما حكاه عن كاشف الرموز وقوله  
بل التحقيق الخ خلاف التحقيق جداً واستيلاء المشتري الموقوف على رد البائع اليه باى  
نحو من الرد كى يكون المشتري مستولياً عليه بداهة فلو كان استيلاء المشتري موقوفاً  
على رد البائع عليه لزم الدور ثم قال قد:

وكيف كان فلا بد من مراعاة ادلة احكام القبض فتقول رفع الضمان فان استند  
فيه الى النبوى كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه فالمناط فيه حصول الفعل  
من المشتري وان استند الى قوله عَلَيْهِ في رواية عقبة بن خالد حتى يقبض المتاع  
ويخرجه من بيته فيه اناطة الحكم بالتخلية فيمكن حمل النبوى على ما هو مقارن غالبى  
للتخلية الى ان قال :

والانصاف ان ما ذكره الشهيد قريب بالنسبة الى ظاهر رواية عقبة وربما يخذش  
فيها بظهورها في اعتبار الاخراج من البيت مع انه غير معتبر في رفع الضمان اتفاقاً  
وفيه ان الاخراج عن البيت كناية عن الاخراج عن السلطنة ورفع اليد ولا ينبغي خفاء  
ذلك على المتأمل في الاستعمال العرفى هذا ولكن الجمود على حقيقة اللفظ في الرواية  
يفضى اعتبار الوصول الى يد المشتري لان الاقباض والاخراج وان كانا من فعل البائع  
الا ان صدقهما عليه يحتاج الى فعل من غير البائع لان الاقباض والاخراج بدون القبض  
والخروج محال الا ان يستفاد من الرواية تعلق الضمان على ما كان من فعل البائع والتعبير



بالا قباض والاخراج مسامحة مست الحاجة اليها فى التعبير انتهى

اقول اما قوله كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه الخ فليت شعرى من اى شىء منه يظهر كونه من فعل المشتري بل الامر بالعكس عند من له ادنى تأمل فضلا عن من هو علم فى التحقيق وكذا قوله ولكن الجمود الخ تأمل فى جميع ما ذكره حتى تعلم ان جعل القبض من فعل المشتري مما لا يناسب من شخصه والحاصل ان التخلية معنى يعم جميع مصاديقها وهو ظاهر كثير ولعله مال اليه صاحب الجواهر فى الجملة وان لم يسلم ذلك فى المنقول قال ما لفظه والذى يقوى فى النفس ان المراد به فى جميع المقامات التى اعتبره الشارع فى صحتها اولزومها او غيرهما من الاحكام تحويل السلطنة العرفية من المنقول منه الى المنقول اليه سواء حصل له السلطنة الشرعية قبله بالعقد كما فى البيع ونحوه ، اولا كالوقف والهبة ونحوهما

ولارىب فى حصولها بالتخلية فى غير المنقول بمعنى رفع المنافيات للمنقول اليه مع رفع يد الناقل والاذن منه ضرورة صيرورة بذلك كالناقل فى قبضه لعقاره ولا يحتاج حينئذ وصول المنقول اليه بنفسه او وكيله الى المنقول او تصرفه فيه بل لا يحتاج الى مضى زمان وان كان بعيداً عن المنقول اليه ، لصديقها بدونه قطعاً كصدق دخوله فى قبضته واستيلائه وتحت يده بذلك كالمنقول منه الى آخر كلامه زيد فى علو مقامه ووجه الميل ظهور صدر كلامه فى ان القبض مطلقاً هو تحويل السلطنة الى المنقول اليه

وقال ايضا والتحقيق ما عرفت ، وليس مرادنا حصر مصداق القبض بما ذكرنا بل المراد عدم اعتبار القبض باليد أو النقل حسا ولو كان المبيع بيد المشتري قبل الابتياح انتهى

نعم قد خالف فى صدق التخلية فى المنقول صاحب الرياض فقال بعد عبارة النافع وقد اختلف فيه الاصحاب بعد اتفاقهم على انه هو التخلية بينه وبينه بعد رفع اليد عنه فيما لا ينقل خاصة كالعقار ونحوه على اقوال احدها ما اختاره الماتن فى الشرايع واليه اشار هنا بقوله :

وكذا هو التخلية فيما ينقل محتجا بانه استعمل فى التخلية اجماعا فيما لا ينقل ولا يحول فيجب ان يكون كذلك فى غيره ويكون حقيقة فى المعنى المشترك اذ لو استعمل فى المنقول بمعنى آخر لكان اما حقيقة فيهما فيلزم الاشتراك او مجازاً فى آخر فيلزم المجاز وكلاهما على خلاف الاصل وفيه نظر لوجوب المصير الى احدهما بعد قيام الدليل عليه كما يأتى مع ان استعمال القبض فى التخلية فى المنقول خلاف المفهوم والمتبادر منه فى العرف واللغة بل المتبادر منه عرفاً عند الاطلاق هو القبض باليد وبه صرح جماعة من اهل اللغة فاللزام الاقتصار عليه الا مقام الاجماع على ارادة التخلية منه وهو انما يكون فى غير المنقول خاصة فتأمل جيداً انتهى ورده فى الجواهر بقوله بعد عبارته :

قلت : قد عرفت انه يمكن ارادة المعنى الشامل للتخلية وغيرها من القبض ، وهو السلطنة العرفية بل ظاهر الاصحاب أن المذكورات افراد للقبض ، لامعان فلا حاجة حينئذ الى ارتكاب دعوى الاشتراك أو المجاز ، للدليل كما أنك عرفت امكان ارادة القائل بالتخلية ما قلناه ، وحينئذ دعوى منافاته للعرف كما ترى ولو سلم فالمراد شرعاً لا يزيد على ذلك قطعاً ، بل قد يحتمل ارادة ذلك من القبض باليد والنقل فى عبارات الاصحاب ضرورة عدم الاجتزاء بذلك مع عدم حصول السلطنة به ، فهو كناية عما كرنا لغلبة حصولها معه انتهى

مراده من الاشتراك هو الاشتراك اللفظى فانه لولا لزم المجاز بخلاف الاشتراك المعنوى فسانه معنى كلّى جامع بين جميع افراد القبض فجميع افراد الافراد مصاديق لهذا المعنى الكلى وهو رفع المالك سلطنة عن ماله وهذا المعنى تارة بجعله فى يده واخرى بوضعه عنده وثالثة بامر وكيله بالوصول اليه ورابعة باعطاء مفتاح المبيع اليه وخامسة بارسال المبيع اليه من مكان بعيد وسادسة بأمر البايع نفس المشتري بالاخذ من شخص خاص .

وحيث ان كان صاحب الجواهر وغيرهم من المفصلين بين المنقول وغيره مرادهم هذا المعنى فنعم الوفاق ولكن ليس ذلك تفصيلاً بين الافراد وان كان غير

ذلك فعليهم دليل أمكن الاعتماد اليه والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿اذا تلف المبيع﴾ بأفة سماوية ﴿قبل تسليمه الى المشتري﴾ وقبل تمكينه منه ، انفسخ العقد من أصله كما عرفته مفصلاً فهو تكرر لما سبق و ﴿كان من مال البايع﴾ وعاد الثمن الى المشتري بلا خلاف أجده فيه ، بل في التذكرة والدروس حتى لو أبرأه المشتري من الضمان .

و لو أتلفه البايع فعن القواعد و الدروس و غيرهما أنه يتخير المشتري ، بين الفسخ ورد الثمن ، وبين الالتزام ومطالبة البايع بالمثل او القيمة ، كما لو أتلفه أجنبي ، ولا يخفى انه لو كان ذلك فيما كان للبايع خيار فلا يكون للمشتري ذلك التخيير أصلاً بل انفسخ العقد ولزم على البايع رد الثمن الى المشتري ان كان قد أخذه فان نفس الاتلاف فسخ سواء كان بالقتل او البيع ونحو ذلك وان لم يكن له خيار سواء كان للمشتري ام لا فتلغه قبل القبض لم ينفسخ العقد بل كان على البايع رد الثمن .

وعليه مثل المبيع او قيمته لان المبيع قد انتقل الى المشتري بالعقد والفرض عدم خيار للبايع كى يكون له رد المعاملة فيكون المبيع ملكاً للمشتري فيعمته قوله من اتلف مال الغير فهو له ضامن فالانفساخ فيما كان التلف بفعل من الله فكأنه حيثئذ لم يقع عقد أصلاً بخلاف ما اذا أتلفه نفس البايع فيكون خسارته الواقعي مثلاً أو قيمة عليه ومن ذلك يظهر انه لاوجه لتخير المشتري فيما عن القواعد الا اذا لم يتمكن من أخذ المثل أو القيمة فاسترد الثمن دفعاً للضرر .

فما فى الجواهر من قوله وعلى كل حال فالظاهر عدم جريان حكم المبيع على المثل أو القيمة فى التلف من البايع قبل القبض ، انما كان فيما يكون للبايع خيار حيث ان معنى الخيار له كون أمر ماله بيده حيثئذ فله تلف ماله فتدبر .

فلو كان المبيع متعدداً فتلف بعضه انفسخ العقد فيما تلف دون الباقي سواء كان من جنس واحد أم لا وللمشتري خيار تبعض الصفقة والتفصيل المذكور جار أيضاً بمعنى انه لو كان له الخيار فى المبيع المتعدد فأتلف بعضه البايع انفسخ العقد

فيما تلتف ورد ثمن ما تلتف الى المشتري وللمشتري الباقي نعم كان له خيار تبعض الصفقة سواء كان خيار البايع في خصوص ما تلتفه أم في الكل وان لم يكن له خيار فالتلف بعض المبيع لا ينفسخ العقد بل للمشتري أخذ قيمة هذا البعض أو مثله ان كان مثلياً .

فلو بايعه البايع قبل القبض كلا أو بعضاً كان البيع فضولياً يحتاج الى اجازة المشتري وان لم يتمكن من أخذ مبيعه كان بمنزلة تلف البايع فيكون الحكم كما ذكر هذا كله في المبيع المتعدد واما المبيع الواحد فتارة كان العيب فقد جزء واخرى فقد وصف .

وفي الاول ان كان العيب من الله ونحوه انفسخ البيع بمقدار العيب لو أمكن تقسيط الثمن على كل جزء جزء وللمشتري الباقي بعد تقسيط الثمن عليه وان كان من البايع وكان له الخيار فكذلك وان لم يكن له الخيار لم ينفسخ البيع .

بل كان للمشتري قيمة الجزء التالف أو مثله وان كان العيب من الاجنبى فكذلك أى لا ينفسخ البيع بل للمشتري هو الرجوع الى الاجنبى فى المثل أو القيمة للجزء الفاتت وله ايضاً الاخذ بخيار تبعض الصفقة كما ان له خيار فسخ المبيع ان لم يتمكن من الرجوع الى المشتري .

واما الثانى اى فقد الوصف كما قال \* ((وكذا ان نقصت قيمته)) \* اى المبيع \* ((بحدث فيه)) \* من الله لامن البايع أو الاجنبى فكما لو تلف قبل قبضه كان من مال بايعه فكذلك لو تعيب بعيب من الله كان من مال بايعه غاية الامر فيما تلف المبيع كان البيع منفسخاً وهنا لا يكون كذلك لعدم تلف المبيع وانما كان خسارة العيب على البايع . وفى العبارة نوع اجمال وذلك لان فى تلف قبل القبض الذى من مال بايعه قد انفسخ البيع كما عرفت وحينئذ قوله عطفاً عليه وكذا ظاهر فى انه لو تعيب أيضاً كان على البايع بانفساخ العقد وحينئذ لا يستقيم العبارة لان انفساخ العقد فى صورة التلف لا فيما حدث فيه عيب وان كان المراد بقوله وكذا أى فى نفس الخسارة وكونه من مال بايعه أى كان خسارة الحدث عليه فهو نفس الارش فلامعنى للتردد .

وفي الجواهر بعد قول المصنف ﴿ كان للمشتري رده ﴾ قال بلا خلاف ، بل في الروضة عن كشف الرموز الاجماع عليه ، ولإصالة صحة العقد ، و الضرر بالزامه بقبوله على هذا الحال - وقد علم من حكم التلف قبل القبض ارفاق الشارع بالمشتري خاصة دون البايع - وجبر ضرره - المشابهة للانفساح انما هو بالخيار .

﴿ وفي الارش ﴾ مع الالتزام لو كان التعيب من قبل الله كما في المسالك ﴿ تورد ﴾ ينشأ - من أصالة البراءة بعد جبر الضرر بالخيار ، على أنه اذا كان من الله تعيب على ملكه ، الامن قبل أحد ، وهو خيرة الشيخ في المحكى عن مبسوطه و خلافه ، وابن ادريس بل نفى الخلاف فيه في الثاني ، بل ربما ظهر منهم ذلك حتى لو كان من قبل البايع - ومن أنه مضمون على البايع بأجمعه ، فكذا أجزاء وصفاته واختاره الشيخ في نهايته ، والفاضل والشهيدان ، بل في المختلف حكايته عن ابن براج وأبي الصلاح ، وفيه ان ضمان البايع له بمعنى انفساخ العقد لو تلف ، لانه يغرم المثل او القيمة ، ومثله يمنع سريانه للاجزاء ، و الا لاقتضى انفساخ العقد في الجزء المقابل له من الثمن ، حتى لو اراد دفع الارش من غيره لم يجب عليه القبول ، ولاريب في بطلانه خصوصا على ما هو الظاهر من عدم مقابلة اجزاء الثمن لاجزاء المبيع .

وفي مكاسب شيخنا بعد بيان كون الجزء مما يسقط عليه الثمن قال ما لفظه وان كان الجزء مما لا يتسقط عليه الثمن كيد العبد فالاقوى انه كالوصف الموجب للتعيب فان قلنا بكونه كالحادث قبل العقد فالمشتري مخير بين الرد والارش والا كان له الرد فقط بل عن الايضاح ان الارش هنا اظهر لان المبيع هو مجموع بدن العبد وقد نقص بعضه بخلاف نقصان الصفة وفيه تأمل بل ظاهر الشرايع عدم الارش هنا مع قوله به في العيب فتأمل .

وكيف كان فالمهم نقل الكلام الى حكم العيب الحادث قبل القبض والظاهر المصرح به في كلام غير واحد انه لانخلاف في ان للمشتري الرد واما الخلاف في

الأرش ففي الخلاف عدمه مدعياً عدم الخلاف فيه وهو المحكى عن الحلبي و ظاهر المحقق وتلميذه كاشف الرموز لاصالة لزوم العقد انما ثبت الرد لدفع تضرر المشتري به وعن النهاية ثبوته واختاره العلامة والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم وعن المختلف نقله عن القاضي والحلي وعن المسالك انه المشهور انتهى .

و الظاهر انه لافرق بين كون العيب حادثاً قبل العقد او بعده و قبل القبض لوحدة المنطوق وان المقصود صحة المبيع و الفرض خلافه فالاستدلال بان المبيع مجموع العبد او الشيء وقد نقص في محله فانه على البايع رد المبيع سالماً وانه ضامن للجميع وكذا البعض وقد مر انه لو تلف الكل انفسخ البيع وهو هنا غير معقول لبقاء العين بحاله غاية الامر قد فقد منه بعض من المبيع لا يوجب شيئاً الا الارش وتمام الكلام في العيوب انشاء الله .

و في الحدائق ما لفظه: لو باع جملة فتلف بعضها فظاهر بعض الاصحاب هو التفصيل هنا بأنه ان كان للتالف قسط من الثمن كان المشتري مخيراً بين فسخ العقد وبين الرضا بالباقي بحصته من الثمن ، وان لم يكن له قسط كان المشتري مخيراً بين الرد ، أو أخذه بجملة الثمن .

ثم حكى عبارة المسالك حيث قال ضابط الاول ما يمكن افراده بالمبيع ، كاحد العبدين والفقيرين ، والثاني مالا يمكن افراده كيد العبد ، والفرق بينهما الموجب لاختلاف الحكم ان الاول لا يبقى مع فواته أصل المبيع بل بعضه ، والثاني يبقى معه أصل المبيع ، والجزء التالف بمنزلة الوصف كيد العبد ونحوها من اعضائه التي فواتها لا يخل ببقاء العبد انتهى .

ونحوه كلام المحقق الشيخ علي (قدس سره) في شرح القواعد ، ومقتضى كلام أصحاب هذا القول أنه لا أرش في الصورة الثانية ، بل يكون مخيراً بين الرد والاخذ بمجموع القيمة ، لان الفئات هنا لا قسط له من الثمن فلا أرش ، لان الارش هو مقدار حصته من الثمن .

و ظاهر جملة من الاصحاب - وقيل : انه هو المشهور وهو اختيار شيخنا

الشهيد الثاني في المسالك و المحقق الشيخ على في تعليقاته على الشرايع ، وفي شرح القواعد - هو وجوب الارش في الصورة المذكورة .

قالوا : لان القيمة تزيد بوجوده ، وتنقص بعدمه ، و فواته من أظهر العيوب وأبينها ، للقطع بأن المبيع هو المجموع ، وقدفات بعضه فيتخير بين الرد لتبعض الصفقة ، والاخذ بالارش ، و ظاهر كلامه في المسالك ان الامر كذلك في الصورة الاولى ايضا - وهو ماله قسط من الثمن انتهى موضع الحاجة .

﴿ ويتعلق بهذا الباب مسائل الاولى ﴾ : لاختلاف بناء على الملك بالعقد في أنه ﴿ اذا حصل للمبيع نماء كالنجاج أو ثمرة النخل أو ﴾ مافي حكمه كما اذا حصل ك﴿ (اللقطة) ﴾ للمعد او وجد كنزاً ﴿ (كان ذلك للمشتري) ﴾ لانه من التوابع لملكه ﴿ (فان تلف الاصل) ﴾ قبل قبضه ﴿ (سقط الثمن عن المشتري) ﴾ لانفساخ العقد ﴿ (وله النماء) ﴾ لان التحقيق كون الفسخ من حينه ، لامن اصله .

وفي المسالك لان التلف انما يبطل البيع من حينه فيكون النماء السابق وما في حكمه كلقطة العبد متى يمكن تملكها ولو بعد التعريف للمشتري ويكون هذا النماء في يد البايع امانة اقتصارا فيما خالف الاصل وهو ضمان مال الغير مع عدم العدوان على مادل عليه الدليل انتهى .

وفي الجواهر ولا يخفى حسنه على هذا المبني لكن فيه كلام مرّ فان ملك النماء لو اقتضى كونه للمشتري كان ملك ذى النماء اولى بذلك لتقدمه على ملك النماء و حصوله بالعقد وقد عرفت بان مقتضاه كون تلف الاصل من مال المشتري كما صرح به الاردبيلي (ره) فيما قبل غاية الامر حيث ورد روايات بكون التلف قبل القبض من مال البايع فكانه ما لم يصل الى يده لم يتحقق ملك تام للمشتري ومقتضاه كون الفرع للبايع فاذا عامل مع التلف قبل القبض معاملة عدم تحقق الملك التام للمشتري ولو حكما لاحقية فيجوز ذلك في الاصل والفرع .

وبالجملة اذا كان التلف موجبا لانفساخ البيع من الاصل لامن حينه كما عرفت

مفصلاً فتكون النماءات للبايع ايضاً \* ((ولوتلف النماء من غير تفريط ، لم يلزم البايع در كه)) \* - لانه امانة فى يده بناء على كون الفسخ من حينه واما بناء على كونه من أصله فيكون للبايع .

المسألة \* ((الثانية : اذا اختلط المبيع بغيره فى يد البايع اختلاطاً لا يتميز ، فان دفع الجميع الى المشتري جاز)) \* وعن الشيخ انه يجب عليه القبول ، لانه زاده فضلاً وفى الجواهر وفيه منع بل الظاهر عدم سقوط الخيار الا ترى بالبدل كما صرح به فى جامع المقاصد والمسالك انتهى وجه المنع انه قد يكون المبيع خالصاً اولى بنظر العرف واقرب الى المبيع من المخلوط وان كان المخلوط ما لا يزيد على مبيعته لكنه لا يرغب الى بيعه بهذا الوجه وحينئذ يكون له الخيار بلا كلام واما ان كان مع المزج احب واولى واقرب بالمبيع من غيره فيجب عليه القبول بعد عدم امكان التفريق .

\* ((وان امتنع البايع قيل)) \* والقائل الشيخ فيما حكى عنه : \* ((ينفسخ البيع لتعذر التسليم)) \* ولانه كالتلف قبل القبض . وفى الجواهر وفيه منع واضح اذ أقصاه صيرورته كبيع المشاع ان اريد بان باع مشاء فالفرق بينهما واضح \* ((و)) \* الاقوى \* ((عندى)) \* وعند المصنف \* ((ان المشتري بالخيار ، انشاء فسخ و ان شاء كان شريكاً للبايع ، كما اذا اختلطاً بعد القبض)) \* لحصول الشركة قهراً ولا فرق فى الاختلاط بين كونه من فعل البايع ، او غيره غير المشتري ولا بين كونه بالمماثل او الاجود أو الأردى .

المسألة \* ((الثالثة : لو باع جملة فتلف بعضها)) \* بأفة سماوية \* ((فان كان للتالف قسط من الثمن)) \* بان يكون لكل واحد منهما قيمة علائده وفى الجواهر وضابطه ما كان صالحاً للبيع منفرداً \* ((كان للمشتري فسخ العقد)) \* فى الباقي ، لتبعض الصفقة \* ((وله الرضا بحصة الموجود من الثمن كبيع عبدین ، أو نخلة وفيها ثمرة لم تؤبر)) \* بان يكون النخيل متعددة ولكن بعضها غير مؤبرة فان قيمة غير المؤبرة انقص من المؤبرة ولا يخفى ان المقصود حصول الافة بعد البيع وقبل



القبض وهو غير متحقق فى التأبير\* ((وان لم يكن له قسط من الثمن)) \* لبقاء اصل المبيع بفواته ، \* ((كان للمشتري الرد)) \* لما تقدم \* (أوأخذه بجملة الثمن ، كما اذا قطعت يد العبد)) \* و فرق واضح بين قطع اليد من عبد قبل القبض وبين تلف عبد من عبيدين قبله حيث كان للثانى قيمة على حده لكل واحد من العبيدين بخلاف قطع يد العبد فانه لاقيمة لليد المقطوعة ولكن لا يخفى ان يد العبد وحدة وان كان لاقيمة لها اصلا لكنها بضميمتها الى العبد فيكون لها قيمة جداً بمعنى ان العبد مع اليد له قيمة لا يكون هذه القيمة لفاقدتها بالبداية وحينئذ لا فرق بين فاقد الجزء والوصف كالعبد الكاتب الناسى لكتابته فلا فرق ( ح ) بين تلف عبد من العبيدين قبل القبض وبين يد عبد فكما ان قيمه العبيدين ازيد من العبد الواحد فكذلك قيمة ذى اليد وعدمه وقد تلف قبل القبض من المبيع قيمته .

و فرق بين القسمين فى المسالك بان فى الاول لا يبقى المبيع بحاله لفقدان احد العبيدين بخلاف الثانى فان المبيع بحاله غاية الامر فقد جزء منه فلا يسقط عليه الثمن فلا ارش فيه بخلاف الاول وهو كما ترى بعد فرق الفاحش بين فاقد الجزء وواجده مع انه يفقد من المبيع ايضا كالاول فيثبت الارش فيهما ايضا من غير فرق .

قال قده والفرق بينهما الموجب لاختلاف الحكم ان الاول لا يبقى مع فواته اصل المبيع بل بعضه والارش جزء من الثمن والثلث موزع على أجزاء المبيع والثانى يبقى معه اصل المبيع والجزء التالف بمنزلة الوصف كيد العبد ونحوها من اعضائه التى فواتها لا يخل ببقاء العبد فاذا لم يكن قسط من الثمن فلا ارش له لان الارش هو مقدار حصة من الثمن هذا وجه ما اختاره المصنف والاقوى ثبوت الارش فيه كالاول لان القيمة تزيد بوجوده وينقص بعدمه وفواته من اظهر العيوب ولان المبيع هو المجموع وقد فات بعضه فيتخير المشتري بين الرد لتبعض الصفقة فى الموضوعين والارش انتهى وهو جيد جداً .

ثم قال هذا كله اذا كانت الفاتت جزء من المبيع اما لو كان وصفاً محضاً كما لو كان العبد كاتباً فنسى الكتابة قبل القبض فللمشتري الرد خاصة او الامساك بجميع

الثلث لان الفائت ليس جزء من المبيع ومن ثم لو شرط كونه كاتبا فظهر بخلافه لم يستحق سوى الرد انتهى .

وفي الجواهر ما لفظه وظاهره هنا الجزم بعد الارش ، مع انه تردد فيه سابقاً ، واحتمال تغاير موضوع المسألتين في غاية السقوط ، ووجهه ما سمعته من عدم مقابلة الثلث للاجزاء ، حتى يفوت ما يخصها منه بفواتها ، فليس الاختيار ، كما لو فات الوصف الذي صرح في القواعد وجامع المقاصد و المسالك بعدم الارش فيه ، قالا في الاخيرين : «فلو كان العبد كاتباً فنسى الكتابة قبل القبض ، فللمشتري الرد خاصة ، فان الفائت ليس بعضاً من المبيع .

ومن ثم لو شرط كونه كاتباً ، فظهر بخلافه لم يستحق سوى الرد لكنهما فرقا بينه وبين الجزء الفائت ، كاليد ونحوها ، وجزماً بعد التردد بالارش فيه ، معللين له بأن القيمة تزيد بوجوده ، وتنقص بعدمه ، وفواته من أظهر العيوب وأبينها ، وللقطع بأن المبيع هو مجموع بدن العبد ، وقد فات بعضه ، بل صرح في الاخير منهما أن الخيار فيه تبعض الصفقة ، وانه كفوات ماله قسط من الثلث من أحد العبدین ونحوه . وقد عرفت سابقاً قوة القول بعدم الارش في الجزء ، فضلاً عن الوصف لو كان الفوات من قبل الله ، أما لو كان من أجنبي فلا ريب في ضمان الجناية ، وان الاقوى كون المضمون تفاوت القيمتين من غير ملاحظة الثلث ، بل وكذا البايع ، وعليه فقد يقوى عدم الفرق بين فوات الجزء والوصف ، ضرورة تفاوت القيم بتفاوت الوصف ، بل يمكن التزام مقابله بالثلث ، بناء على مقابله الاجزاء . انتهى وسيأتي تمام الكلام في العيوب .

المسألة ﴿الرابعة﴾ : يجب تسليم المبيع مفرغاً ﴿من أمتعة البايع وغيرها مما لم يدخل في البيع بمعنى وجوب التسليم والتفريغ﴾ ﴿فلو كان فيه متاع وجب نقله ، أوزرع قد أحصد ، وجب ازالته﴾ وان لم يكن قد أحصد ، وجب الصبر الى أوانه ان اختاره البايع ، ولا أجره عليه على الظاهر . نعم للمشتري الخيار اذا لم يكن عالماً به للمضرد كما في الجواهر .

﴿ولو كان للزرع عروق تضر﴾ بالانتفاع ﴿كالقطن والذرة ، او كان فى الارض حجارة مدفونة ، او غير ذلك﴾ مما يمنع الانتفاع او كماله ﴿وجب على البايع ازالته ، وتسوية﴾ المحفر فى ﴿الارض﴾ لو جوب تسليم المبيع اليه متمكناً من الانتفاع به ﴿وكذا لو كان فيها دابة ، أو شىء لا يخرج ، الا بتغير شىء من الابنية ، وجب اخراجه واصلاح ما يستهدم﴾ .

المسألة ﴿الخامسة ، لو باع شيئاً فغصب من يد البايع﴾ قبل القبض ﴿فان أمكن استعادته فى الزمان اليسير﴾ وجبت و﴿لم يكن للمشتري الفسخ﴾ ، للاصل السالم ﴿والا﴾ يمكن ذلك أصلاً ، أو بعد الزمان الكثير ﴿كان له ذلك﴾ للضرر .  
﴿ولا يلزم البايع اجرة المدة على الاظهر﴾ .

وفى الجواهر لان المضمون عليه انما هو العين وما كان من توابعها الداخلة فى البيع ، وليست المنفعة من هذا القبيل وانما هى نماء المبيع فلا تكون مضمونة ، ولذا قال ! فى جامع المقاصد : «لاريب فى ضعف احتمال الضمان وفيه تأمل .

﴿فأما لو منعه البايع عن التسليم ، ثم سلم بعدمدة ، كان له الاجرة﴾ \* لانه غاصب اذا لم يكن امتناعه بحق ، كقبض الثمن بل حينئذ يضمن منافعه لانه غاصب فيضمن المنافع المستوفاة وغيرها الى ان يسلم المبيع الى المشتري و اما لو سلمه البايع ولم يقبض المشتري فلا يضمن حتى لو تلف اصل المبيع ان لم يكن التلف مستندا اليه بان يقصر فى حفظه الا ان يكون حفظه ضرراً على البايع فلا ضمان عليه بعد تسليمه ولم يتسلم المشتري كما مر سابقاً .

﴿(و يلحق بهذا))﴾ \* اى النظر الثالث ﴿(بيع مال م يقبض وفيه مسائل الاولى : من ابتاع متاعاً ولم يقبضه ثم أراد بيعه))﴾ \* جازله ذلك قطعاً لانه صار مالكا بعد البيو مطلقاً ولا مدخلية للقبض فى صحة البيع وعدمه وله دخل فى سائر الاحكام المتقدمة ولكنه مع ذلك قد وقع النزاع فيها كثيراً بين الاعلام .

قال فى الخلاف ما لفظه يجوز بيع ما عدا الطعام قبل ان يقبض وبه قال مالك وقال الشافعى لا يجوز بيعه قبل القبض ولا فرق بين الطعام وبين غيره وبه قال عبد الله

بن عباس وقال احمد بن حنبل ان كان مكيلا او موزوناً لم يجز بيعه قبل القبض ويجوز في غيرهما وبه قال الحسن البصرى وسعيد بن المسيب وقال ابو حنيفة وابو يوسف ان كان مما ينقل ويحول لم يجز بيعه قبل القبض وان كان مما لا ينقل ويحول من العقار جاز بيعه قبل القبض .

[دليلنا] على ما قلناه ان الطعام مجمع عليه ولا دليل على ما عدها وظاهر الآية يقتضى جوازه وايضاً قول النبي ﷺ من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه فخص الطعام بذلك ولو كان حكم غيره حكمه لم يمتنع انتهى ظاهره ان عدم الجواز فى الطعام مجمع عليه وفى التذكرة ما لفظه لعلمائنا فى بيع ما لم يقبض أقوال أربعة :

١ - (الجواز على كراهية مطلقاً) وبه قال الشافعى خاصة ، للاصل الدال على أباحة أنواع التصرف فى الملك وقد صار ملكاً له بالعقد الى ان قال :

٢- (المنع مطلقاً) وبه قال الشافعى واحمد فى رواية وهو مروى عن ابن عباس وبه قال محمد بن الحسن ، لان النبي ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار الى رحالهم ، ولان الملك قبل القبض ضعيف لانه يفسخ البيع لو تلف فلا يفيد ولاية التصرف ولان المبيع قبل القبض مضمون على البائع للمشتري فلو نفذنا بيعه للمشتري لصار مضموناً للمشتري ولا يتولى ضمناً عقدين من شىء واحد .

٣- (المنع فى المكيل والموزون مطلقاً والجواز فى غيرهما) وبه قال أحمد فى رواية واسحق ، وهو مروى عن عثمان وسعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد بن أبى سلمان الى ان قال و(المنع فى الطعام خاصة) وبه قال مالك وأحمد فى رواية لما تقدم فى الحديثين قال ابن عبد البر الاصح عن أحمد بن حنبل ان الذى منع من بيعه قبل قبضه هو الطعام وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على ان من اشترى طعاماً فليس له أن يبيعه حتى ينقله من مكانه وقال اصحاب الرأى بيع المنقول قبل القبض لا يجوز واما العقار فقال محمد بن الحسن : لا يجوز قبل قبضه . وقال ابو حنيفة وابو يوسف يجوز لان عدم القبض فى المنقول مانع من الجواز لخطر انفساخ البيع بهلاك المعقود عليه ، وهذا لا يتحقق فى العقار .

ولنا قول خامس (المنع من المكيل والموزون خاصة الاتولية) لقول الصادق عليه السلام (إذا اشترت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى يقبضه إلا أن توليه فإذا لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه) والاقرب عندى الكراهية الأفي الطعام فالمنع أظهر وان كان فيه اشكال انتهى بطوله وعن المفيد الكراهة مطلقاً قال فيما حكى عنه أنه يكره ذلك فيما يكال أو يوزن وليس بمفسد للبيع ، ولا مانع من مضيه ، و نحوه عن النهاية وعن المبسوط : إذا ابتاع شيئاً وأراد يبعه قبل قبضه ، فان كان طعاماً لم يجز يبعه حتى يقبضه اجماعاً ، فأما غير الطعام من ساير الاموال فانه يجوز يبعه قبل القبض .

وعن ابن أبى عقيل : كل من اشترى شيئاً مما يكال أو يوزن فباعه قبل أن يقبضه فالبيع باطل ، وان كان مما لا يكال أو يوزن فباعه من قبل أن يقبضه فالبيع جائز ، والفرق بينهما أن السنة جاءت عن رسول الله ﷺ بإبطال بيع الطعام وجميع ما يكال ويوزن قبل القبض ، واجازته فيما سوى ذلك ، واختار ابن البراج فى المهذب قول الشيخ فى المبسوط ، وفى الكامل قوله فى النهاية .

وعن ابن حمزة أنه منع من بيع الطعام قبل القبض ، سواء كان يبعه أو قرضاً ، وغير الطعام جوز يبعه قبل القبض على كل حال ، إلا أن يكون سلفاً .

قال الصدوق فى المقنع : لا يجوز أن يشتري الطعام من يبعه قبل أن يكتاله وما لم يكن فيه كيل ولا وزن فلا بأس أن يبعه قبل أن يقبضه ، وقال فى موضع آخر منه : ولا بأس أن يشتري الرجل النخل والثمار ثم يبعه قبل أن يقبضه ، وروى فى حديث «أنه لا بأس أن يشتري الطعام من يبعه قبل أن يقبضه ويوكل المشتري بقبضه» وقال أبو الصلاح : يصح بيع ما استحق تسليمه قبل أن يقبضه ، وينوب قبض الثانى عن الاول وأطلق . ومنشأ الاختلاف هو الروايات فلا بد اولاً من نقلهما فمن الاخبار الدالة على القول بالتحريم مارواه الصدوق فى الصحيح عن منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام «قال : إذا اشترت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى يقبضه ، إلا أن توليه ، فان لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه » وفى الحدائق بعده ما لفظه قال فى الفقيه بعد هذه الرواية : يعنى أنه يوكل المشتري بقبضه .

وظاهر المحدث الشيخ محمد الحرفى الوسائل أن هذه الزيادة من أصل الرواية ، حيث أدرجها فيها وهكذا نقلها فى المختلف ايضاً عن الفقيه ، والاقرب انها من كلام صاحب الفقيه ، كما يظهر من المحدث الكاشانى فى الوافى ، حيث لم ينقلها فى الرواية انتهى وما أفاد من عبارة الفقيه كذلك فى الفقيه لكنه فى شرح المجلسى (ره) فى قوله الا ان توليه اى تبيعه برأس المال .

ويؤيد هذا المعنى ماسياتى من رواية على بن جعفر وغيره وعلى اى حال مع أنه لامناسبة لايها كان بل لامدخلية فى الجواز وعدمه لايدل على أكثر من الكراهة ومما يعد من الدالة على التحريم .

[ما رواه] فى الكافى والتهذيب فى الصحيح عن الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام «انه قال فى الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكتال ، قال : لا يصلح له ذلك» ولا يخفى فى قوله لا يصلح لاطلاقه كثيراً على أمر مكروه ومنه يظهر .

[مارواه] فى التهذيب ايضاً بسند آخر فى الصحيح عن عبدالرحمان بن أبى عبد الله وأبى صالح عن أبى عبد الله عليه السلام مثله ، وزاد وقال : « لا تبعه حتى تكيهه » فان لفظ النهى وان كان ظاهراً فى الحرمة لكنه يرفع عنه اليد عنها بما دل على الكراهة [ومارواه] فى الفقيه والتهذيب فى الصحيح عن الحلبي «قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوم اشتروا بزاً فاشتروا كوا فيه جميعاً ولم يقتسموه أى صلح لاحد منهم بيع بزه قبل أن يقبضه ؟ قال : لأبأس به ، وقال : ان هذا ليس بمنزلة الطعام ، لان الطعام يكال» ولا يخفى ما فى دلالة قوله لان الطعام يكال اذ ظاهره ان الطعام كيلى ولا اشكال فيه بل يمكن كونه مطلباً آخر لاربط له بالمقام اوله دلالة ضعيفة بالمفهوم لا يمكن الاعتماد اليه [ومارواه] فى الفقيه والتهذيب فى الصحيح فى الكتاب الاول عن منصور قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى بيعاً ليس فيه كيل ولا وزن ، أله أن يبيعه مرابحة قبل أن يقبضه يأخذ ربحه ؟ فقال : لأبأس بذلك ما لم يكن فيه كيل ولا وزن ، فان هو قبضه فهو أبرأ لنفسه» .

[ومارواه] فى التهذيب عن معاوية بن وهب « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام

عن الرجل يبيع البيع قبل ان يقبضه ؟ فقال : ما لم يكن كيل او وزن فلا يبيعه حتى يكيّله أو يزنه ، الا أن يوليه بالذى قام عليه .

وهما متحددان فى المفهوم وغاية ما دل على المنع هو المفهوم وهو غير مقاوم مع المنطوق الدال على الجواز مضافا الى أن مفاد المفهوم ايضا هو الكرامة وكيف يقاوم امثالهما على المصرحة بالجواز وعلى الدالة بالعموم او الاطلاق على الجواز من الكتاب والانصاف ان القول بالمنع فى مقابل اطلاق احل الله البيع فى غاية الاشكال ومن العجيب توهمه التخصيص مع ان اخبار الجواز المطابق للاية اكثر فاذا كانت الاخبار متعارضة لزم الاخذ بما وافق الكتاب .

وعن سماعة فى الموثق « قال : سألته عن الرجل يبيع الطعام او الثمرة ، وقد كان اشتراها ولم يقبضها قال : لا حتى يقبضها ، الا أن يكون معه قوم يشار كههم فيخرجه بعضهم عن نصيبه من شركته بربح ، او يوليه بعضهم فلا بأس . »

وروى فى التهذيب قال : « وسأل على بن جعفر أخاه موسى بن جعفر عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل ان يقبضه ؟ قال : اذا ربح لم يصلح حتى يقبض ، وان كان يوليه فلا بأس ، وسأله عن الرجل يشتري الطعام ايحل له ان يولى منه قبل ان يقبضه ؟ قال ، اذا لم يربح عليه شىء فلا بأس ، فان ربح فلا يصلح حتى يقبضه . »

ولا يخفى ان هذه الرواية يؤيد معنى الذى افاد المجلسى فى روضة المتقين لا ما افاده الصدوق من انه يوكل المشتري بقبضه ونظيره رواية ابي بصير الانية فكان غير واحد منها بمضمون عدم البأس لو كان البيع بنحو عدم الربح ولكن وجهه غير معلوم كما عرفت فان الربح وعدمه بالنسبة الى جواز بيع المقبوض وعدمه كالحجر فى جنب الانسان وقد افاد المجلسى بعد معنى العبارة ببيعه برأس المال قال وهذا من الربا المعنوى لانه اذا لم يقبضه فكانه لم يدخل فى ملكه فاذا باعه من البايع واخذ الثمن زائداً مما اشتراه به فكانه اعطى ثمنا واخذ زائداً عليه انتهى وهو كما ترى ولكن ليس له قده بد من هذا التوجيه بعد كونه فى الروايات ولعمري ان ذلك

مما يوجب تقديم ادلة الجواز من دون قيد لسلامتها من نحو ذلك الذى غير مفيد ذكره فلا دليل يمكن الاعتماد عليه بل الفاظ لا يصلح اولا يعجبني اقوى دليل على عدم القدح فى بيع ما لم يقبض .

كما ورد فى رواية أبى بصير قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاماً ثم باعه قبل أن يكيهه ؟ قال : لا يعجبني أن يبيعه كيلاً أو وزناً قبل أن يكيهه او يزنه ، الا أن يوليهه كما اشتراه ، فلا بأس أن يوليهه كما اشتراه اذا لم يربح فيه أو يضع وما كان من شىء عنده ليس بكيل ولا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه »  
ومن ذلك يظهر ضعف ما افاد فى الحدائق فى مقام تضعيف روايات الجواز و قوة ما دل على المنع قال بعد نقل هذه الروايات ما لفظه .

أقول : وهذه الاخبار كلها كما ترى ظاهرة الدلالة على القول المذكور ، ومقتضاها تصريحاً فى بعض و تلويحاً فى آخر عموم الحكم للمكيل والموزون ، لا بخصوص الطعام .

و يؤيدها أيضاً ما رواه فى الكافى عن على بن أبى حمزة عن أبى جعفر عليه السلام « قال : سألته عن الرجل يشتري متاعاً ليس فيه كيل ولا وزن أبيعته قبل أن يقبضه ؟ قال : لا بأس » .

وجملة من هذه الاخبار قد دلت على النهى الذى هو حقيقة فى التحريم ، كصحيحة منصور بن حازم وصحيحة عبد الرحمن بن أبى عبد الله وابى صالح وصحيحة معوية بن وهب وموثقة سماعة .

وماعدا هذه الاخبار فانها وان لم تكن مثلها فى الصراحة ، الا انها بمعونة هذه الاخبار ظاهرة تمام الظهور ؟ خصوصاً لفظ لا يصلح ، فان ذكر هذه الالفاظ - فى ضمن هذا السياق الذى سبقت عليه الاخبار الناهية الصريحة فى التحريم - قرينة ظاهرة على أن المراد بها ما اريد بالنهى - فى تلك الاخبار التحريم ، وان كانت فى حد ذاتها اعم من ذلك ، كما لا يخفى على المنصف المتدرب انتهى .

وانت خبير بفساد ما افاده بعد اعترافه بان الاخبار فى حد ذاتها اعم من ذلك



فلا يكون ما يدل على التحريم قط فليس الابعض النواهي المبتلى بقرينة صارفة عن معناه اللغوى بل لو كان فى واحد من الاخبار قرينة الكراهة يصلح لرفع اليد عن كثير من النواهي فضلاً عن احتمال كثير منها على ذلك فإى نهى صريح فى الحرمة كى يكون قرينة ظاهرة عليها .

ولقد اجاد المحقق الاردبيلى ره فيما افاد فى استدلاله على الجواز على ما حكاه عنه حيث قال ما لفظه استدلال القائلون بالجواز - ومنهم المحقق الاردبيلى ، فانه قد أطال فى ذلك ، ونحن ننقل كلامه ملخصاً ، فانه قد بالغ فى نصره القول المشهور بين المتأخرين بجده وجهده ، فاستدل - بعموم القرآن والاخبار الدالة على جواز البيع ، والاصل ، وبأن الناس مسلطون على اموالهم ، وحصول التراضى مع عدم المانع عقلا ، وعدم الخروج عن قانون وقاعدة .

وصحيحة منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام « فى رجل أمر رجلا يشتري له متاع فيشتره منه ؟ قال : لا بأس بذلك ، انما البيع بعدما يشتره » .

وصحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام « قال : سألته عن رجل اتاه رجل فقال : ابتع لى متاعا لى اشترته منك بنقد او نسيئة فابتاعه الرجل من اجله قال : ليس به بأس ، انما يشتره منه بعدما يملكه » فان قوله بعد التملك ، وبعد الشراء كالصريح فى الجواز قبل القبض مطلقا ، فافهم .

و يدل عليه أيضاً صحيحة محمد الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام . « قال : سألته عن الرجل يشتري الثمرة ثم يبيعها قبل ان يأخذها ؟ قال : لا بأس به ان وجد ربحاً فليبيع » .

وصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام « انه قال فى رجل اشترى الثمرة ثم يبيعها قبل أن يقبضها قال : لا بأس »

ولا يخفى أن الثمرة مكيل ، بل طعام على بعض الاطلاقات ، والاول صريح فى الجواز مع ارادة المراجعة ، فيحمل ما يدل على عدم جوازها على شدة الكراهة للجمع ، فتأمل .

و يؤيد الجمع رواية أبي بصير قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام اشترى طعاماً قبل أن يكيهه ؟ قال : ما يعجبني » الحديث كما قدمنا نقله .

ثم قال : وهذه صريحة في الكراهة مراوحة ، و كراهة المكيل و الموزون قبل القبض ، و عدم البأس في غيرهما .

و كذا ما في رواية ابن الحجاج الكرخي قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام اشترى الطعام الى أجل مسمى ، فيطلبه التجار بعدما اشتريته قبل أن أقبضه ؟ قال : لا بأس أن تبيع الى أجل كما اشتريت » الى آخره .

و كذا رواية جميل بن دراج عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه ؟ قال : لا بأس ، و يوكل الرجل المشتري منه بكيهه و قبضه : قال : لا بأس .

و يؤيده أيضا أن أكثر أخبار المنع و ردت بلفظ لا يصلح ، و هو ظاهر في الكراهة وليست بصريحة في التحريم ، و التي بغير لفظ لا يصلح ليست أيضاً بصريحة في التحريم قبل القبض ، مثل رواية معاوية الأتية ، لان فيها النهي عن البيع قبل الكيل ومع الاجمال في قوله «الأأن توليه ، الذي قام عليه » .

نعم رواية منصور ظاهرة فيه ، و يمكن تأويلها ، و بالجملة الأدلة التي افادت العلم لا ينبغي الخروج عنها الا بدليل قوى . انتهى ملخصاً ثم شرع في تضعيف ما

افاد مع انه من التوهمات التي مالها من نفاذ فقال : لا يخفى ما فيه على المنصف التنبه من التكلف و الخروج عن القواعد المقررة و الضوابط المعتمدة ، أما ما استدل به أولاً من الاصل و عمومات القرآن و الاخبار و أن الناس مسلطون على اموالهم ، ففيه أن ما دلت عليه الاخبار المذكورة خاص ، و مقتضى القاعدة تخصيص تلك

العمومات به ، و الاصل يجب الخروج عنه بالدليل ، و هو موجود بالتقريب الذي قدمناه ذيل تلك الاخبار الى آخر كلامه الذي لم يأت فيه بشيء يمكن الاعتماد عليه .

و من جميع ما ذكرنا ظهر انه \* ((كره ذلك)) \* البيع مطلقا على تأمل فيه

او \* ((ان كان)) \* المبيع \* ((مما يكال او يوزن)) \* و قد عرفت وجه الجميع و لعل

الظاهر فى بيع ما يكال اويوزن كانت الكراهة مختصة بما اذا كان وزنها معلوما عند البايع الثانى كما اذا اشترى من البايع الاول بعد الكيل او الوزن ثم باعه قبل القبض بمجرد اخباره بالوزن واما لولم يعلم بالوزن والكيل بان نسي وزن الاول او اختلط بالآخر او نقص عنه عند الاول بالحرارة ونحوها فلا بد من الكيل .

وكيف كان فمع العلم بالوزن والكيل لاشكال فى البيع \* ((و)) \* من جميع ما ذكرنا ظهر لك وجه ما \* ((قيل)) \* كما عن المبسوط والخلاف والغنية والصدوق والقاضى فى أحد كتابيه أنه \* ((ان كان طعاما لم يجز)) \* .

وفى الجواهر : بل فى الثلاثة الاول الاجماع عليه ، وان كان موهونا بمصير بعض من تقدمه ، ومعظم من تاخره الى خلافه ، بل قد سمعت أن خيرته فى النهاية الكراهة ، فلا ريب فى قصوره عن معارضة أدلة الجواز ، كالنصوص التى ما بين قاصرة الدلالة ، أو السند ، ومشمتم على ما لا يقول به المعظم منهم من الفرق بين التولية وغيرها ، وناه عن البيع قبل الكيل والوزن الذى لا يدل على المقام ، بناء على التحقيق من عدم توقف القبض عليه ، على أن مقتضى عدم التعارض بينهما ما اختاره العماني ، وهو شاذ فمفاد النصوص لا قائل به الا نادرا ، وما قالوه من خصوص الطعام غير مفادها انتهى .

\* ((و)) \* حينئذ فلا ريب أن \* ((الاول أشبه)) \* وهو الكراهة .

وفى المسالك بعد قوله له اشبه قال انما كان اشبه لان فيه جمع بين الاخبار المختلفة التى دل بعضها على الجواز كرواية جميل وابى الحجاج الكرخى عن الصادق عليه السلام وبعضها عن المنع مطلقا كصحيحة الحلبي ومنصور بن حازم عنه عليه السلام وبعضها على المنع الاتولية كصحيحة معوية بن وهب عنه (ع) يحمل على الكراهة لثلا يسقط اخبار الجواز وهذا الجمع انما يتم لو كانت الاخبار متكافئة فى وجوب العمل بها لكن الامر هنا ليس كذلك لان اخبار المنع صحيحة متظافرة وخبر النسويغ فى طريق اولهما على بن حديد وهو ضعيف والآخر مجهول فالقول بالمنع اوضح وهو خيرة العلامة فى التذكرة والارشاد والشيخ فى المبسوط بل ادعى عليه الاجماع

وجماعة من الاصحاب نعم يبعى الاخبار الدالة على النهى مطلقا مقيدة بغير التولية جمعا بينها وبين ما قيد به مع صحة الجميع انتهى .  
ومن جميع ما ذكرنا ظهر ضعفه ايضا وقد اصر على دلالة الاخبار على الكراهة فى الجواهر وقد عرفت ايضا عدم الفرق فى ذلك بين التولية وغيرها ، ولذا نسبته المصنف الى الرواية ، فقال : ﴿ وفى رواية يختص التحريم بمن يبيعه بربح ، فأما التولية فلا ﴾ قد عرفت هى رواية المنصور وغيره وقد عرفت ما فيه بل عن المهذب البارع ، أنه لم يقف على عامل بها ثم انه على الحرمة فلا يترتب عليه سوى الاثم دون البطلان ، كما عن العماني التصريح به ، وتبعه بعض المتأخرين فماعن المختلف من أنه يأثم خاصة ، جيد .

ثم انه يظهر من جميع ما ذكرناه ضعف ما افاد شيخنا المرتضى فى مكاسبه قال ماهولفظه : الاقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بيع المكيل والموزون قبل قبضه الاتولية لصحيفة ابن حازم الى ان ساقها وساق جميع الروايات المتقدمة الى ان قال وهذه الروايات مطلقة يمكن حملها على التولية وهو اولى من حمل تلك الاخبار وعلى الكراهة مع ان استثناء التولية حيثئذ يوجب نفي الكراهة فيها مع ان الظاهر عدم الخلاف فى الكراهة فيها ايضا بين ارباب هذا القول وان كانت اخف ومن ذلك يعلم ما فى الاستيناس للجمع بالكراهة بخبر ابى بصير سئلت ابا عبد الله عليه السلام 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 فلا باس ان توليه كما اشترىه اذا لم يربح به او يضع وما كان عنده من شىء ليس بكييل ولا وزن فلا بأس ان يبيعه قبل ان يقبضه بناء على ان قوله لا يعجبني ظاهر فى الكراهة فان ذلك يوجب رفع الكراهة راساً فى التولية لانه فى قوة ان ذلك فى التولية ليس مما لا يعجبني مع ان القائلين بالكراهة لا يفرقون بين التولية وغيرها فى اصل الكراهة وان صرح بعضهم بكونها فى التولية اخف انتهى موضع الحاجة .

وقد عرفت فى اثناء البحث معنى التولية وانها البيع برأس المال من دون

ربح فيه اصلا فيكون استثناء عن النهى ويكون الحاصل حينئذ هو المنع عن البيع الا تولية اى برأس المال وان النهى فيما كان البيع مع الربح وحينئذ نحن نسئل عن القائلين بالحرمة مع الربح بانه ما فائدة الربح وعدمه بحيث يؤثر الربح فى البطلان وعدمه فى الصحة مع ان الحكم يحتاج الى جهة ظاهرة فى الجملة وان لم يعلم جميع جهاته مع بداهة ان البيع ان كان صحيحا بنفسه فصح مع الربح والا فلا يصح حتى بدون الربح .

وبالجملة القبض وعدمه ليس من شرائط الصحة او الحلية وعدمهما بل من الاثار المترتبة على الصحة وعدمه فان كان صحيحا لزم القبض والا فلا فمرتبتهما متأخرة عن الشرائط فلو كان شرطاً لزم تقدم الشيء على نفسه واذا فرض ان المشتري الاول صار مالكا للمبيع فى البيع الاول فصح وجاز بيعه مرابحة وعدمه لان الناس مسيطون على اموالهم فلا مدخلية للقبض وعدمه حتى يجوز مع الاول ويحرم مع الثانى .

والحاصل على ذلك يرجع الكلام الى ان البيع الصحيح الجائز مرابحة هو بعد القبض فيكون القبض من شرائط الصحة او الحلية على القولين بحيث لو باع قبل القبض مرابحة لم يصح او لم يجوز وحينئذ لزم الدوران البيع يتوقف على القبض والقبض يتوقف على البيع اذ ما لم يبع لم يجب القبض فاذا باع الزم المشتري بالقبض فصحة البيع مرابحة مشروطة بكون المبيع بعد القبض و كونه بعد القبض مشروط بصحة البيع فصحة البيع مشروط بصحة البيع فالقبض من الامور المترتبة على البيع ولا يصح ان يكون من الشرائط للزوم تقدم الشيء على نفسه فلو كان شرط الصحة او الحلية هو القبض والفرض انه ما لم يصح البيع لا يلزم القبض لزم ذلك .

[ فان قلت ] فاذا كان الامر كذلك فما حال الاخبار الكثيرة المصرحة بلزوم القبض فى المرابحة .

[ قلت ] هذه الاخبار كلها محمولة على الكراهة و وجهها كون البيع قبل القبض فى معرض الخطر و الزوال لامكان تلف المبيع عند البايع الاول فيفسخ

البيع الاول وكذا الثانى و نحو ذلك ففيه نوع حزازة نهى عنه فراراً عن الخطر الاحتمالى والله العالم .

ثم على الجواز لوباع ولم يقبضه البايع الاول بالتلف السماوى ينفسخ الاول و الثانى اما الاول لانفساخ البيع و اما الثانى لعدم المبيع بل انفساخ الاول مستلزم لانفساخ الثانى بطريق اولى فان اتلفه البايع الاول فى زمن خياره فكذلك والا فان كان اتلافه قبل بيع المشتري لزم له المثل او القيمة على المشتري وان كان بعد بيعه لزم عليه المثل او القيمة للمشتري الثانى وهكذا فالبايع قد اتلف مال الغير فيكون ضامناً لمن كان المبيع له عند الاتلاف ولو وقع عليه قبل القبض بيوع متعددة كان المحكم كما ذكر .

﴿ ولو ملك ما يريد بيعه بغير بيع ، كالميراث ، والصداق للمرأة والمخلع ، جازوان لم يقبضه ﴾ فيجوز له بيع ارثه وصداقها و نحو ذلك و لو لم يقبض من زوجه ونحوه كما يجوز ايضاً نقل ما ابتاعه بغير بيع كالصلح والهبة وغيرهما .  
وبالجملة الظاهر القوى اختصاص البحث بالبيع فلا يعم غيره .

قال شيخنا فى مكاسبه ما لفظه هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال فلا يجوز جعله ثمناً ولا عوضاً فى الصلح ولا اجرة ولا وفاء عما عليه ام يختص بالبيع ظاهر عواناتهم الاختصاص بالبيع و اظهر منه فى الاختصاص قوله فى التذكرة الاقرب عندى ان النهى به متعلق بالبيع لا بغيره من المعاوضات و اظهر من الكل قوله فى مواضع اخر لو كان لزيد عند عمرو طعام من سلم فقال لزيد خذ هذه الدراهم عن الطعام الذى لك عندى لم يجز الشافعى لانه بيع المسلم فيه قبل القبض والاولى عندى الجواز وليس هذا بيعاً وانما هو نوع معاوضة انتهى .

واصرح من الكل تصويره فى موضع ثالث بجواز الصلح عن المسلم فيه قبل القبض لانه عقد مستقل لا يجب مساواته للبيع فى احكامه انتهى وقد اشار المصنف الى موارد من مواضع الخلاف منها الاول المتقدم آنفاً .

ومنها قوله ﴿ (الثانية لو كان له على غيره طعام من سلم وعليه مثل ذلك) ﴾ الطعام

لاخر فله طعام وعليه لاخر مثل هذا الطعام \* (( فامر )) \* من عليه الطعام \* (( غريمه )) \*  
الذى له هذا الطعام \* ان يكتال \* طعامه \* لنفسه من الاخر \* الذى له هذا الطعام  
كما اذا اشترى زيد من عمر وطعاماً سلماً فذمة عمرو مشغولة بطعام لزيد وعين هذا  
الطعام على ذمة زيد لبكر فأمر زيد غريمه الذى هو بكر بان يكيل ويؤخذ من عمرو  
الطعام الذى ذمته فهذا الطعام الذى قبضه من عمرو وكان قبل القبض من زيد فان الطعام  
للزيد وله اخذه من عمرو ثم دفع الى بكر فيكون اخذ بكر قبل القبض من زيد  
\* فعلى ما قلناه يكره وعلى ما قالوه يحرم لانه قبضه عوضاً عما له قبل أن يقبضه  
صاحبه \* وحيث ان الكلام فى بيع مالم يقبض فهو خارج عن المقام لعدم كونه بيعاً  
اللهم الا ان يكون سبب ذلك هو البيع السابق غالباً وكيف كان فليس الكلام فى  
مطلق انتقال قبل القبض ولذا لم يكن مسألة قبلها ايضاً من مسألتنا .

قال فى الحدائق المشهور أنه لو كان له على غيره طعام من سلم ، وعليه مثل  
ذلك ، فأمر غريمه ان يكتال لنفسه من الاخر ، فان قلنا بتحريم بيع مالم يقبض حرم  
هنا ايضاً ، وان قلنا : بالكراهة اكراهه هنا ايضاً ، ذكر ذلك الشيخ فى الخلاف  
والمبسوط ، وتبعه الجماعة لان المحتمل قبض المحال عوضاً عن ماله قبل أن يقبضه  
صاحبه ، فيكون من قبيل بيع مالم يقبض .

وقيل : بأن هذا ليس من تلك المسألة فى شىء ، لما عرفت من أن المنع  
من بيع مالم يقبض تحريماً أو كراهة مشروط بشرطين ، انتقاله بالبيع ، ونقله به ،  
وما ذكر فى هذا الفرض وان كان تبعاً من حيث أن السلم فرد من افراده ، الا ان  
الواقع من السلم اما حوالة لغريمه فى القبض ، أو وكالة له فيه ، وكل منهما ليس  
بييع ، ودعوى أن الحوالة ملحقة بالبيع فى حيز المنع انتهى وحيث ان الحرمة غير  
ثابتة فى اصل البيع فالامر سهل .

الثالث قوله \* و كذا \* يصح الشراء فيما \* لو دفع \* من باع حنطة سلماً  
\* مالا \* الى المشتري الذى اشترى هذه الحنطة \* وقال \* البايع له \* اشترى \* به  
اي بهذا المال \* طعاماً \* وحنطة لى وحيث \* فان قال اقبضه لى ثم اقبضه لنفسك \*  
\*

كسرى يكون المشتري وكيلا له فى الشراء عنه وفى الانتقال الى نفسه بوحدته ﴿صح الشراء﴾ للموكل ﴿دون القبض﴾ له فانه لا يصح ﴿لانه لا يجوز ان يتولى﴾ الواحد ﴿طرفى العقد﴾ فان الوكيل حينئذ صار وكيلا فى الشراء عن الموكل وفى لجعله لنفسه عن طلبه فيصح الشراء للموكل وحده ولكن لا ينتقل الى الوكيل لو وحدته . قال فى الحدائق لو كان له على غيره طعام من سلم ، فدفعت اليه مالا وقال اشتر به طعاماً ، فان قال : اقبضه لى ثم اقبضه لنفسك ، بمعنى أنه وكله فى القبض والاقباض قالوا : صح الشراء خاصة ، دون القبض والاقباض ، لانه لا يجوز أن يتولى طرفى العقد ، ذكره الشيخ وتبعه جملة ممن تأخر عنه وتردد فى الشرايع . قال الشيخ : لانه لا يجوز أن يكون وكيلا لغيره فى قبض حق نفسه من نفسه ، وجملة من المتأخرين قد صرحوا بالجواز ، لان الاصل ذلك ، و لانه وكله فى الاقباض ، والمغايرة الاعتبارية فى القابض والمقبوض منه كافية ، ومثله تولى طرفى العقد انتهى فى المقام شيان الاول صحة الشراء لتعدد المتولى للعقد .

امافى شراء الطعام عنه يكون متعدداً حيث ان البايع باع الطعام فهو موجب والمشتري الوكيل يقبله فهو قابل فالايجاب والقبول واقعان من شخصين واشكال وحدة مجرى الايجاب والقبول يكون فى القبض والاقباض توضيحه انه بعد شراء الطعام صار الطعام للموكل وحيث ان ذمته مشغولة بمثل هذا الطعام للوكيل فاراد انتقاله الى الوكيل عوضاً عما على ذمته .

فالوكيل فى الطعام الذى كان للموكل بوحدته لا بدوان ينتقله الى نفسه وقبول هذا الانتقال فيكون فى انتقاله الى نفسه موجبا وكالة وفى قبوله قابلا اصالة فيقول انتقلت هذا الطعام الى نفسى بعوض كان على ذمة موكلى وقبلت عنه لنفسى فيكون موجبا وقابلا بوحدته هذا غاية توجيه التعدد الاعتبارى وحيث صح تولى طرفى العقد من الواحد ويكفى كونه وكيلا عن الموكل فى القبض والاقباض عنه ويكون متعدداً اعتباراً كتولى طرفى العقد فى النكاح .

قال المصنف ﴿وفيه تردد﴾ لامكان لزوم التعدد كما فى طرفى العقد احدهما



موجبا والاخر قابلا ولكفاية التعدد الاعتبارى قطعا والاحكام الشرعية بنائها على سهولة الامر فلو اشترط التعدد حينئذ لصعب الامر على الغالب لعدم وجود الشخصين موجبا وقابلا خصوصا فى امر النكاح وخصوصا فى المتعة التى قد يتفق للانسان ويكون مبتلى بها بحيث لو لم يعقدها لعدم التعدد امكن وقوعها فى العصيان مع ان الاعتبار بمنزلة التعدد قطعا وخصوصا فى البيوع وسائر العقود التى قد كثر اتفاقها لابتلاء جميع الناس بها وخصوصاً لو قلنا بعدم كفاية المعاطاة وخصوصاً اذا قلنا بعدم كفاية الفارسى فيلزم على جميع التجار والعاقدين ان يجلس عندهم قابلا وموجبا لوقوع العقود وذلك من الامور البعيدة عند العرف .

وقد عرفت سابقا ان الشارع قد سهل الامر للمكلفين وقد اشترت فى كتاب النكاح بامكان وقوع العقد بالفارسية بل لكل لسان من كل قوم وان المعاطاة بيع صحيح وبالجملة فالظاهر لاشكال فى وقوع الايجاب والقبول من شخص واحد ولان يعقوب بن شعيب سأل الصادق عليه السلام فى الصحيح «عن الرجل يكون له على الاخر احمال من رطب وتمر فبعث اليه بدنانير فيقول : اشتر بهذه واستوف منه الذى لك ؟ فقال : لا بأس اذا ائتمنه» .

ولذا فى الجواهر قال بعد قوله وفيه تردد لكن لا ريب أن الاقوى الجواز للاصل ، فيكفى المغايرة الاعتبارية فى القابض والمقبوض منه ، كما تقدم فى تولى طرفى العقد انتهى .

نعم ظاهر بعض الروايات عدم الجواز مثل [رواية الحلبي] حيث سأل الصادق عليه السلام فى الصحيح «عن رجل أسلفته دراهم فى طعام فلما حل طعامى عليه، بعث الى بدراهم ، فقال اشتر لنفسك طعاماً واستوف حقه؟ فقال: أرى أن يولى ذلك غيرك، وتقوم معه حتى يقبض الذى لك ، ولاتتول أنت شرائه» وسأله أيضا [عبد الرحمن البصرى] فى المرسل «عن الرجل أسلف دراهم فى طعام ، فحل الذى له فأرسل اليه بدراهم ، فقال اشتر طعاما واستوف حقه هل ترى به بأساً ؟ قال : يكون معه غيره يوفيه ذلك» .

وقد حملهما فى الجواهر على الارشاد الى رفع التهمة وظنى عدم وصول  
التوبة الى هذا الحمل فان الروایتين ظاهران فى الشراء لنفس الغريم فانه صريح  
قوله اشترى لنفسك طعاما مع انه لا يصح بل الشراء للمديون فقوله إِنَّمَا ارى ان يولّى  
ذلك غيرك لاجل ان غيره لا يشتري الطعام الا للمديون فيصح ان يتولّى الغريم الطعام  
لنفسه ايجابا وقبولا .

وفى الجواهر قال ما لفظه : بل الظاهر الصحة أيضا او دفع له دراهم ، وقال :  
اشترى بها طعاما ، ثم اقبضه لنفسك ، وان لم يقل اقبضه لى ثم اقبضه لنفسك . بل  
صحيح شعيب أدل على صحة ذلك من الاول ، ولا يحتاج الى أن يقبض أولا بنية  
أنه لذى الدراهم ، ثم يقبض بعد ذلك بل يكفى قبضه لما اشتراه اذا كان مشخصاً بنية  
أنه وفاء عماله فى ذمته ، وأقصاه أنه يكون استيفاء مالم يقبضه باذنه ، بل لو كان ما  
اشتراه كلياً ، يمكن الاكتفاء بقبض الغريم عوضاً عماله فى ذمته ، عن القبض أولاً  
بعنوان أنه لذى الدراهم .

واطلاق الخبر المزبور شاهد عليه ، ولو دفع اليه دراهم وقال : خذها بدل  
الطعام جاز ، لانه استيفاء من غير جنس ، بل لو قلنا أنه بيع للطعام على من هو عليه  
قبل قبضه جاز أيضا بناء على المختار من كراهة ذلك ، لكن عن المبسوط أنه لم  
يجز لانه بيع المسلم فيه قبل قبضه ، وهو غير جائز ، وفيه أن الدفع بدله أعم من  
البيع ولو سلم فقد عرفت التحقيق انتهى .

وقد اشار المصنف الى البطلان بقوله :

﴿ ولو ﴾ دفع اليه دراهم و﴿ قال ﴾ اشترى لنفسك لم يصح الشراء و﴿ حيثئذ ﴾  
﴿ لا يتعين له بالقبض ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، لامتناع الشراء بمال الغير لغيره مادام  
على ملك الغير ولو باذنه لوضوح ان الثمن اذا كان لشخص وكان جزئياً يقع المثلن له  
فان المثلن انما يقع فى ملك من خرج الثمن عن كيسه فلا بد وان يقول اشترى طعاماً  
لكن كون المقام غير معلوم من هذا القبيل قد اشار اليه فى الجواهر آنفاً .

ثم ان هذه المسألة هل يعم الثمن ايضاً كى يحرم او يكره انتقاله قبل القبض

من المشتري اولا فالظاهر الجريان لو كان الثمن كلياً بل وكذا الثمن المعين كما اذا باعه قبل الاخذ من المشتري لكن المعاملة على الثمن قليل في الغاية ان كان من النقود نعم لو كان من غير النقود امكن وصح مع الكراهة .

قال شيخنا في مكاسبه ظاهر جماعة عدم لحوق الثمن بالمبيع في هذا الحكم فيصح بيعه قبل قبضه قال في المبسوط اما الثمن اذا كان معيناً فانه يجوز بيعه قبل قبضه وان كان في الذمة فكذلك يجوز لانه لا مانع منه ما لم يكن صرفاً فأما اذا كان صرفاً لا يجوز بيعه قبل القبض وفي موضعين من التذكرة قوى الجواز اذا كان الثمن كلياً في الذمة وهو الظاهر جامع المقاصد في شرح قول المصنف قدس سره ولو احوال من له طعام من سلم الخ .

واستدل عليه في التذكرة بقول الصادق عليه السلام وقد سئل عن الرجل باع طعاماً بدرهم الى اجل فلما بلغ الاجل تقاضاه فقال ليس عندي درهم خذ مني طعاماً قال لا باس انما له درهمه يأخذ بها ما شاء ويمكن ان يقال ان المطلوب جعل الثمن مبيعاً في العقد الثاني لا ثمننا ايضاً كما هو ظاهر الرواية مع اختصاصها بالبيع بمن هو عليه فلا يعم الا بعدم الفصل لو ثبت انتهى .

المسألة الثالثة : لو كان المالكان قرضاً او المال المحال به قرضاً ، صح ذلك قطعاً وفي الجواهر بل في التحرير قولاً واحداً ، للاصل بعد انتفاء شرطى المنع في الاول الذي نفى الخلاف عن الصحة فيه في المحكى عن المبسوط والخلاف ، وانتفاء تحقق بيع مال يقبض في الثاني ، لكن لا وجه لتخصيص القرض بالمحال به ، كما في الكتاب والقواعد والتحرير ، بل متى كان أحدهما قرضاً صح كما نص عليه في المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك على ما حكى عن بعضها ، اذ التحقيق ان الحوالة ليست بيعاً ، وربما وجه تخصيص ذلك بأن المحال يشبه المبيع ، من حيث تخيل كونه مقابلاً بالآخر ، وفيه ، ان شبهه بالثمن أظهر لمكان الباء انتهى .

المسألة الرابعة : اذا قبض المشتري المبيع مثلاً ثم ادعى نقصانه فان

لم يحضر كي له ولا وزنه فالقول قوله فيما وصل اليه مع يمينه ، اذا لم يكن للبايع بينة ﴿ وفي الجواهر بـل في الرياض قولاً واحداً لاصالة عدم وصول حقه اليه ، السالمة عن معارضته ، الظاهر وغيره ، كما صرح به غير واحد فيكون منكرأ والبايع مدع ، « والبينة على المدعى ، واليمين على من أنكر » من غير فرق بين دعوى كثرة النقصان وقلته هنا .

وا احتمال أن القول قول البايع بيمينه - ان ادعى المشتري نقصاناً كثيراً لا يخفى مثله على القابض ، بخلاف القليل الذي يمكن خفائه ، نحو ما تسمعه من التحرير في صورة الحضور ناشئاً من ملاحظة معارضة الظاهر ، للاصل في الاول ، بخلاف الثاني - يدفعه منع الظهور مطلقاً ، مع عدم الحضور أولاً ، ومنع حجتيه - بحيث يعارض الاصل - ثانياً ، ودعوى - أنه به يكون البايع منكرأ ، بناء على أنه ما وافق الظاهر فيقدم حيثئذ بيمينه يدفعها - مضافاً الى ما عرفت منع تسليم كون المنكر ذلك ، بل القول بأنه ما وافق قوله الاصل أقوى منه انتهى

ولا يخفى ان اجراء اصالة عدم وصول الحق تجرى في كلا الصورتين ولا يختص بما اذا لم يحضر كي له لبدها انه في حال الحضور لا يحصل العلم بعدم نقصان المبيع ولا بتمامية ما يوزن به لحسن ظنه بالبايع واجراء اصالة الصحة في عمله فكلاهما سواء في ذلك فان كان مدرك تقدم قوله مطابقة قوله لاصالة عدم وصول حقه اليه فلا فرق بين القسمين بالتفصيل في غير محله فالاولى بيان معرفة المدعى والمنكر فان كان معيار معرفتهما مطابقة قولهما الاصل وعدمه كى يكون في الاول منكرأ وفي الاخر مدعياً وكذلك موافقة قولهما للظاهر وعدمه وجعل المنكر من وافق قوله الظاهر كما في المقام فان الظاهر ان من حضر الكيل احتاط لنفسه ويحفظ حقه حتى لا ينقص بخلاف غير الحاضر فهذا الظاهر لا ينطبق مع الواقع بعد عدم حصول العلم بالتمامية واستيفاء حقه مع الحضور فيكون مساومع عدم الحضور

فالمعيار المنضبط في المدعى من لو ترك الدعوى تركت فان وافق هذا مع مخالفة الظاهر والاصل فلا اشكال والافقيه اشكال من حيث التعيين وان كان ضابط

لو ترك ترك محفوظاً ففي المقام المشتري الذي يدعى نقصان المبيع لو ترك الدعوى وانصرف تركزت الدعوى فهو مدع فعليه البينة والا كان القول قول البايع مع يمينه كان المشتري حاضراً اولاً دعوى النقصان قليلاً اولاً فلو كان القول قوله فلا يتم ما قالوا من ان المدعى من لو ترك ترك فسان كان معيار التشخيص قواعد اخرى فقد يكون المدعى منكرًا و المنكر مدعيًا فلا يتم البينة على المدعى واليمين على من انكر .

ففي المقام المشتري مدعى للنقصان و لكن قوله موافقا لاصالة عدم وصول حقه اليه وفيما كان حاضرا عند الكيل كان هذا الاصل مخالفا لظاهر الحال وان الحاضر عند الكيل كان الظاهر احتياطه وحفظه لاخذ التمام فيقدم على اصالة عدم وصول حقه اليه ومنه يعلم ما في قوله فيكون منكرًا و البايع مدع .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ ﴿ ان كان ﴾ المشتري قد ﴿ حضر ﴾ الكيل والوزن ﴿ فالقول قول البايع مع يمينه ، والبينة على المشتري ﴾

وحاصل عبارة المتن انه بالحضور وعدمه ينقلب المدعى والمنكر وانه ان كان حاضراً صار منكرًا بعدما كان مدعيًا لان الظاهر انه محافظ لحقه فيعارض هذا الظاهر اصالة عدم وصول حقه اليه ففيه ان المدعى امر واقعي مفهوم لا ينقلب بالمنكر وكذا العكس ومعارضة الاصل والظاهر يوجب تساقطهما فما الدليل على تقدم هذا الظاهر على الاصل مع ان الحضور وعدمه لا يؤثر لافى الاصل ولا في الظاهر لما عرفت من امكان اعتماده على البايع فينقص حقه مع حضوره فيكون مطابقا للاصل دون الظاهر كما في صورة عدم حضوره

ولذا في الجواهر بعد اصراره بتقدم قول المشتري موافقا للمشهور قال ولكن قد يقال ان الاقوى منهما ايكال المدعى والمنكر الى العرف ، ولعل صدقه على ما لو ترك لترك اتم ولا ريب في ان المشتري هنا يصدق عليه ذلك ، فيكون مدعيًا و عليه البينة ، وعلى البايع اليمين وقد يؤيده أصالة الصحة في دفع المسلم وقبضه اذ الفرض أنه قبض على أنه تمام الحق وصحة كل شيء بحسبه ، ونحو ذلك بل أظهر منه ، لو ادعى

المشترى عيب المقبوض انتهى

وبالجملة لا كلام في ان حكم المدعى هو البينة وحكم المنكر هو اليمين فالقول قول المنكر مع يمينه انما الاشكال في تشخيص كل منهما عن الاخر والا فبحسب اللفظ في عبارة المتن كان المدعى هو المشتري فانه يدعى النقصان والبايع ينكره سواء كان دعوى النقصان قليلا او كثيرا ولو كان المعيار في المدعى من لو ترك ترك لصدق ايضا على المشتري فانه لو انصرف عن دعوى النقصان لترك الدعوى وتمت وهو معيار متين ويوافق عليه العرف

بل منشأ الدعوى كله هو دعوى المدعى ولذا لو انصرف قد ختم النزاع وحينئذ اذا ادعى المشتري النقصان مطلقا كان القول قول البايع فانه منكر للنقصان جدا فان كان للمشتري بينة والا كان على البايع اليمين ،

قال في الحقائق ما نصه قالوا اذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى نقصانه فان لم يكن حضر كيله ولا وزنه ، فالقول قوله ، وان كان حضر فالقول قول البايع قيل : وانما كان القول قول البايع في الثانية مع أن الاصل عدم وصول حق المشتري اليه في الصورتين ، عملا بالظاهر ، من أن صاحب الحق اذا حضر لاستيفاء حقه يحتاط لنفسه ، ويعتبره مقدار حقه ، فيكون هذا الظاهر مرجحا لقول البايع ومقويا لجانبه ، ومعارضاً للاصل ، فيقدم قوله يمينه ، وهذه مما رجح فيها الظاهر على الاصل وهو قيل انتهى الى ان قال فان التعليل المذكور لا يخلو ايضا من شيء فسانه بمقتضى ما ذكره أنه قد تعارض الاصل والظاهر ، ان الاصل مرجح لجانب المشتري والظاهر مرجح لجانب البايع ، ومقتضى تعارضهما تساقطهما ، والتوقف في ذلك الامع وجود المرجح لاحدهما وهو لم يذكر هنا مرجحا للظاهر يوجب تقديمه على الاصل .

اللهم الا أن يراد أن الظاهر رافع لحكم الاصل ، كالخبر الدال على خلاف مقتضى الاصل ، فانه يجب الخروج به عن مقتضى الاصل ، والمراد بالتعارض هنا انما هو ذلك والظاهر أنه هو المراد في أمثال هذا المقام .

وفيه مع ذلك جواز الغفلة والسهو من ذلك المشتري ، أو الاعتماد على كيل البايع و وزنه ، فلا يمكن الخروج به عن الاصل المذكور ، و بالجملته المسألة -  
- لخلوها من النص - لا يخلو من التوقف و الاشكال انتهى و ياتي تمام الكلام في محله .

المسألة ﴿الخامسة : اذا اسلفه في طعام بالعراق﴾ مثلاً قلنا بانصراف اطلاق العقد الى بلده ﴿ثم طالبه بالمدينة﴾ مثلاً ﴿لم يجب عليه دفعه﴾ بلا خلاف أجده لان الفرض انصرافه الى البيع الى بلد وقع فيه نعم لو تراضيا عليه لابس قطعاً ﴿و﴾ أما ﴿لو طالبه بقيمته قيل﴾ والقائل الشيخ وجماعة ﴿لم يجز﴾ ذلك ﴿لانه بيع الطعام على من هو عليه قبل قبضه﴾ وقد عرفت أن مذهبهم فيه الحرمة ، بل البطلان ﴿و﴾ قد عرفت بما لا مزيد عليه ان المتجه ﴿على ما قلناه﴾ أنه ﴿يكروه﴾ مع انه ليس هو من هذا القبيل اذ هو وفاء للحق بغير جنسه ، لا بيع ، و أقصى ما يسلم أنه معاوضة أعم من البيع .

ويدل عليه روايات حيث أن ابن فضال قد كتب الى أبي الحسن عليه السلام «في الرجل يسلفني في الطعام ، يجيء الوقت وليس عندي طعام ، أعطيه بقيمته دراهم ؟ قال : نعم» وأرسل ابن أبان عن بعض أصحابنا «عن الصادق عليه السلام في الرجل يسلف الدراهم في الطعام الى أجل ، فيحل الطعام ، فيقول : ليس عندي طعام ولكن انظر ما قيمته فخذ مني ؟ قال : لابس بذلك» .

[وصحيح] العيص بن القاسم سأل الصادق عليه السلام «عن رجل أسلف رجلاً دراهم بحنطة ، حتى اذا حضر الاجل لم يكن عنده طعام ، ووجد عنده دوا ابو رقيقا ومتاعاً أيحل له أن يأخذ من عوضه تلك بطعامه ؟ قال : نعم يسمى كذا و كذا ، بكذا او كذا صاعاً» .

﴿ولو﴾ فرض أنه ﴿كان﴾ ما في الذمة من الطعام مثلاً ﴿قرضاً﴾ في العرق لاسلماً ﴿جاز أخذ العوض﴾ أي القيمة ﴿بسعير العراق﴾ قولاً واحداً ، لعدم كونه يباع لما اشتراه قبل القبض .

قال في الحدائق لو كان الطعام قرضاً قالوا : جاز أخذ العوض اذا تراضيا على ذلك لانقضاء المانع المذكور في الصورة الاولى ، وهو بيع الطعام المنتقل بالبيع قبل قبضه ، وانما الاشكال في وجوب دفع العوض في غير بلد القرض ، لان اطلاق القرض منزل على قبضه في بلده ، فليس للمقرض المطالبة في غيره ، كما أنه لو بذل له المقرض لم يجب عليه قبضه أيضاً ، لما في نقله الى ماعينه الشارع موضعاً للقبض من المؤنة ، و اذا لم يجب دفع عين الحق فكذلك قيمته ، لعدم وقوع المعاوضة عليها و اختار العلامة في المختلف و جوب دفع المثل وقت المطالبة ، فان تعذر فالقيمة ببلد القرض .

أقول : لم أقف بعد التتبع والفحص على دليل لما ذكره هنا ايضاً ، من أن اطلاق القرض منزل على قبضه في بلده ، و أنه لاجل ذلك ليس للمقرض المطالبة في غيره ، ولا يجب عليه القبض ايضاً لو بذله المقرض له في غيره ، بل ربما دل ظاهر بعض الاخبار على خلاف ذلك انتهى ما ذكره غير بعيد اذا كان حكم البلاد متفاوتاً في ذلك بل حينئذ لا بد من الانصراف الى بلد القرض نعم اذا لم يكن فرق بين البلاد في اوراقهم ونقودهم صح ما ذكره من عدم الانصراف ومثل النقود والاوزان فينصرف الى بلد المعاملة .

واما مارواه الشيخ في الموثق عن سماعة عن ابي عبد الله (ع) قال : سألته عن رجل لي عليه مال ، فغاب عني زماناً ، فرأيت يظوف حول الكعبة فاتقاضاه قال (ع) لاتسلم عليه ولا تروعه حتى يخرج من الحرم » فان ترك الاستفصال يفيد عموم المقال كما ذكره في غير مقام .

وقوله (ع) ولا تزوجه اي لاتفرغه ولا تخوفه حتى يخرج من الحرم فان الحرم دار أمن لا يليق اخذ المديون فهو صريح الدلالة في جواز اخذ المديون في غير بلده لكنه محمول على صورة اتحاد نرخ النقود بان لا يكون فرق فيما قرضه بين بلده و مكة ﴿ وان كان ﴾ الطعام ﴿ غصباً ﴾ و قد تلف فعن المبسوط والقاضي أنه ﴿ لم يجب ﴾ عليه ﴿ دفع المثل ﴾ لو طالبه به في غير بلد الغصب ﴿ و جاز ﴾ له



﴿ دفع القيمة بسعر العراق والاشبه جواز مطالبة الغاصب بالمثل حيث كان وبالقيمة الحاضرة عند الاعواز ﴾ فان للمالك مطالبة ماله عن الغاصب الذي مأخوذ باشق الاحوال مثلا او قيمة فلوتلف والمثل مفقود لزم عليه الخروج عن عهدة مال المالك باى قيمة كان الا اذا صبر المالك وامهله حتى يتمكن من المثل .

المسألة ﴿ السادسة : لو اشترى عينا بعين ، وقبض أحدهما ثم باع ماقبضه وتلف العين الاخرى فى يدايها ﴾ بعد البيع الثانى كما اذا باع شاة بكتاب و قبض الكتاب ولم يقبض الشاة ثم باع الكتاب ثم تلف الشاة فى يد بايعه فيبطل بيع الشاة بكتاب لانه تلف قبل القبض فعلى ما تقدم منا من كون الفسخ من اصله يبطل البيع الثانى لو لم يجز مالكة ايضاً لدخول الكتاب فى ملك مالكة فان اجاز صح البيع لمالكة وللاصيل اى الذى اشترى الكتاب .

واما على المشهور من كون الفسخ من حين الفسخ ﴿ بطل البيع الاول ﴾ من حينه ، لحصول التلف قبل القبض ﴿ ولا سبيل الى اعادة ما بيع ثانيا ﴾ لوقوعه مصادفا للملك اذ الفرض ان تحقق الفسخ من حين الفسخ قبله كان الكتاب لبايع الشاة لانه ثمنها فصح بيعه ﴿ بل يلزم البايع قيمته لصاحبه ﴾ ان كان قيميا ان لم يكن بيعه مع خياره والافقد يجب عليه الفسخ ورد الكتاب فى المثال الى صاحبه وبالجملة البيع الثانى حينئذ صحيح وحينئذ ان باعه مع خياره لزم فسخه بالخيار ورده الى صاحبه والالزم عليه مثله او قيمته .

﴿ النظر الرابع : فى اختلاف المتبايعين اذا عين المتبايعان نقدا ﴾ مخصوصاً أو عروضا كذلك ﴿ وجب ﴾ الوفاء بما عيناه فى العقد ﴿ وان اطلقا ﴾ النقد مثلا وكانا من اهل بلاد واحدة ﴿ انصرف الى نقد البلد ان كان فيه نقد غالب والا ﴾ اى وان لم يكن فيه نقد غالب بل النقد متعدد ﴿ كان البيع باطلا ﴾ للجهالة المستلزمة للغرر ان كان الفرق بينها كثير و الاصح البيع كما اذا كان نقد البلد القرطاس المسمى بالاسكناس والورق وكلاهما سواء فى القيمة والمعاملة به .

وفى الحدائق اذا عين المتبايعان نقداً مخصوصاً تعين وان أطلقا فان كان نقد البلد متحداً انصرف الاطلاق اليه ، وان كان متعددا انصرف الى ماهو الغالب ، لماعرفت في غير موضع مما تقدم من أن الاطلاق انما ينصرف الى الافراد الغالبة المتكررة ، ولو كثرت النقود فيها ولاغلبة في شيء منها بطل ، لان تعدد النقود في البلد بمنزلة اللفظ المشترك ، ولايحمل على أحد معانيه الامع القرينة ، ومع الغلبة فالقرينة ظاهرة ، ومع التساوى فاللزام بطلان البيع ، لمجهولية الثمن أو المبيع انتهى وقوله ومع التساوى ان اريد التساوى في الاطلاق او الاستعمال وكان بينهما فرقا فاحشاً فالامر كذلك وان اريد التساوى في القيمة فلا وجه للبطلان او الجهالة اصلا فاذا كان نقد البلد مايسمى بالاسكناس او النقود والاوراق المسكوكة وكان كلاهما مساو في القيمة فلا معنى للبطلان وللجهالة اذ يعلم المتبايعان قبل المعاملة ان الثمن احدهما ومع ذلك لايسئل احد عن كون الثمن بماذا وليس ذلك الالعدم الفرق بينهما.

ولذا يحكى عن بعضهم من صحة البيع اذا تعددت النقود ، وتساوت في القدر والقيمة والمالية ، وان اختلفت الافراد بحسب الرغبة وقوله في الجواهر بل ربما كان الثمن المعمول من القرطاس اولى من عندهم من الفضة لكون حمله وعده اسهل و لذا ايضا قد حكى احتمال الصحة اذا تساوت النقود \* وكذا الوزن \* والذرع فان كان لهما متعارف عند المتبايعين بحيث انصرف الاطلاق اليهما فلا باس به وان اختلف كالمن الشاهي والتبريز والرطل العراقي والمدني فلا بد من التعيين والايلزم البطلان بلا كلام الا ان يكون التفاوت يسيرا غير معتدبه عند العرف والعقلاء وقد عرفت ما يوجب الغرر وعدمه فراجع في المجلد الاحدى والعشرين .

\* و \* كيف كان فـ \* ان اختلفا \* اي المتبايعان \* فهبهنا مسائل : الاولى اذا اختلفا في قدر الثمن \* سواء كان في الذمة أو معيناً في وجه تسمعه انشاء الله تعالى \* فـ \* ادعى البايع زيادته ، والمشتري عدمها ، كان \* القول : قول البايع مع يمينه ان كان المبيع باقيا ، وقول المشتري مع يمينه اذا كان تالفاً \*

وفى الجواهر على المشهورين الاصحاح شهرة عظيمة بل عن ظاهر الغنية وكشف الرموز الاجماع عليه ، بل هو صريح محكى الخلاف ، و آخر مبحث الشرائط من السرائر ، وان أنكره فى موضع آخر منها غاية الانكار ، لكن عن كشف الرموز أن المناقصة منه ليس ببدع ، ويدل عليه مضافا الى ذلك ، مرسل البزنطى الذى رواه المشايخ الثلاثة عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الرجل يبيع الشئ فيقول المشتري هو بكذا وكذا بأقل مما قاله البايع القول قول البايع اذا كان الشئ قائما بعينه مع يمينه» المنجبر بما سمعت بل عن ايضاح النافع أن الرواية مقبولة عند اهل الحديث وعن الكفاية أنها مشهورة ومتكررة فى الكتب معمول بها بين الاصحاح ما عن عدة الشيخ من ان البزنطى لا يروى الا عن ثقة ، وكشف الرموز أن الاصحاح عملوا بمراسيل البزنطى ، والرواية مقبولة عند أهل الحديث ، فلامنص عن العمل بهامنتوقا ومفهوما ، خصوصا بعد تأييدها فى الجملة ، باطلاق الصحيح «فان اختلفا فالقول قول رب السلعة أو يتتاركا» الظاهر فى بقاء العين ايضا والنبوى «أذا اختلف المتبايعان فالقول قول البايع والمبتاع بالخيار» وبما أرسله فى الخلاف من أخبار الفرقة انتهى .

ولا يخفى انه مع قطع النظر عن المرسل والصحيح ان هذه الكلمات هدم لقاعدة المدعى والمنكر المستفاد من الروايات ايضا فان كان المعيار كون البينة على المدعى واليمين على المنكر فلا اشكال فى ان الفرض كون البايع مدعىا والمشتري منكر او حيثئذ بقاء المبيع وعدمه كالحجر فى جنب الانسان فلا ربط لهما باصل الدعوى واما الصحيح فان اختلفا فالقول قول رب السلعة او يتتاركا فان لزم العمل به فلا يجرى قاعدة البينة واليمين والأفلا اعتماد به ما لم يرجع الى القواعد المسلمة واطهر فساداً ما فى النبوى صلى الله عليه وسلم حيث جعل المعيار بقول البايع مع ان القول قول المنكر بيمينه فلا يصح كون القول قول البايع ما لم يرجع الى الانكار واتفاق الاصحاح على صحة رواية او مرسل مع كونه على خلاف القواعد لا يوجب العمل به مع كون قاعدة المدعى والمنكر ايضا من المتفقة عليهما بين الاصحاح

ومنه يعلم عدم نفع فى نقل عبارات الاصحاب اذ كلهم بناء اقوالهم على المرسل  
البنزطى المشتمل على بقاء المبيع وعدمه

ومع ذلك قول فى الحدائق بعد مرسل البنزطى ما لفظه والتقريب فيها أنها تدل  
بمنطوقها على تقديم قول البايع مع قيام عين المبيع ، وبمفهومها على تقديم قول  
المشتري مع تلف العين ثم شرع فى استحكام المرسل فقال ولا يضر ارسال الخبر  
المذكور ، لرواية المشايخ الثلاثة ولما ذكره من استثناء مراسيل أحمد بن محمد  
ابن ابي نصر لانه ممن اجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه ولعمل جل الاصحاب  
بها لاسيما المحدثين الثلاثة ، وغيرهم المتقدمين وجل المتأخرين قال فى الوافى -  
بعد ذكر الخبر المذكور: والوجه فيه ان مع بقاء العين يرجع الدعوى الى رضا البايع  
وهو منكر لرضاه بالاقول ، ومع تلفه يرجع الى شغل ذمة المشتري بالسلمن ، وهو  
منكر للزيادة .

اقول هذا الوجه الذى ذكره هنا قد احتج به بعض القائلين بالقول المشهور  
وقد تنظر فيه شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك قال : لاتفاقهما على انتقال العين الى  
المشتري وملكه لها ، وانما الخلاف بينهما فيما يستحق فى ذمة المشتري فلا وجه لتقديم  
قول البايع ، بل المشتري هو المنكر فى الموضوعين ، ثم قال : فالمعتبر حينئذ هو النص  
انتهى وهو جيد متين .

وما ذكره (قدس سره) هنا قد احتمله العلامة فى القواعد قولاً فى المسألة ونقله  
فى التذكرة قولاً عن بعض العامة ، وقواه وظاهر المحقق الاردبيلي تقوية القول  
المذكور ، قل : وهو الظاهر الموافق للقوانين ، وكذا يظهر من المسالك انه اقوى  
الاقوال ، وهو كذلك ، فانه الاوفق بالقواعد الشرعية ، لانه لا معدل عن النص  
المذكور انتهى .

اقول تقدم قول المنكر مع يمينه ايضاً عن النص و فى بلغة الفقيه قال قد  
استفاض النص والاجماع على ان البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه فالنص  
فى المقام خاص وارد لمورد خاص ومادل على قاعدة المدعى والمنكر عام وارد

لجميع الموارد ومعمول به عند الجميع وغير قابل للتخصيص والمنكر هنا المشتري فقله مقدم من غير فرق بين وجود المبيع وتلفه فان لهما احكام تجرى بعد جريان اصل الدعوى فاذا ثبت ان المال للمشتري فيرجع الى من تلفه بالمثل او القيمة فما يكون من الاحكام المتأخرة ليس له دخل فى اصل الدعوى ولا يوجب شيئاً من المداخلة والايلىزم تقدم الشيء على نفسه .

وكيف كان فان امكن ارجاع المرسل الى كون البايح منكرها فلا بأس لكنه ليس كذلك فالعمل بها على خلاف القواعد المقررة بين الاصحاب .

وفى الجواهر ايضا بعد عبارته المتقدمة مالفظة وكذا ما عن بعضهم - من أن القول قول المشتري بيمينه ، لانه منكر للزيادة المدعاة بعد اعتراف البايح بأن العين ملكه ، فهو كمن ادعى عليه بمائة مثلاً فاعترف بخمسين ، الا أنه لم نعرف قائله ، قبل الفاضل فى المختلف ، بل فى المسالك « لم يذكر أحد من أصحابنا فى كتب الخلاف ، و ذكره العلامة فى القواعد احتمالاً ، و حكاه فى التذكرة عن بعض العامة وقواه .

لكن الذى يظهر أنه أقوى الاقوال ان لم يتعين ، العمل بالاول نظراً الى الخبر والاجماع ، غير أن فيهما ما قد عرفت « قلت : بل اليه يرجع ما فى المختلف وان أطل فيه الا أنه لا يخفى عليك ضعفه فى خصوص المقام لما سمعت ولا يخفى ان تقوية مثل العلامة يكفى فى انتصارنا فى هذا القول بل اعتراف صاحب الجواهر بانه اقوى الاقوال وقد اعترف ايضاً بارجاع ما فى المختلف اليه ثم بعد قوله لا يخفى عليك ضعفه حيث كان على خلاف المرسل اراد تصحيحه حتى قدم قول المنكر الى المشتري فقال نعم لا بأس به فى غيره لو أبرزت الدعوى باشتغال الذمة بالزائد وأنكاره ، يعنى لو ظهرت الدعوى بان المتيقن مثلاً خمسون والشك فى خمسين الباقي اذا ادعى البايح كون الثمن مائة والمشتري ينكره فقال بل هو خمسون فانه حينئذ كان البايح مدع والمشتري ينكره ولا يخفى انه عين الواقع ولا يحتاج بل لا يصح جعل الدعوى بنحو اخر .

و كيف كان فالمسألة فى غاية الاشكال و منشأه و رود النص على خلاف

القاعدة وفي التذكرة ما لفظه لو اختلفا في قدر الثمن خاصة ، فقال البائع بعتك هذا بمائة فيقول المشتري بخمسين فان كان لاحدهما بينة قضى بها ، وان اقام كل واحد منهما بينة على ما يقوله سمعنا بينة من لا يكون القول قوله مع اليمين وعدم البينة . وعند الشافعي تسمع البينتان معاً من حيث أن كل واحد منهما مدع ، وحينئذ قولان اما التساقط فكأنه لا بينة واما التوقف الى ظهور الحال . فان لم يكن لواحد بينة قال اكثر علمائنا : ان كانت السلعة قائمة فالقول قول البائع مع يمينه ، وان كانت تالفة فالقول قول المشتري مع يمينه ، لان المشتري مع قيام السلعة يكون مدعياً لتملكها وانتقالها اليه بما ادعاه من العوض والبائع ينكره ، واما بعد التلف فالبائع يدعى على المشتري ما لا في ذمته والمشتري ينكره فيقدم قوله .

ولما روى عن الصادق عليه السلام «انه قال في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري هو بكذا وكذا بأقل مما قال البائع قال : القول قول البائع مع يمينه اذا كان الشيء قائماً بعينه» وهو يدل بالمفهوم على انه اذا لم يكن قائماً بعينه يكون القول قول المشتري وقال بعض علمائنا ، ولا بأس به : القول قول البائع ان كانت السلعة في يده وقول المشتري ان كانت السلعة في يده .

وقال الشافعي يتحالفان سواء كانت السلعة قائمة أو تالفة ، وبه قال محمد بن الحسن وأحمد في احدي الروايتين ، لما روى ابن مسعود « ان النبي عليه السلام قال اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار» ومعنى ذلك ان القول قوله مع يمينه و المبتاع بالخيار ان شاء أخذ بما قال وان شاء حلف و انما ذكر البائع لانه يبدأ بيمينه ، ولانهما اختلفا في العقد القائم بينهما وليس معهما بينة فتحالفا كما لو كانت السلعة قائمة ، ولان البائع مدع زيادة الثمن و مدعى عليه في تملك السلعة بالاقول والمشتري بالعكس فكل منهما مدع ومنكر الى آخر العبارة .

قوله لان المشتري مع قيام السلعة الخ وانت اذا انصفت تعلم بان ادعاء المشتري لتملك السلعة وانتقالها اليه سواء في حالة وجود السلعة وتلفها فكما يمكن له ادعاء تملك السلعة مع وجودها فكذلك مع تلفها بداهة ان المال اذا كان لشخص

كان له ادعائه فى الصورتين غاية الامر مع وجوده وثبوته له تملكه والا رجع الى التالف بالمثل او القيمة وهل يصح لعاقل ان يتوهم ان صاحب المال على فرض وجود ماله صح له دعوى تملكه دون حال تلفه .

وبالجمله ادعاء المشتري للتملك اجنبى عن بقاء العين وتلفها بل له الامران كما عرفت وكذا انكار البايع لا يرتبط ببقاء السلعة وعدمها فاذا اثبت الدعوى يكون المال للمشتري والتمن للبايع فيطالب المشتري ماله فان كان والا أخذه بالمثل او القيمة فوجود السلعة وتلفها لا يؤثر فى الدعوى بشىء فالأظهر فى الجواب عن المرسل الدال على التفصيل هو معارضته مع القواعد المسلّمة هذا مما يرد على نفسه الشريف وغيره .

واما ما افاد الشافعى من التخالف فقد احتمله فى الجواهر ايضا حيث اراد ارجاع النزاع الى التحالف كى يخرج المشتري عن كونه منكر ابل كل منهما مدع ومنكر فقال اما لو ابرزت فى تشخيص سبب الشغل بحيث يكون الاستحقاق تبعيا ، فقد يمنع تقديم قول المشتري فيه ضرورة كون كل منهما مدعيا ومنكراً، فى المقام مثلاً يدعى البايع أن ما وقع ثمناً فى عقد البيع المخصوص مائة والمشتري خمسون ، فنزاعهما فى تشخيص العقد المشخص فى الواقع، ولا ريب فى كون كل منهما مدعياً فيه ومنكراً .

ولعله لذا احتمل التحالف الفاضل فى كثير من كتبه، بل عن ولده أنه صححه، والشهيد الاول اختاره فى قواعده ، وان نسبه فى دروسه الى الندرة ثم اراد تأييد التحالف بما ذكره الكركى فقال بل مال اليه هنا فى جامع المقاصد قال ما حاصله: ان البايع لما لم يكن اعترافه بالملك مطلقاً ، بل كان على وجه ان ثبت ، ثبت به الثمن المخصوص ، كان منكر المدايعه المشتري أيضاً ، ومدعياً عليه ثمناً مخصوصاً اقتضاه عقد آخر ، والمشتري ينكره ويدعى عليه ثمناً مخصوصاً اقتضاه عقد آخر ، فلا قدر مشترك بينهما محقق قد اتفقا عليه، كى تتوجه الدعوى حينئذ الى الزائد عليه وينتفى التحالف الذى ضابطه تنافى الدعويين الى آخر العبارة .

وهذا القول محكى عن المختلف ايضا حيث قال : والمعتمد أن نقول : ان السلعة اما ان تكون باقية أو تالفة، فان كانت تالفة فاما أن تكون قد تلفت في يد البايع قبل الاقباض أو في يد المشتري أو في يد البايع بعد الاقباض فان تلفت في يد البايع قبل الاقباض بطل البيع ، و لا معنى للتحالف وان تلفت في يد المشتري أو في يد البايع بعد الاقباض، أو كانت قائمة فلا يخلو اما ان يكون الثمن معيناً أو في الذمة، فان كان معيناً فاما ان يكون الاقل مغايراً لاجزاء الاكثر أولاً، فان كان مغايراً لتحالفنا وفسخ البيع ، وان لم يكن فالقول قول المشتري .

ويحتمل التحالف ، لنا انه على تقدير المخالفة يكون التحالف في عين الثمن كما تخالفا في قدره ، ولا ريب أنه مع التحالف في عين يتحالفان الثمن فكذا هنا ، وأما على باقى التقادير فلان البايع يدعى الزيادة في الثمن والمشتري ينكرها، فالقول قوله مع اليمين ، كما لو تلف السلعة أو كانت في يد المشتري .

واما احتمال التحالف على هذه التقادير غير تقدير المخالفة ، فلانهما متداعيان كل منهما مدع ، فان البايع يدعى العقد بعشرين ، والمشتري يدعى العقد بعشرة والعقد بعشرين غير العقد بعشرة انتهى .

اقول اما كونهما عقدين متخالفين فهو انما يكون فيما لم يكن متيقن في البين فمع اتفاقهما فى الاقل فى هذا العقد كيف يكونان عقدين وبالجملة العقد بعشرة و العقد بعشرين عقدان متخالفان لسو كان مبيعهما متخالفين ايضا لافيما كان المبيع شىء واحد واختلافهما فى الزائد على المتيقن .

وفى الحدائق بعد نقله فى ضمن الاقوال قال وأورد عليه بمنع المغايرة الموجبة لما ذكر لاتفاقهما على عقد واحد ، وعلى انتقال المبيع الى المشتري به ، وثبوت الثمن الاقل فى ذمة المشتري ، و انما يختلفان فى الزائد فاحدهما يدعيه ، والاخر ينكره ، فلا وجه للتحالف انتهى .

وبالجملة لانفع لارجاع الدعوى الى التحالف لوجهين الاول ان الحكم فى التحالف يمين كل منهما على نفى ما ادعاه الاخر والحكم بانحلال الدعوى كان لم يكن كما اذا ادعى احدهما كون عقد النكاح دائما والاخر منقطعاً فلا قدر مشترك فيما



بينهما فيحلف احدهما على عدم كون العقد دواما والاخر على عدم كون العقد متعة  
يفسخ العقد بالمرّة فلاشئ بينهما بحسب الدعوى .

وهذا المعنى لا يتم فى المقام فان المرسل دل على تقدم قول البايع فى صورة  
وجود المبيع وتقدم قول المشتري فى صورة عدم وجود المبيع وبينه وبين التحالف  
بون بعيد الثانى ان التحالف كما عرفت ارجاع النزاع الى دعويين مختلفتين كما عرفت  
بلاحد مشترك بينهما كما اذا دعى احدهما كون الشئ مبيعا والاخر كونه هبة بخلاف  
المقام فانه عقد واحد يكون بينهما حد مشترك وهو العقد المعين المخصوص فكل  
منهما مشترك فى استحقاق خمسين من الثمن وانه القدر المتيقن بينهما من غير اختصاص  
الدعوى باحدهما والتحالف كان احد الدعويين مختصة باحدهما والاخرى بالآخر .  
ثم انه فى المسالك قال وفى المسئلة اقوال اخر منها ان القول قول من هى فى  
يده الا ان يحدث المشتري فيه حدثا فيكون قوله مطلقا وهو خيرة ابن الجنيدي ونفى  
عنه الباس فى التذكرة ووجه الاول ان من ليس فى يده يدعى انتزاعه بما يغرمه من الثمن  
وذواليد ينكر ذلك فيكون القول قوله ترجيحاً لذى اليد فان الخارج هو المدعى  
واما حدث المشتري فهو دليل اليد وفيه ما مرالى ان قال بعد نقل القول بالتحالف .  
وفيه منع المغايرة الموجبة لما ذكر لاتفاقهما على عقد واحد وعلى انتقال  
المبيع الى المشتري به وثبوت الثمن الاقل فى ذمته وانما يختلفان فى الزائد واحدهما  
يدعيه والاخر ينكره فلا وجه للتحالف وهذا القول احتمله العلامة فى كثير من كتبه  
وصححه ولده فى الايضاح ونسبه فى الدروس الى الندور مع انه اختاره فى قواعده .  
ومنها ان القول قول المشتري مطلقا لاتفاقهما على وقوع البيع و انتقال  
المبيع الى المشتري وانما الخلاف بينهما فيما يستحق فى ذمته فيكون القول قوله  
فى نفى الزائد مطلقا لانه منكر وهذا القول لم يذكره احد من اصحابنا فى كتب  
الخلاف وذكره العلامة فى القواعد احتمالا ونقله فى التذكرة عن بعض العامة وقواه  
والذى يظهر انه اقوى الاقوال ان لم يتعين العمل بالاول نظراً الى الخبر او الاجماع  
غير ان فيهما ما قد عرفت انتهى .

وقد عرفت قوة هذا القول بل لا كلام فيه لولا النص وما ذكره الاصحاب في التفصيل بين كون المبيع موجوداً وعدمه من حيث النص والافقد قطعوا بان القول قول المنكر وهو المشتري .

ومنه ظهر ما في قوله المسألة ﴿الثانية﴾ : لو اختلفا في تاخير الثمن وتعجيله ، او في قدر الاجل ، او في اشتراطه الرهن من البايع على الدرك أو ضمين عنه ﴿فان الجميع متحدة في المدرك الا أن المصنف وغيره حكموا ﴿ف﴾ بها بأن ﴿القول قول البايع مع يمينه﴾ وقد عرفت ان الاقوى في الجميع تقدم قول المشتري فانه هو المنكر .

ومنه ظهر ايضاً حكم المسألة ﴿الثالثة﴾ حيث قال ﴿لو اختلفا في﴾ قدر ﴿المبيع فقال البايع : بعثك ثوباً﴾ بدرهم مثلاً ﴿فقال﴾ المشتري : ﴿بل ثوبين﴾ أو قال البايع : هذا الثوب بكذا ، وقال المشتري : ذلك مع ثوب آخر معين به ﴿فالقول : قول البايع أيضاً﴾ وجه الظهور ان البايع مدعى للاقل والمشتري ينكره وان كان بحسب اللفظ هو ايضاً مدعى للاكثر لكنه في الواقع .

قال في الحدائق لو اختلفا في المبيع ، فقال البايع : بعثك ثوباً ، فقال المشتري بل ثوبين ، فان القول قول البايع بيمينه ، لانه منكر لباع الزائد ، مع اتفاقهما على أمر مشترك ، وهو بيع الثوب الواحد انتهى ولا يخفى انه مدعى لاقبية المبيع لانه منكر للبيع الزائد بعد وضوح انه يبيع واحد والانكار يصح في بيوع متعددة مثلاً اذا وقع ثلاثة بيوع وقال المشتري ثلاثة في ثلاثة ثمن صح ان يقال بان البايع منكر للزيادة لايبيع واحد قال البايع بكونه ثوباً وقال المشتري بل ثوبين ويمكن ان يصححه بان المشتري ادعى ان الثمن المعلوم لثوبين او ثوب وجارية والبايع منكر لزيادته على الثوب الواحد .

قال في التذكرة اذا اختلفا في المثلين فقال البائع بعثك هذا العبد بالف فقال المشتري بل بعثني هذا العبد وهذه الجارية بألف ، فالاقرب عندي هنا تقديم قول البائع لان المشتري سلم له استحقاق الالف في ذمته ويدعى بيع شيئين والبائع ينكر

أحدهما فيقدم قوله . وقال الشافعي : يتحالفان ، كما تقدم في مذهبه . انتهى  
و يمكن ان يتصور النزاع بحيث ينطبق على التحالف بان يكون البايع  
مدع للاقل والمشتري مدعى للاكثر ولكنه مشكل لان القدر المتيقن فيما بينهما هو  
الاقل حيث ان البايع والمشتري متفقان على كون المبيع الثوب الواحد المعين  
غاية الامر ان البايع يدعى اختصاص المبيع به والمشتري يدعى معه غيره ايضا فلا  
يكون عقدين متباينين كما هو كذلك في العقدين المتحالفين فالقول قول المنكر واقعا  
مع يمينه .

ولا ينحصر الانكار في الاقل بل هو امر مختلف فان كان انكاره في الثمن كان  
في الاقل وان كان في المثلث كان في الاكثر كما في المقام فان المشتري ينكر اقلية  
المبيع فالظاهر تقدم قوله واصالة عدم انتقال غير ما اعترف به من المبيع معارض  
باصالة عدم انتقال غير ما اعترف به من الثمن فان الثمن على زعم المشتري هو  
المائة . مثلا على فرض كون المبيع الاكثر والافلو كان بقدر ما ادعاه البايع فقد  
سقط من الثمن على زعم المشتري فاذا كانت المائة على زعم المشتري في مقابل  
ثوبين كان نصفه في مقابل ثوب واحد فالاصلان متعارضان و يتساقطان فلا اصل  
يقتضى لتقدم قول البايع فيرجع الى قاعدة المدعى والمنكر وهو المشتري .  
قال في الجواهر بعد بيانه في المسألة والتحقيق اتيان البحث السابق هنا اذ  
لانص في المقام يعارض ما يقتضيه الاصل ، فيبقى البحث في تعيين مقتضاه من تقديم  
مدعى الاقل أو التحالف أو غيرهما ، وقد تقدم الكلام فيه مفصلا انتهى .

وقد عرفت ميله الى تقدم قول المنكر وتردده في كون القول قول البايع نعم  
يمكن فرض التحالف في قول المصنف ﴿فلو قال﴾ البايع : ﴿بعتك هذا الثوب﴾  
بكذا ﴿فقال﴾ المشتري : ﴿بل هذا﴾ فانه عقدان متخالفان ﴿فهنا دعويان﴾ لا قدر  
مشترك بينهما ﴿فيتحالفان﴾ على نفى كل من قولهما ﴿ويبطل دعواهما﴾ .

وفي الجواهر لحصول ضابط التحالف ، وبترادان ، كما في النبوي «المتبايعان  
اذ اختلفا ، تحالفا وترادا» وكذا لو تكالما ويبدء باليمين من ادعى عليه أولا ، كما

فى المسالك فى نحو ذلك ، بل هو مقرب التذكرة ، ونفى عنه البعد فى جامع المقاصد انتهى .

بل الظاهر لا كلام فى التحالف حيث انهما عقدان مختلفان وان المبيع عند البايع شىء وعند المشتري شىء آخر فيحلف كل منهما على نفي المبيع الاخر فسقط الدعويان كان لم يكن فى البين شىء وقد عرفت ان الفسخ من اصله لامن حين الفسخ فالنمآت كلها للبايع حينئذ .

ثم انه من التحالف ما كان اختلافاً فى الثمن والمثمن معاً فقال البايع بعتك العبد بألف و قال المشتري بعتنى العبد والجارية بالفين كما فى التذكرة قال و لو اختلفا فى قدر الثمن والمثمن معاً ، بأن يقول البائع بعتك هذا العبد بألف و يقول المشتري بعتنى وهذه الجارية بالفين ، فالاقوى عندى هنا انهما يتحالفان ، و به قال الشافعى ، لان هنا دعويان مختلفتان فاذا حلف البائع أنه ما باعه العبد و الجارية بالفين وحلف المشتري انه ما باعه العبد وحده بألف انفسخ العقدان أو فسخه الحاكم انتهى .

وفى الحدائق قال بقى هنا شىء ينبغى التنبيه عليه ، وهو أنه اذا ادعى البايع أنى بعتك هذا الثوب ، فقال المشتري : بل هذا اشارة الى ثوب آخر ، فان الحكم كما عرفت التحالف ، وبطلان البيع ، فاذا حلف البايع على نفي ما يدعيه المشتري بقى الثوب على ملكه فان كان فى يده ، والا انتزعه من يد المشتري ، واذا حلف المشتري على نفي ما يدعيه البايع ، وكان الثوب فى يده لم يكن للبايع مطالبته به ، لانه لا يدعيه ، وان كان فى يد البايع لم يكن له التصرف فيه ، لانه معترف بمانه للمشتري ، وله ثمنه فى ذمته ، فان كان البايع قد قبض الثمن رده على المشتري ويأخذ الثوب قصاصاً ، وان لم يكن قبضه أخذ الثوب قصاصاً أيضاً بذلك الثمن ولو زاد فهو مال لا يدعيه أحد ، كذا فصله العلامة فى التذكرة انتهى .

قال فى الجواهر و على كل حال فاذا حلفا سقطت الدعويان عندنا كما فى التذكرة قال : « كما لو ادعى على الغير بيع شىء او شرائه ، فانكر وحلف ، سقطت

الدعوى، وكان الملك باقياً على حاله، ولم يحكم بثبوت عقد حتى يحكم بانفساخه ومن ذلك نسب إليه في المسالك القول بالبطلان من الاصل بعد التحالف، وأنه ينزل البيع منزلة المعدوم، خلاف ما اختاره في القواعد والدروس، من أنه حين التحالف او الفسخ، لامن الاصل، انتهى .

قد عرفت ان الفسخ في جميع الموارد انما يكون من الاصل لا من حين الفسخ وقد عرفت بما لا مزيد عليه في السابق ويظهر الثمرة في النماآت وفيما اذا كان العين حين التحالف خارجاً عن ملك مالكة بالمبيع او العتق او الوقف او خارجه عن التمامية كالرهن لا يمكن ان يخرج المبيع عن ملكه بعد البيع .

ثم وقع الاختلاف وحيث عرفت من الكلمات انه بعد التحالف رجع كل عين الى مالكة من اول الامر بل الفسخ كاشف عن عدم انتقال المبيع الى المشتري حتى كان البيع لم يقع اصلاً فلا جرم كان المبيع راجعاً الى مالكة فيكشف عن بطلان جميع التصرفات ويرجع الثمن ايضاً الى المشتري وحينئذ ان كان المبيع خارجاً عن ملكه بالمبيع ونحوه كان بيعه فضولياً فان اجاز البايع والا كان على المشتري رده الى البايع ان امكن و الا فعليه مثله او قيمته و كذلك ان عتقه او وقفه ونحو ذلك . و اما على الفسخ من حينه فان اخرج المشتري عن ملكه فان كان بيعه مع خيار له لزم عليه الفسخ و ارجاعه الى مالكة و ان كان عتقاً او وقفاً او وطأ لزم عليه قيمته للمالك وان كان رهناً لزم عليه فكته و ذلك لوقوع جميعها عن ملكه فيكون تصرفه صحيحاً اذ الفرض ان الفسخ وقع بعد التصرف المخرج عن الملك هذا ان امكن فكته والالزم على البايع الصبر حتى ينقضى مدة الرهن و كان على الراهن تحمّل ضرر مالك العين الى مدة الانقضاء او دفع قيمة العين معجلة .

و كذا ان وجد البايع العين مستأجرة فان له الصبر حتى ينقضى مدة الاجارة واخذ اجرة المثل من المشتري ان لم يكن الصبر ضرراً عليه و الا اجبره بدفع قيمة العين او مثلها اليه وان وجد البايع بعد التحالف العين تالفة فعلى الفسخ من الاصل لا اشكال وعلى كونه من حينه كان على المشتري قيمته او مثله ورد ثمن

المسمى الى البايع ان اخذه .

وعن المسالك «أنه لو وجد العين أى التى وقع التحالف على ثمنها مستأجرة أو مرهونة ، انتظر انقضاء المدة أو الفك ، و فى تخيره بينه وبين القيمة معجلة ، وجه» وعن القواعد «لو كان المبيع اى الذى اختلف فى ثمنه تالفاً وجب القيمة عند التحالف يوم التلف، ويحتمل يوم القبض، ولو تلف بعضه أو تعيب، أو كاتبه المشتري أو رهنه أو ابق أو آجره، رجح بقيمة التالف وأرش المعيب وقيمة المكاتب والمرهون والابق والمستأجر ، و للبايع استرجاع المستأجر ، لكنه يترك عند المستأجر مدة الاجارة والاجرة المسماة للمشتري، وعليه أجرة المثل للبايع، ولوزالت الموانع - بأن عاد الابق او فك أو بطلت الكتابة بعد دفع القيمة، فالاقرب عود ملك البايع الى العين، فيسترد المشتري القيمة» انتهى .

ثم الظاهر ان التحالف فيما لا مناص لهما للحل الا به فلا يجزى فيما كان لهما الخيار فان النزاع فى القلة والكثرة يرتفع باصل الفسخ .  
كما ان الظاهر ارتفاع العقد بنفسه بعد التحالف من دون الاحتياج الى الفسخ بل انفسخ العقد بمجرد التحالف كان لم يكن عقد بينهما من غير فرق بين كون الفسخ من الاصل او الحين ،

غاية الامر فى الثانى كذلك من حين الفسخ قال فى المسالك بعد البحث فى ذلك : (الظاهر ان العقد يبطل بمجرد التحالف وان لم يفسخه فاسخ وبه قطع فى التذكرة محتججا بما تقدم ، من ان يمين كل منهما يسقط دعوى الاخر، فيكون الملك باقياً على حاله ، و لم يحكم بشبوت عقد ، حتى يحكم بانفساخه وهذا على القول ببطلانه من أصله، واما على القول ببطلانه من حينه، فالظاهر أنه كذلك ، لانتفاء دعوى كل منهما بيمين صاحبه، فينفسخ حيثئذ، ولان امضاءه على وفق اليمينين متعذر ، وعلى وفق احدهما تحكم ، وهو ظاهر فتوى القواعد» انتهى .

والظاهر انه جيد اذا التحالف يرفعه من رأس ظاهرأ و باطناً فكأنه لا عقد قد وجد فيجوز لكل منهما التصرف فى ماله كما كان له قبل البيع ويجوز لثالث الاخذ

من احدهما فضلا عن اخذه منهما فلا يكون فى البين عقد كى يحتاج الى فسخه خلافا للجواهر قال قلت: ذلك كله لا يقتضى الانفساخ باطنا للعقد اللازم الذى أقر به وتوافقا عليه، وتعذر تسليم الثمن او المضمن ظاهراً اخيراً لا يقضى به انتهى وتمام الكلام فى محالها ثم الظاهر انه فى زمن الخيار المشترك لا يحتاج الى التحالف لكون الخيار طريقاً الى الانفساخ ورفع النزاع.

﴿ولو اختلف ورثة البايع وورثة المشتري﴾ فى القدر ﴿كان القول: قول ورثة البايع فى المبيع وورثة المشتري فى الثمن﴾ وان كانت عين المبيع قائمة لما عرفت من كون القول: قول مدعى الاقل فى الثمن والمضمن، خرج من ذلك للنص والفتوى صورة ما لو كان النزاع بين البايع نفسه والمشتري كذلك مع قيام عين المبيع دون غيرها من الصور التى منها محل البحث، حتى صورة النزاع بين احدهما ووارث الاخر، و دعوى ان كل ما كان للمورث ينتقل للموارث مسلمة فى المال والحقوق التى تنتقل، بخلاف محل الفرض الذى هو من الاحكام لامن الحقوق فما عن جماعة من ان حكم الوارث حكم المورث مطلقاً فى غير محله، وان استحسنه فى المسالك انتهى .

قال فى التذكرة لومات المتبايعان واختلف ورثتهما فى مقدار الثمن او المضمن فهو كاختلاف المتبايعين عندنا، فان كانت السلعة قائمة حلف ورثة البائع وان كانت تالفة حلف ورثة المشتري، وكذا قال الشافعى بانهما يتحالفان كالمتبايعين لان ما كان للمورث ينتقل الى وارثه، وقال ابو حنيفة: ان كان المبيع فى يد وارث البائع تحالفاً وان كان فى يد وارث المشتري فالقول قوله مع يمينه، لان القياس عدم التحالف فاجزاه مع بقاء السلعة انتهى.

اقول الظاهر وضوح انه ليس للوارث الا ما للمورث ولا يتعدى عن ذلك اصلاً واحكام الدعاوى ليس من الحقوق حتى يجرى فيها ما مر فى خيار المجلس من كون الحق قائماً بالحى فالحكم فى المقام جار بمثل الذى كان للمورث وقد عرفت ان القول قول المنكر وهو المشتري.

المسألة ﴿الرابعة﴾ : اذا قال ﴿البايع مثلاً﴾ : ﴿بعتك﴾ مالى ﴿بعبد﴾ وشبهه مما يصح ثمننا ﴿فقال﴾ المشتري : ﴿بل بحر او﴾ قال : ﴿بخل فقال﴾ بل بخمر ﴿او نحو ذلك مما لا يصح ثمننا﴾ او قال ﴿البايع مثلاً﴾ : ﴿فسخت قبل التفرق وانكر الاخر فالقول﴾ : قول من يدعى صحة العقد ﴿وبقاؤها﴾ ﴿بيمينه﴾ للاصل بمعنى الظاهر او القاعدة ، او الاستصحاب ﴿و﴾ ﴿حينئذ فيكون﴾ ﴿على الاخر البينة﴾ وفى الجواهر بلا خلاف معتد به اجده ، لكن فى الكفاية فيه نظر ولعله لاعمية أصالة الصحة من كون المبيع عبداً انتهى .

قال فى التذكرة هذا كله فيما اذا اتفقا على وقوع عقد صحيح بينهما ، اما لو اختلفا من غير الاتفاق على عقد صحيح - بأن يدعى أحدهما صحة العقد والاخر فساده ، كما لو قال بعتك بألف فقال المشتري بل بألف وزق خمر أو قال أحدهما شرطنا فى العقد خياراً مجهولاً ، أو غيره من الشروط الباطلة ، وانكر الاخر - فلا تحالف ويقدم قول مدعى الصحة ، وهو أحد قولى الشافعى ، لان الظاهر من العقود الجارية بين المسلمين الصحة ، الى ان قال والقول الثانى انه يقدم قول من يدعى فساد العقد مع يمينه ، لان الاصل عدم العقد الصحيح وبقاء الملك للمالك ، فصار كما لو اختلفا فى أصل البيع . ويعارض بأن الاصل عدم العقد الفاسد ايضا لكن قد وقع العقد بينهما قطعاً والاصل الصحة انتهى .

اقول وقد أجاب قده بما هو الجواب فان الاصل كما يجرى فى الفساد فكذلك يجرى فى الصحة وبعد التساقط يرجع الى اصالة الصحة فانه مقدم على الفساد وهو امر قدمه الشرع فى كثير من الموارد كباب الصلاة وغيرها من العبادات ولان المسلم لا يفعل باطلا بما انه مسلم .

ثم انه من ذلك ما اذا قال البايع مثلاً : بعتك وأنا صبى فأنكر المشتري وقال : بعنتى وأنت بالغ فعن القواعد «احتمل تقديم قول مدعى الصحة مع يمينه ، وتقديم قول البايع ، لاصالة البقاء» ثم قال : «ولو قال : كنت مجنوناً ولم يعلم له سبقه ، قدم قول المشتري بيمينه والافكا الصبى» وظاهره كما فى الجواهر التوقف كما عن



التذكرة والتحرير، والدروس فى المقام وجه الظهور اكتفائه بمجرد الاحتمال وعن اقرار جامع المقاصد « ان الصبى يحلف » لكن فى الجامع هنا « ان الاحتمال الثانى فى غاية الضعف ، لان اصالة البقاء مندفة بالاقرار بالبيع المحمول على البيع الصحيح شرعاً ، فان صحته تقتضى عدم بقاء الصبوة فلا يعد معارضاً ، كما لا يعد احتمال الفساد معارضاً لاصالة الصحة فى مطلق الاقرار بوقوع عقد البيع .

فان قلت : أصلان قد تعارضا ، للقطع بثبوت وصف الصبوة سابقاً قلت : قد انقطع هذا الاصل بالاعتراف بصدور البيع المحمول على الصحيح ، كما يحكم بانقطاع اصالة بقاء ملك البايع ، بالاعتراف بصدور البيع لو اختلفا فى صحته وفساده ، ولو ثبت فى هذه المسألة تعارض الاصلين ، لثبت تعارضهما فيما لوقال : تبايعنا ، وادعى أحدهما الفساد، والفرق غير واضح ، وكون الصبوة مستمرة لادخل له فى الفرق « ثم قال فى شرح قوله ولو قال : كنت مجنوناً الى آخره : اى فيجىء فيه احتمال تقدم جانب الصحة ، لانها الاصل ، والفساد لاصالة بقاء مقتضيه ، وليس بشىء ، لانقطاع هذا الاصل كما قررناه فى المسألة السابقة » انتهى عبارته المحكية .

ولا يخفى ان بقاء الصبوة لازم عقلى لبقاء البيع فى حال الصبابة واصالة بقاء المال على ملك مالكه فاصل المعارضة مضافا الى تقدم اصالة الصحة كان معارضة غير جار أصلا الا عند القائلين بحجية الاصول المثبتة او عند من جعل الاستصحاب من الامارات وكذلك القول فى ادعاء الجنون فانه مضافا الى تقدم اصالة الصحة لاتجرى اصالة بقاء المال حيث ان لازمه العقلى بقاء البيع فى حال الجنون فيكون اصالة الصحة فى الموردين بلا معارض بمعنى عدم الاعتداد بقول الصبى والمجنون لكنه قد افاد فى باب الضمان ما يخالف هنا حيث قال عند قول العلامة لا يصح ضمان الصبى وان أذن له الولي ، فان اختلفا قدم قول الضامن ، لاصالة براءة الذمة وعدم البلوغ ، وليس لمدعى الاهلية أصل يستند اليه ، ولا ظاهر يرجع اليه ، بخلاف مالو ادعى شرطاً فاسداً ، وكذا البحث فيمن عرفت له حالة جنون .

حيث قال فى شرحه ما لفظه المحكى اى « فان اختلف الضامن والمضمون

له في وقوع الضمان حال الصبا أو حال الكمال . قدّم قول الضامن في أنه كان صبيا وقت الضمان ، لان الاصل براءة الذمة ، فيستصحب ، وكذا أصل عدم البلوغ ، وليس لمدعى أهلية الضمان حال وقوعه أصل يستند اليه ، ولا ظاهر يرجع اليه يكون معارضا للاصلين السابقين .

فان قيل : له أصالة الصحة في العقود ، وظاهر حال العاقد الاخر أنه لا يتصرف باطلا قلت : الاصل في العقود الصحة بعد استكمال اركانها ، ليتحقق وجود العقد ، أما قبله فلا وجود للعقد ، فلو اختلفا في كون المعقود عليه هو الحر أو العبد حلف منكر وقوع العقد على العبد ، وكذا الظاهر انما يثبت مع الاستكمال المذكور ، واعترف شيخنا الشهيد في حواشيه بوجود أصالة الصحة في العقود ، لكن بمعارضة أصالة الصبي يتساقطان ، ويبقى أصل البراءة سليما عن المعارض ، فكأنه لا اصل له ، وما ذكرناه أثبت .

ثم انه في شرح قوله بخلاف الى آخره قال : « لان الظاهر أنهما لا يتصرفان باطلا ، وحيث كان المتعاقدان كاملين تحقق الظاهر المذكور وأصالة صحة العقود » وشرح قوله وكذا البحث الى آخره « أى ماسبق في الاختلاف في وقوع الضمان حال الصبا والبلوغ آت فيما عرف له حال جنون بعين ماذكر ، لكن لو حصل الاختلاف في وقوع العقد في يوم الجمعة وكان فيه كاملا ، وفي يوم الخميس قبله وكان باتفاقهما صبيا او مجنونا ، فهل هو كما سبق ؟ او يحتمل بأصالة عدم التقدم ، كل ممكن » انتهى .

وفي الجواهر بعد نقل العبارة قال وهو كما ترى غير خفى انه لو كان المنطقتان بتقديم اصل الصحة فلا فرق بين مواردنا فكما تجرى في بعض الاجزاء والشرائط وما هو خارج عن اركان العقد فكذلك تجرى في اصل تحقق اركان العقد فلا فرق في دعوى الصبابة بين كون العقد عقد البيع او الصلح او الهبة او الضمان فلو اختلفا؟ فقال الصبي قد وقع البيع او الصلح او الهبة او الضمان في حال صبا بتى فانكره صاحبه كان دعوى الصبي راجعة الى بطلان الامورات ودعوى الاخر الى صحتها .

فالقول قول مدعى الصحة مضافا الى ان الاصل الجارى فى ناحية الصبى كان مثبتا وكذلك دعواه المجنون من غير فرق وكذلك لو كان دعواه فى بعض خصوصيات العقد بعد الاعتراف بأصل العقد وكذلك لو كان دعواه فى التقدم والتأخر لو كان أحدهما موجبا للبطلان فينبى على جانب الصحة .

قال فى الجواهر والتحقيق عدم الفرق بين البيع والضمان فى تقديم مدعى الصحة ، لاصلتها القاطعة لجميع هذه الاصول ، بل هو كذلك وان لم يعترف بأنه باع ثم ادعى انه كان صبيا ، ويكفى ثبوت أصل الفعل فيه ولو ببيينة ، ثم يصححه الاصل . ومن الغريب دعوى تخصيصه اصالة الصحة بما بعد استكمال الاركان التى منها المعقود عليه ، مع انه لم يعرف خلاف فى أن القول : قول مدعى الصحة فيما لو تنازع المتعاقدان الكاملان فى وقوع العقد على ما يصح ، أو ما لا يصح ، وقد كان ما هو فيه من تقديم قول الصبى فى مسألة الضمان مستغنياً عن هذه الدعوى ، وكان يكفى فيه دعوى عدم تحقق موضوع اصالة الصحة ، وهو فعل المسلم الكامل ، وان كان يدفعه منع كون الموضوع ذلك ، بل الاصل فى الفعل نفسه الصحة ، وانما يمنع منها عدم الكمال فمع عدم تحققه والفرض وقوع الفعل ، يحكم بصحته حتى يتبين خلافه ، الا انه لا يخلو من نظر فتأمل جيداً انتهى .

ولقد أجاد وقد عرفت انه لو كان المناط بتقدم أصل الصحة فلا فرق بين موارد ما سواء كان فى أصل ادائها او بعض أجزائها وشرائطها وتامام الكلام فى محلها الا ترى ان شاء الله - والله الحمد أولا وآخراً .

﴿ النظر الخامس فى الشروط ﴾ الواقعة فى متن العقد بمعنى الذى قد عرفت من عدم اختصاص له بالمدكور فى ضمن صيغة العقد بل لو تبان المتعاقدان على معاملة بشرط عندهما صح ولو كان الشرط مذكورا قبل العقد متصلا به او منفصلا عنه بحيث كان بنائهما على العقد بالشرط المذكور ولو لم يذكره فى العقد كما عرفت .

ولا اشكال فى مشروعيتها فى جميع العقود حتى النكاح على بعض الصور وكيف كان فلا بد وان يكون الشرط مشروعاً فيجوز حينئذ بلا كلام لعموم ادلة الشروط

فلا يجوز فيما لا يكون كذلك ﴿وضابطه﴾ كما افاد المصنف ﴿مالم يكن مؤديا الى جهالة المبيع أو الثمن﴾ كاشتراط تأجيل أحدهما مدة مجهولة ﴿ولا مخالف للكتاب والسنة للكثيرة الدالة عليه .

ففى الصحيح « المسلمون عند شروطهم الاكل شرط خالف كتاب الله تعالى فلا يجوز » و آخر « من اشترط مخالفا لكتاب الله عز وجل فلا يجوز على الذى اشترط عليه والمسلمون عند شروطهم فيما يوافق كتاب الله عز وجل » والخبر « المسلمون عند شروطهم الاشرطا حرم حلالا أو حلالا حراما »

ولا يخفى ان الاشكال كل الاشكال فى الاستثناء فى قوله او حرم حلالا حيث ان جميع المباحات كذلك فاكل اللحم مباح وبالشرط فى تركه يكون حراما وهكذا فيكون اكل اللحم الذى من المباحات حراما فالمسألة بلحاظ المستثنى صارت قوية الاشكال صعب الدفع فاختار كل طريقا للفرار عن الاشكال .

قال فى الجواهر فى مقام الدفع فالمراد تحريم ما كان حلالا باصل الشرع ، أو بالعكس كاشتراط عدم الارث ممن يرثه أو شرب الخمر أو الزنا ونحوها ، بل التأمل الجيد يقضى بكون المراد بذلك بيان ان الشرط من الملزمات بكل ما هو جائز للمكلف فعلة أو تركه ، وأنه ليس مؤسسا للحكم الشرعى ومثبته، حتى يكون محلا للحرام أو بالعكس ، فيكون الضابط حيثئذ فى السياخ منه ما كان جازيا للمشترط عليه قبل الاشتراط وانما أريد بالشرط الالتزام به وغيره مالم يكن كذلك، ومقتضى ذلك جواز اشتراط عدم البيع أو الهبة أو الوطىء أو نحو ذلك ضرورة أن للمشترط عليه مع قطع النظر عن الشرط ترك ذلك كله انتهى .

وحاصله ان الشرط مخالف للكتاب هو الشرط الذى حرم ما كان حلالا فى الشرع كحرمه اكل الرمان او التسرى او السير فى السفر وحل ما كان حراما كحليمة شرب الخمر فاذا حرم الشرط ما كان حلالا فى الشرع كان من تحريم الحلال فهذا هو الممنوع كجعل الشارط اكل الرمان حراما على المشروط عليه لاجعله متروكا بمقتضى الشرط مع الاذعان بحليته فالشرط ليس مؤسسا ومشرعا للحكم الشرعى حتى يكون محلا للحرام

او محرماً للحلال .

وحينئذ كان الشرط السايغ هو الذى يجوز للمشروط عليه قبل الشرط غاية الامر له الاتيان به والترك وبعد الشرط يكون ملزماً على اتيانه بنحو ما شرط بخلاف غير السايغ فانه يغيره عن الجواز والاختيار الى الالتزام بالترك او الفعل ذاتاً فى مقابل الشرع وقريب بما ذكره عبارة النراقى قال قده فى عوائده بما حاصله ان قوله الا شرطاً حرماً حلالاً او حلالاً حراماً .

ان الضمير فى حرماً وحلالاً راجع الى الشرط ففاعل حرماً وحلالاً هو الشرط اى الشرط حرم حلالاً وحلالاً حراماً وذلك بان يكون المشروط هو حرمة ذلك الحلال او حلية ذلك المحرام فتاره يقول بعنتك بشرط ان يكون اكل الرمان عليك حراماً واخرى بشرط ان لا تؤكل الرمان .

والفرق بينهما فى شدة الوضوح فانه على الاول كان المشروط حراماً واقعاً ولو بنظر الناظر كما اذا كان مشرعاً وعلى الثانى حلالاً واقعاً وظاهر اولو التزامه بعدم الاكل بحيث لو سئل عن الشارط أنت حرمت على اكل الرمان قال لا بل الرمان باق على حليته واستحباب اكله وانما اشترطت عليك عدم اكله لدعاوى الذى كانت لى فتحریم الحلال مصداقه يتحقق فى مقام التشريع بان صير الشارط الحلال حراماً بمجرد التزام غيره بترك الحلال مع الازعان بحليته واقعاً .

وظاهرأً فالمباحات الواقعة فى تلو الشرط كلها من هذا القبيل وان المطلوب فيها مجرد ترك المشروط مع الاعتراف والاذعان باباحته وحليته فالكل من مصاديق عموم المؤمنون عند شروطهم فلا اشكال فعموم المؤمنون بحاله من غير انشلال به من جهة قوله او حرماً حلالاً .

ولعله اليه يرجع ما اجبنا عنه فى المجلد الرابع والثلاثين ص ٢٣٠ من عدم المنافات بين الحلال الذاتى والحرام بالشرط فيكون المباحات حلالاً ذاتاً وحراماً من حيث الشرط لان المقصود ان المباحات الاصلية يجوز ان يحرم بالشرط او يجب فأكل اللحم وشرب التتن وان كان حلالاً ذاتاً لكن يصير بالشرط خارجاً عن

الاباحة وصار حراما عملا بالعموم .

فالممنوع الذى مفاد المستثنى هو جعل الشرط الحلال حراماً دائماً وذاتا وليس حينئذ الا الالتزام به كما هو دأب المشرعين لانفس العمل به مثلاً اكل الرمان مباح او مستحب و تحريمه على نفسه بالشرط دائماً بحيث يجعله حراما على نفسه دهنراً مناف لما فى الشرع الذى جعله حلالا واما اذا كان غرضه من الشرط زمانياً موقتا او دائما لبعض الدعاوى كاضراره عليه بحيث لا يمكن تركه الا بالشرط ونحوه مع الالتزام بانه فى الشرع حلال فلا بأس به .

فما هو مفاد المستثنى لم يتحقق فى الخارج الا لمن كان دأبه العناد وما هو مفاد المستثنى منه وهو العمومات فواقع فى موارد الشروط وبذلك ظهر مرادنا مما مر فى كتاب النكاح فراجع حتى تعلم انه لو لم يلتزم بالترك ابدأ لا يكون من مصاديق المستثنى ولا يوجب شيئا ولا يكون شرطه حراما بل يجب الوفاء به بل الحرام ان يشترط عليه الالتزام بحرمة المباح كما اذا تركه مادام العمر وعقد القلب به .

ويؤيده مناسبة هذا المعنى مع قوله او حلال حراما اى جعل الشرط مثل الخمر الذى حرام حلالا غاية الامر فى تحليل الشرط الحرام حلالا كان اتيانه حراماً أيضاً بخلاف او حرم حلالا فان الحرام نفس الالتزام بحرمة الحلال فلو خالف الشرط ولم يف بما شرط فى اكل الرمان مثلالم يأكل الحرام قطعا وانما كان الحرام نفس مخالفته نظير ما اذا أكل الغاصب الطعام فلا يكون أكل الطعام حراماً بل الحرام هو غضبه ولا يبعد التعبير فى قوله عز من قائل قل من حرم زينة الله .

كان لذلك كما كانوا بعض المتزهدين يتركون نعم الله والمعاشرة مع ازواجهم حتى نهاهم رسول الله ﷺ .

والحاصل ان اكثر الروايات جعل مصاديق الوفاء بالشرط من المباحات التى بعد الشرط يكون واجب الوفاء ومحرم الترك فلو كان قوله او حرم حلالا مأخوذاً بظاهره لتعارض المستثنى والمستثنى منه قطعا ولا يصح ذلك لانه يكون تناقضا فى كلام واحد ومقتضى المستثنى منه وجوب الوفاء بكل شرط ومقتضى المستثنى عدمه

فلا بد بدلالة الاقتضاء وصوتا لكلام الحكيم عن اللغوية من ان يتصرف فى ظهور او حرم حلالا بصرفه عما يكون ظاهر آفيه بارادة ان عدم وجوب الوفاء حيثنذ بالشرط من حيث الالتزام بحرمة الحلال ذاتا لانفس الحلال متروكا بالشرط مع التصديق بحليته ذاتا بحسب الشرع وجعله حلالا ثانيا بعد انقضاء الشرط .

وحيثنذ لاشكال فى جواز ترك المباحات بالشرط ولكن يرد عليه ان غير واحد من المباحات مثل التسرى واختيار السكنى والمواقعة مما كان اختياره بيد الزوج لا يجوز شرط تركها و لو كان مجرد عدم الفعل من دون الالتزام بحرمتها وهذا الاشكال وارد على كل من اندفع الاشكال بنحو ذلك .

ويرد على هذا التحقيق ايضا ان اشتراط حرمة الحلال ذاتا فى غاية البعد وبعيد من حال المسلم ومن الافراد النادرة التى انصرف الاطلاقات عنها قطعا فارادة هذا المعنى خلاف الظاهر جدا فهذا المعنى والذى افدناه من هذه الجهة لا يخلو عن اشكال مضافا الى ان تحريم الشىء وتحليله من فعل الشارع وليس لاحد ذلك العمل فلا يقدر الشارط على هذا الشرط والشرط انما يتعلق على امور مقدورة ومن المعلوم ان جعل الشىء حراما ليس لاحد سوى الشارع .

واما ما افاد شيخنا فى مكاسبه فى مقام دفع هذا الاشكال من ان المباحات على قسمين قسم لا يتغير عن ابحاثها اصلا وقسم يتغير بالعناوين الثانية فعدم الجواز فى القسم الاول فمع ان معيار التميز بين القسمين مجهول ان الاستثناء عام لجميع المباحات والمحملات ولا يختص بما لا يتغير فالاشكال بحاله والذى اظنه هو ان يحرم البحث بان المباحات التى صرح فى الكتاب والسنة بعدم جواز شرط سقوطها لا يجوز بخلاف غير المصرح به .

فالمباحات بمقتضى خلق لكم ما فى الارض جميعا يجوز الشرط فيها دائما كان او موقتا بخلاف مثل التسرى وكون الطلاق والوطء بيد الزوجة فانها مما صرح فى الشريعة بعدم جواز الشرط فيه ولعل ذلك هو مراد المحققانى صاحب الرجال فى حاشيته على المكاسب .

وحاصله ان ما من قبيل اكل اللحم و الرمان و القعود يوم الجمعة فى الدار و امثالها مما الامر للشارع فيه و لانهى يجوز اشتراط فعله و تركه من دون اشكال و ليس داخل فى مخالفة الكتاب و السنة و قولنا ان اشتراط عدم التسرى و نحو ذلك مما خالف السنة انما هو لنص خاص .

و بالجمله فحاصل المراد ان كل شرط لوقوع النظر عن لزوم الشرط و لحاظ الشرع لم يرد فيه ما يدل على الالتزام فيه بفعل او ترك فلا مانع من اشتراطه انتهى موضع الحاجة .

و بالجمله مقتضى قوله خلق لكم ما فى الارض جميعا و ان كان قد حكم فى الموجودات بنحو العموم لكنه لم يصرح باكثرها فمثلها لا ينافى الحرمة او الوجوب بالشرط و كذا النذر بخلاف ما صرح من المباحات بعدم جواز الشرط فيها و لعل هذا المعنى هو المتعين و يمكن ان يكون مراد شيخنا فى مكاسبه من المباحات التى لا يتغير او يتغير ذلك ايضا ببيان ان الذى لم يصرح باباحتها بالخصوص كان حكم الاباحة فيها بنحو يتغير بالشرط و نحوه .

و ما صرح بعدم الجواز كان بنحو لا يتغير حكم اباحتها و اما المحقق النائينى ره قال بعد الايراد بالشيخ بان تفصيله من قبيل الاحالة الى المجهول قال بما حاصله الاحكام اما وضعية و اما تكليفية و الاول قسم منها تحت اختيار الشارط كما فى باب الحقوق و الاموال و فيها يجوز الشرط و قسم منها ليس كذلك كقوله الطلاق بيد من اخذ بالساق .

وفى هذا القسم اشتراط خلافها مخالف للمشروع الا ان يقوم دليل خاص على جواز تغييره بالشرط و من هذا القبيل اشتراط ارض الممتنع بها فان الاشكال فيها من جهة تعارض النصوص فمن يدعى جوازه يدعيه بسبب نص خاص و الا لا يكاد يتبدل بالشرط و نحوه و اما ما كان من قبيل التكاليف فالظاهر ان الالتزام بترك الواجب او فعل المحرم نوعاً خلاف المشروع الى آخر العبارة .

ولا يخفى انه ايضا قريب بالاحالة الى امر مجهول لو صرح ان معيار كون



الاحكام الوضعية قسم جعلها الشارع في تحت اختيار الشارط وبعض لا كذلك كان من الامر المجهول فمن أين يعلم ان هذا الحكم الوضعي قد جعله الشارع تحت اختيار الشارط وعدمه وهذا حال عمدة الاشكال في المقام .

واما الاحكام التكليفية من قبيل وجوب الصلاة وحرمة شرب الخمر والزنا فليس فيها كثير اشكال لوضوح ان شرط خلافها مخالف للكتاب والسنة وهو مفاد حلال حراماً .

والاشكال كل الاشكال فيما حرم حلالا بخلاف المعيار الذي ذكرناه من انه كل ما لم يصرح بحليته بالخصوص بحيث كان من مصاديق عموم او اطلاق كقوله خالق لكم ما فى الارض جميعاً يصح خلافه بالشرط وان الحلية بعنوان الاولى فلا تنافى تر كها بعنوان ثانوى كالمشرط والنذر بخلاف ما صرح فى الكتاب والسنة بحكمه بالخصوص وابطاحته فلا يصح اشتراط خلافه سواء كان من الاحكام التكليفية او الوضعية فتدبر .

[فان قلت] فماتقول فى سقوط خيارى المجلس والمحيوان فانه مع التصريح بالثبوت جوّز سقوطهما بالشرط [قلت] مع انها خارجان عن المباحات والكلام فيها انه كما صرح الشارع فيهما بالثبوت فكذلك صرح بجواز الاسقاط ولا كلام فيه حيثئذ .

ومن ذلك يعلم فساد ما عن جامع المقاصد ايضا قال : « الحاسم لمادة الاشكال أن الشروط على أقسام، منها: ما انعقد الاجماع على حكمه من صحة وفساد فلا عدول عنه ، ومنها : ما وضع فيه المنافات للمقتضى ، كشرط عدم الضمان عن المقبوض بالبيع ، أو وضع مقابله ، ولا كلام فى اتباع ما وضع ، و منها : ما ليس واحدا من النوعين ، وهو بحسب نظر الفقيه» انتهى وجه الفساد .

وان الكلام فيما لم يعلم من ايهما كان واما المعلوم منهما فلا كلام ولا اشكال من احديه فالمعلوم من ايهما حكمه أيضا معلوم واما المجهول فقد وقع مورد الاشكال والفقيه لا يصح له النظر من حيث نفسه فانه ليس من الامور التى امره بيد الحاكم

وانما الصحيح له الحكم على طبق القواعد الشرعية والفرض انه مجهول له في هذا القسم ولذا في الجواهر بعد نقله قال : لكن لا يخفى عليك أن ما ذكره غير حاسم ، والاولى الاعراض عن هذه العبارة ، والرجوع الى ما سمعته من الكلية المنصوصة التي يندرج فيها جميع ما يشك في جوازه ، فيكون ذلك حينئذ هو المدار انتهى . وقال ايضا وعن جماعة أن ضابط المنافي كل ما يقتضى عدم ترتب الاثر الذي جعل الشارع العقد من حيث هو هو يقتضيه ورتبه ، وقد يشكل باشتراط عدم الانتفاع بالمبيع مثلا زمانا معيننا ، فان مقتضى اطلاق العقد اطلاق التصرف في كل وقت ، وباشتراط اسقاط خيار المجلس والحيوان ، وما أشبه ذلك مما أجمع على صحة اشتراطه كما في المسالك ، واحتمال ارادة المالم يجعل العقد الا لاجله من المقتضى كانتقال العوضين في البيع الذي هو الاثر الحقيقي له ، ينافى منع اشتراط عدم البيع ونحوه مما سمعت منه ، لانه مناف انتهى .

اما الاشكال باشتراط عدم الانتفاع ففي محله وجوازه غير معلوم فانه كما ذكر ان اطلاق العقد يقتضى اطلاق جميع التصرفات في كل آن وزمان فلا يصح تعطيل زمان من استفادة ما هو مقتضى جوازه في جميع الانات واما اشتراط اسقاط خيار المجلس فقد عرفت ان الكلام اولا في المباحات وان تحريمها بالشرط محل كلام وثانيا قد عرفت ان عدم جواز اشتراط شرط المخالف فيما لم يصرح الشرع بالجواز فسقوط خيارى المجلس والشرط جائز بمقتضى التصريح بجوازه بالشرط فصح اشتراط اسقاطهما .

﴿و﴾ كيف كان فلا اشكال في أنه ﴿يجوز أن يشترط ما هو سائغ داخل تحت قدرته ، كقصارة الثوب وخطاطته﴾ وحيآكته ﴿و﴾ نحو ذلك مما يرتفع به الجهالة ، ﴿ولا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره ، كبيع الزرع على أن يجعله﴾ المشتري أو الله ﴿سنبلا و الرطب على ان يجعله تمرا ، ولا بأس باشتراط تبقينه﴾ بحاله الى ان يصل الى حد لا يحتاج الى البقاء

﴿ويجوز ابتياع المملوك بشرط أن يعتقه﴾ المبتاع ﴿او يدبره او يكاتبه﴾

بلا خلاف ﴿ولو شرط﴾ المشتري ﴿أن لا خسارة﴾ عليه او أن يكون تلفه من البايع متى تلف أو ان غصبه غاصب رجع على البايع بالثمن ﴿أو شرط﴾ البايع في الامة على المشتري ﴿أن لا يعتقها أو لا يبطأها﴾ أو لا يبيعها أو لا يبيعهها ﴿قيل يصح البيع ويبطل الشرط﴾

وفي الجواهر : لكن قد سمعت المعتبرة المتضمنة للجواز في الجملة ، الا أنه في المحكى عن كشف الرموز ما رأيت أحدا عمل بها ، بل في مفتاح الكرامة أنى لم أجد من تأمل أو خالف في بطلان الشروط الخمسة المتأخرة ، الا الفاضل في التذكرة ، فانه استشكل في بطلان اشتراط عدم البيع والعق ، وظاهر النافع التأمل فيهما ، حيث قال : المروى الجواز ، وفي ايضاحه ان الجواز غير بعيد ، لان بقاء الامة عند المالك الصالح مطلوب اشتراط بقاء ملكه عليها ، وذلك لا ينافي كما في أم الولد ، ومنذور التصديق به وهو جيد جداً ان لم يثبت اجماع .

وقد سمعت مافي الرياض من حكايته الجواز عن بعض وميله اليه ، واما الثلاثة الاول فلاريب في البطلان مع ارادة اثبات الاستحقاق شرعاً بالشرط لما عرفت من أنه ملزم لامثبته لحكم . وسأل عبد الملك بن عتبة الرضا (ع) « عن الرجل ابتاع منه طعاماً أو متاعاً على انه ليس منه على وضبعة هل يستقيم ذلك وكيف يستقيم وما حد ذلك ؟ قال : لا ينبغي » ويمكن ارادة الكراهة منه اذا لم يكن المراد من الشرط ما يرجع الى اثبات حكم شرعى ، وقلنا : بعدم قدح مثل هذه الجهالة فيه بل هذا التعليق ، الا ان الجميع كما ترى ، ومنه يعلم الحال في الشرطين الاخيرين .

وكيف كان فقد عرفت الضابط في الشرائط السائغة وغيرها ، وانه لا يخرج عنه الابدليل كما هو مقتضى عموم قوله (ع) «المؤمنون عند شروطهم » وان ما طفحت به عباراتهم من البطلان المنافي لمقتضى العقد ، أقصى ما يمكن تسليمه فيه اشتراط ان لا يملك ونحوه مما يعود عليه بالنقص ، وقد يلحق به مثل ان لا يتصرف به اصلاً ، قال في الغنية « من الشروط الفاسدة بلاخلاف ان يشترط ما يخالف مقتضى العقد ، مثل ان لا يقبض المبيع ولا ينتفع به » وهو جيد ان اراد من الامرين أمراً واحداً ، اما

غيره مما هو في الحقيقة مناف لمقتضى اطلاق العقد لالنفسه ، فلم يثبت بطلانه بل الثابت خلافه كما عرفت ، فلاحظ وتأمل .

والمسألة في غاية الاشكال من حيث ان هذه الشروط مخالفة لمقتضى العقد فيكون مخالفة للكتاب قطعاً ومع ذلك قد وقع في جوازه وعدمه هذه الاختلافات الشديدة .

وبالجملة مقتضى صحة البيع كون جميع اختيارات المبيع بيد المشتري من وطء الامة واجارة الدار والاراضى وبيعها وهبتها وزرعها فكل شرط يكون مانعاً من أحد المذكورات يكون منافياً للشرع فلا بد اما من رفع اليد عن منع شرط المخالف للكتاب والسنة وحمل بعض مظاهره المنع على الكراهة او الاكتفاء بخصوص ما صرح بالمنع كالتسرى ونحوه او طرح الاخبار المجوزة والا فلا يمكن الجمع بين النصوص والفتاوى والروايات الدالة على جواز كثير من الشروط الظاهرة في مخالفة الكتاب كثيرة جداً بحيث لا يمكن التفكيك بينها ولا التفصيل بالجواز في بعضها وعدمه في بعض آخر .

وكيف يصح ادعاء عدم وجدان من تأمل في بطلان الشروط الخمسة من مثل صاحب مفتاح الكرامة مع صراحة الروايات مثل ما سئل الصادق (ع) في الصحيحين «عن الشرط في الامة لاتباع ولا توهب فقال : يجوز ذلك غير الميراث ، فانها تورث ، لان كل شرط خالف الكتاب باطل » وفي الاخر «وهو مردود » ونحوهما غيرهما ، وهما صريحان في جواز شرط عدم البيع والهبة مع انها على خلاف مقتضى العقد ويمكن ان يخرجهما من مخالفة الكتاب بقريئة جعل الامام المخالف للكتاب عدم الارث فقط .

وحينئذ يمكن جعلهما من المباحات التي صرح بجواز الشرط فيهما ويؤيد الاول امكان تعلق الغرض العقلائى بعدم البيع فبيع بشرط كون الامة عنده والا فربما لم يبعها وفرق واضح بينه وبين اشتراط عدم حصول الملك او عدم استيفاء المنافع لكنه لا يدفع الاشكال عن الشروط المخالفة للكتاب بل يمكن استفادة عدم

امثال هذه الشروط من المخالف وانحصار المخالف في مثل اشتراط عدم الارث كما هو صريح الروايتين .

وكيف كان فهذا اشكال على اشكال احدهما ما هو المراد من المخالفة والثاني مع العلم بها لا يجعل الامام اكثرها من المخالف للكتاب ولذا قال ايضا في الجواهر لكن يظهر من جماعة منهم الفاضل في القواعد ان من المخالف للمشروع اشتراط ما ينافي مقتضى العقد، كشرط عدم البيع او الهبة او العتق او الوطى او ان غصبه غاصب رجع عليه بالثمن ، او نحو ذلك انتهى .

وحينئذ قد يشكل المسألة من حيث انه لو كان مقتضى الشروط المخالفة للكتاب هو الفساد فهذه الشروط كلها مخالفة للشرع وان لم يوجب الفساد بمقتضى الروايات فلا يكون الشرط المخالف للكتاب فاسداً توضيح ذلك ان مقتضى الشريعة ان الانسان بمجرد كونه مالكاً لشيء كان له اختيار تام من حيث بيعه واجارته وهبته وصلحه ورهنه ووطئه وعتقه وغير ذلك ولا يكون لاحد منعه من أحد المذكورات فاشترط احدها وجعله ملتزماً بالترك كان مخالفاً للشريعة .

فالمسألة في غاية الاشكال من حيث ان ما علم مخالفته للكتاب غير جازي ومن حيث انه قد صرح في النص والفتوى بجواز الشرط فيه كما عرفت والذي أظنه هو القول بالجواز في كل ما صرح به في النصوص فان طرح الروايات في غاية الاشكال خصوصاً مع دخولها في عموم المؤمنون عند شروطهم وعدم الفرق بين الشروط في ان في الكل التزام من ناحية الشارط على المشروط عليه وان لم يكن تأسيس واجراء على خلاف جعل الشارع فكما ان شرط خياطة الثوب الزام على المشروط عليه فكذلك اشتراط عدم بيع المبيع او عتق العبد ونحو ذلك فينحصر المنع في مثل مانص على العدم مثل عدم التسرى او عدم وطء الزوجة وعدم النظر اليه فعليه ينحصر الممنوع من المخالفة بالذي صرح بخصوصه المنع بخلاف غيره ولو يصدق عليه مخالفته مع الكتاب .

وبالجملة المؤمنون عند شروطهم عام والمتيقن من خروجه عنه ما صرحت

بالمنع وماشك فيه داخل في العموم بل هو المتيقن من الاخذ بالمخصص وسراية الاجمال فيه في صورة الاتصال انما يكون اذا لم يكن قرينة على عدم العناية بالاتصال لكثرة العمومات المشتملة على حكم الشرط من غير تقييد وتخصيص وانما صرح بالمخصص في بعض الروايات فالمقام نظير ما اذا قال اكرم العلماء ثم قال في دليل آخر اكرم العلماء الا النحويين فاجمال النحويين ودورانه بين الاقل والاكثر لا يوجب السراية في عموم العلماء بعد ما كان دليل العموم بدون التقيد موجوداً فانعقاد الظهور في الجميع من العمومات موجود فلا يوجب المشتمل على الاستثناء اجمال في الخالي عنه فالمتيقن من المخالفة ما صرح فيه بالمنع وماشك فيه داخل في عمومات الجواز .

واما ما قيل ببطلان الشرط و صحة البيع فهو مشكل اخر الا ان يكون مذهبه صحة المشروط مع فساد الشرط والافلو كان عنده الشرط الفاسد مفسداً فلا فرق بين الموارد اصلاً قال في الجواهر ما لفظه انما الكلام في صحة البيع المشتمل على الشرط الفاسد، وبطلانه، فالاول خيرة الاسكافي والشيخ والقاضي والعجلي وابن سعيد وأبي الاعلى ما حكى عن بعضهم وعن ابن زهرة موافقتهم ، والرياض وفي خصوص الشرط المخالف لمقتضى العقد أو للسنة ، محتجاً عليه بالاجماع ، وابن المتوج في الشرط الفاسد الذي لا يتعلق به غرض .

كما لو شرط أكل الطعام بعينه أو لبس ثوب ونحوه ، والثاني خيرة الفاضل وولده والشهيدين والعليين وأبي العباس والارديلي والخراساني على ما حكى عن بعضهم ووافقهم أبوالمكارم في خصوص غير المقدور من الشرط ، كان يشترط عليه أن يجعل الرطب تمرأ بل قال : « انه فاسد مفسد بلاخلاف » وظاهر جماعة منهم المصنف التوقف، وكان الاول لا يخلو من قوة للعموم واجماع الغنية انتهى .

وكيف كان فالكلام في ان الشرط الفاسد مفسد ام لا وهو ايضا محل الخلاف بين الاعلام كما عرفت من العبائر قال الشيخ في الخلاف اذا اشترى جارية بشرط ان لاخسارة عليه اذا باعها او بشرط ان لايبيعها ولا يعتقها ولا يطأها ونحو هذا كان

العقد صحيحاً والشرط باطل وبه قال ابن ابى ليلى والنخعى والحسن البصرى وقال ابو حنيفة والشافعى الشرط والبيع باطلان وقال ابن شبرمة البيع جازى والشرط جازى . [ دليلنا ] على صحة البيع قوله تعالى واحل الله البيع وهذا بيع وعلى بطلان الشرط انه مخالف للكتاب والسنة وكل شرط يخالفهما فهو باطل و ايضاً روى ان عايشة اشترت بريرة بشرط العتق ويكون ولائها لمواليها فاجاز النبى (ص) البيع وابطل الشرط فانه صعد المنبر وقال ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل كتاب الله احق وشرطه اوثق انتهى .

قال فى التذكرة قد بينا أن كل شرط ينافى مقتضى العقد ، فانه يكون باطلا ، الى ان قال و اذا بطلت الشروط بطل البيع ، خلافاً لبعض علمائنا ، لان التراضى انما وقع على هذا الشرط ، فبدونه لا تراضى ، فيدخل تحت قوله تعالى : (لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وبه قال الشافعى والنخعى والحسن البصرى وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل . وقال ابن شبرمة : البيع جائز والشرط جائز ايضاً ، لان جابراً قال ابتاع منى رسول الله (ص) بغيراً بمكة فلما نقضى الثمن شرطت عليه ان يحملنى على ظهره الى المدينة .

وقال ابن ابى ليلى : البيع صحيح والشرط باطل ، وهو رواية ابى ثور عن قول للشافعى لان عائشة اشترت بريرة بشرط ان تعتقها و يكون ولاؤها لمواليها فاجاز النبى (ص) البيع وابطل الشرط .

والجواب عن الاول اننا نقول بموجبه ، وانما يرد على الشافعى حيث ابطال مثل هذا الشرط على ما تقدم فى التقسيم ، وعن الثانى جاز ان يكون شرط الولاء فى العتق فلا يبطل ببطلانه بخلاف البيع .

وقسم بعض الشافعية الشرط الى صحيح وفاسد ، وفى الاول العقد صحيح قطعاً وفى الثانى ان لم يكن شيئاً يفرد بعقد ، ولا يتعلق به غرض يورث تنازعا لم يؤثر فى البيع كما لو عين الشهود وقلنا لا يتعينون - لم يفسد به العقد ، ولانا اذا ألغينا تعين الشهود اخرجناه عن ان يكون من مقاصد العقد . وان تعلق به غرض فسد العقد بفساده

للنهي عن بيع و شرط ، ولانه يوجب الجهل بالعوض . و ان كان مما يفرد بعقد كالرهن والكفيل ففي فساد البيع بشرطهما على نعت الفساد قولان : الفساد وبه قال أبو حنيفة كسائر العقود الفاسدة ، والصحة وبه قال المزني لانه يجوز افراده عن البيع فلا يوجب فساد فساد البيع ، كالصداق لا يوجب فساد فساد النكاح .

قال عبد الوارث بن سعيد : « دخلت مكة فوجدت بها ثلاثة فقهاء كوفيين : أبو حنيفة وابن ابي ليلى وابن شبرمة ، فصرت الى ابي حنيفة فسألته عن باع يبعأ و شرط شرطاً ، فقال : البيع والشرط فاسدان ، فأتيت ابن ابي ليلى فسألته ، فقال ، البيع جائز والشرط باطل ، فأتيت ابن شبرمة فسألته فقال : البيع والشرط جائزان ، فرجعت الى ابي حنيفة فقلت : ان صاحبك خالفك : فقال : لست أدري ما قال الخ . وقال في مختلفه ايضاً على ما حكى عنه مالئظه المحكى والمعتمد عندي بطلان

العقد والشرط معاً ، قال لنا أن للشرط قسطاً من الثمن ، فانه قد يزيد باعتباره ، وقد ينقص ، واذا بطل الشرط بطل ما بازائه من الثمن وهو غير معلوم فتطرق الجاهالة الى الثمن ، و يبطل البيع ، و ايضاً البايع انما رضى بنقل سلعته بهذا الثمن المعين على تقدير سلامة الشرط له و كذا المشتري انما رضى ببذل هذا الثمن في مقابلة العين على تقدير سلامة الشرط ، فاذا لم يسلم لكل منهما ما شرطه ، كان البيع باطلاً ، لانه يكون تجارة عن غير تراض ثم نقل عن الشيخ انه احتج بقوله تعالى « وأحل الله البيع » وهذا بيع فيكون صحيحاً ، والشرط باطلاً ، لانه مخالف للكتاب و السنة . و بما روى عن عايشة انها اشترت بريرة بشرط العتق ، ويكون ولائها المولاهما فجاز النبي (ص) البيع وأبطل الشرط ، وصعد المنبر ، وقال : ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل و كتاب الله أحق و شرطه أوثق » ثم قال مجيباً عن ذلك : والجواب عن الاول ان المبيع انما يكون حلالاً لو وقع على الوجه المشروع ، ونحن نمنع من شرعيته .

وعن الثاني من وجوه الاول الطعن في السند ، الثاني الحديث و رد هكذا « قالت عايشة : جأئتني بريرة فقالت : كاتبته اهلى على تسع أواق في كل عام أوقية



فاعينينى فقالت لها عائشة : ان احب أهلك أن أعدها لهم، و يكون ولاؤك لى فعلت فذهبت بريرة الى اهلها فقالت لهم: ذلك فابوا عليها، فجاءت من عند أهلها ورسول الله (صلى الله عليه وآله) جالس، فقالت: انى عرضت ذلك عليهم فأبو الا أن يكون الولاء لهم، فسمع ذلك النبى صلى الله عليه وآله فسألها فأخبرت عايشة النبى صلى الله عليه وآله فقال : خذيتها واشترطى لهم الولاء ، فانما الولاء لمن أعتق ، ففعلت عايشة ثم قام : رسول الله صلى الله عليه وآله فحمد الله و أثنى عليه، ثم قال : أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله ما كان من شرط ليس فى كتاب الله عز وجل فهو باطل وان كان مائة شرط ، فقضاء الله أحق وشرط الله اوثق ، وانما الولاء لمن اعتق». وهذا ينافى ما ذكره الشيخ واستدل به عليه، لان بريرة اخبرت بانها كوثبت وطلبت الاعانة من عايشة، فسقط الاستدلال به بالكلمة.

الثالث المراد بقوله عَلَيْهَا، اشترطى لهم الولاء اى عليهم لانه عَلَيْهَا امرها به ، ولا يأمرها بفاسد، وكيف يتأتى عن الرسول مع تحريم خائنة الاعين وهو الغمز وضع حيلة لاتتم انتهى كلامه زيد اكرامه.

وفى الحدائق بعد نقله عنه رده بقوله: ولا يخفى ما فيه على الفطن النبى الذى قد جاس خلال ديار الاخبار وما جرت به فى هذا المضممار و ان كان قد تبعه على هذا القول جل المتأخرين بل كلهم على ما يظهر من كلام من وقفنا على كلامه ، ومنهم شيخنا الشهيد الثانى وسبطه السيد السند فى شرح النافع وغيرهم .

وما ذكره (قدس سره) من التعليل لبطلان العقد بالعلل الاعتبارية المذكورة وان كان مما يتسارع الى الذهن قبله، الا أن الاخبار تردده وتدفعه ، وما ذكره من خبرى بريرة هنا من كلام الشيخ الذى نقله عنه وفى كلامه هو « قدس سره » الظاهر انه من طرق العامة.

والذى وقفت عليه من طرقنا هو ما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن الحلبي «عن ابي عبد الله عَلَيْهَا ، أنه ذكر أن بريرة كانت عند زوج لها و هى مملوكة فاشترتها عايشة فاعتقتها، فخيرها رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقال : ان شئت تفر عند زوجها وان

سأئت فارقته ، وكان مواليها الذين باعوها اشترطوا على عايشة أن لهم ولأهها فقال رسول الله ﷺ : «الولاء لمن اعتق»

وما رواه في الكافي في الصحيح عن عيص بن القاسم عن ابي عبد الله عليه السلام «قال : قالت عايشة لرسول الله ﷺ : ان اهل بريرة اشترطوا ولأهها فقال رسول الله ﷺ : «الولاء لمن اعتق»

والحديثان كما ترى صحيحان صريحان في صحة البيع مع فساد الشرط ، وبه يظهر أن خبر الشيخ وان كان عاماً الا انه هو الاصح لموافقته لاخبار اهل البيت عليهم السلام بخلاف خبره . وبذلك ايضاً يظهر بطلان ما ذكره من تلك التعليقات العليية.

ومن الاخبار الواردة في المسألة المذكورة بالنسبة الى النكاح مارواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن قيس «عن ابي جعفر (ع) في رجل يتزوج المرأة الى اجل مسمى ، فان جاء بصداقها الى اجل مسمى فهي امرأته وان لم يأت بصداقها الى الاجل فليس له عليه سبيل ، وذلك شرطهم بينهم حين انكحوا ، ففضى للرجل أن بيده بضع امرئته واحبط شرطهم» ونحوها صحيحة ثانية له ايضاً.

ومارواه في الكافي عن الوشا عن الرضا (ع) «قال : سمعته يقول لو ان رجلاً تزوج امرأة جعل مهرها عشرين الفا وجعل لايها عشرة آلاف كان المهر جازيماً أو الذي جعله لايها فاسداً.

قال السيد السند في شرح مختصر النافع يستفاد من هذه الرواية عدم فساد العقد باشتماله على هذا الشرط الفاسد انتهى ، وقد تقدم الكلام في هذه المسألة مراراً عديداً سيما في مقدمات الكتاب في جلد كتاب الطهارة ، وقد ذكرنا ثمة ورود بعض الاخبار دالة ايضاً على القول المشهور وان الاولي هو الوقوف على الاخبار في كل جزئي من الاحكام من غير ان يكون ذلك قاعدة كما ادعوه .

ثم انه لا يخفى انما اجاب به عن حجة الشيخ الاولي محض مصادرة وان حديثه الثاني الذي اورده على الشيخ دال على ما دل عليه خبر الشيخ ، فان قوله ﷺ لعائشة

خذيها اشترطى لهم الولاء، ثم خط بعد ذلك بما يدل بطلان الشرط خاصة ، اظهر ظاهر فى المدعى، والعجب منه «قا س سره» اعتذاره عما دل عليه الخبر المذكور من الغمز و خيانة الاعين، مع كون الخبر عامياً ، واعجب من ذلك جعل الاعتذار المذكور وجهاً ثالثاً من وجوه الجواب عن حديث الشيخ ، مع ان ذلك انما هو فى حديثه ، و بالجملة فان الاستعجال و عدم التدبر فى المقال مما يوجب مزيد الاختلال انتهى.

و فى مكاسب شيخنا ما لفظه : لا تأمل أيضا فى ان الشرط الفاسد لاجل الجهالة يفسد العقد لرجوع الجهالة فيه الى جهالة احدالعوضين فيكون البيع غرراً وكذا لو كان الاشتراط موجبا لمحدور آخر فى اصل البيع كاشتراطه بيع المبيع من البايح ثانيا لانه موجب للدور اولعدم القصد الى البيع الاول اوللتعبد من اجل الاجماع او النص و كاشتراط جعل الخشب المبيع صنما لان المعاملة على هذا الوجه اكل للمال بالباطل .

ولبعض الاخبار و انما الاشكال فيما كان فساده لا الامر مخل بالعقد فهل يكون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد ام يبقى العقد على الصحة قولان حكى اولهما عن الشيخ والاسكافى وابن البراج وابن سعيد و ثانيهما للعلامة والشهيدين والمحقق الثانى و جماعة ممن تبعهم والظاهر ابن زهرة فى الغنية التفصيل بين الشرط الغير المقذور كصيرورة الزرع سنبلا واليسر تمراً وبين غيره من الشروط الفاسد . فادعى فى الاول عدم الخلاف فى الفساد والافساد ومقتضى التأمل فى كلامه ان الوجه فى ذلك صيرورة المبيع غير مقدور على تسليمه ولو صح ما ذكره من الوجه خرج هذا القسم من الفاسد عن محل الخلاف لرجوعه كالشرط المجهول الى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين لكن صريح العلامة فى التذكرة وقوع الخلاف فى الشرط الغير المقذور ومثله بالمثاليين المذكورين ونسب القول بصحة العقد الى بعض علمائنا والحق ان الشرط الغير المقذور من حيث هو غير مقدور لايوجب تعذر التسليم فى احد العوضين .

نعم لو اوجبه فهو خارج عن محل النزاع كالشرط المجهول حيث يوجب كون المشروط بيع الغرر وربما ينسب الى ابن المتوج البحراني التفصيل بين الفاسد لاجل عدم تعلق غرض مقصود للعقلاء به فلا يوجب فساد العقد كأكل طعام بعينه او لبس ثوب كذلك وبين غيره وقد تقدم في اشتراط كون الشرط مما يتعلق به غرض مقصود للعقلاء عن التذكرة وغيرها .

ان هذا الشرط لغو لا يؤثر الخيار والخلاف في ان اشتراط الكفر صحيح ام لا وعدم الخلاف ظاهر في لغوية اشتراط كيل المسلم فيه بمكيال شخصي معين والظاهر ذلك كله التسالم على صحة العقد ولو مع لغوية الشرط ويؤيد الاتفاق على الفساد استدلال القائلين بالافساد بان للمشترط قسطا من الثمن فيصير الثمن مع فساد الشرط مجهولا .

نعم استدلالهم الاخر على الافساد بعدم التراضي مع انتفاء الشرط ربما يؤيد عموم محل الكلام لهذا الشرط الا ان الشهيدين ممن استدلل بهذا الوجه وصرح بلغوية اشتراط الكفر والجهل بالعبادات بحيث يظهر منه صحة العقد فراجع وكيف كان فالقول بالصحة في اصل المسئلة لا يخلو عن قوة انتهى .

اقول قد عرفت دلالة مثل صحيح الحلبي على الصحة حيث كان الولاء اي كون الارث للذين باعوها باطل لان الولاء والارث لمن اعتق وهو في المقام العائشة فكان الشرط فاسداً لكونه على خلاف الكتاب وصححه رسول الله ﷺ دون شرطه فيستفاد منه امرين الاول كون مثل هذا الشرط على خلاف الكتاب والثاني عدم افساده .

ويدل على عدم افساد المشروط ايضا صحيحة عيص بن القاسم ومحمد بن قيس وخبر الوشاء المتقدمة في عبارة الحدائق وقد مرت في المجلد الرابع والثلاثين ص ٢٢٥ ولا يصح حمل الروايات على التقيية لكون المسئلة عند العامة أيضاً محل خلاف كما يدل عليه ما يحكى [ عن محمد بن سليمان الدهلي ] قال : « حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال : دخلت مكة زادها الله شرفاً فرأيت فيها ثلاثة كوفيين ،

أحدهم أبو حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة ، فصرت الى أبي حنيفة فقلت : ماتقول فيمن باع بيعاً وشرط شرطاً فقال : البيع فاسد والشرط فاسد فأتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال : البيع جائز والشرط باطل ، فأتيت ابن شبرمة فسألته فقال : البيع والشرط جائزان .

فرجعت الى أبي حنيفة، فقلت له : ان صاحبك قد خالفك فقال : لست أدري ما قال حدثني عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ، فأتيت ابن أبي ليلى فقلت له : ان صاحبك قد خالفك ، فقال ما أدري ما قال ، حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنها قالت : لما اشترت بريرة جاريته شرط على مواليها أن أجعل ولائها لهم اذا أعتقتها ، فجاء النبي ﷺ وقال : الولاة لمن أعتق ، فأجاز البيع وأفسد الشرط ، فأتيت ابن شبرمة فقلت له : ان صاحبك قد خالفك فقال : لست أدري ما قال ، حدثني مشعر بن محارب بن زياد عن جابر بن عبد الله قال : ابتاع النبي ﷺ مني بغير أيمكة فلما نقدني الثمن ، شرطت أن يحملني الى المدينة ، فأجاز النبي ﷺ البيع والشرط »

ولا يخفى صراحة قصة عائشة على صحة البيع مع فساد الشرط ولا يحتاج الى امثال ذلك بأزيد من ذلك اى وجود رواية من الائمة كان هو المدرك اذ بدونه لا يحصل الوثوق والاطمينان بالحكم كيف والصحة صريح قول النبي ﷺ مع حكايته عن ابي عبد الله هذا مضافا الى ان القول بالفساد مستلزم للدور اذ صحة الشرط موقوف على صحة العقد .

فلو كان صحة العقد متوقفا على صحة الشرط كان دوراً اذ الفرض ان الشرط متى صحح كان العقد صحيحاً ولو فسد كان فساده يسرى الى المشروط مضافاً الى القول بأن مدخلية الشرطية فى التراضى لا يزيد على مدخلية الثمن والمثمن كما فى الجواهر قال قده مضافاً الى ان مدخلية الشرط فى التراضى لا تزيد على مدخلية الثمن والمثمن ، وبطلان العقد فى أبعاضها لا يسرى الى بطلان الاخر حتى فيما كانت الهيئة الاجتماعية مطلوبة وملحوظة ، بل أقصاه ثبوت الخيار للتضرر ، ولأبأس بالتزامه هنا مع الجهل

بالفساد ، بل لعل القائلين ببطلان الشرط خاصة يلتزمون بذلك وان لم يصرحوا به ، ولعله لمعلوميته انتهى .

ولكنه مع ذلك كان الحكم بصحة العقد دون الشرط مشكل من حيث ان التراضى انما وقع على المشروط بشرطه فهو كأنه جزء من المبيع وان لم يطلق عليه الجزء الا انه عند العرف كانه جزء اى يعامل معه معاملة الجزء اى الشئ مع شئ آخر بحيث لو علم بعدم وفاء المشروط له لم يقدم على المعاملة وليس ذلك الا لاجل انه كانه تعلق الرضا بهما معاً .

فاذا علم ببطلان الشرط وانه لم يتحقق لبطلانه لم يحصل له الرضا به من الاول ولان للشرط مدخلية فى أصل الاقدام ولولاه لم يقدم عليه اصلا فكيف لاتزيد على مدخلية الثمن والمثمن فر بما اقدم على المشروط مع شرطه بضمن لم يقدم عليه لولاه وكأنه عند العرف ملحق بالبديهيات فاذا يسرى بطلان الجزء الى الكل جداً .

ولذا عن الفخر ان اطلاق الشرط عليه مجاز لانها فى الحقيقة من اجزاء العقد وحدوده فلو لم يكن الجزء انتفى الكل وان كان ذلك بعيداً فى الغاية لكون الاطلاق اطلاق حقيقى على الشروط وليس داخلا فى المبيع واجزائه لكنه له مدخلية تامة فى الاقدام والميل اليه وبذل الثمن بازائه .

وبالجملة هى من صفات البيع ، تختلف الاغراض باختلافها ، لكن عن جامع المقاصد « لامحصل لهذا الكلام ، فانها شروط للبيع الذى هو انتقال المبيع من البايع الى المشتري ، لاشروط العقد ، وقد عرفت فيما سبق ان البيع ليس هو نفس العقد ، حتى لو كان نفس العقد امتنع كونها مشروطا له ، بل للانتقال الذى هو أثره وكيف يعقل ان هذه الشروط شروط للعقد الذى هو الايجاب والقبول .

وحيث كان غرض الفخر ان الشروط من اجزاء العقد وحدوده حقيقة أورد عليه جامع المقاصد بأن الشروط شروط للبيع الذى هو الانتقال لاشروط للعقد كى يكون من اجزاء العقد فحينئذ لا ارتباط بين العقد والبيع فكونها مشروطا للبيع بمعنى الانتقال مما يمكن التفكيك بينهما بالقول بصحة البيع دون شرطه

توضيح ما ذكره الفخران الشروط من اجزاء العقد وكونه شرطا مجازاً لا حقيقة له والمشروط ينتفى بانتفاء شرطه فيكون مفسداً .

وحاصل ايراد المحقق عليه ان الشروط من حدود الانتقال ففقدانها غير مضر بالعقد فيكون العقد تاماً ولو فسد الشرط ويرد على المحقق الكركي كون العقد من مقولة المعنى لا اللفظ اى الايجاب والقبول فلو كانت الشروط من أجزاء العقد فلا محالة يكون من أجزاء الانتقال ويكون فقدانها مضرأ .

والعقد اى لفظ الايجاب والقبول آلة لحصول النقل فى الخارج ولذا كان عقد البيع فى كلمات القوم اضافة بيانها اى العقد الذى عبارة عن النقل والانتقال فاذا كان الشروط من حدود العقد والبيع كان المراد من حدود النقل والانتقال الخارجى فصح ان يقال لو فسد الشروط التى بمنزلة الاجزاء فسد المشروط لكنه ليس يتم ذلك لما عرفت .

وحاصل الكلام ان الشروط مما يوجب الميل والرغبة باكثر مما على فاقدها لانه يجعل فى مقابلها جزءاً من الثمن ايضاً ولو سلم كان القول بسراية فساد الشرط الى المشروط اجتهاد فى مقابل النص ومبتلى بالدور الذى لاجواب صحيح عنه ولا يتم الجواب بمثل ما حكى عن المهذب البارع قال بعد تقريره بأن لزوم الشرط وصحته فرع على صحة البيع ، فلو كانت موقوفة على صحته لزم الدور ، ما لفظه المحكى ان تسويغ الشرط ليس شرطاً فى الحقيقة لصحة البيع حتى يلزم الدور ، بل هو من صفات البيع ، فما كان منها سائغاً داخلاً تحت القدرة لزم باشرطه فى العقد، كما لو شرط صفة كمال فى البيع وان لم يكن سائغاً بطل العقد لان حيث فوات شرطه ، بل من حيث وقوع الرضا عليه ، وشروع الصحة انما هى الامور المذكورة فى اوائل الكتاب كما كمال المتعاقدين ونحو ذلك»

ولا يخفى ما فى هذا الجواب فانه مضافاً الى انه مجرد الدعوى بلا دليل يرد عليه ان قوله لزم باشرطه فى العقد انه اى شىء وجه لزومه فانه قبل الشرط لم يكن المبيع الانفس المشروط وبعد الاشرط لزم ودخل فى العقد ان كان سائغاً وان

لم يكن سائغاً لم يدخل في العقد مع ان الرضا قد تعلق به ايضاً فبطلانه وفساده يوجب فساد المشروط من حيث ان الرضا قد تعلق بالجموع ولم يحصل للمشروط له. والحاصل قوله بل هو من صفات البيع يستل عن ان كون الشرط من صفات البيع كان قبل الشرط او بعده وعلى الاول لزم تقدم الشرط على نفسه وعلى الثاني صيرورته من صفات البيع انما يكون بالشرط فقبل الشرط كان المبيع بلا قيد من حيث الشرط وبعده صار مقيداً به فصار شرطاً لصحة البيع وانما يكون شرطاً للصحة البيع لو كان صحيحاً فيلزم الدور .

و ايضاً قوله لا من حيث فوات شرطه بل من حيث وقوع الرضا عليه كلام لا محصل له فان الجملتين شيء واحد ومعنى فارد ولا يمكن التفكيك بينهما فالبطلان من حيث فوات الشرط الذي كان هو مورد التراضي الذي يسلم مع صحة الشرط فالبطلان ليس الا من جهة الدور ولا يدفع الا بالقول بعدم سريّة الفساد الى المشروط و ان التراضي و ان وقع بهما لكن الرضا بالشرط ليس بحيث يجعل شيء بازائه و يبذل معه اكثر من صورة فقده بل يكون من الدواعي الموجبة للبيع اكثر من صورة فقدان الشرط.

و في الجواهر ايضاً في مقام الجواب عن وقوع الرضا مع الشرط قال ما لفظه ومرجع ما ذكره اخيراً الى ما قيل من أن التراضي انما وقع على المبيع مع الشرط ، فمع انتفائه ينتفي فلا يكون تجارة عن تراض ، فيبطل لكونه شرطاً في الصحة اجمالاً.

ثم قال وفيه - بعد الغرض عن اقتضائه البطلان اذا لم يوف بالشرط السائغ - ان التراضي وقع معه ، لا مقيداً به ، كما لو شرط كون العبد كاتباً مثلاً أو اشتري العبدين جميعاً ، فتبين انه غير كاتب أو أن أحد العبدين ليس ملكاً له ، كان البيع صحيحاً كما صرح به غير واحد ، بل قد يظهر من جامع المقاصد الاجماع عليه ، و ان كان يثبت له الفسخ ، مع ان التراضي لم يتحقق الاعلى الوجه الذي ليس بواقع ، و الفرق بين المقامين غير واضح بل قد اعترف في جامع المقاصد ان



فيه عسراً ، انتهى .

وشبخنا المرتضى فى مقام بيان ادلة المنع قال عدا وجوه احدها ما ذكره فى المبسوط للمانعين من ان للشرط قسطان العوض مجهولا فاذا سقط لفساده صار العوض مجهولا وفيه بعد النقص بالشرط الفاسد فى النكاح الذى يكون بمنزلة جزء من الصدق فيجب على هذا سقوط المسمى و الرجوع الى مهر المثل اولا منع مقابلة شىء من العوضين عرفا ولا شرعا لان مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن والمثمن غاية الامر كون الشرط قيدياً لاحدهما يكون له دخل فى زيادة العوض و- نقصانه و الشرع لم يحكم على هذا العقد الا بامضائه على النحو الواقع عليه فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين ولذا لم يكن فى فقده الا الخيار بين الفسخ والامضاء مجانا كما عرفت و ثانيا منع جهالة ما بازاء الشرط من العوض اذ ليس العوض المنضم الى الشرط والمجرد عنه الا كالمتصف بوصف الصحة والمجرد عنه فى كون التفاوت بينهما مضبوطا فى العرف .

ولذا حكم العلامة فيما تقدم بوجود الارش لو لم يتحقق العتق المشروط فى بيع المملوك وبلزوم قيمة الصبغ المشروط فى بيع الثوب و ثالثا منع كون الجهالة الطارية على العوض قاذحة انما القادح هو الجهل به عند انشاء العقد الثانى ان التراضى انما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص فاذا تعذرت الخصوصية لم يبق التراضى لانتفاء المقيد بانتفاء القيد وعدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل بالمعاوضة بين الثمر والمثمن بدون الشرط معاوضة اخرى محتاجة الى تراض جديد و انشاء جديد وبدونه يكون التصرف اكلا للمال لاعن تراض .

و فيه منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفائه الى معاوضة جديدة عن تراض جديد ومجرد الارتباط لا يقتضى ذلك كما اذا تعذر نقص احد العوضين او انكشف فقد بعض الصفات المأخوذة فى البيع كالكتابة و الصحة وكالشرط الفاسدة فى عقد النكاح فانه لاخلاف نصاً وفتوى فى عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه الخ .

ولقد اجاد فيما افاد ولعل المتتبع استخرج الصحة من الموارد الكثيرة التي حكم الشرع بصحة المعاملة دون شرطه مع ان الشرط في غالب الاوقات ليس من الامور المالية كى يوجب اسقاطه اجمالا ووجهلا في المبيع فالعمدة هي وقوع التراضى على نفس المشروط وكان الشرط من الدواعى الموجبة للرغبة زائدة بحيث لا يوجب فقد شيء في المبيع نعم لا انكار في ثبوت الخيار عند فقد الشرط كما في غير هذا المورد والله العالم.

﴿ولو شرط في البيع﴾ مثلاً ﴿ان يضمن انسان بعض الثمن﴾ معيناً او مطلقاً ان قلنا بصحته ﴿او كله صح البيع والشرط﴾ بلا خلاف ، للعموم وكذا لو اشترط الرهن او الكفيل او الشهادة .

﴿تفريع : اذا اشترط العتق في بيع المملوك، فان أعتقه، فقد لزم البيع﴾ بلا خلاف ولا اشكال: ﴿وان امتنع، كان للبايع خيار الفسخ﴾ صريح المصنف عدم وجوب الشرعى على المشروط عليه كى يصل النوبة الى الزام الحاكم وهو ظاهر الشهيد فى اللمعة قال « لا يجب على المشتري عليه فعله ، وانما فائدته جعل البيع عرضة للزوال بالفسخ، عند عدم سلامة الشرط، ولزومه عند الاثبات به» .

و فى المسالك بعد قول المصنف قال و ظاهره ثبوت الخيار بمجرد امتناع المشروط عليه وان قدر المشروط له على اجباره على الوفاء وهو احد القولين فى المسئلة ووجهه اصالة عدم وجوب الوفاء وللمشروط له وسيلة الى التخلص بالفسخ ففائدة الشرط حينئذ جعل البيع اللازم عرضة للزوال عند فقد الشرط ولزومه عند الاثبات به والقول الاخر وجوب الوفاء بالشرط وعدم تسلط المشروط له الا مع تعذر تحصيله لعموم الامر بالوفاء بالعقد والمؤمنون عند شروطهم الا من عصى الله وهذا هو الاجود فعلى هذا لو امتنع من الوفاء و لم يمكن اجباره رفع امره الى الحاكم لتجبره ان كان مذهبه ذلك فان تعذر فسخ انتهى .

فهو قوى جداً كما فى الجواهر حيث قال للبايع اجباره كما فى كل شرط على الاقوى، ان كان مما يجبر عليه، لاما اذا كان من صفات المبيع، كما لو اشترط

كونه كاتباً وشاعراً ، لوجوب الوفاء به عليه كتاباً وسنة واجماعاً محكياً عن الغنية والسرائر ان لم يكن محصلاً، خصوصاً بعد ملاحظة كلامهم فى باب القرض، من أنه لو أجله فى عقد لازم لزم انتهى والمسألة مهمة.

ويرد على قول القائلين بعدم وجوب الشرعى ان البايع لو لم يرد الفسخ بعد امتناع المشروط عليه عن الوفاء بالشرط كان الشرط بلا فائدة اصلاً و لزم كونه لغواً محضاً مع ظهور الروايات فى الوجوب التكليفى وقد عرفته فى المجلد الرابع والثلاثين ص ٢٣٨ مفصلاً فراجع .

وكيف كان فلا كلام فى الوجوب التكليفى وعليه ان خالف المشروط عليه ولم يف بما شرط كان للمشروط له اجباره على الوفاء و ان لم يمكن له ذلك رفع امره الى الحاكم وان لم يتمكن منه ايضاً كان له الخيار فى الفسخ بلا كلام لكونه ضرراً عليه مضافاً الى الاجماع المذكور والخبرين ثبوت الخيار بعد عدم التمكن من اجباره على الوفاء بلا كلام و على كل حال فللبايع اذا تعذر اجبار المشتري على العتق هو الفسخ و رد المبيع مثلاً ، والامضاء بالثمن ، وليس له ارش الشرط على المشهور .

نعم قد يقال : بالقيمة للشرائط القابلة للتقويم، قال فى التذكرة : « لو شرط على البايع عملاً سائغاً تخير المشتري بين الفسخ و المطالبة به أو بعوضه ان فات وقته، وكان مما يتقوم كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغاً، فأتاه به غير مصبوغ وتلف فى يد المشتري ولو لم يكن مما يتقوم تخير بين الفسخ والامضاء مجاناً ، ولو كان الشرط على المشتري مثل ان باعه داره بشرط أن يصبغ له ثوبه، فتلف الثوب تخير البايع بين الفسخ والامضاء بقيمة الفائت ان كان ماله قيمة والا مجاناً وهو لا يخلو من وجه والله أعلم .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ ان مات العبد قبل عتقه كان البايع بالخيار ﴾ المزبور ﴿ ايضاً ﴾ وفى المسالك قال لاشكال فى ثبوت الخيار مع موته فان اختار الفسخ رجع بجميع القيمة ورد الثمن ان كان قبضه انما الكلام فيما لو اختار الامضاء هل يرجع الى

المشترى بما يقتضيه شرط العتق من القيمة فإنه يقتضى نقصاناً من الثمن ام يلزم مع الاجازة ما عين من الثمن خاصة ذهب العلامة و جماعة الى الاول لاقتضاء الشرط نقصاناً ولم يحصل ويظهر من الثانى محتجا عليه بان الشروط لا يوزع عليها الثمن ورد بان الثمن لم يوزع على الشرط بحيث يجعل بعضه مقابلا وانما الشرط محسوب مع الثمن وقد حصل باعتباره نقصان فى القيمة انتهى.

وقد عرفت منا عدم الاعتداد فعلا بامور العبيد والاماء من حيث عدم كونهما محل ابتلاء الناس بوجه الا فى موارد لم يكن تركه بالمرّة و كيف كان لو امضى البايع البيع رجوع الى المشتري بتوفير المبيع مع الشرط وعدمه.

قال فى المسالك و طريق تداركه ما ذكره و طريق معرفة ما يقتضيه الشرط ان يقوم العبد بدون الشرط و يقوم معه وينظر التفاوت بين القيمتين وينسب الى القيمة التى هى مع شرط العتق ويؤخذ من المشتري مضافا الى الثمن بمقدار تلك النسبة من الثمن فلو كانت قيمته بدون الشرط مائة ومعه ثمانين فالتفاوت بعشرين نسبتها الى الثمانين الربع فيؤخذ من المشتري مقدار ربع الثمن مضافاً اليه وذلك هو الذى تسامح به البايع فى مقابلة شرط العتق وان اختار الفسخ والرجوع بالقيمة ففى اعتبار وقتها او وجه وجودها يوم التلف لانه وقت الانتقال الى القيمة اذ قبلها كان الحكم متعلق بالعين ولان ضمان العين لا يقتضى ضمان القيمة مع وجودها فلا ينتقل الى القيمة الا وقت القيمة وثانيها يوم القبض لانه اول دخوله فى ضمان المشتري.

وثالثها على القيم من حين القبض الى التلف لانه فى جميع ذلك مضمون عليه وقد ظهر من وجه الاول جواب الاخيرين انتهى.

ثم انه من المسائل المهمة فى عصرنا مسألة العربون ويقال له فى عصرنا بالفارسية به بيعانه وهى مهمة ومحل الابتلاء للناس وقد اختلفوا فيها بانه هل يملكه البايع لو لم يرد المشتري المبتاع ام لا و لعل الظاهر عدم الاشكال فيه لو اشترط البايع بانه ان لم يرد البيع فلاحق لك بما اعطيت وقبل المشتري وان زعم انه شرط فاسد لكنه لا يرى فساداً ايضا .

وقد قيل سمي بذلك لان فيه اعراب العقد البيع اى اصلاحا وازالة فساد لئلا يملكه غيره باشرائه ولا يخفى انه على ذلك احسن عوض للشرط .

قال فى التذكرة ما لفظه روى العامة انه قد نهى النبى ﷺ عن (بيع العربان) ويقال عربون واربان واربون والعامة يقولون ربون . وهو أن يشتري السلعة فيدفع درهما أو ديناراً على انه ان أخذ السلعة كان المدفوع من الثمن وان لم يدفع الثمن ورد السلعة لم يسترجع ذلك المدفوع ، وبه قال الشافعى ، للنهى الذى رواه العامة .  
ومن طريق الخاصة قول الصادق عليه السلام : « كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول لا يجوز بيع العربون الا أن يكون [هذا] نقداً من الثمن » .

وقال أحمد: لأبأس به لما روى ان نافع بن عبد الحارث اشترى لعمر دار السجى من صفوان فان رضى عمر والاله كذا وكذا ، وضعف حديث النهى قالت الشافعية انه ليس بصحيح لانه شرط أن يكون للبائع بغير عوض فهو كما لو شرط للاجنبى ويفسر العربون أيضاً بان يدفع دراهم الى صانع ليعمل له شيئاً من خاتم يصوغه او خف يخزره أو ثوب ينسجه على انه ان رضى بالمدفوع فى الثمن والاسم يسترده منه وهما متقاربان انتهى .

قال فى الحدائق ما لفظه قال ابن الجنيد : العربون من جملة الثمن ، ولو شرط المشتري للبائع أنه ان جاء بالثمن ، والا فالعربون له كان عوضاً عما منعه من البيع ، وهو التصرف فى سلعة ، قال فى المختلف بعد نقل ذلك عن ابن الجنيد : والمعتمد أن يكون من جملة الثمن ، فان امتنع المشتري من دفع الثمن وفسخ البائع العقد وجب عليه رد العربون .

لنا الاصل بقاء الملك على المشتري ، فلا ينتقل عنه الا بوجه شرعى ، وما رواه وهب عن الصادق عليه السلام قال : كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول : لا يجوز بيع العربون الا ان يكون هذامن الثمن» ثم نقل عن ابن الجنيد انه احتج بقوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم» ثم اجاب عنه بان المراد الشروط السائغة .

أقول : ما نقله من الرواية بلفظ هذا من الثمن هو الموجود فى التهذيب ، وفى

غيره ، «الا أن يكون نقداً من الثمن» والظاهر على هذا أن يكون من الثمن بدلا من نقد .

وكيف كان فالظاهر ضعف ما ذكره ابن الجنييد ان لم يكن ذلك الشرط فى عقد صحيح لازم ، لوجوب الوفاء بالشرط - ومنع كونه سائغاً كما ذكره العلامة - لأعرف له وجها ، نعم لو وقع ذلك من غير أن يكون فى عقد لم يلزم ، الا ان يقال بوجوب الوفاء بالوعد كما دل عليه ظاهر القرآن ، ويدل عليه ايضا بعض الاخبار واليه جنح بعض مشايخنا المتأخرين وهو قوى انتهى .

اقول وكون العربون من الثمن مما لا اشكال فيه عند الشرع و العرف بل كونه كذلك عند العرف من الواضحات ولا اشكال فى انه لو انصرف المشتري عن البيع وجب رده البايع على المشتري الا ان الكلام فى انه لو شرط السقوط وعدم الرد لولم يرد البيع كان جائزاً مع عموم المؤمنون اولا ولا يبرى وجه للمنع فى ذلك اصلا فلا يتم ما ذكره العلامة من عدم كونه سائغاً فما فى الحدائق من عدم عرفان وجه المنع فى محله .

واما كون هذا الشرط بلاعوض فممنوع من حيث ان العوض لا يلزم كونه ما لامخصوصا فى الشروط لامكان ان يكون امراً مباحا او فعلا كذلك او اصلاح امر او قضاء حاجة و نحو ذلك فاذا جاز امثال ذلك للعوضيه عن الشرط يكون فى المقام فان العوض منع البايع عن بيع ماله بل ربما جاء من يريد الاتباع بازيد من المشتري ولم يتمكن البايع من البيع لانتظاره امر المشتري فمع رد المعاملة كان ضرراً على البايع قطعاً فان المتاع ليس بحيث كلما اريد بيعه كان له المشتري وكثيراً ما يكون شيئاً بنظر طالبه حسناً فاراد بيعه حتى بازيد من ثمنه فلو امتنع البايع لم يتمكن بذلك بعد ذلك فصح الشرط بازاء حبس البايع عن التصرف فى ماله بالبيع جدا فماعن ابن الجنييد فى غاية القوة .

واما الرواية فعلى فرض صحتها وعدم حملها على الكراهة كان ظاهرها عدم الاشتراط فلا ينافى ما اذا شرط البايع عدم رده لولم يجىء المشتري والله العالم

﴿ النظر السادس فى لواحق من احكام العقود، الصبره لا يصح بيعها الامسح  
المعرفة بكيلاها أو وزنهما ﴾ وعلى هذا ﴿ فلو باعها ﴾ اى الصبره ﴿ أو جزءاً منها مشاعاً ﴾  
أو كل قفيز منها بدرهم ﴿ مع الجهالة بقدرها لم يجز وكذا لو قال بعتك كل قفيز منها  
بدرهم أو بعتكها كل قفيز بدرهم ﴾

قال فى المسالك وجه البطلان فى الاول واضح لعدم العلم بقدر المبيع مطلقاً  
لان مرجع هذا العقد الى تخير المشتري فى اخذ ماشاء منها بحيث يكون ضابط سعر  
ما يأخذه ان كل قفيز منه بدرهم فان اخذ قفيزاً لزمه درهم وان اخذ قفيزين لزمه درهمان  
وهكذا ولا فرق فى البطلان بهذا الوجه بين كون الصبره معلومه ومجهوله واما الثانى  
فوجه بطلانه مع الجهالة بقدر الصبره انه لا يعلم قدر ما يشتمل عليه من المقادير  
المذكورة فيكون غرراً حال البيع وان علم بعد ذلك وللشيخ ره قول بجواز البيع ح  
لان التقدير المذكور يزيل الغرر والمشهور خلافه نعم لو باعه عدداً معيناً من المكيل  
كعشرة اقفزة منها مع علمها باشمالها عليه صح ولا فرق حينئذ بين المعلومه القدر  
والمجهوله ولو كانت معلومه القدر وباعها كل قفيز بدرهم صح ايضاً

والحاصل ان المعلومه يصح بيعها جمله وجزء منها مشاعاً ومعيناً وبيعها كل  
قفيز بكذا والمجهوله لا يصح بيع شىء مما ذكر سوى الجزء المعين الذى علم  
اشتمالها عليه وان يبيع كل قفيز من الصبره بكذا باطل مطلقاً انتهى

وقد مر تفصيل ذلك فى المجلد الثانى والعشرين ﴿ ولو قال : بعتك قفيزاً منها  
أو قفيزين مثلاً صح ﴾ كالمعلومه بلا خلاف والعمدة فى المقام بيان ان بيع مقدار من  
الصبره على الاشاعة او الكلى المعين وقد اختلف فى ذلك اختلافاً كثيرة وان كان كونه  
بنحو الكلى فى المعين متعين .

قال فى الجواهر انما الكلام فى أنه هل ينزل على الاشاعة فى الصورتين ،  
أو يكون المبيع ذلك المقدار فى الجملة وتظهر الفائدة فيما لو تلف بعضها ، فعلى  
الاشاعة يتلف من المبيع بالنسبة ، وعلى الثانى يبقى المبيع مابقى قدره ، ويرجح  
الاول ، عدم معهودية ملك الكلى فى غير الذمة لاعلى وجه الاشاعة ، بل ينحل الى

جهالة المبيع وابهامه ، وما تسمعه في بيع الثمار من أن استثناء البايع أطلاقاً معلومة ينزل على الاشاعة من غير خلاف فيه بينهم قالوا : فلو خاست الثمرة بأمر من الله تعالى مثلاً ، وزع على النسبة وهو مثل المقام كما اعترف به في الدروس انتهى .  
ولا يخفى ان ملك الكلي كما يكون في الذمة فكذلك يكون في الخارج من غير فرق والفرق في انه تارة يكون الجنس موجوداً في الخارج كما في المقام واخرى غير موجود كما في السلم فيباع مائة قفيز كلي في الذمة .

واما اذا كان حاضراً في الخارج ينصرف البيع الى الكلي في هذا المعين الخارجي واما يبيع الثمار فلا بد وان يتكلم فيه في محله .

ويدل على المقام خبر الاطنان [في الصحيح] «رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن في أنبار بعضه على بعض من أجمة واحدة والانبار فيه ثلاثون ألف طن ، فقال البايع : بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن فقال المشتري : قد قبلت ورضيت فأعطاه من ثمنه ألف درهم ، ووكل المشتري من يقبضه ، فأصبحوا وقد وقع في القصب نار فاحترق منه عشرون ألف طن ، وبقي عشرة آلاف طن ، فقال عشرة آلاف التي بقيت هي للمشتري ، والعشرون التي احترقت من مال البايع» انتهى وهو مثل المقام من غير فرق .

وانت اذا تأملت حق الدقة تعرف ان المشتري اذا باع عبداً او شاة بين عشرة عبيداً وشياة هل يشتري جزءاً من عشرة عبيد او شياة او عبداً او شاة معيناً في الواقع ومبهما عندنا في امور ولا اظنك ان تميل الى الاول .

قال شيخنا في مكاسبه ما لفظه بيع بعض من جملة متساوية الاجزاء كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان او متفرقتها أو ذراع من كرباس أو عبد من عبيدين وشبه ذلك يتصور على وجوه :

الاول ان يريد بذلك البعض كسراً واقعيّاً من الجملة مقدراً بذلك العنوان فيزيد بالصاع مثلاً من صبرة تكون عشرة اصوع عشرها ومن عبد من عبيدين نصفهما ولا اشكال في صحة ذلك ولا في كون المبيع مشاعاً في الجملة والفرق بين اختلاف



العبدین فی القيمة وعدمه ولابین العلم بعدد صیغان الصبرة وعدمه لان الکسر مقدر بالصاع فلا یعتبر العلم بنسبته الی المجموع هذا ولكن قال فی التذکرة والاقرب انه لو قصد الاشاعة فی عبد من عبدین أو شاة من شاتین بطل بخلاف الذراع من الارض انتهى ولم یعلم وجه الفرق الا منع ظهور الکسر المشاع من لفظ العبد والشاة .

الثانی ان یراد به بعض مردد بین ما یمکن صدقه علیه من الافراد المتصورة فی المجموع نظیر تردد الفرد المنتشر بین الافراد وهذا یتضح فی صاع من الصیغان المتفرقة ولاشکال فی بطلان ذلك مع اختلاف المصادیق فی القيمة کالعبدین المختلفین لانه غرر لان المشتري لا یعلم بما یمحصل فی یده منهما واما مع اتفاقهما فی القيمة کما فی الصیغان المتفرقة فالمثل ایضا کما فی کلام بعض المنع بل فی الریاض نسبته الی الاصحاب .

وعن المحقق الاردبیلی قدس سره ایضا نسبة المنع عن بیع ذراع من کرباس مشاهد من غیر تعیین احد طرفیه الی الاصحاب الی ان قال بعد نقل استدلال المانعین تارة بالجهالة واخری بالابهام وثالثة بالغرر ورابعة بان الملك صفة وجودیة محتاج الی محل تقوم به کسائر الصفات الموجودة فی الخارج واحدهما علی سبیل البذل غیر قابل لقیامه به لانه امر انتزاعی من امرین معینین وبعد تضعیف کل من هذه الوجوه مالفظه ایضاً .

الثالث من وجوه بیع البعض من الكل ان یمکن المبیع طبیعة کلیة منحصرة المصادیق فی الافراد المتصورة فی تلك الجملة والفرق بین هذا الوجه والوجه الثانی کما حققه فی جامع المقاصد بعد التمثیل للثنائی بما اذا فرق الصیغان وقال بعتک احدها ان المبیع هنا واحد من الصیغان المتمیزة المتمشخصة من غیر تعیین فیکون بیعه مشتملا علی الغرر وفی هذا الوجه أمر کلی غیر متمشخص ولا یتمیز بنفسه وینقوم بكل واحد من صیغان الصبرة ویوجد به ومثله مالوقسم الارباع وباع ربعاً منها من غیر تعیین ولو باع ربعاً قبل القسمة صح ونزل علی واحد منها مشاعاً لانه حیثئذ امر کلی الی ان قال :

ثم الظاهر صحة بيع الكلى بهذا المعنى كما هو صريح جماعة منهم الشيخ والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم بل الظاهر عدم الخلاف فيه وان اختلفوا فى تنزيل الصاع من الصبرة على الكلى أو الاشاعة لكن يظهر مما عن الايضاح وجود الخلاف فى صحة بيع الكلى وان منشأ القول بالتنزيل على الاشاعة هو بطلان بيع الكلى بهذا المعنى والكلى الذى يجوز بيعه هو ما يكون فى الذمة قال فى الايضاح فى ترجيح التنزيل على الاشاعة انه لو لم يكن مشاعاً لكان غير معين فلا يكون معلوم العين وهو الغرر الذى يدل النهى عنه على الفساد اجماعاً ولان احدهما بعينه لو وقع البيع عليه ترجيح من غير مرجح ولا بعينه هو المبهم وابهام المبيع مبطل انتهى .

وتبعه بعض المعاصرين مستنداً تارة الى ما فى الايضاح من لزوم الابهام والغرر واخرى الى عدم معهودية ملك الكلى فى غير الذمة لاعلى وجه الاشاعة وثالثاً باتفاقهم على تنزيل الارطال المستثناة من بيع الثمرة على الاشاعة ويرد الاول ما عرفت من منع الغرر فى بيع الفرد المنتشر فكيف نسلم فى الكلى والثانى بانه معهود فى الوصية والاصداق مع انه لم يفهم مراده من المعهودية فان انواع الملك بل كل جنس لا يعهد تحقق احدها فى مورد الاخر الا ان يراد منه عدم وجود مورد يقينى حكم فيه الشارع بملكيتها الكلى المشترك بين افراد موجودة فيكفى فى رده النقض بالوصية وشبهها هذا كله مضافاً الى صحیححة الاطنان الاتية فان موردها اما بيع الفرد المنتشر واما بيع الكلى فى الخارج .

واما الثالث فسيأتى الكلام فيه انشاء الله الى ان قال بعد ذلك لوباع صاعاً من صبرة فهل ينزل على الوجه الاول من الوجوه الثلاثة المتقدمة أعنى الكسر المشاع او على الوجه الثالث وهو الكلى بناء على المشهور من صحته وجهان بل قولان حكى ثانيهما عن الشيخ والشهيدين والمحقق الثاني وجماعة واستدل له فى جامع المقاصد بانه السابق الى الفهم وبرواية يزيد بن معاوية عن ابي عبدالله الى ان ساق صحيح الاطنان .

ثم قال ويمكن دفع الاول بأن مقتضى الوضع فى قوله صاعاً من صبرة هو الفرد المنتشر الذى عرفت سابقاً ان المشهور بل الاجماع على بطلانه ومقتضى المعنى

العرفى هو المقدار المقدر بصاع وظاهره حينئذ الاشاعة لان المقدار المذكور من مجموع الصبرة مشاع فيه واما الرواية فهى ايضا ظاهرة فى الفرد المنتشر كما اعترف به فى الرياض لكن الانصاف ان العرف يعاملون فى البيع المذكور معاملة الكلى فيجعلون الخيار فى التعيين الى البايع وهذه امارة فهمهم الكلى واما الرواية فلو فرضنا ظهورها فى الفرد المنتشر فلا بأس بحملها على الكلى لاجل القرينة الخارجية . ويدل على عدم الاشاعة من حيث الحكم ببقاء المقدار المبيع وكونه مالا للمشتري فالقول الثانى لا يخلو من قوة بل لم نظفر بمن جزم بالاول وان حكاه فى الايضاح قولاً انتهى ظاهره اختيار الكلى فى المعين بل ظاهر الرواية ذلك فالقول بالاشاعة حينئذ اجتهاد فى مقابل النص بل العرف يفهم هذا النحو من البيع الكلى سواء كان موجوداً فى الخارج او فى الذمة بل لو قال البايع للمشتري لو تلف المبيع كان منى ومنك لم يقبل ذلك الا اذا تلف الكل والافمقدار الباقي يأخذه المشتري . وبالجملة الظاهر من قول القائل اشترى منك عشرين صاعاً من هذه الحنطة او الشعير او الارز مع الضمة الى مراده ومقصوده هو عشرون صاعاً كلياً منتشراً فى المجموع فاذا كان المجموع مائة صيعان كان المبيع خمسة المعين المنتشر فى اربعة أخماس الباقية لابعنى ان كل حبة من المجموع خمسة للمشتري فهو امر غير متعارف عند العرف والمتعاملين بل المتبادر من بيع صاع مثلاً هو بيع صاع بين الصيعان الباقية بمعنى ان كل واحد منهما محتمل لكونه للمشتري حتى انحصر فى صاع واحد فيكون له قطعا ولذا يجوز للبايع بيع الباقية حتى ينتهى الى مقدار المبيع فلا يجوز . وكيف كان فقال فى الجواهر بقى شىء وهو أن منشأ الوجهين على الظاهر ، الاختلاف فى تعيين مراد المتعاملين من العبارة التى هى مورد العقد ، لأن ذلك حكم شرعى وان لى يقصده ، فيخرج عن محل البحث حينئذ ما صرح فيه بقصد الاشاعة أو الكلى ، الا أنه قد يشكل صحة الثانى ، بناء على عدم ملك الكلى فى غير الذمة لاعلى وجه الاشاعة وخبر الاطنان لادليل فيه على صحته ، بل هو أعم منه ومن الاشاعة ، وان كان قد خولف مقتضاها يجعل التالف عن البايع خاصة ، فيكون حكماً شرعياً تعدياً

لا يقاس عليه غيره .

بل قد يقال: ان هذا المعنى حكم مطلق يبيع الصاع من الصبرة ، أما لو صرح به فلا دليل على جوازه وقد يحتمل في أصل المسألة أن منشأ الوجهين الاختلاف فيما تقتضيه الأدلة الشرعية في بيع مطلق الصاع من الصبرة من غير مدخلية لتعرف قصد المتعاملين ، بل لو علم خلوهما عن الأمرين معاً ، جاء الوجهان أيضاً ولم يحكم بفساد المعاملة ، فتأمل جيداً ، فإن التحقيق التنزيل على الاشاعة ، ضرورة كونه كالمالين المختلطين ، أو كالمال الذي اشترى ابعاضه انتهى .

وليت شعري انه لو لم يكن من الحكم الشرعي بل راجع الى مرادهما فكيف يكون قصد المشتري الاشاعة مع علمه بانه لو تلف منه شئى يكون عليهما بخلاف الكللى فانه حيثئذ على البايع .

ومن العجب جعل خبر الاطنان غير صحيح مع انه على طبق القواعد واستدل به لذلك فى الحدائق واعجب منه جعله اعم منه ومن الاشاعة مع الاقرار بان مقتضاه كون التلف من البايع فانه حيثئذ كان كلياً فى المعين لا الاشاعة .

والعجب ايضاً جعله من الاشاعة وكون تلفه منهما حكماً شرعياً تعديداً وهو بعيد عن الواقع بمراحل والعجب ايضاً جعله حكم مطلق يبيع الصاع من الصبرة وانه فى الجميع هو الاشاعة ومع ذلك كون تلفه على البايع بحيث لو صرح به على خلافه وانه هو الكللى لا يكون دليلاً على جواز واعجب منه ايضاً جعل منشأ الوجهين هو الاختلاف فى الأدلة الشرعية فى مطلق يبيع الصاع من الصبرة من غير مدخلية لقصدتهما مع انه لم يظهر ذلك من دليل اصل فالتحقيق هو الكللى فانه خال من كثير من الاشكالات .

وبالجملة انا لاننكر ظهور بعض الالفاظ فى الاشاعة كظهور لفظ النصف فى مقام الاقرار ونحوه فاذا اقر بان نصف الدار لزيد كان ظاهراً فى الاشاعة بلا كلام وغير ذلك مما لاننكر الاشاعة الا انا نقول انه فى مقام البيع ليس الا بنحو الكللى لا الاشاعة .

ومما يرد على الاشاعة انه لو كان المبيع عبد بين العبدین او اكثر او شاة بين الشاتين او اكثر هو نصف من كل عبد او شاة او ثلث او ربع وهكذا فاذا باع خمس شياة او خمسة عبدین خمسة وعشرين كان البيع خمس من خمسة وعشرين شاة او عبد الا الخمس وكان للمشتري من الكل خمسة فای واحدا من الشاة او العبد خمسة له لاجمعيه وهو كما ترى فان مبيعه خمسة بتمامها لا من مجموع خمسة وعشرين .

و مما يرد على الاشاعة انه لا يجوز للبايع بيع الباقي الا باذن المشتري الاول لان المفروض حصول الشركة في كل حبة فلا يجوز التصرف بدون اذن الشريك وكذلك بعد المشتري الثاني والثالث والرابع الى ان يتم المبيع فكلما زاد في المشتري زاد في الشركاء فان الكل شريك فر بما كان حبة حنطة او شعير للعشرين فيوقف كل بيع منها على اذن الشركاء وهم كذلك فيما بينهم وهو كما ترى .

ولذلك قرب العلامة البطلان لو كان البيع في الشاتين او العبدین بنحو الاشاعة بل هو على خلاف الوجدان اذ من اشترى عبدا من العبدین المتساويين من جميع الجهات او الشياتين كذلك قد اشترى عبدا معيناً مخصوصاً وشاة كذلك لا النصف من عبد ونصف من الاخرى ولا يقاس ذلك بمسألة احد الشريكين فان له احكاما خاصا . ومنها ان تصرف كل منهما متوقف على اذن الاخر ولا يربط له بمسألة بيع صاع من الصبرة و الانصاف انه اشكال قوى اى عدم جواز البيع الا باذن الجميع لبداية ان الصاع الاول المبتاع اوجب الشركة بين البايع والمشتري فاذا باع مع اجازة المشتري الصاع الثاني بدون افراز حق المشتري صارت الشركاء ثلاثة فاذا باع بثالث قبل افراز حقهما مع اذنهما صارت الشركاء اربعة احدها البايع وهكذا فبعد البيع الصاع الاول لا يجوز بيع البقية الا مع اجازة المشتري الاول وهكذا كما لا يجوز التفكيك الا باجازه كل منهم بخلاف الكلى فانه مالك للصاع الكلى فيجوز له بيع الصاع الاول والثاني والثالث الى ان لا يبقى من الصبرة شيء .

وبهذا للحاظ يشكل ظهور الكسر في الاشاعة فاذا قال بعث ثلث الصبرة المعلومة الوزن كان ثلثها الكلى التردد بين ثلاثة اثلث لا الثلث المشاع في الجميع

ومن جملة ما يرد على الاشاعة حصول النمآت حينئذ فيكون للبايع والمشتري فاذا باع نصف من قطعة غنم وكان للنصف ايضاً نماء وأخر البايع القبض صارت النمآت بينهما كاللبن والصوف والوبر بخلاف الكلى فان النمآت حينئذ للبايع الا اذا حصلت النمآت للجميع مع ان المشتري اشترى الغنم وحده ولذا يكون الضرر فيكون لهما وكذلك من حيث الضرر كما اذا يأكله الذئب او غصب كان منهما قبل الافراز وهو كما ترى .

و من جملة ذلك منع البايع من التصرف فى الباقي قبل الافراز قال بعض المحققين فى صلحه مانصه .

الثالث من وجوه الصاع من الصبرة ونحوه ان يكون المبيع الحقيقة الكلية المنحصرة مصاديقها فى الصبرة ونحوها والفرق بينه وبين السابق واضح فان الكلى لا يباهى فيه بخلاف الفرد المنتشر وبالجملة فالخصوصية الشخصية ملغاة فى هذا القسم الا ان دائرة الكلى مضيقة .

والفرق بينه وبين الاشاعة من وجوه منها ان اختيار التعيين على هذا بيد البايع لعدم استحقاق المشتري الا الطبيعة غاية الامر سلطنته على الالزام بالدفع من الافراد المخصوصة وعن الفاضل القمى ره فى مواضع عديدة من اجوبة مسائله ان التعيين بيد المشتري و ضعفه ظاهر واما على الاشاعة فيتوقف التعيين على التراضى منهما . ومنها انه لو تلف من الجملة ولم يبق الا ما يوازى حق المشتري تعين حقه فيه فان كلامنا الابعاض وان كان صالحاً لتعيين حق المشتري فيه الا انه خرج عن القابلية بالتلف وتعين الباقي .

ومنها ان للبايع جميع انواع التصرف حتى مع منع المشتري الا ما اوجب تلف ما يوازى حقه .

ومنها انه لو كان للجملة نماء اختص به البايع ولم يشاركه المشتري على حسب نصيبه انتهى فانه قوله واما على الاشاعة الى حق ولكنه خلاف المتعارف بين العرف والمتبايعين وقوله للبايع جميع انواع التصرف الخ هو على الكلى وهو

حق بخلاف الاشاعة فانه لا يكون له التصرفات الاباذن المشتري كما عرفت فلا يكون الاشاعة صحيحة اصلا .

وقوله لو كان للجمله نماء الخ مقصوده على الكلى كان النمات للبائع دون الاشاعة فانه لهما كما عرفت و هو ايضا على خلافه العرف و بالجمله لا افهم وجه لصحة الاشاعة اصلا فعمدة وجه المنع للكلى هي عدم معهودية الكلى فى الخارج وهو صرف الادعاء ولا واقعية له فان ملك الكلى كما عرفت كما يمكن كونه فى الذمة فكذلك فى الخارج فلا مانع فى صيرورة المشتري مالكا لاحد الصيعان الخارجية على وجه الابهام .

وقال قده ايضا فى صلحه قبل ذلك فى مقام الرد على النراقى فى عوائده من حيث وجود الكلى الطبيعى مالفظه ومنها قوله هذا كله اذا قلنا بوجود الكلى الطبيعى الخ وجه النظر ان ملك الكلى كما عرفت عبارة عن صفة مقدرة ومتعلقها الذمة ولا يتوقف على وجود الكلى فى الخارج .

بل نقول ان القول بوجود الكلى فى الخارج لا ينفع فى تصحيح ملك الكلى فان احداً من الفقهاء لم يشترط فى بيع السلم وجود المسلم فيه حال البيع فالمشتري يملك الكلى حال عدمه بالاتفاق فالقول بوجود الكلى الطبيعى اجنبى عن المقام بل نقول اذا كان المسلم فيه موجودا حال العقد فالمملوك ليس هو الكلى الموجود بل انما هو الكلى الذى سيوجد بعد الاجل .

بل نقول ان المملوك فى بيع الكلى ليس هو الكلى الموجود حتى اذا كان البيع حالا فانه ربما لا يملك البايح شيئاً من الافراد لينتقل الى المشتري بالبيع مع انه لو كان مالكا ايضا لم ينتقل الى المشتري شىء منها بالضرورة والالشارك المشتري البايح فى ما يملكه من الافراد مع ان المبيع هو الكلى اللابشرط ولا يلتزم به فقيه انتهى قوله ولا يتوقف على وجود الكلى الخ ظاهر فى عدم انحصار الكلى فى الذمة فهو منه اقرار بما كان كليهما فلانسلم حينئذ اضرابه عنه بقوله بل نقول الخ . وذلك لان عدم اشتراط احد فى بيع السلم وجود المسلم فيه معناه ايضا عدم

اشتراط وجود الكلى فى الخارج بل يصح مع وجوده فى الخارج وعدمه فاذا باع  
عشرين قفيز امن الصبرة الخارجية المشتملة على مائة قفيز كان المبيع خمسه الكلى المتردد  
فى اربعة اخماس الباقية واذا لم يكن موجودا اصلا كان المبيع كليا ذميا فالمقصود  
من عدم الاشتراط عدم لزومه خارجيا .

ومن العجب اضرابه ايضا بقوله بل نقول اذا كان الخ فانه لو كان المسلم فيه  
موجودا فى الخارج فكيف لا يكون المبيع هو هذا الكلى الخارجى غاية لا يجب  
دفعه فعلا بل الى وقت تعيين الدفع فيه فعند بيع السلم تارة بيع مقدار معينى كلى  
سلم الى المشتري عند وجوده وفى هذه الصورة يكون المبيع كليا ذميا سلما واخرى  
كان المبيع فى الخارج فيبيع مقدارا معيننا كمائة قفيز من الخارجيات فلا محالة  
لا يكون سلما بل ينصرف حينئذ الى الموجود الخارجى .

واما قوله بل نقول أن المملوك فى بيع الكلى الخ غير خفى ان الكلام فى  
الخارجى المملوك لامطلق الخارجى وحاصل المقصود ان السلم لا يتوقف على  
وجود المسلم فيه فى الخارج ويمكن كونه فى الذمة كما يمكن كونه فى الخارج لكن  
خارج الذى كان مملوكا للبايع لامطلق وجوده فانه اذا كان فى الخارج مملوكا  
لغير البايع فهو بمنزلة عدمه رأسا بالنسبة الى البايع .

وقوله حتى اذا كان المبيع حالا وفيه ان الحالية والمؤجلية ليست دائرة مدار  
الوجود وعدمه بل الى كون البيع مؤجل او معجلا لامكان البيع بكلا قسميه فاذا  
باع الغير الموجود من الحنطة سلما الى مدة ستة اشهر لم يحل الا اذا مضى ستة اشهر  
ولوباع مقدارا من الحنطة الخارجية فان كان المبيع معجلا فيكون كليا فى الكل  
وان كان مؤجلا فيكون سلما غاية الامر ليس للمشتري التصرف فيه حتى سلمه البايع  
لامكان بيع الموجود سلما فليس انه اذا كان المبيع موجودا فى الخارج كان  
حالا ولا جاز التصرف للمشتري ولا كون الجواز منحصرأ فيما لم يكن موجودا فعلا  
وكثيرا ما كان الغرض العقلانى اقتضت بيع الموجود مع تسليمه بعد مدة  
كثيرة كما اذا الغرض كثيرا عدم وجوده فعلا وخروج المبيع عن السلم بالمشاهدة



انما يكون اذا شاهد معيناً لافى ضمن كثير كما هنا حيث لا يكون مرئياً بالعيان وانما هو مرئى فى ضمن اصل الصبرة ولذا عن الخلاف اختلف روايات اصحابنا فى السلم فى الجلود .

فروى أنه لا بأس به اذا شاهد الغنم مع أن الجلود موجود مشهود فالموجود الكلى تارة يباع مع المدة فيكون سلباً واخرى بدونها فيكون كلياً فى الخارج غير معين كما أن الاول فى الذمة .

﴿و﴾ أما ﴿بيع ما تكفى فيه المشاهدة﴾ فانه ﴿جائز﴾ مع حصولها وفى الجواهر بلا خلاف ولا اشكال، لحصول المقتضى وانتفاء المانع ﴿كأن يقول: بعنك هذه الارض﴾ أو هذا الثوب ، ﴿أو هذه الساجة﴾ بالجيم ﴿أو جزء منها مشاعاً﴾ من غير مسح لها .

وظاهر العبارة كفاية نفس المشاهدة بدون الذرع والمساحة وهو مشكل بل مبطل قطعاً لانه بالمشاهدة لا يتعين مقدار المبيع فكان بيعاً مجهولاً بل غرره اعظم فى كثير من الموارد فرؤية الطاقة من الكرباس والارض الواسع كيف يعلم بالمشاهدة مع أن المعيار لو كان بالمشاهدة فمتساو الاجزاء ايضا كذلك فمشاهدة الصبرة مع عدم حصول مقدارها يشترك مع مختلف الاجزاء .

ثم ان لفظ الساجة قد ضبط بالجيم المعجمة ولعله حينئذ بمعنى الخشب وعلى كونها بالهاء المهملة عبارة عن الارض اى هذه المساحة من الارض وبالجملة ان كان معيار المنع وعدمه حصول الغرر وعدمه فلا بد من المساحة والذرع .

قال شيخنا فى مكاسبه قال فى الشرايع يجوز بيع الثوب والارض مع المشاهدة وان لم يمسحوا ولو مسحوا كان احوط لتفاوت الغرض فى ذلك وتعذر ادراكه بالمشاهدة انتهى وفى التذكرة لوباع مختلف الاجزاء مع المشاهدة صح كالثوب والدار والغنم اجماعاً وصرح فى السرائر بجواز بيع قطع الغنم وان لم يعلم عددها اقول يشكل الحكم بالجواز فى كثير من هذه الموارد لثبوت الغرر غالباً مع جهل اذرع

الثوب وعدد قطيع الغنم والاعتماد فى عددها على ما يحصل تخميناً بالمشاهدة عين المجازفة .

وبالجملة فاذا فرضنا ان مقدار مالية الغنم قلة وكثرة يعلم بالعدد فلا فرق بين الجهل بالعدد فيها وبين الجهل بالمقدار فى المكيل والموزون والمعدود وكذا الحكم فى عدد الاذرع والطاقات فى الكرايبس والجربان فى كثير من الاراضى المقدره عادة بالجريب .

نعم ربما يتفق تعارف عدد خاص فى اذرع بعض طاقات الكرايبس لكن الاعتماد على هذا من حيث كونه طريقاً الى عدد الاذرع نظير اخبار البايع وليس هذا معنى كفاية المشاهدة .

ثم انه لو قلنا بالصحة فلو ظهر كون المبيع اقل مما شاهد فلا خيار له للرد او الارش لللغبين على القول به ولا للعيب ان قلنا بكون القلة من العيوب ولا من جهة اخرى ﴿ولو﴾ اراد بيعها ذرعاناً ﴿قال﴾: بعتكها كل ذراع بدرهم لم يصح الامع العلم بذرعانها ﴿بجملتها﴾ ، ولا يخفى ان هذا اللفظ يتوقف على ذرع المبيع حتى يعلم كم من الثمن يملك فيعلم لامحالة فسواء علم قبلاً ذرعانها ام لا يعلم صح .

﴿ولو قال بعتك عشرة أذرع منها وعين﴾ ابتداء ﴿الموضع﴾ ومنتهاه ﴿جاز﴾ قطعاً ﴿ولو أبهمه﴾ اى الموضع ﴿لم يجز لجهالة المبيع﴾ ، وحصول التفاوت فى أجزائها ، بخلاف الصبرة ﴿قد عرفت الصحة هناك وان المتعارف هو البيع من بقية الطاقة الى أن يتم﴾ ولوباعه أرضاً ﴿مثلاً﴾ على أنها جربان معينة ﴿مصرحاً بذلك أو بنى العقد عليه﴾ فكانت أقل فالمشترى بالخيار ﴿بلاخلاف ولا اشكال﴾ ، الا أن الاكثر نقلاً وتحصيلاً بل عن الرياض أنه حكى الشهرة عليه جماعة على كون الخيار ﴿بين فسخ البيع﴾ واسترجاع الثمن ان كان قد قبضه البايع ﴿وبين أخذها بحصتها من الثمن﴾ ، وقيل : بل بكل الثمن .

ولو كان المبيع اقل وانقص وفى الجواهر كما هو خيرة الشيخ والقاضى والفاضل وولده وأبى العباس والصيمرى على ما حكى عن بعضهم ، بل هو ظاهر

الوسيلة والنافع وجامع المقاصد ، وقواه فى الميسية على ما قيل ، واستوجهه فى المسالك ﴿والاول أشبه﴾ باصول المذهب بل لا كلام فيه بل كان اخذ العين الناقص بتمام الثمن مع أنه واقع فى مقابل الكل منكرأ عند العرف .  
والعبارة وان كانت بصورة الوصف لكنه ليس كل ما كان بصورة الوصف وصفا فى الواقع بل كون فقد جزء بعض من المبيع من البديهيات ولوسلم بعدم وقوع التقسيط على الاوصاف .

ويدل عليه [خبر عمر بن حنظلة] قال فيه : «رجل باع أرضا على أن فيها عشرة اجربة ، فاشترى المشتري منه بحدوده ، ونقد الثمن ، وأوقع صفقة البيع وافترقا ، فلما مسح الارض ، فاذا هى خمسة أجربة ، قال ان شاء استرجع فضل ماله وأخذ الارض ، وان شاء رد البيع وأخذ ماله كله ، الا أن يكون الى جنب تلك له ايضا أرضون ، فليوفيه ، ويكون البيع لازما وعليه الوفاء بتمام المبيع ، فان لم يكن له فى ذلك المكان غير الذى باع ، فان شاء المشتري أخذ الارض واسترجع فضل ماله ، وان شاء رد الارض وأخذ المال كله» .

والظاهر لا اشكال فى كون المشتري مختاراً بين الفسخ و بين القبول مع الاسترجاع الثمن الذى لم يقع فى مقابله شيء وفى جواهر فى بيان ذلك :  
قال اذا المذكور وان كان بصورة الوصف والشرط الذين لا يوزع عليهما الاثمان لكنهما اجزاء من المبيع حقيقية خارجية فيقوت بفواتها بعض المبيع حيثئذ فيثبت الخيار المزبور لتخلف الوصف الذى هو بعض من المبيع ، وبذلك افترق عن بعض الاوصاف التى لا ترجع الى اجزاء من المبيع ، فكأن الخيار فيها بتخلف الوصف بين الفسخ والقبول بتمام الثمن ، لكون الفئات ليس جزء مبيع يقابل شيئاً من الثمن ، بل وصفه و ما نحن فيه ليس من ذلك قطعاً ، بل هو لا ينقص عن وصف الصحة الذى يثبت الخيار بفقداه بالعيب بين الرد والقبول بالارش انتهى  
والظاهر لافرق فى ذلك بين كون نقص المبيع من جانب المشتري او زيادته من جانب البايع كما اذا باع عشرة جربان فظهر بعد البيع كونها خمس عشرة جربان

منها فانه كان للبايع الخيار بين الفسخ او اخذ ثمن الزيادة على مقدار المبيع .  
ومن ذلك يعلم عدم تمامية ما افاد المصنف في العكس حيث قال ﴿ ولو زادت  
كان البايع بالخيار بين الفسخ والاجازة بجميع الثمن ﴾ وعدم تمامية ما في الجواهر  
من قوله لعدم موجب للتنقيط هنا ضرورة اختصاص ايجاب التبعض ذلك بالمشتري  
فلم يبق الا جهة تخلف الوصف الموجب ضرراً على البايع لو كان البيع لازماً ثبت  
له الخيار بالطريق المزبور و الزام المشتري هنا باعطاء ما يخص الزيادة على نسبة  
الثمن، أو تخيره بين ذلك وبين الفسخ لا يوافق الضوابط الشرعية انتهى  
لما عرفت اولاً من عدم تسليم عدم التنقيط بين فقد الاوصاف مطلقاً ولو كان  
في مثل المقام وعدم الفرق في ذلك بين البايع والمشتري ثانياً و لذا عن القواعد  
احتمال بطلان البيع فلو كان ذلك عنده تماماً لما احتمل البطلان فليس وجهه الا وقوع  
الثمن بازاء المجموع وحيث لا يعلم الزائد على ما زعم و كان مجهولاً فكان باطلاً .  
ولذا عن المبسوط بل عن التبصرة انه الوجه عندي لجهالة المبيع لكون الزيادة  
غير معينة ، مع انه غير تام ايضاً اذ لا يشترط الازيد من العلم بالمبيع و هو حاصل  
للبايع والمشتري وهو جريان معينة وهذا المقدار كاف ولو بزعمهما في رفع الغرر  
غاية الامر كان المبيع اكثر و لم يعلم به البايع فلا يوجب الا الخيار للبايع بين  
الفسخ واخذ الزيادة و بالجملة لا فرق بين البايع والمشتري و لا بين كون الخيار  
بين الفسخ وبين اخذ الزيادة من الثمن والمثمن هذا مضافاً الى ان العمل بالخبر متعين  
و لذا قال في الجواهر ايضاً لكن الخبر المزبور الذي عمل به جماعة من  
الاصحاب أوجب التوزيع في صورة النقصان، ولا محيص عن العمل به ان لم يحتمل  
بهرينة ذيله على كون المبيع عشرة معينة ابتداء الى أن تنتهي بناء على صحة ذلك  
فبان قصورها عن العشر، فان التوزيع هنا متجه، ضرورة كون مورد البيع المعدود  
من حيث العدد انتهى .

﴿ وكذا كل ما لا يتساوى اجزائه ﴾ على مختار المصنف و مختارنا  
﴿ ولو جمع بين شيئين ﴾ مثلاً ﴿ مختلفين ﴾ في كون كل منهما مورد عقد

مخصوص ﴿ في عقد واحد بثمن واحد كبيع و سلف ﴾ فقال : بعتك هذا العبد وعشرة اقفة حنطة موصوفة بكذا مؤجلا الى كذا بمأة درهم ﴿ او اجارة وبيع ﴾ فقال آجر تك الدار و بعتك العبد بكذا ﴿ او نكاح و اجارة ﴾ فقال : انكحتك نفسى و آجرتك الدار بكذا ﴿ صح ﴾ بلا خلاف أجد فيه ، كما فى الجواهر وعن الاكثر كما عن بعضهم .

ولا يخفى انه من اظهر افراد الغرر وكيف يعين فى المثل ما وقع للاجارة او النكاح خصوصاً اذا كان مهر المثل بقدر احدهما فقط كما اذا كان ماعين لهما مأة وهى مهر المثل فى المرثة او اجرة المثل فى الاجارة وهذا الاشكال لا يجرى فيما لو كان العقد على الواحد منهما فانه فى الاجارة او النكاح كانت الاجرة هى المسمى قليلا او كثيراً .

وبالجملة لا بد لكل عقد من تعيين ما يقع فى مقابله مضافاً الى عدم تعارف مثل ذلك عند العرف فلا يشملها الاطلاقات .

وفى الجواهر قال نعم عن الاردبيلي انه تأمل فيه ، ولعله للشك فى نقل مثل هذا العقد الذى لا يدخل فى اسم كل منهما ، والا اعتبر فيه ما يعتبر فيهما ، ولان الجهالة والغرر ، وان ارتفعا النسبة الى هذا العقد ، الا انهما متحققان بالنسبة الى البيع والاجارة وقد نهى الشارع عنهما فى كل منهما وارتفعا بالنسبة الى مجموع العقد غير مجد وليس هو كالمبيعين الذين فسد البيع بالنسبة الى احدهما ، للاكتفاء فيه بمعلومية ثمن المجموع الذى هو مبيع و الجهل بالتقسيم غير قادح بعد ان كان بالنسبة الى جزء المبيع لا الى مجموعه ، بل لعل مثل ذلك غير قادح حتى مع العلم بالفساد من اول الامر ، لصدق معلومية ثمن المبيع ، ولو كان البيع فى بعضه فاسداً بخلاف المقام الذى ثمن تمام المبيع فيه مجهول ، وان كان هو معلوماً بالنسبة الى مجموع العقد انتهى فالاقوى فيه المنع .

﴿ و ﴾ على الصحة ﴿ يقسط العوض ﴾ لتعدد المالك ﴿ على قيمة

المبيع و اجرة المثل و ﴿ على ﴾ مهر المثل ﴿ فسان و في بكليهما و الا فعلى مقدار ما بلغ .

﴿ وكذا يجوز ﴾ بلاخلاف بل ولا اشكال ﴿ بيع السمن بظروفه ﴾ مع العلم بوزن المجموع الكافي عن معلومية وزن كل منهما، بعد اقدم المشتري على الرضا بكون سعر الظرف سعر الدهن ، فاذا احتيج الى التقسيط قسط على ثمن مثلهما ، بان يقال : قيمة الظرف مثلاً درهم ، وقيمة السمن تسعة فيخص الظرف عشر الثمن ﴿ ولو قال . بعثك هذا السمن بظروفه كل رطل بدرهم ﴾ بعد العلم بوزن المجموع ﴿ كان جائزاً ﴾ ايضاً لما عرفت .

و قد مر تمام الكلام في المجلد الثاني والعشرين في مسألة الاندار و هو منه تكرار ثم انه من المعلوم عدم اختصاص ذلك بالسمن بل يعم كل ما يحتاج بيعه الى جعله في الظرف كالدبس والزيت والبطيخ والرقى و امثالهما حيث يحتاج الى جعلها في الجواليق والقناد الذي يجعل الحلويات في الجعبة فيكفي العلم بمجموع الظرف والمظروف سواء كان للمظروف قيمة كالجواليق ونحوها ام لا وسواء كان المعتاد عندهم رد الظروف الى صاحبها كما هو المعروف في مثل بالطيخ ونحوه حيث يندر منان مثلاً للظرف ويرجع الى صاحبه بعد اخلائه ام لا كماكثر الاجناس التي يجعل في عصرنا فيما يسمى به كارتن ويوزن غالب الاجناس معه فلا اشكال في محتمل الزيادة والنقصان وعدمه كيف وهو المتعارف بين العرف بل لو لا الجواز لزم العسر والحرج والله العالم .

﴿ الفصل الخامس : في احكام العيوب من اشترى مطلقاً أو بشرط الصحة اقتضى سلامة المبيع من العيوب ﴾ بلاخلاف .

قال في التذكرة الاصل في البيع من الاعيان والاشخاص السلامة عن العيوب والصحة فاذا اقدم المشتري على بذل ماله في مقابلة تلك العين فانما بنى اقدامه على غالب ظنه المستند الى اصالة السلامة . فاذا ظهر عيب سابق على العقد وجب أن يتمكن من التدارك ، وذلك بشوت الخيار بين امضاء البيع وفسخه .

اذا عرفت هذا فاطلاق العقد أو شرط السلامة يقتضيان السلامة ، فان ظهر عيب سابق كان للمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء . والاصل فيه مارواه الجمهور أن رجلا اشترى غلاماً فى زمن رسول الله ﷺ وكان عنده ماشاء الله ثم رده من عيب وجد به ، ومن طريق الخاصة الخ فالمعنى انه من اشترى شيئاً بنحو الاطلاق كان مقتضى العقد سلامة المبيع من كل عيب ولا يحتاج الى اشتراط الصحة بحيث اذا اشترط كان تأكيد المقتضى العقد ولا يكون موجبا لخيار آخر غير خيار العيب فمقتضاه شرعاً ذلك بل عرفا فان الظاهر من العرف ان الاشترار بنحو الاطلاق من غير بيان عيوبه يقتضى السلامة والالبيته بحيث لو انكر البايع اعترض العرف عليه ويقول كان عليك بيان عيبه فاطلاق كلامه عرفا ظاهر فى الصحة .

وكيف كان ﴿ فان ظهر به عيب سابق على العقد فالمشتري خاصة بالخيار ، بين فسخ العقد وأخذ الارش ﴾ وفى الجواهر اجماعاً محصلاً ، ومحكياً مستقيماً ، صريحاً وظاهراً ، انتهى ويدل عليه حديث الضرار فانه لا يرتفع الضرر الا بخياره بين الرد أو أخذ الارش .

وماعن فقه الرضا بناء على حججه « ان خرج فى السلعة عيب وعلم المشتري فالخيار اليه ان شاء ردوا ان شاء أخذ أورد عليه بالقيمة ارش المعيب » والظاهر زيادة أوفيه كما عن بعض الاجلة ، والمراد « الهمة » وحده وماعن مرسل جميل عن أحدهما عليه السلام « فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً قال : ان كان قائماً رده على صاحبه وأخذ الثمن ، وان كان الثوب قد قطع او خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب » وغيره مع بقاء العين بحالها وان لم يكن كذلك فله الارش وهو غير التخيير بين الرد وبين الامضاء مع الارش .

وفى الجواهر ليس فيها جميعاً ذكر الامضاء مع الارش ، بل ظاهرها الرد خاصة كما اعترف به فى الرياض ، لكن قال : « ان الاجماع ولو فى الجملة كاف فى التعدية » .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ يسقط الرد ﴿ والارش ﴾ بالتبرى من العيوب ﴿ بأن يقول :

بعتك هذا بكل عيب ، أو وأنا برىء من كل عيب ، أو نحو ذلك فانه حينئذ في معنى بيعه بأى نحو كان سواء كان مع العيب وعدمه والفرض ان المشتري راض وقد أقدم عليه بذلك المبيع مطلقا قال في الخلاف اذا باع عبداً أو حيوانا أو غيرهما من المتاع بالبراءة من العيوب صح البيع وبرأ من كل عيب ظاهراً كان أو باطنا علمه أو لم يعلمه وبه قال ابو حنيفة وللشافعى فيه ثلاثة اقوال أحدها مثل ما قلناه والثانى انه لا يبرء من عيب بحال علمه أو لم يعلمه بحيوان كان أو بغيره وهو مذهب الاصطخرى وبه قال احمد واسحق والثالث انه لا يبرء من عيب بحال علمه أو لم يعلمه الا من عيب واحد وهو عيب بباطن الحيوان لم يعلمه البايع فاما غير هذا فلا يبرأ منه سواء كان بباطن الحيوان يعلمه أو بظاهر الحيوان أو فى غير الحيوان علمه أو لم يعلمه وبه قال مالك وهو الاظهر عندهم (على مذهبهم - خ) فان كان المبيع غير حيوان كالثياب والخشب والعقار ففيها قولان أحدهما يبرأ بكل حال والثانى لا يبرأ من عيب بحال والثالث يسقط لانه لا باطن لغير الحيوان الا ويمكن معرفته ولا يمكن ذلك فى الحيوان .

وقال غيره من أصحاب الشافعى المسئلة على قول واحد فانه لا يبرأ الا من عيب واحد وهو عيب بباطن الحيوان لم يعلمه ولا يبرأ من عيب سواء وهذا هو المذهب وقال ابن ابى ليلى يبرأ من كل عيب يعده على المشتري فان وجد به عيبا غير الذى عدّه البايع عليه كان له رده ولا يردّه بما عدّه عليه .

[ دليلنا ] اجماع الفرقة على ان البرائة من العيوب صحيح واخبارهم عامة فى ذلك فوجب حملها على ظاهرها وتخصيصها بعيب دون عيب يحتاج الى دليل وايضا روى عن النبى ﷺ انه قال المؤمنون عند شروطهم فينبغى ان يكون على ما شرطه انتهى .

ويدل عليه مضافاً الى مفهوم [الحسن أو الصحيح] « أيما رجل اشترى شيئاً فيه عيب أو عوار ، ولم يتبرء اليه منه ولم يبين له ، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً وعلم بذلك العيب وذلك العوار أنه يمضى عليه البيع ، ويرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به » .



[ وخبر جعفر بن عيسى ] قال : « كتبت الى ابى الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى ، فاذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه ، فاذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق الا نقد الثمن ، فر بما زهد فاذا زهد فيه ادعى عيوباً وأنه لم يعلم بها ، فيقول : له المنادى قد تبرئت منها ، فيقول المشتري : لم أسمع البرائة منها ، أصدق ؟ فلا يجب عليه الثمن ، أم لا يصدق فيجب ؟ فكتب عليه الثمن » ظهوره للمقام واضح .

واما من حيث باب الدعاوى فالقول قول البايع فانه يدعى صحة البيع ولزومه والمشتري يدعى عدم السماع الذى لازمه الجواز ويدفعه اصالة اللزوم ولان المسلم اذا باع شيئاً فيه عيب أظهره وبيّنه للمشتري فلا اشكال فيه بوجه .

ثم ان الظاهر هو العيوب الموجودة فى حال العقد لا العيوب المتجددة بعد لأمعنى له لانه بعد العقد قد دخل فى ملك المشتري والعيوب الحاصلة بعد الملك كان فى ملك مالكة نعم قد يتصور فيما اذا كان منشأ حصوله موجوداً فى المبيع ولم يبرز بعد بحيث علم البايع لو بقى لتحقق فيه العيب الذى كان سببه موجوداً وحينئذ لا اشكال فى التبرى عنه .

﴿ و ﴾ كذا يستطان ﴿ بالعلم بالعيب قبل العقد ﴾ وفى الجواهر بلا خلاف أجده ، لان اقدامه معه رضاً منه به ، ولا خلاف فى الغنية فى سقوط خيار العيب به حينئذ ، مضافاً الى أصلى لزوم العقد وبراءة الذمة من الارش ، ضرورة ظهور أدلة الخيار المزبور فى غير الفرض انتهى .

غير خفى انه مع العلم بالعيب قبل العقد ليس اقدام المشتري على البيع الاعازما على البيع مع العيب فهو فى قوة ما اذا ابرء البايع من عيوبه ولا يصح ان يقال انه مع علم المشتري بالعيب انما اشتراه بدون العيب

وبالجملة المسألة واضحة لا يحتاج الى بيان زائد

﴿ و ﴾ يسقط الخيار المزبور ايضاً ﴿ باسقاطه بعد العقد ﴾ بلا خلاف لانه من الحقوق التى تسقط بالاسقاط ، كما عرفته فى الخيارات السابقة ، فيسقط الرد حينئذ

﴿وكذا الارش﴾ لانهما هنا متعلقاه فاسقاطه اسقاطهما معاً

والحاصل اسقاط الخيار معناه الالتزام بالمبيع مطلقاً وقبوله بدون اخذ الارش  
 ﴿ويسقط الرد﴾ خاصة ﴿باحدائه فيه حدثاً كالعنق وقطع الثوب﴾ وفي الجواهر  
 بلاخلاف معتد به بل في المختلف وعن شرح الارشاد للفخر الاجماع عليه ﴿سواء﴾  
 كان قبل العلم بالعيب أو بعده ﴿ضرورة انه بعد احداث الحدث في المبيع لوجه﴾  
 لصحة الرد ولو كان ذلك قبل العلم بالعيب فان الرد به يوجب الاضرار على البايع  
 بقبول مبيعه نعم انما يثبت له الارش فما عن المبسوط من ان التصرف قبل العلم  
 بالعيب لا يسقط به الخيار بل له الرد في غاية الضعف كما في الجواهر

وعبارة خلافه على خلافه قال اذا اشترى ثوباً فصبغه ثم علم ان به عيباً كان له  
 الرجوع بارش العيب (ولم يكن له رده) الا ان يشاء البايع ان يقبله مصبوغاً ويضمن  
 قيمة الصبغ ويكون المشتري بالخيار بين امساكه بغير ارش او برده وياخذ قيمة الصبغ  
 وبه قال الشافعي انتهى

وذلك لان تصرفه ولو كان بزعم عدم العيب فيه الا انه بعد العلم به انما يكون  
 له الارش فقط لوضوح ان المبيع قد خرج عن قيامه بذاته فربما لم ينفع بحال بايعه اصلاً  
 فهو ضرر عظيم عليه بخلاف المشتري فان تصرفه على طبق مقصوده ومرامه غاية  
 الامر كان فيه عيب يمكن جبرانه بالارش فالظاهر لا اشكال في ان التصرف الذي خرج  
 الشيء عن القيام بنفسه مسقط للخيار بالرد الى صاحبه

وانما الكلام في التصرف بعد العلم بالعيب فانه دليل على الرضا به فمعه  
 لا يتوهم ثبوت الرد وانما الكلام في ثبوت الارش لامكان ان يقال انه بعد العلم بالعيب  
 لو لم يرض بالمعيب كان له الرد فالتصرف ح مع انه مسقط للرد مسقط للارش كما  
 عن ابن حمزة فلعله في غاية القوة والاحكام الشرعية من التكليفية والوضعية والحقية  
 لا بدوان يكون بحيث لا يكون منكراً عند العرف والعقلاء بعدما كان الشارع احد منهم  
 ومن المعلوم ان مطالبة الارش من البايع للعيب السابق بعد العلم به  
 والتصرف الكذائي عد عند العقلاء مستنكراً حيث لهم ان يقولوا لم يرض بذلك المعيب

بعد العلم رده الى صاحبه

وكيف كان فالقول بثبوت الارش بعد العلم ضعيف جدا الا ان يستفاد من الروايات هو التعبد بذلك فلا بد من نقلها واكثرها مما وردت فى وطء الامة ثم علم بالعيب وانه لا يرد على البايع لكنه اخذ الارش منه الا اذا كان العيب هو الحمل فانه يرد حينئذ عليه .

ويدل عليه مارواه فى الكافى والتهذيب عن طلحة ابن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام قال قضى امير المؤمنين عليه السلام فى رجل اشترى جارية فوطأها ثم وجد فيها عيبا قال: تقوم وهى صحيحة ، وتقوم بها الداء ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء» ومنها [مارواه] فيهما أيضا فى الصحيح عن منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل اشترى جارية فوقع عليها وقال : ان وجد فيها عيباً فليس له ان يردها ولكن يرد عليه بقيمة مانقصها العيب» قال : قلت: هذا قول على عليه السلام ؟ قال نعم» ومنها [ما رواه] فى التهذيب عن عبدالرحمان بن أبى عبد الله عليه السلام «قال : سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: أيما رجل اشترى جارية فوقع عليها فوجد بها عيبا لم يرد هاورد البايع عليه قيمة العيب» .

ومنها [مارواه] فى الكافى والتهذيب فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن احدهما عليه السلام «أنه سئل عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها ، ثم يجد بها عيبا بعد ذلك قال : لا يرد هاء على صاحبها ، ولكن يقوم ما بين العيب والصحة فيرد على المبتاع معاذ الله أن يجعل لها اجرا»

ومنها [مارواه] فى الفقيه عن ميسرة عن أبى عبد الله عليه السلام «قال : كان على عليه السلام لا يرد الجارية بعيب اذا وطئت ، ولكن يرجع بقيمة العيب ، وكان على عليه السلام يقول معاذ الله أن اجعل لها اجرا»

ومنها [ما رواه] فى التهذيب عن حماد بن عيسى فى الصحيح «قال : سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول : قال على بن الحسين : كان القضاء الاول فى الرجل اذا اشترى الامة فوطأها ثم ظهر على عيب ان البيع لازم وله أرش العيب»

وهذه الروايات كلها واردة في التصرف قبل العلم وانه لا يمكن الرد نعم في بعضها الامر بالرد وهو ما اذا كان العيب هو الحمل فلا يضر ما كنا بصدده من عدم الرد لو كان التصرف قبل العلم بالعيب اذا كان العيب غير الحمل مثل ما في الكافي والتهذيب في الصحيح عن ابن سنان «قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية حبلى ولم يعلم بحملها فوطأها قال : يردها على الذى ابتاعها منه ويرد عليه نصف عشر قيمتها لنكاحه اياها وقد قال على عليه السلام لا ترد التى ليست بحبلى اذا وطأها صاحبها ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها»

[ومارواه فيهما] أيضا عن عبد الملك بن عمرو عن ابي عبد الله عليه السلام ( قال : لا ترد التى ليست بحبلى اذا وطئها صاحبها وله ارش العيب ، وترد الحبلى ويرد معها نصف عشر قيمتها» .

وزاد في الكافي قال : وفي رواية اخرى «ان كانت بكرًا فعشر ثمنها ، وان لم تكن بكرًا فنصف عشر ثمنها» .

[ وما رواه ] فى التهذيب عن فضيل مولى محمد بن راشد « قالت : سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل باع جارية حبلى وهو لا يعلم ، فنكحها الذى اشترى ، قال : يردها ويرد نصف عشر قيمتها » . ومرسلة ابن ابي عمير عن سعيد بن يسار عن ابي عبد الله (ع) مثله .

[ ومنها مارواه فى الفقيه والشيخ فى التهذيب عن عبد الرحمان بن ابي عبد الله قال : «سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل يشتري الجارية فيقع عليها فيجدها حبلى قال : يردها ويرد معها شيئاً » .

[ وما رواه ] المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام فى الرجل يشتري الجارية الحبلى فينكحها وهو لا يعلم ؟ قال : يردها ويكسوها » .

[ وما رواه فى التهذيب ] عن عبد الملك بن عمرو عن ابي عبد الله عليه السلام « فى الرجل يشتري الجارية و هى حبلى فيطأها قال : يردها ، ويرد عشر ثمنها » وهذه

روايات نقلها في الحقائق والظاهر من الجميع كون التصرف قبل العلم بالعيب وانه حينئذ لا يصح الرد الا اذا كان العيب حملاً وليس فيها شيء دل على كون التصرف بعد العلم وانه يوجب الارش بل قد ثبت الارش لما كان التصرف قبل العلم بالعيب فيمكن الذهاب الى ما عن ابي حمزة مضافاً الى ان التصرف بعد العلم دليل على الرضا مطلقاً والقول بعدم كونه دليلاً على سقوط الارش كما ترى فان الظاهر ممن تصرف في شيء بعد علمه بانه مع العيب كان التصرف دليلاً على رضاه بنفس المبيع المعيوب والا فلا يتصرف مع امكانه فالمتصرف مع العلم كانه انصرف عن الارش فكما يسقط به الرد فكذلك يسقط به الارش .

ثم المراد بهذا التصرف هو التصرف المغير للعين بحيث لا يبقى على حالتها الاولى لقطع الثوب وصبغه وطم الارض وحفرها فلا يشمل مطلق التصرف ولو بمثل اغلق الباب او اسقنى الماء .

﴿ و ﴾ كذا يسقط الرد ﴿ بحدوث عيب بعد القبض ﴾ فلا يرد بالعيب السابق قبل العقد حينئذ وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه ، بل عن شرح الارشاد للفخر الاجماع عليه ، وفي محكي الخلاف الاجماع و الاخبار على أنه ليس له رده الا أن يرضى البايع بان يقبله ناقصاً فيكون له رده ، وأنه يكون له الارش ان امتنع البايع من قبوله معيباً ، وعن موضع من المبسوط « اذا باع عبداً وقطع طرف من أطرافه عند المشتري ثم وجد به عيباً قدما سقط حكم الرد اجماعاً ووجب الارش » وعنه ايضاً [ نفى الخلاف عن أن له الارش اذا امتنع البايع من قبوله انتهى .

و اما عبارة الخلاف فقال اذا اشترى شيئاً و قبضه ثم وجد به عيباً كان عند البايع وحدث عنده عيب آخر لم يكن له رده الا ان يرضى البايع بان يقبله ناقصاً فيكون له رده ويكون له الارش اذا امتنع البايع من قبوله معيباً و به قال الشافعي وقال ابو ثور وحماد بن ابي سليمان اذا حدث عند المشتري عيب ووجد عيباً قديماً كان عند البايع رده ورد معه ارش العيب وقال مالك واحمد المشتري بالخيار بين ان يرده مع ارش العيب الحادث وبين ان يمسكه ويرجع على البايع بارش العيب القديم .

[دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم انتهى ﴿و﴾ لكن انما ﴿ي﴾ ثبت الارش ﴿ي﴾  
 حيثئذ فقط فانه جمع بين الضررين ﴿و﴾ ولو كان العيب الحادث قبل القبض لم يمنع  
 الرد ﴿ي﴾ بالعيب السابق قطعاً وفي الجواهر بل يمكن تحصيل الاجماع فضلاً عن محكمته  
 لكونه مضموناً على البايع ، ولذا كان للمشتري الرد به ، فضلاً عن العيب السابق  
 بلاخلاف ، بل حكى الاجماع عليه غير واحد انتهى .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿ي﴾ اذا اراد بيع المعيب فالأولى ﴿ي﴾ والأفضل ﴿ي﴾ اعلام المشتري  
 بالعيب أو التبري من العيوب مفصلة ﴿ي﴾ من غير فرق بين الخفى منه والظاهر ، وظاهر  
 العبارة استحباب ذلك مع انه في العيب الخفى يجب الاعلام والايكون تدليساً حراماً .  
 بل في الجواهر ينبغي بطلان البيع في نحو شوب اللبن بالماء ، لأن المبيع  
 المقصود غير معلوم القدر للمشتري ، وان كان لادليل على البطلان جداً وعن الخلاف  
 «من باع شيئاً وبه عيب لم يبيته فقد فعل محظوراً وكان للمشتري الخيار» وعن المبسوط  
 وفقه القرآن للراوندي «وجب أن يبين للمشتري عيبه أو يتبري به من العيوب والاحوط  
 الأول» وعن التحرير «وجب الاشعار أو التبري من العيوب» وعن الدروس «يجب على  
 البايع الاعلام بالعيب الخفى على المشتري ان علمه البايع لتحريم الغش ولو تبري من  
 العيب سقط الوجوب» قال الشيخ «والاعلام أحوط» وعن ايضاح النافع أنه المشهور  
 وكان وجهه الأصل بعد عدم صدق الغش معه .

وفي الجواهر وعلى كل حال فلاخلاف في عدم وجوب الاخبار بالظاهر بعد  
 تنزيل العبارات المزبورة على ما سمعت ، ولعله لذا قال في الرياض : «ويجوز بيع  
 المعيب وان لم يذكر عيبه مع عدم الغش بلاخلاف في الظاهر بل قد يظهر اطلاق  
 المتن والقواعد وغيرها عدم وجوبه حتى في الخفى ولعله للاصل وعدم كونه غشاً  
 بعد ان لم يكن من فعله ولا أخبر بسلامته ﴿ي﴾ ولو اجمل ﴿ي﴾ في البراءة بأن قال :  
 برئت من عيبه أو من العيوب ، ﴿ي﴾ جاز ﴿ي﴾ وكان كالتفصيل في الحكم

وفي الجواهر لمعموم المقتضى الذي قد عرفته فيما مضى من الاجماع وغيره ،  
 فليسقط به حيثئذ الخيار في الرد والارش ، ويسقط به أيضاً وجوب الاخبار بالخفى ،

بناء على سقوطه بالبراءة المفصلة وعن الدروس «من أن في التبري مجملًا قولين أشهرهما الاكتفاء سواء علم البايع بالعيب ام لا» انتهى وذلك لعدم الفرق بين التفصيل بخصوص العيب كالحمر الدائمى وبين الاجمال كقوله من كل عيب ﴿وإذا ابتاع شيئين صفقة﴾ من مالك واحد بثمن واحد ﴿ثم علم بعيب فى أحدهما ، لم يجرّد المعيب منفردا و لكن له ردهما معاً أو أخذ الارش .

وفى الجواهر بلا خلاف أجده فيه ، بل فى الغنية الاجماع عليه ، كما عن الخلاف أن دليله اجماع الفرقة وأخبارهم ، لالان رده خاصة موجب للتبعيض الذى يتضرر به البايع ، اذ يمكن جبره بتسلط البايع على الخيار حينئذ ، بل لظهور الادلة فى تعلق حق الخيار بالمجموع لافى كل جزء منه ، لا أقل من الشك ، ضرورة عدم الوثوق باطلاق فيها على وجه يشمل الفرض والاصل اللزوم ، ومنه يعلم حينئذ عدم الفرق فى الحكم المزبور بين ما ينتقسه التفريق كمصراعى باب أولاً ، ولا بين حصول القبض وعدمه انتهى .

ولا يخفى ان ظهور الادلة فى تعلق الحق بالمجموع غالبى حيث ان الاكثر كون المبيع امر واحد فلا منع حينئذ من رد خصوص المعيب بل لادليل على رد المجموع مع عدم عيب فى الاخر بعد منع ظهور الادلة فى المجموع بل يمكن رد السالم فقط لعدم عيب فيه والشك معارض بالشك فى رد المجموع بعد كون احدهما سالما ومنه يظهر ما فى قوله .

﴿وكذا﴾ فى عدم جواز الاختلاف ﴿لو اشترى اثنان شيئاً متعدداً على جهة الشركة فيهما بثمن كذلك﴾ كان لهما معاً ﴿ردّه أو امساكه مع الارش و ليس لاحدهما ردّ نصيبه دون صاحبه﴾

وفى الجواهر على المشهور بين الاصحاب ، نقلا وتحصيلا لما عرفت من ان معيار جواز الرد هو خصوص المعيب لاهو مع الصحيح و حينئذ يجوز لهما او احدهما ردّ خصوص المعيب او اخذ ارشه و لزوم تبعض الصفقة ينجره خيار البايع نعم مع رضاية البايع برّد المجموع لا اشكال فيه وعليه لو كان شر كاء متعددين

وباعوا امتعة متعددة و كان في بعضها عيب يمكن للكل رد خصوص المعيب  
او اخذ ارشه وليس لهم رد المجموع الامع رضى البايع فهذا هو معيار جواز الرد  
وعدمه لاتعدد البايع والمشتري وعدمه .

وبالجملة اذا ابتاع شيئين كالكتاب و الفرس مثلا اوهما مع الفرش كان  
المبيع متعددا في الحقيقة ولو كان في صفقة واحدة فكما لو كان كل منها منفردا في  
العقد و كان معييا كان الحكم مختصا به من غير ربط بغيره فكذلك اذا وقع الكل  
بعقد واحد فانه ينحل العقد الواحد بتعدد المبيع الى عقود متعددة فحكم العيب  
مختص بما كان فيه ذلك العيب .

﴿ واذا وطىء الامة ثم عليها بعينها ﴾ الذى هو ليس بحبل ﴿ لم يكن له ردها ﴾  
عندنا وتعين له الارش بلاخلاف الامن الجعفى كما فى الدروس ، ولا اشكال نصا  
وفتوى بل الاجماع بقسميه عليه ﴿ فان كان العيب حبالا جاز له ردها ويرد معها  
نصف عشر قيمتها لمكان الوطى ﴾ اجماعا محكيا فى الاستبصار والغنية .

وقد عرفت النصوص قبل افراجه وراجع الجواهر حيث فصله تفصيلا ولكن  
حيث لم يكن هذه المسألة و امثالها محل حاجة بيان الاهم اولى ﴿ القول فى اقسام  
العيوب والضابط ﴾ فيها مع اختلاف يسير ، بل عن مجمع البرهان الاجماع وفى  
الرياض الظاهر الاتفاق عليه ﴿ ان كل ما كان من اصل الخلقة ، فزاد أو نقص فهو  
عيب ، فالزيادة كالاصبع الزائدة والنقصان كفوات عضو ﴾ .

وهذا وان كان معياراً صحيحاً لكنه عند العرف يمكن ان لا يكون منضبطا فان  
مثل عدم الشعر على البضع نقص عن خلقتها الاصلية مع انه عند العرف حسن لاعيب  
وكذا عدم رؤيتها الدم فانه نقص عن خلقتها الاصلية مع انه ليس بعيب عند العرف  
بل حقيقة كما فى الصديقة او مثل من لها فرجان فانه ليس بمحال بالضرورة بحيث  
يمكن ادخال الذكرفى كل منهما خصوصا اذا كان احدهما محل الحرث دون الاخر  
فطالبها اكثر من غيرها لمن كان من قصده عدم تحقق الولد له او كان فرجها على  
بطنها فان الكل خارج عن الخلقة الاصلية مع انها ليس بعيب اصلا .



واما ما عن الكافى عن الحسين بن محمد عن السيارى قال : « روى عن ابن ابي ليلى انه قدم اليه رجل خصماً له ، فقال ؟ ان هذا باعنى هذه الجارية فلم أجد على ركبها حين كشفتها شعرا «أى العانة» وزعمت أنه لم يكن لها قط ، فقال ابن ابي ليلى ان الناس ليحتالون الى هذا بالحيل حتى يذهبوا به ، فما الذى كرهت ، فقال : ايها القاضى ان كان هذا عيبا فافض لى به ، فقال : اصبر حتى أخرج اليك ، فانى أجد أذى فى بطنى ثم دخل وخرج من باب آخر حتى اتى محمد بن مسلم الثقفى ، فقال له : اى شىء تروون عن ابي جعفر عليه السلام فى المرأة لا يكون على ركبها شعرا ، يكون ذلك عيبا؟ فقال له محمد بن مسلم: اما هذا نصاً فلا عرفه ولكن حدثنى ابو جعفر عن ابيه عن آباءه عليهم السلام عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال: كلما كان فى اصل الخلقة فزاد او نقص فهو عيب ، قال له ابن ابي ليلى : حسبك ، ثم رجع الى القوم ، فقضى لهم بالعيب . فلا يدل ايضا على الموارد المشكوكه بمثل ما ذكرنا اذ غاية مارواه الثقفى عن ابي جعفر عليه السلام هو امر كلى له افراد متيقنة كزياد اصبع ونقيصتها ومثلها كما مثل بهما فى المتن فلا يعم مثل عدم الشعر على البضع وفهم ابي ليلا مع انه كان فى مقام الخلاص عن اشكال خصمه ليس حجة على الحكم اصلا فالاولى ايكال ذلك الى العرف كما فى الجواهر وهذا كله فى الحيوان والانسان واما فى غيرهما فلو شك فى كونه عيبا كان المرجع فيه هو العرف والا فالاصل عدم كونه عيبا وقد تدخل فى العيوب بعض الصفات كالسرقة والزنا والشرب اذا كان معتادا بها وكيف كان فالعيوب كثيرة جدا قال فى الجواهر :

وقد ظهر من ذلك كله انه لا اشكال بل ولا خلاف فى ان الجذام والبرص والجنون والعمى والعرج والقرن والفتق والرتق والقرع والصمم والخرس وانواع المرض والاصبع الزائد والحول والخوص والسبل وهو زيادة الاجفان والتخنيث وهو كونه خنثى والجب والمخصا ونحوها عيوب ، والمشهور ان بول الكثير اى الذى لا يبول مثله فى العادة عيب ، خلافا للشيخ ، واعتياد الزنا والسرقة ، بل ترك بعضهم الاعتياد ، وعن المبسوط اذا وجده سارقا كان له الخيار اجماعاً ، وفى جامع المقاصد « ظنى

ان الاعتقاد غير شرط ، لان الاقدام على القبيح مرة يوجب الجرعة ، ويصير للشيطان عليه سبيل ، ولترتب وجوب الحد الذي لا يؤمن معه الهلاك» وعلى هذا يكون شرب الخمر والنبيذ عيبا كما فى التحريروالدروس ، بل فى الجامع ايضا «ولو حصلت التوبة الخالصة المعلوم صدقها ، ففى الزوال نظر» وان كان هو كما ترى .

لكن على كل حال فلا ريب فى ان اعتياد السرقة والزنا ونحوهما من المفاسد عيوب ، أمّا المرة الواحدة فيشكل ثبوت العيب بها ، وقد يحمل عليه ما عن الخلاف من أن العبد والامة اذا وجدهما زانين لم يكن له الخيار ، والفسق ليس عيبا قطعاً لكن مقتضى ما سمعت قد يقال : انه اذا كان بارتكاب الكبائر يكون عيبا ، لانه يقتل صاحبها فى الثالثة أو الرابعة كما أنه قد يقال بعدم العيب من حيث استحقاق الحد بكل ما يوجب ، بناء على حرمة اقامته فى هذا الزمان أو قلنا بجوازه وقطعنا بعدم وقوعه ، ومنه يعلم الاشكال فى عدم استحقاق الحد عيباً بلاخلاف كما تسمعه انتهى .

﴿و﴾ اما ﴿نقصان الصفات كخروج المزاج عن مجراه الطبيعى﴾ فهو عيب ﴿مستمراً كان كالمراض او عارضا﴾ لكن بحيث يطول بروه ﴿و﴾ امّا ﴿لو﴾ كان ﴿كحمى يوم﴾ فليس بعيب اذ هو امر غالبى يحصل كثيراً بادننى برودة للانسان فلو كان ذلك عيبا لكان الاكثر معيوباً ﴿وكل ما يشترطه المشتري على البائع مما يسوغ ، فأخل به﴾ أولم يحصل ولم يكن للمشروط له اجباره ولو بتوسط الحاكم ﴿يثبت به الخيار وان لم يكن فواته عيبا ، كاشتراط الجعودة فى الشعر والتأشير﴾ بالشين المعجمة ﴿فى الاسنان ، والزجج فى الحواجب﴾ والاسلام ، والبقارة ومعرفة الطبخ او غيره ، والمراد بهذا الخيار هو خيار الرد فقط او الامضاء دون الارش وهذا فيما كان الشرط صحيحا عقليا والا فلا خيار له ايضا .

وها هنا مسائل الاولى : التصرية ﴿تدليس﴾ اذ المراد بها جمع اللبن فى الضرع اياما ليظن الجاهل بذلك أنها حلوب . عن نهاية الاثرية المصرية : الناقة او البقرة او الشاة يصرى اللبن فى ضرعها اى يجمع ويحبس ، ثم قال : أيضا قد تكررت

هذه اللفظة في الاحاديث منها قوله عليه السلام « لاتصروا الابل والغنم » فان كان من الصر فهو بفتح التاء وضم الصاد وان كان من الصرى فيكون بضم التاء وفتح الصاد وروى ايضا من اشترى مصراة فهو بخير النظرين « انتهى .

وكذا ما عن المصباح والصحاح والقاموس وفي الجواهر ولكن لم أجد هذه اللفظة في شيء مما وصل الينا من النصوص ، الا ما عن الصدوق في معاني الاخبار « عن محمد بن هارون الزنجاني عن علي بن عبدالعزيز عن ابي عبدالله عليه السلام رفعه الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم لاتصر الابل والغنم ، فانه خداع ، ومن اشترى مصراة فانه يتخير بأحد النظرين ، ان شاء ردها ورد معها صاعا » وقد قيل : الظاهر ان الصدوق نقل هذا الخبر من طريق الجمهور ، لعدم وجوده في كتب الاخبار ، بل وكذا ما عن هداية الحر لاتصر والابل والغنم من اشترى مصراة فهو باخرى النظرين ان شاء ردها ورد معها صاعاً تمرأ وروى ايضاً « من اشترى محفلة فليرد معها صاعاً بل لم أعثر في النصوص على ما يفيد معناها انتهى .

قال في الحدائق التصرية تدليس يثبت به الخيار بين الرد ، والامساك بالثمن بلاارش ، كما في خيار التدليس في غير هذا الموضع والتصرية مصدر من قولك صريت اذا جمعت بين الصرى ، وهو الجمع .

يقال : صرى الماء في الحوض اذا جمعه ، وصريت الشاة تصرية اذا تركت حبيلها أياماً حتى يجتمع اللبن في ضرعها ، والشاة مصراة وتسمى المصراة محفلة ايضا ، وهو من الحفل ، ومنه قيل للمجمع : محفل .

والمراد هنا ان يربط احلاف الشاة ونحوها يومين او ثلاثة ، فيجتمع اللبن في ضرعها ، ويظن الجاهل بحالها انها لكثرة ما تحلبه كل يوم ، فيرغب في شرائها . قال في المسالك : « والاصل في تحريمه مع الاجماع النص منصوص عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم من طريق العامة ولعله في رواية اخرى غير التي قدمنا نقلها عن الصدوق فانها اشتملت على صاع التمر خاصة .

وحيث كان المدرك عندنا ما وصل الينا من اهل بيت الوحي دون من كان

اعلا همهم العناد معهم ورفع ايديهم عن بيان الحق واحكام الله فلا بد من الجمود على ماورد فيه وهو [ حسن الحلبي ] عن ابى عبدالله عليه السلام « فى رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردها ، قال : ان كان فى تلك الايام يشرب لبنها رد معها ثلاثة أمداد ، وان لم يكن لها لبن فليس عليه شىء » .

ولا يخفى انه اجنبى عن الدلالة على التصرية والتدليس بل وارد فى بيان حكم آخر وهو ضمان المشتري لبن ما حلب ﴿ و ﴾ عليه قوله ﴿ يثبت به الخيار بين الرد والامساك ﴾ بلا دليل والرد فى الرواية من حيث كونه حيواناً له خيار الحيوان والا فلا دليل على رد المعاملة بعد اللزوم بلاوجه شرعى نعم انما المسلم حرمه التدليس بأن يجعل المبيع بنحو يزعم المشتري كان كذلك نعم ﴿ و ﴾ كان عليه ان ﴿ يرد معها لبنها ﴾ الموجود فى حال العقد وكلما شربه اما عرفت قبلاً انه فى صورة الفسخ كان النمات للبايع لعدم صحة تقدير التالف انما فيكون الفسخ من الاصل .

﴿ ويرد معها مثل لبنها ، او قيمته مع التعذر ﴾ وهو المشهور بين المتأخرين ، بل عن ظاهر مجمع البرهان الاجماع عليه ، لان اللبن من المثلى فمع تلفه ووجوب رده يضمن بمثله ، كما فى غيره ، ومع تعذر المثل ينتقل الى القيمة ، لانها أقرب حينئذ الى العين .

وليت شعرى انه لو كان هذا الحكم مشهوراً بل اجماعاً مع انه فى زمن الخيار الحيوان والتدليس وكان المشتري مالكا له فكيف يجمع مع حكمهم بان النمات للمشتري بالاجماع وهل يكون الاجمان المتناقضاً محضاً حيث ان لازم كون النمات فى زمن الخيار للمشتري عدم وجوب رد اللبن على البايع وقد عرفت انه ليس بمرضى عندنا فراجع المجلد الثانى والعشرين وقد عرفت مفصلاً كون النمات لو فسخ البيع للبايع وان الفسخ من الاصل .

فان قلت المقصود فى المقام الذى حكموا بوجوب رد اللبن هو اللبن الموجود فى الضرع فى حال البيع فهو على القاعدة لانه جزء المبيع فاذا فسخ لا بد من رده فهو اجنبى عن النمات كما فى الجواهر .

قلت مضافا الى اطلاق المتن وشموله للموجود والمتجدد قد صرح بان عدم الفرق ظاهر كثير فليس حينئذ الا اللبن المتجدد الذى كان من نماء المبيع .  
 ﴿وقيل﴾ كما عن الشيخ بل فى التحرير انه نسبة الى جماعة ولم نجد واحداً منهم ، ولعله من العامة ﴿يرد ثلاثة أمداد من طعام﴾ وفى الجواهر الا انه لم نجد له شاهداً الى أن قال هذا كله فى اللبن الموجود حال العقد .

اما المتجدد فقد يظهر من المتن مساواة حكمه للموجود ، بل قيل انه ظاهر المقنعة والنهاية والسرائر والتحرير والمفاتيح او صريحهما وصريح اللمعة وايضاح النافع ، بل عن الفخر نسبته الى اطلاق الاصحاب كما عن الاردبيلي انه ظاهر عبارات المتون ، وقد استشكل فيه جماعة ، لكن لم أجد ما يقتضى مخالفة قاعدة كون النماء للمالك التى قد عرفت عدم الكلام فيها فى ساير مباحث الخيار وغيره ، سوى دعوى اطلاق الاخبار العامة التى ليس فى شىء منها تعرض للبن الموجود والمتجدد ودعوى ان الفسخ رافع للعقد من أصله المخالفة للقواعد ايضا ولما عليه الاصحاب فى غير المقام ايضا انتهى تدبر فيما افاد وفى جميع ما افاد القوم ويلحظ ما قد مرّ منا فى ذلك .

﴿و﴾ كيف كان فى ﴿تختبر﴾ المصراة للعلم بتصريتها التى لم يقر بها البايع ولا قامت بها اليينة ﴿بثلاثة ايام﴾ .

وفى الجواهر كما فى القواعد والتذكرة واللمعة والارشاد ، فانها غالبا بها ينكشف حالها وانها مصراة أولا ؟ بل اغلب احوال عيوب الحيوان تنكشف فيها ، فضلا عن التصرية ، ولذا وضع الشارع ارفاقاً بالمشتري ثلاثة ايام للخيار فيه ، ولعل اطلاق المصنف ومن عبّر كعبارته ظاهر فى عدم تحديد الاختيار فيها بحد مخصوص ، وربما كانت معرفتها مصراة ، متوقفة على النقصان عن الحلبة الاولى فى تمام الثلاثة ، وربما كانت بأقل من ذلك ، كما ان معرفة عدم تصريتها تارة يحصل بمساواة حلبها فى الثلاثة للاولى او زيادته ، واخرى بأقل من ذلك ، فالمراد ان الثلاثة حينئذ غالبا بها ينكشف الحال ، ويرتفع الاجمال ، والا فقد تعرف التصرية او عدمها قبل

الثلاثة انتهى .

﴿ وثبت التصرية في الشاة قطعاً ﴾ واجماعاً بقسميه ونصوصاً منجبرة بالعمل وان كانت عامية ﴿ و ﴾ أما ﴿ في الناقة والبقرة ﴾ فـ ﴿ على تردد ﴾ وفي الجواهر لما عرفت من الاقتصار على المتيقن حيث لانص من طرفنا يشملها ، الا أن المشهور بين الاصحاب نقلاً وتحصيلاً الحاقهما بها ، بل عن الشيخ في الخلاف الاجماع عليه انتهى .

ولا يخفى انه ان دل دليل على ثبوت التصرية في الشاة فلا فرق بينها وبين غيرها والا فلا يثبت حتى في الشاة .

﴿ ولو صرى أمة لم يثبت الخيار مع اطلاق العقد ﴾ لعدم النص مضافاً الى شهرة الاصحاب ، بل عن كشف الرموز وظاهر السرائر والتذكرة وغيرهما الاجماع على عدم ثبوت التصرية في غير الثلاثة .

﴿ وكذا ﴾ البحث فيما ﴿ لو صرى البايع أتانا ﴾ بفتح الهمزة وهي انثى من الحمير ﴿ ولو زالت تصرية الشاة ﴾ الثابتة بالاقرار أو البيئة أو بالاختبار بناء على ما قدمناه من امكان ثبوته ﴿ و صار ذلك عادة قبل انقضاء ثلاثة أيام ﴾ هبة من الله تعالى بحيث علم صيرورة ذلك عادة لها ﴿ سقط الخيار ﴾ لانقضاء الضرر الذي أوجبه .

﴿ و ﴾ اما ﴿ لو زالت بعد ذلك ﴾ أي الثلاثة ﴿ لم يسقط ﴾ الخيار لحصول موجهه فيستصحب ولو بعد الثلاثة التي ظهر زوال التصرية وان الزيادة بعدها من هبة الله وقد عرفت في السابق ان المراد بفورية الاخذ بالخيار هي الفورية العرفية التي لا ينافي التراخي لكن العلم بأنه في الثلاثة كان للتصرية وبعدها كان من هبة الله مشكل خصوصاً اذا ادعى البايع عدم التصرية في الثلاثة والامر سهل .

المسألة ﴿ الثانية : الثيبوبة ليست عيباً ﴾ في الاماء وفي الجواهر كما هو صريح جماعة ، ومقتضى نفى الخيار به وحصر العيوب في غيره من آخرين ، بل هو المشهور نقلاً وتحصيلاً ، بل عن كشف الرموز لاختلاف بين الاصحاب في أن الثيبوبة ليست عيباً يوجب الرد ، وانما اختلفت عباراتهم في اشتراط البكارة ، وفي

التحرير لانعلم خلافاً فى أن الثيبوبة ليست عيباً ، وعن ايضاح النافع ان عليه الفتوى ، لان البكارة صفة كمال بالنسبة الى غير العاجز وليست عيباً ، ونسبه ايضاً الى الاصحاب ، وفى المسالك اطلق الاصحاب ، والاكثر من غيرهم ان الثيبوبة ليست عيباً ولعله لاصالة اللزوم بعد غلبة ذلك فيهن ، انتهى .

﴿ نعم لو شرط البكارة فكانت ثيباً كان له الرد ﴾ مطلقاً ﴿ ان ثبت أنها كانت ثيباً ﴾ عند البايع كما هو مقتضى تخلف كل شرط ، لخبر يونس « فى رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال : يرد عليه فضل القيمة ، اذا علم أنه صادق » بناء على حملة على صورة الشرط ﴿ وان جهل ذلك لم يكن له الرد لان ذلك قد تذهب بالخطوة ﴾ ونحوها .

المسألة ﴿ الثالثة ﴾ لاخلاف ولا اشكال فى أن ﴿ اباق ، الحادث عند المشتري ﴾ الذى لم يكن مضموناً على البايع ﴿ لا يرد به العبد ﴾ ولا يستحق به أرش كما فى ساير العيوب المحاذة كذلك لقول أبى جعفر عليه السلام فى مرسل ابن أبى حمزة « ليس فى اباق عهدة » وقال فى خبر محمد بن قيس : « انه ليس فى اباق العبد عهدة الا أن يشترط المبتاع » ﴿ أما لو أبق عند البايع كان للمشتري رده ﴾ وان لم يكن أبق عنده ، بلاخلاف أجده كما اعترف به فى التحرير على ما حكى عنه .

المسألة ﴿ الرابعة ﴾ المشهور بين الاصحاب نقلاً وتحصيلاً أنه ﴿ اذا اشترى أمة لاتحيض فى ستة أشهر ، ومثلها تحيض ﴾ فيها ﴿ كان ذلك عيباً لانه لا يكون الالعراض غير طبيعى ﴾ [لصحيح داود بن فرقد] « سأل الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر ، وليس بها حمل ، فقال : ان كان مثلها تحيض ، ولم يكن ذلك من كبير فهذا عيب ترد به » .

المسألة ﴿ الخامسة ﴾ من اشترى زيتاً أو بزراً ﴿ بفتح الباء وكسرها ولعله أفصح زيت الكتان وأصله محذوف المضاف أى دهن البزر ﴾ فوجد فيه ثفلاً ﴿ بالضم ما استقر تحت الشيء من كدرة ﴾ فان كان مما جرت العادة بمثله لم يكن له رد ولا أرش ﴿ لانه ليس عيباً او لان جريان العادة يجعله كعلم المشتري به او اسقاط البايع

له ﴿وكذا لو كان كثيراً و﴿علم﴾ المشتري ﴿به﴾ قبل العقد ، لما عرفت من أن ذلك رضاه منه به فلارد ولاأرش .

واما اذا كان الثقل كثيراً ولم يعلم به المشتري فالظاهر انه عيب ونظير ذلك اذا باع الثمار وكان فوقها أحسن من تحتها عد عند العرف كـونه غير ماجعل في الفرق لكان للمشتري خيار الرد أو الارش لما [قال ميسر بن عبدالعزيز لابي عبدالله عليه السلام : « الرجل يشتري زق زيت فيجد فيه دردياً ؟ فقال : ان كان يعلم ان الدردي يكون في الزيت فليس عليه ان يرد ، وان لم يكن يعلم فله أن يرد » صريح الرواية انه مع العلم بالعيب لزم البيع ومع الجهل به كان له الخيار ولايضرها عدم التصريح بالارش اذ لازم ملك الرد هو الارش لو لم يرد اولم يقبل البايع فان الارش يترتب على النكول عن القبول .

ويدل عليه ايضاً مافى [الصحيح] عن جعفر عن أبيه (ع) « أن علياً (ع) قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا فخاصمه الى على (ع) فقال له على (ع) لك بكييل الرب سمناً فقال له الرجل : انما بعته منك حكرة ، فقال له (ع) : انما اشترى منك سمناً ، ولم يشتر منك ربا » .

وفي مكاسب شيخنا مالفظه قال في الوافي يقال اشترى المتاع حكرة أى جملة وهذه الرواية بظاها مناف لحكم العيب من الرد أو الارش وتوجيهها بما يطابق القواعد مشكل وربما استشكل في أصل الحكم بصحة البيع لو كان كثيراً وعلم للجهل بمقدار المبيع وكفاية معرفة وزن السمن بظروفه خارجه بالاجماع كما تقدم او مفروضة في صورة انضمام الظرف المفقود هنا لان الدردي غير متمول والاولى أن يقال ان وجود الدردي ان افساد نقصاً في الزيت من حيث الوصف وان أفضى بعد التخليص الى نقص الكم نظير الغش في الذهب كان الزايد منه على المعتاد عيباً وان افرط في الكثرة .

ولا اشكال في صحة البيع حينئذ لان المبيع زيت وان كان معيوباً وعليه يحتمل مافى التحرير من ان الدردي في الزيت والبذر عيب موجب للسرد او الارش وان



لم يفد الا نقصاً في الكم فان بيع مافى العكة بعدوزنها مع العكة ومشاهدة شىء منه تكون امارة على باقيه وقال بعثك مافى هذه العكة من الزيت كل رطل بكذا فظهر امتزاجه بغيره الغير الموجب لتعيبه فالظاهر صحة البيع وعدم ثبوت الخيار أصلاً لانه اشترى السمن الموجود فى هذه العكة ولا يقدر الجهل بوزنه للعلم به مع الظرف والمفروض معرفة نوعه بملاحظة شىء منها بفتح رأس العكة فلا عيب ولا تبعض صفقة انتهى .

اقول ظاهر الصحيح ان الرب غير ممزوج مع السمن كما يكرن كذلك عادة فان الثقل انما يكون تحت الظرف بحيث يمكن اخراجه عن السمن وحينئذ ان علم به المشتري فلا اشكال فى بيعه قليلاً كان او كثيراً وان لم يعلم به فان كان قليلاً بحيث يكون هذا المقدار موجوداً فى تحت الظروف فلا اشكال فى صحة البيع وعدم ثبوت الخيار وان كان كثيراً فالظاهر أيضاً صحة بيع ما كان سمناً وظاهر حكمه <sup>على</sup> البطلان بتعويض الرب سمناً هو هذه الصورة فالبيع صحيح غاية الامر لم يصل الى المشتري تمام المثمن فيجب عليه رد الناقص من السمن الى المشتري وهو المراد بالارش وان لم يقبل كما هو ظاهر الصحيح كان للمشتري الخيار .

فيظهر من الصحيح حكم الخيار بين الرد او الارش من حكمه (ع) بوجوب رد السمن نعم انما يبطل لو كان الرب كثيراً ممزوجاً مع السمن بحيث لا يمكن تمييزها ولم يطلق عرفاً عليه السمن خالصاً وحينئذ فى صورة جهل المشتري أمكن القول بأن المبيع غير ما اشتراه كما اذا اشترى لحم الغنم وباعه لحم البقر بدون علم المشتري فانه غير المبيع جداً فيكون باطلا .

وقد يكون البطلان من حيث عدم العلم بمقدار المبيع فانه اذا كان الرب كثيراً فيه لم يعلم مقدار خالص السمن لم يصح بيعه لكونه غريباً ويضعف بأنه من قبيل الظرف والمظروف اللذان يعلمان وزن مجموعهما .

وبالجملة الظاهر انه لا يرى فى الصحيح منع من صحة البيع ولا من كون البيع خيارياً فلا اشكال فى مقابله اجتهاد فى مقابل النص .

وفى الجواهر بعد نقل الصحيح قال الا انه يجب حمله بعد أن كان المبيع شخصياً لا كلياً على ارادة ان له من الثمن بقدر مايقابل الرب من السمن ، ومنه يعلم حينئذ صحة البيع فى نحو ذلك بعنوان أنه سمن وان بان الخلاف ، بل يثبت الخيار للتبعض ، مضافاً الى عدم الجهالة بعد العلم بالجملة ، وكونها المبيع ولو بزعم العنوان خطأ .

والتحقيق التفصيل بين ما يعد بمزجه عيباً فى الممزوج معه وعدمه فى العرف ، وهو مختلف بالنظر الى الكم والكيف ، انتهى .

وبالجملة قوله **لا يثبت لك بكيل الرب سمناً** ليس معناه الا الارش وان كان الغالب فى الارش هو الاخذ من الثمن بمقدار نسبة المعيب الى الصحيح لكنه غالبى والا فلو اجبر البايع المعيب من غيره اذا أمكن كما فى المقام فليس للمشتري الامتناع من ذلك ولو امتنع البايع من الجبران كان للمشتري الرد وهو معنى الخيار بين الرد والارش .

ولعله لذا قال فى التحرير « الدردي فى الزيت والبزر عيب موجب للرد او الارش مع عدم علم المشتري به » وقال ايضاً « لو اشترى سمناً فوجد فيه غيره ، تخير بين الرد واخذ ما وجده من السمن بنسبة الثمن ، ولا يلزم البايع ان يعطيه سمناً بازاء الناقص ، وان كان سمانا .

المسألة **السادسة** ❦ لاشكال بل ولاخلاف فى ان كلا من ❦ تحمير الوجه ووصل الشعر وماشابهه تدليس ، فيثبت به الخيار ❦ بين الرد والامساك مجاناً ، من ❦ دون الارش ❦ اذا لم يكن قد بان عيب فيها كغيره من انواع التدليس الذى لم اجد خلافاً فى ثبوت الخيار به .

❦ وقيل ❦ كما عن الخلاف انه ❦ لا يثبت به الخيار ❦ وفى الجواهر ذكر ذلك فى الجعد والتحمير والتبييض ، ولعل وصل الشعر مثلها عنده ، بل قيل انه ظاهر التحرير والارشاد والدروس ، وان كان قد يناقش فيه باحتمال نفيه من حيث العيب ، رداً على مايفهم ماعن المبسوط انتهى وصل الشعر تارة وقع على الشعر ونتيجته

زيادته واخرى على رأس لاشعرفيه أصلاً وفي الاول غايته تدليس لا يتربط عليه شيء  
وفي الثانى عيب موجب للرد بل الارش لو أراد الامسك ﴿ و ﴾ لذا قال ﴿ الاول  
أشبه ﴾ باصول المذهب وقواعده .

بقي ﴿ القول فى لواحق هذا الفصل ، وفيه مسائل ، الاولى : اذا قال البايع  
بعتك بالبرائة ﴾ من العيوب ﴾ وانكر المبتاع ، فالقول قوله مع يمينه ، اذا لم يكن  
للبيع بينة ﴾ بلاخلاف لقوله ﷺ البينة على المدعى واليمين على من أنكر والفرض  
ان المنكر هو المشتري .

المسألة ﴿ الثانية اذا قال المشتري : هذا العيب كان عند البايع ﴾ او قبل القبض  
مثلاً ﴿ فلى رده ، وانكر البايع ، فالقول قوله مع يمينه ﴾ بلاخلاف لان المشتري  
هو المدعى باعتبار مخالفة دعواه اصابة اللزوم و « يترك لو ترك » فيكون البايع  
منكراً يقبل قوله مع يمينه ، لكن ﴿ اذا لم يكن للمشتري بينة ﴾ والا وجب الاخذ  
بها ﴿ ولا شاهد حال يشهد له ﴾ يفيد القطع للحاكم بصدق دعواه ، مثل ان يكون  
العيب اصبعاً زائداً او قطع اصبع قد اندمل موضعه ، وقد اشتراه من يومه أو أمسه ،  
والا كان القول قوله بلايمين ، كما فى الجواهر .

قال فى الحدائق اذا قال المشتري : هذا العيب كان عند البايع ، وانكر البايع  
ذلك فالقول قول البايع مع يمينه عملاً بالقاعدة المنصوصة ، ولاصالة عدم التقدم  
الا ان يكون للمشتري بينة او شاهد حال .

والمراد بشاهد الحال نحو زيادة الاصبع واندمال الجرح مع قصر زمان  
البيع ، بحيث لا يَحتمل تأخره عادة .

ويعتبر فى شاهد الحال هنا كونه مفيداً للقطع ، فيقدم قول المشتري حينئذ  
بغير يمين ، ولو شهد الحال للبايع كذلك ، كطراوة الجرح مع تطاول زمان البيع  
فلا يمين عليه ايضاً ، وحيث يفتقر البايع الى اليمين ، فلا بد أن يحلف على القطع  
بعدم العيب ، لاعلى عدم العلم ، ان كان اختبر المبيع قبل البيع ، واطلع على  
خفايا امره انتهى .

ولله الحمد أولاً وآخراً وقد وقع الفراغ من تسويد هذه الاوراق

بيد الحقير العاصي محمد رضا بن الحسين المشتهر

بالمحقق عفى الله عنه وعن والديه في

يوم الثمانية عشر من شعبان ١٤٠٢

ويليه المجلد الرابع والعشرون

فيما يتعلق بالارش

ومن الله

الاستعانة

## الفهرس

الصفحة	العنوان
٣	فى خيار الشرط
٢٣	فى خيار الغبن
٢٥	فى خيار التأخير
٣٧	فى ان التصرف مسقط للخيار
٤٥	انتقال الخيار الى الوارث وعدمه
٥٥	فيما يتعلق بالمعاد والجنة والنار
٤١	فى ان المبيع يملك بنفس العقد
٤٩	فى تلف قبل القبض
٧٣	فى كون الفسخ من حين العقد
٧٩	فى ان الثمات بعد الفسخ للبائع
٩٢	فيما تلف المبيع قبل القبض
١٠٤ - ٩٩	فى خيار الرؤية - فى التقد والنسيئة
١٠٧	فيما يدخل فى المبيع
١٤٣-١٤٠	فى التسليم - فى القبض
١٧٣	فيما تلف المبيع قبل القبض
١٧٨	لرباع جملة وتلف بعضها
١٩٤ - ١٨١	فى بيع قبل القبض - فى تولى طرف العقد
١٩٧	فيما لو ادعى نقصان المبيع بعد القبض
١٩٩	فيما كان القول قول البائع

الصفحة	العنوان
٢٠١	فيما اسلفه في طعام بالعراق
٢٠٣	فيما لو اشترى عيناً بعين
٢٠٥	في اختلاف المتبايعين
٢١١	فيما لو اختلفا المبيع
٢١٧	في اختلاف ورثة البايع والمشتري
٢٢١	في الشروط
٢٢٢	في ان شرط المخالف للكتاب ماهو
٢٢٩	في ان الشرط القاسد مفسد أولاً
٢٤٥	في ان مقتضى الشرط وجوب الوفاء بالشرط وعدمه
٢٤٩ - ٢٤٧	في العربون - في احكام الصبرة
٢٥٠	في الاشاعة الكلى
٢٥٣	في ان المراد هو الكلى او الاشاعة
٢٥٥	فيما يرد على الاشاعة
٢٥٩	في جواز البيع بالمشاهدة
٢٦٠	في عدم تقسيط الثمن على الاوصاف
٢٦٢	فيما جمع بين امور عقد واحد
٢٦٤	في خيار العيب واحكام العيوب
٢٦٧	في مسقطات خيار العيب
٢٦٨	في احكام خيار العيب
٢٧٣	فيما ابتاع شيئين صفقة
٢٧٦ - ٢٧٤	في ضابط العيوب - في التصرية
٢٨١	في عدم كون الثيبوبة عيباً
٢٨٢	زيادة الثقل في الزيت عيب
٢٨٧ - ٣٨٥	تحمير الوجه ليس بعيب - فهرس الكتاب

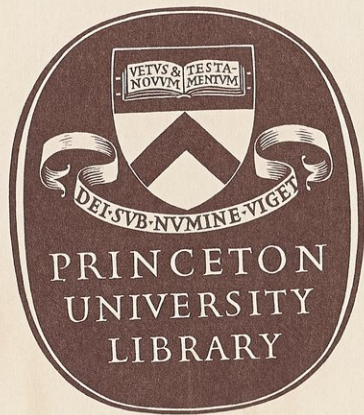




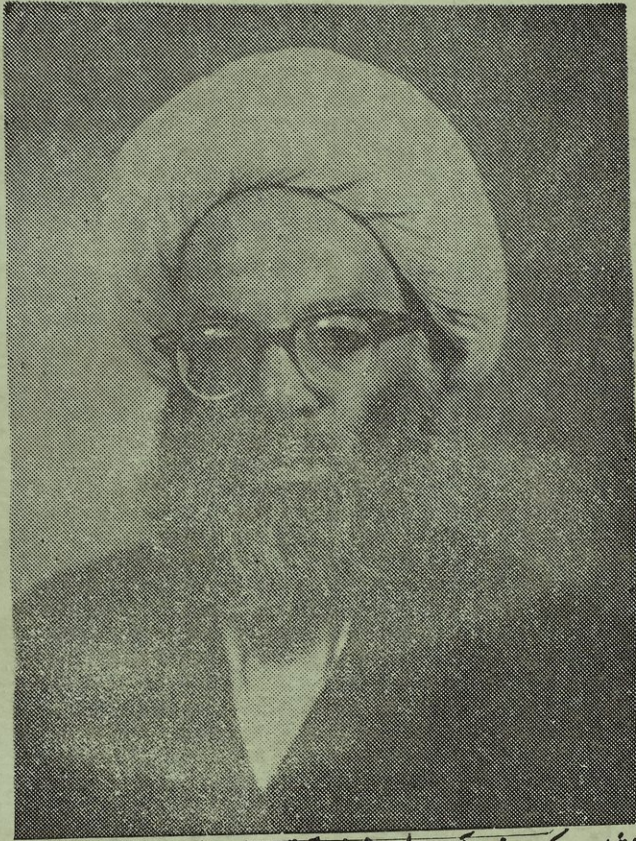








WERT  
BOOKBINDING  
Grantville, Pa.  
SEPT - OCT 1989  
We're Quality Bound



تمثال مبارک حضرت آیة الہ العظمیٰ جناب قاضی حاج شیخ محمد رضا محقق تهرانی  
مؤلف کتاب حقائق الفقہ