

مَصِيْبَاتُ الْفِتْنَةِ

فِي الْمَعَامِلَاتِ

بِرَفِيعِ رَجَائِزِ الْأَسْفَلِ الْأَكْبَرِ أَمِيرِ الْعُرَى
السُّبْحَانِ الْفَوْقِ الْوَالِدِ الْخَوِيِّ

لَهُوَ الْفَتَا

الْمَلِكِ مُحَمَّدِ بْنِ الرَّجَبِ بْنِ الْبَرْزِي

الْحَرَمِيِّ السَّامِعِيِّ



مَجْدٌ عَلَى التَّوْحِيدِ

مِصْبَاةُ الْفُقَاهِ فِي فِي الْمَعَامِلِ

من تقرير بحث الاستاذ الأ' كبير آية ... العظمى

السيد أبو القاسم الخوني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد وعترته الطاهرين
والعنة الدائمة على أعدائهم أجمعين اليمين اليمين الذين وبعد فمن من المولى جل شأنه على أن
رجالاً علماء وفاضل يهتمون بمفط ما القى الهم في محاضراتي تقريراً وتحريراً حرصاً منهم عليها
على المعارف والعلم الدينية ومن في طليعة هؤلاء جناب الفاضل المهدب الصفي والملا
المحقق الزكي ركن الإسلام قره عيني العزيز المرزا محمد علي التبريزي فإنه دام فضله
قد تعب نفسه مدة طويلة وسهر الليالي في تحريرها في تفهيمها في الفنون المنوعة من الفقه
والتفسير والأصول حتى بلغ بفضل الله وحسن توفيقه الدرجة العليا من العلم والعمل ^{صحيح}
من العلماء العظام والأجلة الأعلام ولقد سرحت بصري في ما علقه على كتاب ^{سب} الكافي
لشيخنا العظام أستاذ الفقهاء والمجتهدين الميرزا محمد آية الله العظمى ^{الشيخ} الخ
مرتضى الأنصاري قدس الله تعالى أسرارها فاعجبني غوره في التحقيق والتدقيق ^{سبعة}
اطلاعه على مصادر الروايات ومواردها وما كتبه دام فضله وبأيديه ^{تفناً} وأفت
وكاف بتوضيح ما حققناه فليمد الله وليشكره على ما أنعم به عليه ^{تفناً} وأسما ^{تفناً}
من يشاء أنه واسع عليم والحمد لله أولاً وآخراً
أبراهيم البربري الخزني



في ١٣ شهر رجب ١٣٧٣ هـ

الحمد لله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف بريته محمد و
آله الطيبين الطاهرين واللعنة الدائمة على اعدائهم اجمعين الى يوم
الدين .

اما بعد فهذا هو الجزء السابع من كتاب مصباح الفقاهة لشيخنا
الاستاذ المرحوم المغفور الحاج ميرزا محمد على التوحيدى التبريزى رضوان
الله تعالى عليه من تقريرات ابحاث فقيه الامة فى جامعة الشريعة آية الله
العظمى المولى المعظم والمحقق الاعظم المرجع الدينى الاعلى الورع التقى
السيد أبوالقاسم الموسوى الخوئى متع الله المسلمين عامة والمحصلين خاصة
بطول بقاء وجزده الشريف، وأرجو من الله تعالى ان يمن علينا من فضله
وأنعامه ان يوفقنى لطبع هذا الاثر العظيم لينتفع به عامة الطالبين و
المحصلين والحمد لله اولا وآخرا و ظاهرا و باطنا حمدا دائما بدوام
ملكه .

العبد الجانى على نفسه المفرط فى يومه وامسه

م هدى حاجيانى

قوله : الخامس خيار التأخير أقول قال العلامة فى التذكرة من باع شيئاً ولم يسلمه الى المشتري ولا قبض الثمن ولا شرط تأخيره ولو ساعة لزم البيع ثلاثة أيام فان جاء المشتري بالثمن فى هذه الثلاثة فهو أحق بالعين ، وان مضت الثلاثة ولم يأت بالثمن تخير البايح بين فسخ العقد والصبر والمطالبة بالثمن عند علمائنا اجمع ، وانما الكلام فى مدرك ذلك فقد ذكر وجوه لاثباته :

الاول : زهاب المشهور اليه بل ادعى عليه الاجماع و قد ذهب الشيخ الطوسى الى البطلان واختاره صاحب الحدائق عملا بظاهر الاخبار و تردد فيه الاردبيلى و فيه أن الشهرة والاجماع المنقول ليسا بحجتين فلا يكونان مدركا لذلك ، كما هو واضح على أنا نمنع وجود الاجماع فى المقام مع زهاب الشيخ وصاحب الحدائق وصاحب الكفاية الى البطلان و تردد الاردبيلى فى ذلك .

الثانى : أن لزوم البيع هنا ضررى بل الضرر هنا أكد من الضرر الموجب للخيار الغبن فيكون اللزوم مرتفعا و تقريب شمول قاعدة الضرر للمقام بجهات الجهة الاولى : ما ذكره فى التذكرة من أن الصبر على ذلك ضرر على البايح فيثبت له الخيار .

الجهة الثانية : أن المبيع هنا فى ضمان البايح وتلفه منه وليس له التصرف فيه لكونه ملكا للغير وهذا ضرر على البايح .

الجهة الثالثة : أن حفظ المبيع على البايح وهو ضرر عليه فلا بد ثبوت الخيار له لكى يرتفع الضرر بذلك .

أما الجهة الاولى : فيرد عليها أن الصبر على البيع وان كان ضرريا الا أنه كسائر الديون فلا ربط له بالخيار فان الخيار متعلق للعقد فالصبر على الدين أو عدمه أجنبي عنه فلو قلنا بشمول القاعدة للمقام ترتفع بها لزوم

الصبر على الديون وعليه فان قدرت على المطالبة و الاخذ فيأخذ الثمن من المشتري و الا فيبقى في ذمته كما هو واضح .

وعلى الجملة ارتفاع وجوب الصبر عن البايح لا يوجب ثبوت الخيار بل له أن لا يصبر و يطلب الثمن من المشتري لا أن يكون له الخيار ان شاء فسخ العقد و ان شاء لم يفسخ .

و أما الجهة الثانية: فيرد عليها أولاً أن كون التلف على البايح في ثلاثة أيام أيضاً ضرر على البايح فلا يختص ذلك بما بعد ثلاثة أيام و ثانياً أن كون تلف المبيع على البايح ضرر عليه فيرتفع بدليل لا ضرر و يكون ذلك تخصيصاً لقاعدة كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه فلا مساس له بثبوت الخيار للبايع و يمكن أيضاً رفع الضرر بالتقاص و هو ليس خياراً بل له مع ذلك مطالبة الثمن أيضاً .

و من هنا ظهر الجواب عن الجهة الثالثة أيضاً و يضاف الى جميع ذلك أنه لماذا يختص الخيار بما بعد ثلاثة أيام فلا يجري فيها أيضاً مع أن شمول القاعدة بالنسبة اليها و الى غيرها على حد سواء كما لا يخفى نافعهم . الوجه الثالث: الاخبار الكثيرة المستفيضة فانها تدل على أنه اذا باع أحد ماله و لا يقبض صاحبه و لا يقبض الثمن أن الأجل بينهما ثلاثة أيام فان أقبضه المشتري الثمن فيها و الا فلا بيع بينهما كما في رواية (١) على ابن يقطين و لا بيع له أى المشتري كما في غيرها من الروايات (٢) حيث استدل بها على ثبوت خيار التأخير للمشتري و لكن يرد عليه أنها ظاهرة

(١) وسائل، ج ١٢، ص ٣٥٢، (ح ٣) .

(٢) ابن الحجاج، وسائل، ج ١٢، ص ٣٥٦، (ح ٢) - زواره ح ١

- ابن عمار (ح ٤) .

فى بطلان البيع لا فى نفي اللزوم فان كلمة لا تنفى الجنس وكلمة البيع موضوعة للمبادلة الخاصة فمن اين يستفاد نفي اللزوم .

وقد ذكرت وجوه لصرف ظهور هذه الاخبار الى نفي اللزوم :

الاول : ما ذكره المصنف من أن الروايات وان كانت ظاهرة فى بطلان البيع بتأخير الثمن ولكن نستكشف من ذهاب المشهور الى ثبوت الخيار للبايع وعدم بطلان البيع أن المراد الجدى من تلك الروايات هو نفي اللزوم لا نفي الصحة ، فيكون فهم العلماء وحلمة الاخبار نفي اللزوم مما يقرب هذا المعنى ، لأننا نكشف من فهمهم أن المراد من تلك الاخبار هو نفي اللزوم لا نفي الصحة .

وفيه أن هذا يتم فيما اذا فهم هؤلاء الاعلام وحلمة الاخبار من كلمة لا بيع المذكورة فى هذه الاخبار نفي اللزوم بحيث كان المنشأ ذهابهم الى هذا الرأى فهمهم ذلك من تلك الاخبار ابتداءً وأما اذا كانت القرينة الخارجية والتسالم الخارجى موجبة لحملهم تلك الأخبار على نفي اللزوم فلا يكون ذهابهم الى هذا موجبا لتقريب هذا المعنى فان أبيت عن الثانى فلا أقل من الاحتمال فلا يكون ذلك قرينة على ارادة نفي اللزوم من تلك الاخبار على أننا نجزم بالوجه الثانى ان لا يتوهم أحد من أهل العرف واللسان أن معنى لا بيع له أو بينهما هو نفي اللزوم ، بل يراد من ذلك نفي الصحة كما هو واضح .

الوجه الثانى : ما ذكره المصنف أيضا من أن ذهاب المشهور الى ثبوت الخيار للبايع دون بطلان البيع بتأخير الثمن يوجب اجمال تلك الروايات وح ترجع الى استحباب صحة البيع .

وفيه أنه ظهر جوابه مما تقدم فى الجواب عن الوجه الاول فان الروايات ظاهرة فى نفي الصحة بتأخير الثمن فكيف يكون ذهاب المشهور الى ذلك

موجبا للاجمال فيكون الاستصحاب ساقطا هنا .

الوجه الثالث: ما يستفاد من كلام المصنف أيضا المذكور في تلك الاخبار هو نفى البيع للمشتري حيث قال (ع) لا يبيع له ومن الواضح أن نفى البيع حقيقة لا يمكن الا بارادة نفى البيع من الطرفين وعليه فاما لا بد من ذكر كلا الطرفين في متعلق نفى البيع أو ترك ذكر المتعلق أصلا لا تخصيص الذكر بالمشتري فقط كما لا يخفى . فيعلم من ذلك أن المراد من نفى البيع نفى لزوم البيع وثبوت الخيار للبائع وقد عبر بذلك بعد ثبوت الخيار له يكون أمر البيع بيد البائع كما لا يخفى .

وفيه أن هذا الوجه وان كان وجيها بالنسبة الى الوجهين المذكورين ومع ذلك ليس بتمام لأنه أولا قد ذكر في رواية على بن يقطين نفى البيع من الطرفين وهو مورد التفات المصنف أيضا .

و ثانيا أن تخصيص ذلك بالمشتري ليس من جهة اختصاص الحكم به بل من جهة أن مورد السؤال في تلك الروايات هو المشتري فلذا خصّه الامام (ع) بالذكر لا أن ذلك من جهة كون أمر البيع بيد البيع (على أنه يمكن أن يقال أن عدم كون نفى البيع من جهة يمكن أن يكون قرينة لنفى البيع من طرف آخر أيضا لا أن يكون قرينة لثبوت الخيار للبائع فان الثاني ليس أرجح من الاول لو لم يكن الاول ارجح من الثاني فغاية الامر تكون الروايات مجملة وح فيرجع الى رواية على بن يقطين في ترفع الاجمال عن بقية الروايات ويؤخذ بظاهرها وهو نفى صحة البيع من المقرر) .

الوجه الرابع: ما ذكره شيخنا الاستاذ (أن بعد القطع بأن تشريع هذا الخيار لخصوص البائع دون المشتري انما هو لأجل الارقاق على البائع اما لكون المبيع قبل القبض في ضمانه و اما لتوقف ثمنه وعدم انتفاعه به مع خروج المبيع عن ملكه وعلى أي حال الارقاق عليه لا يقتضى أزيد من

خياره ، بل ربما يكون الحكم بالبطلان منافيا له كما لا يخفى .
 وفيه أنه لم يظهر لنا من الروايات أن نفى البيع هنا من جهة الارتفاع حتى نجعل ذلك موجبا لرفع اليد عن ظهور تلك الروايات وجعل ذلك حكمة بحسب الاعتبار العقلي وان لم يكن بعيدا و لكن لا يوجب ذلك ترتب الاثر عليها بحيث ترفع اليد بها عن ظهور الروايات أيضا ، وعلى هذا فنقول بكون ثلاثة أيام شرطا في صحة البيع كما أن القبض في المجلس شرط في صحة بيع الصرف والسلم وعلى هذا فالصحيح هو بطلان البيع بتأخير الثمن كما ذهب اليه شيخ الطوسي ناسبا ذلك الى رواية الاصحاب وتبعه صاحب الحدائق طاعنا على العلامة حيث قال بصحة البيع عملا بالاستصحاب فافهم فان مقتضى الجمود في ظاهر الأخبار هو ما ذهب اليه هؤلاء الاعلام من الشيخ ومن تبعه .

الكلام في شروط خيار التأخير

ثم ان الكلام يقع في شروط هذا الخيار وعلى مسلكتنا في شروط بطلان البيع بتأخير الثمن وهي أمور : -
 الاول : عدم قبض المبيع بأن لا يقبض البائع المبيع من المشتري ، و الظاهر أنه لا خلاف في اشتراطه وقد خالف في ذلك صاحب الرياض ، و تبعه بعض معاصري المصنف فانكر دلالة الاخبار على هذا الشرط و لكن قوله عليه السلام في رواية على بن يقطين : (الأجل بينهما ثلاثة أيام فان قبضه بيعه والا فلا بيع بينهما) حجة عليه اذ المراد من البيع في هذه الرواية هو المبيع .

وقد اعتذر المصنف عن صاحب الرياض في دلالة الرواية على المقصود

بأنه يحتمل سقوط هذه الفقرة من الرواية عن النسخة التي أخذها صاحب الرياض منها ، أو احتمال قراءة قبض بالتخفيف وبيعه بالتشديد : يعنى قبض بايعة الثمن ثم أشكل عليه بأن استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر بل لم يوجد مع امكان اجراء أصالة عدم التشديد نظير ما ذكره في الروضة من أصالة عدم المدّ في لفظ البكاء الوارد في قواطع الصلوة فانه بالمدّ بمعنى البكاء مع الصوت و بالقصر هو البكاء بلا صوت فأصالة عدم المدّ ينفي الاول و يبقى الثانى .

أقول : أما احتمال سقوط هذه الفقرة من نسخة صاحب الرياض فبعيد جدا ، و أما احتمال أنه قراءة لفظ قبض بالتشديد و لفظ البيع بالتخفيف فمد فوع من جهة أن الأخبار الواردة عن الائمة عليهم السلام قد وصل اليينا بواسطة الرواة يدا بيد و كانت عادتهم على نقل الأخبار بعد قراءة كل واحد منهم على استاذة و استجازته منه ، و لم يكن بينهم طريق آخر غير هذا الطريق لكى تحفظ به اشكال الالفاظ الواردة في الروايات .

و من الواضح جدا أن المشهور قد اعتبروا هذا الشرط استنادا الى هذه الرواية و لم ينكر أحد ذلك غير صاحب الرياض وبعض معاصرى المصنف فلو كان لفظ قبض بالتخفيف و لفظ البيع بالتشديد لأفتى أحد على مضمونه فيعلم من ذلك أن من احتمله المصنف من الوجه توجيهها للكلام صاحب الرياض لا يمكن المساعدة عليه ، و هذا الذى ذكرناه هو الوجفى جواب ما ذهب اليه صاحب الرياض من انكار الشرط المذكور .

و أما ما ذكره المصنف اولا من عدم استعمال لفظ البيع بالتشديد مفردا فيرده أنه لم يتفحص جميع لغة العرب حتى يرى أنه أستعمل أولا فبعد كون اللفظ صحيح الصيغة فلا يضر عدم وجدانه فى الاستعمال المتعارفة على استعماله فى موارد خاص فيمكن أنه استعمال فى موارد آخر لم نصل اليها

على أنه انما يضر عدم الاستعمال اذا كان الاطلاق من السماعيات و ليس كذلك فى المقام فان البيع بالتشديد على وزن فعيل من الاوزان القياسية فيصح استعماله على هذا القياس سواء وجد استعماله فى مورد آخر أم لا .
و أما ما ذكره من أصالة عدم التشديد لفظ البيع فمضافا الى معارضتها بأصالة عدم صدور لفظ البيع بالتخفيف عن الامام (ع) أن التشديد موجود فى الرواية على كل تقدير فإنه اذا قرئنا لفظ البيع بالتخفيف كان لفظ قبض بالتشديد فلصاحب الرياض أن نقول ان الاصل عدم كونه بالتشديد لكونه أمرا زائدا فالاصل عدمه على أن أصالة عدم كون البيع مشددا لا يثبت كونه مخففا فان كلا منهما أجنبي عن الاخر فيكون الاصلان معارضان كما عرفت .
نعم ما ذكره الشهيد من اجراء أصالة عدم المدّ فى لفظ البكاء فلموجه لكون البكاء بالمدّ والقصر مادة واحدة فيمكن اجراء عدم زيادة المدّ هنا فان هذه المادة قد صدرت قطعا ولا ندرى أنها بالمدّ أو بالقصر فالاصل عدم المدّ .

وعلى الجملة ، ان الجواب عن الرياض هو ما ذكرناه كما عرفت ، وعليه فمقتضى الرواية هو اعتبار الشرط المذكور فى المقام فبناء على المشهور يكون ذلك شرطى فى ثبوت الخيار فبناء على ما ذكرناه يكون شرطى فى بطلان البيع فلو باع أحد شيئا فلم يقبض المبيع ولم يأخذ ثمنه فينتظر ثلاثة أيام فان جاء المشتري بالثمن و الا فللبايع الخيار أو يبطل البيع من الاول بعد ثلاثة أيام وكيف كان فالرواية صريحة فى هذا الشرط ، نعم لا دلالة للروايات الأخرى على ذلك .

وعلى الجملة فاطلاق رواية على بن يقطين حجة لنا و على صاحب الرياض و من هنا ظهر الحال فى الفرعين الآيتين : احدهما أن يكون عدم قبض المشتري المثلث من جهة عدوان البايع بأن بذل المشتري الثمن للبايع

ولكنه امتنع من أخذه و اقباض المثلثن . الثانى أن يأخذ المشتري المبيع بغير إذن البايع و اطلاقه مع عدم أقباض المشتري الثمن منه .
 فذكر المصنف ، ان ظاهر النص و الفتوى كون هذا الخيار رافقا للبائع و دفعا لتضرره فلا يجرى فيما اذا كان الامتناع من قبله و ذكر أيضا انه لو قبض المشتري المبيع على وجه يكون للبائع استرداده ، كما اذا كان بدون اذنه فثبوت الخيار و عدمه مبني على كفاية هذا المقدار من القبض فى ارتفاع الضمان عن البايع و عدمه فان قلنا بكفاية التخلية بين المال و مالكة فى رفع الضمان عن البايع اذا تلف لعدم كونه قبل القبض سقط الخيار لعدم جريان قاعدة نفي الضرر هنا و أما ضرر عدم وصول الثمن اليه فمدفوع بما كان دفعه بالمقاصة و نحوه و اذا لم نقل بكفاية ذلك فى القبض بحيث كان ضمان المبيع اذا تلف على البايع لكونه قبل القبض كان له الخيار لتوجه الضرر على فتمشله قاعدة نفي الضرر كما هو واضح .

أقول : قد عرفت فى الجواب عن شيخنا الاستاذ أن مقتضى اطلاق الروايات هو بطلان البيع و ليس فيها ما يدل على أن ذلك من جهة الراق على البايع حتى نلاحظ ذلك فاذا تحقق فى مورد نحكم بثبوت الخيار و الا فلا ، بل اطلاق الروايات حجة على ذلك ، و عليه فمقتضى قوله عليه السلام فان قبضه بيعة و الا فلا بيع بينهما أن شرط لزوم البيع على المشهور و صحة البيع على ما اخترناه هو عدم تحقق الاقباض مستندا الى البايع فاذا تحقق ذلك فلا خيار له ، و صح البيع و الا فله الخيار أو بطل البيع سواء كان ضمان المبيع مع التلف على البايع أو لا ، فان الواجب علينا ملاحظة ظهور الرواية نعم لو كان مدرك هذا الخيار هو دليل لا ضرر لكان لا ابتناء المقام بالمسئلة الاتية وجه فانه مع عدم ضمان المبيع على البايع ليس عليه ضرر و لكن قد عرفت الجواب عنه و أن المدرك لذلك انما هو الروايات كما عرفت و الاّ فيمكن

دفع الضرر بغير الخيار أيضا كالمقاصة و نحوها .

و الحاصل: أنه اذا باع أحد شيئا فلم يقبض الى ثلاثة أيام فله الخيار أو بطل البيع سواء كان عدم الاقباض مستندا الى العدوان أو الى عدم دفع الثمن أو كان المشتري أخذه بدون اقباض من البايع فان فى جميع ذلك يصدق عليه أنه لم يقبض البايع المبيع كما هو واضح ، فهذا الاطلاق متبع والحكمة المذكورة مندفة بهذا الاطلاق أيضا .

وحاصل الكلام : أن اطلاق رواية على بن يقطين يقتضى اعتبار عدم اقباض المبيع فى خيار الشرط أو فى بطلان البيع كما عرفت وقد انتهى الكلام الى فروع هذا الشرط .

الفرع الاول : هل يعتبر فى عدم ثبوت هذا الخيار عدم تحقق الاقباض الجائز بحيث يجوز للبائع أن لا يقبض المبيع لعدم وصول الثمن اليه ويشمل الحكم لمطلق عدم الاقباض و ان كان ذلك عن عدوان بان جاء المشتري للثمن و امتنع البايع عن أخذه و اعطائه المثلن قد عرفت أنه ذكر المصنف اختصاص الحكم بالصورة الاولى لان هذا الحكم مبنى على الارقاق و هو منفى فى صورة العدوان و لا تشمله قاعدة نفي الضرر أيضا لانه امتنع عن الاقباض بنفسه فقد أقدم على الضرر .

و لكن قد عرفت أن الاخبار المذكورة خالية عن اعتبار الارقاق فى الحكم و لا وجه لاعتباره هنا كما هو واضح .

والذى يستفاد من الأخبار أمران الاول : أن يقبض البايع الثمن وقد دلت على هذا عدة من الروايات فعمدتها الصحيحة الأخيرة فى كلام المصنف فمضمون تلك الأخبار أن المشتري اذا جاء بالثمن فيها و الا فلا بيع له .

و رواية على بن يقطين قد دلت على اعتبار أمر آخر وراء هذا الشرط و هو أن يقبض المبيع فلا تنافى بينها و بين تلك الروايات بوجه ، لى يتوهم

التعارض بينهما بالعموم من وجه بل مفاد رواية على بن يقطين ان البيع يبطل من جهة أخرى أو يكون خياريا و هي عدم اقباض البايح مع عدم أخذ الثمن وأن أمكنه المشتري من ذلك كما أن بطلان البيع من جهة الغرر مثلا لا ينافي بطلانه من جهة انتفاء شرط آخر له وأن بطلانه مثلا للغرر، لا ينافي بطلانه أو خياريته من جهة عدم اقباض الثمن كما لا يخفى .

وعلى هذا فلا يفرق بين كون عدم اقباض جائزا كما في صورة عدم دفع المشتري الثمن اليه أو عدوانيا كما اذا أمكنه المشتري من قبض الثمن وهو أى البايح لا يقبضه ولا يدفع اليه المبيع عدوانا فانه ح أيضا يبطل البيع بعد ثلاثة أيام على المختار و يكون ذى خيارى على المشهور .

و أما الفرع الثالث: فقد عرفت الكلام فيه وهو أن يأخذ المشتري المبيع بدون اذن المالك فقد ذكر المصنف أنه مبنى على المسئلة الآتية من ارتفاع الضمان بمثل هذا القبض وعدمه فانه مع ارتفاع الضمان بذلك لا يتوجه دليل نفى الضرر كما هو واضح وقد ذكرنا أنه يصح بناء على كون المدرك فى المقام هو دليل نفى الضرر وقد عرفت بطلانه بل المدرك لذ لك هو الروايات و هي تدل على بطلان البيع أو تزلزله بدون اقباض المبيع بحيث يكون عدم الاقباض مستندا الى البايح كما عرفت ذلك من اطلاق رواية على بن يقطين فانهم .

الفرع الرابع : أن يقبض البايح بعض المبيع فهل هو كلا قبض لظاهر الأخبار فانها ظاهرة فى قبض مجموع المبيع أو كالقبض فيحكم بالصحة على مسلكتنا أو باللزوم على المشهور لا نصرف الاخبار الى صورة عدم قبض شىء منه أو يفصل بين الجزء المقبوض وغيره وجوه و حيث ان المصنف جعل مدرك الحكم دليل نفى الضرر فالترزم بالتفصيل لعدم تضرر البايح فى المقدار المقبوض و لكن قد عرفت جوابه .

والتحقيق هو اختيار التفصيل بوجه آخر وهو أنا ذكرنا مراراً أن المبيع إذا كان ذى أجزاء بحيث يعد فى العرف متعددًا و باعه صفقة واحدة فالبيع ينحل الى بيوع متعددة كأنحلال الأحكام الاستغراقية حسب تعدد الافراد الى احكام عديدة و يكون ذلك فى الحقيقة بيعان مستقلان وبهذا صححنا ما اذا باع شخص شيئاً فظهر بعضه مستحقاً للغير فحكمنّا بصحته على طبق القاعدة وهكذا ما اذا باع أحد الشاة والخنزير أو الخمر و الخل صفقة واحدة فان البيع يصح فى ما يملك و يبطل فى غيره وكذا اذا باع مال غيره فاجاز المالك بعضه دون بعض أو كان المبيع لمالكين فاجاز مالك بعض و لم يمس مالك البعض الآخر فان البيع فى جميع هذه الصور يصح فى جزء و يبطل فى الجزء الآخر والوجه فى جميع ذلك هو انحلال البيع الى بيوع متعددة لانه واحداً بحسب الانشاء لا فى الحقيقة كأتحاد الحكم الاستغراقى بحسب الانشاء وتعدده فى الحقيقة ومع عدم القول بالانحلال أو فى الموارد التى لا يمكن القول بالانحلال فلا وجه أصلاً للحكم بالصحة مطلقاً كما شقّق المصنف بل لا بدّ من الحكم بالبطلان فان البيع يبيع واحد فمقبض بعض المبيع لا يصدق عليه قباض المبيع كما أنه اذا غسل أحد رأسه لا يصدق عليه أنه غسل تمام بدنه بل ما لم يقبض البايح تمام المبيع الى ثلاثة أيام بطل البيع أو كان البايح له الخيار كما لا يخفى فافهم الشرط الثانى : عدم قبض البايح مجموع الثمن ، فقد ذكر المصنف أن هذا الشرط مجمع عليه نصاً و فتوى و قبض البعض كقبض بظاهر الأخبار المعتضد بفهم أبى بكر العياش القاضى الذى ذكر ذلك فى رواية ابن الحجاج (١) و هى قال اشتريت محملاً و أعطيت بعض الثمن و تركته عند

صاحبه ثم احتسبت أيا ما ثم جئت الى بايع المحمل لاخذه فقال قد بعته فضحكت ثم قلت : لا والله لا أدعك أو اقاضيك ، فقال لى : ترضى بايى بكرين عيّا ش؟ قلت : نعم ، فأتيته فقصصنا عليه قصتنا فقال ابوبكر : بقول من تريد أن اقضى بينكما بقول صاحبك أو غيره ، قال : قلت بقول صاحي ، قال سمعته يقول من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة ايام و الأ فلا بيع له . حيث ان مورد المحاكمة و السؤال عن أبى بكر هو مورد بحثنا وقد حكم فيه أبى بكر بعدم البيع و استفاد ذلك من قول الامام عليه السلام ، بل ذكر المصنف أنه ربما يستدل بهذه الرواية تبعا للتذكرة و فيه نظر .

أقول : ان تم الاجماع على اعتبار قبض مجموع الثمن فى لزوم أو صحته فهو و الا فلا دليل على ذلك ، ولكن الاجماع التعبدى لم يتم فانه قد استدل بعضهم كالتذكرة و غيره بالروايات تبعا لفهم أبى بكر بن عيّا ش و مع تسليم أن أبابكر بن العيّا ش رجل صحيح ثقة ، و لكن فهمه ليس بحجة لنا لعدم كونه معصوما قطعاً و على هذا فان قلنا بالانحلال كما قلنا فى طرف البيع فيحكم باللزوم أو الصحة فى الجزء المقبوض و بالبطلان أو التزلزل فى الجزء الغير المقبوض و هذا هو الاقوى و الا فيحكم بالبطلان فى الجميع كما عرفت فى طرف المبيع و أما الصحة مطلقاً فلا وجه له أصلاً فافهم .

ثم انه لو قبض البايع الثمن بغير رضى المشتري فهل يحكم بسقوط الخيار أو بصحة البيع حينئذ لتحقق قبض الثمن فان من شرائط صحة البيع على المختار أو من شرائط لزومه على المشهور هو عدم تحقق قبض الثمن فاذا تحقق بأى نحو قد حصل الشرط أو أن هذا القبض كلاً قبض فان الظاهر من الاخبار هو تحقق ذلك بالاختيار و الرضا من المشتري كما قلنا بلزوم تحقق اقباض المبيع باختيار البايع و رضاء و الا فيكون وجوده كعدمه .

نعم اذا مكن البايع المشتري من المبيع و لم يقبض المشتري ذلك فانه

حينئذ جاز للبايع أخذ الثمن من المشتري بأى نحو كان ولو بالجبر والاكراه فانه حينئذ يجب على المشتري اقباض الثمن، وانما لم يقبض ذلك عدوانا بخلاف الفرع الاول فان أخذ الثمن من المشتري بغير اذنه عدوان فلا يجوز وان كان المال أى الثمن للبايع، ولكن ما لم يعطى المبيع للمشتري أو لم يمكنه من المبيع ليس له شرعا أخذ ماله والمفروض أنه لم يقبضه ولم يمكنه أيضا من ذلك :

و بعبارة أخرى أن المستفاد من الأخبار المتقدمة أنه اذا لم يترتب أثر البيع عليه وهو اقباض البايع المبيع و اقباض المشتري الثمن فلا يجب لكل منهما الاقباض ولا يجوز لكل منهما الاخذ من الآخر بدون اذنان الآخر فان وجوب الاقباض أو جواز الأخذ ولو بغير اذن الطرف الآخر انما هو مشروط باقباض أحدهما والا فلا يجوز وقد ذكر في الأخبار أنه لا بيع اذا لم يجى المشتري الثمن ولم يقبض البايع المبيع و ظاهر ذلك كون كل منهما متحققا برضا الآخر كما لا يخفى . وهذا بخلاف ما اذا تحقق الاقباض من أحد الطرفين فانه حينئذ يجب ترتيب أثر البيع عليه من الطرف الآخر أيضا وهو واضح جدا .

ثم أنه اذا أخذ البايع الثمن بغير رضى المشتري ثم أجاز المشتري فهل يكون ذلك موجبا لصحة البيع أو سقوط الخيار أم لا فنقول أن الاجازة قد تكون فى ضمن ثلاثة أيام وقد يكون بعدها وان كانت فى ضمنها فلا شبهة فى صحة البيع أو لزومه فان بطلان البيع أو كون البايع على خيار كان مشروطا بان لا يجى المشتري الثمن فى ضمن ثلاثة أيام ومن الواضح أن قبل انقضاء الثلاثة لما أخذ البايع يكون مثل مجى الثمن كما هو واضح .
وعليه فلا ثمره ح فى البحث عن أن الاجازة كاشفة أو ناقلة أى الثمرة المترتبة على الاجازة بعد ثلاثة أيام وان كانت هنا ثمره أخرى .

وان كانت الاجازة بعد ثلاثة أيام فعلى القول بالكشف فيحكم بصحة البيع أو بلزومه و ذلك لأن بالاجازة تكشف عن أن القبض انما تحقق قبل انقضاء الثلاثة وقد عرفت أن الخيار كان مشروطا بعدم مجى الثمن بعد الثلاثة كما هو واضح .

وعلى القول بالنقل فيحكم ببطلان البيع على المسلك الحق و يكون البايع ذى خيار على المشهور اذ الايتان بالثمن انما تحقق بعد ثلاثة ايام الذى كان موضوعا لثبوت الخيار للبايع وهذا واضح لا شبهة فيه .

ثم هل الاجازة هنا كاشفة أو ناقلة يظهر من المصنف أن الاجازة هنا ناقلة مع أنه ذهب فى البيع الفضولى الى الكشف الحكى وعليه فلا ملازمة بين المسألتين وهذا هو الحق فالقول بالكشف هناك لا يلزم القول بالكشف فى هذه المسئلة أيضا و توضيح ذلك أن البيع والشراء وكذا سائر العقود والايقاعات أمور خفيف المؤنة لأن قوامها بالاعتبار الذى هو خفيف المؤنة فيمكن أن تتعلق بالامور السابقة فلا مانع فى نفسه أن يبيع أحد دار نفسه قبل سنة بأن اعتبر كونها ملكا لزيد قبل سنة وهكذا فى بقية العقود فلا يرى العقل محذورا فى ذلك الا أن ذلك مما لا يساعده العرف وأنه بعيد عن أذهانهم و مرتكزاتهم ولا يعتبرون ذلك بوجه وعليه فتكون أدلة امضاء العقود منصرفه عن ذلك فلا يشملها أوفوا بالعقود ونحوه من أدلة اللزوم والصحة فيحكم بالبطلان ولكن قد ذكرنا فى بيع الفضولى أن هذا الاعتبار يساعده أهل العرف وأنه ليس ببعيد عن مرتكزاتهم ، بل جرى عليه عملهم كثيرا فيكون مشمولا للدالة الدالة على لزوم العقود وصحته كما هو واضح فلا شبهة فى أن العرف يعتبر البيع اذا صدر عن غير المالك و اذا لحقته اجازة المالك حكم بصحته و لزومه لكونه مشمولا للأدلة المذكورة .

و هذا المعنى أى اعتبار العرف البيع ونحوه قبل زمان الاجازة ، لا

يجرى فى التكوينية اذ لا معنى لكون الامر التكوينى الواقع فى زمان واقعا فى زمان آخر بالاعتبار فان الأمور التكوينية لا تختلف بالاعتبار وعليها قباض الثمن أو المثلن فى ضمن الثلاثة أيام الذى هو شرط للزوم البيع على المشهور أو صحته على المختار أمر تكوينى فهذا الأمر التكوينى لا بدّ وأن يتحقق فى ضمن الثلاثة فلو تحقق بعد ثلاثة فلا يكون موجبا للصحة أو للزوم و لذلك ما اذا لم يتحقق أصلا و عليه فاذا أخذ البايع الثمن فى ضمن الثلاثة بغير رضى المشتري فهو كلاب قبض فلا يكون موجبا لصحة البيع أو لزومه و المفروض أنه أمر تكوينى فلا يختلف بالاعتبار فلا يكون قبضا فى ضمن الثلاثة بالاجازة بعد ثلاثة أيام ، فيكون الكشف لغوا فلا مناصر من القول بالنقل هنا كما ذهب اليه المصنف و ح فيحكم ببطلان البيع على المختار و بثبوت الخيار للبايع على المشهور لتحقيق القبض من حين الاجازة كما هو واضح .

ثم ان هنا شيء لم يتعرض المصنف، وهو أنه اذا انعكس ما ذكرناه بأن أخذ المشتري المثلن من البايع بدون اذنه بأن سرقه منه أو أخذه منه قهرا و اكرها من غير ان يقبضه الثمن أو مكنه منه ثم أجاز البايع ذلك بعد ثلاثة أيام فعلى القول بالبطلان كما اخترناه فلا شبهة فى ظهور الثمرة هنا فانه على القول بالنقل يحكم بالبطلان و على القول بالكشف يحكم بالصحة بعين ما ذكرناه فى طرف المشتري و أعلى مسلك المشهور فالظاهر أنه لا يترتب عليه ثمر الكشف و النقل و لعل المصنف لأجل ذلك لم يتعرض له لأنه ذهب الى صحة العقد مع الخيار دون البطلان و الوجه فى ذلك أن الخيار هنا للبايع فاذا أجاز القبض فان قلنا بالكشف فلا شبهة فى صحة البيع لتحقيق شرطه على الفرض و على القول بالنقل فان البايع وان كان يقبض المبيع من حين الاجازة و لكنه يسقط الخيار بذلك فان اجازته لقبض السابق اسقاط للخيار كما هو الظاهر، و لا يرد عليها أنه يقبض مال المشتري

اليه بالاجازة فاعطاء مال الناس اليه لا يكون موجبا لسقوط خياره فانه يقال ان المال ولو كان للمشتري ولكن لم يكن له حق الاخذ بدون اذن البايع فاذا أخذه بدون اذنه فاجازه البايع يكون ذلك كلشفا بالالتزام عن سقوط خياره والا فلم يجز القبض وليس من المتعارف أن يجز القبض و يبقى خياره الى مدة كما هو واضح .

الشرط الثالث: أن لا يشترط المشتري على البايع تأخير الثمن والآ فلا خيار بتأخير الثمن والوجه في ذلك أن الأخبار المتقدمة منصرفه عن هذه الصورة وذلك لأنها متوجهة الى فرض أن يكون للبايع حق مطالبة الثمن لكي يترتب عليه أنه اذا لم يجى بالثمن فلما لخيار اذ المشتري لم يعمل بوظيفته، وأما اذا اشترط ذلك المشتري على البايع فانه ليس للبايع الخيار كما لا يخفى فافهم .

الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا أو شبهه كصاع من صبرة نص عليه الشيخ في المبسوط وهو ظاهر كثير من الفقهاء على ما في المتن و ذكر المصنف أن هذا الخيار أى خيار تأخير الثمن مختص بالعين الشخصية فلا يجرى في المبيع الكلى وقال ان كلمات الفقهاء موردها ذلك وكك معاقد اجماعاتهم فانها مختصة بالعين الشخصية فلا تشمل المبيع الكلى كما لا يخفى .

وأما حديث نفى الضرر فهو أيضا مختص بالشخصى لأنه المضمون على البايع قبل القبض فيتضرر بضمانه وعدم جواز التصرف فيه وعدم موصول بدله اليه بخلاف الكلى فانه لا تلف فيه ليكون دركه على البايع ويتضرر من ذلك ثم ذكر النصوص فرويتا (١) ابن يقطين و ابن عمار مشتملتان على لفظ البيع

(١) وسائل - ج ١٢ ، ص ٣٥٧ ، ح ٤٠٣ .

المراد به المبيع والوجه في اطلاقه على المبيع قبل البيع هو كون السبيع معرضا للبيع ولا مناسبة لاطلاقه على الكلى لعدم صحة كونه معرضا للبيع فلا يصح هذا الاطلاق فيه فلا تشمل الروايتان على الكلى .

و أما رواية (١) زرارة فهي أيضا ظاهرة في المبيع الشخصي فلا تشمل الكلى وذلك لأن قول السائل فيها ، الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده ، فيقول : حتى آتيك بثمنه قال : ان جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام و الا فلا بيع له ، ظاهر في المبيع الشخصي فان المتاع ظاهر في ذلك وكذا قوله ثم يدعه فان الايداع لا يمكن في المبيع الكلى ، كما لا يخفى .

و أما رواية ابى بكر بن عياش من اشترى شيئا فان اطلاقه وان شمل المعين و الكلى كليهما الا أن الظاهر من لفظ الشيء الموجود الخارجى و من الواضح أن الكلى المبيع ليس موجودا خارجيا و الوجه في ذلك هو أن الشيء مجاز مشهور في الأمور الخارجية فلا يحتاج في اطلاقه عليها الى القرائن الخارجية ، كما لا يخفى . هذا حاصل ما ذكره المصنف ، و لكن جميع ما ذكره مورد للمناقشة ، أما ما ذكره من ظهور كلمات الفقهاء فى الشخصي و اختصاص معاهد اجماعاتهم بالمبيع المعين الخارجى فهرواوح البطلان فانه و ان كان بالنسبة الى بعضهم مسلما كعبارة الشيخ فى المبسوط و أنها ظاهرة فى ذلك و لكن لا شبهة فى صراحة عبارة بعضهم أيضا فى المبيع الكلى ، كما لا يخفى ، بل نسب الشهيد (ره) تخصيص الحكم بالعين الشخصية الى الشيخ ، فيعلم من ذلك أنه لم يقل بذلك غير الشيخ و من تبعه فضلا عن اتفاق كلماتهم أو اجماعهم على ذلك فلو كان هنا اجماع لم يذكر الشهيد (ره) ذلك و واضح أن الشهيد ممتاز فى فهم كلمات الفقهاء

بل قيل انه لسان الفقهاء و لو سلمنا اختصاص كلمات المشهور فهم بذلك فانه لا يصل الى حد الاجماع بعد كلام الشهيد (ره) .

و أما حديث نفي الضرر فقد ذكرنا أنه لا يثبت الخيار فلا يكون دليلا على المطلب وعلى تقدير كونه دليلا على الخيار فلا شبهة فى شموله على المبيع الكلى أيضا و ذلك لما عرفت أن الضرر هنا يكون من جهات ثلاث الاولى الضرر من جهة تلف المبيع والثانية من جهة حفظها للمشتري وعدم جواز التصرف فيه وهاتان الجهتان لا تجريان فى المبيع الكلى والثالثة أن يكون الضرر من جهة أن عدم اعطاء المشتري الثمن للبايع ضرر عليه فلا شبهة أن هذه الجهة تجرى فى صورتى كون المبيع شخصا أو كلياً كما هو واضح ، على أنك قد عرفت أن لا ضرر ليس دليلا على ثبوت خيار التأخير للبايع و دعوى ان عدم دفع الثمن الى البايع من ترك المنفعة كما توهم لا من الضرر دعوى جزافية كما هو واضح و أما الروايات فلا شبهة فى ظهور روايتى ابن يقطين و ابن عمار فى البيع الكلى فان المراد من البيع فيهما هو المبيع كما استظهره المصنف من جهة أن قول السائل فلا يقبضه فى رواية على بن يقطين و قول الامام عليه السلام من اشترى بيعا فى رواية ابن عمار صريح فى ارادة المبيع من البيع فانه لا معنى لقبض البيع وكذلك قوله عليه السلام اشترى بيعا فانه أيضا لا معنى لشراء البيع وهذا واضح لا شبهة فيه الا انه لا وجه لاستظهاره اختصاص الروايتين بالشخصى من جهة أن لفظ البيع انما أطلق على المبيع من كون المبيع معرضا للبيع فلا معرضية فى الكلى و ذلك لأنه يرد عليه أولا أن الوجه فى اطلاق البيع على المبيع ليس هو ما ذكره المصنف ، بل من جهة ما يؤل اليه و أنه حيث يؤل المتاع مبيعا و يعرض عليه البيع فلذا اطلق عليه البيع كما يقال من قتل قتيلا فله سلبه وفى قوله تعالى انى أرى أعصر خمرا و غير ذلك من الموارد التى يصح الاطلاق

فيها باعتبار ما يؤل إليه .

على أنه يصح المعرضية في الكلى أيضا فان الكليات الذمية قابلة للمعرضية على البيع، بل غالب البيوع من هذا القبيل كالبيوع الواقعة بين التجار فان معاملاتهم بالبيوع الكلية فانهم عقد وفي حجراتهم فيبيعون ويشترون كلياً .

وعلى الجملة فظهور البيع أعم من الكلية والشخصية كما هو واضح ففي كفاية هاتين الروايتين في شمول الحكم للكلى غنى وكفاية وان لم تكن الروايات الاخر ظاهرة في الكلى كما لا يخفى، وأما صححة زرارة فالمتاع المذكور فيها في قول السائل كلفظ المال والماء من المفاهيم الكلية فلا وجه لدعوى اختصاصه بالعين الشخصية وأما دعوى اختصاصه بالشخصى من جهة قوله ويدعه عنده فممنوع فانه بمعنى الترك فمراده السؤال من السائل اشترى متاعا وتركه عند البائع، ولا شبهة في صدق ذلك على الكلى، بل كثر اطلاق ذلك في الثمن فانه يقال انه باع ولم يأخذ الثمن، بل تركه عند البائع حتى مع التصريح بكون الثمن كلياً يصح هذا الاطلاق ومع ظهوره في العين الشخصية فلم يذكر ذلك في كلام الامام عليه السلام ليكون موجبا لتقييد الحكم واختصاصه بالشخصى بحيث يلزم رفع اليد بها عن الروايتين المتقدمتين أيضا فغاية الامر فلا ظهور لهذه الرواية في الكلى ولكن ليس له ظهور في نفى الحكم عن المبيع الكلى وعليه فتكفي الروايتان المتقدمتان كما هو واضح .

وأما رواية أبى بكر عياش اولا أنها ضعيفة السند، وثانياً: أنه لا شبهة في شمولها للمبيع الكلى والشخصى لأن الشيء من المفاهيم العامة يطلق على جميع الاشياء، بل لا شيء أعم منه لا طلاقه على الواجب والممكن وعلى الأمور الاعتبارية والمتأصلة كما هو واضح .

ولا شبهة ان الكلى قبل تعلق الاعتبارية وكونه مبيعا وان لم يكن

شيئا ولكن يطلق عليه الشئ ء بعد تعلق البيع به كما هو واضح فيكون مشمولا للحديث وقد ذكر لعدم شموله على الكلى وجهان الاول ان الشئ ء عبارة عما هو مشئ ء وجوده فلا يطلق على غير الأمور الوجودية لكونه مساوقا للوجود فلا يشمل الكلى ولا يطلق الشئ ء عليه وفيه أن هذا انما هو فى اصطلاح الفلاسفة والا فلا شبهه فى اطلاق الشئ ء على جميع الاشياء الوجودية والعدمية وسلب الشيئة فى بعض الموارد، وعن الأمور العدمية باعتبار عدم المحمول كما فى قوله تعالى يحسبه الظمان ماءً و اذا جاء لم يجد شيئا أى لم يجد شيئا وهو الماء الذى يطلبه والا كان هناك شئ ء قطعاً فلا أقل من التراب حتى لو وجد عند كنزاً فأيضاً يقال لم يجد شيئا لأنه كان فى صدد الماء، وقد عرفت أن الشئ ء من المفاهيم العامة فيشمل جميع الاشياء الموجود والمعدومة ولا شبهة أن الكلى الذى تعلق به البيع واعتبار العقلا الشئ ء ثابت فى ذمة البائع، كما لا يخفى .

الوجه الثانى : ما ذكره المصنف من الفرق لفظ الشئ ء عن الكلى الى الموجود الخارجى، بحيث صار مجازاً مشهوراً لا يحتاج فى اطلاقه الى القرائن .

وفيه أنه لا وجه لهذه الدعوى، فانه بعد تسليم اطلاق الشئ ء على جميع المفاهيم حتى الواجب وجميع الاشياء الموجودة والمعدومة والاعتباريات فأى موجب للانصراف كما لا يخفى على أن لازم كلام المصنف أنه لوورد النهى عن بيع شئ ء مثلاً فى وقت كيوم الجمعة فلازم ذلك عدم شموله بالبيع الكلى فلو عامل أحد معاملة كلية لا تكون ذلك محرمة، على أنه لوأغضنا عن جميع ذلك و سلمنا ظهور هذه الرواية الضعيفة فى المبيع الشخصى و لو بضميمة الانصراف ولكن لا يوجب ذلك رفع اليد عن الروايتين الاولتين فى الكلى كما تقدم، فافهم .

قوله ثم ان هنا أموراً قيل باعتبارها في هذا الخيار أقول قد ذكرت هنا أموراً بلحاظ أنها معتبرة في هذا الخيار .

الاول : عدم الخيار لأحدهما ، أولهما قال في التحرير ولا خيار للبائع لو كان في البيع خيار لأحدهما وفي السرائر قيد الحكم في عنوان المسئلة بقوله ، ولم يشترط خيار لهما أو لأحدهما ، وقد أنكر المصنف اشتراط هذا الخيار بكونه مشروطاً بهذا الشرط على وجه الاطلاق سواء كان المراد من الخيار المشروط عدمه في هذا الخيار هو خيار الشرط أم خيار الحيوان أم غيرهما ، والوجه في ذلك هو عدم الدليل على اعتبار هذا الشرط ، كما هو واضح .

ثم وجه هذا القول بأمرين الذين ينتج ضم أحدهما الى الآخر اشتراط خيار التأخير بهذا الشرط أي بعدم الخيار لأحدهما أولهما .

الاول : أن النصوص الواردة في مشروعية هذا الخيار كلها منصرفة عن ذلك ، لأنه انما ثبت في حق من له حق المطالبة لبدل ماله من الآخر ومع اشتراط التأخير ليس له حق المطالبة ، ولا أن وظيفة من له الخيار وجوب التسليم ، بل له أن يقبض وله أن لا يقبض كما هو واضح .

الامر الثاني : أن من أحكام الخيار أنه لا يجب على من له الخيار قباض الثمن أو المثل من الطرف الآخر ، كما في التذكرة ، حيث قال : انه لا يجب على البائع تسليم المبيع ولا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار ولو تسلّم أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره ولا يجبر الآخر على التسليم وضم أحد الأمرين الى الآخر ينتج أن من له حق تأخير العوض وعدم قباض من الطرف الآخر بحيث له أن يؤخر الاقباض لحق لا يثبت عليه خيار التأخير لانصراف الأدلة عن ذلك .

والحاصل : أن من له الخيار كأنه شرط على الاخير تأجيل العوض فلا

يثبت عليه خيار التأخير .

وقد أجاب عنه المصنف على فرض تسليم المقدّمتين حيث قال وفيه بعد تسليم المقدّمتين فان كلامه هذا ظاهر في أنه لا يسلم المقدّمتين .
وحاصل جوابه على فرض تسليم المقدّمتين النقص بخيار المجلس و خيار الحيوان وقال ان لازم ذلك كون مبدء الثلاثة من حين التفرق في خيار المجلس وكون هذا الخيار مختصا بغير الحيوان مع اتفاقهم على ثبوته فيه كما يظهر من المختلف وان ذهب الصدوق الى كون الخيار في الجارية بعد شهر الا أنه قول اختص بعد الصدوق للنص الخاص .

ثم حيث انه ما من معاملة الا وقد ثبت فيها خيار المجلس الا ما شذ و ندر ، فلذا لو خص خيار التأخير بغيره لزم حمل الأخبار الواردة فيه على مورد نادر ، فلذا ذكر المصنف أنه يلزم أن يكون خيار التأخير في ذلك بعد التفرق و أما لو قلنا باختصاص ذلك بغير موارد خيار الحيوان فلا يلزم فيه المحذور المذكور ، ولذا نقض المصنف بأنه يلزم اختصاص ذلك بغير خيار الحيوان كما هو واضح .

وقد أشكل شيخنا الاستاذ على ما ذكره المصنف وتسلم ما ذكره العلامة في التذكرة وابن ادرس في السرائر وقال كلتا المقدّمتين مما لا بدّ من تسلمهما احدهما أن من له حق التأخير لا يثبت عليه خيار كما هو واضح .
و المقدمة الثانية : هي أن من احكام الخيار عدم وجوب التسليم و الاقتباس .

أما المقدمة الاولى : فلأن الأخبار منصرفة عنّ جاز له التأخير ، وليس موظفا بالاتيان لان الظاهر من تلك الأخبار هو أن الاتيان بالثمن كان لازما حيث قال عليه السلام لم يقبض الثمن أو ان جاء بين ثلاثة أيام و الا فللبايع الخيار و أما مع ثبوت خيار التأخير له فلا مجال لثبوت الحكم كما لا يخفى فانهم .

و هذه المقدمة مما لا شبهة فيها ، بل ذكر المصنف في الشرط الثالث أن الأخبار منصرفة عن صورة اشتراط التأخير وقلنا أن خيار التأخير انما جعل لمن كان له المطالبة و لم يكن للآخر حق التأخير بل كان موظفا بالاداء و أما المقدمة الثانية فقد أشكل عليه شيخنا الاستاذ من أن له لإيجاب عليه التسليم و توضيح ذلك أن بناء المعاملة على التسليم و التسلم و التبديل و التبديل فيصير القبض و الاقباض من الشروط الضمنية التي التزام بها المتعاقدان في متن العقد فمرجع كون العقد خياريا الى أنه بجميع ما تضمنه من الشروط الضمنية أو الصريحة غير واجب الوفاء فكما لا يجب الوفاء بنفس العقد كذلك لا يجب الوفاء بما في ضمنه من التعهدات الضمنية ، بل الصريحة غير لازمة الوفاء فلا يجب التسليم و التسلم في العقد الخيارى و عليه فلا يجرى فيه خيار التأخير و هذا المعنى قد التزم به المصنف في أحكام القبض حيث ذكر الأردبيلي أن من ظلم على أحد و لم يسلم المبيع الذى باعه منه ليس للآخر منع تسليم الثمن فانه أيضا معصية و اجاب عنه المصنف بانه اذا منع البايع فى التسليم للمشتري أيضا لا يجب تسليم الثمن نعم قد انكر المصنف ذلك هنا و فى أحكام الخيار ثم ذكر أن هذا الخيار لا ينافى خيار المجلس الا فى فرض نادر بأن بقيا فى مجلس العقد الى بعد ثلاثة أيام لسجن و نحوه و ح نلتزم أيضا بعدم خيار التأخير .

و أما خيار الحيوان فهو أيضا لا يمنع عن هذا الخيار فان غاية ما يمكن ان يلتزم به و يستظهر من الأدلة من مناسبة الحكم و الموضوع أن يكون التأخير عند انقضاء الثلاثة بغير حق فالواجب أن لا يكون له خيار فى هذا الحال و أما قبله أو بعده فلا وجه للالتزام به بلاشكال ، فلا ينافى اعتبار ذلك مع ما فى المختلف من الاتفاق على ثبوته فى الحيوان .

نعم بقى هنا شيء و هو أنه لو اجتمع خيار التأخير مع خيار الحيوان

لزم تعدد السبب مع كون المسبب واحد فهذا لا محذور فيه كما فى تقرير شيخنا الاستاذ فراجع أقول : أما ما ذكره من أن مطلق الشروط الضمنية و الصريحة ليس بواجب الوفاء فى العقد الخيارى ومنها التسليم والتسليم .

فيرد عليه أن هذا انما يتم بناء على كون دليل اللزوم هو الامر بوجود الوفاء على العقد وكان المراد من ذلك هو ترتيب الأثر عليه و يكون المراد من وجوب الوفاء هو الحكم التكليفى على ما ذكره المصنف و عليه يقال : أن ترتيب جميع آثار العقد عليه انما يصح فيما اذا لم يكن العقد خياريا و الآ فلا يجب ذلك كما هو واضح ، وقد ذكرنا فى محله أن معنى الوفاء هو الانهاء و الوفاء بالعقد هو انهاءه و اتمامه و حيث لا يناسب ذلك بالوجوب التكليفى فيكون الأمر به ارشادا الى أنه لا ينحل و أنه لازم ، و ذكرنا ايضا أن من أدلة اللزوم ما دل على حرمة التصرف فى مال الغير بدون اذنه و أنه يحرم أكل مال الناس بغير تجارة عن تراض ، و غير ذلك فلا شبهة أنه اذا تحقق البيع و حصل النقل و الانتقال فيكون المبيع ملكا للمشتري و الثمن ملكا للبايع فيحرم لكل منهما التصرف فى الآخر بدون اذنه لأن حرمة مال المسلم كحرمة دمه و أنه لا يجوز لكل أحد أن يتصرف فى مال غيره بدون اذنه و لا يفرق فى ذلك بين كون العقد خياريا أم لا ، نعم من لا يريد أن يسلم العوض فى المعاملة مع كونه ذى خيار فسخ المعاملة ثم لا يسلم العوض كما هو واضح و أما ما ذكره من أن المصنف ذكر ذلك فى أحكام القبض فهو ممنوع لان ما ذكره فى القبض لا يمس بالمقام فانه مبنى على أن من الشروط الضمنية فى العقد أن يسلم كل من المتعاملين العوض من الآخر و مع تخلف أحدهما يجوز التخلف للآخر أيضا كما هو واضح ، وهذا غير كون من له الخيار ، لا يجب عليه التسليم كما هو واضح ، و أما ما ذكره من أنه لا ينافى خيار الحيوان لأن اللازم أن لا يكون أداء الثمن متأخرا من الجزء الذى يتم به الثلاثة فليس

بمتين و ذلك لأن مقتضى الظاهر من روايات الباب أنه يجب على المشتري أن يسلم الثمن إلا أنه قد أمهل الشارع للمشتري في ضمن الثلاثة بالنسبة الى ثبوت الخيار للبايع فبمجرد انتهائه يثبت الخيار للبايع أو يبطل البيع كما هو واضح فلا يحتاج الى التأخير في الآن الذي تم الثلاثة و بعبارة أخرى أن الروايات قد دلت على أن المشتري ان جاء بالثمن ما بين ثلاثة أيام فبها و إلا فلا بيع فالظاهر من ذلك ان الثلاثة انما هي أيام النظرة بالنسبة الى ثبوت الخيار للبايع أو لعدم بطلان البيع كما هو واضح ، فلا ينافي ذلك بوجوب تسليم الثمن في الثلاثة أيضا و أما ثبوت الخيار فليس مشروطا بالتأخير عن الجزء الذي يتم به الثلاثة بل في نفس ذلك الجزء يثبت الخيار للبايع كما لا يخفى .

ثم انه قد يفصل بين ثبوت الخيار للبايع من جهة أخرى فيسقط معه هذا الخيار و بين ما كان الخيار للمشتري فلا وجه لسقوطه و قد أفاد فيه وجهين :-

الاول : أن خيار التأخير شرع لدفع ضرره و قد اندفع ضرره بغير خيار و أجاب عنه المصنف بان ضرر الثلاثة بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار في الثلاثة و كأن المصنف فهم من كلام المفصل أنه اشترط عدم ثبوت الخيار للبايع بعد الثلاثة و لذا أجاب عنه بأن الضرر بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار في الثلاثة و لكن الظاهر أن كلام المفصل ناظر الى اشتراط عدم ثبوت الخيار للبايع بعد الثلاثة و عليه فيندفع الضرر بغير خيار التأخير فيصح كلامه كما هو واضح فلا يرد عليه ما ذكره المصنف ، نعم يرد عليه أن هذا الوجه مبني على كون مدرك هذا الخيار هو دليل نفي الضرر فانه ح يشترط في ثبوته أن لا يثبت خيار آخر للبايع و أما اذا كان مدركه غيره فلا يتم ما ذكر المفصل .

الوجه الثاني : النصوص و الفتاوى تدل على لزوم البيع في الثلاثة

فيختص هذا الخيار بغير صورة ثبوت الخيار له فان الظاهر من قولهم عليهم السلام ان جاء بالثمن ما بين الثلاثة و الا فله الخيار أن البيع لازم في ضمن الثلاثة فاذا كان للبايع خيار في ذلك لا يكون البيع لازما ، فلا يكون هذه الصورة مشمولة للأخبار كما هو واضح ، وعلى هذا فلا يكون هذا الخيار ثابتا في مورد خيار الحيوان و أورد هذا المفصل على نفسه بأن التأخير للخيار ولا يتقيد الحكم بسببه ، يعنى أن الخيار هنا حكم ثابت للبايع ولا يكون مقيدا بسببه و هو التأخير بحيث يكون البيع لازما بانتفائه من هذه الجهة فقط ، لا ينافى ثبوت خيار آخر للبايع كما هو واضح ، بل الثابت هو طبيعي الخيار الثابت للبايع كما هو واضح و الفرق بين هذا الوجه والوجه السابق أن الوجه السابق ليس ناظرا الى لزوم البيع في الثلاثة بخلاف هذا الوجه و لكن يرد عليه أن الظاهر من الروايات أن المشتري اذا جاء بالثمن ما بين ثلاثة أيام فهو ، و الا فله الخيار ، فالظاهر من ذلك أن الاتيان بالثمن في الثلاثة يوجب نفي خيار التأخير ، ولا ينافى ذلك ثبوت خيار آخر للبايع غير خيار التأخير ، وليس هذا من قبيل تقيد الحكم بسببه ، بل الثابت هو طبيعي الخيار ، و لكن يكون البيع لازما بانتفاء هذا الطبيعي من هذه الجهة فقط و لزوم البيع من هذه الجهة لا ينافى ثبوت خيار آخر للبايع من جهة آخر كما هو واضح ، ومن هنا لا ينافى هذا الخيار ثبوت خيار المجلس فانه مع أن لازم الوجه الثاني عدم ثبوت خيار المجلس أيضا في ضمن الثلاثة .

قوله : و منها تعدد المتعاقدين أقول قد ذكر المصنف وجهين

لاختصاص الخيار بصورة تعدد العاقد :

الاول : اختصاص النص الوارد في المقام بصورة التعدد .

والثاني : أن هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس وخيار المجلس باق

مع اتحاد العاقد الا مع اسقاطه .

أما الاول : فلأنه لا شبهة فى أن الظاهر من النصوص الواردة فى المقام وان كان هو تعدد المتعاملين و من بيده العقد أى المالكين أو من يكون نازلا منزلة المالك من الولى والوكيل المفوض ، و لكن لا ارتباط له بتعدد العاقد بوجه ، بل يمكن ذلك مع التحاده أيضا ، فانه بمنزلة الآلة فقط ، ليس له الا اجراء العقد كما هو واضح ، و بعبارة أخرى أن المناط فى ذلك هو عدم الاقباض و القبض و لا اشكال فى تصويره من المالكين مع التحاد العاقد من قبلهما فأصل توهم اشتراط تعدد العاقد فى ثبوت خيار التأخير لغو محض و غلط فاحشر .

و أما الوجه الثانى : فقد ناقش فيه المصنف من حيث الصغرى من أنه قد عرفت أنه غير ثابت للوكيل فى مجرد العقد ، و على تقديره فيمكن اسقاطه و اشتراط عدمه ، نعم لو كان العاقد و ليا بيده العوضان لم يتحقق الشرطان الا و لان أعنى عدم الاقباض و القبض و ليس ذلك من جهة اشتراط التعدد و لكن الظاهر المناقشة فى الكبرى أيضا بأنه لا دليل على كون خيار التأخير بعد خيار المجلس غاية الامر أن خيار المجلس فى الأغلب يبقى الى ساعة و ساعتين أو أقل أو أكثر و لا يبقى الى الثلاثة أيام حتى يجتمع مع خيار التأخير و لو بقى المجلس الى الثلاثة مع عدم تحقق القبض و الاقباض لكان خيار المجلس مجتمع مع خيار التأخير كما هو واضح .

قوله و منها أن لا يكون المبيع حيوانا أقول من جملة الشروط لثبوت خيار التأخير أن لا يكون المبيع جارية ، بل حيوانا مطلقا فان المحك عن الصدوق فى المقنع أنه اذا اشترى جارية فقال أحيئك بالثمن ، فان جاء بالثمن فيما بينه و بين شهر ، و الا فلا بيع و ظاهر المختلف نسبة الخلاف الى الصدوق فى مطلق الحيوان ، و لكن الظاهر أن الصدوق التزم بذلكفى خصوص لجارية فى انه ذكر فى الفقيه أن الخيار فى ما يفسده بيومه بعد يوم وفى غيره الى

ثلاثة أيام أن جاء بالثمن ما بين ذلك و الا فله الخيار تم ذكر خصوصاً لجارية و ذكر أن الخيار فيها بعد شهر و لم يذكر في الفقيه أيضاً الا ذلك فما حكى عن المختلف من نسبة ذلك الى الصدوق في مطلق الحيوان لا نفهم له وجهها .

و كيف كان فذهب المشهور الى عدم الاشتراط بذلك الشرط و خالف فيه الصدوق استناداً الى رواية على بن يقطين و قد أشكل على الرواية بوجهين :

الاول : من حيث السند فانه حكى عن العلامة في المختلف أن الرواية ضعيفة و لكن لا نفهم لضعف الرواية وجهها و قد اعترف باعتبارها صاحب الحدائق و صاحب الجواهر و قد عرفت أنه ذهب الصدوق (ره) الى ثبوت الخيار للبائع في الجارية بعد شهر، و قد ضعف العلامة عن هذه الرواية و لكن لا ندرى أن وجه تضعيف العلامة أي شيء فاننا روينا واحداً هما رواها الصدوق عن ابن فضال عن علي بن رباط عن زرارة أو عن رواه كما في الوسائل أو عن رواه كما في الوافي، و هذه الرواية على تقدير عدم الارسال فهي ضعيفة لعلي بن رباط و الرواية الثانية قد رواها في التهذيب، عن محمد بن أحمد عن يحيى عن أبي أسحق عن ابن أبي عمير عن محمد بن أبي حمزة عن علي بن يقطين فهذه الرواية معتبرة أما غير أبي اسحق فواضح، و أما أبي اسحق وهو أن كان مشتركاً بين اشخاص عديدة ضعاف و ثقاة، و لكن الأشهر هو ابراهيم بن هاشم على أنه ينقل عن ابن أبي عمير و ينقل عنه محمد بن احمد بن يحيى و غيرهم اكثرهم من اصحاب الصادق و الباقر (عليهم السلام) و من هو من اصحاب الهادي (ع) لم ينقل عنهم محمد بن احمد و أما ابراهيم بن مهزيار فلم ينقل عن ابن أبي عمير، على أنه أيضاً معتبر فراجع كتب الرجال .

الثاني : اعراض المشهور عن العمل بها فانهم لم يعملوا بها، بل لا

ينسب العمل بها إلا إلى الصدوق ولا شبهة إن اعراضهم عن العمل بالرواية يوجب وهنها ولعل مراد العلامة من الضعف هو ذلك فإنه لم يقيد الضعف بكونه في السند بل ذكر أن الرواية ضعيفة ولا شبهة أن اعراض المشهور عندهم يوجب الوهن فتكون الرواية ضعيفة بالعرض لا بالذات .

ويرد عليه أولاً الاشكال في الصغرى حيث لم يعلم اعراض المشهور عن هذه الرواية بل يحتمل أن يكون عدم علمهم بها من جهة أنهم حملوها على بعض الوجوه بأن تكون محمولة على صورة اشتراط المجيء بالثمن إلى شهر، إذ كلامنا في صورة عدم اقتباس المبيع كما تقدم وليس في هذه الرواية عدم اقتباس الجارية حتى لا يمكن رفع اليد من ظاهرها واذن فلا بأس من حملها على صورة اشتراط تأخير الثمن إلى شهر في ضمن العقد، والأفله الخيار أو يمكن أن يكون عدم علمهم بها من جهة حملها على استحباب الصبر بعد ثلاثة أيام إلى شهر وعلى هذا فلم يثبت اعراض المشهور عنها ليكون موجبا للضعف كما هو واضح .

وثانياً: الاشكال في الكبرى وهو أن اعراض المشهور عن الرواية لا يوجب وهنها كما أن علمهم بها لا يوجب الاعتبار، وقد تقدم ذلك مراراً وقد نقحناه في علم الأصول وعلى هذا فلا وجه لرفع اليد عن هذه الرواية وقد حملها المصنف على الوجهين المتقدمين ولكنهما بعيد خصوصاً الحمل على الاستحباب، فلا بدّح من العمل بها في خصوص الجارية كما عمل بها الصدوق (ره) فظاهرها ثبوت الخيار للبائع في بيع الجارية بعد شهر سواء اقتبسها من المشتري أم لا لا طلاقها ولا وجه لتقييدها بصورة الاقتباس .

وعلى الجملة فحيث أن النص وارد في خصوص الجارية فيكون أخص من الرواية المتقدمة فتكون مقيدة لها وقد يتوهم أن النسبة بينها وبين الروايات المتقدمة هي العموم من وجه حيث أن هذه الرواية أخص من حيث

الموضوع وهو الجارية و الروايات المتقدمة أعم من الجارية وغيرها وان هذه الرواية أعم من حيث اقباض المبيع و الروايات المتقدمة ناظرة الى خصوص اقباض المبيع و يقع التعارض في مورد الاجتماع و هو صورة الاقباض فان هذه الرواية تدل على ثبوت الخيار بعد الشهر و الروايات المتقدمة تدل على ثبوت الخيار بعد الثلاثة أيام، وحينئذ فيحكم بالتساقط، ولكن الظاهر ان هذا التوهم فاسد .

أولا : أن النسبة بينها و بين الروايات المتقدمة انما تلاحظ من حيث الموضوع و لا شبهة أن هذه الرواية أخص من حيث الموضوع من الروايات المتقدمة .

و ثانيا : على تقدير لحاظ النسبة بينهما من حيث الموضوع والحكم معا أنه لا يمكن الحكم بالتساقط في مادة الاجتماع اذ من البعيد جدا أن يكون الخيار في صورة الاقباض بعد شهر، و في صورة عدم الاقباض أن لا يكون للبايع خيار أصلا، و اذن فلا بدّ من ترجع هذه الرواية على فرض المعارضة و هذا واضح جدا .

ثم ان الظاهر من قولهم عليهم السلام فان جاء بالثمن ما بين ثلاثة أيام و الآله الخيار، أي للبايع أن مبدء الثلاثة من حين العقد و توهم أنه من حين التفرق بحيث تكون مدة الغيبة ثلاثة أيام خلاف الظاهر من الرواية .

في مسقطات خيار التأخير

مسئلة : يسقط هذا الخيار بأمر، أقول الاول اسقاطه بعد الثلاثة، و هذا لا شبهة فيه، بل لا خلاف فيه أيضا ان لا محذور فيه بوجه أصلا، و أما سقوطه بالاسقاط في الثلاثة فأشكل فيه المصنف من أن مدركه دليل نفي الضرر هو

حاصل بعد الثلاثة فلا سبب له قبلها و من أن العقد سبب الخيار فيكفي وجوده في اسقاطه بوجود المقتضى ، والامر أشكل فيما اذا اشترط سقوطه في ضمن العقد ووجه الأشكالية أن المقتضى الذي هو العقد كان موجودا في اسقاطه بعد العقد و قبل الثلاثة ولكنه منفي هنا لعدم تمامية العقد بعد كما هو المفروض و أيضا ذكر المصنف أن السقوط لعلة من جهة عموم أدلة الشروط و يشكل على عدم جواز اسقاطه في الثلاثة بناء على أن السبب في هذا الخيار ، هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد ، فان الشرط انما يسقط به ما يقبل الاسقاط بدون الشرط ، و لا يوجب شرعية سقوط ما لا يشرع اسقاطه بدون شرط و عليه فان كان هنا اجماع على السقوط بالشرط فهو و الا فلننظر فيه مجال واسع لعدم شمول أدلة الشروط لمثل هذا الشرط كما هو واضح .

و قد يقال بجواز شرط النتيجة بأن يشترط السقوط بعد الثلاثة .

و فيه ان كان المراد هو اشتراط السقوط بعد الثلاثة بلا سبب و هو بديهى البطلان اذ لا موجب لسقوطه بلا سبب .

و ان كان المراد من سقوطه بعدها بالاسقاط قبل الثلاثة بحيث ينشئ من الآن سقوطه بعد الثلاثة فيعود المحذور ، فانه من قبيل اسقاط من لم يجب .

أقول : قد ذكر المصنف في خيار المجلس جواز الاسقاط في مثل هذه الموارد من جهة وجود المقتضى و قد ذكرنا أن عدم جواز اسقاط ما لم يجب ليس مدلولا لدليل لفظى بل انما هو من جهة الاجماع على بطلان التعليق في العقود و الا فلا استحالة عقلية هنا ، بل لا يرى العقل محذورا في انشاء الطلاق قبل التزويج و انشاء البيع قبل الشراء ، و انما نحكم ببطلان أمثال ذلك من جهة الاجماع و لا شبهة أن جواز اسقاط ما لم يجب أمر معروف

بين الفقهاء فلا يكون داخلا في معقد الاجماع فيكون ذلك مشمولا لأدلة الشروط كما هو واضح .

وقد ذكر شيخنا الاستاذ أن للبايع حق المطالبة حتى في ضمن الثلاثة فله أن يسقط حق المطالبة ولا يكون الاسقاط حينئذ اسقاطا لما يجب و فيه أن هذا عجيب من شيخنا الاستاذ حيث ان حق المطالبة أمر اجنبي عن الخيار، ولا شبهة في ثبوت ذلك، الحق في زمان الخيار وقبله و بعده فاسقاط أحدهما غير مربوط باسقاط الآخر كما هو واضح على أن حق المطالبة من الاحكام فلا يقبل الاسقاط .

الثاني : اشتراط سقوطه في متن العقد حكى عن الدروس و جامع المقاصد وتعليق الارشاد و لعله لعموم ادلة الشروط قد مرّ جواب عن ذلك الثالث : من المسقطات بذل المشتري للثمن وقد ذكره العلامة في التذكرة استصحابا لوجوده و ذكر المصنف أن هذا حس لو استند في الخيار الى الاخبار و اما اذا استند الى قاعدة الضرر فان الضرر الوارد على البيع يتدارك ببذل الثمن فلا يبقى مجال للخيار ليتدارك به الضرر ثم ذكر أنه لا يبعد دعوى انصراف الأخبار الى صورة التضضر أيضا ، وعليه فما ذكره في التذكرة متين جدا .

أقول : أما الوجه الاول فهو متين فانه بناء على كون مدرك خيار التأخير هو قاعدة نفي الضرر فلا شبهة في أنه يرتفع بأداء الثمن، ولكن قد عرفت سابقا أن مدركه ليس دليل نفي الضرر، و الا لأمكن رفعه بغير الخيار أيضا و أما الوجه الثالث و هو صورة بذل المشتري فلا وجه له لأن مقتضى الأخبار أنه اذا جاء بالثمن ما بين الثلاثة و الا فله الخيار و هو مطلق بالنسبة الى صورة بذل الثمن وغيرها و دعوى الانصراف الى صورة عدم بذل الثمن بلا وجه .

قوله الرابع : أخذ الثمن من المشتري .

أقول : بناء على سقوط الخيار ببذل الثمن فلا موضوع لهذا البحث حيث انه بمجرد البذل يسقط الخيار فلا تصل النوبة الى الأخذ كما هو واضح .

و أما بناء على عدم سقوطه بالبذل فهل يسقط ذلك بالأخذ أم لا فنقول انه بناء على السقوط وكون الاخذ موجبا له وكاشفا عنه ، فليس ذلك أمرا مستقلا ، بل مرجعه الى المسقط الاول و هو الاسقاط فانه أعم من الاسقاط الفعلي أو القولي كما هو واضح .

نعم ينبغي ان يبحث بعنوان التنبيه بانه هل يشترط افادة العلم بكون الاخذ لأجل الالتزام بالبيع أو يكفي الظن بذلك و أن الباع راضى به فانه أمانة عرفية على الالتزام كالقول أو لا يعتبر الظن أيضا في ذلك وجوه فذكر المصنف أن خيرها أوسطها لكن الاقوى الأخير و لكن لم نفهم معنى هذه العبارة فان الخير ما كان أقوى و بالعكس فلا معنى لكون الوسط خيرا و الاقوى هو الأخير و كيف كان قد ذكرنا في خيار الحيوان أن اقوى الوجوه هو العلم بالرضا و الاّ فلا موجب لسقوط أما الوجه الاوسط أعنى اعتبار الظن على كون الأخذ كاشفا عن الرضا ، فلا دليل عليه ، لان الظن لا يغنى من الحق شيئا و أما الوجه الأخير و هو الاكتفاء بمطلق الأخذ و كونه كاشفا عن الرضا بالعقد فايضا لا دليل عليه ، فانه يمكن أن لا يكون الاخذ بعنوان الثمنية كما اذا كان ذلك عن غفلة و جهل ، فانه لا كاشفية له حينئذ عن الرضا بالعقد ، بل مع العلم بكونه بعنوان الثمنية ايضا فان الثمن مال للبايع فيمكن أن يأخذه و مع ذلك يبقى خياره على حاله و لا يكون الأخذ بعنوان الرضا بالعقد و يأخذ الثمن و يتصرف فيه تصرفا لا يوجب السقوط ثم يفسخ بل يجوز ذلك مع التصريح بأن الأخذ ليس بعنوان الرضا بالعقد .

وبعبارة اخرى أن الكاشفية النوعية انما هى فى باب حجية الظواهر حيث ان الالفاظ تدل على المعانى التى وضعت عليها الألفاظ بحسب الكاشفية النوعية العقلائية و ظاهرة فى ذلك لان جهة التعيد بيناء العقلاء بل من جهة تعهد الواضح على أنه متى أطلق اللفظ الفلانى فقد أراد المعنى الفلانى ويكون ذلك التعهد سببا لكون الظواهر كواشف عن المداليل و كونها مرادة للمتكلم و أما فى المقام فلم يتعهد البايع بأنى متى أخذ الثمن فرضيت بالمعاملة ليكون الأخذ كاشفا نوعيا عن الرضا بالعقد كما هو واضح ، و عليه فلا كاشفية للأخذ عن ذلك ، و اذا فلا بدّ من الاقتصار بالعلم أو الظن الاطمئنائين بأن تقوم القرينة على الكاشفية وحصل القطع فلا أقل من الاطمئنان على ذلك الذى هو حجة عقلائية و من هنا ظهر أن مطالبة البايع الثمن أيضا يكشف عن رضائه بالعقد فان المطالبة أعم من الاخذ وقد ذكرنا أن الأخذ أعم من الرضا بالعقد و عدمه فكيف تكون المطالبة كاشفة عن الرضا كما هو واضح ، نعم قد ذكرنا فى خيار الحيوان سقوط الخيار بمثل اللبس والتقبيل و ركوب الدابة و لكن ذلك من جهة النص الخاص لامن جهة كاشفية أى تصرف من الرضا بالعقد كما هو واضح ، بل من جهة النص الخاص الوارد فى خيار الحيوان .

مسئلة فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى ، أقول وقع الكلام

فى أن خيار التأخير فورى أم لا ، تحقيق الكلام هنا فى مقامين :-

الاول : بحسب الأصول العملية .

و الثانى : من حيث الروايات .

أما الاول : فقد استوفينا الكلام فيه فى خيار الغبن و قلنا ان الاستصحاب اى استصحاب الخيار لا يجرى فى المقام ، بل لا بدّ من التمسك بالعموم و عليه فلا بدّ من الاقتصار بالمتيقن ففى الزائد عن ذلك نرجع الى

العمومات الدالة على لزوم البيع ولا يضر عدم امكان التمسك بأوفوا بالعقود فيرجع الى الأدلة الاخرى مما دل على حرمة التصرف فى مال الغير بدون اذنه و حرمة تملكه الا بالتجاره عن تراض و من الواضح أن الفسخ فى الآن الثانى الذى نشك فى ثبوت الخيار اكل لمال الغير بدون اذنه فلا يكون مؤثرا فراجع الى خيار الغبن ، فقد تقدم تفصيل الكلام هناك .

و بعبارة أخرى أنه و ان لم يجز التمسك بعموم أوفوا بالعقود على ما تقدم فى خيار الغبن من الانحلال و عدمه فراجع الا أن فى العمومات الاخر الدالة على اللزوم غنى و كفاية فينقطع التمسك بالاستصحاب أى استحباب حكم الخيار فالنتيجة هى فورية الخيار و على القول بكون دليل الخيار هو نفي الضرر فكون الخيار فوريا أوضح لان دفاع الضرر به .

و أما المقام الثانى : فالروايات الواردة فى المقام بناء على دلالتها على ثبوت خيار التأخير بعد الثلاثة أيام لا على البطلان مطلقة بالنسبة الى الآن الاول و الآن الثانى ، فمقتضى التمسك بها هو ثبوت الخيار للبايع على وجه الاطلاق بعد الثلاثة و على القول بفورية الخيار فى خيار الغبن كما هو كذلك ، فلا بدّ من الالتزام بعدم الفورية فى المقام لخصوص هذه الروايات فتكون مخصصة للعمومات ، كما لا يخفى و كأن هذا العقد يصير جائزا بالعرض بعد الثلاثة غاية الامر أن الجواز فى الهبة حكمى وفى المقام حقى فللبايع اسقاط حقه أى خياره و نعم ما ذكره المصنف من هذه الرواية بعد عدم امكان نفي الحقيقة فيها ناظرة الى نفي اللزوم الى الابد و لا يرد عليه ما ذكره الاستاذ من الالتزام بأعمال النص فان ذلك خلاف الظاهر من الرواية .

قوله مسألة : لو تلف المبيع بعد الثلاثة كان من البايع ، أقول : ذهب الفقهاء الى أن التلف قبل القبض من مال البايع و انما الكلام من مدرك

هذا الحكم و يقع الكلام فى مقامين :

الاول : أن يكون التلف بعد الثلاثة .

الثانى : أن يكون ذلك قبل الثلاثة .

أما الاول : فقد استدل بوجوه : -

الاول : الاجماع و فيه أنه على تقدير تحققه فالمظنون أن مدركه النبوى

الذى سذكروه ، فلا يكون اجماع تعبدى .

الثانى : النبوى المعروف كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و

فيه أن هذا النبوى و ان كان مشهورا و لكنه لم يذكر الا فى كتب العامة و

عليه فلا يمكن الالتزام بانجبار ضعفه صغرى و كبرى أما من حيث الصغرى

فلأنه لم يذكر فى كتب الأصحاب بعنوان الاستدلال به على ذلك اذ لم يكن

لهم كتاب استدلال حتى يستدلوا فيه به و انما ذكروا فتاواهم بغير تعليل

و عليه فلا ندرى أن استنادهم بذلك حتى يوجب ذلك انجبار ضعف النبوى

و أما من حيث الكبرى فقد عرفت مرارا أن عمل المشهور لا يوجب الانجبار

لضعف الرواية كما لا يوجب اعراضهم و هن الرواية الصحيحة .

الثالث : رواية عقبة بن خالد (١) فى رجل اشترى متاعا من رجل وأوجبه

غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه ، قال : آتاك غدا انشاء الله ، فسرق

المتاع من مال من يكون ، قال : من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى

يفيض المتاع و يخرج من بيته ، فاذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه

حتى يردّ ماله اليه .

و فيه أن هذه الرواية لا يكون دليلا لهذا الحكم لانها ضعيفة السند

ولا يكون منجبرا بعمل المشهور أيضا حتى بناء على تسليم ذلك الكبرى فانه

لم يعمل احد بمضمونها فانها تدل على كون الضمان على البايع مالم يقبض خارجا و لم يخرج عن بيته و من واضح أن الاكثر التزم بكفاية التخلية بين المشتري والمبيع فى القبض ولا يجب الاقباض الخارجى ، أما الاخراج من البيت فلم يقل به أحد و كونه معتبرا فى القبض على خلاف الضرورة بل يمكن أن يقبض المشتري المال و يجعل عند البايع أمانة كما هو واضح .

و على الجملة فلا دليل على أن التلف مبيع قبل القبض من مال البايع نعم يمكن الالتزام بذلك بحسب الارتكاز العقلاى فان بناء العقلاء على أن التلف قبل القبض يحسب على البايع ان الأخذ والاعطاء من متمات البيع و عليه فمع تلف المبيع لا يبقى مجال للبيع بل يفسخ من أصله ان البيع مبادلة مال بمال فمع تلف المبيع أى شىء يعطى البايع للمشتري ومع انتفاء القبض فلا اعطاء حتى يطالب بدله أى الثمن والظاهر أنه لم يلتزم أحد بأنه اذا باع أحد عباءة من شخص و تلفت بعد ساعة و قبل القبض أن له حق مطالبة الثمن عن المشتري مع أنه لا يعطى شيئا ، ففى الحقيقة أن البيع انما هو مشروط بشرط متأخر و هو اعطاء المبيع و اقباضه أو أنه موقت أى يحكم بصحته مادام المبيع لم يتلف قبل القبض و اذا تلف فدركه على البايع وكيف كان فلا ثمة فى بيان ان ما نحن فيه من قبيل المشروط بالشروط المتأخر أو من قبيل كون البيع موقتا و معنى كون ضمانه عليه أنه يفسخ العقد به لا أنه يجب على البايع اعطاء بدله كما هو كذلك فى العاصب و هذا الذى ذكرناه غير مربوط بصورة عدم تسليم المبيع قهرا على المشتري و غصبا عليه فانه يجبر على الاقباض ولا يحكم بالانفساخ بذلك بل ما ذكرناه فى فرض عدم التمكن من التسليم تكويننا كما فى صورة التلف .

و كيف كان أن معنى البيع هو الأخذ والاعطاء و مع تلف المبيع قبل تسليمه الى المشتري يوجب انعدام مفهوم البيع و يكون ضمانه على البايع و

ان كان المال من المشتري و لكن ضمانه بحسب الارتكاز على البايع فانه مشاهد صدق على انفساخ البيع .

لا يتوهم أنه اذا انفسخ البيع كان التلف في ملك البايع فلا يكون تخصيصا لقاعدة الخراج بالضمان بل تخصصا .

فانه يقال : انه انما يدخل في ملكه في آن قبل التلف و التخصيص باعتبار أنه لو كان له نماء في آن قبل التلف لكان للمشتري دون البايع فافهم و الذي يمكن أن ينافي هذه القاعدة الارتكازية أمران :-

الاول : قاعدة الخراج مع الضمان فانها و ان ذكرت في روايات العامة و التزم بها ابو حنيفة و لكنها قاعدة مسلّمة و ليست مختصة بالعامه بل هي أيضا قاعدة ارتكازية فان العقلاء حاكمون على أن ضمان المال لمن كانت المنافع له و حيث ان المنافع للمالك فيكون ضمانه أيضا عليه بل ذكرت هذه القاعدة في بعض الروايات أيضا ، حيث تقدم في خيار الحيوان في بعض الروايات أنه سأل السائل عن التلف بانه ممن يكون قال الامام عليه السلام الله أرأيت أنه اذ كان له نماء فهو لمن قال للمالك ، فقال عليه السلام الله ف ضمانه أيضا له على ما هو مضمون ، الرواية و على هذه القاعدة فلا بدّ و ان يكون التلف من المشتري لكونه مالكا و منفعة المال على تقدير وجودها له فيكون ضمانه أيضا عليه .

الثاني : القاعدة المعروفة أن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له فانه لا شبهة أن الخيار بعد الثلاثة للبائع فمقتضى هذه القاعدة أن يكون التلف من المشتري لعدم وجود الخيار .

و على الجملة مقتضى هاتين القاعدتين أن التلف انما يكون من المشتري فتكون ان متنافيتين لمقتضى القاعدة المتقدمة من أن التلف من البايع .
أما القاعدة الاولى : فهي أعم من تلك القاعدة الارتكازية لانها واردة

فى مورد ها حيث ان مقتضى الارتكاز على كون التلف و الضمان ممن له المنافع الا أنه ثبت الارتكاز العقلاى فى موارد البيع على كون التلف قبل القبض من البايع و ان كان المال لشخص آخر فتكون هذه القاعدة الارتكازيه مانعة عن تحقق تلك القاعدة فى جميع الموارد ، بل تكون لأعتميتها مخصصة بذلك كما هو واضح .

و بعبارة أخرى أن قاعدة الخراج بالضمان مقتضى لكون التلف من المالك و قاعدة كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال البايع مانع عن كون الضمان للمالك فلا منافات بين المقتضى و المانع و لا بعد فى كون ضمان مال أحد على شخص آخر كما فى الغاصب فانه اذا غصب مال شخص فتلف عنده فان ضمانه على الغاصب .

نعم الضمان فى باب الغصب انما هو بالمثل أو القيمة فانه اذا تلف المال تحت يد الغاصب فيكون ضامنا ببدله فيجب عليه اما أداء المثل أو القيمة .

و أما الضمان هنا انما هو كون المبيع تالفا من كيس البايع بحيث لا يجوز له مطالبة الثمن من المشتري فيحكم حينئذ بانفساخ العقد لأنه يجب عليه أن يعطى بدل المبيع كما هو واضح .

و أما القاعدة الثانية أعنى الحكم بكون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له ، فلا دليل عليها حتى بمثل النبوى و نحوه ، فان قاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البايع قد ذكر لها دليل من النبوى و نحوه و لكن هذه القاعدة لا دليل عليها أصلا غير أنها مورد التسالها لاجماع نعم ثبت ذلك فى خيار المجلس و الحيوان و الشرط و أما فى غيرها فلا دليل عليه فيحكم بعدم ذلك فضلا عن يكون منافيا لما ذكرناه من الارتكاز ، و فى الموارد التى ثبت ذلك يكون تخصيصا لما ذكرناه .

و حاصل الكلام أن التلف قد يكون بعد الثلاثة وقد يكون قبل الثلاثة أما اذا كان بعد الثلاثة فهو من مال البايع لا من جهة الرواية كما تقدم بل من جهة القاعدة العرفية الارتكازية على أن التلف قبل القبض من مال البايع فان حقيقة البيع قائمة بالاخذ والاعطاء ومن الواضح أنه اذا تلف المبيع تنعدم تلك الحقيقة وتهدم ولا يبقى ذلك المفهزم لعدم بقاء الأخذ والاعطاء حينئذ ولا ينافى ذلك الا أمران ، أحدهما دعوى الملازمة بين كون منفعة الملك لمالكه وبين كون دركه عليه المعبر عنها بقاعدة الخراج بالضمان وقد ثبت هذه القاعدة بالنص والاجماع عندنا وكذلك عند العامة وكذلك حكم بها العرف أيضا .

الثانى : قاعدة ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له أما القاعدة الاولى فلا تنافى لما ذكرناه من القاعدة على كون الضمان قبل القبض على البايع لأن ما ذكرناه وارد فى مورد تلك القاعدة و مانع عنها فتكون مخصصة لها باعتبار أنه لو كان لهذا المال نماء قبل أن التلف كان للمشتري وكان لازم ذلك أن يكون دركه أيضا عليه لكونه مالكا و لكن الارتكاز خصصها وأثبت الضمان للبايع وحينئذ لا يكون الارتكاز من العقلاء على كون الضمان للمشتري المالك لكون الارتكاز الثانى الذى ذكرنا على كون الضمان للبايع مانعا عنه و قرينة على عدمه هنا .

و أما قاعدة كون التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له فلا دليل عليه حتى يتمسك باطلاقه فى جميع الموارد ، بل انما ثبت فى خيار الحيوان و الشرط والحق بهما خيار المجلس و أما فى غير هذه الموارد فلا ، كما هو واضح .

و أما اذا كان التلف فى ضمن الثلاثة وقبل القبض ، فالمنسوب الى المفيد و السيدين هو كونه من المشتري و لكن الظاهر أنه أيضا من البايع

بل كونه من البايح هنا أولى من كونه له فيما اذا كان التلف بعد الثلاثة و قبل القبض فانه يمكن ان يقال فيما اذا كان بعد الثلاثة وقبل القبض ان التلف من المشتري و لوبوجه غير وجيه بان يقال أن التلف بعد الثلاثة انما هو في زمن الخيار والتلف في زمن الخيار ممن لا خيار له و اذا تعارض في مورد مع القاعدة الارتكازية بان التلف قبل القبض من مال البايح تعارض العموم والخصوص من وجه حكم بالتساقط فيرجع الى القاعدة الاولى من أن تلف كل مال على مالكة .

و على الجملة أن كون التلف من المشتري بعد الثلاثة و قبل القبض له وجه وان كان هذا الوجه غير تمام لعدم الدليل على كون التلف في زمن الخيار من البايح ولكن لا وجه لكون التلف هنا من المشتري أصلا اذ ليس هنا زمان خيار ليتحمل كون التلف من المشتري من جهة عدم ثبوت الخيار هنا للبايح ، لان البيع هنا لازم على الفرض و القاعدة المسلمة ان التلف قبل القبض من البايح لا دافع عنها و توهم أن المالك للمبيع هو المشتري فمقتضى الملازمة بين النماء و الدرك هو كون التلف من المشتري قبل الثلاثة و لكن قد عرفت فيما سبق أن قاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه واردة في تلك القاعدة فلا بدّ من كون الدرك على البايح لكون التلف قبل القبض .

و على الجملة لا نعرف وجهها اصلا لكون التلف قبل الثلاثة و قبل القبض من المشتري و ما نسب الى المفيد و السيد ان لم نحققه و لعل النسبة غير صحيحة و على تقدير الصحة لعلها ناشئة من غلط النسخة و الا فلا يحتمل أن يقول مثل المفيد و السيدان ، يكون التلف من المشتري مع كون القاعدة المسلمة و هي ان التلف قبل القبض من مال البايح على أنه لو كان نظرهم في كون التلف قبل الثلاثة من البايح على قاعدة الخراج بالضمان فلماذا لم

يلتزموا بذلك بعد الثلاثة بل كان الالتزام به هناك اولى .

ثم ان للشيخ الطوسى هنا عبارة قد تعرض بها المصنف و لا بأس بالتعرض لها و توجيهها على نحو يليق بمقام الشيخ حكى العلامة فى المختلف عن الشيخ أنه قال فى النهاية : اذا باع الانسان شيئاً ولم يقبض المتاع و لا قبض الثمن و مضى المتاع فان العقد موقوف ثلاثة أيام فان جاء المتاع فى مدة ثلاثة أيام كان المبيع له ، و ان مضت ثلاثة ايام كان البايع اولى بالمتاع فان هلك المتاع فى هذه الثلاثة ايام و لم يكن قبضه اياه كان من مال البايع دون المتاع و ان كان قبضه اياه ثم هلك فى مدة الثلاثة أيام كان من مال المتاع و ان هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البايع على كل حال ، لان الخيار له بعدها ، انتهى المحكى فى المختلف .

وقد وقع الكلام فى كلام الشيخ و أن هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البايع على كل حال ، فانه كالصريح فى شموله لما بعد القبض أيضا مع أنه اذا كان القبض متحققا لا يكون التلف من البايع و لذا تنظر العلامة فى ذلك بعد ما نقلها فى المختلف و قال : و فيه نظر ان مع القبض يلزم البيع و ذكر صاحب الحدائق أن مراد الشيخ من هذه العبارة هو صورة الخيار و ان كانت عبارته غير ظاهرة فيه ، و كثيرا غير الشيخ بعبارة ظاهرة فى غير مراده و تعميم العلامة الى صورة اللزوم أيضا بلا وجه و اختار المصنف أيضا هذا الوجه و ذكر أن العلامة جعل الفقرة الثالثة و هى قوله و ان هلك بعد الثلاثة أيام الخ ، مقابلة للفقرتين فيشمل الحكم ما بعد القبض أيضا خصوصا مع قوله على كل حال لكن التعميم مع أنه خلاف الاجماع مناف لتعليل الحكم بعد ذلك بقوله لأن الخيار له بعد الثلاثة أيام فان من المعلوم أن الخيار انما يكون له مع عدم القبض فيدل ذلك على أن الحكم المعلل مفروض فيما قبل القبض فلا يشمل لما بعد القبض كما زعمه العلامة .

و الظاهر أن عبارة الشيخ و نظر العلامة و اشكال صاحب الحدائق و المصنف على العلامة و توجيههما عبارة الشيخ لا يظهر لنا وجه ذلك كله فان التعليل الذى ذكره الشيخ بقوله لان الخيار له بعد قوله كان من البايع على كل حال صريح فى أن البايع له الخيار كما ذكره المصنف و أخذه قربة (قرينة) على عدم ارادة الشيخ صورة اللزوم و بذلك أشكل على العلامة و ح فمقتضى ذلك التعليل أن يكون التلف من المشتري لأنه ممن لا خيار له و كأن المصنف و صاحب الحدائق غفلا من هذه الجهة و أن مقتضى كون الخيار للبايع هو كون الضمان على المشتري .

و على الجملة انا و ان قلنا ان قاعدة التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له لا دليل عليها و لكن الشيخ و غيره تسلموا ذلك و علل كلامه بها و عليه فمقتضى هذا التعليل أن يكون التلف على البايع فلا يمكن تصديق كلام صاحب الحدائق و المصنف و لا كلام العلامة أيضا فان قول الشيخ على كل حال و ان كان كالصريح فى شمول الحكم لصورة اللزوم أيضا و لكن تعليله كالصريح أيضا فى عدم ارادة صورة اللزوم كما لا يخفى و يمكن أن يوجه كلام الشيخ بأن النسخة فيه غلط و انما أبدلت كلمة المبتاع الذى هو المشتري بكلمة البايع اشتباها و قد استعملت كلمة المبتاع فى كلامه فى المشتري كثيرا و تعليله كون التلف من المشتري على كل حال من جهة أن القبض بعد الثلاثة و القبض بعد الثلاثة لا يوجب سقوط خيار البايع و ح فيكون التلف فى زمان خيار البايع و التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له فكأن الشيخ تعمل بهذه القاعدة أو أن غرضه من التعليل هو التعليل على أحد طرفى الحكم و هو صورة عدم القبض و أما صورة القبض فحكمها واضح من جهة أن التلف بعد القبض من مال المشتري و هذا الثانى البصق بكلام الشيخ فانه بعد ما قسم التلف قبل الثلاثة الى قسمين أن يكون قبل القبض أو بعده و حكم على كل

واحد بحكم ثم تعرض لحكم التلف بعد الثلاثة فسياق الكلام يقتضى ثم لو
مكن البايع المشتري من القبض فلم يقبض المشتري المبيع و لم يتسلمه تم تلف
عند البايع فهل يكون ضمانه على البايع أو على المشتري؟ فذكر المصنف أنه
لو كان الضمان المترتب على عدم القبض مرتفعاً بهذا المقدار من القبض أى
التخلية بين المبيع والمشتري كان الضمان على المشتري و الا كان الضمان
على البايع ثم ذكر أن ارتفاع الضمان بذلك هو الأقوى .

والذى ينبغى أن يقال انه ان كان مدرك القول بان التلف قبل القبض
من مال البايع هو النبوى أو رواية عقبة بن خالد (١) فلا شبهة فى كون التلف
من البايع فان معنى القبض المذكور فيهما هو الاخذ الخارجى ولا يصدق
ذلك على مجرد التخلية بين المالك والمال، بل اعتبر فى رواية عقبة بن
خالد أن يخرج البايع المتاع من بيته و الا فيكون ضمانه عليه، ولكن قد عرفت
أن كلتا الروايتين ضعيفتا السند و غير منجبرة بشىء خصوصاً الرواية الثانية
لعدم عمل أحد على مضمونها كما لا يخفى و ان كان مدرك الحكم المذكور
هو الارتكاز العرفى و بناء العقلاء، ولا شبهة فى حصول القبض بمجرد
التخلية و تمكين المشتري من القبض فانه لا يشك أحد فى أنه اذا باع أحد
متاعاً و مكن المشتري من القبض فلم يقبض حتى تلف يكون التلف من المشتري
مثلاً، اذا اشترى أحد شيئاً و قال البايع خذ متاعك و قال المشتري ببقى
عندك أجيئك بعد ساعة فمضى المشتري و احترق المتاع و هل يتوهم أن
ضمان فى مثل ذلك على البايع وعلى هذا فما ذكره المصنف هو الأقوى على
أنه ليس من المتعارف فى التحارج اقباض المبيع من المشتري خارجاً .
قوله مسألة : لو اشترى ما يفسد من يومه فان جاء بالثمن ما بينه وبين

اللَّيْل والّا فلا يبيع له ، أقول : ذهب المشهور الى أنه لو اشترى أحد متاعا يفسد من يومه و لم يقبضه و لم يقبض الثمن ، فان جاء الثمن ما بين الثلاثة والّا فلا يبيع له و للبايع الخيار ، و تحقيق في مدرك ذلك فقد استدل عليه بمرسلة محمد بن أبي حمزة (١) و هي من حيث السند مرسله و لكن الظاهر أن المشهور استندوا اليها في فتياهم بكون البايع على خيار في هذه المسئلة و عليه فلا تجرى فيها المناقشة الضرورية من احتمال استنادهم الى غيرها نعم يبقى الاشكال فيها من حيث الكبرى حيث قلنا ان الشهرة لا توجب جبر ضعف الرواية كما لا يخفى .

ثم أن في الوسائل نقل عن الصدوق عن ابن فضال عن الحسن بن علي بن رباط عن زرارة (٢) قال : العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الى الليل و يقع الكلام تارة من حيث السند و أخرى من حيث الدلالة أما من حيث السند ، أن السند الذي نقل صاحب الوسائل هذه الجملة و نسب روايتها الى الصدوق و ان كان لا بأس به و لكن الاشكال فيمن جهتين ، الاولى : أن الصدوق نقل في الفقيه ما دل على ثبوت الخيار في الحيوان للمشتري الى ثلاثة أيام ، و كون الحدث للبايع ثم ألحق بذلك قوله و من اشترى جارية ، و قال للبايع أجيئك بالثمن ، فان جاء فيما بينه و بين شهر و الّا فلا يبيع ، ثم قال : و العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الى الليل .

و الذي نظن ظنا اطمئنانيا أن الصدوق نقل الرواية الدالة على كون الحدث في الحيوان للبايع الى الثلاثة و اراد أن يجمع ما يشبهه فألحق

(١) وسائل—ج ١٢ ، ص ٣٥٨ ، باب ١١ ، حديث ١٠

(٢) وسائل—ج ١٢ ، ص ٣٥٩ ، حديث ٢٠

به مضمون رواية على بن يقطين (١) الدالة على ثبوت خيار تأخير الثمن فى الجارية بعد شهر، وألحق به مضمون مرسله محمد بن أبى حمزة الدالة على ثبوت الخيار للبايع فيما يفسده بيومه اذ ن فتكون الرواية هنا مختصة بمرسله ابن أبى حمزة، وقد افتى الصدوق بطبقها فى ذيل الرواية الدالة على ثبوت خيار الحيوان للمشتري كما هو دأبه كثيرا بعد نقل الروايات فانه ألحق بها مضمون رواية أخرى مسامح لها و يؤيد ذلك أن الرواية قد نقلها الشيخ فى التذهيّب بالسند الذى نقلها الصدوق، و ليست مذيلته بهاتين الجملتين، على أن سوق العبارة يقتضى أن لا يكون الجملتان من الرواية و لا يشبه كلام الامام عليه السلام اللّٰه كما يقتضيه الذوق السليم، فالحاصل ان الذيل من كلام الصدوق كما عليه الاكثر كصاحب الحدائق وغيره و مع الغرض عن حصول الظن الاطمينانى بذلك فلا أقل من الشك فما يشك كونه جزا لا تشملها دالة حجية الخبر، بل لا بدّ من احرازه كما لا يخفى و مع الاغماض عن جميع ذلك فالرواية ليست منقولة عن زرارة، بل أيضا مرسله كمرسله ابن ابى حمزة فان الحسن بن على بن رباط ينقل عن رواه لا عن زرارة و انما كتب لفظ زرارة و عن رواه كليهما فى نسخة الوسائل، و الظاهر أنه اشتباه من الناسخ لا اشتباه عن رواه بزرارة و الا فهى مرسله كما فى حدائق و الوافى و غيرهما و أما من حيث الدلالة فمع الاغماض عن ضعف سندها فلا دالة فيها على المقصود حيث ان المراد من كون العهدة على البايع الى الليل ليس هو ثبوت الخيار له فى أول الليل، بل معناه أن الضمان له الى الليل و بعده ليس عليه ضمان و ان كان تلقا قبل القبض، فان الظهور العرفى من كلمة العهدة هو الضمان كما يطلق عليه كثيرا فى العرف.

و أما مرسله محمد بن ابي حمزة فمن حيث السند قد تقدم الكلام فيها
و قلنا ان الظاهر ان المدرك هنا منحصر بها فيكون ذهاب المشهور الى
ذلك نفس هذه المرسله فبناءً على انجبار ضعف الرواية بالشهرة فتكون
منجبرة بها ، و انما الاشكال في الكبرى .

و أما من حيث الدلالة فدلالتهما على المقصود يحتاج الى تأويل اجمالاً
و ان كان لا بأس به .

و توضيح ذلك أن ظاهر المشهور أن ما يفسد من يومه فللبايع فيه
الخيار من أول الليل كما هو المستفاد من ظاهر النص أيضاً وعليه فإفادة
لثبوت الخيار للبايع فإن أول الليل أول شروع المبيع بالفساد فبعد شروع
بالفساد فأى فائدة للخيار فإنه مع فسخ العقد أيضاً يقع البايع في الضرر
نعم لو كان مراد الفقهاء ما ذكره الشهيد كما هو المضمون فإنه لسان
الفقهاء و يطلع على مرادهم وان كان كلامهم مجملاً فلا اضطراب في كلمات
الفقهاء فإنه عبر عن هذا الخيار في الدروس بخيار ما يفسده المبيع وعليه
فأول الليل ليس زمان الشروع بالفساد لأن المبيع هو المفسد للمبيع فيكون
الخيار في أول الليل دافعاً لضرر البايع و أما تطبيق الرواية على هذا فيمكن
أن يراد من اليوم ، اليوم مع ليلة ، كما هو المتعارف في الاطلاقات كثيراً و
على هذا فلا فساد في استناد المشهور في فتياهم على المرسله فلا بأس
بهذا المقدار من خلاف الظاهر ، و لكن الذي يسهل الخطيب أن الشهرة
لا تجبر ضعف الرواية اذن فلا مدرك للقول بثبوت الخيار هنا .

ثم انه قد استدل المصنف على ثبوت الخيار هنا للبايع بقاعدة لا ضرر
و قد تقدم الجواب عنها فإنه لم ينشأ الضرر من ناحية لزوم العقد بوجهل .
اما من جهة ضمان البايع به فإنه التلف قبل القبض من مال البائع
فيرفع ضمانه و ان كان من جهة لزوم حفظه للمشتري فيرفع وجوب ذلك .

و اما من جهة تأخير الثمن فيرتفع الضرر بغير الفسخ من المقاصد ونحوها
وكيف كان فدفع الضرر عن البايع ليس منحصراف بفسخ العقد حتى يلتزم
بالخيار بدليل نفي الضرر كما هو واضح .

ثم ان الشروط التي ذكرناها فى خيار التأخير جار هنا بناء على ثبوت
الخيار هنا للبايع فان هذا أيضا قسم من خيار التأخير .

ثم هل يضمن البايع المبيع لو تلف عنده و لم يجبيء المشتري بالثمن أم
لا؟ قد تقدم فى خيار التأخير، أن التلف سوا كان قبل الثلاثة أو بعده
على البايع اذا كان قبل القبض للارتكاز العقلائي و لكن هذا الارتكاز منفي
فى المقام فانه لا يساعد أحد على أنه اذا اشترى أحد متاعا يفسد من يومه
و خلى عند البايع و تلف عنده كان البايع ضامنا لو ادعى أحد ضمانه على
البايع يضحك عليه .

و بعبارة أخرى أن ما ذكرناه سابقا لم يكن التلف فيه مستندا الى عدم
مجبيء المشتري، وفى المقام ان التلف مستندا الى عدم مجبيئه لأن المبيع
لا دوام للبقاء فيتلف من جهة تأخيره و الحكم أوقع فيما اذا كان المتاع يفسد
من ساعته كالثلج و نحوه، وفى جميع ذلك أن التلف عن المشتري و من هنا
يعلم أن الحكم فى أمثال المقام لا يحتاج الى الرواية، بل هو على طبق
القاعدة من كون التلف عن المالك كما هو واضح .

و الحاصل: ان كان مدركه هو مرسله ابن ابى حمزة فهى من حيث
الدلالة و ان كانت تامة لأن المراد من اليوم المذكور فيها هو اليوم و ليله
فلا يرد عليها أنها لا تنطبق على فتوى المشهور، ولكن الضعف السند مانع
عن الأخذ بها الا بناء على انجبار ضعف الرواية بالشهرة .

و ان كان المدرك لذلك هو قاعدة نفي الضرر فقد عرفت أن ارتفاعه لا
يتوقف على ثبوت الخيار للبايع على أن النسبة بين ما ذكره المشهور من ثبوت

الخيار للبايع من أول الليل و بين مفاد لا ضرر عموم من وجه فانه قد يكون الضرر قبل انتهاء اليوم و قد يكون فى وسط الليل ، و قد يكون أول الليل فاذن فلا تنطبق القاعدة على فتوى المشهور .

و قلنا : ان الذى ينبغى أن يقال أن السيرة قائمة على أن التلف قبل القبض من مال البايع كما تقدم لأن الأخذ و الاعطاء من متمات البيع و مع الانتفاء ينتفى البيع ، و قد عرفت ذلك آنفا و لكن هذه السيرة غير جارية فى بيع ما يفسد ليومه ، و ذلك لأن ما ذكرنا انما هو فى مورد يكون التلف سماويا و لم يكن مستندا الى تأخير المشتري فى الاتيان بالثمن ، بأن اشترى متاعا يفسد ليومه و تأخر فى اتيان الثمن حتى تلف المبيع ، فانه حينئذ يحسب التلف على المشتري و ان كان قبل القبض فان البايع لم يمنع عن التسليم من قبله ، بل مكنه من الأخذ و تركه المشتري عند البايع ليحجىء بالثمن فلم يحجىء تلف المبيع لتأخيره و عليه فلا يختص الحكم بما يفسد ليومه ، بل يجرى فيما يفسد من ساعته أو نصف يوم أو يومين فان السيرة الدالة على ضمان البايع قبل القبض لا يجرى فى ذلك كله بوجه .

و على هذا فهل يثبت الخيار للبايع هنا من جهة تأخير الثمن بأن يفسخ المعاملة و يبيع المبيع من شخص آخر؟ لأنه يحتمل أن لا يجىء بالثمن اصلا فاذا تلف المبيع فيذهب ماله هدرًا خصوصًا اذا لم يعرف المشتري لكونه غريبًا أو لا يتمكن من اخذ الثمن منه أو ليس له خيار ، يمكن أن يقال بثبوته له من جهة السيرة أيضا بدعوى أنها جارية على حفظ المال فى المبادلات و انما وقعت المبادلة بين المالكين فاذا كان مال البايع فى معرض التلف و الزوال فلا يبعد قيام السيرة و بناء العقلاء على ثبوت الخيار للبايع لئلا فيتضرر بذهاب ماله فالخيار حينئذ يكون ثابتا بالسيرة فتكون حكمته نفى الضرر و مع عدم الجزم بهذه السيرة فاثبات الخيار مشكل جدا .

ويمكن اثبات الخيار بالسيرة أيضا ولكن ببيان آخر حاصله أن المعاملة الواقعية بين المشتري والبايع حينئذ ليست بنسيئة غاية الأمر أن المشتري استمهل من البايع أن يتأخر بالاتيان بالثمن على هذا فالمتبايعان قد اشترطا في المبيع من الاول ضمنا بحسب بناء العقلاء وارتكازهم وسيرتهم أنه يجب على كل من المتبايعين اعطاء العوض للآخر فاذا تخلف أحدهما عن ذلك ثبت للآخر خيار تخلف الشرط غاية الأمر أن البايع قد أسقط خياره هذا في الجزء الاول من الزمان واما في غيره فخياره باق على حاله للخيار في امثال المقام من جهة تخلف الشرط .

و دعوى أن له خيار واحد فاذا أسقطه في أول الوقت سقط دائما لعدم تعدد الخيار حتى يبقى الآخر بعد سقوط واحد من ذلك دعوى جزافية لأن الخيار هنا واحد بلا شبهة الا أنه ينحل بحسب الزمان فالاسقاط بحسب مقدار من الزمان لا أصله فيكون في غير زمان الاسقاط باقيا على حاله كما هو واضح .

وبعبارة أخرى قد ذكرنا في معنى جعل الخيار لأحد المتبايعين أن مرجعه الى ايقاف التزام البايع بالبيع على التزام المشتري بالشرط الذي اشترط في البيع كأن باع ماله منه واشترط عليه خياطة ثوبه مثلا فان توقف التزامه بالبيع بالتزام المشتري بالشرط يشمله دليل وجوب الوفاء بالشرط فيكون الشرط واجب الوفاء على المشتري ويكون مرجع هذا الاشتراط الى كون البيع مقيدا بذلك وأنه مع عدم هذا الالتزام الشرطي ليس هنا التزام بالبيع فاذا تخلف البايع عن التزامه يتخلف المشتري ايضا عن التزامه فلان ذلك ثبوت الخيار للبايع فالخيار وان لم يثبت بالاشتراط بالمطابقة ولكن يثبت بذلك بالالتزام كما هو واضح .

وعلى هذا ففي المقام أن البايع قد اشترط في ضمن العقد ولو بحسب

الارتكاز و بناء العقلاء و سيرتهم على المشتري وجوب تسليم الثمن نقداً ولكن أمهاله في تأخيرها مقداراً من الزمان و اسقط شرطه الثابت بحسب السيرة مدة خاصة لأنه حق له فقد قامت السيرة القطعية على جواز اسقاط الحق فلا يرد أن الاسقاط بلا دليل في مقام الاثبات و ان كان ممكناً ثبوتاً فاذا لم يجيء المشتري الثمن في هذه المدة فللبايع الخيار من جهة تخلف ذلك الشرط في ضمن العقد فثبوت الخيار على القاعدة و هذا لا بأس به بل نجزم بذلك جزماً قطعياً و لا يفرق في ذلك بين كون المتاع من يفسد ليومه أو في يومين أو في ساعة أو في ساعتين ، بل يجري في جميع ذلك ، بل يجري ذلك فيما لا يتلف ، بل يبقى مدة كثيرة و لكن يذهب سوقه لبعض الامتعة في هذه البلاد في أيام الزوار فاذا اشترى أحد سبحة من شخص و خلى عند موقال أجبىء بالثمن فلم يجيء و كان الصبر ازيد من ساعة مثلاً ، موجباً لزوال السوق فله الخيار فاذا فسخ العقد و اذا جاء المشتري فليس له شيء .^{٤٠}

السادس خيار الرؤية

قوله السادس خيار الرؤية : أقول : ان كان المراد من خيار الرؤية الخيار المسبب عن اشتراط المتبايعين كون المبيع على وصف كذا فاذا رآه المشتري مثلاً فوجده غير واجد للوصف فيحكم بثبوت الخيار له ، فلا شبهة حينئذ في كون ذلك من صفريات خيار تخلف الشرط و انما ذكرنا ذلك لكاستقلا لورود النص عليه و هذا الوجه يظهر من الفقهاء خصوصاً من شيخنا الانصاري حيث جعل عنوان المسئلة ما هو ظاهر في ادراج ذلك من خيار تخلف الشرط و قال : (المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه

فيه المتبايعان) و عليه فلا يفرق فى ثبوت ذلك بين المشتري والبايع فى الثمن
والثمن .

وان كان المراد من ذلك أن المشتري قد أقدم على الشراء باعتقاد أن
المبيع واجد لوصف كذا كأن اشترى عبدا باعتقاد أنه عالم لكون والده عالما
أو حصل له الاعتقاد من توصيف المشتري من غير اشتراط ذلك فى البيع
بالشرط الضمنى ثم ظهر الخلاف من غير أن يكون نقص القيمة ليدخل فى
خيار الغبن فيكون للمشتري الخيار وعلى هذا الوجه لا يكون مندرجا فى
خيار تخلف الشرط بل يكون خيارا آخر فى مقابل خيار تخلف الشرط وغيره
ولا شبهة أن كلمات الفقهاء مضطربة فى هذا المقام ولم يعنون هذه المسئلة
على ما ينبغى فى كلماتهم وقد عرفت أنه يظهر منهم كون هذا الخيار من
ناحية الاشتراط ولكن الظاهر من الرواية هو الوجه الثانى وأنه خيار آخر
فى مقابل بقية الخيارات والرواية هى صحيحة جميل بن دراج (١) قال :
سألت أبا عبد الله عليه السلام ، الله عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها
ويخرج منها فلما أن نقد المال صار الى الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال
صاحبه فلم يقله فقال أبو عبد الله عليه السلام انه لو قلب منها ونظر الى تسعة
و تسعين قطعة ثم بقى منها قطعة ولم يرها لكان له فى ذلك خيار الرؤية .
فان اطلاقها يشمل صورة عدم الاشتراط أيضا بان اعتقد كون جميع الضيعة
على النحو الذى رآها جملة منها وعلى الوجه الذى اعتقد بها ولو من
توصيف البايع فاشتراها بغير اشتراط ثم دخلها فقلبها فوجدها على غير
الذى اعتقد بها ، فقال الامام عليه السلام الله فى ذلك ان له خيار الرؤية
مع الحمل على التوصيف لا يكون بيع مجهول .

(١) وسائل - ج ١٢ ، ص ٣٦١ ، باب ١٥ ، حديث ١ .

فهذه الرواية تدل باطلاقتها على ثبوت خيار الرؤية للمشتري بل يمكن دعوى اختصاصها بصورة عدم الاشتراط الذي هو مورد خيار الرؤية وتوضيح ذلك أن الرؤية ليست لها موضوعية في صحة البيع بالضرورة ولا في لزومه بحيث أن يحكم ببطلان البيع مع عدم الرؤية أو بثبوت الخيار فيه بأن باع شيئاً بالتوصيف ثم رآه المشتري فيثبت له خيار الرؤية بمجرد ذلك، بل انما يثبت خيار الرؤية مع الاعتقاد بكون المبيع واجدا لوصف كذا، اما بالتوصيف من البائع أو بحسب الاعتقاد المبني على المواطاة بينهما ثم ظهر خلاف اعتقاده من غير أن يكون ذلك موجبا لنقص القيمة فانه يثبت للمشتري حينئذ خيار الرؤية وهذا النحو من التخلف غير التخلف في صورة الاشتراط فتكون الرواية شاهدة لثبوت خيار الرؤية وعلى الجملة لا يدور خيار الرؤية مدار الرؤية و عدمها لعدم الموضوعية لنفسها بالضرورة بل مدار خلاف الاعتقاد الحاصل من التوصيف ونحوه فليس كل تخلف تخلفا للشرط الموجود في العقد حتى يرجع ذلك الى خيار تخلف الشرط فتكون الرواية حينئذ أجنبية عن خيار تخلف الشرط بهذا البيان على أن مورد الرواية هو صورة عدم الاشتراط حيث أن المشتري بعد ما اشترى الضيعة فدخلها وخرج منها فاستقال من البائع فلم يقله فقال الامام عليه السلام: الله فله خيار الرؤية فلو كان هنا اشتراط فانه لم يكن محتاجا الى الاستقالة بل فسخه بمقتضى خيار تخلف الشرط، وكيف فلا بأس بدلالة الصحيحة على ثبوت خيار الرؤية ثم انه لم يذكر في الرواية الا خصوص المشتري فلا تشمل الرواية على البائع الا بدعوى الاجماع على عدم الفرق بينهما أو بتنقيح المناط في الرواية بان يقال ان البيع قائم بالطرفين من البائع والمشتري فاذا ثبت خيار الرؤية فيه للمشتري يثبت للبائع أيضا اذ نقطع بأن المناط في ثبوت الخيار له ليس الا ارفاق حال و ملاحظة أنه لا يقع في الضرر وهو جار في البائع أيضا ومن لم يذكر في الرواية

الا أن المشتري اشترى ضيعة ودخلها وقلبها أو فتنشها كما فى بعض النسخ فخرج منها واستقال البايع فلم يقله فقال الامام عليه السلام : الله أنه اذا لم يرقطعة منها فله الخيار ومن البديهي أن عدم رؤية المشتري لا خصوصية فيها لكى نخصص الحكم به بل نقطع من ذلك أن المناط فى ثبوت الخيار له هو الارقاق وعدم الرؤية واذن فلا باس بتعميم الخيار للبايع أيضا .
أقول : أما الوجه الاول فهو دعوى الاجماع على التعميم فمضافا الى عدم حجية الاجماع المنقول أنه من المحتمل أن يكون مدرك المجمعين هو ارجاعهم هذا الخيار بخيار تخلف الشرط فحينئذ يكون ثبوت الخيار على القاعدة فلا يكون الاجماع ح اجماعا تعبديا ، بل يكون مدركه هو اشتراط المتبايعين كما هو واضح .

أما الوجه الثانى : فنقول أن دعوى ثبوت خيار الرؤية للبايع قد يكون فى الثمن وأخرى فى المثلن أما الاول فلا شبهة فى صحة تنقيح المناط لأن نسبة البيع الى البايع والمشتري و الى الثمن والمثلن على حد سواء فاذا ثبت الحكم بالنسبة الى المثلن لخصوص المشتري فى مورد مع عدم ذكر خصوصية له فى ما دل على ثبوت ذلك الحكم له فنجزم من ذلك أن الحكم يعم البايع أيضا و أما دعوى ثبوت ذلك فى المثلن بأن باع شيئا باعتقاد أنه كذا اعتمادا على توصيف شخص ثم رأى أنه أرقى مما وصفه له ، ولكن لا بحيث يكون موجبا للغبن و الا فيكون له خيار الغبن ، بل كانت الارقائية على نحو لا يوجب زيادة الثمن بل كانت القيمة التى باع المتاع بها قيمة عادلة بل أكثر من ثمن المثل فهل له خيار الرؤية هنا بتنقيح المناط ؟ أولا فالظاهر هو عدم الجزم بذلك وان كان محتملا ولكن بمجرد الاحتمال لا يمكن الحكم بثبوت الخيار للبايع بمجرد تخلف اعتقاده عن الواقع كما هو واضح .
و ذكر المصنف أنه حكى عن بعض أنه يحتمل فى صحيحة جميل أن يكون

التفتيش عن البايع بأن يكون البايع باعه بوصف المشتري وح فيكون الجواب عاما بالنسبة اليهما وفيه أنه واضح الفساد ولا ندرى أن المصنف لماذا نقله فانه خلاف ظاهر الرواية ، بل صراحتها حيث ان الضائر كلها ترجع الى المشتري على أن مورد الرواية هو المشتري والسائل انما سأل عنه فكيف يمكن حمل التفتيش على تفتيش البايع وحمل الجواب على الأعم من البايع والمشتري وكيف كان أن ظهور الرواية في ثبوت خيار الرؤية لخصوص المشتري مما لا ينكر ولا بأس باثباته للبايع في خصوص الثمن بتنقيح المناط ثم انه استدل في الحدائق على ثبوت خيار الرؤية على المشتري بصحيفة (١) زيد الشحام ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام : الله عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم ، فقال : لا تشتري شيئا حتى يعلم أين يخرج السهم فان اشترى شيئا فهو بالخيار اذا خرج ثم قال و توضيح هذا الخبر ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهال القصاب و هو مجهول قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام : اشترى الغنم أو يشتري الغنم جماعة ثم يدخل دارا ثم يقوم رجل على الباب فيعد واحدا واثنين و ثلاثة و أربعة و خمسة ثم يخرج السهم قال لا يصلح هذا انما تصلح السهام اذا عدلت القسمة بالخبر .

أقول : لم نفهم وجه الاستدلال على المقصود برواية زيد الشحام ولا وجه الاستشهاد عليه برواية عبد الرحمن بن الحجاج أما الثاني فلان رواية عبد الرحمن ناظرة الى بطلان القسمة المذكورة بأن اشترى جماعة اغناما اما مشاعا كما هو الظاهر أو معيننا ثم أدخلوها في قبة ثم يخرجها

(١) وسائل : ج ١٢ ، ص ٣٦٢ ، يب : ج ٢ ، ص ١٤ ، الفروع : ج ١ ص ٣٩٢ ،

منها فيقف رجل بالباب فيعد لصاحب الخمسة خمسة ، ولصاحب الاثنين اثنين ولصاحب العشرة عشرة و هكذا و بين الامام عليه السلام وجه البطلان و هو أن هذه ليست بقسمة عادلة لتفاوت الافراد بالسمن و الهزال و يمكن جريان هذه القسمة فى الغنم الواحد أيضا بان ذبوحه بعد الشراء و يأخذ واحد صدره و الآخر رجله و هكذا فافهم ، و هذا واضح فليس فى هذه الرواية اشعار بثبوت خيار الرؤية لاحد المتبايعين و لا أن فيه اشارة الى شراء لشخص واحد سهام القصابين قبل خروج السهم ، فالرواية اجنبية عن المقام و أما صحيحة زيد الشحام فهى أيضا خارجة عن المقام والوجه فى ذلك هو ما ذكره المصنف من أن المشتري لسهم القصاب ان اشتراه مشاعا فلا مورد لخيار الرؤية لعدم التعيين وان اشترى سهمه المعين الذى يخرج فهو شراء فرد غير معين و شراء قبل التملك ، فهو لا يصح فضلا عن ثبوت خيار الرؤية فيه و على تقدير الصحة فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع .

ثم ذكر المصنف تفسير الرواية بأنه يمكن حملها على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبرة فيكون له خيار الحيوان اذا خرج السهم .
و فيه أن خيار الحيوان انما يثبت فى البيع من حين العقد لا من بعده فلا وجه لحمل الرواية على ذلك .

و يمكن أن يقال : ان المراد من الرواية أن الامام عليه السلام : الله قد حكم ببطلان البيع لكونه من قبيل شراء ما لا يملكه البايع لعدم خروج السهم على الفرض ثم حكم بالخيار بعد ذلك ، أى بكونه مختارا فى الشراء و عدمه بعد القسمة و خروج السهم فيكون المراد من الخيار الاختيار اعنى معناه اللغوى .

فتحصل أن خيار الرؤية خيار مستقل فى عرض خيار الشرط و دليله صحيحة جميل بن دراج ، فافهم .

قوله : مسألة مورد هذا الخيار ، أقول : ذكر المصنف أن مورد هذا خيار الرؤية بيع العين الشخصية الغائبة و ذكر أن المعروف أنه يشترط في صحته ذكر أوصاف المبيع التي يرتفع بها الجهالة الموجبة للغرر إذ لولاه لكان غررا ، أقول : الظاهر أن مراده من ذلك نفي خيار الرؤية في المبيع الكلي في الذمة فإنه لا يمكن في مثل ذلك الالتزام بخيار الرؤية فإنه إذا لم يكن ما سلمه البايع الى المشتري موافقا للمبيع الكلي فله التبديل دون الخيار و أما في الكلي في المعين و في المشاع يعنى إذا كان المبيع شيئا منهما فلا بأس بثبوت خيار الرؤية فيه على مسلك المصنف حيث ذهب الى أن خيار الرؤية من جهة تخلف الشرط الضمنى فإنه لا شبهة في امكان تخلف الوصف في مثل بيع المشاع و الكلي في المعين كما إذا وصف صبرة و اعتقد المشتري أنها واجدة لوصف فلانى ، أو وصف شخص آخر ، ذلك و اعتقد عليه المشتري فاشتري نصف المشاع منها أو اشترى صاعا منها ثم انكشف أن الصبرة غير واجدة لذلك الوصف فان له خيار لتخلف الوصف لا يقال ان المصنف قد صرح في المسئلة السابقة بانتفاء خيار الرؤية في المبيع المشاع في الجواب عن الاستدلال برواية شراء سهام القصابين فكيف يمكن شرح كلامه هنا على هذا النحو .

و فيه أن المصنف لم يذهب هناك الى نفي خيار الرؤية عن المبيع المشاع ، بل كان غرضه في مورد شراء سهام القصابين ليس خيار الرؤية سواء كان المبيع مشاعا أو معيناً لأنه قد رأى المبيع و اطلع عليها و لا يلزم بعد الرؤية و الاطلاع على أوصافه تخلف ليلزم خيار التخلف الوصف و انما التفاوت منشأ من ناحية شراء سهامهم قبل الشراء حيث لا يعلم أنها على أى كيفية أنها أقل أو أكثر و أنها جيدة أم لا فالعورد له خصوصية تقتضى انتفاء خيار الرؤية لأن المبيع قد لوحظ قبلا فلا يكون هنا خيار الرؤية سواء كان المبيع

مشاعاً أو معيناً على أنه اذا كان معيناً فهو باطل ولا يلزم من ذلك نفي خيار الرؤية فيما كان المبيع مشاعاً أو كلياً فى المعين بان اعتقد على توصيف فظهر خلافه .

وأما على مسلكنا من كون خيار الرؤية للرواية فلا شبهة فى ثبوته فى العين الشخصية الغائبة لكون ذلك مورد الرواية ولا يبعد الالتزام بثبوته فى المبيع المشاع لأنه وأن كان خارجاً عن مورد الرواية ولكن مقتضى فهم العرفى هو أن لا يفرق بين شراء الضيقة بتمامها الذى هو مورد الرواية وبين شراء نصفها مثلاً مشاعاً ، فيمكن بذلك أن يدخل المبيع المشاع أيضاً مورد الرواية وأما بيع الكلى فى المعين فهو خارج عن ذلك قطعاً كما هو واضح .

ثم ذكر المصنف أنه عبر جماعة عن أوصاف المبيع التى ترتفع بها الجهالة بما يختلف الثمن باختلافها كما فى الوسيلة وجامع المقاصد وغيرهما لأن الرغبات يختلف باختلاف أوصاف الأشياء وعبر عنها جمع آخر بما يعتبر فى صحة السلم بحيث لا يكون بيع السلم غريباً وجمع آخر والشيخين اقتصر على اعتبار ذكر الصفة ثم ذكر أن مراد جميعهم واحد وهو اعتبار ذكر الوصف على نحو يرفع الغرر ثم ذكر عبارة التذكرة وذكر أنه قد يتراى التنافى بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه وكفاية ذكر اوصاف السلم من جهة أنه قد يتسامح فى السلم ذكر بعض الاوصاف لافضائه الى عزة الوجود أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق ثم وجه ذلك و رفع توهم التنافى بوجهين ولا يهمنى شرح كلام القوم و الذى يهمنى أنه لا شبهة فى شمول العمومات الدالة على صحة البيع لكل بيع، و لم يخرج من تلك العمومات الا ورود النهى فى النبوى عن بيع الغرر الذى تقدم ذلك فى شرائط العوضين و توضيح ذلك أنه قد يراد من نفي الغرر لزوم ذكر الاوصاف فى السلم وغيره بما يرفع الجهالة

المداقة بأن لا يبقى جهل بخصوص وصف باوصاف المبيع حتى مدحظة الطمع مثلاً في مثل البطيخ ونحوه وهو بديهي البطلان قطعاً لعدم اعتبار ذلك في صحة بيع السلم قطعاً لافضائه الى عزة الوجود وقد يراد من نفى الغرر ذكر الاوصاف على نحو الاجمال والتسامح في ذلك بحيث لم يحصل الاطلاع على الاوصاف التي تختلف بها الرغبات وهذا أيضاً منفي وبديهي البطلان لأنه ينجز الى الغرر والنزاع والمشاحة وقد نهى النبي (ص) عن بيع الغرر بناءً على تماميته أو قيام السيرة على ذلك كما تقدم في شرائط العوضين بل لا بدّ من الأخذ بالوسط والامرين الأمرين بحيث يلزم ذكر الأوصاف على نحو يرفع الجهالة عرفاً ولا يلزم المداقة في ذلك ولا يكفي المسامحة في ذلك، وعلى هذا فيرتفع الغرر بذلك ثم ولو كان هذا التوصيف بذكر الاجانب غير المالك وعلى هذا فاذا تخلف الوصف يثبت للمشتري خيار الرؤية بمقتضى الرواية وان لم يكن اشتراط في العقد ليلزم تخلف الوصف ويثبت الخيار من جهة ذلك لعدم التزام البايح بذلك، بل يذكر الوصف بعنوان أنه مخبر عن ذلك أو يسئل المشتري الاوصاف من الأجانب الذين يطلعون على المبيع كما لا يخفى .

وعلى الجملة فلا بدّ في الغرر وأن يرجع الى العرف كما اعترف به المصنف أيضاً بل السيرة قائمة على عدم اعتبار الاطلاع بأوصاف المبيع بأجمعها كما هو واضح .

ومن هنا ظهر أنه لا وجه لاعتبار العرف والشرع في الغرر والقول بأن الغرر العرفي أخص من الشرعي كما في كلام المصنف ان لم يرد في الشريعة ما يرجع الى الغرر الا قول النبي (ص) نهى النبي عن بيع الغرر من دون بيان مفهومه وحقيقته فلا وجه لأخذ الغرر الشرعي أعم من العرفي بل الغرر عرفي دائماً، نعم ورد اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون ولكن

لا من جهة نفى الغرر، بل لموضوعية المكيل و الموزون حتى لو كان الغرر مرتفعا بوجه آخر فايضا لا يصح فيهما البيع بدون الكيل و الوزن بأن جعل مثلا الحنطة فى احد كفتى الميزان و الشعير فى الطرف الاخر مع كون قيمتهما مساوية فرضا و مع ذلك لا يصح البيع و كذا أن اعتبار العلم بجنس المبيع ليس من جهة الغرر، بل للاجماع على ذلك الا أن يناقش فيه بأن مدرك المجمعين هو دليل نفى الغرر و أن اعتبار العلم بجنس المبيع من جهة أن لا يكون البيع غرريا كما هو واضح .

ثم ذكر المصنف أنه يمكن الاستشكال فى صحة هذا العقد بأن ذكر الاوصاف لا يخرج المبيع عن كونه غررا لأن الغرر بدون أخذ الصفات من حيث الجهل بصفات المبيع فاذا أخذت فيه مقيدا بها صار مشكوك الوجود لأن العبد المتصف بتلك الصفات مثلا لا يعلم وجوده فى الخارج و الغرر فيه اعظم .

ثم أجاب أولا و حاصله ما ذكره فى البحث عن بيع الغرر أنه بمعنى الخطر و هو أمر نفسانى يزول بالاطمئنان على وجود المبيع وأوصافه فاذا وصفه البايع أو شخص آخر ذلك المبيع واطمئن المشتري على كونه متصفا بوصف كذا ارتفع الغرر و اذا انكشف الخلاف ثبت له خيار الرؤية بالرواية المتقدمة و هى صحيحة جميل بن دراج ، و هذا وجه وجيه .

ثم أجاب ثانيا بان أخذ الاوصاف فى معنى الاشرط لا التقييد فبيع العبد مثلا ملتزما بكونه كذا و كذا و لا ضرر فيه عرفا ، و هذا الوجه أيضا وجيه وان كان الخيار الثابت فى البيع خيار تخلف الشرط و توضيح ذلك أن الاعيان الخارجية غير قابلة للاطلاق و التقييد ، بل هى موجودة على ما هى عليها فلا تتغير عن واقعها بقيد من القيود و عليه فلا مناص من رجوع التقييد فيها الى الاشرط فعنى أنه بعثك العبد الكاتب أن البيع مشروط بالكتابة

أى أن التزام المشتري بالكتابة مشروط بكون العبد كاتباً و إلا فلا الخيار فى ذلك اذن فلا وجه لبطلان البيع كما هو واضح .

ثم أنه لا معنى لكون الاشتراط هو الالتزام بالوصف الخارجى بأن يلتزم البايع بكون المبيع متصفاً بوصف كذا وعلى هذا فالاشتراط قد يكون راجعاً الى البيع بمعنى أن انشاء البيع يكون معلقاً بكون المبيع واجداً لذلك الوصف و إلا فلا بيع أصلاً فهذا لا شبهة فى بطلانه لكونه تعليقا والتعليق فى العقود يوجب البطلان الا أن يكون الوصف المعلق عليه البيع من الصورة النوعية العرفية بحيث يرجع التعليق الى التعليق بأصل وجود المبيع فحينئذ لا يحكم بالبطلان فان ذلك ضرورى فضلاً عن يكون مورداً للاجماع القائم على بطلان التعليق وان كان راجعاً الى الالتزام بأن يلتزم كل من البايع و المشتري على البيع بشرط أن يظهر المبيع بوصف الكتابة أو يخيطة البايع للمشتري ثوباً و نحو ذلك بأن يشترط فى البيع وجدان المبيع وصف الكمال و ظهر خلاف، فحينئذ للمشروط له خيار تخلف الوصف وان لم يكن ذلك بالاشتراط بل بالتوصيف و لو من غير البايع ثم ظهر الخلاف ثبت للمشتري خيار الرؤية بالرواية على مسلكنا وان كان التخلف فى أوصاف الصحة ثبت للمشروط له خيار العيب سواء كان مع ذلك خيار تخلف الشرط وخيار الرؤية أم لا ، وحينئذ كان المشروط له مخيراً بين الفسخ والامضاء مع الارش أو بدونه و أما فى غير صورة انتفاء وصف الصحة فلا مجال للأرش بل يكون له الخيار فقط، لأنه انما ثبت بدليل خاص فى فرض ظهور المبيع أو الثمن معيوباً أى منتفياً عنه وصف الصحة لا مطلقاً كما لا يخفى .

ثم انه جعل جمع كثير من المتأخريين بطلان العقد بانتفاء الشرط على القاعدة كما يظهر من المنتهى و ذهب اليه المحقق الار دبيلى ، بل مال اليه المصنف و لكن ذكر أن ملاحظة موارد ذلك فى الفقه يقتضى الخروج عن ذلك

وعدم كون التخلف موجبا للبطلان ، بل ثبوت الخيار فقط والوجفى ذلك أن ما وقع عليه العقد أى المبيع المشروط بشرط كذا غير واقع والمبيع المطلق لم يقع عليه العقد فيحكم بالبطلان فالمعقود عليه غير موجود و الموجود غير معقود عليه .

و لكن يرد عليه أن الشرطان كان راجعا الى أصل البيع فقد عرفت أنه يوجب البطلان لا من جهة الغرر، بل للتعليق المجمع على بطلانه فى العقود الا اذا كان التعليق بأصل وجود المبيع أو بما يكون نازلا منزلته . وان كان راجعا الى الالتزام كما هو كذلك فلا يوجب تخلف الشرط الا الخيار كما ذكرناه نعم لو كان الوصف المتخلف من الصورة النوعية فيكون موجبا للبطلان و كان لما ذكرناه وجه لأن ماجرى عليه العقد فهو غير واقع و ما هو واقع لم يجر عليه العقد كما لا يخفى و على هذا فالبطلان ليس موافقا للقاعدة .

و العمدة فى ذلك الذى استند اليه القائل بالبطلان وان لم يكن الوصف المتخلف من الصورة النوعية ما ذكره المصنف من قياس المقام بالشروط الفاسدة بناء على كون الشرط الفاسد موجبا لبطلان العقد بأن المقام وأن لم يكن من باب التخلف فى الصورة النوعية كما اذا قال بعتك ما فى البيت على أنه عبد حبشى فبان أنه حمار وحشى و لكن تلتزم بالبطلان فى المقام أيضا أعنى صورة تخلف الشرط فان اتصاف المبيع بالاوصاف فى معنى كون القصد الى بيعه بانيا على تلك الاوصاف فاذا فقد ما بنى عليه العقد فـ لمقصود غير حاصل فينبغى بطلان البيع كما ألتزموا بالبطلان فى اشتراط الشرط الفاسد فى البيع كما هو واضح .

و لكن يرد عليه أن بطلان العقد لا اشتراط الشرط الفاسد فيه بناء عليه انما هو من جهة كون البيع مقيدا بالالتزام على هذا الشرط وقد جعل

الشارع هذا الالتزام كلا التزام وأخرجه عن عموم المؤمنون عند شروطهم بكونه مخالفا للشرع فيكون ذلك موجبا للبطلان وهذا بخلاف صورة تخلف الشرط فان الالتزام لم يجعل كلا التزام، بل انما لم يوجد متعلق الشرط في الخارج فيكون ذلك موجبا للخيار وكم فرق بين الأمرين .

ودعوى أن البيع انما هو على هذا الشرط أى انما انشاء البيع على تقدير هذا الشرط والا فلا بيع فيكون الالتزام أيضا منتفيا بانتفاء الشرط دعوى جزافية فانه خارج عن الفرض وأنه تعليق مجمع على بطلانه وكلامنا في فرض التخلف فقط دون التعليق كما هو واضح .

والحاصل : أنه قد تحصل مما ذكرناه أنه لا معنى للالتزام بوجود الوصف في العوضين بأن يكون معنى اشتراط كون العبد كاتبا هو التزام البائع بكتابة العبد فلا بدّ أما أن يرجع الاشتراط الى أصل العقد والالتزام العقدى أو يرجع الى الالتزام بلزومه بأن يكون لزومه مقيدا باتصاف العبد بالكتابة أكون البيع على تقدير أن يكون العبد كاتبا فعلى تقدير اشتراط اللزوم بالكتابة كان العقد صحيحا سواء كان تخلف الوصف أم لا، ولكن ثبت للمشتري خيار تخلف الوصف وعلى تقدير اشتراط البيع بكون العبد كاتبا مثلا كان البيع باطلا للتعليق سواء تخلف الوصف أم لم تخلف لقيام الاجماع على بطلان العقود بالتعليق نعم اذا كان التعليق بالصورة النوعية فلا يكون ذلك موجبا للبطلان فانه ضرورى سواء ذكر فى اللفظ أم لم يذكر اذا التعليق بالصورة النوعية كالتعليق بأصل وجود المبيع فهو لا بدّ منه لأنه مما يتوقف عليه صحة العقد فانه لا يصح العقد بدون وجود المبيع كما هو واضح، ومن هنا يحكم ببطلان العقد مع التخلف فى الأوصاف التى من الصور النوعية كأن اشترى عبدا فظهر حمارا أو اشترى كأسا فظهر جرّة ونحو ذلك .

وعلى الجملة أن التعليق فى العقود اذا كان بالاوصاف الكمالية

يوجب البطلان الا أن تخلفها لا يوجب البطلان بل يوجب الخيار و أما التعليق بالصور النوعية لا يوجب البطلان و لكن تخلفها يوجب البطلان . ثم ان المراد من الصور النوعية هنا ليس ما هو المعروف فى علم الفلسفة المبني على التدقيق و التحقيق ، بل المراد منها هو الصور النوعية العرفية و بينهما عموم من وجه اذ قد يكون الوصف من الصور النوعية العرفية و لا يكون منها بحسب الدقة و الفلسفة كأشترى أحد أمة شابة فظهر عبدا شائبا فان الأنوثة و الرجولة و ان كاننا من حقيقة واحدة عند الدقة حيث انها من أفراد الانسان و الانسان نوع واحد و لكنهما فى نظر العرف نوعان و عليه فلا شبهة فى بطلان البيع حينئذ لأن ما وقع عليه العقد غير موجود و الموجود غير ما جرى عليه العقد و من هذا القبيل الفراش و الكتب .

وقد يكون الوصف فى نظر العرف من غير الأوصاف المقومة و الصور النوعية و لكنه يكون من الصور النوعية فى نظر العقل و قد يجتمعان و أما ما ذكره المصنف من المثال باللبن على المختلفة الحقيقة بأن باع لبن شاة فظهر لبن جاموس ، لا يمكن المساعدة عليه فان الغنم و الجاموس و ان كانا من جنسين و لكن لبنا شىء واحد حقيقة و جنس واحد و على تقدير الفرق بينهما فالاختلاف بحسب نظر العرف دون العقل .

هذا كله فيما علم كون الوصف من الصور النوعية أو من الاوصاف الكمالية و أما فيما شك فى ذلك و لم يعلم أن الوصف من الصور النوعية أو من الاوصاف الكمالية فهل مقتضى القاعدة هنا البطلان أو الصحة؟ و بعبارة أخرى تارة تعلم كون الوصف من الصور النوعية و لا شبهة فى ان التخلف فيه يوجب البطلان و أخرى يعلم كونه من الأوصاف الكمالية و لا شبهة فى أن التخلف هنا لا يوجب البطلان ، بل انما يوجب الخيار و أما اذا شكنا فى كون الوصف من الصور النوعية العرفية المقومة أو من الأوصاف الكمالية فهل مقتضى القاعدة

هنا هو البطلان عند التخلف؟ أو عدمه؟ وهل يجوز التعليق في مثل ذلك أم لا يجوز؟

ويقع الكلام هنا في مقامين، الأول: في جواز التعليق في مثل ذلك وعدمه، والثاني: في حكمه مع التخلف فيما وقع البيع على الارتكاز من غير تعليق واشتراط.

أما المقام الأول: فالظاهر أنه لا يوجب البطلان وتوضيح ذلك أنه لا دليل لفظي على بطلان التعليق في العقود وإنما الدليل على بطلانه إنما هو الإجماع ومن الواضح أنه دليل لبي فلا بد من أخذ المتقين منه ولا ريب أن المتقين إنما هو فيما كان التعليق على الأوصاف الكمالية بحيث أحرز كونها من ذلك وأما إذا احتل كونها من الأوصاف الكمالية ومن الصور النوعية فلا نجزم بوجود الإجماع هنا على بطلان التعليق إذ نحتمل أن يكون ذلك من الصور النوعية التي يجوز التعليق فيها وتوهم أننا نكشف من الإجماع ببطلان التعليق إنما سرى مفهومه إلا التعليق بالصور النوعية وأبطل وجود المبيع توهم فاسد لعدم الاطمئنان بذلك كما لا يخفى.

وعليه فتشمله العمومات الدالة على صحة البيع ولا يكون تمسكا بالعام في الشبهات المصدقية حيث لا نشك في أنه داخل تحت الإجماع أولا بل نقول أنه خارج عن الإجماع فيكون العمومات بالنسبة إليه سليمة عن المخصص كما هو واضح.

ثم إذا ظهرت المخالفة في هذه الصورة فيحكم ببطلان العقد على كل تقدير لأنه إن كان التخلف في الواقع في الصورة النوعية فيحكم بالبطلان لعدم وجود المبيع وأن الثمن لم يعلم في مقابل أي شيء وقع وان لم يكن في الصورة النوعية فيحكم ببطلانه للتعليق في غير الصورة النوعية.

وأما المقام الثاني: فهو ما تعاملنا على شيء بحسب الارتكاز على كون

واجدا للوصف الكذائى ثم ظهر الخلاف فلم يعلم أنه من الصور النوعية ليوجب التخلف البطلان أو من الاوصاف الكمالية حتى لا يوجب التخلف البطلان كما اذا باع كتاب شرح اللمعة على أنه مخطوط بخط عبد الرحيم بحسب ارتكازهما ثم ظهر أنه مخطوط بخط أحمد التفريشى فلم يعلم أن هذا الوصف هل هو من الصور النوعية حتى يكون التخلف موجبا للبطلان أم من الصور الكمالية حتى لا يكون التخلف موجبا للبطلان ، فالظاهر هو البطلان هنا فلا تشلمه العمومات لأنه لم يعلم أن الثمن فى مقابل أى شىء وقع ولم يحرز المبيع فيكون التمسك بالعمومات تمسكا بها فى الشبهات المصدقاية و هو لا يجوز وعلى هذا فلا يجوز لكل من المتبايعين التصرف فى الثمن و المثلن لأنه لا يجوز التصرف فى مال الغير الآمع الاذن منه أو بالتجارة عن تراض ومن الواضح أن العوض مال الغير فلم يعلم اذن صاحبه فيه و لا كون الأخذ تجارة عن تراض اذ المفروض أنه لم يعلم أن الثمن فى مقابل أى شىء وقع فى الخارج فيكون باطلا وعلى الجملة أن العمومات انما تحكم بصحة المعاملة بعد احراز تحقق البيع فى الخارج و وقوعه بمبيع كلى أو شخصى و من الواضح أنه لم يحرز فى أن المبيع أى شىء و أن البيع بأى شىء وقع فانه على كون الوصف المتخلف من الصور النوعية فلا بيع أصلا وعلى تقدير كونه من الاوصاف الصحة أو الكمال فالبيع صحيح فلم يحرز وجود البيع حتى تمسك بالعمومات و لم يتحقق وقوع الثمن بازاء أى شىء فانه مع كون الوصف من الصور النوعية فما هو مبيع غير موجود ، لأن المفروض أن البيع وقع بحسب الارتكاز على الوصف و مع كونه من اوصاف الكمال فقط فما هو مبيع فهو موجود فلا يكون أخذ الثمن فى مقابله الاتجارة عن تراض فحيث لم يحرز كونه من الاول أو من الثانى فلم يحرز وجود المبيع و أن الثمن قد وقع فى مقابل أى شىء فيكون المورد مشمولا لما دل على حرمة أكل مال الناس بغير رضى منه ، و لا تجارة عن تراض كما

هو واضح و لم نر التعرض لهذا البحث و هو بحث لطيف .

مسألة

قوله : مسألة الاكثر على أن الخيار عند الرؤية فوري ، اقول وقع الخلاف بين الاصحاب في أن خيار الرؤية فوري أم لا و تحقيق ذلك في مقامين : -
الاول : من حيث القواعد .

والثاني : من حيث الروايات .

أما المقام الاول : فمقتضى القواعد ، أى العمومات هو ثبوت الخيار في كل آن و زمان لما عرفت سابقا في خيار الغبن أن العموم الزمانى ثابت للعمومات فنتمسك بها في كل آن فنثبت فيه الخيار و اذا خرج فرد من ذلك يقتصر بالمقدار المتيقن فلا يمكن استصحاب حكم المخصص في الزمان البعد . و هكذا الحال اذا كان الدليل لخيار الرؤية هو الشرط الضمنى حيث ان مقتضى ما شرطاه المتبايعان بحسب الارتكاز هو ان يكون لكل منهما الخيار مع التخلف و لا شبهة أن هذا الاشتراط موجود في مقدار من الزمان بعد الرؤية بحيث يتمكن المشروط له من الفسخ الذى سميهِ فوريا و أما الازيد من ذلك فلا يقتضيه الارتكاز .

و أما بحسب الروايات فقد عرفت أن الدليل على ذلك انما هو رواية جميل و تحقيق الكلام في دلالة ذلك أن قوله عليه السلام الله فيها فله خيار الرؤية أن الخيار الذى اضيف الى شىء لا يخلو بحسب الاستقراء عن اقسام ثلاثة و ان كان لها اقسام كثيرة بحسب التقسيم العقلى .

الاول : أن تكون اضافته من باب اضافة الخيار الى متعلقه كخيار الحيوان حيث أن الحيوان ليس سببا للخيار و لا ظرفا له ، بل هو متعلق الخيار أى

هو المبيع الذى تعلق به الخيار وقد يكون من باب اضافة المسبب الى السبب كخيار الغبن فان الخيار هنا مسبب عن الغبن ولا يبعد أن يكون من هذا القبيل اضافة الخيار الى العيب فان العيب هو سبب الخيار .
وقد تكون من قبيل اضافة المظروف الى ظرفه كخيار المجلس فان المجلس ليس سبب الخيار ولا متعلقه ، بل الخيار واقع فى هذا الظرف كما هو واضح ، ففى المقام أن الرؤية ليست متعلقة للخيار بلا شبهة بحيث تكون شأنها شأن الحيوان فى بيع الحيوان ، فان الرؤية غير قابلة للبيع و تعلق الخيار بها وبعيد أن تكون سببا له ايضا ، وذلك من جهة أن الرؤية ليست سببا للخيار بحيث أن يوجد الخيار بمجرد الرؤية و تكون لها موضوعية فى ذلك فان هذا غير محتمل .

ولكن يمكن الجواب عن ذلك بأن الرؤية كاشفة عن ثبوت الخيار عند التخلف و يكون السبب للخيار هو التخلف و تكون الرؤية كاشفة عن التخلف و هذا الاشكال لا يكون مانعا عن كون الرؤية سببا للخيار كما هو واضح .
ولكن يرد عليه أن مقتضى كون الرؤية سببا للخيار أن يكون الحكم أى الخيار مقيدا بها و هو لغو محض و بيان ذلك أن الرواية جميل دلت على أن المشتري للضيعة انما رأى مقدارا منها و اشترىها ثم دخلها فقلبا فخرج منها و استقال من البايع فلم يقله ، فقال الامام (ع) : لو لم يرقطعة منها فله خيار الرؤية ، فان ظاهر هذه الرواية أن المشتري قد رأى الضيعة و سئل عن حكم المسئلة بعد الرؤية فمقتضى الحال حينئذ أن يقال فله الخيار دون أن يقال ، فله خيار الرؤية ، فان التقييد حينئذ لغو محض ، فانه بعد تحقق الرؤية لا وجه لتفريع الحكم على التخلف الحاصل بأن له خيار الرؤية ، بل يقال فله الخيار ، فان ذلك نظير أن يقال اذا دخل شهر رمضان فيجب صوم شهر رمضان ، وهكذا بل الصحيح أن يقال يجب الصوم وعلى هذا فلا

يبقى للرواية ظهور في ذلك، بل الصحيح أن الاضافة من قبيل اضافة المظروف الى ظرفه، كخيار المجلس، فان التقدير حينئذ يكون هكذا فله خيار اذا رأى أى فى زمان الرؤية وعلى تقدير أن لا تكون الرواية ظاهرة فى ذلك فليس لها ظهور فى السببية فتكون جملة، فلا يمكن الاخذ بمفاد السببية و الفرق بين الوجهين هو أن مقتضى كون الرؤية سببا للخيار هو عدم الفورية تسكا باطلاق الرواية فيحكم ببقاء الخيار أبدا ما لم يطراه مسقط فتكون الرواية نظير الروايات الواردة فى خيار التأخير حيث ذكرنا أن مقتضى اطلاق قوله عليه السلام لا بيع بينهما، هو نفي اثبات الخيار الى الأبد ولو بعد سنة و لو اعطاء الثمن ما لم يطرا عليه مسقط فتكون هذه الرواية أيضا باطلاتها دالة على ثبوت خيار الرؤية الى الأبد ما لم يطراً عليه مسقط، وهذا بخلاف الوجه الأخير اعنى أخذ الرؤية ظرفا للخيار فان مقتضى ذلك هو أن الخيار ثابت حال الرؤية، و حينئذ لو كان للرؤية مجلس تدوم بدوام المجلس مثلا كخيار المجلس لكان لما ذكره أحمد بن حنبل وجه، وليس مما ذكره بلا وجه أصلا، كما ذكره المصنف، بل يمكن دعوى أن الرؤية ما دامت ممتدة فى مجلس واحد مثلا فيثبت الخيار و لكن ذلك بعيد، فان الظاهر من الرواية أن الخيار ثابت فى حال الرؤية من غير أن تكون ظاهرة فى امتداد الخيار بامتداد الرؤية، و حينئذ فاما أن يقتصر من الفورية بالآن الاول الحقيقى من الرؤية أى الآن الدقى الفلسفى فتكون الفورية فورية حقيقية و لكن لا شبهة فى انه خلاف المتفاهم العرفى و اذن فيثبت كون خيار الرؤية فورية بالفورية العرفية كما هو واضح .

قوله مسألة : يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفا؟ أقول : من جملة المسقطات لخيار الرؤية الاسقاط فتارة نتكلم فى جواز اسقاطه بعد العقد و قبل الرؤية، وأخرى فى ضمن العقد، أما الاول : فان كانت الرؤية كاشفة عن

ثبوت الخيار قبله فلا شبهة فى جواز الاسقاط قبل الرؤية و لكن ذلك خلاف الظاهر من الرواية و ان كانت الرؤية كاشفة عن ثبوته عنده و حال الرؤية فلا اشكال فى جواز الاسقاط قولا الا من جهة الاسقاطه اسقاطا لما لم يجب فقد تقدم سابقا أنه لا شبهة فى جواز اسقاط ما لم يجب بان ينشىء من الآن اسقاط حقه فى ظرفه على تقدير تحققه ، ففى المقام ينشىء سقوط خيار رفعا بعد الرؤية اذا كان له خيار فهذا لا محذور فيه ، نعم لو انشاء سقوط خيار بالفعل فهو غير معقول ان لم يتحقق هنا حق بالفعل حتى يسقطه و على الجملة لا دليل على بطلان اسقاط ما لم يجب الا قيام الاجماع على بطلان التعليق فى الانشاء ، فالمتيقن منه ما لم يوجد المقتضى و أما اذا كان المقتضى موجودا فلا يشمل الاجماع فى المقام أن المقتضى للخيار هو العقد موجود ، فلا بأس بانشاء سقوط الخيار فى ظرفه بالفعل ، نعم فيما يكون التعليق موردا للاجماع فلا يجوز كما أنه لا يجوز أيضا فيما كان على خلاف الارتكاز مع قطع النظر عن الاجماع كانشاء الطلاق قبل التزويج و انشاء الهبة قبل التملك كما هو واضح . هذا كله اذا كان الاسقاط قوليا .

و أما اذا كان بالفعل ، فقد عرفت سابقا فى خيار الحيوان أن كلما كان من الفعل مصداقا للاسقاط الفعلى فيكون مسقطا للخيار و الآفلاذ ليل على كونه مسقطا للخيار الا ما ثبت فى موارد خاصة فى خيار الحيوان من اللمس و التقبيل و نحو ذلك ، نعم ظاهر الرواية هنا هو عدم ثبوت الخيار بعد التلف الحقيقى لا من جهة أن الخيار يتعلق بالعين فهى تالفة ، بل من جهة أن الرواية ظاهرة فى ثبوت الخيار حال الرؤية و عندها ، و من الواضح أنه مع تلف العين فلا يبقى موضوع للرؤية أصلا كما هو واضح ، و أما فى موارد التلف الحكى مثل الهبة و البيع و نحو ذلك فلا وجه لسقوط الخيار حيث أنه يصدق حينئذ أن له خيار حال الرؤية كما هو واضح .

انتهى الكلام الى صورة اشتراط سقوط الخيار في ضمن العقد ففى هنا وجوه :-

الاول : أن يكون الشرط فاسدا و العقد صحيحا و الوجفيه أنه اسقاط لما لم يجب فهو باطل و هذا بناء على أن الشرط الفاسد لا يوجب فساد العقد و فيه ما مر مرارا أن عدم جواز اسقاط ما لم يجب انما يضر من جهة الاجماع و بناء العقلاء على عدم ترتيب الاثر عليه فى بعض الموارد ففى المقام لا يطمئن بوجود الاجماع على عدم الجواز و بناء العقلاء أيضا يساعده كما هو واضح ، نعم الاسقاط قبل العقد لا يساعده الاعتبار العرفى و هو مورد الاجماع أيضا ، و على هذا فيدور الأمر بين الوجهين الآخرين :-

أحدهما : الفساد مطلقا ، أى الشرط و العقد ، كما ذهب اليه العلامة و اختاره المصنف ، و الوجه فى ذلك أن دفع الغرر عن هذه المعاملة و ان لم يكن لثبوت الخيار لأن الخيار حكم شرعى لا دخل له فى الغرر العرفى المتحقق فى البيع الا أنه لأجل سبب الخيار ، وهو اشتراط تلك الاوصاف المنحل الى ارتباط الالتزام العقدى بوجود هذه الصفات و اشتراط سقوط الخيار راجع الى الالتزام بالعقد على تقدير وجود تلك الصفات و عدمها و التنافى بين الامرين واضح فيكون الشرط فاسدا و مفسدا للعقد .

الثانى : الالتزام بصحة الشرط و العقد كليهما .

و لكن الظاهر هو التفصيل بان يقال ان كان الغرر فى المعاملة مرتفعا بواسطة الاشتراط و جعل الخيار فيحكم بفساد الشرط و العقد كليهما و الآفلا و توضيح ذلك أن المشتري قد لا يكون عالما بأوصاف المبيع أصلا لا باخبار البايع و لا باخبار شخص آخر ، و مع ذلك يقدم على المعاملة يشتري المتاع المجهول و العين الغائبة و لكن يشترط لنفسه الخيار مع التخلف فى مثل ذلك لا شبهة فى كون المعاملة غررية مع قطع النظر عن الاشتراط و معه

يرتفع الغرر ولا وجه لما ذكره المصنف من أن الخيار حكم شرعي يثبت للبيع الصحيح فلا ربط له بالغرر ولا يوجب رفعه، وذلك لما عرفت سابقا أنه مع الخيار يرتفع الغرر فانه اذا تخلف الوصف يفسخ المعاملة ومع ذلك أى خطر هنا لا بد من ذكر ما بعد ذلك قبل التفصيل، وأيضا لا وجه لما ذكره المصنف من أن الالتزام بالصفات اما شروط للبيع واما قيود للبيع، وذلك لما ذكرناه سابقا من أنه لا وجه للالتزام بالاصاف الخارجية الا أن يرجع الى الالتزام بالبيع أى بلزومه على تقدير هذه الصفات لأن العين الخارجية غير قابلة للاطلاق و التقييد، بل هي موجودة على ما هي عليها، فلا معنى لكون الاشتراط راجعا الى تقييد العين الخارجية وأما ارجاع الاشتراط بها الى اشتراط البيع بها تعليق مجمع على بطلانه فلا يبقى مجال لما ذكره المصنف، بل لا بد من الالتزام بما ذكرناه الى هنا لا بد وأن يذكر قبل التفصيل .

و أما اذا علم واطمئن البايع و المشتري يكون المبيع على وصف خاص و أن العين الغائبة متصفة بوصف كذا ، ولو كان ذلك بوصف البايع أو بتوصيف الاجنبي و مع ذلك احتمل البايع التخلف في الوصف و يشترط الاسقاط في ضمن العقد و هذا لا يوجب الغرر أصلا فانه اجنبي عن الغرر ان قد عرفت سابقا أن الغرر هو الخطر و هو أمر نفساني فيدفع بالاطمئنان ، فالاسقاط لا يوجب الغرر ح أصلا ثم ان المصنف نقل في آخر عبارته ان دليل نفي الغرر لا يشمل المقام لأن المشتري قد أقدم عليه بنفسه كما أن حديث نفي الضرر لا يشمل صورة اقدم المتبايعين على الضرر وهذا عجيب حيث ان حديث نفي الغرر انما مورده صورة اقدم المتبايعين على المعاملة الغررية فلو كان هذا خارجا عن تحت الحديث لكان الحديث لغوا و هذا بخلاف حديث نفي الضرر، فان مورده غير هذه الصورة وأنه ورد في مقام

الامتنان فشموله لصورة الاقدام على الضرر لا ينافى الامتنان، وكيف كان فلا وجه لقياس حديث نفى الغرر بحديث نفى الضرر كما هو واضح .

ثم ان ما ذكرناه من التفصيل في جواز اسقاط خيار الرؤية وعدم جوازه جار في خيار العيب أيضا ففي كل مورد اطمنن كل من البايع و المشتري بأوصاف الصحة في العين وعدم كونها معيبة سواء كان ذلك بتوصيف كل منهما أو صاف العين على الآخر أم بتوصيف الأجنبي يصح في هذه الصورة اشتراط سقوط الخيار في ضمن العقد فان ذلك لا يترتب بالغرر فان الغرر يرتفع بالاطمئنان بوصف المبيع كما هو واضح ، ففي أي مورد لم يحصل الاطمئنان منهما على ذلك و انما يقدمان على المعاملة على الاشتراط بحيث تكون المعاملة بدونه غررية فلا يصح اشتراط الاسقاط حينئذ لأن المعاملة حينئذ تعود غررية فتبطل كما هو واضح .

هذا ما تقتضيه القاعدة و لكن ورد النص في خيار العيب بانه يثبت خيار العيب للمشتري مع عدم تبرى البايع من العيب فيعلم من ذلك أنه مع التبري لا يثبت الخيار للمشتري مطلقا و لا يجرى التفصيل المذكور في المقام من جهة النص كما هو واضح .

وعلى الجملة فالمدار في فساد الشرط و افساده للعقد على كون الاسقاط موجبا لغررية المعاملة و عدم كونه موجبا لذلك كما هو واضح و أيضا فلا وجه لنفي لقياس المقام بالبيع مع البراءة من العيوب لما عرفت من جهة الاعتماد في صورة البراءة من العيوب على اصاله الصحة الموجبة لنفي الغرر بخلاف المقام و ذلك لما عرفت عدم الفارق بينهما الا النص الوارد في خيار العيب و أما اصاله الصحة فان كانت بحيث توجب خروج البيع عن الغررية كأن كان بناء العقلاء بحسب ارتكازهم على كون المبيع صحيحة أو قامت بينة على ذلك أو التوصيف من البايع أو من الاجنبي فانه يحمل المبيع ح على ذلك و الا فلا يوجب رفع الغرر كما هو واضح .

والحاصل : أنه ان كان رفع الغرر بالاشتراط فلا شبهة فى كون اسقاط الخيار موجبا للغرر و الا بأن كان رفع الغرر بالتوصيف أو بشىء آخر أو بأصالة الصحة التى توجب رفع الغرر بحسب بناء العقلاء فلا يكون اسقاط الخيار فى ضمن العقد موجبا للغرر كما هو واضح .

فى مسقطات خيار الرؤية

قوله مسئلة : لا يسقط هذا الخيار ، أقول : قد عرفت الحال فى حكم صورة تخلف الاوصاف و يقع الكلام فى سقوط الخيار ببذل التفاوت و الظاهر أنه لا دليل على سقوطه ببذل التفاوت لأن الخيار ان كان ثابتا بالتعبد فنتمسك باطلاق دليل التعبد وان كان ثابتا بالاشتراط و تخلف الشرط فنتمسك باطلاق دليل ذلك فنحكم بثبوت الخيار حتى بعد بذل التفاوت . و أما الابدال بأن يشترط المشتري ابدال المبيع على تقدير التخلف على نحو شرط النتيجة بأن يكون شىء آخر بدلا عن المبيع فى صورة التخلف من غير أن يكون التبدل بفعلهما بل يكون الابدال فى ظرف التخلف بهذا الاشتراط لان المبيع عين شخصية فالابدال محتاج الى معاوضة جديدة و مراضات جديدة و هى منفية كما هو واضح و نقل المصنف عن الشهيد أن الأقرب الفساد و ذكر فى وجه ذلك أن البدل الذى يستحقه المشتري فى صورة التخلف ان كان بازاء الثمن بأن يرجع المبدل الى الملك الباع ويدخل البدل فى ملك المشتري بازاء الثمن فلان ذلك أن يفسخ البيع بهذا الشرط فى ظرف التخلف و تكون هنا بعد ذلك معاوضة جديدة بين البدل و الثمن . ويرد عليه أولا أنه لا يمتضى هنا للمعاوضة الجديدة بحيث يكون هنا بيع بدون الانشاء بل بمجرد الشرط السابق فى ضمن العقد ولم يدل دليل

على صحة مثل هذا المعاملة من النقل و العقل و لم يقم عليه (على) صحته ارتكاز من العرف و العقلاء و لا مقتضى أيضا لانفساخ العقد بنفسه .
و ثانيا : أن دليل وجوب الوفاء بالشرط ليس مشرعا حتى يدل على وجوب الوفاء بكل شرط بل مفاده أن كل ما كان ثابتا في نفسه و مشروعاً فدليل وجوب الوفاء بالشرط يلزمه حين الاشتراط و من الواضح أن اشتراط انفساخ المعاملة قبل تحققها بظهور التخلف شرط لم يثبت جوازه في نفسه فيكون غير موافق للكتاب و السنة فيدخل تحت المستثنى في قوله عليه السلام: الله الا شرطا مخالفا للكتاب و السنة .

و ثالثا : أن المعاوضة الواقعة بين البدل و الثمن على تقدير ظهور المخالفة معاوضة تعليقية أى ينشئ البيع على تقدير المخالفة فهو معاملة تعليقية فيحكم بالبطلان اجماعا .

و ان كانت المعاوضة واقعة بين المثل و البدل بأن يكون البدل واقعا في مقابل المبدل على تقدير ظهور المخالفة و تقع المعاوضة بينهما و فيه أنه مضافا الى عدم المقتضى لذلك بأن، تقع هنا معاملة في صورة المخالفة بغير معامل، بل بمجرد الاشتراط في ضمن العقد و لا دليل على صحة ذلك بحسب نفسه من الآيات و الرواية و السيرة و الارتكاز و كون المعاملة تعليقية هي باطلة أن المعاملة هنا غررية حيث ان المفروض جهالة المبدل و على أى تقدير أن الظاهر في مثل ذلك أن يفسد الشرط و يفسد العقد أيضا .

و الحاصل : أن شرط الابدال على تقدير ظهور المخالفة على نحو شرط نتيجة لا يمكن تصديقه لأنه أمر غير مشروع فلا يكون مشمولا لدليل وجوب الوفاء بالشرط لأن مرجع ذلك الى انفساخ العقد بنفسه بمجرد هذا الشرط و من الواضح ان انفساخ العقد بلا موجب لم يثبت جوازه شرعا فلا مقتضى

له على أن اشتراط انفساخ العقد فى نفسه قبل تحققه أمر غير مشروع فلا يكون دليل الوفاء بالشرط موجبا لكونه مشروعا .

أقول :أما بناء على كون الاشتراط من قبيل شرط النتيجة فالشرط وأن كان فاسدا لأن اشتراط انفساخ العقد بدون سبب قبل فى عقد لم يتحقق بعد أمر لم يثبت فى الشريعة المقدسة قبل هذا الاشتراط فيكون من الشروط الغير المشروعة و لكن يكون المقام ح من صغيريات الشرط الفساد ، فلا يكون مفسدا للعقد الا بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد و حيث ان العوافق للتحقيق و فتاوى المشهور عدم كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد فلا يكون العقد فاسدا ، و دعوى كون العقد باطلا من جهة الغرر، حيث لم يعلم ان المبدل بأن وصف و بأى كيفية دعوى جزافية و ذلك لأن الظاهر أن الشهيد قد تكلم فى صحة العقد و فساده من ناحية الشرط الفاسد بعد الفراغ عن صحة العقد من بقية الجهات، فيمكن ارتفاع الغرر هنا من جهة الاطمئنان بوصف المبدل من القرائن الخارجية من توصيف البائع أو شخص آخر، فلم يصبح المبدل مجهولا حتى يكون البيع غريبا ثم ساق كلامه ، أى الشهيد الى أنه يفسد بالشرط الفاسدة أم لا ؟

و أما بناء على كون اشتراط الابدال من شرط الفعل بان يشترط المشتري على البائع أن يبدل المبيع بغيره على تقدير التخلف كما هو ظاهر من كلام الشهيد حيث عبر بلفظ الابدال و لا شبهة أن الظاهر منه هو ابدال البائع و هو فعل من افعاله ، فالظاهر ح أن العقد والشرط كلاهما صحيحان و لا وجه لكون الشرط ح فاسدا فضلا عن كونه مفسدا للعقد، بل هذا هو المتعارف فى السوق كثيرا حيث ان المشتري يشتري عينا شخصية و يطمئن بكونها من الجنس الذى يريده و لكن يحتمل التخلف ويشترط عليه البائع الابدال على فرض التخلف، و لا شبهة أن الابدال فى نفسه معاوضة

مشروعة في الشريعة المقدسة فيكون لازماً بدليل وجوب الوفاء بالشرط على الاشتراط فان ظهرت المخالفة فأراد المشتري الابدال فأبدل له البايع فيها والآ فيثبت للمشتري خيار تخلف الشرط فيفسخ العقد بذلك والعجب من الشهيد (ره) كيف رضى مع ذلك بفساد الشرط والعقد بل، هذا النحو من المعاملات من المعاملات المتعارفة كما هو واضح .

نعم، لو كان البيع من الاول واقعا على المبدل على تقديري عدم المخالفة وعلى البديل على تقدير المخالفة، وكان المبيع أمراً مردداً لكان العقد و الشرط باطلاً، للتعليق كما تقدم في شرائط العوضين .

وعلى الجملة سواء قلنا بكون الشرط هنا من قبيل شرط النتيجة أو قلنا بكونه من قبيل شرط الفعل لا دليل على كونه مفسداً للعقد غاية الامر أنه على فرض كون الشرط شرط النتيجة يكون الشرط فاسداً فقط، وأما توهم كون المعاملة غررية فقد عرفت الجواب عنه وكذلك يكون هنا تعليق .

وحاصل الكلام : أن المحتمل في كلام الشهيد ثلاثة، الاول: أن يكون مراده من شرط الابدال هو شرط الفعل كما هو الظاهر من ظاهر لفظ الابدال بأن يشترط المشتري على البايع تبديل المبيع على تقدير ظهور المخالفة وعلى هذا فلا شبهة في صحة الشرط والعقد كليهما، فان لم يظهر المخالفة كان العقد لازماً ومع ظهور المخالفة يطالب المشتري الابدال فان بدله فهو والا كان له الخيار، كما هو واضح .

الثاني : أن يكون المراد من الاشتراط شرط النتيجة يعنى يشترط المشتري على البايع المبادلة بأن يكون الثمن في مقابل البدل أو توقع المبادلة بين الثمن والبديل، بنفس هذا الشرط لا بشرط آخر وقد عرفت أنه على هذا كان الشرط فاسداً لكونه مخالفاً لشرع حيث ان اشتراط انفساخ العقد في نفس ذلك العقد قبل تحققه لم تثبت في الشريعة المقدسة سقوكد انفساخ

بلا موجب، و تحقق معاوضة أخرى بلا سبب، فان كل ذلك لم يثبت فلا يكون مشمولاً للعمومات و لكن قد عرفت أنه على هذا، وان كان الشرط فاسداً الا أن المشهور بين المتأخرين أن فساد الشرط لا يسرى الى فساد المشروط كما هو واضح على أن الظاهر أن هذا الشق ليس مراد الشهيد لمكان الابدال فى كلامه الظاهر فى شرط الفعل .

الثالث: أن يراد من الاشتراط التعليق من الاول بأن مبيع المبدل على تقدير عدم المخالفة و المبدل على تقدير المخالفة و على هذا وان كان البيع باطلاً للتردد و التعليق، و لكن ليس ذلك محتمل كلام الشهيد وكيف كان فالظاهر من كلامه هو الشق الاول و عليه فلا وجه لما التزم به الشهيد من فساد العقد و الشرط، بل يصح كلاهما كما هو واضح .

ثم أن هنا كلاماً لصاحب الحدائق أشكل به على الشهيد و لكن فيه تهافت لا يمكن حله فانه ذكر فى صدر كلامه بعد نقل كلام الشهيد و بنائه على الفساد (أن ظاهر كلامه أن الحكم أعم من أن يظهر على الوصف أولاً) أى أن ظاهر كلام الشهيد من الحكم بالفساد فى صورة الاشتراط أى من أن يكون مع ظهور المخالفة أو ظهور الموافقة ثم أورد على هذا الاطلاق بانه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط و مجرد شرط البايع الابدال مع عدم ظهور الوصف لا يصلح سبباً فى الفساد لعموم الاخبار المتقدمة و لعل مراده من الاخبار المتقدمة هو أخبار الخيار حيث انها تدل بالملزمة على الصحة مع عدم الخيار فى صورة عدم المخالفة و ليس المراد من دلالتها على الصحة بالملزمة أن لازم ثبوت الخيار فى البيع هو صحته و الا لم يكن وجه للخيار لأن مراده دلالة الاخبار على الصحة مع اللزوم لا عليها مع الخيار و هذا لا يجتمع الا مع الاحتمال الاول من الدلالة دون الثانى، و مع عدم الاخبار فلعمومات الايات غنى و كفاية، و كلامه الى هنا صريح فى أنه

يستشكل على الشهيد بانه لاوجه للقول بالبطلان على الاطلاق بل على تقدير ظهور المخالفة فقط، وهكذا ذيل كلامه حيث قال وبالجملة فاني لا أعرف للحكم بفساد العقد فى الصورة المذكورة على الاطلاق وجهها يحمل عليه، ولكن ينافى ذلك ما صدر عنه (ره) فى وسط كلامه حيث قال : (نعم لو ظهر مخالفا فانه يكون فاسد من حيث المخالفة ولا يجبره هذا الشرط الاطلاق الأخبار فى الخيار ثم ذكر أن الاظهر رجوع الحكم بالفساد فى العبارة الى الشرط المذكور حيث لا تأثير له مع الظهور وعدمه) حيث مدعاه فى هذه العبارة هو فساد العقد حيث قال : (نعم لو ظهر مخالفا فانه يكون فاسدا) و دليله يدل على ثبوت الخيار من غير فساد العقد حيث قال (ولا يجبره هذا الشرط لاطلاق الأخبار فى الخيار) وهذا مما لا يمكن حله . قوله مسئلة : الظاهر ثبوت خيار الرؤية فى كل عقد ، أقول : وقع الخلاف بين الفقهاء فى ثبوت خيار الرؤية فى غير البيع من الصلح و الاجارة وغيرهما وعدم ثبوته فذكر المصنف أنه يثبت فى كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة كالصلح و الاجارة و ذكر فى وجه ذلك أن الاحتمالات هنا ثلاث، و ليس هنا شق رابع ، و ذلك مع تبعية المخالفة .

فاما أن يحكم ببطلان العقد كما تقدم عن الأردبيلي فى بيع العين

الغائبة .

و أما أن يحكم بلزومه مع عدم الخيار .

و اما أن يحكم بصحته مع الخيار أما البطلان فهو مخالف لطريقة الفقهاء فى تخلف الاوصاف المشروط فى المعقود عليه و أما احتمال اللزوم بدون الخيار فهو أيضا فاسد لأن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد و حرمة نقضه و من المعلوم أن عدم الالتزام بترتيب أثر العقد على العين الفاقدة للصفات المشترطة فيها ليس نقضا للعقد ، و ح فيثبت الاحتمال

الثالث وهو صفة العقد مع الجواز والخيار .

أقول : أن كان مدرك خيار الرؤية هو الشرط الضمني على ما ذكرناه في أول المسئلة فلا شبهة في ثبوته في كل عقد تخلف فيه الوصف كجريان خيار الغبن في كل عقد وقع فيه الغبن ، ولكن مع ذلك لا نحتاج الى التقسيم الذي ذكره المصنف على تقدير صحته فانه يشبه الأكل من القناء ، بل يثبت الخيار ابتداءً لتخلف الوصف كما هو واضح .

وان كان مدركه هو النص والتعبد به فلا شبهة في اختصاصه بالبيع وتقدم أن فيه قرينة على كون مورد خيار الرؤية قريبا من صورة تخلف الشرط حيث ان المشتري بعد ما رأى الضيعة وقبلها أو متشها فخرج فاستقال فلم يقبله فانه لو كان هنا اشتراط لما احتاج الى الاستقالة بل فسخ ابتداءً لتخلف الشرط وعلى هذا فالخيار يختص بالبيع فقط فلا يجرى في غيره . ثم ان التقسيم الذي ذكره المصنف ليس بصحيح فان بطلان توهم بطلان العقد من جهة أن بناء الفقهاء ليس هو البطلان في تخلف الأوصاف المشروطة في المعقود عليه لا يستلزم ذلك جواز العقد وكونه خياريا ، بل يمكن أن يكون لازما .

و دعوى المصنف أن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد و لا يصدق النقض على عدم الوفاء مع تخلف الوصف لا يمكن المساعدة عليه فإنه .

فأنه أولا : أن عدم شمول دليل اللزوم عليه لا يكفي في اثبات كونه جائزا بل لا بد في ذلك من اثبات عدم اللزوم كما هو واضح .

وثانيا : أن عدم شمول آية وجوب الوفاء بالعقد للمقام لا يدل على عدم شمول غيره لذلك لعدم انحصار دليل اللزوم بها فيكفي في لزومه أحل الله البيع وتجارة عن تراض والروايات الدالة على لزوم العقد على ما تقدم . وثالثا : يكفي في اثبات اللزوم استصحاب الملكية على مسلك المصنف

فانه مع الشك في أن الملكية الحاصلة بالعقد ترتفع بالفسخ أم لا فنستصحب الملكية ونثبت اللزوم وعلى هذا فمقتضى القاعدة هو اللزوم في غير البيع و عدم جريان خيار الرؤية في غير البيع كما هو واضح .

قوله مسئلة : لو اختلفا فقال البايع لم يختلف صفة ، أقول : في توضيح المقام أن لهذه المسئلة صور ثلاث، وقد استشار اليها المصنف و ان لم يصرح بجميع الاقسام :

الاول : أن يكون اختلافهما في أصل الاشتراط بان ادعى المشتري اشتراط وصف في المبيع من الكتابة والخياطة والبنائة ونحوها و ادعى البايع خلاف ذلك و كون البيع مطلقا .

الثاني : ان يتفقا على أصلا اشتراط و لكن كان الاختلاف في متعلق الشرط بأن ادعى احدهما كونه خياطة و يدعى الآخر كونه كتابة العبد و هذا في النتيجة يرجع الى الاول .

الثالث: أن يتفقا على أصل الاشتراط وعلى اتحاد متعلقه و لكن يدعى البايع وجوده و ينكره المشتري أو يدعى البايع أنه كان موجودا فقد زال فيدعى المشتري أنه لم يكن موجودا أصلا ، أما الكلام في الصورة الاولى و الصورة الثانية التي مرجعها الى الصورة الاولى ، فذكر المصنف بما حاصله أنه اذا اختلف المشتري و البايع في اشتراط وصف في المبيع وعدمه أو فيما يرجع الى ذلك ، فالقول قول مدعى الخيار ، لا من جهة أن مدعى الاشتراط تقدم قوله يثبت الخيار عند التخلف فان المصنف صرح هنا بأن الاصل هو عدم الاشتراط فانه اذا اختلف البايع و المشتري في أصل اشتراط شرط في البيع وعدمه فان أصالة عدم الاشتراط يدفعه فيكون البيع لازما بمقتضى العمومات بل من جهة ما أشار اليه هنا و صرح به في اوصاف المبيع أن الاوصاف التي اشترطت في المبيع الشخصي راجعة الى التقييد أي تكون

العين الشخصية المبيعة مقيدة بهذه الاوصاف وان كان ذلك فى صورة الاشرط وعلى هذا فرجع الاختلاف الى الشك فى أصل تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها صفات مفقودة أو تعلقه بعين لوحظ فيها الصفات الموجودة أى أن المبيع كان مقيدة بصفات فهى مفقوده وقد كان البيع واقعا على المبيع المقيد بتلك الصفات وأنه قد وقع بالموجود فعلا أو أعم من الصفات الموجود والمفقودة ومن الواضح أن اللزوم من احكام البيع المتعلق بالعين على الوجه الثانى والاصل عدمه وأما الطرف الآخر أعنى عدم التقييد فلا اثر له فليس اللزوم من آثاره حتى يترتب على نفسه اللزوم كما هو واضح .

اقول : يرد على المصنف : أولا : فساد المبنى حيث أنك قد عرفت سابقاً أنه لا معنى لتقييد العين الخارجية اذ الاطلاق والتقييد فيها مستحيل وغير معقول فلا ينعقد البيع عن واقعه بالاشرط وعدمه واذ نفي دور الامر بين رجوع القيد الى أصل البيع بان يكون البيع على تقديرو وجود الوصف الخاص فى المبيع واتصافه به وبين رجوعه الى الالتزام بالبيع و حيث ان الأول يوجب البطلان لكونه تعليقا فهو خلاف المتفاهم العرفى من الاشرط وخلاف ارتكازهم فيكون الثانى هو المراد فان بناء المتعاقدين على المعاملة الصحيحة لا على المعاملة الفاسدة فيكون الثانى هو المراد ، وعليه فيرجع الامر الى النزاع فى أصل الاشرط ليلزم من التخلف الخيار وعدم الاشرط فقد عرفت أنه (ره) التزم فى هذه الصورة بعدم الخيار لأن الاصل عدمه .

وثانيا : أنا لو سلمنا رجوع الاشرط الى تقييد المبيع و اغضنا عن استحالة ذلك ولكن لا نسلم كون مقتضى ذلك هو ثبوت الخيار للمشتري من جهة كون اللزوم من احكام البيع المتعلق بالعين من حيث كونها على هذا الوصف الموجود ، بل لنا أن نقول أن الخيار انما هو من اثرات تخلف الوصف

الذي اعتبر كون المبيع مقيدا به في البيع ومن الواضح أنا لا نعلم بوجود هذا الاشتراط، بل نشك فيه فالاصل عدمه، ولا يعارض هذا الاصل باصالة عدم كون العقد واقعا على العين الموجودة مطلقا لأن اللزوم ليس من آثار ذلك، بل اللزوم من مقتضيات طبيعة العقد، فان طبع كل عقد على اللزوم حتى يثبت كونه جائزا خياريا، كما هو واضح .

و دعوى أن الاصل عدم الاطلاق يكفي في عدم لزوم العقد فلانريد أن نثبت الخيار حتى يقال ان اصالة عدم الاطلاق بالنسبة اليه مثبت فانها فاسدة لأن مقتضى هذا الاصل هو بطلان العقد بمثل تخلف الوصف وهو خلاف المفروض أن العقد صحيح على كل حال حيث ذكر المصنف سابقا أن ديدن العلماء وسيرتهم على عدم المعاملة في تخلف الاوصاف معاملة الفساد بحيث أن يحكموا في صورة تخلف أوصاف المبيع بفساد العقد، بل حكموا بصحة العقد مع الخيار وعلى هذا فأصل صحة العقد مفروغ عنه و إنما الخلاف في ثبوت الخيار في ذلك وعدم ثبوته بحيث يكون الاطلاق و التقييد من المتضادين يعني يدور الأمر بين وقوع العقد على العين الموجودة مطلقا أو مقيدا فيكونان من المتضادين وأما اذا عملنا بأصالة عدم كون العقد مطلقا فلا يكفي ذلك في عدم لزوم العقد وكفاية فسخت في الفسخ لأن المراد من الفسخ ليس هو لفظ فسخت فقط بحيث يكون له موضوعية بل المراد منه هو البناء على اعدام العقد وعدم استمراره .

و بعبارة أخرى أن المتبايعين كانا بانبيين على المعاملة و المبادلة و النقل و الانتقال و بالفسخ بينيان على عدم ذلك و من الواضح أن هذا المعنى لا يترتب على أصالة عدم وقوع العقد مطلقا، فان ذلك من اللوازم الأعم لهذا الأصل لاحتمال أنه لم يقع هنا عقد أصلا فانه مع عدم وقوع العقد أيضا يصدق أن الأصل عدم وقوعه مطلقا و على تقدير وقوعه فمقتضى هذا الاصل

كما عرفت هو الفساد و المفروض أن العقد ليس بفساد ، بل الصحة مفروغ عنها كما عرفت وانما الكلام فى كونه خياريا و عدمه و حيث كانت الصحة مفروغا عنها فاصالة عدم الاطلاق لا تثبت ثبوت الخيار الا بالملازمة و على هذا فيكون الاطلاق و عدمه من المتضادين كما عرفت فنفى أحدهما وان كان لا يثبت الآخر الا بالملازمة العقلية و يكون الاصل ح مثبتا و لكن أصالة عدم وقوع العقد على هذا الموجود فان الاول له اثر و هو عدم الخيار لأن الخيار كما عرفت مترتب على تخلف الوصف المشروط به فى العقد فالاصل عدمه و أما اللزوم فليس مترتبا على عدم كون العقد واقعا على هذا الموجود مطلقا بل من مقتضيات طبع العقد كما عرفت و على هذا فلا يصح بناء المصنف أيضا فتحصل أن ما ذكره المصنف لا يمكن المساعدة عليه مبناء و بناء فلا بد من الحكم بلزوم العقد هذا على ما ذكره المصنف (ره) .

و تحقيق الكلام و تفصيله أنا ذكرنا سابقا ان الخيار فى الحقيقة عبارة عن الاختيار و هو من الافتعال بمعنى طلب الخير و هذا المعنى هو المراد فى الخيارات المصطلحه و مرجع جعل الخيار فى العقود كالبيع مثلا الى انشاء الملكية المحدودة لما ذكرنا أن الاهمال فى الواقعيات محال فلا بد ، أما أن يكون المنشاء مطلقا أو مقيدا فحيث ان الاطلاق غير موجود مع جعل الخيار لأن المفروض أن المتبايعان أو أحدهما جعل لنفسه الخيار فمهما تكون الملكية مقيدة أى محدودة بحد خاص و الى زمان خاص و هو زمان اختيار ذى الخيار فسخ ذلك العقد و مع هذا التقييد الفعلى لا يكون الاطلاق معقولا و ان كان معقولا بحسب نفسه قبل التقييد و على هذا فنشك فى أن الملكية هل وجدت مطلقة أو مقيدة فنقول ان الأصل عدم كونها مقيدة فنتمسك بالعمومات الدالة على اللزوم و لا يعارض ذلك باصالة عدم كونها مطلقة لنفى اللزوم لما عرفت أن اللزوم من مقتضيات طبع العقد لا من آثار

اطلاقه حتى يترتب على نفيه نفى اللزوم كما هو واضح .

و بعبارة أخرى أنه اذا اختلف البايع والمشتري فى اعتبار شرط فى البيع وعدمه أى اعتبار وصف فى المبيع وعدمه أو كان الاختلاف فى متعلق الشرط فلا يمكن التمسك هنا بعموم أو فوا بالعقود ، لا التمسك به هنا لاثبات اللزوم من قبيل التمسك بالعام فى الشبهة المصدقية اذ لا نعلم أن الملكية الحاصلة هنا هل هى مطلقة ليجوز التمسك به أولاً ولكن لا بأس من التمسك بما دل على حرمة التصرف فى مال الغير بدون اذنه و حرمة اكل المال بالباطل الا بالتجارة عن تراض وبقوله تعالى أحل الله البيع فان مقتضى ذلك أن التصرف فى مال الغير بغير تجارة عن تراض حرام الا فى موارد الخيار فان أكل ذى الخيار مال الطرف الاخر بالفسخ ليس بحرام ولكن نشك فى مورد اختلاف المتبايعين فى جعل الشرط وعدمه أن الملكية المنشأه مطلقة لئلا يكون له الخيار فبناء على ما ذكرناه من معنى الخيار فالاصل عدم تحقق الملكية المقيدة فتمسك بعموم ما دل على حرمة أكل مال الغير بغير تجارة عن تراض فلا يكون الفسخ مؤثراً ولا يلزم ح محذور التمسك بالعام فى الشبهات المصدقية بأن يدعى أن هذا المورد لا نعلم أنه من القسم الخارج عن العموم أم لا ، فيكون التمسك بالعام من قبيل التمسك به فى الشبهات المصدقية فهو لا يجوز .

وحاصل الكلام أن البحث هنا يقع فى جهتين ، الاولى فيما كان الاختلاف فى أصل الاشتراط وعدمه أو فيما يرجع الى ذلك كأن يكون الاختلاف فى متعلق الاشتراط مع الاتفاق على أصل الاشتراط .

الثانى : أن يكون الاختلاف فى وجود متعلق الشرط وعدم الاتفاق على أصل الاشتراط ومتعلقة كان يقول البايع أن المشروط هو خياطة العبد وهى موجودة و يقول المشتري أنها معدومة أو يقول البايع أنها كانت حين

البيع موجودة فقد انعدمت و يقول المشتري لم تكن موجودة .

أما الكلام فى الجهة الاولى فقد عرفت كلام المصنف وجوابه وأما تحقيق المسئلة و محصل الكلام بعد كون الخيار راجعا الى تقييد الملكية فلا شبهة فى معارضة أصالة عدم الملكية المطلقة مع أصالة عدم انشاء الملكية المقيدة اذا لاحظنا الاطلاق و التقييد بحسب انفسها و أما اذا لاحظنا اصالة عدم الخيار و الملكية المقيدة مع ملاحظة العمومات الدالة على حرمة الاكراه الغير بغير تجارة عن تراض و بلا طيب نفس فلا معارضة بينهما لعدم الأثر فى أصالة عدم كون العقد مطلقا فان اللزوم يفهم عموم حرمة الاكل و اصالة عدم وجود الخيار لمدعيه ينقح موضوع العام فقد عرفت أن مرجع جعل الخيار فى البيع الى تقييد الملكية المنشأة أى انشاء الملكية المحدودة بعدم الفسخ و لا ينافى ذلك بكون الملكية مطلقة أى فى جميع الأزمنة على تقدير عدم الفسخ فلا يرد ان البيع الى زمان معين ليس بصحيح و قد تقدم تفصيل ذلك و على هذا فاصلة عدم كون المنشأ هى الملكية المقيدة معارضة مع أصالة عدم كون الملكية هى الملكية المطلقة فلكل منهما أثر خاص فيسقطان للمعارضة لا يقال ان اصالة عدم كون العقد مطلقة تجرى فيترتب عليه ثبوت الخيار من غير احتياج الى اثبات الخيار حتى يلزم كونها من الاصول المثبتة و لا شغل لنا باصالة عدم كون الملكية مقيدة لتلزم المعارضة و ان كان بينهما معارضة من حيث لحاظ الاطلاق و لحاظ التقييد و لكن لا يترتب عليها أثر فانه يقال قد عرفت أنه لازم ذلك هو بطلان العقد و المفروض صحته و أن الفسخ ليس نفس فسخت حتى يترتب على أصالة عدم الاطلاق بل اعتبار العقد كعدمه و لا يثبت ذلك بأصالة عدم الاطلاق الأ على القول بالاصول المثبتة و كيف كان فلا شبهة فى معارضة الاصلين من حيث النظر الى الملكية المطلقة و الملكية المقيدة .

نعم، لا ما نع من جريان أصالة عدم التقييد و احراز أن العقد لم يقع بالمقيد ثم التمسك بالعمومات الدالة على لزوم كل عقد .
 وتوضيح ذلك أنه ثبت في الشريعة المقدسة أنه لا يجوز التصرف في مال أحد الا باذنه وأنه لا يحل أكل مال الغير الا بالتجارة عن تراض و اذا باع أحد ماله من شخص آخر في مقابل ثمن خاص فيكون كل منهما مالا للآخر فيحرم لكل منهما بعد ذلك أن يتصرف فيما انتقل الى غيره و ياخذه منه الا أن يكون هنا أيضا تجارة عن تراض و قد خرج عن تلك العمومات ما اذا جعل المتعاقدان لنفسهما أو لاحدهما الخيار أو جعل الشارع لأحدهما أو لهما خيارا في البيع مثلا كخيار المجلس فانه ح يجوز لمن له الخيار أن يأخذ مال صاحبه بالفسخ و بغير تجارة عن تراض و بغير طيب نفس منه و على هذا فاذا شككنا في أن العقد هل وقع على المطلق أو على المقيد أى المنشأ هل هو ملكية مطلقة أو ملكية مقيدة فنجرى أصالة عدم وقوعه على المقيد فنحزرها بموضوع التمسك بتلك العمومات و ليس لأصالة عدم وقوع العقد على المطلق ح أشرحتى تكون معارضة بذلك و ان كانتا متعارضتين بحسب انفسهما لأن الأثر مترتب على عدم التقييد فقط لا على عدم الاطلاق و العام ليس أمرا وجوديا ليلزم احرازه و لا يمكن التمسك به و يكون الاصلان متعارضان بخلاف الخاص فانه أمر وجودي و جب احرازه و لا يلزم من ذلك التمسك بالعام في الشبهة المصدقية ان بالأصل نحزرها الأمر الوجودي الذي هو حق فسخ العقد ليس لمن يدعى الخيار فيتحقق به موضوع التمسك بالعام .

و بعبارة أخرى أن الشارع قد حكم بحرمة اكل مال الناس مطلقا الا أن تكون تجارة عن تراض ، و الا عن يكون بغير جعل حق الفسخ في البيع مثلا غايته أن الثاني مخصص منفصل فهو كالمتمصل و اذا شككنا في مورد في

ثبوت حق الفسخ لأحد المتعاملين فننفيه بالأصل لأن الخارج عن العام أمر وجودى فكلما شككنا فيه فالأصل عدمه وليس عنوان العام وجودياً أيضاً حتى يحتاج الى الاحراز فيجرب فيه الاصل أيضاً ، بل هو أمر عدمى و هو عدم جواز أكل مال الغير و حرمة التصرف فيه بدون اذنه فليس للأصل فى ناحية الاطلاق هنا أثر وعلى هذا فلا مانع من احراز موضوع تلك العمومات بالأصل ثم التمسك بالعام و ذلك نظير ما اذ شككنا فى ثبوت الخيار الشرعى فى معاملة مثلاً فانه نتمسك بالعمومات فنحكم باللزوم كما اذا شك فى ثبوت خيار الحيوان فى الصلح مع عدم كونه بيعاً كما هو واضح ، نعم لا يمكن التمسك هنا بعموم أوفوا بالعقود فان الآيه تدل على الوفاء بكل عقد و هو انتائه أمده و عدم انهتداهم الالتزام به و من الواضح أن الالتزام بالعقد التزام واحد اما يتعلق بالملكية المطلقة أو يتعلق بالملكية المقيدة فالاية تدل و تلزم على انتهاء ما تعلق به الالتزام ان مطلقاً فمطلقاً مقيداً فمقيداً فلا بدّ ح من احراز ذلك من الخارج فحيث لم يحرز أن الالتزام على أى كيفية هنا فلا يمكن التمسك بالاية و اثبات اللزوم بها فى المقام كما هو واضح و هذا بخلاف بقية العمومات المتقدمة فانك قد عرفت أنها تدل على حرمة أكل مال الغير و عدم جواز التصرف فيه بدون اذنه فى جميع الاوقات و الحالات و الازمان و قد خرج عن ذلك خصوص ما ثبت لاحد المتبايعين أو كلاهما حق الفسخ و أخذ مال صاحبه اما يجعل منهما أو يجعل من الشارع و هو أمر وجودى اذا شككنا فيه فالاصل عدمه حتى أن نحزره و لا يعارضه الاصل فى طرف الاطلاق لعدم ترتب الاثر عليه اذ عنوان العام أمر عدمى اعنى عدم جواز التصرف فى مال الغير ، فلا يلزم احرازه اى لم يترتب الاثر على احرازه حتى ننفيه بالاصل و نحكم بعدمه ما لم نحزر وجوده قطعاً .

و أما الجهة الثانية اعنى الاختلاف فى أن ما تعلق به الشرط موجود

أم لا ففي هنا ينعكس المطلب فيقدم قول مدعى الخيار حتى يثبت مدعى اللزوم دعوه و الوجه فى ذلك أن ما تعلق به الشرط قد يكون وصفا مفارقا و قد يكون وصفا غير مفارق .

أما الاول فكالخياطة و الكتابة و نحوهما فاذا وقع الاختلاف فى وجود مثل تلك الاوصاف فالاصل عدم تحقق تلك الاوصاف الى زمان البيع فيثبت أن البيع لم يقع على العبد الكاتب .

و بعبارة أخرى وقوع العقد على العبد محرز بالوجدان و عدم وقوعه على الكاتب محرز بالاصل فليتئم الموضوع المركب فيترتب عليه حكمه وعلى هذا فيثبت للمشتري فى هذه الصورة الخيار و كذا للبائع لو كان وصف من أوصاف الثمن مورد للاختلاف على هذا النحو و الوجه فى كون الاصل هنا مع مدعى الخيار أن تلك الاوصاف امور مسبوقه بالعدم و لها حالة سابقة فمع الشك فيها يستصحاب عدمه .

و أما الثانى : أعى ما كان مورد الاختلاف فى الأوصاف الغير المفارقة فكالقرشية و ككون الحنطة من المزرعة الفلانية و هكذا فى هنا و ان لم يكن لتلك الاوصاف حالة سابقة لأن الحنطة الخارجة من عدم الى الوجود اما خرجت متصفة بكونها من مزرعة فلانية أو غير متصفة بكونها من المزرعة الفلانية و لكن نحن نقول بجريان الاستصحاب فى الاعدام الازلية و أن الاصل عدم اتصاف الحنطة بكونها من مزرعة فلانية فيما خرجت من عدم الى الوجود كما هو كك فى القرشية .

قوله مسئلة : لو نسج بعض الثوب، أقول : قد ذكر غير واحد من الفقهاء هنا فرعا و هو انه لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن يسنج الباقي كالأول بطل كما عن المبسوط و القاضى و ابن سعيد و العلامة فى كتبه و جامع المقاصد و عن المختلف صحته و قد ذكر المصنف أنه لا يحضرنى المختلف

الان حتى أتأمل فى دليله و لكن ذكر بعد اسطر أن الظاهر لم يفى كلمات المختلف فى بعض صور للتي ذكرها و الذى يخطر بالبال أن النزاع هنا لفظى لأنه من البعيد جدا أن يلتزم شيخ الطائفة و نظائره على البطلان فيما لا بدّ من القول بالصحة و يلتزم العلامة بالصحة فى مورد ، لا بدّ فيه من البطلان و توضيح ذلك أن الشقوق المتصور فى هذا الفرع أربعة ، الأول : أن يبيع البايع المنسوج الشخصى الذى موجود مع منسوج آخر كلى فى الذمة مثل ذلك المنسوج الخارجى فيكون المبيع مركبا من الشخصى و الكلى ، فالظاهر أنه لا شبهة فى صحة هذا القسم ولا يتوهم أحد بطلان بيع الكلى و لا يحتمل قول الشيخ بالبطلان هنا ، وعليه فان كان المنسوج الآخر مثل المنسوج سابقا فهو ، و الا فلا بدّ للبايع من تبديله و يطالبه مثل المنسوج الأول و لا يثبت الخيار للمشتري ، نعم لو كانت الهيئة الاتصالية لها مدخلية فى زيادة الثمن ثبت له خيار تخلف الوصف و تبعض الصفقة كما هو واضح .

الثانى : أن يبيع هذا المنسوج الموجود الخارجى الشخصى مع مقدار خاص من الغزل الخارجى الشخصى أيضا و لكن يشترط المشتري على البايع نسجه مثل الاول و هذا أيضا لا شبهة فى صحته لأن الشرط سائغ غير مخالف للكتاب و السنة ، و لا فيه جهالة ليوجب البطلان من جهة الغرر و عليه فاذا تخلف الشرط ثبت للمشتري خيار تخلف الشرط ، كما هو واضح .

الثالث : أن يبيع المنسوج الخارجى الشخصى مع مقدار معين من الغزل الكلى فى الذمة و لكن يشترط المشتري على البايع أن ينسجه مثل الاول فى هنا أيضا لا طريق الى البطلان مع معلومية الشرط و مشروعيته و لا يحتمل أن يقول الشيخ و أضرابه بالبطلان هنا و عليه فاذا تخلف لا يثبت الخيار للمشتري ابتداءً الا اذا انجز الى تخلف الوصف و تبعض الصفقة الموجب

لقلة مالية المبيع كما هو واضح .

الرابع: أن يبيع الثوب مع غير المنسوج من غير أن يدخل تحت أحد العناوين المتقدمة وهذا باطل ، لأنه بيع آخر غير موجود و مبيع معلق و قد دلت الأخبار الكثيرة على بطلان بيع ما ليس عندك و من واضح أن هذا منه و أما بيع الكلى فقد خرج عن بيع ما ليس عندك و هو محكوم بالصحة كما أن السلم كك أى كالكلى و المعنون فلا اقل من الاحتمال أن النافين لصحة البيع فى هذا الفرع كالشيخ و نظائره ناظرين الى الوجه الأخير و مثبت الصحة كالعلامة فى المختلف ناظر الى الوجوه الثلاثة الاول و اذن فالنزاع لفظية و على تقدير أن لا يكون النزاع لفظيًا فالحق هو ما ذكرناه كما هو واضح ، هذا تمام الكلام فى خيار الرؤية .

فى خيار العيب

قوله : السابع : خيار العيب ، أقول : قد تسالم الفقهاء على صحة البيع مع الجهل بصفة المبيع التى من أوصاف الصحة ، وقالوا اذا تخلف ثبت فيه خيار العيب و يمتاز هذا الخيار عن بقية الخيارات بأن من له الخيار فى بقية الخيارات مخير بين الامضاء و الفسخ و لكنه هنا مخير بين الفسخ و الامضاء مجاناً أو مع العوض ، و لكن وقع الاشكال فى ذلك بأنه يلزم ح أن يكون البيع غررًا فيكون باطلا و قد أجاب المصنف عن ذلك بانها ما يكون البيع غررًا اذا لم يكن هنا ما تحرز به صحة المبيع و لا شبهة فى أنها تحرز بأصالة الصحة و السلامة و اذا استند المتبايعان الى أصالة السلامة فيرتفع الغرر و يكون البيع صحيحاً و اذا ظهر العيب فى المبيع فيكون للمشتري خيار العيب لتخلف الشرط الضمنى الارتكازى الذى ترك التصريح به اعتماداً على

اصالة الصحة .

و لكن یرد علیه أنه لا دلیل على اصالة السلامة فى الامتعة بوجه حتى يمكن الاستناد الیه فى ذلك و توهم استصحاب الصحة اذا كانت أمراً وجودياً فاسد لأن عدم الصحة أيضاً أمراً وجودياً و التقابل بينهما هو لعدم والملكة فلا یجرى الاستصحاب فى طرف واحد نعم الأصل الأولى فى الاشياء مع قطع النظر عن جمیع الطوارئ هو أن يكون سالماً فى العيوب كما أن الأصل فى جمیع الاجسام أن يكون كروياً مع قطع النظر عن الزواجر و القواسر الخارجية فان نسبة الهواء الیهما على حد سواء و مع ذلك فالغالب فى الاشياء هو عدم الكروية و قد عرفت ذلك فى أول الخيارات و فى المقام أيضاً نقول أن الأصل فى الاشياء و ان كان هو الصحة و السلامة و لكن مع ذلك أن الغالب فیها غیر الصحة لأننا نشاهد بالوجدان و نرى بالعیان أن أغلب الاشياء معیوب و سقیم و غیر صحیح و على هذا فكيف یحزر باصالة الصحة أن المبیع سالم عن العيب و لیس بفررى و خطرى و مع كون أغلب الاشياء صحیحة و غیر معیبة فایضا لا يمكن رفع الغرر عن البیع بذلك لأن هذا لا دلیل على اعتباره الا من باب أنه یفید الظن و لو من باب أن الظن یلحق الشئ بالأعم الأغلب و من الواضح أنه لا یغنى من الحق شیئاً و یبقى دعوى الاجماع على صحة البیع فى المقام بان یقال ان الاجماع قد قام على صحة البیع فى المقام بغير اشتراط فیکون ذلك مخصصاً للنهی عن بیع الغرر بمعنی أن البیع الغررى باطل الاّ فیما تعامل المتعاملان على المبیع بغير الوصف الصحة فاذا ظهر فیه عيب ثبت خيار العيب للطرف و لكن ثبوت الاجماع التبعیدى على ذلك بعید جدا و الحكم بفساد هذا البیع الواقعة على الاشياء بغير علم بجمیع أوصافها أبعد فتصبح أن المسئلة تكون مورد اشکال قوى و دعوى امکان احراز ذلك فى ما اذا كانت الحالة السابقة فى

المبيع الصحة فاسد اذ استصحاب الصحة لا يرفع الغرر فان الغرر هو الخطر وهو أمر نفسي ، فلا يرتفع بالاستصحاب كما لا يخفى ، ولكن يمكن الجواب عنه على ما اخترناه في ارتفاع الغرر بالخيار على ما تقدم خلافا للمصنف وجميع من تأخر عنه حيث ذهبوا الى أن الخيار من الأحكام الشرعية الثابتة على العقد الصحيح أى من أحكام العقد الصحيح فلا يرتفع الغرر بذلك فان العقد بعد كونه صحيحا لا يعقل أن يكون غرريا لأن غررية العقد توجب بطلانه .

و لكن قد ذكرنا سابقا أن ما لا يرتفع الغرر بالخيار انما هو الخيار المجمعول بجعل الشارع كخيارى المجلس و الحيوان و أما الخيار المجمعول بجعل المتعاملان فلا شبهة في ارتفاع الغرر به ، لأن الغرر على ما عرفت هو بمعنى الخطر فإى خطر في اقدام الشخص على شراء شيء مع جعل الخيار لنفسه بان يشترط كونه على وصف كذا و اذا ظهر على الوصف فهو و الاّ فله الخيار فلا يكون المشتري بعد هذا الاشتراط الذى لازمه جعل الخيار فى خطر اصلا و لا يتوجه عليه محذور كما هو واضح .

و على هذا المسلك يسهل لنا دفع الاشكال المتوجه على البيوع المتعارفة أعنى اشكال غرريتها ، نعم يصعب على مثل الشيخ (ره) دفع ذلك كما عرفت .

و توضيح ذلك أن المتبايعين حين الاقدام على المعاملة قد اشترط كل منهما على الآخر بحسب ارتكازهما كون العوض سالما عن العيوب كما اشترط كل منهما كون كل من الثمن و المثلن مساويا للآخر كما تقدم و اذا تخلف هذا الشرط كان للمشروط له خيار تخليف الشرط و على هذا فالمشتري مثلا و ان لم يعلم بأوصاف الصحة للمبيع و لكن قد اشتراه مشرطا على البايع كون ذلك صحيحا عن العيوب و اذا ظهر على خلاف ما اشترط عليه كان له

الخيار فأى غرر و خطر فى هذه المعاملة فانه مع ظهور المبيع سالما فلا غرر ولا خطر و مع ظهوره غير سالم فأىضا لا خطر هنا فان الفرض أن له الخيار فاذا لم يرد يفسخ المعاملة كما هو واضح ، فلا يقع فيه الغرر كما اذا صرح بهذا الشرط فى ضمن البيع فهل يتوهم أحد أن البيع هنا غررى ولا شبهة أن الشرط الضمنى كالاتراط صريحا كما هو واضح ، وعلى هذا البيان لا ريب أن خيار العيب من فروع خيار تخلف الشرط لا من الخيارات المقابلة لخيار تخلف الشرط كخيار الحيوان و التأخير و الرؤية و نحوها غاية الأمر ثبت هنا الأرش للرواية الخاصة و بالجملة على هذا المسلك فخيار العيب الذى ثبت فيه الأرش قسم من خيار تخلف الشرط و على هذا أيضا لا يفرق فى كون الخيار خيار عيب مع ظهور العيب فى المبيع بين أن يكون الشرط بحسب الارتكاز أو غيره و يدل على هذا التعميم الروايات منها صحيحة زرارة (١) عن أبى جعفر عليه السلام : الله قال ((أيضا رجل اشترى شيئا و به عيب و عوار لم يتبرأ اليه و لم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار و بذ لك الداء انه يمضى عليه البيع و يردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به)) فأن اطلاق هذه الرواية وغيرها هو ثبوت خيار العيب للمشتري مع الاشرط صريحا ايضا و ان لم يقتصر فيه بالشرط الضمنى و انما ليس له حق الرجوع بالفسخ للتصرف فلا يلزم من التصريح بالشرط أن يكون الخيار خيار تخلف الشرط ، بل يكون خيار خيار عيب فيرتب عليه حكمه ، ثم ان خيار العيب و ان كان من مصاديق خيار تخلف الشرط لكن مع ذلك فرق بينهما فانه قد عرفت سابقا أنه لا دليل على مسقطية التصرف فيه بخلافه هنا فان الرواية دلت على أن احداث الحدث

(١) وسائل : ج ١٢ ، ص ٣٦٢ ، حد ٢٠

يوجب سقوط الخيار و يبقى حتى مطالبة الأرض فقط للمشتري

لا يقال أن هذه الرواية لا تدل على سقوط خيار الشرط بل الساقط خيار العيب و يبقى خيار تخلف الشرط على حالة كما لا دلالة فيها على سقوط خيار الحيوان .

فانه يقال انه فرق بين خيار العيب و خيار الحيوان فان خيار العيب غير خيار تخلف الشرط، كما عرفت، فمستطية التصرف قد جعل في مورد خيار تخلف الشرط فلا يعقل بقاءه بعد التصرف بخلف خيار الحيوان فانه اخص من خيار تخلف الشرط فلا يمكن كشف سقوطه من اطلاق قوله عليه السلام فان أحدث فيه حدثا فله الأرض دون الفسخ على ما هو مضمون الرواية ، و قد عرفت سابقا أن الخيار لا يتقيد بسببه حتى أن يقال ان موارد العقيد بكذا قد سقط .

هكذا ينبغي أن يحرز المقام ثم ان ما ذكرناه يظهر أن ثبوت خيار العيب ليس من جهة انصراف المبيع الى الفرد الصحيح حتى يجاب عنه تارة بأنه لو تم الانصراف بما يختص بالمقام، بل يتم في سائر الموارد أيضا من مطلق تخلف الشرط الذي هو مورد خيار تخلف الشرط و غيره، و يجاب اخرى كما في المتن بانه لو تم الانصراف فلازم ذلك بطلان العقد ، لأن ما وقع عليه العقد اعنى الصحيح ليس بموجود و ما هو موجود فليس بمبيع فيكون المقام كتخلف الصور النوعية كما هو واضح .

ثم انه أيد المصنف كون ثبوت خيار العيب أعم من صور الشرط الضمنى الارتكازى و من صورة التصريح بالشرط برواية يونس فى رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء ، قال : يردّ عليه فضل القيمة وعللّ بالتعميم بأن اختصاره عليه السلام على أخذ الارش الظاهر فى عدم جواز الرد يدل على أن الخيار خيار العيب و لو كان هنا خيار تخلف الاشرط لم يسقط

الرد بالتصرف مع أن الاشتراط فرض في الرواية صريحا كما هو ظاهر قوله عليه السلام : الله على أنها عذراء و لا يرد عليها أن الاشتراط هنا لم يكن صريحا ، بل ارتكازيا لثلاثا تعم الرواية صورة الاشتراط صريحا ، وذلك لما عرفت أن ظهر قوله على أنها عذراء هو الاشتراط الصريح ، والحاصل اشكل على الرواية ثانيا بانه لو سلمنا كون على أنها عذراء ظاهرا في صورة الاشتراط و لكن لم يفرض في الرواية سقوطه بالتصرف ليكون ذلك خيار عيب و أيضا لا يرد على أن الخيار خيار تخلف الشرط لا خيار العيب حتى يقال أنه أعم من صورة الاشتراط صريحا و عدمه و دعوى أنه لو كان الخيار خيارا لاشتراط لم يستط بالتصرف و قد فرض في الرواية سقوطه بالتصرف و ثبوت الأرش فقط دعوى غير صحيحة لأنه لم يفرض التصرف في الرواية لو سلمنا كون هنا اشتراط و الجواب عن ذلك هو التصرف مفروض في الرواية حيث أن الظاهر من قوله عليه السلام فلم يجدها عذراء أنه تصرف فيه و لم يجدها عذراء ، لأنه علم بذلك بالعلم الخارجي من البينية و نحوها فانه لا يطلق الوجدان على ذلك ، بل يقال علمها و عرفها و لا يطلق ذلك على المعرفة الحاصلة من العلم الخارجي ، و على كل حال فالرواية ظاهرة في التصرف فلا يرد على كون المفروض في الرواية هو خيار العيب بقريته سقوطه بالتصرف و ثبوت الأرش فقط أنه لم يفرض التصرف في الرواية .

بل الجواب عن تأبيد المصنف أنه ليس وصف الثيبوبة عيبا في المرأة ليكون وصف العذرائية من أوصاف الصحة ، بل هو من وصف الكمال ، فان العيب ما يكون نقصا في البدن فذهاب البكارة لا يوجب النقص في البدن و الآيلزم كون اكثر النساء معيبة و عليه فلا يكون الخيار في مفروض الرواية خيار عيب ، بل خيار تخلف الشرط غاية الأمر لو كانت الرواية صحيحة لكانت دالة على ثبوت الأرش في مورد خاص من مصاديق خيار تخلف الشرط و

سقوطه بالتصرف كما يثبت الأرش بذهاب البكارة في النكاح ، يعنى ينقص من المهر ما بين تفاوت البكر والثيب و سيأتى التعرض لكون الثيبوبة عيبا أم لا فى العيوب ؟

قوله : مسألة : ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد واخذ الأرش ، أقول : قد تسالم الفقهاء على كون المشتري مخيرا بين فسخ العقد و امضائه مجانا ، أو مع العوض ، و لكن لم يوجد فى الأخبار ما يدل على ذلك ، و لذا ذكر فى الحدائق أن اثبات التخيير بين الفسخ و الامضاء مع الأرش من الاول بالأخبار مشكل و ان اتفق الفقهاء على التخيير من الاول و ذكر أنه لم يتنبه على هذه النكته أى عدم انطباق فتوى الفقهاء على الروايات قبلى أحد و ما ذكره صاحب الحدائق قوى جدا لأن الأخبار انما تثبت الأرش بعد التصرف الموجب لسقوط الخيار لا قبله و عليه فالحكم قبل التصرف هو الخيار فقط من دون أن يكون للمشتري حق مطالبة الأرش ، نعم ان كان هنا اجماع تعبدى يوجب التخيير من الأول فهو و الا فما ذكره الأصحاب مشكل جدا و لكن اثبات الاجماع أيضا مشكل فانه يحتمل أن يكون مدركه الوجه الاعتبارية أو توهم دلالة الاخبار على ذلك ، و ذكر المصنف أنه قد يتكلف اثبات التخيير من الاول بوجهين :-

الاول : استفادة حكم ذلك من الاخبار بدعوى أنها تدل على الرد أعم من رد المبيع أو الأرش و أشار الى ذلك بأنه يصعب استفادة ذلك من الاخبار و غرضه أن يدعى أن المراد من الرد فى الاخبار رد المبيع فى الجملة أعم من أن يكون بالرجوع بتمام الثمن بان يفسخ أو بالرجوع بالارث فان أخذ الأرش أيضا رد للمبيع فى الجملة حيث لم يبقه على حاله من مقابلة المبيع بتمام الثمن و فيه أولا أن الظاهر من الرد فى الاخبار هو رد المبيع و لا يصدق رد المبيع على أخذ الأرش و هو واضح على أن الوصف لا يقابل

بالتن كما سياتى .

الوجه الثانى : أن نفس وصف الصحة انما هو يقابل بجزء من الثمن فمن الأول يكون الثمن فى مقابل العين و وصفه و اذا ظهرت المخالفة أى ظهر عيب فى المبيع كان المشتري مخيرا بين ردّ ما قابل الوصف من الثمن و بين فسخ العقد كما هو واضح .

و اشكل عليه المصنف : ان وصف الصحة و ان كان يوجب الزيادة فى المالىة و لكن لا يكون الثمن واقعا فى مقابل الوصف ، بل يكون واقعا فى مقابل العين ، و الوصف واسطة لثبوت المالىة للعين و كذا لا يملك المشتري على مطالبة عين الثمن ، بل يطلب التفاوت مع فقدان وصف الصحة مع أنه لو كان الوصف يقابل بالثمن كان للمشتري مطالبة جزء من شخص الثمن الذى وقع فى مقابل الوصف ، و هذا الذى ذكره المصنف متين جدا ، على أنه لو كان وصف الصحة يقابل بجزء من الثمن ، فإى فرق بين هذا الوصف وبين بقية الاوصاف كالاوصاف الكمالية ، كما هو واضح .

ثم ذكر المصنف أنه قد يكون الثمن غير واقع فى مقابل الجزء أيضا فضلا عما هو شرط واقعا و هذا فيما اذا كان الجزء مأخوذا فى العقد على نحو الشرطية كما اذا قال البايح بعثك الأرض الفلانية على أنها جريان معينة ، فظهر خلاف ذلك أو قال بعثك الحنطة الفلانية على أنها منان فظهر أنها من ، فذكر أنه فى هذه الصورة أيضا ثبت للمشتري خيار تخاف الشرط ، و ليس له مطالبة جزء من الثمن بحيث يكون الخيار خيار تبعض الصفة .

و لكن ما ذكره المصنف لا يمكن المساعدة عليه فان المناط فى كون شيء شرطاً فى المعاملة أو جزء ليس هو الذكر فى اللفظ ، بل المناط هو اللب و الواقع و من الواضح أن المبيع فى مثل الأمثلة المذكورة هو جميع أجزاء الأرض و الحنطة و قد تقدم فى شرائط العوضين أن المبيع ينحل الى أمور متعددة

كما هو واضح .

وعلى الجملة أن الصورة وأن كانت صورة شرط ولكن الواقع أن المذكور بعنوان الشرطية هو جزء المبيع فيكون البيع مع التخلف عن المقدار المذكور منجلا الى بيوع متعددة كما هو واضح ، فما ذكره المصنف ثانيا من الاشكال ليس بصحيح .

ثم انه ذكر في المبسوط أن أخذ الارش مشروط بالياس عن الرد فان كان مراده من اليأس هو تحقق ما يمنع عن الرد كالتصرف ونحوه من المسقطات فهو يرجع الى ما ذكرناه وما ذكره صاحب الحدائق وهو متين ، والآ فان كان مراده أنه مع اليأس عن الرد ولو مع بقاء الخيار فهو منطبق على ما ذكره المشهور ولا دليل عليه وعلى الجملة فلا دليل لما ذهب اليه المشهور من التخيير بين الرد والأرش من الاول ، نعم في الفقه الرضوى ما يدل على ذلك كما ذكره في المتن والحدائق بناء على عدم زيادة كلمة المهزة بين كلمة وان شاء أخذه وبين كلمة رد بان يكون العطف بالواو لا بأو ليكون للتخيير ، ولكن قد عرفت في أول الكتاب مفصلا عدم اعتبار فقه الرضوى .

ثم ان ظهور العيب في المبيع هل هو كاشف عن الخيار وأن الخيار ثابت من زمان وجود العيب أو أنه مثبت للخيار وتظهر الثمرة بينهما فيما اذا اسقط المشتري خياره قبل ظهور العيب فانه على القول بكونه كاشفانه فلا شبهة في جواز الاسقاط فلا يلزم اشكال اسقاط ما لم يجب ، وأما على القول بكونه مثبتا للخيار فلو استقط قبل ظهور العيب يلزم منه اشكال اسقاط ما لم يجب ، ولكن قد عرفت سابقا أنه لا محذور في ذلك أصلا ولا دليل على عدم جواز اسقاط ما لم يجب الا أنه قام الاجماع وتحقق الارتكاز على بطلان التعليق في المعاملات و شيء منهما لا يجرى في المقام بعد وجود مقتضى للخيار الذي سقط .

و أما أن ظهور العيب كاشف عن الخيار أو مثبت، فنقول الذى يظهر من الأخبار أنه كاشف عن ثبوت الخيار فإن الظاهر من قولهم من اشترى شيئاً ووجد فيه عيباً فله الرد، على ما هو مضمون الرواية أن للوجدان طريق الى الواقع و ليس له موضوعية فى ثبوت الخيار كما هو المتفاهم العرفى من أمثال ذلك، فانه لو سئل المفتى عن مثل ذلك فلا يتوهم أحد أن الوجدان له موضوعية فى ثبوت الخيار من حين الوجدان، بل هو كاشف عن ثبوت ذلك من الاول و مرآت عليه و مع الاعماض عن ظهور هذه الاخبار فى ما ذكرناه و لكن يكفى فى الدلالة على ما نقوله ما فى الصحيح عن أبى جعفر عليه سلام اللّٰه أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبرأ اليه و لم ينبه فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً و علم بذلك العوار و بذلك العيب فانه يمضى عليه البيع فان هذه الرواية الشريفة تدل بمنطوقها على مضى البيع اذا علم المشتري بالبيع بعد التصرف و لكن يأخذ الارش و تدل بفهمها على ثبوت الخيار له اذا علم بالعيب قبل التصرف، ثم قال علم بذلك العوار حيث جعل العلم طريقاً الى كشف العوار و لذا قال أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب و عوار فظاهرها ان الخيار ثابت من الاول و لكن حيث أن البائع و لم ينبه بالعيب فيكشف العلم عن ثبوته من الاول مما هو واضح و العجب من السيّد حيث انكر وجود ما يدل على كون وجدان العيب كاشفاً عن كون الخيار ثابتاً من الاول مع ان هذه الرواية ظاهرة فى ذلك، نعم هو شريك معنا فى المدعى ثم ذكر المصنف أن ظهور العيب شرط لثبوت الخيار، و أما سببه فهو من زمان وجود العيب فهو أيضاً خلاف الظاهر من الروايات خصوصاً لصحيفة المتقدمة، فانهم .

ثم انه مما يؤيد بل يدل على كون الخيار مسبباً عن العيب لاعتباره ظهوره

ثبوت الأرش العيب .

ثم انه هل يختص خيار العيب بالمشتري أى بالتمن فيكون الخيار للمشتري فقط، أو يجرى فى الثمن و يشمل للبايع ايضا، الظاهر أنه لا خلاف فى ثبوته للبايع أيضا و انما الكلام فى مدرك ذلك، و الذى يمكن أن يقال فيه وجوه :-

الاول : قيام الاجماع على ذلك و فيه أن القطع بذلك مشكل جدا و لا نعلم بالاجماع التعبدى هنا فانه مع تحقق الاجماع فنحتمل أن يكون مدركه الوجوه الآتية .

الثانى : قاعدة نفي الضرر و فيه أنه قد مر مرارا أن قاعدة نفي الضرر لا يكون مدركا فى شىء من الخيارات على أنه لو كان هو المدرك هنا لكان اثبات الأرش به مشكلا و الا فلازم ذلك أن يثبت الأرش فى كل مورد كان نفي الضرر دليل للخيار كما هو واضح ، و من المعلوم أنه لم يلتزم به أحد فى غير خيار العيب .

الثالث: أن يدعى أنه لا خصوصية للمبيع فى ثبوت خيار العيب و الارش فيه مع كون الثمن فى طرق آخر من المعاملة و عدم امكان البيع بالمبيع فقط، بل لا بدّ من تحقق البيع بين الطرفين و المبادلة بين العوضين فنسبة البيع بالنسبة الى الطرفين على حد سواء و عليه فالأخبار الدالة على ثبوت الخيار و الأرش فى المبيع تدل على ثبوتها فى الثمن أيضا فيكون الخيار ثابتا للمشتري أيضا كما ذكرنا سابقا أن ما دل على أن ثمن العذرة سحت أو ثمن الخمر سحت، و ثمن الكلب سحت، أنه يختص بالتمن فقط بل يجرى فى الثمن أيضا لعدم الفرق فى الفرض الذى نهى عن الثمن الامور المذكورة فهى موجودة فيما اذا كانت الامور المذكورة ثمن لشىء آخر أو اجرة للعمل أيضا كما هو واضح .

و اذا امكن اثبات هذه الدعوى فى المقام أيضا كان الخيار و الارش

جاريا فى طرف البايع أيضا و أن ذكر خصوص المبيع فى الروايات لكنه من جهة الغلبة اذ الغالب أن الثمن هو النقود و لا يكون فيها عيب غالبا ، و لكن اثبات هذا أيضا مشكل فانه من أى علم أن ذكر المبيع من جهة الغلبة كما هو واضح .

نعم ، لا نضائق من القول بثبوت خيار العيب للبايع أيضا لا من جهة العيب ، بل من جهة الشرط الضمنى على ما تقدم ، وعليه فلا يمكن الالتزام بثبوت الأرش فى طرف الثمن كما هو واضح .

ومن هنا ظهر فساد ما ذكره السيد فى العقام من كفاية الظن يكون ذكر المبيع من جهة الغلبة و كونه كفاية عن العوض فى البيع فانه لا دليل على حجية هذا الظن و اشكل من تعدية الحكم أى للثمن تعدية الحكم الى مطلق المعاملات بان يقال انه اذا أجر أحد دارا من شخص فظهر فيها العيب فيكون مخيرا بين مطالبة التفاوت و الفسخ فانه يمكن أن فى تعدية الحكم الى الثمن أن يقال أن ذكر المبيع من جهة الغلبة كما تقدم ، و أن الثمن فى طرف البيع فاذا ثبت الحكم فى المبيع ثبت فى الثمن أيضا لعدم الخصوصية للمبيع كما مثلنا بالامثلة المتقدمة فان الفرض من الاخبار تفهيم أن النقص فى العوض يوجب الخيار و الأرش و لكن لا يمكن النفوذ به ذلك فى مطلق المعاملات و عليه فلا بأس بالالتزام بالخيار فيها لتخلف الشرط و أما الارش فلا دليل على ثبوته فيها كما هو واضح .

قوله فى مسقطات هذا الخيار بطرفيه أو أحدهما مسألة يسقط الرد خاصة بأمر ، أقول : الظاهر بل الواقع أنه لا شبهة فى سقوط خيار العيب بالاسقاط على نهج بقية الخيارات و انما الكلام فى سقوط الرد فقط ، أو سقوطه مع الأرش بحيث لا يكون لمن له الخيار بعد الاسقاط حتى الرجوع فقط و الظاهر أنه لا ملازمة بين سقوط الرد و سقوط حق مطالبة الارش كما

إذا لم يكن لكلامه ظهور إلا في سقوط الردّ فسقط كقوله اسقاط الردّ أو لم يكن ملتفتا بان له مطالبة الأرش بل له الخيار فقط فانه ح لو اسقط خياره ولو مع عدم تقييده باسقاط الردّ، بل باسقاط مطلق الخيار فانه ح يسقط الردّ فقط أيضا، بل الامركك حتى مع الالتفات بثبوت حق الردّ والأرش له ولكن القرينة قائمة على أنه لا يسقط إلا الردّ أو ليس في كلامه ظهور عرفي في ذلك وأن قال اسقط خيارى وعلى الجملة فالمناطق في اسقاط الردّ والأرش هو الظهور العرفي فكلما دل في كلامه على سقوط الردّ فقط أو الردّ والأرش معا فيكون متبعا والا فلا، كما هو واضح .

وعليه فدعوى أن كلمة الردّ ظاهرة في اسقاط الخيار فقط، وأن كلمة الخيار ظاهرة في اسقاط الردّ والأرش فقط لا يمكن المساعدة عليه، نعم كلمة اسقط الردّ ظاهرة في اسقاط الردّ فقط، كما هو واضح عذاهوالمطلب الاول .

والحاصل : أن سقوط الخيار بطرفيه من الردّ والأرش وبطرفه الواحد يحتاج الى كون المسقط ظاهرا فيه وعليه فلا بدّ من الاقتصار بالمتيقن .
المطلب الثانى : أنه لا شبهة في سقوط هذا الخيار بالتصرف اجمالا وانما الكلام في خصوصيات ذلك، فنقول ان التصرف انما يكون على أنحاء الاول أن يكون تصرفا مغيرا كقطع الثوب وصبغه ونحو ذلك، وعذ الاشبهة في كونه مسقطا للخيار و تدل عليه الصحيحة عن أبى جعفر عليه سلام الله ايما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرأ اليه و لم ينبه فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئا و علم بذلك العوار و بذ لك العيب فانه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب من ذلك لو لم يكن به، و من الواضح أن تغيير العين و لو بمثل الصبغ ونحوه احداث للحدث فان المراد من الاحداث هو الكناية عن ثبوت حدث في المبيع لا معناه الصريح

اعنى اسناد الحدث الى الفاعل فيكون موجبا لسقوط الردّ و يبقى له حق مطالبة الأرض فقط كما لا يخفى .

و يؤيد ذلك مرسله جميل التي يعاملون معها معاملة الصحيح و ان ناقشنا فى ذلك و هى عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيبا ، قال : ان كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن و ان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجح بنقصان العيب .
 الثانى : أن لا يكون هنا تصرف يوجب التأثير فى العين خارجا ، لكن يكون هنا تصرفا اعتباريا بحيث يكون مانعا عن الرجوع الى المتصرف ثانيا كأن يبيعه من شخص آخر فان البيع و ان كان لم يكن مثل القسم الاول من احداث الحدث فى العين و لكن لا شبهة فى صدق احداث الحدث على مثل هذا التصرف أيضا فانه أى احداث حدث يكون اعظم من هذا الذى لا يقدر معه المتصرف على الردّ الى ملكه و هكذا لو أجر العين من شخص فان العين حين ما اخذها من البايع كانت واجدة للمنفعة و قد صارت فاقدة لها فأى حدث اعظم من ذلك و سقوط الخيار قبل هذا التصرفات للنص المتقدم و الا فقد عرفت عدم سقوطه بالتصرف بمثل تلف العين غاية الامر ، العقد يفسخ و ينتقل الى المثل أو القيمة لأن الفسخ متعلق بالعقد دون العين كما تقدم .

نعم لو نقل العين الى غيره بمثل الهبة فالظاهر عدم سقوط حق الردّ بذلك فان العين و ان انتقلت الى غيره و لكن للمشتري التمكن من رده بالرجوع فاذا قال فسخت العقد فيكون هذه العبارة فسحا للعقد و رجوعا فى الهبة كما هو واضح و لا يقاس ذلك بإمكان الرجوع فى البيع أيضا بالشراء و نحوه فان اختيار الرجوع فى ذلك ليس تحت يد المشتري اعنى البايع الثانى بخلاف ما لو نقلها بالهبة فان اختيار ارجاع العين تحت يد الواهب

كما لا يخفى ، فافهم .

ومن هنا ظهر أن ما تنظر المحقق الثاني في سقوط حق الردّ بالهبة وجيه ولا وجه لرد المصنف اياه بانه لا وجه له .

الثالث : أن يكون التصرف تصرفا خارجيا من غير ان يكون مغيرا للعين

ولا يكون مثل القسم الثاني أيضا ، وهذا على اقسام ثلاثة : -

الاول : أن يكون له ظهور عرفي في سقوط الخيار به كالمسقط اللفظي

فان سقوط الخيار لا يختص باللفظ كما تقدم في خيار الحيوان وغيره ، بل يسقط بالفعل أيضا لا بما انه تصرف بل بعنوان أنه مسقط عرفي كما هو واضح الثاني : أن لا يكون له بشخصيه ظهور في سقوط الخيار به فنذكر

المصنف أن الفعل اذا كان له دلالة نوعية وكاشفة نوعية في الرضا بالعقد و اسقاط الردّ كاللفظ كان موجبا لسقوط الخيار و لكن الظاهر أن هذا الكلام لا يمكن المساعدة عليه للفرق الواضح بين اللفظ والفعل في ذلك فان اللفظ انما يكون كاشفا عن ارادة المتكلم مدلول ذلك بحسب التعهد فان المتكلم قد تعهد بأنه اذا تكلم بلفظ فلاني فانه اراد المعنى الفلاني وعليه فيكون الظن الحاصل من كاشفية اللفظ نوعا حجة ومتبعا بحسب قيام بناء العقلاء على ذلك وهذا بخلاف الفعل الفلاني فانه اراد المعنى الفلاني ليكون كاشفية متبعة غاية الامر أنه يحصل الظن من ذلك فهو ليس بحجة لعدم الدليل على اعتباره من بناء العقلاء وغيره كما لا يخفى ، فافهم ، و هذا هو الفرق بين اللفظ والفعل في الكاشفية وعدمها ، خذها و اغتنم .

الثالث : أن لا يكون له ظهور في الاسقاط كما في القسم الاول ولا

يكون له كاشفية نوعية كما في القسم الثاني على ما ذكره المصنف ، بل يكون مجرد التصرف كالامر باسقى و غلق الباب و اعطاء متاع فظا هر جماعة أنه يسقط الرد بذلك أيضا ، بل هذا هو صريح العلامة حيث ذكر في بعض كتبه أنه

يسقط الرد بالا مرقوله ناولنى الماء أو أغلق الباب و نحو ذلك، و لكنه لا وجه لسقوطه بذلك بوجه فان الدليل على السقوط هنا هو احداث الحدث و من الواضح أنه لا يصدق على مثل هذه التصرفات احداث الحدث وليس له كاشفية نوعية أيضا حتى يمكن القول بسقوطه من هذه الجهة كما قيل فى القسم الثانى فيبقى القول بالسقوط بمثل ذلك ح بلا دليل كما هو واضح . و الحاصل أنك قد عرفت أن التصرف بما هو تصرف لا يكون موجبا لسقوط الخيار حتى لو كان موجبا لتلف العين لما عرفت أن الفسخ و الخيار انما يتعلق بالعقد دون العين حتى لا يمكن ردها مع التلف فيجوز الفسخ بعد تلف العين و ينتقل العين الى المثل أو القيمة و لكن قد ورد النص بأن احداث الحدث فى خيار العيب يكون مسقطا له و لمكان هذا النص فنقول بالسقوط هنا بالتصرف و لا شبهة فى صدق احداث الحدث بمثل تغيير اللون و القص فى الثوب و نحوه و هكذا فى مثل نقلها الى غيره بالبيع اللازم و كذلك الايجار كما عرفت لصدق احداث الحدث فى جميع ذلك ، نعم لا يصدق ذلك فى مثل الهبة ثم انك قد عرفت أن ذلك ليس من جهة أن الفسخ يتعلق بالعين فمع نقلها الى غيره لا يمكن الرد ، بل هو من جهة التعبد فقط و الا فالفسخ يتعلق بالعقد على ما عرفت سابقا ، فاذا انفسخ العقد فان كانت العين باقية يأخذها و الا فمثلها .

ثم انه لا بدّ و أن يعلم أن المصنف قد عبر عن رواية زرارة بالصحيحة فى موردين و هذا اشتباه لأن فى سندها موسى بن بكر و قد اختلف فى حاله و قال بعضهم أنه ضعيف و واقفى و قال بعضهم انه ممدوح كالمجلسى و ابن ادرس فى آخر السرائر و هذا هو الظاهر و لعل وجه تضعيف بعضهم أنه واقفى و ان استشكل بعضهم فى كونه واقفيا أيضا و كيف كان فالرواية و ان كانت معتبرة ، و لكنها ليست بصحيحة و لعل المصنف تبع فى

التعبير عنها بالصحيحة قول العلامة حيث انه عبر عنها بذلك في ولد الملاعنه لا في هذه الرواية، بل في رواية أخرى مروية بهذه السند وهو أيضا اشتباه فان العلامة قد ضعف موسى بن بكر في الخلاصة ومع ذلك حكم بصحة روايته وهذا استدراك مما تقدم.

واما التصرف الخارجى الغير المغيّر فقد عرفت أنه على ثلاثة اقسام وعرفت القسمين عنها الاول كونه شخصية كاشفا عن الرضا بالعقد و كونه مسقطا للخيار الثانى ما يكون بنوعه كاشفا عنه كما ذكره المصنف مثل دلالة الالفاظ وقد استشكلنا فى ذلك ايضا وانتهى الكلام الى القسم الثالث و هو ما لم يكن بنفسه كاشفا عن الرضا بالعقد ولا بنوعه، بل يكون مجرد التصرف الخارجى، فهى هذا مسقط للخيار أم لا، فقد يظهر من جماعة سقوطه به، بل صرح به العلامة كما تقدم وقد استدل على ذلك بوجوه.

الأول: أنه ذكر الجماع فى الرواية فى كونه مسقط للردّ مع أنه تصرف لا يوجب احداث الحدث فى الامة بوجه، بل يبقى على ما هى عليها بعد ذلك أيضا فيعلم من ذلك أن مطلق التصرف يكون موجبا لسقوط الردّ هنا. وفيه أن هذه الرواية على عدم سقوط الردّ بمطلق التصرف أدل فانه لو كان مطلق التصرف موجبا لسقوط الردّ لم تصل النوبة الى التعبير بالجماع اذ يستحيل عادة خلو الجماع عن المقدمات والتصرفات من اللمس، و التقبيل والنظر الى ما لا يحل لغير المولى ونحو ذلك فحيث اعتبر الجماع مسقطا دون غيره من مقدماتها فيعلم من ذلك أن مطلق التصرف لا يكون مسقطا للردّ و انما الجماع مسقط للنص الخاص فلا يمكن التعدى منه الى غيره.

الوجه الثانى: دعوى الاجماع على ذلك وفيه أنه لا سبيل الى دعوى الاجماع فى المقام بحيث يكون هنا اجماع تعبدى على كون التصرف على وجه

الاطلاق مسقطا للرد و ذلك لان اكثر الكلمات التي نقلها المصنف مشحونة بان التصرف انما يكون مسقطا للرد اذا كان مع العلم بالعيب والا فلا فيعلم من ذلك أن ذهاب الفقهاء الى ذلك من جهة قولهم بان التصرف كاشف نوعا عن الرضا بالعقد فيكون ذلك مسقطا للرد و حيث استشكلنا في ذلك و أن التصرف لا يكون كاشفا عنه ، فاذن لا وجه للاجماع و التمسك به ليكون التصرف مسقطا للاجماع التعبدى و هذا واضح لا يخفى .

الوجه الثالث : ما ورد في خيار الحيوان من تفسير الحدث ، بمثل التقبيل و اللمس و النظر الى ما لا يحل لغير المولى ، فيعلم من ذلك أن المراد من الحدث ليس هو حدوث تغيير في العين ، بل المراد منه هو مطلق التصرف ، و الا لما فسره الامام عليه السلام بمثل اللمس و نحوه و ان كان ذلك في اللغة بمعنى التغيير ، كما لا يخفى .

و فيه أولا : أنه قد ورد سقوط الخيار بالامور المذكورة في مورد خاص و هو خيار الحيوان ، و قلنا أن ذلك ليس من جهة أن معنى الحدث هو ذلك ، بل للتعبد الخاص و قد عرفت في خيار الحيوان أنه لا يمكن التعدى من ذلك الى بقية التصرفات في نفس خيار الحيوان ، أى يكون التصرف موجبا لسقوط خيار الحيوان فضلا عن التعدى الى غير خيار الحيوان .

و ثانيا : لو تعدينا الى خيار الحيوان و قلنا بسقوطه بأى تصرف في الحيوان فبأى وجه نتعدى الى غير خيار الحيوان أيضا و كيف كان فلا يمكن التعدى من تلك الرواية الى المقام ، و القول بان معنى الحدث هو أى تصرف و ان لم يكن مغيرا للعين فتحصل أنه لا دليل على كون مطلقا للتصرف موجبا لسقوط الخيار .

بل نقول : ان لنا دليل على عدم سقوط الرد بمطلق التصرف و هو وجوه ، الاول : رواية الجماع على التقريب المتقدم . الثانى : ما دل على أنه

لو اشترى أحد أمة و لم يطاها في ستة أشهر جاز ردها و من البديهي أنه لا يخلو عادة في هذه المدة أن المشتري يتصرف فيها ولو بالامر بكنس الدار، ويمثل ناولنى الماء، ونحو ذلك، فلو كان مطلق التصرف موجبا لسقوط الردّ، لم يحكم الامام عليه السلام بالرد في ستة اشهر، فذكر الجماع دون غيره دليل على عدم سقوط ردها بمطلق التصرف .

الثالث: ما دل على جواز ردّ المملوك من أحداث السنة أى العيوب التى ظهرت في مدة السنة فانها تكشف عن كون سبها قبل الشراء فان العادة جارية بظهور العيوب السابقة في مثل هذه المدة و تسمى ذلك أحداث السنة و من الواضح أن من المستحيل عادة أن لا يتصرف المشتري في هذه المدة اصلا، ولو بتصرف لا يغير العين أصلا .

الرابع: نفس الرواية التى دلت على عدم جواز الرد باحداث الحدث فانها تدل على ذلك اذا كان في المبيع عيب أو عوار و احداث المشتري فيه الحدث، و بمفهومها تدل على جواز الردّ ما لم يحدث فيه الحدث و من الواضح أنا علمنا من الخارج أن مطلق التصرف ليس من مصاديق احداث الحدث، لا عرفا و لا لغة و لا شرعا، فمقتضى مفهوم هذه الرواية يجوز رده لذلك كما هو واضح و على الجملة أن مطلق التصرف لا يكون مسقطا لخيار العيب أولا لعدم الدليل و المقتضى على ذلك، و ثانيا لقيام الوجوه المذكورة على عدم السقوط بمطلق التصرف .

نعم: يسقط بمثل احداث الحدث للنصر بحيث لو لم يكن هنا نص لم نقل بالسقوط بمثله أيضا، بل باتلاف العين أيضا، فان الفسخ لم يتعلق بالعين حتى يسقط الخيار بنقلها، بل بالعقد فيمكن فسخه بتلف العين و تنتقل العين الى المثل أو القيمة كما هو واضح، و من جميع ما ذكرناه ظهر لك حكم اتلاف العين كما هو واضح .

ثم انه يقع الكلام فى أن احداث الحدث الذى كان موجبا لسقوط الخيار، هل هو مسقط له بوجوده حدوثا وان لم يبقى أثره بقاء أو انما يكون مانعا عن الرد بقاء، الذى يظهر لنا من الرواية الدالة على مسقطية احداث الحدث الرد فان الظاهر من قوله عليه السلام فاحداث فيه بعد ما قبضه شيئا و علم بذلك العيب فانه يمضى عليه البيع أن الحدث موجود فى حال الرد و لذلك قال عليه السلام يمضى عليه البيع.

و بعبارة أخرى أنك قد عرفت سابقا أن التصرف بأى نحو كان لا يكون مسقطا للرد حتى التلف، فان الفسخ انما يتعلق بالعقد لا بالعين حتى لا يمكن الفسخ و رد العين بعد التلف، أو التصرف المغير للعين، وانما ثبت لنا بالنص الخاص أن احداث الحدث يكون مانعا عن الرد و الحكمة فى ذلك هو ارفاق البايع و من الواضح أن الارقاق انما يتحقق و يحصل اذا كان العيب موجودا فى العين حال ردها الى البايع، وأما اذا برء الى وقت الرد فلا يكون ذلك مانعا عن الرد و هذا المعنى هو الذى يقتضيه مناسبة الحكم و الموضوع.

قوله : فرع لاخلاق نسا و فتوى فى أن وطى الجارية يمنع عن ردها .
أقول : المشهور، بل المجمع عليه بين الأصحاب هو أن وطى الجارية مانع عن الرد، وانما الكلام فى دليل ذلك مع أنه لا دليل على كون التصرف مانعا عن الرد، وقد علل العلامة المنع فى موضع من التذكرة بان الوطى جنائية و لهذا يوجب غرامة جرم من القيمة كسائر جنائيات المملوك، و قد ذكر فى كلام الاسكافى أيضا ان الوطى مما لا يمكن معه رد المبيع الى ما كان عليه قبله، فانه لا بدّ وان يكون مراد الاسكافى أيضا ما ذكره العلامة، فانه لا مفهوم له الا ذلك اذ النظر و التقبيل و نحو ذلك أيضا يوجب أن الأمة مع ذلك فلا يمكن ردها الى ما كانت عليه قبل النظر و التقبيل فلا بدّ وأن يراد

ما ذكره العلامة من كون الوطى جنائية وقد أيدّ المصنف ذلك بما ورد في جملة من الروايات من قوله عليه السلام: معاذ الله أن يجعل لها أجر فان فيه اشارة الى انه لو ردّها لا بدّ أن يراد معها شيئاً تداركا للجناية اذ لو كان الوطى مجرد استيفاء منفعة لم يتوقف ردها على رد عوض المنفعة لكون الاستيفاء واقعا في ملكه فلا يجب مع الرد رد المنفعة كما هو واضح ، فان الفسخ فسخ للعقد من حين الفسخ لا من الاول .

أقول : أما كون الوطى جنائية فهو بديهي البطلان ، و لم يلتزم به أحد في بقية الموارد ولذا لو زنى أحد بامرأة العياذ بالله ، أو وطا غلاما لم يتوهم أحد أنه يؤخذ منه الجنائية ، نعم ثبت الجنائية في ازالة البكر و لكن ذلك من جهة كونه ازالة صفة كمال لا من جهة الوطى فما ذكره العلامة و الاسكافي مما لا وجه له ، و من هنا أنه لا فرق في التصرفات الغير المغيرة بين الوطى وغيره ، فانه أيضا من التصرفات الغير المغيرة كما لا يخفى وأما ما ذكر في الروايات من قوله عليه السلام: معاذ الله أن يجعل لها أجرا لا يدل على أن ذلك من باب الجنائية ، و أن الاستعانة من جهة نفي الاجرة و أما ما ذكره المصنف من حمل الرواية على التقية و أن الأمير عليه السلام تكلم بذلك رعاية لحال رعيته ، فهو بعيد ، بل ذلك من جهة أن الامير عليه السلام تكلم بذلك اشعارا الى أن الحكم هنا أمر ثابت بالتعبد لا انه من تلقاء نفس لأنى ليست مشرعا حتى اجعل لها أجرا و لذا قال عليه السلام في رواية ميسر: معاذ الله أن أجعل لها اجرا . بل التحقيق ان عدم جواز الرد مع الوطى من جهة التعبد بالروايات الواردة في المقام فانها دلت على ذلك ، كما هو واضح .

وقد انتهى الكلام الى أن الوطى يمنع من الرد أم لا وقلنا بكونه مانعا عن الرد للروايات الخاصة لا من جهة أنه احداث الحدث و لا من جهة انه

تصرف ولا من جهة أنه جنائية ، كما ذهب اليه العلامة ، وانما الكلام فى أنه مانع عن الرد مطلقا وليس منه استثناء أو استثنى منه صورة كون الجارية حاملة كما ان أصل مانعية الوطى عن الرد مستثنى عن اصل عدم مانعية التصرف عن الرد والمشهور هو الثانى ، وان الحمل مع كونه عيبا و الوطى ليس مانعا عن الرد وكلمات اكثرهم فى ذلك مطلقة أى اعم من أن يكون هنا عيب آخر غير الحمل أو يكون هو الحمل فقط سواء كان الحمل هو العيب أم لم يكن الحمل عيبا . وقد ذكروا هنا أيضا أن الجارية ترد ويرد معها العشر كما هو المشهور واستندوا فى ذلك الى ظاهر من الروايات منها صحيحة بن سنان الدالة على رد الجارية الحاملة ، ورد نصف عشر قيمتها ، وكك فى روايتى عبد الملك و ابن أبى عمير و فى صحيحة محمد بن مسلم يرد ها و يكسوها و فى رواية عبد الملك يرد ها و يرد عشر قيمتها وهذه الروايات تدل على ما ذهب اليه المشهور ، بل ادعى الاجماع على العمل بظاهاها ولكن خلافا لما عن الاسكافى حيث حملها على كون الجارية أم ولد من المولى و التزام بوجوب الرد لبطلان بيع أم الولد ، ويكون رد نصف عشر القيمة فى مكان مهر المثل فى الحر الموطوءة بشبهة ، وقد اختار ذلك فى المختلف بل هو ظاهر الشيخ فى النهاية ، حيث قال فان وجد بها عيبا بعد أن وطئها لم يكن له ردها وكان له ارش العيب خاصة الا أن يكون العيب من حبل فيلزمه ردها على كل حال وطئها أو لم يطئها و يرد معها اذا وطئها نصف عشر قيمتها ثم ذكر المصنف و يمكن استفادة هذه من اطلاق المبسوط القول بمنع الوطى من الرد ، فان من البعيد عدم استثناء وطى الحامل وعدم تعرضه لحكمه مع اشتهاار المسئلة فى الروايات والسنة القداما ، و اطلاع الشيخ على الروايات الدالة على ذلك .

و هذا القول هو ظاهر الرياض والوسيلة . ثم اختاره المصنف أيضا و

قال أن الروايات المتقدمة وان كان في بادى النظر ما ذكره المشهور الا أن العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه .

الأول : أنه يلزم المخالفة على هذه الرواية من أحد الطرفين اما مخالفة ظهورها في وجوب رد الجارية فانها ظاهرة في وجوب رد الجارية وحملها على الرد مع الوطى وصحة البيع لا يستقيم الا برفع اليد عن حملها على وجوب الرد اذ مع صحة البيع لا يجب الرد ، بل كان جائزا وأما القول بوجوب الرد فلا يمكن القول بصحة البيع ، بل يلتزم بفساد البيع لكونه بيع أم ولد فيكون الرد واجبا لوجوب رد مال الغير اليه ومن الواضح هذا الحمل مخالف للظاهر بلا شبهة لكون الجملة الخبرية الوارد فيها ظاهرة في الوجوب كما حقق في الأصول وحملها على مجرد الجواز خلاف الظاهر منها .

واما أن يقيد الحمل بكونه من غير المولى حتى يكون الجملة الخبرية واردة في مقام دفع توهم الحظر الناشى من الأخبار المتقدمة المانعة من رد الجارية بعد الوطى اذ لو بقى الحمل على اطلاقه لم يستقم دعوى وقوع الجملة الخبرية فى مقام دفع توهم الحظر .

وبالجملة أن دعوى جواز رد الجارية الحاملة وعدم مانعية الحمل من الرد من آثار البيع الصحيح فبعد كون البيع بيع أم ولد ، أو اطلاقه وكونه أم من بيع أم الولد وغيره كان البيع باطلا ووجب رد الجارية الى مالكتها فلا بدّ اما من رفع اليد من ظهور الرد فى الوجوب الذى هو ظاهر الجملة الخبرية وحملها على الجواز أو حمل الوجوب على دفع توهم الحظر الناشى من الاخبار فكأن السائل توهم عدم جواز الرد مع الوطى مطلقا فسأل عن ذلك مع كون الجارية حاملة ومن الواضح أن كلاهما ارتكاب على خلاف الظاهر فلا بدّ من البقاء ظاهرها وثبوت الرد على حاله فتكون الروايات محمولة على أم الولد ، وتكون خارجة عما نحن فيه .

على أنه يبعد حمل تلك الروايات على الجواز اختلاف السياق فانه ذكر فيها أنه يرد الجارية ويردّ نصف عشريقيمتها فانه من البعيد أن تحمل كلمة يردّ الجارية على الجواز وكلمة يرد نصف عشريقيمة على الوجوب فمقتضى اتحاد السياق هو أن يراد من كلمة يرد وجوب الرد فى كلا الموردين وعليه فتكون الروايات محمولة على أم ولد المولى .

الوجه الثانى : أن الروايات المذكورة منطبقة على وجوب ردّ نصف عشر القيمة أو عشرها وهذا لا يجتمع مع القواعد فان مقتضى القاعدة منافع مال كل شخص عائدة اليه واذا استوفاه فتكون له وعليه فلا مقتضى لاعطاء عشر قيمة الجارية أو نصف عشريقيمتها لكون استيفاء المنفعة واقعا فى ملكه وعليه فلا بدّ اما من الالتزام بان استيفاء المنفعة هنا من المالك الاول وان كان فى ملكه فيكون ما نحن فيه تخصيصا للقاعدة المذكورة المسلّمة وهو بعيد .

أولا بدّ من الالتزام بكون المورد تخصيصا لما هو المسلم من أن بطلان العقد من حين الفسخ لا من حين العقد ومن أول الأمر ويقال فى المقام بان الفسخ من الاول فيكون العقد باطلا من الاول ، ويكون ما استوفاه المشتري من المنافع من أموال البايع وعليه يجب ردها اليه و رد نصف عشر القيمة أو عشرها من جهة ذلك .

و بعبارة أخرى أن كون العقر على المشتري مخالف لقاعدة عدم العقر فى وطى الملك أو مخالف لقاعدة كون الرد بالعيب فسحا من حينه لا من أصله . وهذا أيضا بعيد .

الوجه الثالث : أن الالتزام بعدم كون الوطى مانعا عن الرد مع كون الجارية حبلى مخالف لما ورد عموما من كون احداث الحدث مانعا عن الرد وما ورد خصوصا من كون الوطى مانعا عن الرد وهذا أيضا بعيد .

الوجه الرابع : أنه ذكر المصنف (ره) أيضا ان هذا المعنى يستفاد من

روايتين :-

الأولى : رواية ابن ابي عمير في رجل باع جارية حبلى و هو لا يعلم فان السؤال في هذه الرواية عن بيع أم الولد و الآ لم يكن لذكر جهل البايع في السؤال فائدة فان ماله فائدة انما هو جهل المشتري فانه مع الجهل يكون له خيار العيب و اما مع عدم الجهل فلا يكون له خياراً تقدمه بذلك البيع و أما اذا كانت الجارية أم ولد ، فجهل البايع له فائدة فانه مع عدم الجهل بالحمل لا يمكن له بيع الجارية لكونها أم ولد .

الثانية : صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل) يشتري الجارية الحبلى فينكحها قال يردها و يكسوها فان قوله عليه السلام يكسوها مشعرة بما ذكرناه حيث انه ثبت في الشريعة المقدسة ان الكسوة ثبت للحرّة يطيبها و حيث ان أم الولد فيها شانية الحرية فلهدا اثبت الامام عليه السلام فيها الكسوة .

و الحاصل : أنه ذكر المصنف أن الاخبار المذكورة و ان كانت ظاهرة في بادي النظر في ما ذهب اليه المشهور من كون الوطى غير مانع عن رد الجارية الحاملة و لكن لا بدّ من رفع اليد عن هذا بوجوه و حملها عن أم الولد الاول : أن الجملة الخبرية الفعلية فيها و هى قوله عليه السلام يردها ظاهرة في الوجوب و هى لا تصح الآ في حمل الجارية على أم الولد لوجوب ردّها الى مالکها من جهة بطلان البيع فيها فلو حملناها على غير أم الولد فاما لا بدّ من رفع اليد عن ظهور الجملة الخبرية في الوجوب و حملها على جواز الرد و هو خلاف الظاهر منها و اما ابقائها في ظاهرها و لكن يحمل الوجوب على دفع توهم الحظر من جهة الاطلاقات الدالة على مانعية ردّ الوطى و هذا أيضا خلاف الظاهر من الوجوب .

و بعبارة أخرى حمل البيع على البيع الصحيح يستلزم الارتكاب بأحد

خلافى الظاهر من كون الجملة الخبرية الواقعة فى الرواية ظاهرة فى الوجوب كما هو واضح .

الثانى : أن المنافع المستوفات انما هى للمشتري لكونها فى ملكه وحمل الروايات على غير أم الولد يستلزم أن تكون تلك المنافع للبائع لأن تلك الأخبار تدل على ردّ عشر القيمة أو نصف عشر القيمة وعليه فلا بد اما من الالتزام بكون المنفعة هنا للبائع تخصصا للقاعدة الدالة على أن المنافع الملك للمالك أو من الالتزام بكون الفسخ من الأول لا من حين الفسخ وهذا أيضا بعيد جدا .

الوجه الثالث : أن الالتزام بعدم حملها على أم الولد والقول بجواز وطى الجارية الحاملة غير مانع عن الرد للزم الالتزام بتقيد ما دل بأطلاقه على مانعية الحدث والتصرف من الرد لكونه كاشفا عن الرضا بالعقد ومنافيا لاطلاق ما دل على مانعية خصوص الوطى عن الرد وهذا أيضا بعيد .

الرابع : قد وقعت الاشارة فى مرسله ابن أبى عمير الى كون الجارية أم ولد لانه وقع فى السؤال فيها أنه باع جارية حبلى وهو لا يعلم و من الواضح أنه لا أثر لجهل البائع فى بيع غير أم الولد وأما فى بيع أم الولد فله أثر لأنه مع العلم بكونها أم ولد لا يبيعها وأيضا ذكر فى الصحيحة أنه يرد الجارية ويكسوها ومن الواضح أن الكسوة انما هى وقعت فى طلاق الحرة مع عدم فرض المهر لها و حيث أن أم الولد متشبسة بالحرية قد ذكر الامام عليه السلام فيها الكسوة .

الوجه الخامس : أن هذه الأخبار الدالة على جواز ردّ جارية الحاملة بعد الوطى وعدم مانعية الوطى عن الرد فيها ظاهرة فى أن الرد انما وقع بعد تصرف المشتري فى الجارية بغير الوطى من مثل اسقنى الماء و أغلق الباب ومقدمات الوطى وغير ذلك من التصرفات التى يبعد عادة ، بل

يستحيل خلو المشتري عنها ولا أن الجارية تنفك عنها وتقييد هذه الروايات بصورة عدم هذه التصرفات تقييد بها بالفرض النادر .

نعم ، التزنا بالتقييد بذلك في غير هذه الأخبار مما دل على رد الجارية بعد مدة طويلة كسنة أشهر على ما تقدم واما التزنا على ذلك من جهة الدليل الدال على لزوم العقد بالتصرف ولكن لا داعي لهذا التقييد هنا لعدم امكان تقييد ما دل على رد الجارية بعد مدة طويلة بنحو آخر ولكنه يمكن تقييدها بنحو آخر في المقام ، فانه يمكن تقييد الحمل هنا بكونه من المولى لتسلم هذه الأخبار الدالة على رد الجارية الحاملة بعد الوطى عن جميع التقييدات المتقدمة كما لا يخفى .

غاية الأمر أن هذه الاخبار تعارض مع ما دل على منع الوطى عن الرد بالعموم من وجه فيبقى ما عدا الوجه الثالث مرجحا لتقييد هذه الاخبار .
و توضيح ذلك أن هذه الأخبار اخص من حيث اختصاصها بصورة الحمل وعدم شمولها لموارد الوطى باجمعها ولكنها مطلقة من حيث كون الحمل من المولى لتكون الجارية أم ولد أو من غير المولى لئلا تكون الجارية أم ولد والأخبار الدالة على مانعية الوطى عن الرد فهي أخص من حيث موردها وهو البيع الصحيح وعدم شمولها الجارية التي هي أم الولد لأن الكلام فيها قد فرض في البيع الصحيح ومن الواضح أن بيع أم الولد سواء كان مع العلم أو بدونه ليس بصحيح فلا تكون شاملة لأم الولد ولكنها أعم من حيث كون الوطى وطيا للجارية الحاملة أو الحائلة لاطلاقها و ح تقع المعارضة بينهما و الوجوه المتقدمة مرجحة لها وعلى تقدير التكافؤ والتساقط وجب الرجوع الى عموم ما دل أن احداث الحدث مطلقا مانع عن الرد لكونه رضى بالبيع ثم ذكر أنه يمكن الرجوع الى ما دل على جواز الرد مع قيام العين كمرسلة جميل بن دراج المتقدمة ثم ذكر أنه مع المناقشة في عموم ما

دل على عدم جواز الرد بمطلق التصرف وجب الرجوع الى أصالة جواز الرد الثابت قبل الوطى و لكن يبقى أن لزوم العقر على المشتري بنصف عشر القيمة أو عشرها بلا وجه و لكن يمكن اثباته بعدم القول بالفصل لأنه كمن قال بلزوم رد الجارية الحاملة بعد الوطى قال بذلك مع العقر و كمن لم نقل لم نقل بذلك مطلقاً .

و الحاصل : أن المصنف أثبت فى النتيجة ما ذهب اليه صاحب الرياض وغيره من حمل الأخبار المذكورة على أم الولد و أن وطى الجارية الحاملة أيضا مانع عن الرد كما هو واضح فافهم هذه هى محصل الوجوه التى ذكرها المصنف و العمدة منها هى الوجه الاول و الخامس .

أقول : الاولى : ما ذهب اليه المشهور من جواز رد الجارية الحاملة بالوطى و عدم حملها بأمر الولد و الوجوه التى ذكرها المصنف تأييدا لحملها على أم الولد و كونها أجنبية عن جواز رد الجارية الحاملة بعد الوطى لا ترجع الى محصل أما الوجه الاول الذى هو من عمدة الوجوه فجوابه أن ما ذكره من كون الجملة الخبرية ظاهرة فى الوجوب فهو متين و لكن ذلك لا يوجب حملها على أم الولد حفظا لظاهرها بل هى ظاهرة فى الجارية الحاملة من غير المولى فالجملة و ان كانت ظاهرة فى الوجوب و لكن القرينة دلت على كون الوجوب فى مقام دفع توهم الحظر الناشئ من المطلقات الدالة على مانعية الوطى من الرد ، فلا تحمل الجملة الانشائية على الجواز ابتداءً ليكون ذلك الحمل على خلاف الظاهر ، بل تدل على دفع توهم الحظر و لازم ذلك هو جواز الرد لا وجوبه فالجملة باقية على استعمالها فى الوجوب ، و لكن فى الوجوب فى دفع توهم الحظر و يلزم عليه الجواز و الذى يدل على ارادة الحمل من غير المولى ما وقع فى بعض تلك الروايات المقابلة بين الجارية الحبلى اذا وطئها المشتري فحكم الامام عليه السلام بردها و بين الجارية التى

ليست بحبلى ووطئها المشتري حيث حكم الامام عليه السلام الله بعدم جواز ردها فهذه المقابلة تدل على أن الرد وعدم الرد قد ورد أعلى الورد واحد ومن الواضح أن يقبل هذه المقابلة ، أى الرد تارة وعدم الرد اخرى هو البيع الصحيح لا الباطل فتكون أم الولد خارجة عن حدود تلك الاخبار بل الامرك اذا لم تكن هنا مقابلة حيث ان كلمة ترد الجارية صريحة فى ارادة البيع الصحيح دون الفاسد فلا يمكن حمل الجارية ح على أم الولد وذلك أن من الواضح جدا أن المراد من الرد ليس هو الرد الخارجى الحقيقى لبداية عدم وجوب ذلك حتى مع كون الجارية أم ولد وبطلان البيع لجواز ابقاء الجارية عند المشتري بالاجازة أو بالاجارة ونحوهما بل المراد من الرد هو الرد الاعتبارى أى الرد الى ملك البايع .

وبعبارة أخرى أن المراد هو الرد الخارجى ولكنه كناية عن الرد الاعتبارى ومن الواضح أن الرد الى ملك البايع لا يمكن الا بالفسخ بعد كون البيع صحيحا فلا يعقل صحة المعاملة مع كون الجارية أم ولد لبطلان البيع مع ذلك .

والذى يدل على هذا المعنى وعلى كون الوجوب لدفع توهم الحظر ما فى صحيحة ابن سنان من استشهاد الامام (ع) بقوله لا ترد الجارية التى ليست بحبلى اذا وطئها صاحبها حيث انه لا وجه لذلك بعد كون الجارية أم ولد وبطلان البيع فانه مع بطلان البيع أى معنى لاستشهاده عليه السلام بقسم خاص من البيع الصحيح وأنه لا ترد الجارية فى هذا القسم فتدل هذه المقابلة على كون الصورة الاولى وهو رد الجارية الحاملة مع الوطى فى البيع الصحيح أيضا وهذه الفقرة أى الاستشهاد بكلام على عليه السلام أيضا تدل على كون الوجوب لدفع توهم الحظر حيث انه توهم السائل من المطلقات عدم جواز رد الجارية بعد الوطى مطلقا فدفع الامام عليه السلام

ذ لك التوهم باختلاف المورد ين .

وبالجملة ففى الرواية قوة ظهور على ما ذكرناه كما لا يخفى ، فالجملة الخبرية انما استعملت فى الوجوب و فى مقام انشاء الحكم من غير ارادة الجواز منها ليكون خلاف الظاهر منها و لكن فى دفع توهم الحظر و لازم ذلك هو الجواز فانه بعد بيان اختلاف المورد ين بدفع توهم الحظر يعلم أن فيما نحن فيه يجوز الرد كما أن للرواية قوة ظهر فى أن المراد من الرد هو الكناية عن فسخ العقد و أن الرد خارجى و لكن ذلك كناية عن الرد الاعتبارى و هو الرد الى الملك و فسخ العقد فانهم ذلك و اغتتم .

والحاصل : أن المستفاد من كلمة يرد فى الروايات أن المراد منها هو جواز رد الجارية الحاملة من غير المولى بعد وطى المشتري لها فان الرد كناية عن الرد الى الملك لعدم وجوب الرد الخارجى قطعاً لو كان المراد من الحمل كونها حاملة من المولى فتكون الروايات خارجة عن أم الولد موضوعاً و تدل على ذلك مقابلة الرد مع عدم رد الجارية بعد الوطى اذا لم تكن حاملة و تكون نفس هذه المقابلة قرينة على كون الجملة الخبرية الدالة على الوجوب واقعة فى مقام توهم الحظر .

و ما افاده المصنف من الوجه الاول الذى هو العمدة لا يتم .

أما ما افاده ثانياً من بعد كون المنافع المستوفات فى ملك المشتري للبايع كما يقتضيه وجوب رد نصف العشر على البايع و هذا بخلاف ما اذا حملنا الروايات على أم الولد فان اعطاء نصف العشر أو العشر من القيمة فى مقابل الوطى كما أن فى وطى الحرة شبهة يوجب مهر المثل على الواطى فهو أيضاً واضح الدفع فان ذلك حكم قد صدر من الشارع فى مورد تعبداً فلا بد من العمل به كما هو واضح .

وأما الوجه الثالث: من أن كون الحمل من غير المولى يستلزم التقييد في الروايات الدالة على أن الوطى مانع عن الرد فهو محض استبعاد فأى مانع من التقييد والتخصيص بعد قيام الدليل على ذلك كما هو واضح و قد شاع تخصيص العام حتى قيل ما من عام الا وقد خصّ .

وأما الوجه الرابع: أعنى دلالة بعض الروايات على حمل الجارية الحاملة على أم الولد وهى تقييد البيع بجهل البايع فيه .
أولا: أن ذلك التقييد انما وقع فى كلام الراوى ولا فائدة له ح فان من يبتلى بأسألة العوام يعلم أن فى سؤالهم قيود لا فائدة فى ذكرها أصلا .

و ثانيا: أن فائدة التقييد ليس منحصرًا بكون الجارية أم ولد بحيث لو لم يكن البايع عالما بذلك لما باع وأما لو كانت الجارية غير أم ولد فلا فائدة للتقييد اصلا فيكون لغوا لا مكان أن يكون التقييد من جهة بيان موضوع الخيار وأنه لو كان عالما لبين عيب الجارية وهو الحمل و ح لما كان للمشتري خيار أصلا فيكون الغرض من التقييد هو الاثر الوضعى ويمكن أن يكون الغرض من ذلك هو رفع الحكم التكليفى أيضا فانه لو كان البايع عالما بالعيب لكان بيعه بدون بيان غشا محرما و بعيد من المسلم أن يرتكب بذلك و انما اقدم عليه جهلا وكيف كان فلا دلالة فى هذا التقييد على ما ذكره المصنف وأما ذكر الكسوة فى رواية ابن مسلم فهو انما يشعر بما ذكره المصنف اذا قلنا ان الواجب على المشتري لزوم رد نصف عشر القيمة أو عشر القيمة و أما اذا قلنا أنها أحد افراد الواجب المخير كما سنذكره ، فلا اشعار فيها أصلا بما ذكره المصنف .

وأما الوجه الخامس: من أنه لو حملنا الجارية على غير أم الولد فيلزم تقييد ما دل على كون التصرف مسقطا لأن الوطى لا ينفك عن التصرفات و

هذا بخلاف ما لو حملناها على أم الولد فانه لا داعى لهذا لتقييد أصلا
وفيه :-

أولا : أنه لا دليل على كون التصرف مطلقا مسقطا للرد وانما المسقط
هو احداث الحدث للنص الخاص على ما تقدم بل يلتزم به المصنف أيضا
الا اذا كان كاشفا عن الرضا بالعقد نوعا وقد ناقشنا فى ذلك أيضا .
وثانيا : أنه بعد ما قلنا بجواز رد الجارية الحاملة بعد وطى المشتري
بها فيدل ذلك بالالتزام على أن التصرفات التى لا تخلو الجارية عنها من
مقدمات الوطى أو مثل ناولنى الماء و اغلق الباب لا يكون مانعا عن الرد
فتكون هذه الروايات مقيدة لما دل على كون التصرف مسقطا للرد كما هو
واضح .

و أما ما ذكره من أن غاية الأمر وقوع المعارضة بين ما دل على مانعية
الوطى عن الرد مطلقا وبين ما دل على عدم مانعية اذا كان الوطى للحاملة
بالعموم من وجه فبناءً على ما ذكرناه من حمل الاخبار الثانية على الحمل من
غير المولى فلا تصل النوبة الى التساقت كما هو الصحيح وقد عرفت عدم
تامة شىء مما ذكره المصنف ليكون مرجحا لما ذكره و قلنا ان المتعين حمل
هذه الاخبار على غير أم الولد و مع الغض عن ذلك فتسقط كلتا الطائفتين
بالمعارضة .

فح فلان مانع من الرجوع الى عموم ما دل على جواز الرد بالعيب الآ مع
احداث الحدث و هو روايتان :-

احداهما : حسنة زرارة المتقدمة فانها بعمومها تدل على الجواز لقوله
عليه السلام ايما رجل ، الح .

والثانية : مرسله جميل بن دراج فانها تدلان على جواز الرد مع
بقاء العين وعدم احداث الحدث فمفهوم الحسنة هو أن التصرف ما لم

يحدث حدثا في المتاع لا يوجب الرد و الخارج من المفهوم هو وطى المشتري الجارية للروايات الدالة على أن الوطى مانع من الرد و المفروض أنها ابتليت بالمعارضة في صورة كون الجارية حاملة و سقطت كلتا الطائفتين فح نرجع الى هاتين الروايتين الدالتين على جواز الرد بالعيب مطلقا الا في صورة احداث الحدث .

و بالجملة فمقتضى الروايتين هو جواز الرد بالعيب مطلقا وعدم مانعية التصرف عنه الا اذا كان موجبا لاحداث الحدث و قد خرج عن ذلك وطى الجارية فاذا سقط دليله بالمعارضة فنرجع الى ذلك أيضا فنحكم بجواز الرد لهذا العموم فان قوله عليه السلام ايما رجل عام وأما لزوم العقر على المشتري فنثبت ذلك بعدم القول بالفصل ، فافهم .

و هذا الذى ذكرناه غير ما ذكره المصنف على فرض التساقط فانه ذكر أنه اذا تساقطت كلتا الطائفتين و وقعت الخدشة في عموم ما دل على المنع عن الرد بمطلق التصرف و جب الرجوع الى أصالة جواز الرد الثابت قبل الوطى ثم اثبت لزوم العقر على المشتري بالاجماع المركب أما ما ذكره تقدير الخدشة في عموم ما دل على مانعية التصرف عن الرد ، فهو مسلم ، لما عرفت من عدم الدليل على كون التصرف مانعا عن الرد ، بل التلف أيضا كك ، بل لم يلتزم به المصنف أيضا على اطلاقه و انما ذكر كون التصرف مسقطا اذا كان كاشفا نوعيا عن الرضا بالعقد .

و أما اثبات الجواز باصالة الجواز ثم اثبات العقر على المشتري بعدم القول بالفصل فلا يمكن المساعدة عليه فان التفكيك في مفاد الاصول مما ليس بغريب فلا بعد من الالتزام بجواز الرد و مع ذلك لم نقل بثبوت العقر على المشتري و ان كان في الواقع بينهما تلازم فان الاستصحاب و ان كان له نظر الى الواقع ايضا ، و لكن مع ذلك لا تترتب عليه الملازمات العقلية و ان كانت

ثابتة فى الواقع .

ومن هنا ذكر المصنف فى كتاب الرسائل أنه لو توضع أحد بماء أحد الانائين المقطوع أحدهما بالنجاسة وتوضأ غفلة فانه يحكم بطهارة بدنه لمكان استحباب الطهارة وبقاء الحدث على حاله لاستصحاب الحدث مع أنه نقطع بالملزمة بينهما فى الواقع والمقصود أن الملزمة الواقعية لا تقتضى القول بها فى مفاد الاصول ففى المقام أن جواز الرد وان كان ثابتا بالاصل ولكن لا يترتب عليه عدم القول بالفصل بين جواز الرد وبين ثبوت العقر على المشتري لعدم غرابة التفكيك بينهما .

و أما بناء على ما ذكرناه فلا يجرى ذلك لأن جواز الرد قد ثبت بالاصل اللفظى وبالرواية فلا محالة لا يمكن التخطى من لوازمه أيضا فيجوز اثبات كون العقر على المشتري بعدم القول بالفصل .

ثم انه مما لا بدّ من التنبيه عليه وهو أنه بناء على حمل تلك الاخبار على الحامل من غير المولى كما اخترناه فلا فرق فيه بين البكر والثيب حتى مع كون ازالة البكارة جنائية لأنه مع دلالة النص على جواز الرد فلا مجال للمناقشة فى ذلك .

و أما مع الاغماض عن ذلك والحكم بالتساقط على التقريب الذى ذكرناه فلا بدّ من الفرق بين البكر والثيب لأن الروايات التى رجعنا اليها بعد تساقط هاتين الطائفتين انما دلت على جواز الرد مع عدم احداث الحدث وأما مع احداث الحدث فلا يجوز الرد ومن الواضح جدا أن ازالة البكارة من البكر من اوضح أفراد احداث الحدث فلا يجوز الرد مع ذلك .

ثم انه ربما يقيد هذه الأخبار بكون الحمل من المولى بوجه سادس غير ما ذكره المصنف من الوجوه ، وحاصله أن هذه الأخبار الدالة على جواز الحامل بعد الوطى مطلق من حيث كون الواطى عالما بالحمل أو جاهلا به

و ح ان قلنا بعدم سقوط الرد بالوطى مع العلم بالحمل فهو بعيد ، و ان قلنا بكون هذه الروايات مقيدة بحال الجهل فهو تقييد بلا موجب و هذا بخلاف أن نحملها على الحمل من المولى فانه ح تبقى الروايات على حالها من غير أن تكون مقيدة بالعلم والجهل فانه سواء علم المشتري بكون الجارية حاملا أو لم يعلم بها و وطئها فانه يجب عليه ردّها و رد نصف العشر من قيمتها كما هو واضح و قد اشارة المصنف الى حكم الوطى مع العلم أو بدونه فى آخر كلامه من هذا بحث و قد اشار الى هذا الوجه المحقق الايروانى ايضا اقول يرد عليه أولا أن الروايات المطلقة من حيث جهل المشتري بالحمل أو علمه به ضعيفة السند فان هنا ستة روايات أو سبعة ان كان ما ذكره فى الكافى بعنوان روى رواية مستقلة و الصحاح منها و هى ثلاثة مقيدة بجهل المشتري و ما لم يقيد به ضعيف السند .

و ثانيا أن النسبة بين وطى الجارية مع العلم بكونها حاملا وبين سقوط الرد بالوطى عموم من وجه فانه قد يكون الواطى مع العلم به راضيا بالعقد فح يسقط الرد و قد يكون الرضا بالعقد بدون الوطى و قد يطأها ولكن ناسيا للحمل أو غفلة عن ذلك أو مترددا فى أنه يفسح أولا أو بانيا على أنه لا يفسخ ففى هذه الصور كلها لا يسقط الرد فان مجرد الوطى لا دليل على كونه مسقطا للردّ الا فى غير مورد الحمل للروايات المطلقة المقيدة بهذه الروايات و اذن فلا دلالة فى وطى الجارية مع العلم بحملها على الرضا بالعقد كما هو واضح .

فتحصل أن الظاهر هو كون هذه الأخبار ناظرة الى ما ذهب اليه المشهور فلا وجه لما ذهب اليه الاسكافى و تبعه جملة من الأعظم و قربه المصنف بالوجوه المذكورة .

ثم انه يحكم بثبوت نصف عشر القيمة مطلقا سواء كانت الجارية بكرًا أم

ثيبا أو يحكم بثبوت نصف العشر فى الثيب، وأما البكر فلا فيها من رد عشر القيمة فالمشهور بين الاصحاب، بل عن الانتصار دعوى الاجماع على اختصاص نصف العشر بالثيب، وعدم شمول ذلك للبكر اذا كانت حاملا بالسحق أو بالوطى من الدبر، أو نحو ذلك، ولكن ذكر المصنف الا أن يدعى انصراف اطلاق الفتاوى ومعقد الاجماع كالنصوص الى الغالب من كون الحامل ثيبا فلا يشمل فرض البكر بالسحق أو بوطى الدبر، ولذا ادعى عدم الخلاف فى السرائر على اختصاص نصف العشر بالثيب وثبوت العشر فى البكر ثم ذكر بل معقد اجماع الغنية بعد التأمل موافق للسرائر الخ .

أقول : لا مدرك لما ذكره فى السرائر من ثبوت نصف عشر القيمة فى الثيب وعشر القيمة فى البكر الا مرسله الكافى من أنه ان كانت بكرًا فعشر قيمتها وان كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها ، وان قلنا بكون الشهرة جابرة لضعف الرواية صغرى وكبرى ان قلنا بكون المشهور مستندا فى فتياهم على نصف عشر القيمة فى الثيب وعشر القيمة فى البكر الى هذه الرواية و قلنا بكون الشهرة جابرة لضعف الرواية فلا بأس لكونها مستندا للتفصيل، ولكن ذلك ممنوع صغرى وكبرى .

وأما ما ورد فى رواية عبد الرحمن بن أبى عبد الله ، عن الصادق عليه السلام الله : من أنه يرد الجارية ويرد معها شيئا غير منافع لا عطاء نصف عشر القيمة لا مكان انطباق الشىء عليه على أن المظنون أن الرواية ضعيفة السند .

وأما ما فى رواية عبد الملك بن عمرو عن ابى عبد الله عليه السلام فى رجل يشتري الجارية وهى حبلى فيطأها، قال : يردها ويرد عشر قيمتها ، فهى أيضا لا تدل على وجوب رد عشر القيمة فى البكر، لأنها أولا ضعيفة السند وثانيا أن حملها على البكر حمل للمطلق على المورد النادر فان كون

البكر حاملا بالسحق أو بالوطى بالدبر، لا يتفق الا نادرا و لعله لم يتفق الى الآن الا مرة أو مرتين، فلا يمكن حمل المطلق على مثل هذا الفرد النادر و ح ابقائها على اطلاقها يقتضى المعارضة مع الروايات الكثيرة فلا بدّ من تقد يمها على هذه الرواية لكونها مشهورة فان نصف العشر قد رواها المشهور بخلاف عشر القيمة .

و من هنا ذكر بعضهم أنه سقط منها لفظ النصف قبل كلمة عشر قيمتها و أنها كسائر الروايات من حيث العفاد، بل قيل أن الصدوق ردها مع اضافة كلمة نصف قبل كلمة عشر، و أما ما فى صحيحة محمد بن مسلم من أنه يرد الجارية و يكسوها فحمل الكسوة على كونها مساوية لنصف عشر القيمة كما صنعه المصنف بعيد و حمل بلا موجب، بل الصحيح أن يقال أنه أحد افراد الواجب المخير فيكون المشتري مخيرا بين ردّ نصف عشر القيمة و اعطاء السكوة لكون الرواية صحيحة من حيث السند، و واضحة الدلالة فلا وجه لرفع اليد عنها و حملها على شيء آخر كما اذا ورد وجوب الاتمام فى مورد و ورد فيه أيضا تعيين القصر فحيث انه قامت الضرورة على عدم وجوب صلاتين فى يوم واحد فنرفع اليد عن كون الأمر ظاهر فى التعيين فيهما فنحملهما على التخيير .

و دعوى أن ازالة البكر أمر آخر وراء الوطى، بل قد عرفت أنها جنائية فكيف يمكن الحكم باتحادهما فى ردها و الرد معها نصف عشر القيمة .

دعوى فاسدة لأنه يختلف نصف عشر القيمة فى الثيب مع نصف عشرها فى البكر حيث ان قيمة البكر اكثر من الثيب فاذا رد معها الى البايع نصف عشر قيمتها تنجبر معه جناية البكر و ارش ازالة البكارة مثلا اذا كانت قيمة الثيب عشرين و قيمة البكر خمسين فيكون نصف العشر فى الثيب دينار و فى البكر دينارين و نصف، فيكون التفاوت بينهما تفاوتا بين و طى الثيب و و طى البكر و ازالة بكارتها .

ثم انه هل يشمل الوطى في الدبر أيضا أم لا؟ فقد توقف المصنف في ذلك من حيث ان اطلاق الوطى يشمله فيجوز ردّها مع وطئها في دبرها أيضا ومن حيث انه يمكن دعوى انصرافه الى الوطى المتعارف فيقتصر في مخالفة العمومات على ظاهر اللفظ فلا يجوز ردّها بعد الوطى في دبرها و لكن الظاهر أنه لا وجه لتوقف المصنف سواء قلنا بشمول الاطلاقات له أو قلنا بانصرافها عنه وذلك .

أما بناء على شمول الاطلاق له فواضح .

و أما بناء على انصراف لفظ الوطى عنه وعدم شمول الاطلاق له فمن جهة أنه لا يكون ح مشمولا لما دل على عدم جواز الرد بالوطى أيضا فكلمة الوطى في كلا الموردين قد استعملت على نسق واحد فلا وجه لدعوى شموله للوطى في الدبر في تلك الأخبار وعدم شموله له في هذه الأخبار و قد ذكرنا سابقا أن الوطى بما هو وطي ليس احدائا للحدث حتى يمنع عن الرد كما هو واضح فعلى كل حال فلا وجه لدعوى أن الوطى في الدبر يمنع عن رد الجارية .

و أما اللبس والتقبييل ونحوهما من مقدمات الوطى فلا ينبغي التعرض لها أصلا فان من الواضح جدا أن الوطى لا يخلو عن تلك المقدمات الا اذا كان الواطى حيوان فاللزامه العادية تقتضى عدم الانفكاك بينهما و اذا فالنصر الدال على جواز ردّ الحامل بعد الوطى يدل على جواز ردّها مع وقوع هذه المقدمات عليه بتلك الملازمة العادية فلانحتاج ح الى دعوى الاولوية أصلا .

ثم انه لو انضم الى الحمل عيب آخر فقد استشكل في سقوط الرد بالوطى هنا من صدق كونها معيبة بالحمل و كونها معيبة بغيره فأجاب عنه المصنف (ره) بأن كونها معيبة بغير الحمل لا يقتضى الا عدم تأثير ذلك العيب في

الرد مع التصرف لا نفى تأثير عيب الحمل .

و بعبارة أخرى أن سقوط الرد بالوطني للمطلقات من ناحية العيب الذي غير الحمل لا يتقضى سقوط الرد من ناحية العيب الآخر الذي هو الحمل بل يجوز الرد لهذا فإنه يصدق أنها جارية حامل وطئها المشتري فلا تنافي بين سقوط الرد لعيب وبقاء حق الرد لعيب آخر كما لا يخفى فافهم .

قوله الرابع: من المسقطات حدوث عيب عند المشتري أقول: ذكر المصنف أن حدوث العيب في المبيع قد يكون قبل القبض وقد يكون بعده وما كان بعده قد يكون في زمن الخيار للمشتري وقد يكون بعده، فقال ان مورد البحث هنا هو العيب الحادث بعد القبض وبعد مضي زمان الخيار أي خيار الحيوان والشرط والمجلس بناء على الحاقه بهما فان ذلك يوجب سقوط حق الرد وعدم جواز رده على البايع لكونه احدائا للحدث وأما اذا كان قبل القبض أو بعده و لكن في زمن الخيار فلا يكون مسقطا للرد .

أما الاول : فلعدم الخلاف في أنه كالعيب الحادث قبل العقد حتى في ثبوت الأرش كما يذكر في أحكام القبض .

وأما الثاني : فلعدم الخلاف في أنه غير مانع عن الرد ، بل هو سبب مستقل موجب للرد ، بل الأرش أيضا على الخلاف السابق فيما قبل القبض أقول : ان قلنا بأن نفس حدوث العيب بعد البيع وقبل القبض أو بعد القبض و لكن في زمن الخيار فلا شبهة في أن هذا العيب الحادث لا يوجب سقوط الرد ، فان هذا كحدوث العيب قبل العقد سبب مستقل لجواز الرد فلا يكون موجبا للسقوط ، بل مع وجود عيب آخر قبل العقد يكون هذا مؤكدا لجواز الرد فكيف بالسقوط كما هو واضح . وعلى هذا فلا يكون الجزء المتقدم الدال على سقوط الرد باحداث الحادث شاملا للمقام .

و لكن التحقيق هو التفصيل فى المسئلة بأن نقول ان حدوث العيب بعد العقد ان كان قبل القبض فلا يكون مانعا عن الردّ و أما اذا كان بعد القبض كان مانعا عن الردّ ، و ان كان فى زمن الخيار و ان كان الضمان على البايع و ذلك لأن رواية زرارة دلت على أن من احدث فى المبيع بعد ما قبضه ليس له أن يردّه فتدل هذه الرواية على عدم جواز الردّ بعد القبض و أما قبل القبض فلا .

نعم يكون الضمان على البايع بمقتضى الدليل الدال على أن العيب و التلف قبل القبض من البايع و بمقتضى الدليل الدال على أن العيب فى زمان خيار الحيوان و الشرط و المجلس الحاقا له بهما من البايع و دعوى الملازمة بين كون الضمان على البايع و بين جواز الردّ كما فى المتن دعوى لا يمكن تصديقها كما ذكرناه فان ثبوت الضمان بقاعدة أن التلف قبل القبض أو فى زمن خيار الحيوان و الشرط و المجلس الحاقا من البايع و جواز الردّ قبل القبض و عدم جوازه بعده فمن جهة رواية زرارة و مرسله جميل الدالة على عدم سقوط الردّ مع قيام العين و سقوطه مع عدم قيامها على حالها فلا تنافى بينهما كما لا يخفى .

ثم ان هذا الذى ذكرناه من البحث تطفى من جهة و استقلالى من جهة أخرى من جهة أنه يجوز الردّ بعد حدوث العيب قبل القبض أو بعده فى زمن الخيار أو بعد زمان الخيار فالبحث استقلالى فمن جهة أن الضمان على البايع أولا فالبحث تطفى فانه يأتى فى احكام الخيار و احكام القبض و انما المهم الذى عقد له البحث هنا هو أن التعيب فى زمان الخيار هل يبقى حكمه اعنى الضمان بعد زمان الخيار أم لا ؟

و حاصل الكلام : أن مورد بحثنا هو حدوث العيب فى المبيع المعيوب عند المشتري و أنه هل يكون مانعا عن الردّ أو لم يكن كك سواء كان قبل

القبض أو بعده في زمان الخيار أو بعد زمان الخيار فذكر المصنف أن مورد بحثنا هو حدوث العيب في المبيع الذي كان معيوباً عند المشتري، وحدث العيب بعد زمان الخيار وأنه هل يكون مانعاً عن الردّ بالعيب السابقاً ولا و أما حدوث العيب قبل القبض وبعد البيع أو في زمان الخيار فلا شبهة في عدم كونه مانعاً عن الردّ تفصيل الكلام هنا يقع في جهتين :-

الاولى : أن العيب الحادث بعد زمان البيع وقبل القبض أو في زمان الخيار وبعد القبض أو بعدهما هل يكون موجبا لحدوث الخيار الأخر غير خيار الثابت بالعيب الحادث قبل البيع عند البائع أم لا ؟

والجهة الثانية في أن العيب الحادث بعد البيع وقبل القبض أو بعده وفي زمان الخيار أو بعده هل يكون مانعاً عن الردّ بالعيب السابق على العقد أم لا يكون كك والظاهر المشهور بل المجمع عليه أنه لا يجوز الردّ بالعيب الحادث عند المشتري وإنما له مطالبة الأرش فقط كما هو ظاهر والمدرك لذلك مرسله جميل المتقدمة الدالة على عدم جواز الردّ مع عدم بقاء العين بعينها ومن الواضح أن حدوث العيب يوجب عدم بقاء العين على حالها .

وتدل على ذلك أيضاً رواية زرارة التي هي العمدة في المقام فإننا ذكرنا أن قوله عليه السلام احدث كناية عن حدوث الحدث في الحيوان بأى نحو كان وان لم يكن باختيار من المشتري أو بفعله ، بل صدر منه الحدث في حال الغفلة أو عن الغير إذ لا خصوصية في حدوثه من المشتري بحيث يستند الحدث اليه في حال اختيار فتدل الرواية على مانعية احدثا الحدث في يد المشتري بأى نحو كان عن الرد في الجملة كما هو واضح .

وانما الكلام في أن حدوث العيب بعد البيع وقبل القبض أو بعد القبض وفي زمان الخيار، هل يكون سبباً لحدوث الخيار أو مانعاً عن الردّ

أم لا؟

فنقول ان مرسله جميل و ان كانت مطلقه بالنسبة الى بعد البيع مطلقا و انها دلت على عدم جواز الردّ بالعيب الحادث بعد العقد ولكن العمدة فى المقام هى رواية زرارة و هى دلت على جواز الردّ بالعيب الحادث قبل القبض و بعد العقد للعيب السابق على العقد و أن حدث هنا عيب أيضا و أنه لا تمنع عن الردّ بالعيب السابق .

و على الجملة أن مقتضى القاعدة و مقتضى رواية جميل و ان كان هو مانعية العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض عن الردّ بالعيب السابق و الخيار بنفس هذا العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض ولكن مقتضى رواية زرارة هو عدم مانعية العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض عن الردّ بالعيب للسابق على العقد .

و أما اذا حدث العيب بعد القبض و فى زمان الخيار فهل يكون ذلك مانعا عن الردّ بالعيب السابق على العقد أم لا .

فنقول : ان الظاهر و ان كان عدم ثبوت الملازمة العقلية بين كون العيب الحادث فى زمان الخيار سببا للخيار و بين كونه مانعا عن الردّ بالعيب السابق و أن احدى الجهتين غير مربوطة بالجهة الأخرى عقلا الا أن مقتضى الفهم العرفى و الارتكاز العرفى هو ثبوت الملازمة بين كون العيب الحادث قبل القبض و بعد العقد أو بعد القبض و فى زمان الخيار بنفسه سببا للخيار و غير مانع عن الردّ بالعيب السابق بأن يكون مؤكدا له و بين عدم كونه سببا للخيار و مانعا عن الردّ بالعيب السابق و ان قلنا فى المسئلة الاولى أعنى مانعية العيب عن الردّ فى صورة حدوث العيب قبل القبض و بعد العقد من جهة رواية زرارة كما هو واضح .

و تظهر الثمرة بين كون العيب الحادث فى زمان الخيار أو قبل القبض

بنفسه سببا للخيار أولا هو أنه بناءً على كونه بنفسه سببا للخيار ومانعا عن الرد بالعيب السابق و بين عدم مانعيته هو أنه لو اسقط المشتري خياره الثانى يبقى خياره الاول ، أى الحاصل بسبب العيب الاول و الا فلا خيار له أصلا .

و حيث ان العرف يفهم الملازمة بين كون حدوث العيب فى زمان الخيار أو قبل القبض سببا للخيار و بين عدم كونه مانعا عن الرد فلا بد من التكلم فى الجهة الاخرى و هى أن حدوث العيب هل يكون سببا لثبوت الخيار أم لا ؟

فنقول انه قد ثبت فى الشريعة المقدسة أن التلف أو العيب قبل القبض

يكون من مال البايع فهذا المعنى يتصور على وجوه : —

الاول : أن يكون المراد من كون ضمانه عليه أن دركه عليه بأن يخرج

البايع عن عهدة ضمان المال حين التلف على النحو الذى تلف أى على القيمة

التي تلف عليها مثلا ، اذا كان المال حين التلف يساوى بعشرة دنانير

فيكون ذلك من البايع و هذا المعنى بديهى البطلان فان لازم ذلك أن

يكون اضعاف قيمة المبيع على البايع فى بعض الاحيان كما اذا باع المتاع

بقيمة رخيص أو ترقى قيمة السوقية و هذا لم يلتزم به أحد ، بل لم يحتمله

أحد على ما نعلم .

الثانى : أن المراد من كون الضمان قبل القبض أو فى زمن الخيار أى

خيار الحيوان و الشرط بالأصالة كما تقدم و خيار المجلس باللاحق هو

كون عهدة المال من التلف و التعيب على البايع كما كان له قبل البيع فح كان

للقول بكون العيب موجبا لجواز الرد له وجه وجيه ، و لكن لا دليل على تنزيل

العيب فى زمن الخيار أو قبل القبض على التعيب قبل العقد بحيث يكون

هذا مثله بل الظاهر هو الوجه الثالث و هو ان يكون ضمان العيب و التلف

في زمن الخيار وقبل القبض على البايع بمعنى أن يفرض البيع كلا بيع و كأنه لم يكن هنا بيع و التعيب و التلف انما كان في ملك البايع و على هذا فان تلف المبيع يفسخ البيع من اصله و الا فكان له مطالبة ضمانه و هو الأرش أى يطلب من البايع جزء من الثمن و أما جواز الرد فلا يستفاد من هذا القاعدة نعم ثبت برواية زرارة جواز الرد أيضا قبل القبض .

و الحاصل : أنه لا دليل على جواز الرد بعد تعيب المبيع الا اذا كان ذلك قبل القبض و بعد البيع و أما في غير هذه الصور فلم يثبت الرد بل لا شيء على البايع أصلا كما اذا كان التعيب بعد انقضاء الخيار و عليه اعطاء الأرش كما اذا كان التعيب في زمن الخيار كما هو واضح .

قوله : و المراد بالعيب هنا مجرد النقص لا خصوص ما يوجب الأرش فيعم عيب الشركة ، أقول : قد ذكر المصنف أن المراد بالعيب هنا مجرد النقص فاذا حدث نقص في المبيع يكون مانعا عن الرد بالعيب السابق و هذا يشمل كلما يكون موجبا لنقص المالية كنسينا العبد الطحن أو الخياطة و نحو ذلك لا خصوص العيب و النقص الذي يكون موجبا للأرش فقط كزوال وصف الصحة .

أقول : قد عرفت أنه لم يرد في روايات الباب لفظ العيب حتى نجمد في ظهوره و صدقه ، بل المدرك لما نحن فيه انما هو رواية زرارة و مرسله الجميل فالمذكور في الاولى هو أن احداث الحدث مانع عن الرد و المذكور في الثانية هو أن عدم قيام العين بعينها مانع عن الرد صدق شيء من أحد هذين العوانين فلا يجوز الرد بالعيب السابق ، بل يطالب المشتري من البايع الأرش و الا فجاز الرد سواء صدق عليه لفظ العيب أم لم يصدق ، فانه على كل تقدير ليس مناطا للحكم في المقام و على هذا فلا شبهة في شمول الروايتين لما حدث فيه عيب ، كما اذا اشترى عبدا كان أعمى و صار

أخرس عند المشتري أو أعرج فانه لا يجوز ح الرد بالعيب السابق ، فان ذلك من أظهر أفراد احداث الحدث و كك من أظهر أفراد عدم قيام العين بعينها و هذا لا كلام فيه .

و أما اذا كان الناقص عند المشتري هو وصف الكمال الذى له دخل فى زيادة المالية كما اذا كان العبد خياطا فزال عنه وصف الخياطة أو كان كاتباً فزال عنه صفة الكتابة و هكذا أو أشتري دابة كانت تحسن الطحن فنسيت ذلك ففى هذه الصورة و ان كان يصدق على العين أنها قائمة بعينها و لكنه يصدق عليه أنه حدث فيه حدث فانه أى حدث أعظم من الجهل و من النسيان ، فيكون ذلك مشمولاً لرواية زرارة و ان لم يكن هذا الحدث بغير اختيار من المشتري على ما ذكرناه من أن احدث كناية عن حدوث الحدث فى المبيع و ان لم يكن باختيار من المشتري كما لا يخفى .

بل يمكن الاستدلال على ذلك بمرسلة الجميل أيضاً فان قيام العين و ان لم يناف بظاهره مجرد نقص الاوصاف كما اعترف به بعضهم فى مسألة تقديم قول البايع فى قدر الثمن مع قيام العين الا أن الظاهر من التمثيل لعدم قيام العين بمثل الصبغ و خياطة الثوب يعلم أن المراد من عدم قيام العين هو مطلق حدوث الحدث و ان لم يكن نقصاً موجباً لعدم بقاء العين على ما هو عليه ، فان مجرد صبغ الثوب و خياطته ليس موجباً لنقصان العين بل ربما يزيد قيمة الثوب ، و لكن من حيث أن الثوب بعد الصبغ و الخياطة لا يكون قابلاً لصبغ آخر و خياطة أخرى يكون حدثاً و موجباً للنقص و من هذا القبيل الوصف الكمال الذى يكون موجباً لزيادة القيمة عند بعض ولكن يوجب النقص عند نوع الناس كطحن الحنطة فان الطحن صفة كمال و توجب زيادة القيمة أيضاً و مع ذلك الوصف لا يصدق قيام العين بعينها فيكون مانعاً الرد لكونه موجباً لعدم رغبة نوع الناس اليه كالتجار فانهم يرغبون فى شرائهم

للتجارة الحنطة دون الطحن لعدم بقاء الطحن مدة مديدة بخلاف الحنطة
فلا يجوز رد العين معه أيضا .

وعلى الجمل فالمناط فى عدم جواز رد العين بالعيب السابق هو
احداث الحدث وعدم قيام العين بعينها وان لم يكن الحدث عيبا وموجبا
لنقصان المالىة. أما الاول بنصر رواية زرارة وأما الثانى فبقريئة التمثيل
بالصبغ والخياطة الذى ليسا من قبيل ما يوجب عدم قيام العين بعينها
عرفا .

ولكن الذى ينبغى أن يقال انا لا نعقل حدوث زوال وصف الكمال
فى المبيع ومع ذلك لا يكون سببا لنقص المالىة وأما مثل الشركة التى مثل
بها المصنف فسيأتى الكلام فيها وعليه فاذا زال وصف الكمال يكون موجبا
لنقصان المالىة أيضا فيكون ذلك مانعا عن الرد من جهة صدق احداث
الحدث عليه وعدم قيام المال بعينها الذى أعم من حدوث تغيير فى العين
أو حدوث تغيير فى الوصف على ما استفداه من التمثيل بالصبغ والخياطة .
وأما توهم أن وصف الكمال لا يقابل بالمال وأما وصف الصحة فيقابل
بالمال ، فيثبت الأرش فى الثانى دون الأول ، كما اشار اليه المصنف فيما
يأتى فى جواب العلامة فقد تقدم الكلام فى ذلك مفصلا وقلنا ان مطلق
الاصاف وان كانت موجبة لزيادة المالىة فى العين ولكن شىء منها لا
يقابل بالمال ، فلا يقال أن العين قيمتها كذا وقيمة بياضها كذا ، كما لا
يخفى ، ومن هنا ظهر حكم الوصف الذى ليس بوصف صحة ولا وصف كمال
فزواله لا يوجب المنع عن الرد بالعيب السابق لعدم صدق احداث الحدث
على زواله وعدم صدق عدم قيام العين بعينها مع انتفائه كما هو واضح .
و اذا كان التغيير بزيادة وصف الكمال فى المبيع بأن كان العبد كاتباً
أو عالماً ورعاً أو خياطاً فانه لا شبهة فى جواز الرد هنا بالعيب السابق و

لا يكون حدوث ذلك مانعا عن الرد بالعيب السابق فان هذا لا يوجب عدم قيام العين بعينها الذي ذكر في مرسله الجميل و ليس ذلك أيضا نقصا في العين فان الظاهر من احداث الحدث المذكور في رواية زرارة هو أن يكون الحدث موجبا لنقص كما هو الظاهر منها بمناسبة الحكم والموضوع أيضا و أما ما يكون وصفا للكمال فلا يكون ذلك نقصا كما هو واضح .

وعلى الجملة : اذا اشترى المشتري متاعا فوجدها معيوبًا بعيب قبل العقد و مع ذلك حدث عنده حدث ، وهذا يكون على أقسام :—
الاول : أن يحدث في العين عيب عنده و زال عنها وصف الصحة كما اذا كان العبد أعمى و صار أخرس ، وهذا لا شبهة في كونه مانعا عن الرد بالعيب السابق و ينتقل الى الأرش .

الثاني : أن يكون الحدث نقصان وصف كمال بحيث لا يوجب نقصان المالكه و لا يستلزم الأرش على ما ذكره المصنف ، وقد ذكرنا عدم معقولية ذلك ، وعلى تقدير تعقله فلا يكون ذلك مانعا عن الرد .

الثالث : أن يكون الحادث وصفا و لكن وصف كمال عند بعض و موجبا للنقص عند نوع الناس ، كطحن الحنطة فان الطحن اذا كان قليلا فهو يوجب العزبة و أما في الكثير بحيث يكون من امتعة التجارة فهو نقص فلا يرغب به التجار كما يرغبون الحنطة .

الرابع : أن يكون الزائل وصف كمال ، كنسيان العبد وصف الكتابة و نسيان الدابة الطحن فلا شبهة في كون ذلك مانعا عن الرد أيضا كما تقدم
الخامس : أن يكون الحدث وصفا لا يوجب زوال وصف الكمال ولا زوال وصف الصحة ، بأن لا يكون دخيلا في المالكه بوجه و هذا أيضا لا يمنع عن الرد .

السادس : أن يكون الحادث وصف كمال فقد عرفت عدم مانعية ذلك

أيضا عن الرد بالعيب السابق كما هو واضح ولا يفرق في ذلك بين كون الحادث وصفا خارجيا أو معنويا و من جميع ما ذكرناه ظهر الجواب عما ذكره العلامة في التذكرة من جعل مدرك الحكم دليل لا ضرر وأن تحمل البايح النقص الحاصل في يده ليس بأولى من تحمل المشتري لما حدث عنده من العيب فإنه يرد عليه مضافا الى عدم كون المدرك هو لا ضرر، بل النص كما تقدم وأنه من الوجوه الاستثنائية ما ذكره المصنف، فراجع.

قوله : ثم مقتضى الاصل عدم الفرق في سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث و زواله .

أقول : وقع الخلاف في أنه اذا زال العيب الحادث في ملك المشتري هل يمنع ذلك من الرد بالعيب السابق أو لا يمنع ؟ وقد اختلف كلمات العلامة في كتابيه ، فذكر في التذكرة عندنا أن العيب المتجدد مانع عن الرد بالعيب السابق سواء زال أم لا ؟ ولكن ذكر في التحرير لو زال العيب الحادث عند المشتري ولم يكن بسببه كان له الردّ والأرش عليه ، و ذكر المصنف (ره) أن مقتضى الاصل هو عدم الفرق في سقوط الخيار بين بقاء العيب و زواله فلا يثبت الخيار بعد زواله ، ومراد من الاصل هو الاستصحاب فان الزوم قد ثبت باحداث الحادث فزواله يحتاج الى دليل فنستصحب للزوم وعدم الخيار .

أقول : ان كان المدرك لسقوط الرد هو رواية زرارة كما بنينا عليه فلا شبهة في سقوط الردّ وعدم عوده بزوال العيب ، و ان كان المدرك لذلك هو مرسله جميل أو هي مع رواية زرارة فيعود جواز الردّ بزوال العيب .

و توضيح ذلك أن رواية زرارة انما دلت على اللزوم وعدم الرد باحداث الحادث و من الواضح ان اطلاق ذلك محكم حتى بعد زوال العيب .
و دعوى انصرافها الى صورة بقاء الحادث فاسدة فان ذلك انما يتم اذا

استدلنا بها بكلمة احدث بما أنه فعل ماض ، وقلنا بأنه اذا ارتفع العيب يكشف ذلك أن الخيار من الأول لم يرتفع فان المنصرف من احدث هو أن يكون الحدث حين الرد موجودا وأن البايع لا يأخذ ماله على النحو الذي اعطاه للمشتري كما تقدم ذلك سابقا وأما اذا لم يكن موجودا فلا بوجوب السقوط ولكن لا نقول هنا هكذا ، بل نقول أن مقتضى الرواية هو اللزوم بمجرد احداث الحدث و اطلاقها عدم الفرق بين الزوال و البقاء فنأخذ باطلاقها ونحكم باللزوم على وجه الاطلاق كما هو واضح ، وأما اذا قلنا بأن المدرك لعدم جواز الرد بالعيب السابق بما حدث عند المشتري من العيب .

فح نقول أن المدارح هو صدق بقاء العين عند الرد و من الواضح أنه يصدق على العين أنها باقية اذا تعيبت وزال عنها العيب و على هذا فلا يسقط الخيار اذا تعيبت العين و زال عنها حين الرد بناءً على كون المدرك هي المرسله .

وأما اذا كان المدرك هو المرسله مع رواية زرارة فلأن مرسله جميل دلت على جواز الرد مع بقاء العين سواء حدث فيها حدث ثم زالة عنها الحدث أم لا ، بل كانت العين باقية على حالها لصدق بقاء العين عرفاً و ان لم يصدق عليها البقاء بالدقة العقلية و رواية زرارة انما دلت على جواز الرد باحداث الحدث مطلقاً سواء زال عنها الحدث أم لم يزل فالنسبة بينهما هي العموم من وجه فتقع المعارضة بينهما فيما اذا حدث في العين حدث فزال عنها ذلك ، فان مقتضى المرسله هو جواز الرد و مقتضى رواية زرارة هو عدم جواز ذلك فتستطآن في مورد المعارضة فيرجع الى عموم ما دل جواز الرد بالعيب السابق و لكن هذا الكلام هنا مبني على مسألة أصولية و هي أن أدلة حجية الخبر الواحد هل تشمل مثل مرسله جميل و ابن أبي عمير و نحوهما التي قيل ان مراسيل هؤلاء مثل الروايات الصحيح و ادعوا لاجماع

على صحة ما يصح عن هؤلاء^٤، و اذا وصل اسند الى هؤلاء سقط السؤال عن كيفية السند هل يحكم بصحة روايتهم و ان كانت مرسله و ان اعبر صاحب الحدائق عن مرسله جميل بالصحيحة و على هذا المبنى تقع المعارضة المذكورة فمقتضى القاعدة هو الذى حققناه، و لكن ذكرنا فى الجزء الاول أنه لا دليل على حجية مراسيل هؤلاء^٤ و الاجماع الذى ادعوه لا نقطع بتحقيقه و لا بحجية ان لا نعلم أن الواقع بين هؤلاء^٤ وبين الامام عليه السلام اشخاص موثقين كما هو واضح .

و على هذا فالمدرک ينحصر برواية زرارة و ما ذكرناه من ثمرة تلك الكبرى الكلية الاصولية .

ثم اذا كان الحدث مانعا عن الردّ فهل يجوز رده مع رضى البايع بالردّ اما مع الارش أو بدونه أم لا يجوز؟

فنقول : ان المشهور هو كون المشتري مخيرا بين أمور ثلاثة : الردّ و الامضاء مطلقا ، أو مع الأرش و أن هذا التخيير ابتدائي و لكن قد ذكرنا سابقا أن الظاهر من الرواية رواية زرارة هو أن التخيير بدوا و انما هو بين الردّ و الامضاء و مع سقوط الرد فيثبت له الأرش فللمشتري ح مطالبة الارش فقط، ليس الا و قد حملنا على ذلك فيما سبق عبارة المبسوط حيث التزم بثبوت الأرش مع اليأس عن الردّ و قلنا أن ما اشكل عليه المصنف من أن الاطلاق يدفع ما ذكر فى المبسوط و قلنا هناك انه لا اطلاق هنا حتى ينافيه و لكن الظاهر أن ما ذكره المصنف صحيح حيث ان اطلاق رواية زرارة الدالة على اللزوم بمجرد أحداث الحدث مطلقا محكم فيكون دافعا لما ذكره فى المبسوط ان بناء على الأخذ بالاطلاق أنه لا يجوز الرد مع أحداث الحدث بل تصل النوبة الى الأرش و لكن مع رضاية البايع بالرد جاز الرد لا من جهة الرواية ، بل لكونه اقالة لجوازها .

وأما مع عدم رضا المشتري بالرد حتى مع عدم الأرش لما أحدثه من الحدث فلا ملزم للردّ ، بل تصل النوبة الى الأرش وأما بناء على ما ذكره الشيخ في المبسوط فلا تصل النوبة الى الأرش مع رضى البايع بالردّ مع الأرش بما أحدثه المشتري أو بدونه إذ لم يحصل اليأس من الرد بعد حتى تصل النوبة الى الأرش .

وعلى الجملة بناء على الاخذ باطلاق رواية زرارة لا يجوز للمشتري أن يردّ المبيع مع احداث الحدث و تصل النوبة الى الأرش ، وأما مع رضا البايع بالردّ و رضا المشتري بذلك فلا شبهة في جوازه لكون ذلك مثل الاقالق فلا يحتاج الى رواية ولكن للمشتري أن يرضى بذلك و أن لا يرض و يطالب الأرش و لكن بناء على قول المبسوط فلا تصل النوبة الى الأرش لعدم يأس المشتري عن الردّ ثم اذا رض البايع بالرد مع الأرش فيرض المشتري أيضا بذلك فلا بدّ له من رده على البايع وهذا الارش غير الأرش الذي لزم رده للبائع على المشتري فانه هو التفاوت بين الصحيح والمعيب و الردّ من الثمن بذلك التفاوت فهذا الأرش لازم بالضمان المعاملى و هذا بخلاف الأرش الذي وجب للمشتري رده على البايع فانه انما ثبت بضمان اليد و الأرش هنا هو للتفاوت فيما بين الصحيح والمعيب بالقيمة الفعلية ، سواء ترقّت العين عن القيمة الأولى أم لا ؟ كما هو واضح .

قوله : تنبه ظاهر كره .

و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة .
أقول : ذكر المصنف أن توضيح المقام هو أن التعدد المتصور فيه التبعض اما فى العوض ثمنا أو ثمننا أو فى البايع أو فى المشتري ، ثم ذكر أمثلة ذلك ثم قال أما التعدد فى الثمن بأن يشتري شيئا واحدا بعبه بثمن و بعضه الآخر بثمن آخر فلا اشكال فى كون هذا عقدين و لا اشكال فى جواز

التفريق بينهما أما الاول أى التبعض فى العوض فالمعروف أنه لا يجوز التبعض فيه من حيث الرد ، بل الظاهر المصرح به فى كلمات بعض ا لاجماع عليه و ذكر فى ابداء المنع عن ذلك بأن المردود ان كان جزء مشاعا من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركة و ان كان معينافهوناقص من حيث حدوث التفريق فيه و كل منهما نقص يوجب الخيار لو حدث فى المبيع الصحيح .

و تفصيل المقام أن المبيع قد يكون شيئا واحدا شخصيا بالدقه العقلية مع كون جزء منه معيبا كما اذا اشترى عبدا فظهر أن رجله معيوب أو يكون المبيع واحدا شخصيا بالنظر العرفى و ان كان فى الواقع أمورا متعددة كما اذا كان المبيع دارا فانها وان كانت متعددة حقيقة و مركبة من عدة أمور و لكنها واحدة بالنظر العرفى الاعتبارى و كان جزء منها معيوباً من قبته أو سردابه و نحو ذلك و الظاهر أنه لا خلاف فى عدم جواز فسخ العقد فى الجزء المعيب فقط ر الامضاء فى الجزء الآخر الصحيح و ما ربما يظهر من المصنف و جرد الخلاف فى ذلك حيث عبر بالمعروف ثم ذكر ابداء المانع عنه الظاهر أنه لا يمكن المساعدة عليه .

و الحاصل : اذا كان المبيع واحدا حقيقيا أو واحدا عرفيا فظهر جزء منه معيبا فلا شبهة فى عدم جواز الفسخ فى الجزء المعيب ، بل ان كان يفسخ فانما يفسخ فى المجموع لكون مجموعه مبيعا واحدا و اذا لم يفسخ لم يفسخ فى المجموع أيضا هذه هى المسئلة الاولى و لا يفرق فى ذلك بين أن يكون المردود جزء مشاعا أو جزء معيناً فانه لا دليل على رد جزء من المبيع .

الثانية : أن يشتري شيئا واحدا ببيعين كما اذا اشترى نصفاً معيناً من الدار بقيمة ثم اشترى نصفها الآخر بقيمة أخرى ثم وجد عيباً فى أحد

النصفين فهل يجوز تسرية خيار العيب الى الثانى أولا فالظاهر أنه لم يخالف، أحد فى أنه لا يجوز فسخ العقدین بظهور العيب فى متعلق أحدهما فان كل منهما عقد مستقل غير مربوط بالآخر فاذا اراد الفسخ لعيب يفسخ فيما ظهر فيه العيب والا فيأخذ الأرش وهذا المسئلة ليست مورد اللخلاف .

المسئلة الثالثة : ما اذا اشترى أمور متعددة مستقلة ببيع واحد بحيث

أن كل منها أمر مستقل يمكن وقوع البيع عليه و ليس مثل رجل العبد ورأس الحيوان ونحوهما حتى لا يمكن التفكيك بينهما ، و لكن اشترىها احد ببيع واحد بصرف فرضها أمرا واحدا بالاعتبار و الأهمى فى الحقيقة أمور متعددة عقلا و عرفا كما هو واضح، و هذا نظير شراء الدار و الفرس بعقد واحد ثم وجد فى احدهما عيب فهل يجوز فسخ مجموع العقد أولا أو يجوز فى المتاع الذى ظهر فيه العيب و لا يجوز فى الآخر وجوه ، بل اقوال ثلاثة :-

الاول : جواز الفسخ فى الفرد المعيب دون الصحيح من جهة كون

كل واحد منهما منها ضامن الآخر و مستقلا فى نفسه ففسخ العقد فى أحدهما دون الآخر لا بأس به و ان كانا قد تعلق بهما عقد واحد غاية الامر يثبت للبايع خيار تبعض الصفقة مع دخالة الهيئة الاجتماعية فى القيمة و مع اسقاط جميع الخيارات الا خيار العيب لا يثبت له ذلك أيضا .

الثانى : أن يكون الخيار من احدهما ساريا الى الآخر ويكون الفسخ

متعلقا بمجموع العقد فان البيع ببيع واحد قد تعلق بهما معا فيكون المجموع من حيث المجموع فى حكم مبيع واحد و هذا القول هو المعروف بين الاصحاب .

الثالث : أن لا يكون هنا خيار اصلا ، فان هذا الذى فيه عيب فليس

بمبيع، بل هو كرجل الحيوان فيكون فى حكم الجزء و ما هو مبيع أعنى المجموع المركب و لو بالاعتبار، أى المركب الذى فرض واحدا بالاعتبار فكما لا يجوز

فسخ البيع فى رجل الحيوان اذا كان معيوباً وكذا لا يجوز فسخ البيع فى فرد من المبيع كالفرس الذى يبيع مع الدار .

و الظاهر الاقوى هو الوجه الاول فان العقد و ان كان بحسب الانشاء الذى يسميه المصنف بيعاً فان المبرز أمر واحد و لكن كل منهما مبيع مستقل بحسب الانحلال فالبيع ينحل هنا الى بيوع متعددة حسب تعدد متعلقه و ليس بينهما اتحاد حقيقى و لا عرفى اصلاً ليفرض المبيع واحداً و البيع واحداً ، بل هما متغائران و احدهما اجنبى عن الآخر غاية الامر جامعهما أمر اعتبارى و هو البيع أى ابرز البايع بيعهما بمبرز واحد و هذا لا يوجب الاتحاد من جميع الجهات .

و لا يرد على ذلك ما ذكره صاحب الجواهر من أن المقام نظير فسخ العقد فى جزء المبيع و انه بديهى البطلان ، فان متعلق العقد أمر واحد فلا يجوز الفسخ فى بعضه دون بعضه ، فانه بعد الالتزام بالانحلال فلا يلزم ذلك أصلاً فانه فرق بين المقامين فانه مع وحدة المبيع عقلاً أو عرفاً لا معنى للفسخ فى البعض دون بعض ، بل لا خلاف فى عدم جوازه و هذا غير كون المبيعين فى بيع واحد و هل يلتزم صاحب الجواهر بانتفاء خيار الحيوان فيما لو باع فرساً مع الدار أو هل يلتزم بأنه اذا نهى المولى عبد تكليفاً عن بيع حيوان فباعه العبد مع الدار فانه يقال ان المبيع ليس هو الحيوان هنا بل المجموع المركب و أيضاً لازم كلامه أن لا يكون لأحد الشريكين خيار الاخذ بالشفعة اذا كان باع شريكه الآخر حقه مع ضميعة شىء آخر فان المبيع هو المجموع المركب و هو بديهى البطلان ، و لا يلتزم بشىء منها صاحب الجواهر بل على مقالته لا بد من الالتزام ببيع ما يملك و ما لا يملك معاً ، فان ما لا يملك ليس مبيعاً حتى لا يجوز بيعه ، بل هو المجموع و كل ذلك لا يمكن الالتزام به و قد تقدم فى البحث عن خيار الحيوان أن الخيار يثبت فيه

للمشتري في كل مورد صدق عليه بيع الحيوان، ولو كان في ضمن أمور آخر متعددة كما لا يخفى فانه فرق بين كون المبيع واحدا أو عرفا فانك قد عرفت عدم جريان الخيار في الجزء المعيب فيه بلا خلاف، وبين كونه واحدا بالاعتبار البيعى فقط كما لا يخفى ولم يكن في دليل خيار العيب أن لا يكون المبيع المعيوب مع غيره أيضا لا طلاق قوله عليه السلام أيما رجل باع شيئا فيه عيب أو عوار الخ الدالة على ثبوت خيار العيب للمشتري ما دام لم يحدث فيه حدثا وهذا الكلام جار في جميع الخيارات أيضا كخيار الحيوان ونحوه فانه ليس في دليل خيار الحيوان أن لا يكون مع الحيوان شيء آخر مبيعا كما لا يخفى .

و على الجملة فاذا كان الحيوان مثلا أو المعيب مبيعا يترتب عليه حكمه الوضعى والتكليفى .

وحاصل الكلام : من الاول أنه كان كلامنا في كون المبيع معيبا ووجود العيب فيه ولا شبهة أن فرعين هنا لا خلاف فيهما :

الاول : أن يكون العيب في مبيع منضم الى مبيع آخر في الخارج من غير أن يكون البيع الواحد واقعا عليهما في الخارج كما اذا اشترى نصف الدار ببيع ونصف الآخر ببيع آخر فانه لا يحسرى الخيار من احدهما الى الآخر بوجه .

المسألة الثانية : ما اذا كان المبيع واحدا اما بالدقة العقلية ، أو بالوحدة الاعتبارية العرفية ، كالعبد والدار فظهر عيب في جزء من ذلك فانه لا يجوز الفسخ في البعض دون الآخر والوجه فيه ليس هو أن الجزء ليس بمبيع، بل هو أيضا مبيع كالجزء الآخر و تمامه بحسب الانحلال و الانحلال كما يجرى فيما اذا باع أمورا متعددة حقة واحدة فكك يجرى فيما اذا كان المبيع واحدا ولو بالوحدة الحقيقية فان كل جزء منه مبيع

بحسب الانحلال و من هنا صح بيع نصف العبد و ريعه مشاعا و من هنا أيضا قلنا فيما تقدم بصحة بيع ما لا يملك و لا يملك و بيع ما لا يملك و ما لا يملك على طبق القاعدة فعدم جريان الخيار أى خيار كان فى الجزء فى صورة وحدة المبيع حقيقية أو عرفية ليس من جهة عدم الانحلال هنا كما عرفت فان الانحلال محقق فى جميع موارد المبيع مركبا كان أم واحدا و انما نمنع جريان الخيار فى الجزء من جهة أخرى .

و توضيح ذلك أن الخيار الثابت فى البيع تارة بعنوان البيع كخيار المجلس فان الدليل المتكفل لاثبات خيار المجلس انما هو قوله (ع) البعان بالخيار ما لم يفترقا و ظاهر ذلك هو ثبوت الخيار بالنسبة الى مجموع المبيع المتحد بالاعتبار عرفا أو عقلا لا بالنسبة الى جزء مشاع أو الى جزء معين . و أوضح من ذلك ما يكون دليل الخيار فيه من ناحية الشرط الضمنى كخيار الغبن و نحوه حيث ان الشرط انما هو ثبوت الخيار بالنسبة الى مجموع المبيع لا فى الجزء الخاص المعين أو المشاع فلا يجوز له الفسخ فى الجزء دون جزء هذا فيما اذا ثبت الخيار بعنوان البيع وقد علمت أن الخيار انما لم يثبت فى الجزء لا من جهة عدم كون الجزء مبيعا ، بل من جهة اقتضاء الدليل ذلك ، و أما فيما كان بعنوان آخر أى ثبوت الخيار بعنوان آخر كعنوان الحيوان و المعيب فالظاهر هنا أيضا أن يكون الخيار ثابتا لذى الخيار بالنسبة الى مجموع المعيب و الحيوان فلا يكون له الخيار فى الجزء الخاص فقط ، كما هو واضح ، و اذا كان موضوع خاص من الكتاب أو الدار معيبا فيقال أن مجموع الدار معيب و مجموع الكتاب معيب ، فلا يقال أن هذا الجزء الخاص فقط معيب و كذا كل شىء يكون كك أى شيئا واحدا و كان مبيعا فانه سواء كان الخيار ثابتا فيه بعنوان البيع أو بعنوان الحيوان و المعيب أو كان الدليل شرطا ضمنيا فانه يكون الخيار ثابتا فى المجموع

كما عرفت، فافهم .

و أما اذا كان المبيع أمور متعددة و باعها البايح صفقة واحد قولا يكون المبيع واحدا لا بالحقيقة و لا بالاعتبار العرفي ، بل انما جمع البايح بينها في انشاء البيع و اظهاره فقط، فاذا ظهر شيء من تلك الأمور معينا فهل يكون خيار العيب مسريا الى المجموع أو يختص بخصوص المعيب أو لا يكون للمشتري خيار اصلا .

و التحقيق أن الخيار يختص بخصوص المعيب فله فسخ العقد في خصوصه أو رضائه به و مطالبة الأرش كما هو واضح .

نعم ، يثبت له خيار تبعض الصفقة الثابت بالشرط الضمني حيث انه قد اشترى هذه الصفقة المركبة من أمور متعددة أن يكون كلها له و لم يكن له بل تبعض الصفقة و من هنا ظهر الجواب عن صاحب الجواهر أيضا حيث ذكر أن مقتضى أدلة الخيار هو ثبوته في مجموع المبيع لا في كل جزء منه فان له مجال في الشق المتقدم من كون المبيع شيئا واحدا حقيقة أو عرفا كما هو واضح . و ظهر أيضا أنه لا وجه للقول بثبوت الخيار في المجموع أو عدم ثبوته في المجموع، كما لا يخفى ، فافهم .

والحاصل : أنه لا تصور في شمول دليل خيار العيب أعنى قوله عليه السلام في رواية زرارة المتقدمة أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار لصورتى كون المعيب أمرا مستقلا أو منضما الى غيره فانه يثبت له الخيار في كلا صورتين فح ان كان العيب في جزء المبيع موجبا لسراية الحكم الى الجميع لكون المبيع شيئا واحدا حقيقة أو عرفا فيثبت الخيار في الجميع و الا فيثبت الخيار في خصوص المعيب ، فيثبت خيار تبعض الصفقة في الجزء الصحيح .

و لكن المصنف ابدى المانع عن ذلك و حاصل كلامه أن المعيب الذي

يردّه المشتري على البايع ان كان جزء مشاعا من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركة فيه ، و ان كان جزء معيناً و معروفاً فهو ناقص من حيث تبعض الصفة و لا شبهة أن كلا منهما نقص يوجب الخيار

ثم ذكر أن ثبوت الخيار هنا أولى من ثبوته في نسيان الدابة الطحن فان ذلك أى نسيان الدابة الطحن ليس بعيب في المبيع و هذا بخلاف الشركة أو تبعض الصفة فان ذلك عيب في المبيع كما هو واضح .

ثم ذكر أن ردّ بعض المبيع بخيار العيب دون بعضه و ان كان ضرراً للبايع و ينجر بخياره في ردّ الصحيح من المشتري بخيار تبعض الصفة و لكنه معارض بكونه موجبا للضرر على المشتري ان قد يتعلق غرضه بامسك الجزء الصحيح .

ثم أيد ذلك بمرسلة الجميل المانعة عن رد المعيب بمثل صبغ الثوب و خياطته فان المانع هنا ليس الا بالنسبة الى حصول الشركة في الثوب بنسبة الصبغ و الخياطة لا مجرد تغيير الهيئة .

ثم ذكر في آخر كلامه أن العمدّة في المسئلة هو أن مرجع جواز الردّ منفردا الى اثبات سلطنة للمشتري على الجزء الصحيح من حيث امسكه و لو كان ذلك من حيث الحدوث ثم سلب سلطنته عنه بخيار البايع و منع سلطنته على الردّ أولا أولى و لا اقل من التساوى فيرجع الى أصالة اللزوم .

و الذي ينبغي أن يقال أنه تارة يناقش في شمول الادلة للمقام ويكون مقتضى قاصرا عن اثبات الخيار للجزء المعيب و هذا لا بأس به و لكن قد عرفت تمامية مقتضى لذلك و قد يناقش من جهة المانع و قد ذكرت وجوه للمناعية و شيء منها لا يصلح للمنع عن ذلك .

الاول : كون ذلك نقصا للمبيع فلا يكون العين ح قائمة بعينها وفيه أن دليل ثبوت خيار العيب في المعيب انما دل على ذلك فيما حصل النقص

قبل الفسخ بحيث يوجب ذلك النقص و الحدث الحاصل قبل الفسخ المنع عن ردّ المعيب و في المقام ليس كك حيث ان النقص انما يحصل برد المشتري المعيب لا قبله فلا يكون دليل مانعية النقص عن الردّ شاملا لذلك الا بتفقيح المناط و هو واضح الدفع.

الوجه الثاني : قاعدة نفي الضرر فان فسخ المشتري العقد في المعيب دون الصحيح ضرر على البايع بناء على شمول دليل نفي الضرر لا مثال المقام و عدم المناقشة في ذلك ، اقول : لا بد من ملاحظة أن الضرر من أى جهة ينشأ فانه اما من جهة رد المعيب الى البايع بأن يكون البايع متضررا من هذه الجهة فلا شبهة أن هذا الضرر انما ثبت من جهة جعل الخيار في المبيع المعيوب فلا تكون أدلة نفي الضرر حاكما على أدلة الخيار ، بل تكون أدلة الخيار متقدمة على أدلة نفي الضرر ، و مخصصة لها فالضرر هنا لم ينشأ من رد المعيب لكى يرتفع بدليل نفي الضرر ، بل انما نشأ من ناحية جعل الخيار كما هو واضح فلو كان دليل نفي الضرر شاملا للمقام لزم ارتفاع خيار العيب ، بل ارتفاع مجموع الخيارات على أنه يجرى فيما اذا كان كل واحد من الجزئين مبيعا مستقلا و لا يختص بصورة كونها مبيعا واحدا في صفقة واحدة .

و ان كان الضرر من جهة عدم رد الصحيح الى البايع فانه يتضرر من ناحية تبعض الصفقة فدليل الضرر انما يرفع لزوم العقد بناء على شموله للمقام و يكون للبايع حق رد الجزء الصحيح أيضا و أما عدم ثبوت الخيار للمشتري في الجزء المعيوب فإنه أى ربط لثبوت الضرر على البايع في عدم ردّ الجزء الصحيح بعدم ثبوت الخيار للمشتري في ردّ الجزء المعيوب .

و بعبارة أخرى مقتضى تضرر البايع من عدم ردّ الجزء الصحيح هو ثبوت الخيار له في ذلك لا نفي خيار المشتري في ردّ المعيب على أنه يمكن منع

شمول قاعدة نفي الضرر للمقام على ما تقدم فى بعض الخيارات لا مكان دفع الضرر بنحو آخر من الأرش والتفاوت ونحو ذلك .

وهنا وجه ثالث: وهو أن كل واحد من المتبايعين قد اشترط على الآخر أن يكون المبيع سالما عن التبعض اشتراطا فى ضمن العقد ، فإذا تخلف ذلك ثبت لكل منهما خيار تبعض الصفقة بل هذا الاشتراط بديهى فى بعض الموارد كما اذا اشترى مصراعى الباب فان الضرورة قاضية على اشتراط أن لا يكون احدهما منفكا عن الآخر فى مقام التخلف وعلى هذا فلا يلزم من ذلك أن لا يكون للمشتري خيار فى الجزء المعيب ، بل يثبت له خيار العيب فى ذلك ، نعم يثبت لكل منهما خيار تبعض الصفقة فى الجزء الصحيح كما هو واضح .

واما ما ذكره المصنف من تأييد مراده بمرسلة الجميل ففيه :-

أولا أنها مرسلة قد تقدم الكلام فيها و لا يمكن العمل بها للإرسال وانها ليست بمدركنا وانما مدركنا رواية زارة .

و ثانيا : لا دلالة فيها على كون الشركة عيبا و مانعة عن الرد لما ذكرنا أنها دلت على عدم الخيار مع قيام العين وأن ذكر الامثلة من خياطة الثوب و صبغه يدل على أن عدم قيام العين تحقق بمثل ذلك أيضا كما هو كك فى العرف فانه ليرغب نوع بالثوب الغير المخيط أزيد من رغبتهم بالثوب الغير المصبوغ و كك يرغبون بالثوب الأبيض أزيد من رغبتهم بالثوب المصبوغ كما هو واضح لا يخفى ولاجل ذلك لا يكون العين باقية فى العرف مع الخياطة و الصبغ و الحق أنه لا مانع من شمول أدلة خيار العيب للمعيب سواء كان ذلك مبيعا مستقلا أو منضما الى الاخر كما هو واضح .

قوله أما الثانى : و هو تعدد المشتري أقول : هذه هى المسئلة الثالثة فى عبارته المتقدمة المسوقة للتقسيم و توضيح الكلام هنا أنه اذا باع أحد

ماله من اشخاص متعدد دين و ظهر معيبا فهل يثبت الخيار لكل منهم بحيث يكون له الخيار في حصته سواء فسخ الآخر أم لا أو كان لهم الخيار في المجموع أى لجميعهم خيار واحد في ذلك المجموع من حيث المجموع مقتضى اطلاق مفهوم قوله عليه السلام أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يحدث فيه حدثا لزم البيع و يلزم على البائع رد التفاوت على ما هو مضمون الرواية هو ثبوت الخيار لكل من المشتريين لصدق قوله عليه السلام أيما رجل الخ ، على كل منهم كما هو واضح .

و لا يقاس ذلك بخيار الورثة الذى ثبت لهم بالارث فان الذى انتقل اليهم بالارث انما هو حق واحد و خيار واحد لشخص واحد وهو المورث و لا يقاس بما نحن فيه الذى ثبت خيار متعدد من الاول للمشتري و هذا الذى ذكرناه جار في جميع موارد الخيارات اذا تعدد المشتري ولا يختص بخيار العيب لاطلاق الادلة فى جميع ذلك و أما ما ذكره المصنف من الموانع فلا يصلح شىء منها لذلك منها أنه ليست العين قائمة بعينها فانه اذا فسخ أحد المشتريين البيع و امضى الآخر فيلزم تبعض الصفقة و هو عيب فى المبيع فيكون ذلك موجبا لعدم قيام العين بعينها و يكون ذلك حدثا فى المبيع كما هو واضح .

و فيه أولا : ما ذكرناه سابقا من ان النقص فى المبيع انما يوجب المنع عن الرد بالعيب السابق اذا كان حاصله قبل الردّ و أما اذا تحقق ذلك بنفس الردّ فلا يكون ذلك مشمولا للدالة كما هو واضح .

و على تقدير شمول الأدلة لذلك فهو انما يفيد فى المسئلة السابقة فقط لا فى المقام فان التعدد هنا كان من الاول و لم يحصل ذلك بفعل الراد ان المفروض أن المبيع هنا متعدد حسب تعدد المشتري و أنه يصدق على كل منهم أنه اشترى شيئا و به عيب أو عوار الخ .

و ثانيا : قاعدة نفي الضرر فان مقتضى ذلك عدم ثبوت الخيار لكل من المشترين فانه اذا فسخ احدهم في حصته دون الآخر و لم يفسخ غيرهم أو لم يفسخ هو في المجموع يلزم ان يتضرر البايع فلان ذلك عدم الخيار كما هو واضح .

و فيه أنه بناء على شمول قاعدة نفي الضرر للمقام فمقتضى ذلك ثبوت الخيار للبايع في الجزء الآخر الذي هو حصته المشتري الآخر لا عدم ثبوت الخيار للمشتري الذي فسخ في حصته كما تقدم و أما ثبوت الضرر من جهة رد المشتري حقه من المعيب فهو ثابت بأصل دليل الخيار فيكون مخصصاً لأدلة الضرر كما هو واضح .

و ثالثا : دعوى انصراف دليل خيار العيب عن ذلك و ذكر المصنف ، انه يظهر وجه الانصراف بالتأمل و لم نفهم لذلك وجهها بعد التأمل ، بل الظاهر من الأدلة هو عدم الفرق بين تعدد المشتري واتحاده كما هو واضح .

نعم يجرى في المقام الشرط الضمني و لكن ذلك لا يكون مانعا عن ثبوت الخيار لكل من المشترين ، بل لازمه هو ثبوت الخيار للبايع من جهة التبعض كما هو واضح و هذا لا يختص بخصوص المقام كما عرفت بل يجرى في جميع الخيارات و من هنا ظهر أنه لا فرق في ذلك كله بين كون البايع عالما بكون المشترين متعددين أم لا نعم في صورة الجهل بثبوت الخيار له من جهة ذلك الشرط الضمني اوضح .

و أما اذا تعدد البايع التي هي المسئلة الثالثة فالأمر فيه أوضح و لا يجرى في ذلك شيء من دليل نفي الضرر ، بل الظاهر من الأدلة هو عدم الفرق بين تعدد المشتري واتحاده كما هو واضح ونحو ذلك من الموانع . نعم الشرط الضمني أيضا موجود هنا ويمكن

دعوى الانصراف الذى تقدم فى المسئلة السابقة هنا أيضا بأن يقال ان دليل خيار العيب منصرف عن ذلك الى كون الخيار ثابتا فى مجموع المبيع مع كونه مبيعا واحدا و جوابه هو الجواب ثم انه قد يجتمع اثنان من هذه المسائل وقد يجتمع ثلاثة منها و حكم كل منها يجرى فى صورة الاجتماع أيضا .

قوله مسئلة يسقط الأرش دون الرد فى موضعين أقول قد عرفت ثبوت الأرش فيما اذا باع شيئا و كان معيبا و حدث فيه حدث عند المشتري فانه كان له مطالبة الأرش و لكن يسقط الأرش فى موضعين :-

الأول : فى الربويات و تفصيل الكلام هنا أن عدم ثبوت الأرش انما هو بأحد أمرين :

الاول) أن يقال ان وصف الصحة فى المبيع انما يقابل بجزء من الثمن فاذا باع شيئا و كان فاقد ا لوصف الصحة ثبت للمشتري خيار العيب و مع عدم الردّ يثبت له الأرش فى مقابل ذلك الوصف المفقود و لكن قد خصص ذلك فى الربويات فلا يجوز أخذ الأرش فيها مع فقدان وصف الصحة لأن أخذه يستلزم الربا فانه اذا باع منا من الحنطة بمن من الحنطة و كان احدهما معيوباً فانه لا يجوز أخذ الأرش هنا فانه يستلزم الربا فى ذلك الجزء الزائد و كك الحال فى جميع الربويات و على هذا فيسقط الأرش فى الربويات .

و فيه أن وصف الصحة مطلقا سواء كانت فى الربويات أو غيرها لا تقابل بالمال أصلا و ان كان يوجب زيادة القيمة ، بل هو وصف الكمال على حد سواء ، بل حكمها من حيث عدم مقابلتها بالمال كالاوصاف التى ليست بوصف الصحة و لا وصف الكمال .

نعم الفرق فى ذلك أن وصف الصحة و وصف الكمال اذا كان مفقودا يوجب الخيار و الأرش فى الأصل أى فى وصف الصحة و له مطالبة الأرش

بالتعبد الشرعى و يدلنا على ذلك أن الظاهر هو تسالم الفقهاء على صحة البيع وعدم كون ذمة البايع مشغولة فيما اذا لم يطالب المشتري الأرش من البايع مع أنه لو كان وصف الصحة يقابل بالعمال لكانت ذمة البايع مشغولة مع تخلف وصف الصحة فى المبيع لبطلان البيع بالنسبة الى الثمن الذى يقابل بهذا الوصف .

وأىضا يدل على ما ذكرنا تسالم الفقهاء على أنه يجوز اعطاء الأرش من غير الثمن سواء كان باقيا أم لا ، مع أنه لو كانت المعاملة باطلة فيما قابل الوصف وكان الوصف يقابل بالعمال لكان الواجب اعطاء نفس الثمن لا شىء آخر فيعلم من ذلك كله أن الأرش حكم تعبدى محض قد ثبت فى مورد خاص بالتعبد فلا يكون مخصصا بأدلة الربا كما هو واضح .

الثانى : أن يقال أن الربا انما هو زيادة أحد المتماثلين على الآخر فى المعاملة سواء كانت الزيادة بالثمن ونحوه عند البيع أو بغيره من تبعات البيع من الأرش ونحوه فان ذلك أيضا زيادة أحد المتماثلين على الآخر و على هذا فيسقط الأرش هنا فانه وان لم يكن ثمنا فى المبيع ولم نقل أيضا بكون وصف الصحة يقابل بالعمال ولكن أخذه يوجب زيادة أحد المتماثلين الذين من الربويات على الآخر فيلزم الربا .

وفيه أنه يرد عليه أيضا أنه لا دليل على أن الربا انما هو كون أحد المتماثلين زائدا عن الآخر فى المعاملة ولو لم يكن الزيادة بالاصالة ، بل بالتبع بأن يكون الزائد فى مستتبعات البيع وانما الدليل أى دليل حرمة الربا انما هو مختص بكون احد المتماثلين زائدا عن الآخر عينا أو حكما فى نفس المعاملة لا فى تبعاتها ومن هنا لا نشك أن يفتوه أحد بلزوم الربا فى أنه لو تعامل اثنان بأن باع احدهما من الآخر حلياً ذهباً نفرضه سوارا الذى كان مقداره خمسة مثاقيل بخمسة مثاقيل من الذهب الذى ليس بحل

تم بعد ما تم البيع والنقل والانتقال كسر البايح الحلى فهل يتوهم أحد أنه لا يضمنه لأنه لو ضمن ذلك و اعطى شيئاً فى مقابل الصياغة يلزم الربا و من الواضح أن مقامنا من هذا القبيل فانه كما ان الضمان بذلك انما هو بعد البيع و من تبعاته و كك الأرض حيث انه يثبت بمطالبة المشتري ولا يثبت قبله و لذا عرفت أن البايح لا يضمن به قبل المطالبة و لومات لا يبقى مشغول الذمة و كيف كان لا يلزم الربا من أخذ الأرض فى الرويات .

ثم ان المصنف قد ذكر بعد الاستشكال فى المسئلة أن المرجح انما هو ما دل على حرمة الربا من الادلة و اشكل عليه بعضهم بأنه مع لزوم الربا من أخذ الأرض لا مجال لرفع اليد عن دليله ، و الرجوع الى أدلة حرمة الربا و ذلك لأن النسبة بينهما هو العموم من وجه اذ قد يكون الأرض فى غير الرويات و قد يكون الربا فى غير صورة الأرض و قد يجتمعان فبعد التعارض فى مورد الاجتماع و التساقط فالنتيجة هو تقديم أدلة الربا من جهة أنه لا دليل يدلنا على ثبوت الارش .

ح فأصبح المورد بلا دليل دل على ثبوت الارش و لكن ليس ذلك من ناحية ترجيح أدلة حرمة الربا .

و لكن ما ذكره المصنف و جيه ، فانا ذكرنا فى مورد ه أن الدليلين اذا تعارضا بالعموم من وجه و تكافئا فتقدم منهما ما يكون موافقا للكتاب لقوله عليه السلام فى مقام المعارضة خذ ما وافق الكتاب ، و من الواضح أن أدلة حرمة الربا موافقة للكتاب ، لقوله تعالى (احل الله البيع و حرم الربا) بل لا يكون ح الطرف الآخر حجة حتى نحتاج الى الترجيح و نقول بان الموافق للكتاب قد رجحناه على الاخر فما ذكره المصنف متين .

ثم انه ذكر السيد فى حاشيته موردا آخر لسقوط الارش غير ما ذكره المصنف من المرودين ، و لكنه عين المورد الأول الذى ذكر المصنف لسقوط

الأرش فيه من جهة الربا وحاصله أن العوضين إذا كانا من النقدين فظهر عيب في أحدهما بعد انقضاء المجلس فانه ذكر عدم جواز اخذ الأرش هنا للزوم الربا ولكن قد عرفت أن الأرش اجنبي عن العوضين وانما هو غرامة خاصة قد اثبتته الشارع تعبدا فأى ربط له بالعوضين ليلزم الربا وهو من تبعات المعاملة وقد عرفت عدم جريان الربا .

المورد الثاني : مما يسقط الأرش فيه ما اذا كان ثمن المعيوب مساويا مع الصحيح بحيث لا ينقص من قيمته لأجل عيبه شىء وذلك كالعبد الخصى فانه لأجل بعض الاغراض كالربط بين الزوج والزوجة لبعض الحوائج يرغب به كثير من الناس ويكون قيمة ذلك لاجل هذا مساويا من العبد الخير الخصى وان كان في غير الخصى أيضا بعض المنافع التي لا تكون في الخصى كأخذ نسله ليكون عبدا أيضا وفي الحقيقة أن الخصاء عيب ولكن لا يوجب الأرش فان الأرش هو تفاوت القيمة ما بين الصحيح والمعيب والمفروض أنهما على حد سواء في القيمة ولا تفاوت بينهما .

ولكن الذى ينبغي أن يقال ان الخصاء في العبد مع كونه مرغوبا بين الناس ليس بعيب، بل ربما يكون وصف الكمال ، اذا كان موجبا لزيادة القيمة فان العيب ليس هو كل نقص فى المبيع حتى ما لا يوجب نقص القيمة ، بل النقص الذى يوجب قلة المالية والتمن ولو كان مجرد النقص عيبا سواء أوجب نقص القيمة أم لا لكان الختان و ثقب الأنف والأذن أيضا من العيوب ولم يفتوه به أحد من الطلبة فضلا عن الفقيه واذن فلا مجال لتوهم انتفاء الأرش فى المورد الثانى أيضا .

ثم انه قد فصل العلامة هنا تفصيلا لم نعرف وجهه وهو أن الارش ان كان من جنس المبيع فى الربويات فلا محذور فيه والا ففيه محذور وفيه ان الربا يتحقق بمطلق الزيادة ولو كان شرطا واذا كان اخذ الأرش موجبا

للربا فلا يفرق فيه بينما كان من جنس المبيع أو من غير جنسه .

قوله مسألة : يسقط الرد والأرش معا بأمر أحد هالعلم بالعيب قبل

العقد بلا خلاف .

أقول : ذكروا لسقوط خيار العيب موارد ، منها علم المشتري بالعيب

فحينئذ لا يثبت خيار العيب للمشتري لأن أخبار خيار العيب ناظرة الى

صورة جهل المشتري بالعيب فلا يشمل صورة علم المشتري بالعيب ، بل

استدل على ذلك فى الجواهر بصحيفة زرارة المتقدمة أيمارجل اشترى شيئاً

و به عيب أو عوار و لم ينبّه ، و قد تنظر فيه المصنف و لكن لم يبين وجه النظر

فيه و الذى يمكن أن يكون وجهها له أمور ثلاثة الاول : ان المراد من الرواية

هو أنه اذا اشترى أحد شيئاً و به عيب أو عوار و لم ينبّه فله الخيار على ما

هو مقتضى المفهوم سواء كان المشتري عالماً بالعيب أو لم يكن عالماً به ،

فالموضوع لسقوط الخيار هو تنبيه البائع المشتري لا علم المشتري بالعيب

فاذا كان المشتري عالماً لكونه من أهل الخبرة و لكن لم ينبهه المشتري يثبت

له خيار العيب كما هو واضح .

و فيه أن هذا و ان كان لا بأس به فى نفسه و به يرتفع التناقض بين

كلامى المصنف هنا حيث منع عن الاستدلال بالصحيفة على سقوط خيار

العيب مع علم المشتري و مع استدلال بها على سقوطه مع تبرى البائع مع أن

ملاك الاستدلال فيهما واحد و هو المفهوم فانه يقال ان وجه النظر هنا هو

الوجه الذى ذكروا أما وجه الاستدلال هناك هو المفهوم و عدم جریان هذا

المانع هناك كما لا يخفى .

و لكن هذا الوجه خلاف متفاهم العرف حيث ان التنبيه ليس لموضوعية

فى سقوط الخيار كما أن عدمه ليس موضوعاً لثبوت الخيار ، بل هو طريق الى

معرفة المشتري العيب ، و المراد من ذلك هو عدم التعريف ليكون المشتري

جاهلا و يثبت الخيار له و أما اذا نبهه كان عالما بالعيب فلا يكون له الخيار كما هو واضح ، و بالجملة كون التنبيه موضوعا لسقوط الخيار و عدمه موضوعا لثبوته على خلاف المتفاهم العرفى .

الوجه الثانى : أن يكون وجه النظر فيه هو أن الاستدلال بالروايقفى المقام اما بمقتضى مفهوم الشرط و هو كلمة ، أى أو بمقتضى مفهوم الوصف و القيد و هو عدم التنبيه فان الوجه هو الأول فلا شبهة أن الشرط هنا قد سبق لبيان الموضوع فان مفهوم قوله عليه السلام أيما رجل اشترى هو أنه أيما رجل لم يشتر و هو سالبة بانتفاء الموضوع فلا مفهوم للقضية الشرطية ح كما نقول اذا ركب الامير فخذ ركابه و قد ذكر ذلك المصنف آية النبأ عند الاستدلال به على حجية خبر الواحد من ان مفهوم ان جائكم فاسق بنياً ان لم يجيء فاسق بنياً لا أنه ان جاء عادل و من الواضح أن القضية ح سالبة بانتفاء الموضوع فلا يكون له مفهوم .

و فيه أنه ان كان نظر المصنف الى هذا الوجه فيرد عليه أولاً ان القضية الشرطية و ان لم يكن لها مفهوم اذا سيقت لبيان الموضوع و لكن اذا كان معها قيد آخر ثبت لها مفهوم بالنسبة الى ذلك القيد ، و قد ذكرناه فى محله مثلا اذا قال المولى اذا ركب الامير فخذ ركابه ، بلا تقييد بقيد فلا مفهوم لها ، و أما اذا قال اذا ركب الأمير فكان يوم الجمعة فخذ ركابه فأنها بالنسبة الى القيد الاول لا مفهوم لها ، و أما بالنسبة الى القيد الثانى فلها مفهوم و هو أنه اذا ركب فى غير يوم الجمعة فلا تأخذ ركابه و فى المقام أيضا كك حيث ان القضية لا مفهوم لها بالنسبة الى قوله عليه السلام : أيما رجل اشترى شيئاً ، ليس لها مفهوم ، و لكن بالنسبة الى القيود التى ذكرت بعدها فلها مفهوم و منها قوله عليه السلام و لم ينبه كما هو واضح فما ذكره صاحب الجواهر من الاستدلال بالصحيحة متين جدا .

و ثانيا لو كان وجه النظر للمصنف هو هذا فلماذا استدلال بهاعلى سقوط الرد و الأرش بالتبرى بعد اسطر فهل هذا الا المناقضة فلاينبغى ذلك من المصنف بهذا القريب .

و أما اذا كان غرض صاحب الجواهر من الاستدلال بالصحيحة هو مفهوم القيد فلا شبهة أنه ليس بحجة .

و فيه أولا أنه أيضا تناقض لما سيأتى منه من الاستدلال بهاعلى سقوط الخيار مع التبرى عن العيب .

و ثانيا : أن مفهوم الوصف ليس بحجة اذا كان ذلك ملحوظا بنفسه و أما مع احتقافه بقرائن أخر فلا شبهة فى حجيته كما قلنا به فى قوله كّر من الماء فى جواب السائل عن أنه أى مقدار لا ينجسه من الماء فانقصد ورد فى مقام التحديد فلا شبهة فى كون مفهومه حجة و كذا قوله عليه السلام فى جواب السائل كم يقصر الصلاة من السفر، قال عليه السلام : بريد فى بريد فان القرينة قائمة على كون كلامه فى مقام التحديد فلا بد و أن يكون لمفهوم و ان كان المفهوم مفهوم لقب و الحاصل أن أى مفهوم لم يكن حجة فى نفسه فهو حجة اذا قامت القرائن عليه كما هو واضح فى المقام أن مفهوم القيد و ان لم يكن حجة فى نفسه و لكن القرينة قائمة على حجيته و هو كون الامام عليه السلام فى مقام ضبط مورد الخيار مقدمة لسقوطه باحداث الحدث وأنه عليه السلام فى مقام تحديد ذلك كما هو واضح ، فعلى هذا أيضا فكلام صاحب الجواهر متين .

ثم انه اذا اشترط العالم بالعيب الذى سقط خيار العيب فى حقه ثبوت الخيار له أى خيار العيب بالاشتراط فهل يصح ذلك أم لا فنقول ان كان غرض المشتراط هو ثبوت الخيار له فقط فلا محذور فيه أصلا حيث انه خيار ثابت بالشرط كسائر الخيارات الثالثة بالاشتراط كما اذا علم المشتري بعيب

المتاع واشترط ثبوت الخيار لنفسه واشتراه على هذا الشرط ليختبره ويشاور غيره أن المعيب يفيد أم لا فهذا لا شبهة في صحته فيكون ذلك كبقية الخيارات الثابتة بالشرط الضمني وان كان غرض المشتري هو ثبوت خيار العيب له الذي هو خيار حتى مع احكامه الخاصة من الأرش ونحوه فذكر المصنف أنه فاسد ومفسد للعقد لكونه مخالفا للسنة فكأنه رأى أن هذا الشرط الفاسد ممتاز عن بقية الشروط الفاسدة التي لا توجب فساد العقد ولكن هذا يوجب فسادها كما هو واضح، ولكن الظاهر أنه لا فارق بين هذا الشرط الفاسد وبقية الشروط الفاسدة، نعم ذكرنا فيما سبق (ظاهرا في خيار الرؤية) أن مرجع الخيار الى تحديد الملكية الى زمان الفسخ فكان البايع قد انشأ الملكية المحدودة وعلى هذا فهذا الشرط يكون فاسدا و مفسدا للعقد لأن ما انشأه البايع من الملكية المحدودة لم يعضه الشارع لكون الشرط الذي اوجب تحديد الملكية المنشأ فاسدا لكون اشتراط الارش في هذا الخيار أى خيار العيب الثابت بالشرط مخالفا للسنة فان الأرش انما ثبت في خصوص خيار العيب فقط، بل مخالف للكتاب أيضا من جهة قوله تعالى: (اطيعوا الله واطيعوا الرسول) فالقول بثبوت الأرش هنا مخالفة لقول الرسول (ص) فيكون فاسدا .

و أما الملكية المطلقة فهي غير منشاءة فيكون هذا الشرط فاسدا و مفسدا للعقد على ما ذكرناه وقد ذكرنا في تعليقه العروة عند قول السيد هل يجوز جعل الخيار في النكاح أم لا حيث توقف في ذلك كبعض المحشين وقد ذكرنا هناك أن الاقوى كون جعل الخيار مفسدا لعقد النكاح فانه اذا كان النكاح مقيدا بالفسخ فيكون مقيدا بالزمانى ومن الواضح أنه غير مشروع في الشريعة انما المشروع هو العقد الدائم والعقد المنقطع المقيد بالزمان أما الزمانى فلا فافهم .

قوله الثانى : تبرى البايع عن العيوب اجماعا فى الجملة ، أقول من جملة ما يسقط فيه الرد و الأرض فيما كان المبيع معيبا أن يتبرء البايع من العيوب وقد ادعى الاجماع على ذلك و لكن لاجمال لدعوى الاجماع التعبدى مع كون صحيحة زرارة دالة على المقصود .

ثم انه لا يخفى ما فى بعض نسخ المكاسب من الغلط من اسقاط الألف بين كلمة ارتفع وكلمة لاطلاق كما فى حاشية أيضا كك حيث قال قوله لاطلاق الخ ، اذ لا اطلاق فى رواية زرارة هنا حتى يتمسك ، بل التمسك بها من جهة المفهوم والنسخة صحيحة قوله و الاصل فى الحكم قبل الاجماع صحيحة زرارة وكلمة الاطلاق يزيادة الالف قبل اللام فاعل لا يرتفع .

وكيف كان فلا شبهة فى دلالة رواية زرارة على المقصود فانه قد علنى ثبوت الخيار فى مفهوم هذه الرواية المعتمدة و ان لم تكن صحيحة كما تقدم على عدم التبرى من العيب و أما مع التبرى منه فلا شبهة فى سقوطه فتدل بمفهومها على المقصود كما هو واضح .

ثم انه مقتضى اطلاق مفهوم هذه الرواية أنه لا فرق فى سقوط الخيار بالتبرى من العيوب الظاهرة أو الباطنة فان مقتضى الاطلاق هو سقوط الخيار مع التبرى من العيب مطلقا و هذا واضح جدا و كل ذلك لا كلام فيه و ان ذكر الخلاف فى بعضها و لكن يدفعه الاطلاق و ايضا يجوز التبرى من العيوب الموجودة حال العقد و العيوب المتجددة بعده قبل القبض أو بعده فى زمان الخيار أى خيار الشرط و الحيوان بالنص و خيار المجلس بالاطلاق و لكن وقع الاشكال هنا فى موضعين :-

الاول : فيما اذا تبرأ من العيوب الموجودة حال العقد .

والثانى : فيما اذا كان العيب متجددا بعد العقد . أما الاشكال فى

الأول فهو أن اسقاطه أى الخيار و التبرى من العيوب موجب للغرر فيكون موجبا لبطلان البيع .

و فيه أنه ان قلنا بأن رواية زرارة انما دلت على صحة البيع مع سقوط الخيار للعيوب مع التبرى مطلقا حتى فيما يلزم منه الغرر فلا بأس من الالتزام به بعد دلالة النص عليه و دعوى كون البيع غرريا و باطلا لذلك اجتهاد فى مقابل النص فلا يكون ذلك اشكالا فى المقام وان قلنا ان التبرى و عدم التبرى من العيوب انما هو فى البيع الصحيح لا فى البيع الباطل فالبيع الغررى باطل فلا يكون التبرى من العيوب مصححا له و الا كان التبرى من العيوب موجبا لصحة بيع الصبى و غيره من البيوع الباطلة و عليه فلا بدّ من التفصيل بين ما يرتفع كون البيع غرريا من غير جهة التزام البايع بكون المبيع صحيحا و بين ما كان يرتفع ذلك بالتزام البايع بصحة المبيع فانه على الاول يصح تبرى البايع من العيوب اذ دخل له فى غررية المعاملة فان الغرر لم يرتفع بالتزام البايع بصحة المعاملة حتى يلزم الغرر من تبريه من العيوب بل انما ارفع بعلم المشتري بصحة المبيع أو برؤيته أو باخبار شخص آخر و قد تقدم ما ينفك فى خيار الرؤية ظاهرا و على هذا فلا بدّ فى المقام من التفصيل بين ما كان ارتفاع الغرر عن البيع بالتزام البايع بصحة المبيع فلا يصح التبرى لكونه موجبا للغرر و بين ما كان ارتفاع الغرر بغير جهة التزامه بذلك كما عرفت فيصح التبرى كما لا يخفى .

و أما اذا كان التبرى من العيوب المتجددة بعد العقد فتارة يستشكل هنا من جهة لزوم الغرر و اخرى من جهة كون التبرى عن العيوب المتجددة اسقاطا لما لم يجب اذ لم يتعيب المبيع حال العقد حتى يجوز التبرى عنه فلا يكون التبرى ح الا اسقاطا لما لم يجب .

و لكن شىء من الاشكالين لا يرجع الى محصل أما اشكال لزوم الغرر

فهو واضح الدفع اذ الغرر في المعاملة انما يلاحظ بالنسبة الى حال البيع والعقد لا بالنسبة الى ما بعد العقد ومن الواضح أنه لا غرر في المعاملة في حال العقد مع التبري عن العيوب المتجددة بعد العقد بعد ما كان المشتري عالما بالمبيع وخصوصياته وعدم العيب فيه حال العقد .

و أما اشكال لزوم اسقاط ما لم يجب فنعم حيث ان العيب لم يحصل حال العقد فيكون اسقاطه اسقاطا لما لم يجب ولكن ذكرنا مرارا أنه لا دليل على عدم جواز اسقاط ما لم يجب الا الاجماع وهو انما فيما لم يكن المقتضى للساقط موجودا كالاسقاط قبل العقد وفي المقام كالتبري قبل العقد حيث ان العقد موضوع للخيار فاسقاط خيار العيب قبل العقد بالتبري عن العيب فانه يدخل تحت الاجماع القائم على عدم جواز اسقاط ما لم يجب وأما الاسقاط حال العقد الذي هو مورد الخيار وموضوعه فلا بأس من اسقاط خيار العيب حال العقد وكك يجوز الاسقاط في كل مورد كان المقتضى موجودا .

نعم ، الاسقاط الفعلي أي اسقاط المعدوم فعلا بحيث يكون ساقطا بالفعل غير معقول لأنه اسقاط امر معدوم وأما اسقاط أمر استقبالي فعلا بحيث يكون ساقطا في محلّه أي في الاستقبال فلا بأس كما لا يخفى .

و على الجملة فلا بأس لاسقاط خيار العيب بالتبري عنه حال العقد سواء كان العيب موجودا حال العقد أو عيبا متجددا كما هو واضح .

ثم انه ذكر المصنف أنه يندفع الغرر عن البيع مع التبري عن العيوب بالاعتماد على اصاله الصحة ولكن يرد عليه ما ذكرناه سابقا من انه لا دليل على اعتبارها بوجهه على أنه لا يرفع الغرر فانه بمعنى الخطر وهو أمر نفساني لا يرتفع بالاصل فانه لا يزيل الصفة النفسانية .

قوله : ثم ان البراة في هذا المقام يحتمل اضافتها الى امور ، اقول :

حاصل كلام المصنف أن البراءة من العيوب يحتمل أن يضاف الى أمور :

الاول : أن يتبرء من نفس العيوب بأن تبرء عن الالتزام بسلامة المبيع

عن العيوب الموجودة فى المبيع حال العقد .

الثانى : ضمان العيب فقط بأن يتبرأ من الأرش فقط دون الخيار

فيكون المشتري مع ظهور العيب فى المبيع مخيرا بين الردّ و الامضاء فقط .

الثالث : أن يكون المراد من التبرى عن العيب التبرى عن حكمه و هو

اسقاط الخيار ثم ذكر أن الأنسب الى معنى البراءة هو الثانى وقد تقدم عن

التذكرة المعنى الثالث و هو بعيد عن اللفظ الا أن يرجع الى المعنى الاول .

و لكن الظاهر أنه لا فارق بين المعنى الاول و الثالث و ذلك لأنه لا

معنى للتبرى عن نفس العيب الذى هو مفاد الوجه الأول و توضيح ذلك أنا

قد ذكرنا سابقا أنه لا معنى لاشتراط وصف فى البيع بان يبيع شيئا مع

اشتراط كونه متصفا بوصف كذا أى التزم بكونه على وصف كذا و هذا لا معنى

له ، بل مرجعه .

اما الى التعليق بان يبيع على تقدير كون المبيع متصفا بوصف كذا .

و اما الى اشتراط الخيار على تقدير التخلف بأن التزم المشتري البيع

على تقدير كون المبيع موصوفا بوصف معلوم و أما التخلف فلا يلتزم به بل يكون

البيع متزلزلا .

أما التعليق فهو يوجب البطلان فلا معنى لاعتبار الوصف فى المبيع

بهذا المعنى .

و أما الثانى : فقد عرفت أن مرجعه الى جعل الخيار و عليه فمعنى

التبرى عن العيب أى عدم الالتزام بصحة المبيع ليس اسقاط الخيار اذ

التعليق فى البيع باطلا و اذن فيكون مفاد الوجه الاول و الوجه الثانى

واحدا كما هو واضح .

و أما الوجه الثاني : فالفرق بينه وبين الوجه الاول الذى مرجعه الى الوجه الثاني واضح اذ الوجه الأول والثالث كما عرفت عبارة عن اسقاط الأرش دون الخيار كما هو واضح ، أما أن المراد هو الوجه الأول أو الثاني فيختلف ذلك باختلاف قصد المتبرى وظهور كلامه والظاهر من الاطلاق هو سقوط الخيار والأرش معا .

و دعوى أن التبرى من الأرش فقط لا دليل عليه لكون الرواية الدالة على التبرى على وجه الاطلاق .

دعوى جزافيه فان الرواية وان كانت كك و لكن قد ثبت من الخارج من الأرش غرامة و من قبيل الحقوق فللمشتري أن يرفع اليد من حقه و لم يطلب الغرامة من البايع فالتبرى عن الأرش فقط مع رضا المشتري بذلك صحيح و أما دعوى كونه اسقاطا لما لم يجب فقد عرفت جوابه وأنه لا باس باسقاطه فى ضمن العقد .

قوله : ثم تبرى البايع عن العيوب مطلقا . أقول : قد ذكر السيد فى المقام أن مقصود المصنف غير ما هو ظاهر من عبارته فان عبارته ظاهرة فى معنى ومقصوده شيء آخر وعليه فهنا مسألتان :-

الاولى : ما فهمه السيد من عبارة المصنف ؟

والثانى : ما هو ظاهر كلام المصنف؟

أما الاولى : فذكر السيد أن مراد المصنف أن التبرى انما يسقط الخيار فقط ، و أما حكم التلف فى زمان الخيار الذى هو كونه على من لا خيار له و هو البايع فى المقام فلا يزول ولا يسقط سواء كان التلف بسبب العيب أو غيره لعموم ما دل على ان التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له . و بعبارة أخرى أن التبرى انما هو مجرد سقوط الخيار و أما ما تقتضيه قاعدة التلف فى زمان الخيار من كونه على البايع فهو باق ، ولا يسقط بمجرد

التبرى فانه يكفى فى ثبوت ذلك شانية الخيار أى ثبوت الخيار لولا الاسقاط وان لم يكن الخيار ثابتا بالفعل .

والحاصل : أن قاعدة كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له أعم من يكون هنا خيار بالفعل أو خيار بالشأن كما هو واضح .

و يرد على هذه المسئلة أولا أن موضوع الحكم هنا انما هو وجود الخيار الفعلى بحيث يكون هنا خيار بالفعل و أما الخيار الشأنى فليس موضوعا لهذه الاحكام بوجه والا فلا بد من الالتزام بكون التلف مطلقا فى أى وقت كان ، ولو بعد شهر أو سنة ممن لا خيار له فيما اذا لم يلتفت المشتري الى العيب الى سنة مثلا ، بل اكثر و تلف المبيع بعد هذه المدة لا باتلاف المشتري و التفت المشتري بالعيب حين التلف فانه على هذا فجميع اوقات وجود المبيع عند المشتري زمن خيار الشأنى كما هو واضح مع أنه لم يلتزم به أحد .

و بعبارة أخرى أن ما هو موضوع لهذه القاعدة اعنى الخيار الفعلى قد سقط قطعا بتبرى البايع و ما هو ليس موضوعا لها اعنى الخيار الشأنى و التقديرى فهو باق فى بعض الأحيان الى الأبد .

و ثالثا : أن قاعدة كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له انما هو فى خصوص خيار الحيوان و الشرط بالنص و فى خيار المجلس الحاقا و أما الخيارات الأخر فلا تجرى فيها هذه القاعدة و من الواضح ان خيار العيب من جملة تلك الخيارات التى لا مرتع فيه لهذه القاعدة كما هو واضح .

و أما المسئلة الثانية التى هى ظاهر عبارة المصنف فهى أنه اذا تبرى البايع من عيب السلعة و تلف المبيع فى زمان خيار آخر للمشتري كخيار الحيوان و الشرط و المجلس فهل يكون ضمانه على البايع أولا بل يكون ضمانه للمشتري أيضا لتبرى البايع عن العيب فالظاهر هو ان الضمان هنا

على البايع فانه لا منافات بين تبرى البايع عن العيب وبين ثبوت الضمان عليه من جهة كون التلف في زمان الخيار من غير جهة العيب فان اطلاق ما دل على أن التلف في زمن الخيار من مال من لا خيار له فحكم هنا فلا مخصص له بوجه واذن فيكون التلف هنا من البايع لكونه في زمان خيار الحيوان مثلا ، لا من المشتري ، بل لا دلالة في لفظ التبرى على كون التلف في زمن خيار المشتري من المشتري اذ التبرى من العيب أى ربط له بذلك بل لا يسقط الضمان عن البايع حتى بصراحته بالتبرى مطلقا مستبعات العيب حتى لو تلف المبيع به في زمان خيار المشتري كما اذا كان المبيع حيوانا فتلف في ضمن ثلاثة ايام فهذا حكم شرعى لا يسقط بالاسقاط وتقدم أن الحكم و الحق كلاهما حكم شرعى ، الا ما يسقط بالاسقاط نسمى حقا و ما لا يسقط به نسمى حكما .

وعلى الجملة فكون التلف في زمن الخيار من البايع حكم شرعى لا يسقط بالتبرى ولا نعرف خلافا في هذه المسئلة الا عن الشهيد في الدروس حيث قال لو تبرأ البايع من عيب فتلف به في زمن خيار المشتري فالاقرب عدم ضمان البايع وكذا لو علم المشتري به قبل العقد أو رضى بعده و تلف في زمان خيار المشتري .

ثم قال : و يحتمل الضمان لبقاء علاقة الخيار وقد ظهر مما ذكرناه أنه لا وجه لمخالفة الشهيد ونفى الضمان عن البايع مع التلف كما لا وجه لقوله و يحتمل الضمان لبقاء علاقة الخيار فانه لا معنى لتوهم هذه العلاقة اذ لو كان المراد بها هو خيار الحيوان فقد تبرأ البايع منه و ان كان المراد به غير خيار الحيوان فهو و ان كان صحيحا و لكن لا ربط له بخيار العيب حتى يقال ان علاقة الخيار باقية .

و بعبارة أخرى أن خيار العيب قد زال بتبرى البايع فلم يبق منه شيء

أصلا و الخيار الذى هو موجود فعلا و تلف المبيع فى زمنه اعنى خيار الحيوان ليس من متعلقات خيار العيب بوجه فلا وجه لكلامه بوجه .

ثم ذكر أن الاشكال أقوى فيما لو تلف المبيع بالعيب السابق وبالعيب المتجدد فى زمن الخيار الآخر كخيار الحيوان و وجه الاقوائية هو أن البايع انما تبرا من العيب السابق الموجود حال العقد لا من العيب الحادث بعده فيكون اشكال كون الضمان على المشتري دون البايع قويا بل لا بد و ان يكون الامر بالعكس و لكن قد عرفت أن الضمان فى جميع ذلك على البايع لا طلاق ما دل على كون التلف (فى زمن خيار الحيوان و الشرط و خيار المجلس باللاحق) من البايع فلا مخرج عن ذلك و أن هذا حكم شرعى لا يسقط بالتبرى حتى مع التصريح بذلك و أن التبر لا يدل على ذلك و على أزيد من التبرى من الأرش و الخيار أى على اسقاط الأرش و الخيار .

قوله : ثم ان هنا أمورا يظهر من بعض الاصحاب سقوط الرد و الارش بها ، أقول : ذكر الاصحاب أمورا يسقط بها الأرش و الرد منها زوال العيب قبل العلم به و قد صرح العلامة بذلك فى غير موضع من التذكرة ، و مال اليه جامع المقاصد و اختاره فى المسالك بل ذكر فى التذكرة فى أواخر فصل العيوب أنه يسقط الأرش و الرد بعد العلم بالعيب أيضا وقد فصل المصنف هنا بين الرد و الارش و التزم بسقوط الرد دون الأرش و افاد فى وجه ذلك أن الظاهر من الادلة خصوصا بملاحظة أن الصبر على العيب ضرر هو رد المعيوب و هو الذى يكون حين الرد متلبسا بالعيب و أما ما كان معيوباً سابقا فزال عيبه فليس بموضوع للرد و توهم استصحاب الخيار هنا فاسد لا ارتفاع موضعه فلا أقل من احتمال ارتفاع موضعه فيكون بلا موضوع فلا يكون متعهدا لا ثبات توسعه الحق هذا هو الوجه لجواز الرد و أما الوجه لجواز مطالبة الأرش فلانه قد ثبت جواز مطالبة الأرش فيما كان وصف الصحة مفقودا

فى المبيع حين العقد فقد استقر الأرش على ذمة البايع بالعقد فسقوطه يحتاج الى دليل خصوصا بعد ما علم المشتري بالعيب و زال ، و الصحة الحادثة لا تمنع عن ذلك لكونها حادثة فى ملك المشتري .
و على الجملة فذمة البايع مشغولة بذلك فسقوطه عنها يحتاج الى دليل كما هو واضح .

ثم ذكر أنه لم يتعرض لهذا الفرع أحد قبل العلامة وان احتمل دخوله تحت القاعدة المذكورة للشافعية من الزائل العائد كالذى لم يزل أى وصف الصحة التى كانت مفقودة و عادة كالذى لم يزل فلا يكون المبيع فى حكم المعيوب فعلا أو كالذى لم يعد فى حكم المعيوب ثم ذكر أنه لا دليل على هذه القاعدة و لا شىء تحتها فانها مجرد عبارة ، بل نحتاج فى كل مورد الى الدليل الخاص . وقد عرفت أن مقتضى الدليل فى المقام هو سقوط الردّ دون الأرش .

أقول : أن المستفاد من الرواية كما أن موضوع الردّ هو المعيوب الفعلى أى ما كان متلبسا بالعيب فعلا و كذلك موضوع جواز مطالبة الأرش أيضا هو المعيوب الفعلى لا ما كان معيوباً حين العقد فان الردّ والأرش قد ثبتا فى الروايات معا من أنه اذا كان المبيع معيوباً كان له الردّ والأرش على نحو التخيير أو أنه مخير بين الردّ و الامضاء قبل التصرف و أما بعد فليكون له مطالبة الأرش فقط ، على ما تقدم من المصنف و اخترناه أيضا فى مورد ه استنادا الى ظاهر الأدلة فلا يستفاد من الأدلة أن موضوع الردّ هو المعيوب الفعلى دون موضوع الأرش و ان كان يستفاد ثبوت الأرش بعد سقوط الردّ لا التخيير من الاول كما هو واضح .

نعم ، لو قلنا بان وصف الصحة يقابل بالمال فىكون فى مقابله حين العقد ثمن أيضا ، فلما ذكره المصنف وجه حيث أن ما قابل من الثمن فى

مقابل وصف الصحة قد أخذه البايع بلا استصحاب منه لفوات مقابله أعنى وصف الصحة فيبقى مشغول الذمة ما لم يخرج عن عهده سواً زال العيب وعاد وصف الصحة أم لا ، و لكن قد عرفت سابقا ان هذا المبنى فاسد من اصله و لم يتلزم به المصنف أيضا ، بل وصف الصحة يوجب زيادة المالية وهو واسطة لا زيادة المالية فى المبيع وزيادة ثمنه كما هو واضح و لذا لا يجب للبايع دفع الأرش قبل مطالبة المشتري ذلك كما هو واضح وعليه فلا يبقى مجال لما ذكره المصنف هنا ، بل يسقط الأرش بزوال العيب كما يسقط الرد أيضا .
 وقد ذكر السيد أن الانصاف هو عدم الفرق بين الرد والأرش ودعوى استقرار الثانى بالعقد دون الأول كما ترى و ظهور الدليل فى رد ما هو متلبس بالعيب مشترك الورود فانا نقول بالنسبة الى الأرش أيضا كذلك خصوصا مع أن الأرش غرامة لا يثبت الا بعد مطالبته و التحقيق سقوطهما معا للظهور المذكور وعلى الجملة فلا فارق بين الرد والأرش بحسب الدليل هذا .

و لكن يمكن أن يقال أولا انه ينبغى أن يعكس الامر بأن يسقط الأرش دون الرد أما سقوط الأرش فمن جهة ما عرفت من كون موضوعه هو المبيع المعيوب و الفرض أن العيب قد زال عنه فلا يثبت للمشتري جواز مطالبة الأرش من البايع فلا وجه لثبوت الأرش ح . بوجه .
 و أما ثبوت الرد و عدم سقوطه فمن جهة أن خيار العيب كخيار الغبن والرؤية انما هو ثابت بحسب الشرط الضمنى على كون المبيع صحيحا حال العقد و المفروض أنه غير صحيح فيكون له خيار تخلف الشرط فلا دليل على سقوطه بعده و ان كان العيب زائدا بعده فانه انما زال فى ملك المشتري دون البايع كما اذا اشترى زيد عبدا من عمرو فاشترط عليه أن يكون العبد كاتباً ولكن لم يكن كاتبا حال العقد و قد تعلم الكتابة بعده فانه لا شبهة فى

ثبوت خيار تخلف الشرط للمشتري، وان كان كاتباً الا أنه انما حصل في ملك المشتري دون البايع ومن هنا ذكرنا أن الرواية الدالة على ثبوت خيار العيب انما ثبتت على طبق القاعدة لا على خلافه كما هو واضح .
نعم ثبوت الأرش هنا لخصوص الرواية لا بحسب الشرط الضمني فانه لا يتكفل على ذلك .

و لكن التحقيق أن يقال بثبوت الرد و الأرش كليهما و ان زال العيب بعد العقد فتكون النتيجة هو أن الزال العائد كالذي لم يعد فكأن وصف الصحة الزائل لم يعد و تقريب ذلك أن غير رواية زرارة من الروايات الدالة على ثبوت الردّ و الأرش و ان كانت ساكنة عن صورة زوال العيب من المبيع المعيوب حال العقد و المستفاد منها أن موضوع الردّ و الأرش انما هو المعيوب الفعلي فانه في هذه الصورة اما نقول بالرد و الأرش تخييراً أو بالردّ أولاً ، و مع سقوطه فبالأرش كما تقدم و بالنسبة الى ملاحظة هذه الروايات فما ذكره السيد متين جدا و فقا لما ذكره العلامة وغيره ولكن بالنسبة الى النظر الى رواية زرارة فالامر ليس كك فانه ذكر فيها أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبرء به و احدث فيه شيئاً ثم علم بذلك العيب فانه يمضى عليه البيع فيثبت له تفاوت ما بين الصحيح و المعيب وهو الأرش فيدل مفهوم هذه الرواية على عدم مضي البيع اذا لم يتبرء البايع من العيب و لم يعلم المشتري بذلك حال العقد و لم يحدث فيه حدثاً فانه اذا التفت المشتري بذلك العيب بعد العقد فيكون له الردّ و ليس في الرواية أنه يسقط الردّ بعد زوال العيب، بل هي مطلقاً بالنسبة الى حال زوال العيب أيضاً فلا دلالة فيها أن الردّ انما يثبت اذا كان العيب موجوداً حال الرد ، بل بكلمة ذلك يشعر البعير مشيراً الى العيب بكفاية وجود العيب حال العقد فقط في جواز الردّ مطلقاً حتى بعد الزوال كما هو واضح و عين هذا البيان

جار في ثبوت الأرش أيضا بعد زوال العيب فانه مذكور مع الرد في هذه الرواية و موضعه انما هو ثبوت العيب في المبيع حال العقد سواء زال بعده أم لم يزل ، كما هو واضح ، وقد عرفت ان هذه الرواية و ان لم تكن صحيحة و لكنها معتبرة .

قوله و منها التصرف بعد العلم بالعيب ، أقول : ان الكلام في كون التصرف بعد العلم بالعيب الذي يوجب الحدث في المبيع يقع في جهتين الأولى : في أن التصرف هل يسقط الرد والأرش معا أو لا .

و الجهة الثانية : في أنه هل تشمل أخبار الارش صورة التصرف الموجب للاحداث بعد العلم بالعيب أم لا .

أما الكلام في الجهة الاولى فنقول : ان كان التصرف مسقطا تعبديا كما في التقبيل للجارية و ركوب الدابة و وطى الجارية وغير ذلك من التصرفات التي هي مسقطه بالتعبد فلا دلالة في ذلك على سقوط الارش بوجه ، فان سقوط الرد بالتصرف تعبدا غير مربوط بسقوط الأرش به مع وجود الدليل على ثبوت الارش ، بل قد ثبت الأرش في مورد التصرف في الجارية بالجماع و لم يمنع ذلك الجماع عن ثبوت الارش كما لا يخفى و ان كان التصرف مسقطا للرد لكونه كاشفا عن الرضا بالعقد و الالتزام به فلا يكون البحث عن سقوط الرد بالتصرف نزاعا كبرويا ، بل يكون نزاعا صغروبيا و راجعا الى أن أي تصرف هو كاشف عن الرضا بالعقد و عن سقوط الرد و الخيار و بعد كونه كاشفا عن ذلك فتنازع في أنه هل يكون التصرف الكاشف عن الرضا بالعقد كاشفا عن الرضا بالعيب أيضا أم لا فيكون هذا أيضا نزاعا لفظيا ففي كل مورد يكون كاشفا عن سقوط الارش فيحكم به و الا فلا يكون هنا نزاع كبروي و قد اشار المصنف الى ذلك بقوله و حيث لم يدل التصرف على سقوط الارش فالاصل بقاءه و ذكر أيضا الاولى أن الرضا بالعقد لا يدل على سقوط الأرش .

و أما الجهة الثانية فهي أنه هل تشمل أخبار ثبوت الارش على صورة التصرف بعد العلم بالعيب أم لا فنقول قد نقول بان المشتري اذا اشترى مبيعاً معيوباً فهو من الأول مخير بين الامور الثلاثة، أما الرد أو الامضاء مجاناً أو مع الأرش على ما ذهب اليه المشهور فح يقع الكلام في أن التصرف يوجب سقوط الرد والأرش أولاً فالكلام ح راجع الى مسقطية التصرف و قد تقدم الكلام في ذلك من أنه مسقط تعدياً أو لكونه كاشفاً عن الرضا .
 وعلى كل تقدير فهل يكون التصرف مسقط للرد و الأرش معاً أم لا ؟
 و تارة نقول ان المشتري ليس من الاول مخيراً بين الرد و الامضاء مجاناً أو الأرش ، بل بين الرد و الامضاء و بعد سقوط الرد ثبت له الأرش فقط بحيث ليس له مطالبة الارش قبل سقوط حق الرد .

ثم انه يقع النزاع في انه بعد عدم سقوط الارش بالتصرف فهل تشمل أخبار الارش لصورة التصرف بعد العلم أيضاً كما تشمل لصورة التصرف قبل العلم أو لا بحيث لا يكون التصرف موجبا لسقوط الأرش مطلقاً سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده ، وفي هنا سؤال الفرق بين القول بالتخيير بين الامور الثلاثة من الاول أولاً في كون ذلك دخيلاً في شمول دليل الأرش لصورة التصرف بعد العلم بالعيب ، فذكر المصنف أن اختصاص النص بصورة التصرف . قبل العلم ممنوع ، فليراجع .

أقول : قد راجعنا الاخبار اندالة على سقوط الارش بالتصرف ، ليس فيها ما يدل على عدم سقوط الأرش بالتصرف بعد العلم بالعيب ، بل تدل على عدم سقوط الأرش بالتصرف قبل العلم بالعيب فقط كما هو واضح .
 و قد عرفت في رواية زرارة ذلك حيث قال عليه السلام : أيما رجل اشترى شيئاً و لم يتبرأ البايع من عيبه و لم ينبه عليه و أحدث فيه حدثاً تم علم بذلك فانه يمضى عليه البيع و يأخذ تفاوت ما بين الصحيح و المعيب فانه عليه

السلام قد عبر بكلمة ثم علم بالعيب بعد قوله و احدث فيه شيئاً وهو ظاهر فى كون التصرف قبل الاطلاع على العيب كما هو واضح ، وكك بقية الاخبار فانها مختصة بالتصرف الذى كان قبل العلم بالعيب ، نعم فى رواية ميسر و رواية عبد الملك ما يدل على ذلك .

أما الاول : فما عن ابى عبد الله عليه السلام قال : كان على عليه السلام لا يرد الجارية اذا وطئت و لكن يرجع بقيمة العيب ، فانها مطلقة بالنسبة الى التصرف الذى كان قبل العلم بالعيب أو بعده .

و أما الثانية : فهى ما رواه عنه عليه السلام قال لا ترد الجارية التى ليست بحبلى اذا وطئها صاحبها و له ارش العيب ، و هى أيضا مطلقة بالنسبة الى ما بعد العلم و ما قبله .

و فيه أولا : أن هاتين الروايتين ضعيفتا السند فلا تصلحان لاثبات المقصود بعد اختصاص بقية النصوص بما قبل العلم بالعيب .

و ثانيا : أن فى رواية حماد دلالة منطوقا على ثبوت الأرش وسقوط رد اذا كان التصرف المسقط قبل العلم بالعيب و بمفهومها تدل على سقوط الأرش و الرد معا اذا كان التصرف بعد العلم بالعيب و الرواية هذه روى الحماد فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام يقول : قال على بن الحسين عليه السلام كان القضاء الأول فى الرجل اذا اشترى الامة فوطئها ثم ظهر على عيب أن البيع لازم و له ارش العيب ، فان مفهوم هذه الرواية هو أن الأرش ساقط اذا كان التصرف فى المبيع المعيوب بعد العلم بالعيب ، و بهذا نفيد اطلاق رواية ميسرة و عبد الملك الدال على عدم سقوط الأرش بالتصرف بعد العيب ايضا ، و على هذا الذى ذكرناه فيما ذكره ابن حمزة من كون التصرف بعد العلم بالعيب يكون مسقطا للرد و الأرش معا متين لعدم دلالة شىء على ثبوته مع التصرف بعد العلم بالعيب .

قوله : ومنها التصرف فى المعيب الذى لم تنقص قيمته بالمعيب كالبيع على الخصى اقول : قد ذكر المصنف (ره) أن من جملة ما يسقط به الأرش و الرد معا التصرف فى المعيب بالمعيب الذى لا يوجب نقصا فى القيمة ، و الظاهر أنه لا يناسب للمصنف أن يذكره فى المقام فان كلامنا فيما يكون بنفسه موجبا لسقوط الرد والأرش لا فيما يكون موجبا لذلك بالضميمة بان يكون شىء موجبا لسقوط الرد و شىء آخر موجبا لسقوط الأرش ويضم احدهما الى الاخر فيحكم بكونهما موجبا لسقوط الرد والأرش و ما ذكره المصنف هنا كك حيث انه ضم التصرف الى العيب الذى لا يوجب نقص المالية فجعلهما قسما مما يوجب سقوط الرد والأرش والحال أنه ذكر التصرف مستقلا من مسقطات الرد و ذكر العيب الذى لا يوجب نقصا فى المالية من مسقطات الأرش كما هو واضح و بعد ذلك لا وجه لضم احدهما الى الآخر هذا أولا .
 وثانيا : قد عرفت فيما تقدم أن مطلق نقص الشىء عن الخلقة الاصلية ليس بعيب فى المبيع ما لم يوجب نقصا فى المالية و القيمة والألکان الختان أيضا عيبا فى العبد و عليه فما ذكره من المثال من كون التصرف فى البغل الخصى موجبا لسقوط الرد والأرش ليس بصحيح حيث ان الخصى ليس بعيب فى البغل أصلا لعدم تفاوت القيمة بذلك كما أنه فى العبد أيضا ليس بعيب لرغبة طائفة الى الخصى و طائفة أخرى الى غير الخصى ، نعم الخصاء فى مثل الفرس و نحوه يكون عيبا كما هو واضح .

و ثالثا : أنك قد عرفت فيما تقدم أن مطلق التصرف ليس بمسقط للعيب و انما المسقط انما هو التصرف الذى يوجب التغيير فى المبيع أو يكون مسقطا بالتعبد كوطى الجارية و تقبيلها أو ركوب الدابة أو يكون التصرف بنفسه مصداقا للاسقاط الفعلى كما هو واضح و الا فلا دليل على كونه مسقطا له كما لا يخفى .

و نعيد هذا البحث لفائدة احتمالية فنقول أنه اذا تصرف المشتري فى المبيع الذى كان معيوباً بعيب لا يوجب ذلك العيب نقصان القيمة كالحصى من البغل و نحوه ، فهمل يوجب ذلك الأرش والرد أملاً ، فذكر المصنف ان الارش منتف لعدم تفاوت القيمة و الرد أيضاً منتف للتصرف ثم ذكر أنه يشكل الأمر فيه بلزوم الضرر على المشتري بصيرة على المعيب وأجيب بأنه ليس هنا ضرر مالى لعدم نقص فيه أصلاً ، بل لا ضرر هنا لأن الضرر عبارة عن النقص فى المال والاطرف والعرض فأى ضرر هنا يترتب على سقوط الرد كما هو واضح .

و الصحيح أن يقال أن الخصا و نحوه فى العبد وغيره بان لم يكن عيباً كما هو الظاهر على ما عرفت فلا شبهة فى أنه ليس هنا عيب فضلاً عن ثبوت الخيار و الأرش حتى نبحت عن سقوطها بالتصرف فاصل موضوع الرد و الأرش منقضى هنا وان كان يصدق عنوان العيب على ذلك أما سقوط الأرش فواضح لعدم ثبوته أولاً فضلاً عن سقوطه بالتصرف فانه عبارة عن تفاوت ما بين الصحيح والمعيب والمفروض انتفاء التفاوت هنا كما لا يخفى .

و أما سقوط الرد فان قلنا بكون التصرف مسقطاً للرد لكونه كاشفاً عن الرضا بالعقد واسقاطاً عملياً للرد فيكون موجبا لسقوط الرد وكذلك اذا كان مسقطاً على نحو التعبد و أما اذا لم يكن كذلك كما هو الظاهر ان التصرف مسقطاً تعبداً فى موارد خاصة وأنه لا يكشف عن الرضا بالعقد نوعاً كما عرفت فى جواب المصنف سابقاً فلا يكون التصرف مسقطاً لخيار العيب فيكون حاطاتاً ما دل على ثبوت خيار العيب محكمة هذا اذا قلنا بصدق العيب على مثل الحصى و نحوه ، و اما مع عدم الصدق فقد عرفت .

نعم ، اذا علم من القرائن الخارجية أو بالصرحة ان عدم كون العبد خصياً انما هو شرط فى ضمن العقد أى اشترط المشتري على البايع عدم

هذا الوصف فى ضمن العقد .

فح لا شبهة فى عدم ثبوت الأرش أيضا لا من جهة عدم تحقق التفاوت ما بين الصحيح والمعيب كما عرفت، فانه انما يجرى فيما اذا كان العيب صادقا على هذا الوصف وكان مما لا يوجب تفاوت المالية لا فى المقام فان المفروض هنا عدم صدق العيب على هذا الوصف وعدم ثبوت خيار العيب بعنوانه، بل الخيار من جهة الاشتراط، لا من جهة أنه لا دليل على الأرش فى خيار الشرط و أما الرد فهو باق على حاله فانه ثابت من جهة تخلف الوصف والمفروض أن التخلف موجود و سقوطه بالتصرف لا دليل عليه الا اذا كان اسقاطا عمليا عنه، و هو منفي الا اذا كانت قرينة على أن التصرف اسقاطا عمليا للخيار و رضاء بالعقد مطلقا و هو مطلب آخر .

فتحصل أنه لا دليل على سقوط الرد على فرض ثبوته لأجل خيار العيب أو لأجل تخلف الشرط .

قوله : ومنها حدوث العيب فى المعيب المذكور، أقول : قد ذكر المصنف أن اشكال لزوم الضرر على تقدير سقوط الارش والرد فى محله .
أقول : توضيح الكلام أنه اذا اشترى أحد معيبا بعيب لا يكون به قيمة السلعة ناقصة عن أصلها و حدث فيها عند المشتري حدثا فمهل يكون الأرش والرد ساقطا هنا أم لا؟ فنعيد الكلام الذى تقدم فى سابقة هنا بادنى تفاوت .

وحاصله : أنه لا شبهة فى سقوط الأرش لما عرفت من أنه تضاد ما بين الصحيح والمعيب فى الثمن والمفروض أن العيب من العيوب التى لا توجب نقصان القيمة و أما سقوط الرد فقد عرفت أن عمدة الدليل على سقوطه مع حدوث الحدث فى المعيب انما هو رواية زرارة و مرسله الجميل ومن الواضح أن موضوع سقوط الرد فيها بالحدث انما هو العيب الذى يوجب الارش

ولذا حكم الامام عليه السلام فيها في فرض احداث الحدث بثبوت الأرش و سقوط الرد و هذا الموضوع منتف في المقام فان المفروض أن العيب ليس مما يكون موجبا للأرش و كك مرسله الجميل و اذا لم تشمله رواية زرارة ، فلا يبقى هنا مانع عن شمول الادلة الدالة على سقوط خيار العيب هنا ، فبناء على صدق العيب على مثل هذا الوصف يحكم بعدم ثبوت الأرش ، و بثبوت الرد كما هو واضح .

و اما اذا قلنا بعدم صدق العيب أصلا على مثل هذا الوصف فلا يثبت خيار العيب من الأول اصلا ، نعم اذا قلنا باعتبار عدم مثل هذا الوصف في المبيع من جهة قيام القرائن الخارجية على اعتبار عدمه في ضمن العقد أو اشترط عدمه في العقد صريحا فانه ح و ان لم يصدق العيب على وجود هذا الوصف و لكن مقتضى الاشتراط هو ثبوت الخيار مع التخلف فيكون الخيار هنا خيار تخلف الشرط دون خيار العيب .

و أما احداث الحدث فهو لا يوجب سقوط خيار الشرط لعدم الدليل عليه الا اذا كان التصرف مسقطا عمليا له و من هنا ظهر أنه لا وجه لاثبات الخيار بالاستصحاب كما في المتن لثبوته بادلة خيار العيب مع صدق العيب على ذلك الوصف و بالشرط الضمني في صورة الاشتراط كما هو واضح فافهم و عدم ثبوت الارش ح أيضا واضح كما تقدم .

و أما ما ذكره المصنف من ان اشكال لزوم الضرر هنا في محله لا وجه له لما عرفت أنه ليس هنا ضرر على المشتري أصلا فانه عبارة عن النقص في المال أو الاطراف أو العرض و كل ذلك منفي هنا ، ثم انه اذا ثبت الرد فأراد المشتري أن يرد المبيع الى البايع فلا بد له من رده على النحو الذي اخذه كما هو مقتضى قانون الفسخ ، فانه يقتضى أن يرد المال المأخوذ من البايع على النحو الذي أخذه المشتري منه و الا كان البايع متضرر منه و هو منفي

ولا يكون ذلك معارضها بلزوم الضرر على المشتري مع عدم الرد لما عرفت أنه لا يلزم عليه ضرر من ذلك أصلا وحيث حدث فيه حدث ولم يقم بعينها فلا يمكن رده بعينه على النحو الذى أخذه من البايع فلا بد له أن يرده اليه مع الأرش وقد عرفت ذلك سابقا وعرفت أيضا الأرش هنا غير الأرش الذى يجب على البايع ان يعطيه المشتري على فرض ثبوته وسقوط الرد فانه التفاوت من الثمن ما بين المعيب والصحيح وهذا بخلاف الأرش هنا، فانه عبارة عن تفاوت القيمة ما بين المعيب والصحيح ، ولا تعرض له بالثمن أصلا ، بل يجب بالفعل أن يقوم المبيع معيبا وصحيحا ويؤخذ تفاوت ما بين الصحيح والمعيب ، سواء طابق أصل الثمن أم لا؟ كما لا يخفى .

قوله : ومنها ثبوت أحد مانعى الرد فى المعيب الذى لا يجوز أخذ الأرش فيه لأجل الربا .

أقول : من جملة ما يوجب سقوط الرد والأرش ما ذكروا من التصرف فيما اذا كان الجنسان ربويان فان تصرف المشتري هنا يمنع عن الرد والأرش الكلام هنا مبنى على عدم كون التصرف مانعا من مطالبة الأرش كما اذا لم يكن موجبا لسقوط الأرش اما لكونه واقعا فى حال الجهل بالمعيب أو لعدم كونه أى التصرف مما يمنع عن الرد والأرش لعدم كونه مسقطا لهما كما تقدم وأما اذا لم تجز مطالبة الأرش مع التصرف فلا مورد لهذا الكلام أصلا ثم ان الكلام هنا ، هو الكلام بعينه فى المسقط السابق اعنى حدوث العيب فى المعيب بعيب لا يوجب تفاوت القيمة أما بالنسبة الى الرد فقد تقدم أن التصرف ان كان مسقطا للرد تعيدا أو كاشفا عن الرضا بالعقد والا فلا وجه لسقوط الرد .

أما الاسقاط التعبدى فهو مخصوص بموارد خاصة كتقبييل الجارية وركوب الدابة فى خيار الحيوان وأما كونه كاشفا عن الرضا بالعقد فهو نزاع

صغروى فى أى مورد كشف التصرف عن ذلك فهو و الآ فلا دليل على سقوط الخيار .

و أما احداث الحدث الذى هو قسم خاص من التصرف فقد عرفت أنه انما يوجب سقوط الرد فيما اذا كان المورد مورد ثبوت الأرش و الرد معا و المفروض ان المورد ليس كذلك لعدم ثبوت الأرش لوجود المانع عنه وهو لزوم الربا فلا يكون المورد مشمولاً لدليل سقوط الرد و ثبوت الأرش و هو رواية زرارة و مرسله الجميل اذاً فلا وجه لسقوط الرد هنا أى فيما اذا كان العوضان متجانسين و كان المبيع معيباً و تصرف فيه المشتري قبل العلم بالعيب مثلاً .

و أما الأرش فقد ظهر مما ذكرناه أنه منفى للزوم الربا على الفرض بناءً على قبوله ، و الآ فقد عرفت عدم لزوم الربا فى ثبوت الأرش لعدم كونه جزءاً من الثمن و الآ كان البايع مشغول الذمة من الأول و لم يتوقف على مطالبة المشتري بل الأرش غرامة و من مستبعات العقد كما لا يخفى ، هذا ما يرجع الى أصل المسئلة .

و لكن للعلامة هنا كلام آخر قد فسره المصنف فيتفرق به هذا المقال عن سابقه حيث ذهب الى وجود المانع من الرد أيضاً و حاصل كلامهما بيتنى على مقدمتين :-

الاولى : أن وصف الصحة فى الربويات لا تقابل بالمال لكونه مستلزماً للربا فيكون موجبا لبطلان البيع من الاول و ذلك لأنه اذا باع جنساً بجنس كان كل منهما فى مقابل الآخر على نحو التساوى و اذا كان فى مقابل الوصف شىء الآخر فيلزم أن هذا الطرف زائداً عن الطرف الآخر فان الطرف الآخر قد وقع مقدار منه فى مقابل هذا الطرف ، بخلاف العكس و يكون ما يؤخذ فى مقابل وصف الصحة زائداً على الطرف الآخر فيكون موجبا للربا ، فيكون

البيع باطلا من الأول فوصف الصحة في الربويات كوصف الكتابة في غير الربويات في عدم مقابليتهما بالمال .

المقدمة : الثانية أن قانون الفسخ يقتضى ردّ كل عوض على مالكه على النحو الذى أخذه من مالكه فضم هذه المقدمة الى سابقها ينتج أن التصرف فى الجنس الربوى المعيب يوجب سقوط الرد والأرض معا وذلك لأنه اذا رده المشتري فلا بدّ وأن يرد المبيع الى البائع على النحو الذى أخذه وقد فرضنا أنه حين ما أخذه من البائع لم يكن وصف الصحة يقابل بالمال و الآ لبطال البيع من الأول و حيث لم يقابل بالمال من الأول فلا يقابل بالمال حين الفسخ أيضا و من هنا يبطل التقابل مع اشتراط الزيادة أو النقيصة فى أحد العوضين فاذا استرد المشتري الثمن لم يكن عليه الآ رد ما قابله من المبيع لا غير والسرفى ذلك أن معنى الفسخ و التفاضل هو البطلان العقد الاول و ارجاع مال كل من المتعاملين الى صاحبه على النحو الذى أخذ منه و حيث لم يكن أحد العوضين زائدا عن الآخر فلا يجوز أن يكون زائدا بالتقابل أيضا و كذا فى الفسخ فانه اذا لم يكن وصف الصحة مقابلا بالمال فى أصل العقد لا يكون كذلك حين الفسخ أيضا ، والآ فلا بدّ من التقابل بالمال من الأول فيلزم الربا على الفرض وعلى هذا فيسقط الرد و الأرض ، أما الأرض فلما عرفت من كونه مستلزما للربا فلا يكون ثابتا و أما الرد فلانه ضرر على البائع بدون الأرض فيكون ساقطا و اذن فلا يثبت الردّ و الأرض فيما اذا كان المبيع معيبا و من الربويات و حدث فيه عيب عند المشتري .

و فيه أن ما افاداه من عدم كون وصف الصحة فى الربويات مقابلا بالمال وان كان صحيحا الآ أن الأمر كذلك فى غير الربويات أيضا فان الاوصاف مطلقا سواء كانت اوصاف الصحة أو اوصاف الكمال و سواء فى الربويات أم فى غيرها و

انما هى توجب زيادة العالمة فقط، فهى واسطة فى ثبوت العالمة للموصوف وعلى هذا فلا مورد لكلام المصنف و العالمة من أن الوصف من الأول لا يقابل بالعمال فى الربويات لكونه موجبا للزوم الربا، و أما ردّ المعيب مع حدوث العيب فيه عند المشتري مع التفاوت فايشا ليس من جهة كون وصف الصحة مقابلا بالعمال، بل من جهة أن مقتضى قانون الفسخ هو رد كل من العوضين على مالكة على النحو الذى اخذه و من الواضح أن قيمة الصحيح أكثر من قيمة المعيب فلا بدّ و أن يرده الى مالكة مع هذا التفاوت بمقتضى ضمان اليد، و لا يلزم الربا هنا فان ضمان المشتري التفاوت ما بين الصحيح و المعيب، ليس من جهة الضمان المعاملى، بل من جهة ضمان اليد، فانه بعد فسخ المعاملة فيكون عليه رد مال البايع اليه على النحو الذى أخذه بمقتضى اليد، فكأنه لم تحقق هنا معاملة أصلا فكما أنه مع عدم تحقق المعاملة فلا بدّ لمن وضع يده على مال الغير أن يرده اليه على النحو الذى أخذه لأن على اليد ما اخذت حتى تؤدى فكذلك فى المقام و الأفلازم ذلك أنه لو غضب احد مال غيره فزال وصف الصحة عنده أن لا يضمن ذلك بدعوى أن وصف الصحة لا يقابل بالعمال، و هى بديهى البطلان، و لم يلتزمه أحد و على هذا فاذا رد المشتري العين المعيبة التى حدث فيها عيب عنده فلا بدّ له أن يرده مع الأرش أى مع التفاوت الواقعى ما بين الصحيح و المعيب و يكون المقام ح نظير المقبوض بالسوم اذا زال وصف الصحة عند الاخذ أو تلف فلا وجه لنفى كون المقام مثله كما ذكره المصنف.

ثم على تقدير التنزل و الالتزام يكون الأرش مستلزما للربا بلزوم رد مثل أو القيمة اذا اراد المشتري الرد وذلك لأن الالتزام بعدم جواز الرد أصلا

ضرر على المشتري والالتزام بجواز رده بدون الأرش ضرر على البائع فانه لم يكن ماله حين اعطائه للمشتري معيوباً بالعيب الذي حدث عند المشتري و رده الى البائع مع الأرش مستلزم للربا و اذن فلا بدّ من فرض ذلك المال كالتالف و اذا فسخ المشتري العقد لكون متعلقه هو العقد فتنتهى النسبة الى البدل ، و هو المثل أو القيمة و على الجملة فأولاً و لا وجه له لمنع الرد بدون الأرش من جهة لزوم الربا ، بل يجوز الرد مع الأرش أى للمشتري أن يرد المبيع الى البائع مع بذله تفاوت ما بين الصحيح و المعيب من غير أن يلزم الربا من ذلك و مع التنزل نقول بعدم سقوط الخيار و بجواز الفسخ ، ولكن لا بدّ من ردّ المثل أو القيمة دون العين المعيبة لكونه مستلزماً للضرر اذا كان بدون الأرش و ان كان معه فيلزم منه الربا كما لا يخفى .

قوله : و منها تأخير الأخذ بمقتضى الخيار .

أقول : ظاهر الغنية اسقاطه الردّ و الأرش بلا خلاف كليهما و ذكر فى المبسوط و الوسيلة سقوط الرد بالتأخير وحده و اختاره المصنف أيضاً و فى الكفاية اطلاق الاخبار الدال على عدم السقوط و فى الحدائق و المسالك لا نعرف فيه خلافاً و فى الرياض أنه ظاهر الاصحاح المتأخرين كافة .

و على الجملة ، فالمسئلة مورد الخلاف بين الفقهاء اذا كان التأخير مع العلم بالعيب فان الظاهر من الغنية أنه ادعى عدم الخلاف فى سقوط الردّ و الأرش بالتأخير ولكن المبسوط صرح بسقوط الردّ دون الأرش و فى الكفاية ادعى عدم الخلاف فى عدم سقوطها بالتأخير و كذا فى الحدائق ، و جعل ذلك أى عدم السقوط صاحب الرياض ظاهر المتأخرين من الاصحاح

أقول : يقع الكلام فيه من جهتين : -

الاولى : فى وجود المقتضى للردّ و الأرش بان الاطلاقات يقتضى

ثبوتها عند تأخير الردّ أم لا .

الثانية : في ثبوت المانع عن الأرش والردّ وأنه على تقدير تمامية المقتضى للردّ والأرش و ثبوت الاطلاق بالنسبة اليهما هل هنا مانع عن ثبوت الأرش والرد أم لا ؟

أما الجهة الثانية : فالظاهر أنه لا مانع عن ذلك لأنه اما التصرف أو التأخير أما التصرف فلا يكون كاشفا عن الرضا بالعقد فضلا عن الرضا بالعيب الا اذا قامت قرينة على ذلك فهو بعيد في مورد البحث و ثبوت كونه مسقطا للردّ في خيار الحيوان بمثل التقبيل ونحوه انما هو بالتعبد لا لأجل كشفه عن الرضا بالعقد كما لا يخفى .

و أما التأخير فهو أيضا لا يكشف عن الرضا بالعقد والعيب وذلك لأن التأخير أولا انما يكون من دواعي مختلفة من المسامحة ونحوها و لا يختص بكونه عن الرضا بالعقد ومن الواضح أن الاعم لا يدل على الاخص وعلى تقدير كونه كاشفة عن الرضا بالعقد فلا يكون كاشفا عن الرضا بالعيب وعليه فلا يكون دالا على سقوط الأرش أيضا وان كان دالا على سقوط الرد كما هو واضح .

و أما الجهة الاولى : فبالنسبة الى الأرش فلا كلام لنا فيه ولم يخالف في ثبوته أحد وان خالف صاحب الغنية بالنسبة الى مطلق الرد والأرش ولكن لم يعتنى به أحد وذلك لأن اطلاق ما دل على ثبوت الأرش محكم فلا تصور فيه فان ما دل عليه كرواية جميل و زرارة ليس فيها أن الأرش مخصوص بالزمان الاول فقط، واذا تأخر يكون خارجا عن مورد الاطلاقات، بل هي شاملة لأول زمان الاطلاع على العيب والزمان البعد أيضا كما هو واضح و أما ثبوت المقتضى بالنسبة الى جواز الرد بعد الزمان الأول أيضا فنذكر المصنف أنه أي جواز الرد مختص بالزمان الأول فقط، لأن الاطلاقات قاصرة عن شمولها للزمان المتأخر فانها ناظرة الى أصل جواز الرد لا الى

كيفية وأمدّه .

ولكن يرد عليه أن الروايات الدالة على ثبوت الردّ أيضاً مطلقاً بالنسبة الى الزمان الأول و الزمان المتأخر لعدم قصورها عن الشمول لهما بوجه فان منها رواية جميل وقد ذكر الامام عليه السلام فيها بأن العين أن كانت قائمة بعينها فيجوز له الرد ولا شبهة في اطلاقه الى الزمان المتأخر عن زمان العلم بالعيب، وكذلك رواية زرارة فانه عليه السلام ذكر أنه أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار ولم يتبرء منه ولم ينبّه عليه وقد احدث فيه شيئاً فانه يمضى عليه البيع فانها تدل بمفهومها على أنه اذا جاز الرد لعدم تحقق الأمور المذكورة جاز له ذلك مطلقاً من غير أن يكون جواز الردّ مختصاً بالزمان الاول و تشكيك المصنف في الاطلاقات و تخصيص ذلك بأول زمان من الاطلاع على العيب قد عرفت جوابه .

و بعبارة أخرى أن وجود المقتضى للردّ وعدم وجود المقتضى له مبني على وجود الاطلاق لأدالة خيار العيب وعدمه فان قلنا بثبوت الاطلاق لخيار العيب فلا شبهة في وجود المقتضى لثبوت خيار العيب في الزمان المتأخر عن الزمان الأول من ازمة الاطلاع على العيب و ان لم يكن المقتضى موجوداً أى لم يكن اطلاق لأخبار خيار العيب كان الكلام من صغريات تقدم الاستصحاب على العموم الدال على اللزوم بالنسبة الى الازمنة المتأخرة وعدم تقدمه عليه أى المورد من موارد تعارض العموم و الاستصحاب، وقد تقدم في خيار الغبن أن العمومات الدالة على اللزوم منحلة الى الافراد الطولية حسب استمرار الازمنة كانهلها الى الافراد العرضية أى العمومات انما تثبت الحكم الخاص لكل فرد خاص من الافراد العرضية و الطولية ومع ذلك فلا يكون هنا مورد للاستصحاب بوجه كما هو واضح، فعلى تقدير عدم وجود المقتضى للخيار فلا مناص عن القول بلزوم العقد لكون العمومات محكمة .

و أما بناء على القول بتمامية المقتضى فلا شبهة في تقدمها على العمومات و كونها مخصصة لها كما هو الميزان في تقدم كل خاص على كل عام و اذن فلا بد من التكلم في أصل وجود المقتضى و عدمه و قد عرفت أنه تمام في المقام فلا مانع من شمول الاطلاقات الدالة على ثبوت الرد بالنسبة الى الزمان الاول و الزمان المتأخر كما هو واضح .

ثم ان هنا حاشية عجيبة للسيد (ره) فانه ذكر في ذيل عبارة المصنف و هي قوله بناء على ما تقدم في سائر الخ ، حيث ذكر أن العبارة سقطا و هو عجيب ، فان مراد المصنف من العبارة واضح و هو سقوط الرد بناء على ما تقدم من اصالة اللزوم فلا سقط في العبارة .
قوله : مسألة : قال في المبسوط .

أقول : اذا كان البايح جاهلا بالعيب فهو وان كان عالما بالعيب فهل يجب عليه اعلام المشتري بالعيب مطلقا أو لا ، ذكر في المبسوط أنه اذا لم يبينه فعل مخطورا أى محرما و عليه فيجب الاعلام مطلقا .
و الثانى : ما ذكره في المبسوط أيضا أنه وجب عليه اما الاعلام أو التبرى من العيب .

و الثالث : استحباب الاعلام كما في التذكرة و الشرايح .

و الرابع : التفضيل بين العيب الخفى ، فيجب فيه الاعلان دون الجلى فلا يجب فيه الاعلان و على الأول فاما يجب فيه الاعلان مطلقا كما هو ظاهر جماعة ، أو مع عدم التبرى كما في الدروس فالمحصل من ظاهر كلماتهم خمسة أقول : و ذكر المصنف أن منشأ الأقوال الخمسة هو أن عدم بيانه عيب السلعة هل هو غش أم لا ؟ و قد تقدم تحريم الغش فى المكاسب المحرمة ، فذكر السيد فى حاشيته أن النسبة الغش و النصح ليست من قبيل النقيضين و لا من قبيل الضدين الذين ليس لهما ثالث ، بل يمكن أن لا يكون الانسان

ناصحا ولا غشسا كنوع الناس بالنسبة الى نوعهم فالساكت عن شخص ليس ناصحا له ولا غاشا وعليه فالبايع وان كان عالما بالعيب، ولكن لا يجب عليه بيان العيب و اظهاره بأنه معيوب، بل انما يحرم عليه الغش و اظهار السلعة على نحو يتخيل المشتري أنه صحيح و أما السكوت عن ذلك فلا و للمشتري أن يدقّ النظر في السلعة و يسأل من البايع أو من شخص آخر أن في المبيع عيب أم لا .

كان الكلام في بيع المعيب مع العلم بكونه معيبا فقد عرفت أن الاقوال فيه خمسة بالنسبة الى الحكم التكليفي:

الاول : وجوب الاعلام مطلقا .

الثاني : وجوبه اذا لم يتبرأ أو مع التبرى .

الثالث : استحباب الاعلام .

الرابع: التفصيل بين العيب الجلى و العيب الخفى و على الثانى يجب الاعلام اما مطلقا أو مع عدم التبرى و أما مع كون العيب جلياً فلا يجب الاعلان فذكر المصنف أنه يجب الاعلام من جهة أن عدمه اخفاء العيب فهز غش فالغش حرام على ما عرفت في الجزء الاول من دلالة الروايات الكثيرة على حرمة غش المسلم في البيع و الشراء و أنه ليس منا من غش مسلما و من الواضح أنه لا شبهة في صدق الغش على عدم بيان عيب المتاع و اورد عليه السيد في حاشيته بان الغش مع النصح ليس من قبيل الضدين الذى لا ثالث لهما و لا من قبيل المتناقضين، بل هما من قبيل العدم و الملكة، أو الضدين الذى لهما ثالث فاذا لم ينصح أحد أخاه فليس لازمه أن يكون غاشا، بل لا يكون غاشا و لا يكون ناصحا أيضا كأكثر الناس و من الواضح أن البايع اذا لم يبين عيب متاعه لا يلزم أن يكون غاشا، بل لا يكون غاشا و لا ناصحا، فان مجرد بيع المعيب ليس غش و قد تقدم في حرمة الغش جواز

بيع المعيب اذا كان ظاهرا كما فى صحيحة محمد بن مسلم هذا ملخص ما ذكره السيد فى المقام .

ولكن الظاهر أنه لا شبهة فى صدق الغش على بيع المعيوب مع السكوت عن عيبه وعدم التبرى منه وعدم كون العيب جلياً بحيث يظهر للمشتري أنه معيوب لا أن يكون بحيث يكون ظاهرا لغير المشتري فانه اخفاء العيب عن المشتري ولا يقاس ذلك بالشخص الثالث فانه اذا سكت عن بيان العيب لا يكون غاشا ولا اذا سئل عنه وسكت فانه ح يكون غاشا و هذا الوجه يمكن المناقشة فيه بأنه لا معنى للتزام بالوصف الخارجى الآ رجوعه الى الخيار كما عرفت سابقا و هو ليس الا الحكم الوضعى ولا بد هنا ببيان و توضيح و حاصله أن بناء العقلاء قائم على أنه اذا سكت البايع عن بيان العيوب فى المبيع يكون سكوته هذا منجز له أنه حكم بصحة المبيع فهو كالتصريح بالصحة و يكون ذلك اخفاء فيكون محرماً كما هو واضح .

و الوجه فى ذلك ما عرفته سابقا من ان البايع بسكوته عن اظهار العيب فى المعيب يلتزم بسلامته بحسب بناء العقلاء و اذا سكت عن بيان العيب و لم يتبرأ و لم يكن العيب جلياً فلا شبهة فى التزامه بسلامة المبيع عن العيب و ليس هذا الآ كالتصريح بأنه ليس بمعيب و اذن فيكون غاشا للمشتري .

نعم ، اذا تبرأ من العيب فلا يكون منه ح التزام على الصحة و هكذا اذا كان العيب جلياً بحيث أن المشتري يراه لا بحيث لا يراه لغفلة منه أو لا يلاحظه أعتمادا على أصالة الصحة كما هو واضح والمذكور فى الصحيحة من جواز بيع المعيوب وعدم كونه غاشا انما هو فرض كون العيب جلياً فلا تكون الصحيحة مدركا للسيد و اذن فالصحيح هو القول الثانى اعنى وجوب الاعلان مع عدم التبرى فيما يكن العيب جلياً للمشتري ، هذا بالنسبة الى

الحكم التكليفي .

وأما بالنسبة الى الحكم الوضعي أعني بطلان البيع بالغش و عدم بطلانه ففي جامع المقاصد أنه ينبغي بطلان البيع في مثل شوب اللبن بالماء لأن ما كان من غير الجنس لا يصح العقد فيه و الآخر مجهول الا أن يقال أن جهالة الجزء غير مانعة ان كانت الجملة معلومة كما لو ضم ماله و مال غيره و باعهما ثم ظهر البعض مستحقا للغير فان البيع لا يبطل في ملكه و ان كان مجهولا قدره وقت العقد ، انتهى . فلا بدّ من التكمّل في اقسام المعيوب ليتضح كلام جامع المقاصد في أي مورد ، أقول : توضيح المسئلة أن الغش تارة يكون من المزج و أخرى من غير المزج فالمزج على أقسام أربعة : الاول : أن يكون المزج على نحو يكون الخليط مستهلكا في الشيء المخلوط كمزج الماء باللبن على نحو لا يخرج اللبن عن حقيقته ، بل يصدق عليه الحليب عرفا .

الثاني : أن يكون اللبن مثلا مستهلكا في الآخر أي في الخليط بحيث لا يصدق عليه اللبن عرفا ، بل يقال انه ماء قد امتزج فيه مقدار من اللبن .
الثالث : أن لا يبقى عنوان كل من الممتزجين بعد الامتزاج بل يتشكل هنا عنوان ثالث و حقيقة ثالثة كمزج الخل بالسكر فانه يوجب تشكيل حقيقة أخرى غير الخل والسكر ويقال له السكنجيين .

الرابع : أن لا يستهلك أحدهما في الآخر بعد الامتزاج كخلط التراب في الحنطة على نحو لا يصدق عليه أنه تراب أو حنطة أو شيء ثالث ، بل يقال أنه حنطة و تراب فهل يصح البيع في جميع هذه الصور أو يبطل في جميعها أو يفصل؟ فنقول : أما اذا كان الغش من عيب آخر غير المزج و الخلط فالظاهر هو صحة البيع مع الخيار ، فان البايع قد التزم بحسب بناء العقلاء على صحة المبيع و كونه واجدا لوصف الصحة و قد عرفت سابقا أنه لا معنى للالتزام

بالوصف الخارجى الا تعليق البيع على وجوده و لزوم البيع على تقدر وجوده
فحيث كان الأول باطلا مع كون المفروض هو صحة البيع فيتعين الثانى فيكون
البيع صحيحا مع الخيار وان كانت المعاملة حراما تكليفا وعلى هذا فلا
شبهة فى صحة البيع كما هو واضح ، وقد عرفت سابقا أن خيار العيب على
طبق القاعدة و الاخبار الواردة نبيها وردت على طبق القاعدة .

و أما اذا كان الغش من جهة المزج فان كان المزج من قبيل القسم
الأول بان يكون الخليط مستهلكا فى المبيع كشوب الماء فى اللبن كان البيع
صحيحا لتحقق الصورة النوعية العرفية و هو عنوان اللبن الذى هو مبيع غاية
الأمر يكون له خيار العيب أو خيار تخلف الوصف و هذا واضح وان كان المبيع
مستهلكا فى الخليط كأن لا يصدق عنوان المبيع على الشئ الموجود الخارجى
بأن كان الماء فى اللبن بحيث لا يصدق عليه عنوان اللبن وانما يصدق
عليه عنوان الماء الذى امتزج فيه اللبن وعلى هذا فلا شبهة فى بطلان
البيع لتخلف الصورة النوعية المعتبرة فى صحة البيع الواقع على العين
الخارجية على ما ذكرناه مرارا فان ما وقع عليه البيع غير موجود وما هو موجود
لم يقع عليه البيع و من هنا ظهر حكم القسم الثالث من الاستهلاك فان
الامتزاج قد أوجب تحقق عنوان ثالث لم يقع عليه البيع كما هو واضح .

و أما القسم الرابع: فهو مركز الاختلاف و مورد كلام جامع المقاصد من
الحكم ببطلان البيع للجهاالة أو عدم بطلانه و أما الاقسام المتقدمة فليست
موردا لذلك لما عرفت من أنها اما صحيحة مطلقا مع الخيار أو باطلة كذلك
و الصحيح هو الحكم بصحة البيع فى الجزء الذى وقع عليه البيع و بالبطلان
بالنسبة الى الجزء الآخر الذى لم يقع عليه البيع كما اذا باع منين من
الحنطة فظهر أحدهما ترابا و المن الآخر حنطة بحيث يصدق على كل منهما
أنه حنطة أو تراب ، فواجه لصحة البيع فى المجموع فان المفروض أن نصفه لم

يقع عليه البيع ولا وجه للقول بالبطلان في المجموع لأن المفروض أن نصفهما وقع عليه البيع فيحكم بالصحة في النصف و بالبطلان في النصف الآخر كما هو مقتضى انحلال المبيع الى مبيعات متعددة و انحلال البيع الى بيوع عديدة غاية الامر يثبت للمشتري خيار تخلف شرط الانضمام و تبعض الصفقة خصوصا اذا كانت الهيئة الاجتماعية دخيلة في مالية المبيع أو في غرض المشتري كما هو واضح .

ثم ان هنا اشكالا آخر وهو أن المبيع يحكون مجهولا فيكون البيع باطلا للجهاالة لعدم العلم بأن الحنطة هنا أى مقدار وفيه انك قد عرفت فيما سبق فى اعتبار الوزن و الكيل فى المكيل و الموزون أنه اذا كانت الجملة معلومة فيصح البيع وان لم تكن الاجزاء معلومة و لا دليل على اعتبار العلم بالعوضين أزيد من ذلك .

فى اختلاف المتبايعين

قوله : مسائل فى اختلاف المتبايعين .

أقول : توضيح الكلام هنا أن الاختلاف يقع فى صور ثلاثة فإنه تارة يقع

فى موجب الخيار و أخرى فى مسقطه و ثالثة فى الفسخ .

أما الصورة الاولى : ففيه مسائل :

الاولى : لو اختلفا فى تعيب المبيع و عدمه مع تعدد ملاحظته

لتلف أو نحوه فذكر المصنف أن القول هنا قول المنكر بيمينه و المراد منه هو

البايع غالبا لأن الأغلب أن المشتري يدعى العيب و البايع ينكره .

و توضيح الكلام هنا أنه اذا اختلف البايع و المشتري فى تعيب المبيع

بأن يختلفا فى كون المبيع معيوباً قبل العقد و عدمه بحيث فعلا أى بعد

العقد أيضا لم يثبت كون المبيع معيوباً فهذا لا يخلو عن صور :

الاولى - أن يكون المبيع قبل العقد معيوباً و لكن يدعى البايع زوال العيب وعدم بقاءه الى زمان العقد ، فح فالاصل بقاء العيب الى زمان العقد فوقع العقد محرز بالوجدان و بقاء العيب الى زمان العقد محرز بالاصل فيتم الموضوع المركب فيترتب عليه الحكم و على هذا فالقول قول المشتري الذى يدعى كون المبيع حال العقد معيوباً و لا بدّ للبايع من اثبات أنه لم يقع العقد على المبيع المعيوب ، و ح فيحلف المشتري و ان كان المبيع قبل العقد سالماً عن العيب و لكن يدعى المشتري تعيبه حين العقد و أن العقد انما وقع على المعيب دون الصحيح و ح فالقول قول البايع لاصال بقاء المبيع على حالته الأولية و ح فيحلف البايع فلا بدّ للمشتري أن يثبت أن المبيع كان معيوباً كما هو واضح .

و اذا لم تكن له حالة سابقة أو كانت و لكن تبادلت الحالتان بحيث كانت تبادل الحالتين مانعة عن جريان الاستصحاب كما ذهب اليه صاحب الكفاية أو لم تكن مانعة عن جريان الاستصحاب فى نفسه و انما سقط للمعارضة فح بناء على ما ذكرنا من جريان الاستصحاب فى الاعدام الازلية فنرجع الى الاستصحاب العدم الأزلى فنقول أن طبيعى البيع و ان تحقق فى الخارج مسلماً و لكن نشك فى وقوعه على ما به عيب أو عوار الذى هو موضوع الحكم فى خيار العيب على ما هو مقتضى رواية زارة و نقول الاصل عدم وقوع العقد على ما فيه عيب أو عوار و يكون ذلك مثل نفي الوصف عن المرأة القرشية لا نفي أصل الموضوع لأن طبيعى البيع محقق فى الجملة فى الخارج و بهذا الأصل أيضا نثبت عدم وقوع البيع على المعيب فيثبت به موضوع الحكم و على تقدير التنزل من ذلك و عدم جريان الاستصحاب العدم الأزلى فتنتهى النوبة الى الأصل الحكى .

ونقول انه ثبت بالادلة القطعية والقواعد العامة أنه لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه ومن الواضح أن مال المشتري وهو الثمن قد صار مال البايع بالمعاملة فنشك في أنه هل يكون مال المشتري أيضا أم لا، فنقول الاصل عدمه فنستصحب مالكية البايع أو نتمسك بالعمومات الدالة على حرمة التصرف في مال الغير كما هو واضح .

ولكن يمكن المناقشة في ذلك من جهة أن التمسك بالعمومات تمسك بالعام في الشبهة المصدقية حيث نشك في أن الثمن بعد الفسخ من مال البايع أم لا ، فلم نحرز كونه من مال البايع حتى نتمسك بالعام بل هو مشكوك او أما استصحاب الملكية أى ملكية البايع بعد الفسخ فهو شبيه بالاستصحاب فى الشبهات الحكمية .

أما وجه عدم كون ذلك من الاستصحاب فى الشبهات الحكمية هو أن الشك فى الشبهات الحكمية انما هو من ناحية الشك فى الحكم الشرعى للشئء و هل أن حكمه أى شئء ومن الواضح لا نشك هنا فى الحكم ان مع كون المبيع معيوباً فحكمه معلوم و هو ثبوت خيار العيب للمشتري ومع عدم كونه معيوباً فلا خيار له فلا نشك فى الحكم الشرعى ، بل لا ندرى أن الموضوع هو معيب أم لا .

وأما وجه كونه شبيهاً بالشبهات الحكمية فمن جهة أنه لا يعلم أن المبيع كان صحيحاً فتكون الملكية الحاصلة هنا مطلقة لأن ما اشترط فيه من وصف الصحة بحسب بناء العقلاء قد تحقق فى المبيع أم لا ، بل كان معيباً بان لم يكن الوصف المذكور موجوداً هنا فيكون الشك فى ذلك منشئاً للشك فى كون الملكية المزعومة مطلقة أم لا فتكون شبيهة بالشبهات الحكمية حيث نشك أن ملكية البايع مجعوله على نحو الاطلاق أو كانت مقيدة بعدم كون المبيع معيوباً فيكون مخدوشاً والعمدة ما ذكرناه من التمسك بالاصل الموضوعى و

هو استصحاب العدم الأزلى .

وأما الاعتماد على أصالة الصحة والسلامة على ما ذكره المصنف فيما تقدم وفيما يأتى اشار اليها السيد فى حاشيته فلا وجه له ، فانه لا دليل على اعتبار أصالة السلامة أصلا ، فانه لم يقم بناء من العقلاء على أن الأصل فى الاشياء هو السلامة و لم نعلم مثل هذا البناء من العقلاء ، بل لا معنى له أصلا فأى معنى لا التزامهم على أن الاصل فى الاشياء السلامة .

نعم ، بناء العقلاء قائم و موجود على كون المبيع سالما من العيوب عند البيع بمعنى أن البايع التزم بحسب بناء العقلاء على أن يكون المبيع سالما عن العيوب و مع عدم السلامة فيكون للمشتري خيار تخلف الشرط كما هو واضح .
وأما الصورة الثانية فهى أن يكون الاختلاف فى كون الوصف الموجود فى المبيع عيبا أم لا ، بأن يدعى المشتري كونه عيبا و يدعى البايع عدم كونه عيبا و لم يجد فى البين أهل الخبرة حتى يرجع اليه و ح فالاصل أيضا مع البايع وأنه عدم كونه عيبا و اذن فيحلف البايع على ذلك فلا يكون للمشتري حق الرد و حق مطالبة الأرش و ان كان البايع يعترف بكونه نقصا فى المبيع و أن قيمة المبيع يقل بهذا الوصف و لكن ينكر كونه عيبا بحيث يثبت له الأرش فانه ثابت فى فرض كون المبيع معيبا و أما مجرد فقدان وصف يوجب نقصان القيمة فلا يكون عيبا فيكون له أى للمشتري خيار من جهة النقصان ولا يكون له الأرش كما هو واضح .

و قد عرفت سابقا أن مثل الصبغ و الخياطة و قطع الثوب و طحن الحنطة يوجب نقص القيمة لعدم كون الناس راغبين بها على النحو الذى يرغبون الصحيح منها و لكن مع ذلك فتلك الاوصاف ليست بعيب فى المبيع ، بل أوصاف توجب نقص القيمة فهى أى للمشتري رد المبيع فقط ، و ان انكر البايع كون الوصف كذلك أيضا بان انكر كونه أى الوصف موجبا لنقص القيمة أيضا

فيكون مثلاً نكاره أصل كونه عيباً فالأصل عدمه فيكون القول قول البايع فيحلف و للمشتري الاثبات وهذا واضح .

و أما الصورة الثالثة : فهي أن يكون المبيع معيوباً فعلاً و بعد العقد و لكن وقع الاختلاف في كون العيب قبل العقد أو بعده و على تقدير اتفاقهما على حدوث العيب بعد العقد يقع الاختلاف في أنه وقع في حال ضمان البايع أو لا بان وقع العيب قبل القبض أو في زمان الخيار أم لا فذكر المصنف هنا أن القول قول منكر تقدمه للأصل .

و لكن هذا الصورة بعينها راجعة الى الصورة الأولى و هي أن يكون الاختلاف في كون العقد واقعاً على المعيب فان معنى الاختلاف في تعيب المبيع بالمعيب المعلوم الذي هو موجود بالفعل في ملك المشتري و في ضمنه أو لا هو أن المبيع كان معيوباً قبل العقد أم لا ، فيكون ذلك بعينه هو الوجه الأول كما هو واضح فتجرى فيه الوجوه المتقدمة ، و من جميع ما ذكرناه ظهر لك أنه لا وجه لكون تاريخ أحدهما من التعيب و وقوع العقد على المعيب معلوماً أو مجهولاً ، ليجرى الاستصحاب في مجهول التاريخ دون معلومه و ذلك لما عرفت أن موضوع الحكم في ترتب أحكام المعيب عليه من الرد و الأرش انما هو العيب و العوار و من الواضح أصالة عدم وقوع البيع على المعيب الى زمان العقد لا يثبت وقوع العقد على المعيب فانها بالنسبة الى موضوع الحكم و هو العيب أو العوار مثبت كما هو واضح .

و الحاصل : أن الوجه الثالث يرجع الى الوجه الأول فان مرجع ذلك الى وجود العيب في المبيع و عدمه و لا اعتناء بتقدم تاريخ أحدهما على الآخر و عدمه كما هو واضح .

و ذكر المصنف عن المختلف انه حكى عن ابن الجنييد أنه ان ادعى البايع أن العيب حدث عند المشتري حلف المشتري ان كان منكراً و ذكر

المصنف و لعله لأصالة عدم تسليم العين الى المشتري على الوجه المقصود وقد ذكر ذلك فى البحث عن خيار الروبة و الأصل عدم استحقاقه الثمن كلا و عدم لزوم العقد نظير ما اذا ادعى البايح تغيير العين عند المشتري وانكر المشتري .

أقول : قد ذكرنا فى البحث عن خيار الروبة .

أما ما ذكره من أصالة عدم لزوم العقد فلم نفهم له معنى محصلاً أصلاً فانه ان كان المراد من ذلك هو الاستصحاب فلا شبهة أن مقتضاه هو اللزوم و ان كان المراد من ذلك هو المطلقات أى الاصل اللفظى فلا شبهة أن المطلقات تقتضى اللزوم فلا مورد لدعوى أصالة عدم اللزوم و مع قبول ذلك و أن الاصل هو عدم اللزوم و هو أصل حكى فيرتفع موضوعه بواسطة الاصل الموضوعى الجارى فى مورده و هو أصالة عدم كون المبيع معيباً و أصالة عدم وقوع العقد أى هذا العقد الشخصى على المعيب الذى هو موضوع عدم اللزوم وقد عرفت أنفاً أن العدم الازلى يجرى فى المقام و يحرز به موضوع عدم الخيار كما هو واضح .

و أما أصالة عدم استحقاق البايح الثمن و فيه أنه بديهى البطلان فان البايح يستحق الثمن على كل تقدير أى سواء كان المبيع معيباً أم لا ضرورة أن الأرش انما هو ثابت بمطالبة المشتري فلا معنى لأن لا يكون البايح مستحقاً للثمن كما هو واضح .

و أما أصالة عدم تسليم العين الى المشتري على الوجه المقصود فلا وجه له أيضاً لأن الاصل لا يجرى فى المركب بما هو مركب اذا جرى فى اجزائه . وقد عرفت أن الاصل هو عدم كون المبيع معيباً و الاصل هو عدم وقوع العقد على المعيب و مع ذلك فلا وجه لجريان أصالة عدم تسليم العين الى المشتري على الوجه المقصود و مع الغرض عن جميع ذلك فقد عرفت أن مرجع

الوجه الثالث الى الوجه الاول من كون الشك فى كون المبيع معيبا قبل العقد أم لا ، و الاصل فى ذلك مع البايح أى عدم كونه معيبا فيكون المشتري مدعيًا . وقد عرفت أن المصنف قد حكى الاتفاق على كون البايح منكرًا هناك و كون المشتري مدعيًا و لم ينقل الخلاف عن أحد ، بل نقل الوفاق عن ابن الجنيد أيضا ومع ذلك فلا وجه له لجعل المشتري منكرًا و البايح مدعيًا ، و جعل المسئلة محلّ الخلاف بين الاصحاب، و تحصل أنه لا وجه للاصول المذكورة فى المقام .

و أما وظيفة الحاكم وأنه ما اذا يفعل اذا اختلف البايح و المشتري فى ذلك ، فنقول قد يكون لكل من البايح و المشتري بيّنة على غرضه ، و قد يكون البيّنة لأحدهما دون الآخر و قد لا يكون لأحد منهما بيّنة . أما الصورة الاولى : و هى ان تكون البيّنة لكل منهما فهل تعارض بيّنة كل منهما مع بيّنة الآخر فتسقطان أو يتقدم بيّنته الداخل و هو الذى يكون قوله موافقا للأصل و يسمى من يكون قوله موافقا للأصل داخلا ، فان الاصل يقتضى أن يكون المال له أو يقدم بيّنة الخارج و هو الذى لا يكون قوله موافقا للأصل و هو المدعى فنقول مقتضى الاطلاقات الواردة فى حجّية البيّنة و ان كانت شاملة لحجّية كل من البيّنتين و عليه فمقتضى القاعدة هو سقوطهما عن الحجّية و لكن مقتضى التأمل قوله عليه السلام انما اقضى بينكم بالأيّمان و البيّنات مع التأمل فى قولهم عليه السلام البيّنة للمدعى و اليمين لمن انكر هو تقدم بيّنة الخارج ، و هو بيّنة المدعى على بيّنة المنكر و هو بيّنة الداخل كما هو المعروف و المشهور فان الظاهر من ملاحظة تلك الادلة هو أن الحكم للمدعى انما هو بالبيّنة و أن الحكم للمنكر انما هو باليمين ، فان الرواية الأولى خصّت القضاة بالايّمان و البيّنات و الرواية الثانية قسّرت ذلك و خصّت البيّنة للمدعى و خصّت اليمين بالمنكر ، و ان حسم النزاع انما يكون

بذلك ومقتضى الجمع بين الروايتين أى ضم احديهما الى الأخرى ينتج أن إقامة البينة انما هو وظيفة المدعى والحلف انما هو وظيفة المنكر وعليه فلا وجه للحكم بتساقط البينتين فيما اذا أقاما بيّنة ، بل لا بدّ من الحكم بتقديم بيّنة الخارج اذن فتكون الروايات مخصّصة لما دل على حجية مطلق البينة .
نعم ، ورد فى جملة من الروايات أن بيّنة ذى اليد تتقدم على بيّنة غيره فتكون هذه الروايات شاهدة على تقديم بيّنة الداخل ولكن الظاهر أنه لا شهادة فيها على ذلك فان جهة تقديم بيّنة ذى اليد على غيره ليس بعنوان البينة فقط، ليكون الملاك فى التقديم هو كونها بيّنة الداخل بل لكون اليد بنفسها أمانة الملكية فتكون مع قيام البينة على وفقها متقدمة على البينة القائمة على الخارج فنفس اليد تقتضى تقديم قول ذى اليد مع البينة .

وبعبارة أخرى البيّنة أمانة واليد أيضا أمانة فلذى اليد أمارتين فتكون مقدمة على بيّنة الخارج التى أمانة واحدة وعلى هذا فلا شهادة فيها على تقديم بيّنة الداخل على بيّنة الخارج ، كما هو واضح .
و أما اذا كانت البيّنة للخارج فقط وهو المدعى فلا شبهة للعمل بها كما هو واضح ، وقد عرفت أن الحكم بالبيّنة انما هو للمدعى وأن إقامة البيّنة من وطائفه .

و أما اذا كانت البيّنة للمنكر فقط فهل يحكم له مع البيّنة من غير احتياج الى الحلف أو لا بدّ وأن يحكم له بالحلف فقد ظهر ما تقدم أن الحكم للمنكر انما هو باليمين فلا بدّ وأن يحلف واذا حلف فيحكم لمويختم الدعوى .
و أما اذا لم تكن لكل منهما بيّنة فلا شبهة فى أنه انما يحكم للمنكر مع الحلف و أما بدونه فلا فانك قد عرفت أنه مع إقامة البيّنة لا يحكم له الا باليمين ، فكيف اذا لم تكن له بيّنة ، هذا كله بالنسبة الى وظيفة الحاكم .

وقد انتهى الكلام الى صورة عدم قيام البينة من طرف البايع ومن طرف المشتري وأن البايع المنكر لوجود العيب في المبيع كيف يحلف ، و توضيح الكلام أن البايع تارة ينكر على نفي العيب في الواقع بأن يدعى المشتري أن المبيع كان معيبا في الواقع والبايع ينكره فالبايع يحلف ويحسم النزاع وترتفع الدعوى حقيقة وفي الواقع وبعد ذلك لو اقام المشتري بينة على كون المبيع معيوباً حين العقد فلا تسمع اذ الحلف قد قطع النزاع واقعا و سقط حقه قطعا كما أنه ليس للمشتري أخذ الأرض من البايع بعنوان الأرض ولو على سبيل التقاص ، فان الحلف أسقط حقه ولو كان على خلاف الواقع يكون البايع مشغول الذمة على المشتري وأما اذا كان المشتري عالم على كون الحلف على خلاف الواقع أو اقامته البينة على ذلك لا يجوز صحة التقاص أو الاخذ من البايع قهرا عليه الا أن يكذب البايع نفسه في انكاره فح يجوز للمشتري فسخ العقد وأخذ الثمن أو أخذ الأرض فقط ، ولو لم ينكر البايع العيب الواقعي ولا يقول بأن المبيع ليس بمعيوب واقعا بأن ينفي البايع العلم على كون المبيع معيوباً ويقول لا أدري فهل يتوجه عليه الحلف ؟ ح و اذا حلف فهل ينحسم النزاع بذلك الحلف واقعا أيضا مثل الاول أو لا ، هذه جهة من الكلام في صورة نفي العلم بالعيب .

والجهة الثانية : أنه اذا لم يكن حلفه هذه موجبا لحسم النزاع واقعا و اسقاطه فهل يكون موجبا لحسم النزاع ظاهرا أم لا ؟

أما الجهة الاولى : فلا شبهة ان الحلف على نفي العلم بالعيب لا يوجب اسقاط النزاع واقعا بحيث لا يكون للمشتري حق أخذ الأرض من البايع حتى مع العلم بكذبه و السر في ذلك أن ما يدعيه المشتري غير ما ينكره البايع فان المشتري يدعى أن المبيع معيوب في الواقع والبايع لا ينكره ، بل ينكر العلم ويقول اني قد اعتمدت في البيع على أصالة السلامة والاستصحاب

أو باخبار شخص آخر بالصحة ونحو ذلك وليس له ان يقال بحجية الاستصحاب فنعمل بمقتضه والوجه فى ذلك أن الاستصحاب ليس ناظرا الى الواقع، بل هو يبين وظيفة المكلف فى الظاهر فيعمل بمقتضاه فى الظاهر دون الواقع بخلاف الامارات والمشتري أيضا لا يدعى أن البايح يعلم كون المبيع معيوباً فى الواقع وعلى هذا فلا يكون حلف البايح على عدم علمه بالعيب، موجبا لاسقاط دعوى المشتري وعليه فلو علم بالعيب واقعا جازله أخذ الأرش تقاصا من البايح وبعد ما اقامت بينة جاز له أخذ الأرش والثلثين على تقدير الفسخ من البايح اذا كان من الأول مخيرا بين الفسخ والأرش والا فاحدهما على سبيل مانعة الجمع.

نعم اذا كان المشتري ادعى علمه بالعيب فحلف البايح بعدم العلم يستقط دعواه حقيقة واقعا الا أن يكذب البايح نفسه فى حلفه كما هو واضح . وعلى الجملة فلا تنقطع الخصومة بالحلف الا اذا كان متعلقا بنفى الواقع والا فلا يوجب قطع الخصومة كما هو واضح هذا هو الذى تقتضيه القواعد على ما ذكره المصنف (ره) .

قوله : فرع الو باع الوكيل فوجد به المشتري عيبا يوجب الرد .

أقول : ذكر المصنف هذا الفرع فى المقام غير مناسب، بل له ان يؤخره الى أحكام الخيارات وذلك لأنه غير مختص بخيار العيب، بل يجرى فى خيار الغبن والروية والمجلس وغير ذلك من الخيارات .

ومسئلة الاختلاف فى التقدم والتأخر فى خيار العيب لا توجب اختصاصها بالمقام، وانما هى من صغرياتمولكن حيث ذكرها المصنف، فنحن ننبه اثره وتوضيح المقام أنه اذا وقع البيع فى الخارج ووقع الخلاف المتقدم فيه من حيث كون المبيع معيبا أو غير معيب فتارة يقع البيع من الاصلين ثم ادعى المشتري العيب فى المبيع وينكره البايح فهذا هو الذى تقدم الكلام

فيه .

و آخر يكون المشتري مثلا اصلا و البايع وكيلًا و ح فالوكيل قد يكون وكيلًا
 فى البيع حدوثًا و بقاءً و قد يكون وكيلًا فى البيع حدوثًا فقط لا بقاءً .
 و على الأول فاذا ادعى البايع كونه وكيلًا من قبل الموكل فح قد يعلم
 المشتري بالحال و يعلم أنه وكيل من قبل الموكل حتى حين العقد و قد لا
 يدري بذلك و انما البايع يدعى كونه وكيلًا من قبل البايع بعد ادعى المشتري
 فى كون المبيع معيوبًا أما اذا كان الوكيل وكيلًا حدوثًا و بقاءً .

فتارة يعلم البايع بوكالته و أخرى لا يدري ذلك كما عرفت و على الأول
 فللبايع أن يرجع الى أى منهما شاء من الموكل أو البايع فان كل منهما طرف
 الدعوى أما المالك الموكل فلكونه مالكا و أما الوكيل فلان المال تحت يده و
 له التصرف فى ذلك كالوكيل فى المضاربة وهو بمنزلة المالك فى جميع الاحكام
 المترتبة على البايع و على هذا فان انكر كل من الوكيل و الموكل كون المبيع
 معيوبًا فتجرى هنا الاحكام المتقدمة للمشتري ان يحلف الوكيل على ذلك أو
 الموكل ، فأى منهما حلف سقط حق المشتري فى الظاهر واقعا كما عرفت ،
 فاذا انكر أحدهما العيب و لكن اعترف الآخر بذلك فان كان المعترف هو
 المالك فواضح ، و ان كان هو الوكيل فكذلك أيضا ، فانه ليس اجنبيا عن
 الموكل حتى يكون اعترافه اعترافا فى حق الاجنبى ، بل كان اعترافه اعترافا
 فى حق المالك فان يد الوكيل هو يد المالك ، هذا اذا كان الوكيل وكيلًا
 عن المالك حدوثًا و بقاءً مع علم المشتري بكونه وكيلًا عن المالك كذلك و أما
 اذا لم يعلم المشتري بالحال و انما البايع بعد مراجعة المشتري اليه يقول
 انى وكيل من قبل فلان فتارة يقطع المشتري بأن البايع يكذب و يمينائه ان
 يرفع الدعوى الى شخص آخر و أخرى لا يعلم بكذبه .

و على تقدير عدم العلم بكذبه و الموكل أيضا يعترف بكونه وكيلًا من

قبله في بيع ذلك فله أن يرجع الى الوكيل والى الموكل أما الى الوكيل فيمقتضى اليد فان المشتري يقول انى اشتريت المال منك ومقتضى يدك أن يكون ملكا لك فلا بد أن تكون انت طرفا للدعوى وله أن يرجع الى الموكل بحسب اعترافه أى الموكل بكون الوكيل وكيلا من قبله وعلى هذا فان انكر فيجربى فيه ما تقدم وان انكر الموكل واعترف الوكيل بالعيب فيرجع المشتري الى الوكيل فى أخذ الأرش أو الثمن على تقدير الفسخ وعليه فيشكل هنا دعوى اخرى وهى أن الوكيل يدعى على الموكل أنه كان يعلم أيضا بالعيب و الموكل ينكره فيجربى هنا ما تقدم من الحكم على المدعى بالبينة وعدمها يحلف الموكل وينحسم النزاع وهذا واضح .

وانا علم المشتري وقطع بأن الوكيل كاذب فى دعواه سواء اعترف الموكل بكونه وكيلا من قبله أم لا، فح ليس للمشتري الآ الرجوع فى دعواه الى الوكيل وان اعترف الموكل بالعيب وانكره الوكيل فان المشتري بحسب اعتقاده بحسب الموكل اجنبيا فليس له أن يرجع الى الموكل ح ، نعم يكون الموكل مع الاعتراف بالعيب شاهدا واحدا للمشتري على اثبات دعواه .

وانا اذا كان الوكيل وكيلا فى البيع حدوثا لا بقا فيرجع الى الموكل فقط، دون الوكيل فان الوكيل وان كان وكيلا فى البيع ولكنه حين الدعوى صار اجنبيا فيكون اعترافه بالعيب حين العقد كقول الاجنبى بذلك فيكون شاهدا واحدا للمشتري وهذا واضح ، كما عرفت نظير اخبار شخص بنجاسة ثوب كان عنده فانه ليس من قبيل قول ذى اليد ، بل من قبيل الشهادة . وقد انتهى الكلام الى وقوع العقد من الوكيل والاصيل ثم وقوع الاختلاف بينهما وفى هنا جهات من البحث :—

الأولى : فى توجه الدعوى الى أى من الوكيل و الموكل فاذا وقع العقد بين الوكيل الذى هو البايع وبين الأصيل الذى هو المشتري ثم وقع

الاختلاف بينهما فهل يتوجه الدعوى الى الوكيل أو الى الموكل فنقول تارة كان المشتري قاطعا بأن البايع فى دعواه الوكالة عن الغير كاذب حتى مع اعتراف الغير بأنه وكله و هو وكيله فان المشتري لا يوجه الدعوى ولا يرجع فى هذه الصورة الا الى البايع الذى يدعى الوكالة عن الغير فان المشتري حسب اعتقاده يرى البايع كاذبا فى دعواه فليس له مع ذلك الرجوع الى شخص آخر وان صدقه هذا الشخص الآخر فى دعواه و كونه وكيلًا من قبله .

الصورة الثانية : أن يدعى البايع كونه وكيلًا من قبل الموكل و لم ينكره المشتري و ليس له قطع بكذبه ، بل يحتمل صدقه و لكن يقول انى اشتريت المال منك فمقتضى يدك كونه من ملكك فان اليد امانة الملكية ومع ذلك أن من يدعى البايع كونه وكيلًا من قبله أيضا يعترف بكونه وكيلًا من قبله ، و ح فللمشتري أن يوجه دعواه الى الوكيل لكونه هو المالك بحسب الامارة وهى اليد و له أن يوجه دعواه الى الموكل لكونه معترفًا بكون الوكيل وكيلًا من قبله ، فيكون قوله و اعترافه مسموعًا .

الصورة الثالثة : أن يعلم المشتري بكون البايع وكيلًا عن الغير و ادعى كون المبيع معيوبًا فلا يجوز له أن يوجه دعواه الى الوكيل بدهاءة أن الوكيل كالاجنبى فلا يسمع انكاره أو اعترافه بالمطلب فى حق الموكل و قد ذكرنا أنه نظير من كان تحت يده ثوب متنجس فباعه ثم بعد مدة أخبر بكونه نجسًا فان قوله بالنسبة الى نجاسة ذلك الثوب شهادة فيدخل تحت عنوان الشهادة لا من قبيل قول ذى اليد لكى يسمع قوله بمجرد الاخبار .

و على الجملة فلا يجوز للمشتري أن يوجه الدعوى الى الوكيل و ان اعترف بالمطلب غاية الامر يكون اعترافه من قبيل الشهادة فيحتاج الى تامة شروطها .

نعم ، لو كان الوكيل وكيل مفوضا بمعنى أن يكون وكيلًا فى البيع حدوثا

و بقاء لا مفوضا فى مقابل الوكيل فى اجراء العقد فانه يمكن أن يكون وكيلا مفوضا فى خصوص البيع والمقصود أن الوكيل اذا كان وكيلا مفوضا فى البيع حدوثا و بقاء فانه يجوز للمشتري أن يوجه الدعوى الى أى من الوكيل و الموكل شاء و هذا كالوكيل فى المضاربة و نحوه هذه هى الجهة الاولى .

أما الجهة الثانية : فى أن اعتراف الوكيل يكون اعترافا فى حق الموكل أم لا ، الظاهر بل الواقع أن اعترافه لا يكون نافذا فى حق الموكل فانه قد عرفت فى الجهة الاولى أنه اجنبى عن الموكل فلا يكون اعتراف الاجنبى نافذا فى حق الاجنبى الا أن يكون وكيلا مفوضا فى البيع حدوثا و بقاء فان اعترافه اعتراف فى حق الموكل أيضا كالوكيل فى المضاربة و نحوها .

الجهة الثالثة : فى أنه مع حكم الحالكم بالأرش أو بالفسخ هل يثبت ذلك للوكيل فقط دون الموكل أو العكس .

فنقول : ان كان الموكل اعترف بالمطلب وأن الوكيل وكيله و المبيع معيب فلا كلام لنا فيه ، كما أنه لا شبهة فى أنه اذا لم يكن حكم الحاكم موجبا لثبوت الأرش أو الفسخ كما اذا كانت البايع منكرا وحلف وانقطع الدعوى فانه لم يلزم شىء هنا على الوكيل البايع حتى نتكلم فى أنه عليه وعلى الموكل و اذا ثبت على البايع شىء فتارة يثبت ذلك باعتراف الوكيل يكون المبيع معيبا و أخرى بالبينة و ثالثة باليمين المردودة ، أما اذا ثبت الأرش أو الفسخ باعتراف الوكيل فلا يكون الأمر الثابت الا ثابتا على الوكيل فانه انما ثبت باعتراف الوكيل و هو اجنبى عن الموكل ، فلا يكون اعتراف الاجنبى نافذا فى حق الآخر كما قدمناه فى الجهة الثانية الا اذا كان الوكيل وكيلا مفوضا فى الحدوث و البقاء كما هو واضح .

و أما اذا كان ذلك ثابتا بالبينة فهى حجة شرعية و موجبة لكون الأرش أو لوازم الفسخ على صاحب المال ، فان البينة انما قام فى ذلك المورد فتكون

الغرامة ثابتة على الموكل و اذا ثبت ذلك باليمين المردودة فقد وقع الكلام فى أن ذلك لاحق بالقسم الاول اعنى الاعتراف فلا شبهة فى أن ذلك لاحق بالقسم الاول اعنى الاعتراف فلا شبهة أنه يكون موجبا لثبوت ما يحكم به الحاكم على الوكيل و ان كان مثل البينة فيكون ذلك مسببا لثبوت ذلك على الموكل و لكن الظاهر، بل الواقع من الأدلة أن اليمين المردودة مسبب مستقل لحسم الدعوى فلا وجه لتنزيل ذلك منزلة الاعتراف أو منزلة البينة بل يلاحظ فى نفسها حتى لا تكون موجبة لكون المال على الموكل بل على الوكيل .

انتهى الكلام الى جهات البحث فى بيع الوكيل مع المشتري بكونه وكيلاً و عدمه و قلنا ان هذا البحث ليس مختصاً بالمقام، بل هو يجرى فى جميع الخيارات و هو من احكامها و كثير الفائدة و قلنا هناك جهات للبحث .
وانتهى الكلام الى الجهة الرابعة و هى ان العيب الثابت بحكم الحاكم هل يكون للوكيل أو للموكل فنقول تارة لا يثبت شىء بحكم الحاكم اصلاً فلا كلام لنا فيه و انما يكون حكم الحاكم قد أوجب انقطاع دعوى المشتري من غير ثبوت شىء على البائع و أخرى يثبت العيب بحكم الحاكم على البائع فهل يكون هذا لازماً على الموكل أو على الوكيل فثبوته هذا انما يكون بأحد وجوه اما اعتراف الوكيل بالعيب أو بقيام البينة على ذلك أو باليمين المردودة أما اذا كانت العيب ثابتاً بالبينة فيكون لوازم العيب من الأرش أو ردّ الثمن العين بعد الفسخ على الموكل فان البينة انما قامت على كون العين المباعة معيوبة و من الواضح أن العين للموكل فتكون ما اثبتته البينة أيضاً على الموكل سواء اعترفاً بالوكيل و الموكل بالعيب فى هذه الصورة أم لا .
و قد يكون العيب ثابتاً باعتراف الوكيل بكون المبيع معيوباً و حكم الحاكم على طبق اعترافه فان لوازم العيب من الأرش و لزوم ردّ الثمن على تقدير

الفسخ انما هو يثبت على الوكيل حسب اعترافه و لا يكون اعترافه ثابتا على الموكل الاّ أن يعترف بالعيب كما يعترف بالوكالة فانه ح يكون العيب على الموكل حسب اعترافه اذا كان الوكيل وكيلا مفوضا فى الحدوث و البقاء كالوكيل فى المضاربة كما تقدم و على تقدير عدم كونه وكيلا مفوضا من قبل الموكل مع كونه منكرا للعيب فيشكل هنا دعوى ثانية بين الوكيل و الموكل فان الوكيل يدعى كون العيب من الاول و كون لوازمه على الموكل من الأرش وردّ الثمن على تقدير الفسخ و المشتري ينكر ذلك فان أقام الوكيل بينة على كون العيب من الأول فيحكم عليه أى على كون لوازم العيب من الأول فيحكم عليه أى على كون لوازم العيب على الموكل و الا فيحلف الموكل فيكون لوازم العيب ثابتا للوكيل و ح يشكل تصرفه فى العين بعد ردّ الثمن على المشتري على تقدير الفسخ فانه بحسب اعتقاده يرى عدم استحقاقه بالعين و كونه معيبة و كون الثمن لازم الرد من الموكل و مع ذلك كيف يتصرف فى العين و لكن الظاهر أن هذا لا يوجب الاشكال فانه يحصل الصلح بين الوكيل و بين الموكل اذ الموكل لا يدعى كونه مستحقا للعين و الثمن الذى اخذه معا بل هو يقول انى بعت عينا صحيحة و لم يكن فيها عيب فيكون الثمن الذى اخذته من المشتري ملكا لى فلا يكون الثمن الذى رده الوكيل و اخذ العين المعيبة فان العيب انما حدث فى ملك المشتري و الوكيل يدعى كون العيب عليه فاذا انكر الموكل العيب فقد رضى كون العين له فى مقابل الثمن الذى يرده الى المشتري فيكون هنا صلح قهري و معاوضة قهرية بين الوكيل و الموكل كما هو واضح .

ثم اذا لم يكن الوكيل معترفا بالعيب .

فتارة ينكره جازما و معتقدا بان المبيع لم يكن فيه عيب .

و أخرى ينكره اعتمادا على أصالة الصحة أو الاستصحاب و نواستصحاب

العدم الازلى وانا حققنا فى الاصول ان استصحابا بالعدم الازلى حجة فمقتضى ذلك هو كون العين صحيحة عند البيع أى عدم وقوع العقد الموجود على المعيب .

أما الصورة الثانية فان حكم الحاكم للوكيل و لم يثبت حكمه شيئا على المشتري من الأرش و الفسخ فلا كلام لنا فيه كما لا كلام لنا فيما اذا اعترف الموكل بالمطلب و اذا أوجب شيئا فان حكم له بالبينة فيكون لوازم العيب على الموكل حتى مع انكار الموكل ذلك لما عرفت ان البينة انما قامت على كون العين معيبة فيكون لوازمه أى العيب على مالك العين كما هو واضح ، لا يخفى .

و ان حكم له و لا يكون انكار الوكيل سببا لعدم جواز رجوعه الى الموكل فى هذه الصورة اذ هو مستند فى انكاره الى الاصول العملية وهى ترتفع مع قيام البينة كما هو واضح ، و أما اذا كان العيب ثابتا باليمين المردودة فلا يجوز للوكيل أن يرجع معه الى الموكل بدهاة أنه أى الوكيل لا يعلم كون المبيع معيبا و لم يحرز ذلك فكيف يرجع الى الموكل كما هو واضح الا أن يعترف الموكل بالعيب فهو مطلب آخر و أما اذا كان الوكيل عالما بعدم العيب و جازما به ، و ح ان لم يثبت العيب بحكم الحاكم فهو أو ثبت ذلك و لكن بذل الموكل بطوع و رغبه الثمن ان فسخ المشتري أو الأرش أخذ الأرش و الا فلا يجوز للوكيل أن يرجع الى الموكل فانه جازم بعدم كون المشتري مستحقا لذلك و عدم كون الموكل مطلوبا بالأرش أو الثمن و معه كيف يرجع اليه و لا يفرق فى هذه الصورة بين ثبوت العيب بالبينة أو باليمين المردودة فانه على تقدير أن يثبت العيب بالبينة أيضا ليس له أن يرجع الى الموكل فان الوكيل يجزمه بعدم العيب يكذب بالبينة فلا تكون البينة موجبة للرجوع الى الوكيل لقيامها على تعيب العين و ح ان أخذ المشتري الأرش فيعطيه

و اذا فسح فباخذ العين و يعطى الثمن من طلق ماله فيجرى هنا الاشكال المتقدم من أن الوكيل بعد علمه بعدم كون العين معيبة كيف له أن يتصرف فى العين فانه بعلمه يعلم كونها للمشتري وعدم استحقاق المشتري أخذ الثمن من الوكيل و لكن يدفعه ما ذكرناه هناك من وقوع المصالحة القهرية بين المالين غاية الأمر هناك كانت المصالحة بين الموكل و الوكيل وفى المقام كانت المصالحة بين المشتري و الوكيل فان المشتري لا يدعى استحقاقه الثمن والمثمن ، بل يدعى استحقاقه الثمن فهو على تقدير كون المثمن له راضى بكونه للوكيل كما هو واضح .

ثم انه فى هذه الصورة ان كان الموكل منكرا للعيب أيضا كالوكيل فهو و ان اعترض بالعيب و الوكيل لا يعترف بذلك بل جازم بعدمه فيكون المقام من الموارد التى لا بد للحاكم أن يحكم بينهما بالتصالح نظير ما اذا قال أحد أن المال الفلانى لك الذى تحت يدك و ينكره ذلك الشخص وقد يتفق ذلك كثيرا فانه يعترف احد بكونه مديونا من شخص و ينكره لآخر فان الحاكم يحكم بان يتصالحا الا أن يبرء أحد الآخر على تقدير أن يكون له حق و الظاهر أنه قد تم بهذه الجهات جميع ما ذكره المصنف فى هذا المقام و ما لم يذكره يعنى كانت هذه الجهات وافية بجهة البحث و هو وقوع العقد بين الوكيل والاصيل و دعوى الاصيل تعيب العين .

قوله الرابعة : لو رد سلعة بالعيب فانكر البايع أنها سلعته .

أقول : توضيح المقام أن هنا مسائل ثلاث :—

الاولى : أن يكون النزاع فى المقتضى بأن يدعى المشتري مثلا ثبوت

المقتضى للخيار والبايع ينكره .

المسألة الثانية : أن يتفقا على وجود المقتضى لذلك و لكن يختلفا فى

فعلية الخيار بأن يدعى المشتري وجود الخيار بالفعل و البايع ينكر ذلك

المسألة الثالثة : أن يتفقا على المقتضى وعلى فعلية الخيار معا ولكن وقع الخلاف فى كون المردود هو المبيع أو غيره وقبل التعرض لحكم المسائل لا بدّ وأن يعلم أن هذا البحث غير مختص بخيار العيب، بل يجرى فى جميع الخيارات كالبحث السابق فنقول :

أما المسئلة الاولى : وهى النزاع فى ثبوت المقتضى للخيار وعدمه بأن يرد المشتري سلعة على البايع ويدعى كونها معيوبة وينكرها البايع ويقول أن هذه السلعة ليست بسلعتى وان كانت معيوبة وانما سلعتى غيرها و هى غير معيوبة و ليس فيها مقتضى الخيار اصلا فالقول هنا قول البايع فان الاصل عدم كون هذه السلعة سلعة البايع، والاصل عدم كون سلعتها معيوبة و لو كان الاصل هو العدم الازلى كما تقدم ، الا أن يقيم المشتري بينة على دعواه هذه المسئلة الاولى .

وأما المسئلة الثانية : وهى أن يكون الاختلاف فى فعلية الخيار بان يقبل البايع وجود المقتضى للخيار ولكن ينكر كون السلعة التى يرد ها المشتري الى البايع سلعة نفسه وقد ذكر فى الايضاح أن الاختلاف فى ذلك فى موضعين :-

أحدهما : خيانة المشتري ، فيدعى البايع تعيين العين بخيانة المشتري وما يريد تسليمه الى البايع من السلعة غيرها والمشتري ينكر ذلك .
الثانى : أن البايع يدعى أن المشتري اتلف العين والمشتري ينكر ذلك وكان الفخر حصرو وقوع الاختلاف بهذين الموضعين ولم يتصور هنا وجها ثالثا و لكن يمكن أن يتصور هنا وجه آخر و هو أن يكون انكار المشتري مستندا الى الغفلة أو النسيان أو نحو ذلك لا الى الخيانة والاتلاف كما هو واضح .
أما المورد الاول : فذكر فخر المحققين أن البايع اذا ادعى خيانة المشتري والمشتري ينكره فالاصل عدم الخيانة ، فان مقتضى أصالة الصحة هو

أن المشتري لم يخن السلعة وهو صادق فى انكاره، وان كان هنا أصول أخرى المتعددة وهى أصالة عدم الخيار وعدم حدوث العيب و صحة القبض فان أصالة الصحة من قبيل الامارات فهى واردة على تلك الاصول التى ليست ناظرة الى الواقع .

وبالجملة قد ادعى الفخر فى المسئلة الثانية فيما اذا كان الاختلاف فى دعوى الخيانة أن القول قول المشتري، لقيام اصالة الصحة على عدم صدور الخيانة منه، وأن بقية الاصول ساقطة كما لا يخفى .

وقد أورد عليه المصنف بالنقض وحاصله أن مقتضى اجراء اصالة الصحة هنا هو اجرائها فى المسئلة الاولى أيضا أعنى مسئلة الاختلاف فى مقتضى الخيار فان مقتضى ذلك هو ان المشتري لا يكذب فى قوله أن المبيع هو هذا المعيوب فيكون انكار البايع كون المبيع هو هذا دون غيره فى غير محله مع أنه أى الفخر قدم قول البايع هناك لوجود الاصول المتعددة من أصالة عدم الخيار وعدم حدوث العيب ونحو ذلك، فان اصالة الصحة كما انها واردة عليها فى المسئلة الثانية وكذلك واردة عليها فى المسئلة الاولى أيضا فكيف لهم تقديم قول البايع لأصالة عدم كون ما اعطاه المشتري من السلعة سلعته .

وأما حل المطلب : فنقول ان كان المراد من اصالة الصحة هى اصالة الصحة المصطلحة الجارية فى العقود فهى مما لا ريب فى حجيتها وتقدمها على سائر الاصول فانها من الامارات التى قامت السيرة القطعية ، بل بناءً على العقلاء على حجيتها و لكن المقام ليس من موارد ها فان حمل فعل المشتري على الصحة والقول بعدم خيانتها غير مربوط بصحة العقد، فان مورد هذه الاصل انما هو العقد بعد الفراغ عن تحققه وكون الشك فى شرائطه و من الواضح أن العقد فى المقام تحقق صحيحا و لم يكن فيه شك فى تحقق شرطه

بحيث يلزم من انتفائه بطلانه و لكن النزاع في أن المشتري صادق في دعواه أن هذه السلعة سلعة البايع التي فيها عيب أم لا ، و المشتري يدعى ذلك و البايع ينكره و هذا غير مربوط باصالة الصحة المذكورة .

و أن كان المراد من أصالة الصحة هي أصالة الصحة الجارية في فعل المسلم أعنى حمل فعل المسلم على الصحة بمقتضى قولهم ، ضع فعل اخيك على أحسنه ، و هذا و ان كان جاريا و لكن لا يترتب عليها ما أن هذه التي يدعى المشتري كونها للبايع فان غاية ما يترتب على هذا الاصل أنه لا يكذب و أما انه صادق في قوله ، فلا أى لا يرتب آثار الكذب على كلامه لأنه لا يترتب آثار مقابلة مثلا لو تكلم أحد بكلام و لم ندر أنه سلّم أو سب بأن ترد كلامه بين أنه قال سلام ، أو قال سام ، فمقتضى حمل فعل المسلم على الصحة نحمل كلامه على احسنها أى نقول انه لم يسبّ و أما أنه سلّم بحيث يجب رد سلامه ، فلا و هذا واضح .

و أما الصورة الثالثة : فهي أن يقبل البايع ثبوت مقتضى الخيار و ثبوت نفس الخيار فعلا و لكن يقول ان السلعة ليست هذه التي تريد اعطائها لي ، بل غير ذلك ، و المشتري يقول هي هذه ، و ح فللمشتري أن يفسخ العقد و يأخذ الثمن من البايع لأنه أى البايع باعترافه يعترف بالخيار للمشتري و يعترف كون الثمن له على تقدير الفسخ ، و لكن ينكر كون هذه السلعة الموجودة له ، و ح فللمشتري أن يفسخ العقد و يأخذ الثمن لتعلق الفسخ بالعقد و يرد السلعة الموجودة الى البايع فانه باعترافه يعترف كونها له و أما غيرها فلا ، بل لا بدّ للبايع من اثبات ذلك فان البايع يدعى أمرا و هو ان سلعته غير هذا ، و ان كان متعلقا لخيار الغبن و المشتري ينكر ذلك و المشتري يدعى كون هذه السلعة له و هو ينكر ذلك ، فلا بدّ للبايع من اثبات أن سلعته غير هذه ، و لكن هذه الصورة لا تجرى في خيار العيب حيث ان في خيار

العيب لا بدّ في الفسخ من رد العين بمقتضى الاخبار المتقدمة الدالة على لزوم رد العين في خيار العيب اذا اراد المشتري الفسخ بخلاف بقية الخيارات، فانه لا يلزم فيها ردّ العين في الفسخ كما هو واضح .
 وبعبارة أخرى اذا اعترف البايع وجود مقتضى الخيار و ثبوته للمشتري بالفعل ولكن انكر كون هذه السلعة التي يريد المشتري ردّها الى البايع سلعة له فانه جاز للمشتري الفسخ فيما اذا لم يكن الخيار خيار عيب، لعدم توقف الفسخ على ردّ العين، بل لا يتوقف على بقاء العين أصلا وأما في خيار الغبن فلا يمكن له الفسخ، وان اعترف البايع بوجود الخيار له فعلا ما لم يثبت المشتري أن العين الموجودة بالفعل التي يريد تسليمها الى البايع أنها للبايع .

قوله : واما الثانى : وهو الاختلاف فى المسقط ففيه أيضا مسائل :
 الاولى : لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب وعدمه ، أقول ذكر المصنف (ره) أنه لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب المسقط للخيار وعدمه قدم منكر العلم فيثبت الخيار هذا لا شبهة فيه ، ولكن يبقى فى المقام سؤال الفرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم فى خيار الغبن من أنه لو ادعى المشتري الجهل بالغبن والبايع يدعى علمه به قدم قول البايع مع أن من كلتا المسألتين أن المشتري يدعى الجهل والبايع يدعى علمه ، فكيف له أن يحكم فى المقام بتقديم قول المشتري دون المسئلة السابقة .

أقول : وجه الفرق بينهما أن خيار الغبن انما ثبت بالشرط الضمنى على ما تقدم و اذا تنازعا فى علم المشتري بالغبن وعدمه فانه يرجع الى دعوى اشتراط الخيار للمشتري وعدمه ، فح الاصل عدم الاشتراط ، فلا يكون هنا خيار للمشتري ، ويكون القول قول البايع .

و أما فى المقام ليس كذلك حيث ان خيار العيب انما ثبت بالدليل و

ان كان على وفق القاعدة ، و لكن لا بد من ملاحظة الرواية فهى دلت على أنه أياً رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبرء منه و لم ينبه عليه و احدث فيه حدثاً فانه يمضى عليه البيع حيث ان العلم بالعيب وان كان طريقاً الى الواقع على ما تقدم و الغرض هو سقوط الرد مع انكشاف الواقع لدى المشتري و لكن نفي حصول العلم بالعيب له موضوعية فى سقوط الخيار و ان ثبوت خيار العيب يدور مدار الجهل ، و ح اذا شك فى كون المشتري عالماً بالعيب حين العقد و عدمه فالأصل هو عدم كونه عالماً فان انكشاف العيب لدى المشتري أمر وجودى يحتاج الى الاحراز و مع عدمه فلا يكون خياره ساقطاً كما هو واضح ، و هذا هو الفارق بين المسألتين .

قوله الثانية : لو اختلفا فى زواله قبل علم المشتري .

أقول : ذكر المصنف فى النزاع فى زوال العيب القديم و عدمه وجهين :
الاول : تقديم قول مدعى البقاء فىثبت الخيار لأصالة بقاءه و عدم زوال المسقط للخيار .

الثانى : تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار لأن سببه أو شرطه العلم به حال وجوده و هو غير ثابت ، فالأصل لزوم العقد و عدم الخيار .
ثم ذكر أن الاقوى هو الاول و ذكر أنه الى هذا نظر العبارة المتقدمة من التذكرة فى سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد ، نوى الى الثانى فراجع .

أقول : أنه لا يترتب اثر على هذا النزاع اذا قلنا بأن نفس وجود العيب فى المبيع موضوع للرد و الأرش فانه على هذا المذهب لا يترتب اثر على الزوال حتى مع العلم بكونه قبل العلم أو بعده فكيف مع الجهل به فان موضوع الرد و الأرش على هذا انما هو نفس وجود العيب لا غير ، فاذا اشترى أحد شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبرء البايع و لم ينبه المشتري فله أى

المشترى الخيار سواء علم به قبل الزوال أو بعده ، وهذا لا شبهة فيه فان
المشترى متمكن من الرد بل الأرض أيضا على المشهور وأيضاً لا يترتب اثر
على النزاع اذا قلنا بأن زوال العيب مطلقاً يكون مانعاً على الرد بل الأرض
من جهة أن المردود لا بدّ وأن يكون معيباً والمفروض عدمه لزوال العيب
وبعد زواله ليس هنا معيب حتى يتمكن المشتري من رد المعيب ، كما هو
واضح .

نعم ، له أثر اذا قلنا بأن موضوع هذا الخيار انما هو وجدان العيب
و ظهوره فانه على هذا يترتب الأثر على هذا النزاع ، فانه يقال اذا كان
سبب الخيار هو ظهور العيب وجدان المبيع معيباً فالاصل يتقضى عدم
الخيار للشك فى سببه فيكون الاصل مع منكر الخيار .

و بعبارة أخرى ان المشتري يدعى بقاء العيب الى زمان العلم وأنه
زالى بعد العلم به ، و البايع ينكر ذلك ، فالأصل عدم ظهوره الى زمان الزوال
ولكن مرجع ذلك الى الشك فى ثبوت الخيار لا فى المسقط .

ثم اذا اختلفا فى أن الزائل هو العيب الحادث أو القديم مع الاتفاق
على زوال العيب هنا فادعى المشتري أن الزائل هو العيب الحادث ، فلا
يكون ذلك مانعاً عن الرد بناءً على أن مجرد حدوث العيب فى المبيع عند
المشترى لا يكون مانعاً عن الرد ، بل المانع عن الرد ، انما هو العيب
الحادث الموجود حال الرد وعلى هذا فلا اشكال فى عدم جواز الرد ح
للك فى بقاء العيب الحادث وعدمه فنستصحبه وهذا الاستصحاب لا
يعارضه أصالة بقاء العيب القديم ، فانه لا يترتب عليه أن الزائل هو الحادث
الأعلى القول بالأصل المثبت .

والعجب من المصنف فانه مع ذكره عدم جريان الأصول المثبتة هنا و
فى محله قد غفل عن كون هذا الأصل مثبتاً وكلمة تأملت فى توجيه كلامه

حتى يخرج عن كونه أصل مثبتا ما وجدت شيئا يكون توجيهها له هذا .
و اذا قلنا ان حدوث الحادث مانع عن الرد مطلقا ، فلا شبهة أنه لا
يترتب الأثر على زواله وعدم هذا ما يرجع الى دعوى المشتري .
وأما بالنسبة الى دعوى الباع بأن الزائل هو العيب القديم فان قلنا
بأن الزوال لا اثر له أصلا وانما العبرة بالحدوث فلا يترتب أيضا أثر على هذا
النزاع، فانه سواء زال العيب الحادث أو القديم فمجرد حدوث العيب
الحادث يكون مانعا عن الرد بالأرض وكذلك لا يترتب الأثر اذا قلنا بأن
زوال العيب يوجب عدم الرد لأن الرد لا يبدأ أن يتعلق بالمعيب ، و من
الواضح أن العيب القديم قد زال .
نعم ، مع ذلك هنا مانع آخر وهو وجود العيب الحادث ، و ان كان
الغرض أن زوال العيب يوجب عدم الأرض أيضا فالأصل بقاءه ولا يعارضه
أصالة عدم زوال الحادث فانه لا يثبت به زوال العيب القديم .
و بعبارة أخرى أن خيار العيب له اثران ، احدهما : الرد و الاخر :
الأرض . فان قلنا بان حدوث العيب مانع من الرد مطلقا فلا اثر للنزاع من
هذه الجهة كما أنه اذا قلنا بأن زوال العيب لا اثر له في الأرض لا معنى
للنزاع من هذه الجهة اذا لا يبدأ من فرض الكلام في أن زوال العيب الحادث
يوجب الرد فنقول الاصل عدم الزوال ولا يعارض ذلك مع أصالة عدم زوال العيب
القديم فانه لا يترتب عليه زوال الحادث حتى يترتب عليه عدم جواز الرد .
و أيضا نقول أن زوال العيب القديم يوجب عدم الأرض ومع الشك فيه
يحكم بعدم زواله للاستصحاب ولا يعارضه استصحاب بقاء العيب الحادث
حتى يكون مانعا من الأرض فانه لا يترتب عليه زوال العيب القديم ليرتب
عليه عدم الأرض وعلى هذا فلا وجه لما ذكره المصنف والتذكرة من عدم
جواز الرد و أخذ الأرض ، بل لا بد من التفصيل كما فصل الشافعي فيقال
بعدم جواز الرد لأصالة عدم زوال العيب الحادث وأيضا نقول بثبوت الأرض

لاصالة عدم زوال العيب القديم وهذا واضح جدا ، اذا فيحلف البايع فيسقط الرد ويحلف المشتري ويأخذ الارش وهذا مراد الشافعى من التحالف .

قوله الثالثة : لو كان عيب مشاهدا غير المتفق عليه .

أقول : تحرير الكلام هنا أن النزاع تارة يكون فى تعدد العيب بأن يتفقا على عيب واحد وكان نزاعهما فى وجود عيب آخر فيدعى المشتري وجوده بحيث يكون له الخيار من جهتين أو من جهة العيب الثانى على تقدير اسقاطه الخيار من جهة العيب الأول .

و أخرى : يكون فى زيادة العيب المتفق عليه .

و ثالثة : فى أصل الزيادة بحيث يدعى المشتري ذلك ليأخذ الأرش زائدا عن الأرش على العيب المتفق عليه و ان لم يكن بنائه الرد .

أقول : يقع الكلام فى هذه المسئلة فى جهتين : الاولى : فى دعوى المشتري على البايع ، والثانى : فى دعوى البايع على المشتري .

أما الجهة الاولى : فهى خارجة عن الدعوى فى المسقط بيان ذلك أن غرض المشتري من دعواه وجود العيب الثانى هنا غير العيب الأول أو دعواه أصل الزيادة أو الزيادة التى هى زائدة عن الزيادة التى يدعيها البايع أن يكون له الرد من جهتين أو من جهة العيب الآخر أو الزائد على تقدير اسقاطه الخيار من جهة العيب الأول أو غرضه أخذ الأرش زائدا عن المقدار المتفق عليه على تقدير عدم الرد ، ويقول المشتري أن هذه الامور التى يدعيها موجودة من الأول وقبل العقد غاية الامر قد حصل العلم بهابعد العقد و البايع ينكر ذلك ، وح فالقول قول البايع لأصالة عدم وجود العيب الآخر أو الزائد غير العيب المتفق عليه ، فللمشتري اثبات ذلك ولا شبهة أن هذه الجهة غير مربوط بالمقام فان كلامنا هنا فى المسقط و مرجع ذلك الى

دعوى أصل الخيار أو الأرش فتكون هذه الجهة اجنبية عن المقام .
 وأما الجهة الثانية: فهي مركز الكلام هنا و بيان ذلك أن البايع اذا ادعى وجود المسقط في المقام بشيء من الأمور المتقدمة بأن يدعى أن العيب تعدد في ملك المشتري أو زاد أو كانت الزيادة اكثر مما كانت أو لا فنسقط الخيار الثابت بالعيب السابق لرواية زرارة الدالة على سقوط الخيار بحدوث الحدث فانه يكون القول هنا قول المشتري ، مع حلفه فعلى البايع اثبات دعواه ، فيقال ان الأصل عدم حدوث العيب الآخر في ملك المشتري فيثبت الخيار بالموضوع المركب، احد هما محرز بالوجدان والاخر بالأصل فان الخيار ثابت على شراء المعيب، مع عدم احداث الحدث فيه ، فشراء المعيب محرز بالوجدان فعدم احداث الحدث محرز بأصالة عدم حدوثه تحت يد المشتري فلا يعارضه أصالة عدم حدوثه في ملك البايع، فانه لا يثبت حدوثه في ملك المشتري حتى يوجب سقوط الخيار، بل هو يكون مثبتا بالملازمة العقلية كما هو واضح ، وهذا بخلاف العكس فان الاثر هو ثبوت الخيار يترتب على عدم حدوث العيب في ملك المشتري فان المفروض أن الجزء الآخر محرز بالوجدان كما هو واضح .

و على الجملة فان كانت الدعوى راجعا الى المشتري و هو يوجهها الى البايع فالمسئلة خارجة عن محل الكلام وان وجهها البايع الى المشتري فلها مجال واسع فهي مربوطة بالمقام أعنى النزاع في المسقط .
 ومن هنا ظهر أن ما ذكره الشهيد في الدروس من أنه يحلف البايع اذا كان نظره الى الجهة الاولى بحيث يكون المدعى هو المشتري فلما ذكره وجه وجيهه الآ أنه خارج عن المقام وان كان غرضه الجهة الثانية فلاوجه له بوجه لما عرفت أن البايع في الجهة الثانية هو المدعى واليمين انما يتوجه الى المشتري دون البايع .

ثم ان الشهيد (ره) قد فرق بين النزاع فى كون العيب متعددًا وبين النزاع فى زيادة العيب، حيث التزم فى الأول بكون العيب كالمفرد و أن مرجع ذلك الى النزاع فى سبق العيب على العقد وعدمه فالأصل مع البايع فان الأصل عدم سبق عيب على العقد فيحلف البايع والتزم فى الثانى بأنه اذا ادعى البايع زيادة العيب عند المشتري وانكر المشتري احتمل حلف المشتري، لأن الخيار متيقن و الزيادة موهومة .

و يحتمل حلف البايع اجراءً للزيادة مجرى العيب الجديد، انتهى كلامه رفع مقامه، أقول : لا وجه للفرق بين المقامين فان مرجع كليهما الى شىء واحد فلا بدّ اما من تقديم قول البايع فى كلا الموردين أو من تقديم قول المشتري فى كلا الموردين .

و توضيح ذلك أنه فيما كان النزاع فى حدوث عيب آخر قد التزم الشهيد بكون الحلف متوجهاً الى البايع وفى المقام أيضاً كذلك فانه اذا كان النزاع فى أصل زيادة العيب بحيث يدعى المشتري ذلك لياخذ الأرض أكثر أو يرد المبيع لو سقط خيار بالنسبة الى العيب الاول فنقول هنا ان الاصل عدم زيادة العيب فيكون القول قول البايع، فان قيل ان الزيادة على نحو اذا كان العيب موجوداً أى العيب الأول كان موجوداً مع الزيادة، فنقول هنا ان مقتضى أصالة عدم الازلى أيضاً هو عدم الزيادة، أى أن العيب اذا وجد، وجد بدون الزيادة، ومجرداً عن هذا الوصف، فيكون القول أيضاً قول البايع فلا مجال لاحتمال حلف المشتري ومع الغرض عن جريان الأصل الأول، و البناء على عدم جريان الأصل فى الاعلام الازلية فمقتضى الاستصحاب الحكمى هو عدم ترتب الأثر على دعوى المشتري فان الاصل انه لا يستحق الأرض أو الرد من ناحية العيب الزائد وعلى هذا فلم يبق وجه لتقديم قول البايع بوجه .

قوله الرابع: لو اختلف في البرائة .

أقول: ذكر المصنف (ره) أنه لو وقع الاختلاف في أن البايع تبرء عن العيب، أم لم يتبرء، قدم منكر البرائة وهو المشتري غالباً فان الاصل عدم التبري الحاكم على أصالة اللزوم ولكن ذكر أنه ربما يترائى من مكاتبه جعفر ابن عيسى خلاف ذلك فانه قال: كتبت الى أبي 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، فريما زهد فيه فاذا زهد فيه ادعى عيوباً وأنه لم يعلم بها فيقول المنادى قد برئت منها، فيقول المشتري لم اسمع البرائة منها، أصدق، فلا يجب عليه الثمن أم لا يصدق، فيجب عليه الثمن . فكتب عليه السلام: أن عليه الثمن، الخبر . فان المتوهم يتوهم أن الظاهر من هذه المكاتبه هو عدم قبول قول المشتري بل لا بد وأن يعطى الثمن للبايع .

أقول: يرد على هذا التوهم أن هذا الخبر أخص من مورد الكلام فان المفهوم منه أن المشتري يدعى عدم الابع صوت الدلال بانى برئت من جميع العيوب فكلامنا في مطلق البرائة والمشتري ليس له شغل بالبرائة و عدمها، وانما يقول أنا ما سمعت هذا أولاً .

و ثانياً: ما ذكره المصنف من توجيه الرواية من أن الحكم بتقديم قول المنادى لجريان العادة بنداء الدلال عند البيع بالبرائة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر الشراء فدعوى المشتري مخالفة للظاهر نظير دعوى الغبن والغفلة عن القيمة ممن لا يخفى عليه قيمة المبيع، انتهى . و لعل الى هذا التوجيه ينظر كلام صاحب الكفاية من جعل الرواية مؤيدة لقاعدة البينة على المدعى واليمين على من انكر، بأن يكون مراده عن المدعى هو المشتري لكون قوله مخالفاً للظاهر، والمنكر هو البايع لكون قوله موافقاً له .

وأما ما ذكره صاحب الحقائق من أن المفهوم من مساق الخبر المذكور أن انكار المشتري انما وقع مدالسة لعدم رغبته في المبيع والا فهو عالم بتبري البايع والامام عليه السلام انما الزمه بالثمن من هذه الجهة حيث يعلم أنه مدالسة فحكمه عليه السلام من جهة خصوصية المورد ، وفيه أن مراد السائل ليس هو السؤال عن حكم العالم بالتبري المنكر له فيما بينه وبين الله ، بل الظاهر من سياق السؤال هو استعمال من يقدم قوله في ظاهر الشرع من البايع أو المشتري بحسب المحاكمة الشرعية على أن حكم العالم بالتبري المنكر له معلوم لكل أحد و من هنا السؤال السائل بقوله ايصدق ، الخ .

وأما ما ذكره الاردبيلي من أنه لا يلتفت الى هذا الخبر لكونه ضعيفا فهو متين جدا ، فلا يتوجه الى عدم التفاوت المصنف اليه وكذا لا وجه لما ذكره السيد في الحاشية من أن هذا الخبر مورد العمل في غير هذا المقام لم نعرف له وجهها فانه لو كان الخبر شاملا لمضمون آخر غير هذا المضمون و كان منجبرا بعمل المشهور لك أوبقرينة آخر بنا على انجبار ضعف الخبر بشيء فلا ريب له بالمقام فان انجبارا مقدرا من الخبر لا يرتبط بالمقدار الآخر كما هو واضح . ثم انه ذكر المصنف أنه بقي هنا اشكال آخر في الخبر وهو أن براءة المنادى من العيوب لا يجدى في سقوط خيار العيب ، بل لا بد من اعتباره في المتن العقد .

وفيه أنك قد عرفت سابقا أن مقتضى بناء العقلاء هو اعتبار وصف الصحة في المبيع بحيث يشترط المشتري على البايع أن يكون المبيع صحيحا و مع التخلف يثبت الخيار للمشتري و من الواضح أن هذا الاشتراط انما هو في مورد لم تقم قرينة على عدم الاشتراط سواء كان قيام ذلك قبل العقد أو بعده و عليه فاذا تبرأ البايع من العيب و لم يكن هذا التبري في ضمن العقد يكون تبريه هذا رفعا لا التزامه و قرينة على أنه لم يشترط في ضمن العقد ، هذا

الالتزام كما هو واضح وعليه فلا يرد أن التبري حيث لم يكن في ضمن العقد فلا يكون مفيدا فافهم .

قوله الخامسة : لو ادعى البايع .

أقول : ذكر المصنف أنه لو ادعى البايع رضى المشتري به بعد العلم أو اسقاط الخيار أو تصرفه فيه أو حدوث عيب عنده حلف المشتري لاصالة عدم هذه الامور ثم ذكر أنه لو وجد في المعيب عيب الخ ، وقد تقدم هذه المسئلة منه و ذكر كلام الشافعى هناك كما اشار اليه السيد فى حاشيته فلا وجه للتكرار

قوله : و أما الثالث : ففيه مسائل الأولى لو اختلفا فى الفسخ فان كان الخيار باقيا فله انشاءه .

اقول : لو وقع الاختلاف بين البايع و المشتري فى الفسخ و عدمه فتارة يقع ذلك قبل مضى زمان الخيار و أخرى بعده .

و أما الكلام فى الجهة الاولى بأن يدعى المشتري تحقق الفسخ من قبل أن ينقضى زمان الخيار و قبل طر و المسقط و البايع ينكره فتارة ينشئ المشتري الفسخ ثانيا و أخرى لا ينشئ ذلك ، فعلى الاول لا شبهة فى تحقق الفسخ جزما للعلم الوجدانى بأنه اما حصل الفسخ بالانشاء الاول والثانى فيكون القول قول المشتري و دعوى أن الفسخ الثانى لا تأثير له على زعم المشتري ، فانه يدعى الفسخ الاول ، جزافية حيث ان الفسخ الثانى يكون مؤثرا على زعم البايع المنكر للفسخ أولا هذا اذا انشأ المشتري الفسخ ثانيا و أما اذا لم ينشأ الفسخ ثانيا فهل يمكن له اثبات الفسخ الاول والحكم بأنفساخ العقد أم لا ، الظاهر هو امكان ذلك بوجهين : —

الاول : من جهة القاعدة المعروفة أن من ملك شيئا ملك الاقرار به ، حيث ان المشتري مالك للفسخ فهو مالك للاقرار به أيضا ، و هذه القاعدة

وان لم ترد من الروايات و لكن قد تسالوا عليها فان ذلك أمر وجداني و عقلائي و ضروري ، فان المالك لشيء مالك لجميع شؤونه كما هو واضح ، ونظير ذلك ما اذا اقر الزوج بطلاق زوجته فانه يسمع اقراره بذلك وان نكرته الزوجة فان الزوج مالك للطلاق فيكون مالكا للاقرار به ايضا .

الوجه الثاني : أن يكون دعوى المشتري الفسخ و اخباره عن ذلك بنفسه فسحا للعقد و توضيح ذلك أن الاخبار وان كان غير الانشاء و أن كلامهما يباين الآخر و لكن المشتري اذا اخبر عن فسخه للعقد فاخباره هذا يدل بالملازمة على كونه راضيا بالفسخ و من الواضح أن الفسخ ليس الا الرضا بانفساخ العقد و اظهاره بمظهر في الخارج و اخبار المشتري بالملازمة تكشف عن رضاه بالفسخ ، فيكون اخباره عن الفسخ بنفسه مصداقا للفسخ بهذا المعنى ، لا أن الاخبار بنفسه انشاء ، بل كما عرفت فيه جهتان و دالتان ، دلالة مطابقة و دلالة التزامية ، فالاخبار بالدلالة الالتزامية انشاء و مصداق للكشف كما عرفت ، ولعل هذا هو مراد الشهيد من دعواه كون اخبار المشتري عن الفسخ بنفسه مصداقا للفسخ ، و الا فالشاهد لا يدعى عن أن الاخبار انشاء و نظير ذلك ما اذا اخبر الزوج عن رجوعه سابقا الى الزوجة فأن اخباره هذا يدل بالملازمة على تحقق الرجوع بالفعل و ان هذا الاخبار يكشف عن الرضا الفعلي بالرجوع كما هو واضح .

و قد ورد في بعض الاخبار أن من اخبر بعق مملوكه ثم جاء العبد يدعى النفقة على ايتام الرجل و أنه رق لهم ، فالوجه في ذلك هو أن دعواه النفقة على الايتام بالملازمة تدل على كونه رقا لهم كما هو واضح .

و على الجملة اذا اختلفا البايع و المشتري في الفسخ و عدم مقبل مضى زمان الخيار فيكون القول قول المشتري سواء انشاء المشتري الفسخ ثانياً لم ينشئ كما عرفت .

و أما اذا كان الاختلاف بعد مضي زمان الخيار بأن ادعى المشتري الفسخ قبل تلف العين و البايع ينكر ذلك، و ح فالقول قول البايع و للمشتري اثبات ذلك من بيّنة و نحوها، فعلى هذا فان ادعى المشتري علم البايع بالفسخ، و أنه يعلم به فيتوجه الحلف على البايع و وجب عليه أن يحلف على عدم علمه بالفسخ لا على نفي الفسخ واقعا فانه فعل المشتري فيمكن ان يقع بغير اطلاع قبل البايع كما هو واضح و اذن فالحلف من البايع انما هو على عدم علمه بفسخ المشتري لا على نفي الواقع و أما اذا انعكس الامر بأن ادعى البايع الفسخ ليأخذ مثل العين لترقى القيمة و ادعى المشتري عدمه فح يتوجه الحلف الى المشتري دون البايع و لكن لا بدّ له أى للمشتري أن يحلف على نفي الفسخ واقعا، فانه فعل المشتري فهو عالم بفعله واقعا فاذا حلف فلا بدّ و أن يحلف على نفي الفسخ واقعا .

ثم انه اذا لم يقدر المشتري على اثبات الفسخ اما لعدم دعواه علم البايع به و عدم اقامة البيّنة على مدعاه أو من جهة أنه مع دعواه علم البايع بذلك فحلف البايع على عدم علمه بالفسخ، فهل للمشتري مطالبة الأرض أم لا فذكر المصنف فيه وجهين: الاول: ثبوته لئلا يخرج من الحقين . الثاني: عدم ثبوته لاقتراره بالفسخ و زاد في الدروس انه يحتمل أن يأخذ أقل الامرين من الأرض و ما زاد على القيمة من الثمن ان اتفق لأنه يزعمه يستحق استرداد الثمن و رد القيمة فيقع التقاص في القيمة و يبقى قدر الأرض مستحقا على التقديرين .

و الوجه: فيما أفاده الشهيد (ره) هو أن الثمن اذا كان زائدا على القيمة بمقدار التفاوت ما بين المعيب و الصحيح فيأخذ المشتري ذلك التفاوت و ان كان الأرض زائدا عنه، فيأخذ التفاوت ما بين المعيب و الصحيح و ان كان التفاوت زائدا عن الأرض فيأخذ الأرض لانه هو القدر المتيقن،

هذا الذى افاده الشهيد له وجه اذا كان المشتري يطالب الأرض فانه يلتزم البايع على الأرض على زعمه وحيث لم يكن الأرض ثابتا بزعم المشتري بل التفاوت فيجبر البايع على اعطاء أقل الأمرين من التفاوت أو زيادة الثمن و أما اذا لم يطالب الأرض فلا وجه لذلك لما عرفت، أن الأرض انما يثبت بالمطالبة لا بمجرد العقد ، والآ لكان البايع مشغول الذمة به على تقدير عدم الاعطاء و أيضا كان له أن يرد مقدارا من الثمن لا أن يعطى من كل ما يريد كما هو واضح .

قوله الثانية : لو اختلفا فى تأخير الفسخ فى أول الوقت بناء على فورية

الخيار .

أقول : ذكر المصنف أنه لو وقع الاختلاف فى تأخر الفسخ عن زمان الخيار بأن يكون الفسخ بعد تلف العين أو كونه فى زمان الخيار ، ذكر أنه فى تقديم مدعى التأخير لاصالة بقاء العقد وعدم حدوث الفسخ فى أول الزمان أو مدعى عدمه لاصالة صحة الفسخ وجهان :-

و هذا الذى ذكره المصنف لا يخلو عن المسامحة فانه جمع فى كلامه بين الأصل الموضوعى و هو عدم كون الفسخ فى زمان الخيار والاصل الحكمى و هو بقاء العقد أى الملكية حيث ان المصنف عطف الثانى على الاول فان الاستصحاب الحكمى و ان كان يترتب عليه الأثر بناء على جريانه ومع الغص عما بيننا عليه فى الاصول من عدم جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكمية الآ أنه لا مجال له بعد جريان الاستصحاب الموضوعى .

ثم ذكر المصنف أنه لو كان منشأ النزاع الاختلاف فى زمان وقوع العقد مع الاتفاق على زمان الفسخ فى الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ ، وجه يضعف بأن أصالة تأخر العقد الراجعة حقيقة الى أصالة عدم تقدمه على الزمان المشكوك وقوعه فيه لا يثبت وقوع الفسخ فى أول الزمان ثم ذكر وهذه

المسئلة نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع في عدة المطلقة وادعت هي تأخرها .
أقول : هذه المسئلة سيالة في غير هذا المورد مما كان هناك حادثان ،
و يشك في تأخر احدهما و تقدم الآخر و بالعكس مثلا لو شك في أن التفرق
في خيار المجلس انه وقع بعد الفسخ أو قبله أو الفسخ في خيار الحيوان أنه
وقع قبل ثلاثة أيام أو بعده ، و هكذا اذا شك في أن القبض في الصرف و
السلم وقع قبل التفرق أو بعده و هكذا أو وقع الشك في أن الصلاة وقعت
قبل الحدث ليحكم بصحتها أو بعده ليحكم بطلانها مع العلم بكون المصلى
مطهرا و هذا المثال فيما لم يكن مورد لقاعدة الفراغ من جهة انتفاء شرط
من شروطها ككونه غافلا في حال الصلاة بحيث يكون استصحاب الطهارة
جارية و أما مع فرض جريان قاعدة الفراغ فلا موضوع للشك في صحة الصلاة و
الاحتياج الى الاستصحاب كما هو واضح .

و من هذا القبيل أيضا ما ذكره المصنف من وقوع الرجوع في العدة
الرجعية قبل انقضاء العدة أو بعدها و كذلك اذا وقع الشك في أن بيع
الراهن العين المرهونة هل وقع قبل رجوع المرتهن عن الاذن أو بعده
ففي هذه الموارد كلها يجري ما ذكره المصنف من أن الأصل عدم كون الفسخ
واقعا في زمان الخيار فيترتب عليه بطلان الفسخ و أن الأصل عدم وقوع
الرجوع في زمان العدة فيترتب عليه بينونة الزوجة و أن الاصل عدم وقوع بيع
الراهن قبل رجوع المرتهن فيترتب عليه بطلان البيع و أن الأصل عدم وقوع
الفسخ في زمان المجلس و في ثلاثة أيام فيترتب عليه عدم تأثير الفسخ و أن
الاصل عدم وقوع الصلاة في حال الطهارة فيترتب عليه بطلان الصلاة هكذا .
و ذكر بعضهم أن الاصل هنا يقتضى عكس ما ذكره المصنف و أنه لا بد
من الحكم بتأثير الفسخ و صحة بيع المرتهن و صحة الصلاة لا من جهة ما
ذكره المصنف من اجراء أصالة الصحة هنا في الفسخ لجريان المناقشة في

هذه القاعدة كما أشار اليه السيد فى الحاشية و ذكرناه مرار، بل من جهة أن الموضوع المركب اذا احرز أحد الجزئى بالاصل و الآخر بالوجدان يترتب عليه الأثر و القضية فى الموارد المذكورة كذلك حيث أن الفسخ مثلا محرز بالوجدان و زمان الخيار محرز بالاصل، و ح ف يترتب عليه الأثر و هو كون الفسخ فى زمان الخيار و كذلك ان الصلاة متحققة وجدانا و الطهارة محرزة بالأصل و هكذا ان البيع محرز بالوجدان و اذن المرتبهن محرز بالاصل و هكذا بقية الموارد و اذن ف يترتب الأثر على الفسخ فى المقام و كذا فى نظائره .

و دعوى أن الأصل يعارضه أصل آخر هنا و هو أصالة عدم الفسخ الى ما بعد الانقضاء أو المسقط فاسدة حيث ان أصالة عدم تحقق الفسخ الى ما بعد الانقضاء لا يثبت كون الفسخ بعد زمان الخيار الذى هو مورد للأثر الأعلى القول بالاصل المثبت الذى اثبتنا فى الاصول عدم جريانه كما هو واضح .

لا يقال انه لا مدفع لمعارضة الاصلين المذكورين و لا تصل النوبة الى دفع الأصل المعارض بكونه مثبتا لا يترتب الأثر عليه و ذلك لأن أصالة عدم تحقق الفسخ المقيد بكونه فى زمان الخيار يرفع الموضوع المركب و لا يترتب عليه الأثر و كذلك أصالة عدم وقوع الصلاة مع الطهارة و أصالة عدم وقوع البيع مع اجازة المرتبهن و أصالة عدم كون رجوع الزوج فى حال العدة الرجعية و هكذا .

فانه يقال ان هذا الكلام له وجه اذا كان الموضوع هو الأمر الوجودى أعنى عنوان الاقتران أو عنوان التقيد فانه ينفى هذا العنوان الوجودى بالاصل المذكور و يقال ان الاصل عدم التقيد و عدم الاقتران و ح لا يترتب الأثر عليه و لكن الأمر ليس كذلك حيث ان الموضوع فى الموارد المذكورة انما

هو ذوات الاجزاء أى الفسخ وكونه فى زمان العقد و أما عنوان الاجتماع ، أو الاقتران ، أو التقيد ، فليس موضوعا للحكم أصلا .

و عليه فلا شبهة أن ذوات الاجزاء بعضها محرز بالوجدان و بعضها محرز بالأصل و بحكم الشارع و هذا الأصل المذكور لا يكون معارضا لما ذكر من جريان الأصل فى الموضوع المركب (على أن ما ذكره المستشكلين جريان الأصل فى نفي عنوان الاقتران والاجتماع انما هو خلف الفرض حيث ان المفروض جريانه فى المركب و ما ذكره اجراء له فى العنوان البسيط كما هو واضح مقرر) .

أقول : الظاهر هو التفصيل بين ما ذكره المصنف و بين ما ذكره هذا

القاتل .

و توضيح ذلك أنه ان كان الشك فى السعة و الضيق فى المستصحب فالامر كما ذكره هذا القائل ، وان كانت السعة و الضيق محرزين وكان الشك من جهة أخرى فالامر كما ذكره المصنف و بيان ذلك أنه اذا علم بعد الصلاة بأنه احدث حدثا بعد الطهارة و لكن لا يدري أنه وقع بعد الصلاة أو قبلها فان مرجع ذلك الى الشك فى سعة الطهارة حتى الى ما بعد الصلاة و ضيقها و كونها قبل الصلاة فقط ، و ح نقول ان الصلاة متحققة وجدانا و الطهارة نستصحبها الى آخر الصلاة و يحكم بصحتها و وقوعها فى حال الطهارة وجدانا اذ الصلاة واقعة وجدانا و الطهارة ثابتة الى آخر الصلاة بحكم الشارع ، فتكون الصلاة واقعة فى حال الطهارة وجدانا كما هو واضح . و هذا نظير ما اذا شك فى بقاء الطهارة فاستصحب و ابقاها و صلى بذلك فهل يتوهم أحد بطلان ذلك الصلاة و كذلك فى المقام ؟ و لا معنى لمعارضة هذا الأصل باصالة عدم وقوع الصلاة فى حال الطهارة كما عرفت اذ المراد من ذلك الاصل هو الأصل الجارى فى الجزء و هو عدم

وقوع الصلاة الى انقضاء الطهارة وقد عرفت أنه مثبت وان كان المراد من ذلك الأصل هو المجموع المركب أى الصلاة المقيدة بالطهارة مثلا فقد عرفت أنه لا يجرى في المجموع المركب من جهة عدم كون المجموع بعنوان المجموع موضوعا للحكم كما هو واضح .

و الحاصل : أن الكلام كان في الاختلاف في فورية الخيار وعدمها ، و قد ذكر المصنف أنه لو اختلفا في تأخر الفسخ عن أول الوقت بناء على فورية الخيار ففي تقديم مدعى التأخير لأصالة بقاء العقد وعدم حدوث الفسخ في أول الزمان أو مدعى عدمه لأصالة الصحة ، وجهان : —

أقول : قد عرفت أن هذا البحث سيال وليس مخصوصا بالمقام ، بل يجرى في كل حادثين في زمان واحد يشك في تقدم أحدهما على الآخر و عدمه كموت المورث و اسلام الوارث و كبيع الراهن و رجوع المرتهن عن اذنه و كالفسخ والتفرق في خيار المجلس ، بل يجرى في متعلقات التكاليف أيضا كالصلاة و الطهارة و نحوهما و يجرى كلام المصنف في جميع ذلك من ان الأصل عدم تحقق الفسخ في زمان الخيار و أن الأصل عدم وجود الصلاة في حال الطهارة و هكذا وقد عرفت أنه ذكر بعضهم عكس ذلك و التزم بان الموضوع في أمثال الموارد مركب من جزئين ، أحدهما ثابت بالأصل و الآخر ثابت بالوجدان ، فيترتب عليه الاثر و لا يكون أصالة عدم وقوع الفسخ مثلا في زمان الخيار معارضا لذلك الأصل لأن الموضوع هو ذات الجزئين و كونهما في زمان واحد .

و أما عنوان التقيد فليس موضوعا للحكم حتى ينفي بالأصل فراجع الى ما ذكرناه مفصلا قبل هذا .

و التحقيق هو التفصيل في المقام و القول بجريان الأصل في بعض الموارد و بعدم جريانه في بعض الموارد الآخر أصلا فضل عن المعارضة و

توضيح ذلك أن موضوع الحكم في الحادثين قد يكون زمانيين بذاتهما من غير أن يلاحظ اجتماعهما و تقيد أحد الحادثين بالآخر وقد يكون موضوع الحكم هو ذات الزمان و الزمانى من غير تقيد أحدهما أيضا بالآخر، و قد يكون هذه الصورة أيضا مقيدا أحدهما بالآخر بحيث يكون موضوع الحكم هو وقوع الحادث في ذلك الزمان .

أما الصورة الأولى : فلا شبهة في جريان الأصل في أحد الجزئين إذا احرز الجزء الآخر بالوجدان و يترتب عليه الأثر و المقام من هذا القبيل حيث ان موضوع الحكم انما هو ذات الفسخ و ذات الخيار بحيث يكون ذلك الجزآن مجتمعين من غير أن يكون عنوان الاجتماع قيد للموضوع وانما الموضوع هو نفس الاجزاء و لا يستفاد من الأدلة الا أن الفسخ في زمان الخيار يؤثر أما ان الزمان أيضا دخيل في الحكم، و اما فلا، بل الموضوع الحكم انما هما الجزءان زمانيان و هو الفسخ و الخيار و انهما بذاتهما مركبا موضوع للحكم و كذلك الصلاة و الطهارة فان الصحة مترتبة على الصلاة الواقعة مع الطهارة من غير أن يكون زمان الطهارة دخيلا في موضوع الحكم، فان مثل ذلك فأحد الجزئين اذا كان محرز بالوجدان و الجزء الآخر بالأصل يترتب عليه الحكم فان اللازم انما كون المصلى متطهرا و من الواضح أن الصلاة قد تحققت جزما و وجدانا فلا معنى لاجراء الأصل فيها و القول بأنها لم تتحقق و الجزء الآخر أعنى الطهارة فقد أحرزها بالأصل فيكون المصلى متطهرا بالتعبد و يكون وقوع الصلاة في حال الطهارة أيضا وجدانيا غايته في الطهارة التعبدية كما هو واضح و لا دليل هنا يقتضى لزوم وقوع الصلاة في زمان الطهارة حتى يقال ان هذا القيد انما ينفى بالأصل فيكون الاصلان معارضين و لا يبعد أن يكون خيار المجلس أيضا من هذا القبيل و أن الزمان غير دخيل في ثبوت الحكم و انما الموضوع هو ذات المجلس و الفسخ

واقتران نفس ذاتهما من غير أن يكون وقوع الفسخ في المجلس مضرعا للحكم ، بل هو أمر انتزاعي من تحقق هذين الجزئين فاذا شك في أن الفسخ هل وقع قبل التفرق أو بعده فنقول أن ذات الفسخ قد تحقق وجدانا وعدم التفرق أعنى الاستصحاب العدمي أو نفس المجلس اعنى الاستصحاب الوجودي نشبته بالأصل فيترتب عليه الأثر وهو تأثير الفسخ في هدم العقد . واما كون الفسخ واقعا في زمان المجلس فلم يثبت ذلك من الدليل بوجه ومن هذا القبيل أيضا بيع الراهن مع رجوع المرتهن والشك في أن الرجوع وقع قبل البيع أم بعده ، فان ما هو موضوع الحكم؟ هو وجود الاذن و تحقق البيع وأن نفس اجتماع ذات هذين الامرين موضوع للحكم .

و أما وقوع البيع في زمان الاذن فليس موضوع للحكم ولا يظهر من الأدلة مدخلية الزمان في ذلك ومن هذا القبيل ما تقدم من الصلاة و الطهارة المتيقنة مع الشك في أن الحدث هل وقع قبل الصلاة أم بعدها كيف فهمى مثل الطهارة المشكوكة المسبوقة بالطهارة المتيقنة فانه اذا ابقاها المكلف وصلى بها فهل يتوهم أحد أن الأصل عدم وقوع الصلاة في حال الطهارة ومن الواضح أنه لا فرق بين هذا وبين المقام .

والحاصل : أن في كل مورد حدث حادثان و شك في تقدم أحدهما على الآخر وعدمه و لم يكن الزمان دخيلا في موضوع الحكم ، بل كان الموضوع ذات الجزآن الذان يجتمعان و يقترنان من غير كون التقارن أيضا دخيلا في الموضوع امكن اثبات الحكم لترتبه على موضوع مركب قد حصل أحدهما بالوجدان و الآخر بالتعبد ، ولا يمكن نفي وقوع أحدهما في زمان تحقق الآخر بالأصل لأن التحقق وجداني لأن تحقق الجزء الوجداني في حال تحقق الآخر بالتعبد وجداني ، و عنوان وقوعه في زمان الآخر ليس موضوعا للحكم ، بل هو أمر انتزاعي كما هو واضح لا يخفى .

وأما إذا كان أحد الجزئين زمانياً والآخر زماناً من غير اعتبار وقوع الجزء الزمانى فى الزمان فى موضوع الحكم فانه أيضاً يترتب الحكم على الموضوع المركب الثابت أحد جزئيه بالوجدان والآخر بالأصل لأن ما هو موضوع الحكم تحقق الزمان والزمانى معا واجتماعهما بذاتهما .

وأما عنوان وقوع الزمانى فى الزمان أو الطرفة أو غير ذلك فليس بموضوع للحكم اصلاً وهذا كخيار الحيوان فانه اذا فسخ المشتري العقد و وقع الخلاف فى أنه هل وقع الفسخ فى ضمن الثلاثة أو بعدها فانه يحكم بكونه فى ضمنى الثلاثة وذلك لأن موضوع الحكم انما هو الفسخ فى ضمنى الثلاثة قبل تمامها ومن المعلوم أن الفسخ قد تحقق وجدانا وعدم انقضاء الثلاثة أو بقاء هذا الزمان محرز بالأصل فيتم الموضوع المركب أحد الجزئين بالأصل والآخر بالوجدان وعلى هذا فلا معنى لنفى وقوع الفسخ فى الثلاثة بالأصل لعدم كون ذلك موضوعاً للحكم وانما الموضوع ذات هذان الجزئين وقد عرفت أن احدهما محرز بالأصل والآخر بالوجدان ، فكما أن الفسخ وجدانى وكونه فى الثلاثة أيضاً وجدانى وان كانت الثلاثة ثابتة بالتعبد وليس هنا عنوان وقوع الفسخ فى الثلاثة موضوعاً للحكم حتى ينفى بالأصل بل ذات الفسخ قبل تمام الثلاثة .

وقد عرفت أن ذات الفسخ فى الثلاثة وجدانية ومن هذا القبيل أيضاً الصلاة والصوم على ما ذكرناهما فى محلها فان الظاهر من الاخبار ومن قوله تعالى (أقم الصلاة لدلوك الشمس الى غسق الليل) وكذا فى قوله تعالى (ثم أتم الصيام الى الليل) هو أن الامساك انما هو لا بد وأن يكون قبل الليل والصلاة انما هى اداء قبل خروج النهار وأن الظاهر من قوله تعالى (كلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود) ، هو أن الأكل لا بد وأن يكون قبل ذلك وهذا هو موضوع الحكم فاذا أمسكنا

وصلينا أو اكلنا فى شهر رمضان و شككنا فى أن النهار باق حتى لا يجوز الافطار أو تكون الصلاة أداة أم لا ، أو الاكل وقع قبل الفجر أم لا ؟ فانه لا شبهة أن الصلاة واقعة وجدانا و كذلك الامساك و الاكل و بقاء الليل أو النهار نثبته بالاستصحاب الوجودى بأن يقال الأصل بقاء الليل أو النهار أو بالاستصحاب العدمى و يقال الأصل عدم بقاء النهار أو الليل غلبيتم الموضوع المركب فيترتب عليه الحكم و أمانعان وقوع الصلاة فى النهار أو الامساك كك فليس موضوعا للحكم حتى ينفى بالأصل و يكون هذا الاصل معارضا بالأصل الذى يثبت الموضوع هذا أيضا واضح و من هذا القبيل أيضا رجوع الزوج مع الشك فى أنه وقع فى العدة أم لا .

و أما القسم الثالث: و هو أن يكون الموضوع هو الحادثان و كان احدهما زمانا و الآخر زمانيا مع اشتراط وقوع الزمانى فى الزمان فانه ح لا يجرى هنا أصلا ، لا أنه يجرى و يكون معارضا مع الأصل الجارى فى استصحاب نفس الزمان و ذلك لأن استصحاب الزمان لا يثبت وقوع الحادث فى الزمان المستصحب الأعلى القول بالأصل المثبت .

و على الجملة فالأصل فى الشق الثالث ليس بجارى فى نفسه لعدم ترتب الأثر عليه لا أنه يجرى و يكون معارضا باصالة عدم وقوع الحادث فى ذلك الزمان المستصحب فانهم .

و قد ذكرنا فى تنبيهات الاستصحاب فى تنبيه جريان الاستصحاب فى الزمان و الزمانى ما ينفك هنا فراجع، و من هنا يظهر أنه لو شك فى بقاء وقت الخيار ابتداء و عدم بقاءه فاستصحب ذو الخيار و فسخ كان فسخته ماضيا و ليس لأحد أن يقول أن الأصل عدم وقوع الفسخ كما هو واضح .

و من التضح أيضا أنه لا فرق بين كون الحادثين مجهولى التاريخ و بين كونهما معلومى التاريخ ، كما هو واضح ، و أما اثبات الحكم بالصحة

بإصالة الصحة كما ذكرها المصنف وجهها في المقام فهو أيضا ضعيفة .
 والوجه فيه أن أصالة الصحة في فعل الغير لا دليل عليها مطلقا إذ
 الدليل انما هو فيما اذا كان من العقود فانه قامت السيرة القطعية على
 جريانها فيها وأما في غيرها فلا دليل عليها ، وأما القول بها لقوله عليه
 السلام ضع فعل اخيك على احسنة . فقد ذكرنا مرارا أن معناه أن ماصدر
 عن المسلم فكان له وجهان : وجه صلاح ووجه فساد ، ضعه على الصلاح و
 لا تعامل معه معاملة الفاسق لا أنه يترتب عليه آثار الصدق أيضا كما هو
 واضح ، فافهم وأيضا ان مورد اصالة الصحة هنا مشكوك .

قوله : لو ادعى المشتري الجهل بالخيار .

أقول : ذكر المصنف أنه لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بغوريته
 بناء على فورتيته سمع قوله ان احتمال في حقه الجهل للأصل ثم ذكر التفصيل
 بين الجهل بالخيار فلا يعذر الانشاء في بلد لا يعرفون الاحكام ولو ادعى
 الجهل بالفورية فيعذر مطلقا لأنه مما يخفى على العامة .

أقول : قد يقال انه لا وجه لتقييد الفورية بالعلم بالفورية بحيث يكون
 مدعى ذلك معذورا وذلك لانه يعقل أن يكون العلم بالحكم مأخوذا في
 موضعه .

فهل يتوهم أحد أنه لو ادعى أحد أن خيار الحيوان مقيد بعلم من
 له الخيار بزمانه وكذا خيار المجلس ، بل الخيار انما ثبت بالأدلة الدالة
 على أن الخيار انما ثبت في ذلك الزمان فاذا انقض ذلك الزمان لا يكون
 له الخيار .

و دعوى أن خيار العيب انما يثبت بظهور العيب فلا مانع أن يكون
 فوريته مقيدة بعلم من له الخيار قياس مع الفارق حيث ان موضوع خيار العيب
 مقيد بظهور العيب كما في رواية زرارة ثم علم به أي بالعيب ، وهذا بخلاف

المقام ، فان العلم يكون قيذا للحكم فيكون الحكم ثابتا فى حق من هو عالم بالعيب كما هو واضح .

و لكن الظاهر أن ما افاده المصنف صحيح متين و ذلك لأن دعوى فورية الخيار لا يتوقف على تقييد فورية الخيار بالعلم بالفورية و ذلك من جهة أن المدعى لا يدعى ذلك ، بل يقول (على ما تقدم سابقا و ان ناقشنا فيه) أن خيار العيب أبدى و لكن التأخير مع العلم به يكشف عن رضا ذى الخيار بالعقد فيكون موجبا للاسقاط ، فالمرجع فى ذلك الى دعوى المسقط لا أن المقتضى للخيار قاصر ، بل المقتضى قضى ذلك الى الأبد و لكن التأخير و عدم الفسخ عن عمل يكشف عن الرضا المسقط ، و عليه يكون فوريا و على هذا فاذا لم يعلم به إلا بعد مدة كان الخيار ثابتا فى حقه على هذا المبنى أيضا و ان ناقشنا فيه سابقا ، فاذا علم بالفورية مع علمه بالخيار يكون له الخيار حين العلم به و اذا أخر عن ذلك يكون ذلك موجبا للاسقاط كما هو واضح

القول فى ماهية العيب

قوله : القول فى ماهية العيب ، و ذكر بعض افراده .

أقول : حيث ان لفظ العيب و العوار قد ورد فى أخبار خيار العيب فقد تصدى الفقهاء رضوان الله عليهم لبيان ذلك فقد ذكر فى الصحاح على ما حكى عنه أن العوار هو العيب .

و أما العيب : فذكر المصنف أن الظاهر من اللغة و العرف أنه النقص عن مرتبة الصحة المتوسطة بينه و بين الكمال ، ثم ذكر أن الصحة ما يقتضيه أصل الماهية المشتركة لو خلى و طبيعه و العيب و الكمال يلحقان له لأمر خارج عنه .

ثم ذكر أن الميزان فى معرفة مقتضى حقيقة الشىء هو أن حقيقة هذا الشىء قد تعرف من الخارج كما يعرف أن مقتضى حقيقة الحيوان والانسان أن يكون بصيرا فالعمى عيب فيهما ، ولا بدّ أن يكونا سميعا و الخرس عيب فيهما ، وهكذا و يعلم من الخارج أيضا أن الكتابة كمال فى الانسان وليس مقتضى الطبيعة الاولية كونه كاتباً أو ذى صنعة كما هو واضح، وكذ لك الطبخ فى الامة فانه من الاوصاف الكمالية فلا يكون فقدانها عيبا فيهم .

وقد يعلم مقتضى حقيقة الشىء بلاحظة غلبة الافراد بحيث اذا لوحظ فى الخارج أغلب افراد الانسان نجد هم على هذا الوصف، ونكشف من ذلك أن مقتضى الطبيعة الاصلية هو كون الانسان على هذا الوصف وكذا الحال فى غير الانسان و أما كون الافراد النادرة على خلاف هذا الوصف فهو لا يقتضى أن يكون على طبق مقتضى الطبيعة الاولية ، بل هو عيب فى تلك الأفراد النادرة و أن تخلف الوصف الموجود فى غالب الافراد من الافراد النادرة لعارض فيكون عيبا و الوجه استكشاف العيب من ذلك الغلبة مع أنه لا يكون الجزئى كاشفا عن حال جزئى آخر هو أن ملاحظة الاغلب و وجدانه على وصف خاص كاشف عن التصاف القدر المشترك بذلك الوصف ، فيستدل من الأغلب الى القدر المشترك و يحكم به على كون كل فرد كذلك بحسب الطبيعة الاولية .

ومن هنا ظهر أن مقتضى الخلقة الاصلية قد يكون على خلاف ما يقتضيه طبع الشىء أولا و توضيح ذلك أن طبع الشىء قد يكون مقتضيا لكونه على وصف خاص بحسب خلقة الاصلية و لكن تعرضها طبيعة ثانية غلبة فيقتضى حالة على خلاف تلك الحالة الاولية فيكون المدار على الطبيعة الثانوية فيكون المناطق فى كون فقدان وصف عيبا أو غير عيب بحسب تلك الحالة الثانوية و قد مثل المصنف لذلك بالضيعة فانها بحسب طبيعتها الاولية يقتضى أن لا

يكون فيها خراج أصلا ، فيكون ثبوت الخراج فى أرض خاصة عيبا و لكن حيث كان أغلب أفراد الارض قد ثبت فيها الحراج فنكشف من ذلك أن الخراج ليس من العيوب ، بل عدم الخراج كمال فى الارض فاذا كان هناك أرض قد اسقط سلطان الوقت خراجه و ضربيته لجهة خاصة فيكون ذلك كمالا لذلك لا أن ثبوته فى مورد آخر يكون عيبا و على هذا فلا بدّ من ملاحظة هذه الطبيعة الثانية فاذا كان فرد قد تخلف فيه وصف كمال فيه و نقص عن تلك الطبيعة الثانية فيكون ذلك عيبا كما اذا كان الخراج فى بعض أفراد الارض اكثر من غالب أفرادها فانه ح يكون ذلك عيبا فى هذه الأرض .

و على الجملة فاذا تعارض مقتضى الحقيقة الاولية و ما يقتضيه طبع الشئ أولا مع حال أكثر أفراد هذه الطبيعة بحسب الغالب يكون الثانى مقدا على الاول ، و لذا لم يكن الخراج فى غالب الارض عيبا فيها ، بل زيادتها فى بعض الافراد على خلاف الأغلب عيب فيه كما هو واضح .
ثم ذكر أن هذا هو الوجه فى عدم كون الثبوتية عيبا فى الامة البالغة ان اغلب أفراد الاماء و الجوارى المجلوبة من أرض الشرك أن تكون ثبوتية و لذا ذهب أكثر الفقهاء أيضا الى عدم كون ذلك عيبا فى الجارية .

و من هنا التضح أيضا أنه لا بدّ من ملاحظة الاغلبية الموجبة لتشكيل حقيقة ثانوية بحسب كل صنف صنف فلا يجوز قياس الاغلبية فى صنف الى صنف آخر ، و على هذا فالثبوتية ليست عيبا فى الجارية الكبيرة و لكنها عيب فى الصغيرة ان أغلب افرادها ليست ثبوتية و كذا اذا كان الخراج فى الدكان من العشر و فى الدور بنصف العشر فانه لا يكون ذلك فى الدكان عيبا لأن خراج هذا الصنف بهذا المقدار ، نعم و فى الصنف الاخر و هو الدور بمقدار أقل .
بل ربما يكون ما يقتضيه الحقيقة الثانية هو الميزان فى كون زياده و وصف أو نقصانه عيبا أو غير عيب بحيث حتى لو كان الشئ على حسب الخلقة

الاصلية يكون ذلك عيبا فيه وهذا لكون الرجل اغلف فان الغلظة وان كانت على مقتضى الطبيعة الاولية حيث ان الولد لا يولد مختونا ولكن بحسب الطبيعة الثانوية تكون ذلك عيبا في العبد .

وعلى الجملة أن الميزان الكلي في ملاحظة مقتضى الطبيعة هو كون الشيء على طبيعة الاولية أو كون اغلب الافراد على وصف خاص ومع التعارض يتقدم الثاني، هذا محصل كلام المصنف، فافهم .

أقول : ان كان مراده من كون الصحيح ما كان على وفق مقتضى الطبيعة والمعيب ما لم يكن ذلك هو كونه الماهية والطبيعة المشتركة بين جميع الافراد مقتضيا لذلك بحيث يكشف بالطريقين المذكورين أن مقتضى الماهية الفلانية أن يكون افراده متصفا بالوصف الفلاني ، و اذا تخلف في فرد يكون تخلفه هنا عيبا ان كان مراده هذا المعنى كما يؤيده التعبير لفظ الماهية والطبيعة فيرد عليه أن الماهية لا اقتضاء فيها أصلا ، وقد قرع سمعك كثيرا ان الماهية من حيث هي هي ، ليست الا هي لا موجودة ولا معدومه وأن الماهية بحسب نفسها ليس فيها اقتضاء الوجود والعدم بل الاقتضاء فيها انما هو من الجهات الخارجية وهلا سمعت قول الشيخ ان الماهية من ناحية وجود علتها ايس ، ومن ناحية عدم علتها ليس وعلى هذا فلامعنى لتعريف العيب ، بأنه ما يكون ناقصا عن مقتضى الطبيعة اذ لا اقتضاء للطبيعة أصلا ، فضلا عن أن يكون خلافه عيبا وانما الماهية الانسانية مثلا عبارة عن الجنس والفصل سواء تحقق في الخارج بصيرا أو سميعا أو ذى يد و رجل أم لم يكن له شيء من هذه الاعضاء اصلا .

نعم ، ان أريد من اقتضاء الماهية اقتران لوازمها بها حيث انها لم يفترق عن الماهية وعبر عن ذلك مسامحة بكون الماهية مقتضية لها و ذلك كزوجية الأربعة و ككون الانسان قابلا للعلم والكتابة و ككون الجسم قابلا

للابعاد الثلاثة و هكذا فهذا و ان كان له وجه الا أن لوازم الماهية لا تنفك عنها أصلا الاّ بعدم الماهية اذ لا يعقل تحقق الاربعة بدون كونها زوجة و مع انتفاء الماهية يبطل البيع من جهة عدم المبيع و ظهوره شيئا آخر، وقد عرفت مرارا أن المبيع اذا ظهر غير ما جرى عليه البيع فيكون البيع باطلا ، و الاوصاف التى يعد فقدانها عيبا مع بقاء الماهية ليس وجودها من مقتضيات الماهية كالبصر والسمع ونحوها و لانهما مثل الكتابة و العلم كما قال الله تعالى (وجعلنا الانسان سميعا بصيرا) كما قال فى مورد آخر (الرحمن خلق الانسان علمه البيان) فيعلم أن الانسانية لا تتوقف على كونه سميعا بصيرا ، كما أنه لا يتوقف على كونه عالما ، كما لا يخفى ، فافهم ، و لكن هذا الوجه كما لا يمكن تصديقه و كذلك ليس مراد المصنف قطعاً اذ لا يتفوه بمثله ذوى مسكة فضلا عن المصنف الذى هو شمس فلك التحقيق و التدقيق .

و ان كان المراد من ذلك أى من مقتضى الطبيعة الاولى هو كون الشئ بحسب وجوده مقتضيا لكونه على وصف خاص و اذا تخلف عن ذلك يكون التخلف لعارض فيكون عيبا و هذا هو الظاهر من عبارة المصنف ، بل هو المتعين مثلا ان الانسان حسب وجوده الخارجى يقتضى أن يكون موجودا بصيرا و سميعا و له رجل و يد و اذن و انف و هكذا بقية الاوصاف و كذلك الحال فى بقية الاشياء فاذا باع أحد عبدا و ظهر عى أو باع شيئا آخر و ظهر على غير الاوصاف المشهورة المعروفة التى كان اغلب افراد الانسان عليها و يقتض طبعه بحسب الوجود ان يوجد عليها فيكون فقدانها عيبا فى المبيع كما هو واضح .

و هذا الوجه و ان كان له وجه فى مقام الثبوت و لكن لا وجه له فى مقام الاثبات اذ لا طريق الى ذلك بحسب مقام الاثبات فانه من اين يعلم و يستكشف أن الوصف الفلانى وجوده مستند الى اقتضاء طبع ذلك الشئ و

ليس مستندا الى مقدمات وعلل أخرى مثلا من أين يعلم أن مقتضى طبع الانسان بحسب الوجود أن يكون سميعا و بصيرا حتى اذا لم يكن في العالم أصلا عمى أو كان و لم يشاهده المتبايعان بل يمكن أن يكون مستندا الى شىء آخر كالعلم و الكتابة فان السمع و البصر ليسا دخيلين في انسانية الانسان و لذا قال الله تعالى (وجعلنا الانسان سميعا بصيرا) أى بعد كونه انسانا فجعلناه سميعا بصيرا مثلا ، اذا لاحظ أحد أى تفاحة فراه أحمر و لم ير أصلا تفاحة أخرى أبيض ، فلا يمكن له فى مقام الاثبات أن يحكم بأن الاحمرار فى التفاحة بحسب اقتضاء طبع الوجود ذلك لا بحسب التصادف آخر ، كاشراق الشمس ونحوه وهذا واضح لا ستره فيه و عليه فلا يكون ما ذكره المصنف ميزانا فى بيان حقيقة العيب و ماهيته ، بل لابد من المشىء بمسلك آخر ، بل قد لا يكون هنا طبيعة أصلا فضلا عن أن يقتضى شيئا كما فى مصنوعات البشر ، فان كون الفرش مثلا على هيئة غير مرغوبة عيب مع أنه لا طبيعة له حتى تقتضى كونه على حالة خاصة ليكون خلافها عيبا كما هو واضح .

و الحاصل : أنه لما كان العيب والعوار مذكورين فى الاخبار فلا بد من بيان حقيقة العيب لكونه موضوعا للخيار ، وقد ورد فى مرسله السيارى وعنون فى كلمات الفقهاء أن العيب ما كان زائدا عن الخلقة الاصلية أو نقصت عنها ، و تكلم المصنف فى ذلك تحفظا على ظاهر كلمات الفقهاء والمرسله .
و محصل كلامه أن العيب ما كان ناقصا عن الخلقة الاصلية التى تقتضى الماهية المشتركة كون الشىء عليها و اذا كان الشىء موافقا لها كان صحيحا و الا كان معيبا و هذه الخلقة الاصلية قد تكون معلومة بحسب الخارج ، بحيث يعرف من الخارج أن العمى عيب فى العبد ، و عدمه ليس بعيب وقد يعرف بحسب الغلبة الخارجية بحيث يكون التخلف فى النادر لعارض فيكون

فقدانه عيبا فيه .

وقد تكون الطبيعة الثانوية هو الميزان فى الصحيح والمعيب كالارض الخراجية فانها بحسب طبيعتها لا يقتضى الخراج ولكن بحسب الطبع الثانوى يقتضى الخراج وح يكون العيب زيادة الخراج عن الخراج المعهود بل قد يكون الطبيعة الثانوية مقدمة على مقتضى الطبيعة الاولية فى مقام المعارضة ، بل قد يكون كون شىء موافقا لمقتضى الطبع الاولى عيبا كما فى الاغلف بحيث وجب كونه موافقا لمقتضى الطبيعة الثانوية .

ثم ان ملاحظة الطبيعة الاولية أو الثانوية وجعلهما ميزانا فى بيان المعيب والصحيح انما هى بحسب الاصناف لا بحسب الجنس أو النوع كما هو واضح فانه قد يكون وصف عيبا فى صنف كالثيبوبة فى جارية الصغيرة وقد لا يكون عيبا كالثيبوبة فى جارية الكبيرة مع انهما من نوع واحد و جنس فارد . ثم ان الثمرة بين كون الثيبوبة مثلا عيبا فى الجارية الكبيرة أو ليست بعيب انما تظهر فيما اذا باع أحد جارية و اشترط المشتري على البائع كونها بكرا فظهرت ثيبا ، فانه على القول بعدم كون الثيبوبة عيبا يكون للمشتري خيار تخلف الشرط فقط ، و أما على القول بكونها عيبا يكون المشتري مخيرا بين الرد والامضاء و الأرش بناء على كونه من الأول مخيرا بين هذه الامور الا فيكون له الرد و مع عدمه يثبت له حق مطالبة الأرش على ما ذكرناه سابقا فان مطالبة الأرش انما هو فى صورة كون صف المتخلف من العيوب و الأفلا يثبت له حق مطالبة الأرش كما هو واضح .

ثم قوى الوجه السابق و قال لكن الوجه السابق أقوى و مراد من الوجه السابق ، ما افاده أولا من أن الثيبوبة ليست بعيب و عليه فلا وجه للحكم بكون النسخة غلطا و كون السابق عوض الثانى كما فى حاشية السيد هذا .

أقول : قد ذكرنا سابقا أنه لا وجه لهذا الكلام فانه مع عدم وجود

المقتضى للماهية المشتركة قلنا لو اردنا من ذلك لوازم الماهية مسامحة فلا يمكن التخلف بين الماهية و لوازمها كالاربعة والزوجية ، فان كل منهما لا يتخلف عن الآخر و اذا تخلف في مورد و كان فرد مثلا فاقتدا لوصف لا يكون ذلك عيبا من حيث التخلف عن مقتضى الطبيعة ، بل يكشف من التخلف أن الوصف ليس من الأوصاف اللازمة و من مقتضيات الطبيعة بدهة عدم امكان تخلف لوازم الماهية عن الماهية كما هو واضح ، بل قد ورد في بعض الروايات أن الابق في العبد و نحو ذلك عيب في المبيع مع أنه ليس من مقتضيات الماهية و العرف قاض بان فقدان بعض الاعضاء عيب في العبد والحيوان من أن كونه واجدا لذلك ليس من مقتضيات طبيعة الحيوان .

بل قد لا يكون هنا طبيعة حتى تقتضى شيئا و كونه على حالة مخصوصة كما في مصنوعات البشر حيث ان كون الفراش على هيئة خاصة مرغوبة للناس ليست من مقتضيات طبعه ان لا طبيعة للفراش حتى تقتض ذلك مع أن كونه على خلاف هذه الحالة عيب كما اذا كان قناصا من طرف أولم تكن الوانه متناسبة أو غير ذلك مما يعدّ عيبا فيه و هكذا في غير الفراش من مصنوعات البشر كما هو واضح ، فافهم .

و عليه فلا يمكن المساعدة على ما ذكره المصنف من الميزان والضابطة لبيان حقيقة العيب . على ان السيارى لم يكن معهود الوثاقة على ما ببالى و مع الوثاقة فلا تزيد مرتبته عن المرسله فهى لا يجوز العمل بها على أنها مخالفة للوجدان فان العيب ليس منحصرا بما ذكر فيها كما هو واضح .

و التحقيق فى بيان ضابطة العيب أن يقال أن أوصاف المبيع على قسمين فانها تارة تكون معتبرة فيها بحسب الاغراض الشخصية بحيث ان المشتري مثلا يرغب فى نفسه الى ذلك الوصف لكون العبد مثلا كاتباً أو خياطاً أو نجارا و نحو ذلك مما هو مورد للاغراض الشخصية و قد تكون الأوصاف

معتبرة بحسب الاغراض النوعية بحيث يرى النوع تلك الأوصاف معتبرة فى المبيع فان كان التخلف فى مثل الاوصاف الاولية لا يكون خيار العيب للمشتري ، بل يثبت له خيار تخلف الشرط حسب ما اعتبر من الاوصاف الكمالية ونحوها فى المبيع .

فان كان التخلف فى الأوصاف الثانوية يكون ذلك موجبا لخيار العيب فان العقلاء يرى مثل تلك الاوصاف معتبرة فى المبيع سواء اشترط المتبايعان ذلك عند البيع أم لا فيكون التخلف عن ذلك عيبا سواء كان التخلف من حيث الزيادة أو من حيث النقيصة مثلا أن العرف يرى كون الجارية على البكارة مع عدم التصريح بالثيبوبة فاذا ظهرت ثيبية تكون معيوبة فيثبت للمشتري خيار العيب هذا كله اذا تخلف وصف من اوصاف المبيع التى اعتبرها المتبايعان فى المبيع اما بحسب الشخص أو بحسب النوع .

و أما اذا لم يكن هنا تخلف الوصف ، بل كان على الوصف الذى كان المبيع الصحيح عليه ومع ذلك يكون فيه تفاوت القيمة بحيث كانت قيمته ناقصة أو زائدة عن القيمة المتعارفة كان للمشتري أو البايح خيار الغبن لتخلف الشرط الضمنى ، وهو تساوى القيمة وهذا خارج عن تخلف الوصف .

وعلى الجملة أن التخلف قد يكون فى غير الوصف كتخلف الشرط الضمنى مثلا فى تساوى القيمة فيكون ذلك موجبا لخيار الغبن وقد يكون فى الوصف ، وهذا أيضا قد يكون فى وصف اعتبرى المبيع بحسب نظر شخص المتبايعين وقد يكون معتبرا فيه بحسب نظر العقلاء ، فعلى الاول يكون موجبا لخيار تخلف الشرط وعلى الثانى يكون موجبا لخيار العيب ، وهذا واضح لا يخفى .

والحاصل : أن الضابطة الكلية فى بيان حقيقة العيب هو أن الاوصاف على قسمين : الاول : ما يكون معتبرا فى المبيع بحسب بناء العقلاء واعتبارهم

سواء اعتبرها المتبايعان فيه أم لا ، لكفاية بنائهم في اعتبارها نى ذلك بحيث يعتبر في المبيع حتى مع السكوت فوصف الصحة ما يكون معتبرا في المبيع بحسب بناء العقلاء مع سكوت المتبايعين وعدم ذكرها لبناء العقلاء على كونه واجدا لهذا الوصف ، واعتباره في صحة المبيع ويسمى ذلك بوصف الصحة و اذا تخلف ذلك بزيادة شىء عليها أو بنقيصتها ثبت للمشتري خيار العيب فان ذلك أى تخلف تلك الأوصاف بالزيادة أو بالنقيصة عيب فى المبيع .
 وعلى الجملة أن كون الوصف وصف الصحة بحيث يلزم من فقدانه كون المبيع معيبا انما هو باعتبار العقلاء و بنائهم على كون المبيع على هذا الوصف و أن فاقده يكون معيبا .

الثانى أن يكون الوصف معتبرا فى المبيع بحسب اشتراط المتبايعين كالأوصاف الدخيلة فى اغراضهم و كونها أوصاف كمال عندهم .
 وعلى الاول : فاذا تخلف يثبت للمشتري خيار العيب .
 وعلى الثانى : يثبت له خيار تخلف الشرط ، وهذا هو الميزان فى المقام و أما كون الشىء على وصف أو كون أغلب افراده موصوفا بوصف ، فلا يكون ميزانا فى المطلب على ما ذكره المصنف ، ولا يكون كاشفا عن الخلقة الاصلية كما تقدم .

و أيضا أن كون أغلب الافراد فى كل صنف فاقدا لوصف يراه النوع وصف صحة لذلك الشىء و كونه معتبرا فى ذلك شىء لا يوجب عدم كون فقدانه معيبا ، بل يكون فقدانه فى أغلب الافراد أيضا عيبا فى المبيع وعليه فتكون الثيبوبة عيبا فى الجارية فان العقلاء يرى البكارة من أوصاف الصحة للمبيع ، بل هو الغالب فى غير الاماء المجلوبة من بلاد الشرك .

نعم ، اذا كانت الافراد الغالبة فى الاماء المحلوبة من بلاد شرك ثيبة كانت ذلك قرينة على أن المشتري اسقط خيار العيب لا أن الثيبوبة ليست

بعيب فانه فرق واضح بين كون الثيبوبة عيبا و يكون عدم الخيار من جهة القرينة و يلحق بها حكم عدم الخيار و ان كان الموضوع محققا و بين أن لا يكون الثيبوبة خارجا عن العيب موضوعا بواسطة القرائن التى هى الغلبة .
لو صرح المشتري باشتراط أوصاف الصحة على النحو الذى بنى عليه العقلاء أو صرحا باعتبار البكارة فى الجارية ثبت خيار العيب أيضا من التخلف من ناحية الاشتراط و يكون الاشتراط دافعا للقرينة الخارجية كما هو واضح .

ثم ان المناط فى تعيين الصحيح و المعيب و ان كان هو العرف و بناء العقلاء على كون وصف خاص وصف صحة أو عدم كونه وصف صحة و معتبر فى صحة المبيع . و لكن مطلق كون أى وصف من أوصاف الصحة بحسب بناء العقلاء ليس ميزانا فى ثبوت خيار العيب ، بل لا بدّ و أن يكون تخلف ذلك الوصف من حيث الزيادة أو النقصية موجبا لنقصان مالية المبيع كالعمرى و الخرسي و الفلج فى العبد ، و هكذا فى غيره ، و أما اذا لم يوجب فقدان وصف من اوصاف الصحة نقصا فى مالية المبيع فلا يكون ذلك موجبا لثبوت خيار العيب فان موضوع خيار العيب ليس هو مطلق ظهور العيب فى المبيع ، بل ما كان موجبا للنقص من مالية المبيع و ذلك فان الظاهر من رواية زرارة من اشترى شيئا و به عيب أو عوار فلم يتبرء منه و لم يبين له و أحدث فيه حدثا يأخذ التفاوت فيما بين الصحيح و المعيب و يسقط الرد باحداث الحدث على ما هو مضمون الرواية .

فان الظاهر من هذه الرواية هو أن مطلق العيب و ان كان نقصا و لكنه لا يترتب عليه حكم العيب إلا اذا كان موجبا لنقص المالية ما لا يوجب نقصا فى المالية لا يثبت فيه التفاوت ما بين الصحيح و المعيب على تقدير سقوط الرد باحداث الحدث فيعلم من ذيل الحديث اعنى قوله عليه السلام

فاذا احدث حدثا يأخذ التفاوت فيما بين الصحيح والمعيب، أن تخلف الوصف انما يوجب خيار العيب و ترتب احكامه عليه اذا كان وجود ذلك الوصف دخيلا في زيادة مالية الموصوف كما هو واضح و هذا كالخصى فى العبد و الديك، فان ذلك وان كان بحسب اللغة نقصا فى العبد و الديك، ولكن لا يوجب نقص المالية أصلا فان قيمة الخصى لا يختلف مع غيره بل ربما يكون ارغب من غير الخصى لأجل بعض الأغراض العقلائية كما اذا يريد مولاه أن يكون واسطة بينه و بين زوجته فى قضاء حوائجها وان كان غرض بعضهم يتعلق بكونه غير خصى أيضا، كما اذا اراد أن يتزوج له أمه فيولد منهما ولد يكون رقا لمولاه الآ أن ذلك لا يوجب كون قيمة الخصى انقص من غيرالخصى فمثل هذا النقص لا يكون موضوعا لاحكام العيب فى المقام، بل يكون ذلك من حيث الحكم كعدم العيب أى يكون خارجا عن العيب حكما من هذا جهة فيكون موجبا للرد فقط دون الأرش فيكون مثل خيار تخلف شرط ولعل الى هذا يشير كلام العلامة حيث قال اذا لم يعلم المشتري بكون الاماء مجلوبة من بلاد الشرك فتكون الشيبوبة عيبا و الآ فلا، فان الظاهر من ذلك أنه يثبت عليها حكم العيب أو ينفى عنها ذلك أيضا بدهاة عدم دخل العلم والجهل فى حقيقة العيب.

و بعبارة أخرى أن العيب يمكن ان يدور مدار العلم والجهل حكما و لكن لا يمكن ذلك موضوعا، فح صورة عدم علم المشتري بكون الامة مجلوبة من بلاد الشرك يثبت له الرد و الآ فلا، كما أنه قد يكون خارجا عنه حكما بواسطة الغلبة كما تقدم.

نعم، اذا اطلق المبيع لم يتعرض المتبايعان لمثل ذلك الوصف يكون مع بناء العقلاء على اعتباره فى المبيع و رويتهم ذلك من اوصاف الصحة يكون تخلف ذلك موجبا للخيار، وان لم يكن موجبا للأرش كما تقدم، ولكن هذا خيار تخلف الشرط أو خيار العيب لا يترتب عليه ثم أصلا بدهاة أن أصل

الخيار مسلم و ثبوت الأرض مقطوع العدم و ان كان الظاهر مما ذكرناه هو كون هذا الخيار خيار تخلف الشرط دون العيب لما عرفت أن موضوع خيار العيب هو العيب الذى يوجب الرد أو الأرس و هو مفقود فى المقام لعدم كون مثل هذا الوصف دخيلا فى زيادة المالية .

وقد يقال بظهور الثمرة فى ذلك بين كون الخيار خيار عيب أو خيار تخلف الشرط فى موردين :

الاول : فى أنه لو كان الخيار هو خيار العيب يسقط بالتصرف ، كما صرح به رواية زرارة فان احداث الحدث موجب لسقوط الخيار وان كان المراد منه خيار تخلف الشرط لا يوجب ذلك سقوط الخيار فان خيار تخلف الشرط لا يسقط بالتصرف الا اذا كان ذلك مؤذنا بالرضا بالعقد ، بل لا يسقط بالتلف أيضا على ما تقدم سابقا بدهاة أن الخيار متعلق بالعقد وهو باق حتى مع تلف العين ، و ليس متعلقا بالعين حتى يسقط بالتلف كما هو واضح وقد اشار المصنف الى هذه الثمرة فى كلامه .

ثم اشار الى جوابه بقوله فتأمل ، و لعل وجه التأمل فيه هو أن خيار العيب انما يسقط باحداث الحدث فيما اذا ثبت لذى الخيار جواز مطالبة الأرض اما مخيرا بين الرد و الأرض أو يكون له الرد أولا ، ثم بعد سقوط الرد يثبت له جواز مطالبة الأرض و أما فيما ليس له جواز مطالبة الارش لعدم كون العيب مما يوجب نقضا فى المالية حتى يطالب المشتري الأرض ، فان احداث الحدث لا يوجب سقوط الرد كما هو واضح .

المورد الثانى : أنه اذا حصل العيب بعد العقد فى زمان الخيار أو قبل القبض فقد تقدم سابقا أن الكلام هنا يقع فى جهتين :-

الاولى : فى أن حدوث العيب فى ذلك الزمان مانع عن الخيار أو ليس بمانع وهذا هو الذى تقدم الكلام فيه .

الجهة الثانية : فى أن نفس حدوث العيب فى ذلك الوقت يوجب

حدوث الخيار أم لا وهذا هو الذي قلنا انه يأتي الكلام فيفي احكام الخيار وعلى هذه الجهة فرما يتوهم ظهور الثمر من كون انتفاء الوصف الغير الدخيل فى زيادة العالوية موجبا لخيار العيب أو الشرط بأنه ان كان ذلك هو خيار العيب كان ثابتا فى صورة انتفاء ذلك الوصف فى زمن الخيار وقبل القبض وان هذا الخيار خيار تخلف الشرط لا يكون خيار هنا بدهة أن الشرط الضمنى انما يقتضى كون الوصف موجودا حال العقد فقط وأما الازيد من ذلك فلا يقتضى كما هو واضح .

وفيه أولا : أن اللاتزام بظهور الثمرة و ثبوت خيار العيب بالنقص بمثل الوصف المذكور فى زمان الخيار أو قبل القبض انما يتوقف على شمول القاعدتان المعروفتان أعنى التلف فى زمان الخيار من لا خيار له وأن التلف قبل القبض من مال البايع لزوال وصف الصحة أيضا فانه على هذا يكون العيب الحادث فى زمن الخيار أو قبل القبض كالعيب الحادث قبل العقد فيكون مضمونا على البايع، ولكن بعد تسليم تمامية القاعدتين فلا وجه لتسريتهما الى زوال الأوصاف لعدم دلالة القاعدتين على ذلك .

وثانيا : أن مفاد القاعدتين انما هو كون ضمان مالية المبيع مع التلف فى زمن الخيار أو قبل القبض على البايع بحيث يفرض المبيع كأن لم يكن ويعطى الثمن للمشتري ومن الواضح ليس هنا نقص مالى حتى يضمه البايع اذ المفروض أن الوصف الزايد فى ذلك الزمان لا يوجب نقص المالوية حتى يضمه البايع كما هو واضح .

الكلام فى افراد العيب

قول : مسألة : لا اشكال ولا خلاف فى كون المرض عيبا .

أقول : ذكر المصنف أنه لا خلاف فى كون المرض فى العبد أو فى الحيوان عيبا و هو كذلك و انما الاشكال فى بعض افراده كحمى اليوم ، فانه ربما يقال بكونه أيضا عيبا فى العبد و يؤيده شمول اطلاق كثير بأن الحمى عيب لحمى اليوم أيضا ، و لكن الظاهر أن هذا ليس بعيب ما لم يكن نوبة كما اذا كان فى الاسبوع مرة فان مثل هذا أى حمى اليوم مما لا يخلو عنه طبع الانسان نوعا و لا يصدق عليه العيب فى العرف و ان صدق عليه المرض فان فى نظر العرف أن العبد الذى يعتره الحمى يوما مساوى من حيث القيمة مع العبد الذى لا يكون كذلك و كيف هذا لا اشكال فيه؟

قوله مسألة : الحبل عيب فى الاماء .

أقول : من جملة افراد العيب ذكروا الحبل فى الاماء أو فى بقية الحيوانات يقع الكلام هناتارة فى الاماء و أخرى فى غيرها .

أما الاولى : فانها قد تكون حاملا من المولى فهذا لا شبهة فى بطلان بيعها لكونه بيع أم ولد فلا تصل النوبة هنا الى كون الحبل عيبا أو غير عيب و أخرى تكون الأمة حاملا من غير المولى فهذا هو محل الكلام هنا فنقول لا شبهة فى أن الحمل فى الأمة عيب يرد معه الجارية للاخبار الدالة على ذلك و قد تقدم سابقا فى كون الوطى مانعا عن رد الأمة بالعيب أنه لا يكون مانعا فى الحامل فضلا اذا لم توطأ و هذا لا شبهة فيه بل الأمر كذلك اذا لم تكن هنا اخبار تدل على جواز الرد و عدم مانعية الوطى عنه و ذلك لأن صدق العيب على الحمل مما لا ريب فيه بداهة أنها فى معرض الخطر للوضع و أنها لا تكون قابلة للاستخدام على الوجه الذى تكون غير الحامل قابلة لذلك فتكون مثل شراء العين المستأجرة مسلوبة المنفعة وهل يتوقف أحد فى أن كون العين مسلوبة المنفعة عيب فى ذلك ، بل عدم كون الأمة الحاملة قابلة للاستيلاد عيب فيها فانها لو لم تكن حاملا كانت حاملا

من المشتري فيكون له فيها نفع من هذه الحيثية ولكن الحمل مانع عن هذه المنفعة، وكيف كان فلا شبهة في كون الحمل في الأمة عيبا ترد به إلى البائع. ثم انه اذا كان الحمل في ملك المشتري فهل يكون ذلك مانعا عن الرد أم لا، فالظاهر أنه مانع عن الرد لما عرفت أنها عيب على التقريب المتقدم فاذا ثبت له الأرش فقط، بل مانعية الحمل عن الرد هنا لا يتوقف على كونه عيبا وذلك لأن المذكور في المرسله المتقدمة أن صبغ الثوب و خياطته يكون مانعا عن الرد، مع أنها كمال للثوب فليس بعيب وأن العمدة في سقوط الرد كانت هي رواية زرارة فالمذكور فيها أن احداث الحدث مانع عن الرد ولا يفرق في ذلك بين كون الحدث عيبا في المبيع أم لا ومن الواضح أن الحمل من اظهر أفراد احداث الحدث فيكون مانعا عن الرد، وعلى هذا الوجه الأخير فلا وجه لما اتعب به المصنف نفسه من أن الحمل عيب و نقل في ذلك كلمات جلّ الاصحاب، بل قد عرفت أنه مع عدم كونه عيبا أيضا يسقط به الرد كما هو واضح .

و أما الحمل في غير الأمة فقد ظهر حكم مانعيته عن الرد هنا أيضا من السابق و أما من حيث كونه عيبا فيه بحيث يوجب ثبوت خيار العيب للمشتري أو للبائع، فذكر الشيخ (ره) في المبسوط أن الحمل تابع للحيوان فاذا باع حيوانا ثم ظهر كونه حاملا فانه يكون الحمل للمشتري لكونه كالجزة من المبيع و ذكر بعضهم أن الحمل يكون للبائع فانه اجنبي عن المبيع . وعلى القول الأول لا يكون الحمل عيبا، بل هو جزء زائد ويكون دخيلا في زيادة المالية و أنه مرغوب اليه عند العقلاء .

و بعبارة أخرى أن العيب عبارة عما يكون فقدانه موجبا لفقدان وصف الصحة و يكون وجوده معتبرا في المبيع مع عدم الذكر و يلزم من انعدامه نقص مالية المبيع و من الواضح أن الحمل في الحيوان بحيث يكون لمالك

الحيوان لا يكون عيبا ، بل يكون وصف كمال و دخيل فى زيادة المالكة كما هو واضح .

و توهم أن الحيوان الحامل يكون فى معرض الخطر عند الوضع توهم فاسد بدهاة أن هذا الاحتمال موهون فى الحيوانات ولذا يقدم بذلك جميع أرباب الحيوانات و يستنتجون بذلك عنها كما هو واضح .

وأما على القول الثانى و لا التزام بان الحمل للبائع فلا شبهة فى كونه عيبا فى المبيع لما عرفت أن المنافع التى تستفاد من غير الحامل التى منها كونه قابلا للاستيلاء و الاستنتاج لا تستفاد من غيره كما عرفت ذلكفى الامة .

قوله : مسألة : الاكثر على أن الشبوبة ليست عيبا فى الاماء .

أقول : الظاهر أن المصنف انما تكلم فى ذلك غفلة عن المسئلة السابقة فانه قد اتضح من تلك المسئلة أن الشبوبة عيب أو ليست بعيب و قد اعاد جملة مما ذكره هناك .

نعم ، فى هذه المسئلة ذكر خصوصية لم يذكرها هناك و هى أنه قد ورد هنا روايتان لا بدّ من التكلم فيهما :

الاولى : ما استدل بها على أن الشبوبة ليست بعيب فى الاماء و هى رواية سماعة عن رجل باع جارية على انها بكر فلم نجدها كذلك قال لا ترد عليه و لا يجب عليه شىء و فيه .

أولا : أن الرواية ضعيفة السند .

و ثانيا : أنها على القواعد فان مقتضى العمل بها هو عدم ثبوت خيار تخلف الشرط فيها مع أنها بديهى الثبوت مع الاشتراط و غير مربوط بخيار العيب و بيان الملازمة أن المذكور فى الرواية هو اشتراط البكارة حيث قال السائل ان الرجل باع الجارية على انها بكر و لم نجدها كذلك و من الواضح أن ثبوت خيار تخلف الشرط هنا بديهى سواء كانت الشبوبة عيبا فيها أم لا

كما هو واضح على أن الرواية (غريبة) عن الثيبوبة وكونها عيباً أو غير عيب و ذلك لما ذكرنا في كون عدم البكارة عيباً في الحرة المتزوجة التي ظهرت غير باكرة أن الظاهر من اللغة هو أن البكارة عبارة عن المرأة التي لم يصيبها رجل سواء كان دم البكارة موجودة فيها أم لا ، بل زال لعارض من المرض أو للوقوع من شاقق و نحو ذلك وعلى هذا ففي الرواية قد اشترطت البكارة في الجارية فلم توجد كذلك فقال الامام عليه السلام انه لا ترد الجارية ولا يجب عليه شيء ومن البديهي أن ذلك لا يثبت كونها ثيبية ، بل لعل عدم وجدان السائل كونها كذلك أى أنها غير واجدة لدم البكارة أم أنها أصابها الرجل بحيث صارت ثيبية فلا يستفاد من الرواية .

و بعبارة أخرى يحتمل أن السائل لم يرى أثر البكارة اعنى دم العذرة فاعتقد كون الجارية ثيبية فستل عن حكم ذلك و الامام عليه السلام لم يعتنى بذلك ، بل رأى أنه لا بد في الحكم بالثيبوبة من ثبوتها و أما بمجرد عدم وجود أثر البكارة لا تثبت الثيبوبة لا يقال أن البكر و ان كان يطلق على المرأة التي لم تر الرجل وعلى الرجل الذي لم ير المرأة و لكن البكارة هي العذار و هي التي كانت واجدة لدم البكارة فالمعنى المذكور لا يجرى في الرواية . فانه يقال نعم و لكن لا يمكن ذلك في الرواية حيث ان الامام عليه السلام قال لعله كان من مرض و من الواضح أن هذا الكلام له وجه مع المعنى الذي ذكرناه و أما اذا كالمراد هذا الاحتمال فانه بمجرد ذهاب دم البكارة تكون ثيبية فافهم .

نعم ، لا بأس من الاستدلال على كون الثيبوبة عيباً برواية يونس في رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال يرد عليه فضل القيمة اذا علم أنه صادق .

و وجه الاستدلال هو أن الامام عليه السلام حكم بثبوت الارش بعد

ثبوت الثيبوبة فان مراده من قوله عليه السلام اذا علم أنه صادق هو العلم بكون المدعى صادقا فى دعواه الثيبوبة فان العلم طريق الى الواقع لا أن المراد من كون العلم بكونه صادقا فى عدم روية اثر البكارة حتى تدل هذه الرواية على عكس الرواية الاولى من الكفاية بثبوت الثيبوبة على عدم وجدان اثر البكارة وهو الدم وكيف كان فالرواية الثانية تدل على أن الثيبوبة عيب فى الجارية .

نعم ، لو كانت هنا غلبة بأن تكون أغلب أفراد الجوارى ثيبية كالاماء المجلوبة من بلاد الشرك كانت هذه الغلبة قرينة على عدم ثبوت الخيار و رضا المشتري بالعقد على هذا النحو كما هو واضح .
قوله : مسألة : ذكر فى التذكرة و القواعد من جملة العيوب عدم الختان فى العبد الكبير .

أقول : قد عللوا كون عدم الختان عيبا فى العبد ليكون للمشتري حق الفسخ هو أن العبد يكون بذلك فى معرض الخطر ان ليس ختان الكبير كختان الصغير مأمونا عن الخطر كما هو واضح .
وفيه أولا : أن هذا الدليل أخص من المدعى ان قد يكون العبد غير مختون ولا يجب ختانه كما اذا كان نصرانيا ولم يقبل الاسلام فان الختان انما يجب فى العبد المسلم فى الفرض المذكور لا يجب .
وثانيا : أن الختان انما يكون موجبا للخطر اذا لم تكن وسائل ابتداءه و أما مع وجودها فلا يكون كذلك .

و ثالثا : أنا لم نسمع كالختان خطريا مع كثرته فى أول الاسلام .
ورابعا أنه اذا كان خطريا لا يجب الختان أصلا فان حفظ النفس مقدم على ذلك وكيف كان فعدم الختان أو مثله كعدم الجدرى ليس بعيب فى العبد و عليه فلا يثبت خيار العيب من جهة عدم الختان نعم لو اشترط

عدمه فظهر الخلاف ثبت خيار تخلف الشرط ثم ان الثمرة هنا بين كون الخيار خيار عيب أو تخلف شرط هو الثمرة المذكورة فى الثيبوبة كما اشار اليه المصنف قوله : مسألة عدم الحيض ممن شأنها الحيض بحسب السن و المكان وغيرهما من الخصوصيات التى لها مدخلية فى ذلك عيب ترد معه الجارية . أقول : ذكر المصنف أن من جملة العيوب التى ترد به الجارية عدم الحيض فان ذلك خروج عن مجرى الطبيعى .

أقول : أن عدم الحيض فى نفسه ليس من العيوب ، بل هو كمال فى نفسه نعم اذا كان كاشفا عن كونها مريضة كان عيبا فان الجارية لا تحيض لوجود مانع فيها و مرض يكون مانعا عن الحيض و هذا هو المراد من الرواية التى سئل السائل عن جارية لم تر الحيض فى ستة اشهر فانه قال الامام عليه السلام فهذا عيب ترد من الجارية .

و أما تقييد كون ذلك عيبا اذا كان ظهورها بعد ستة أشهر تسكا بهذه الرواية أيضا فاسد بداهة أن ستة أشهر انما ذكرت فى كلام الرواى فلا توجب تقييد الحكم .

لا يقال ان هذه الرواية لا يمكن العمل بها بداهة أنهما مخالفة للقاعدة التى استسها الفقهاء من كون التصرف مسقطا للخيار اذ لا يخلو الأمة فى مدة ستة أشهر عن التصرف حتى بمثل اسقنى الماء و ناولنى الثوب و اغلق الباب .

فانه يقال انك قد عرفت فيما سبق أنه لا وجه لهذه القاعدة أصلا و أن التصرف لا يكون مسقطا للخيار الا اذا كان كاشفا عن الرضاء بالعقد و اودل نص خاص عليه كما فى الوطى حيث ورد أنه مسقط للخيار . و على هذا فكيف يمكن رفع اليد بمثل هذه القاعدة عن الرواية الصحيحة . قوله : مسألة : الا باق عيب بلا اشكال و لا خلاف .

أقول : ذكروا من افراد العيب الابق ، وادعوا عليه الاجماع، بل هو من افحش العيوب، و تدل عليه رواية ابى هشام الآتية فى عيوب السنة نعم ربما يتوهم تعارضها برواية قيس انه ليس فى الابق عهدة و لكن المراد من رواية قيس هو أن يكون الابق عند المشتري من غير أن يكون موصوفاً بذلك عند البايع فان الظاهر من هذه العبارة أن حدوث العيب كان عند المشتري لا عند البايع والّا فلا معنى لعدم كون العدة عليه كما يقال ان العهدة فى التلف فى زمن الخيار للبايع أو العهدة فى الجنون والبرص الى سنة الى البايع كما فى الرواية وهذا المعنى هو الظاهر من الرواية كما قلنا و هذا موافق للاعتبار أيضا اذ ربما يكون المولى الاول قائما بمخارج مفعلا يكون أبقا بخلاف المولى الثانى فيكون الابق مستندا الى ذلك فليس هذا حملا لها عليه ، كما ذكره المصنف ، فتحصل أنه لا شبهة فى كون الابق عيبا فى العبد و انما الكلام فى أن الابق بمجرد تحققه و لو مرة واحدة عند البايع يكون عيبا فيه أولا ، بل لا بدّ و أن يتكرر منه هذا العمل أو كان بانيا على ذلك و الّا فلو ابق مرة ثم تاب عن عمله فلا يكون بذلك أبقا .

الظاهر هو اعتبار الاعتياد بذلك أو كان بانيا عليه و يعلم من حاله الابق و الّا فاذا ابق مرة واحدة و عصى ، ثم تاب و صار عادلا لا يطلق عليه الابق هذا هو الظاهر من بعض الروايات أيضا حيث عبر فيها بانه كان أبقا فان هذا التعبير انما يطلق فى مورد يكون الاعتياد بذلك بحيث صار وصفا عاديا له و لا يتحقق باباق واحد كما هو واضح .

قوله : مسألة : الثفل الخارج عن العادة فى الزيت و البذر و نحوهما عيب يثبت به الرد و الأرش .

أقول : ذكر الفقهاء و المصنف أن من جملة العيوب ما يكون الشىء مخلوطا بشىء آخر اختلاطا خارجا عن المتعارف فاذا باع حنطة فظهر فيه

تراب خارج عن المتعارف كان المبيع معيوباً وكذا إذا باع السمن الزيت و ظهر أن فيه دردى كان السمن معيوباً فللمشتري خيار العيب، وهذا الذى ذكره المصنف مما يقتضيه العرف فان كون الخليط أكثر من المقدار المتعارف عيب عرفى .

وعليه فلا يفرق بين كون غالب الافراد الموجودة فى الخارج كذلك أو بعضها فلا وجه لما ذكره المصنف من التعليل بقوله لكون ذلك خلاف ما عليه غالب أفراد الشيء^٤ فانك قد عرفت سابقاً أن الغلبة لا تكون موجبة لتعيين الطبيعة نعم تكون هذه الغلبة مع السكوت عن الوصف نفيًا وإثباتاً قرينة على كون المشتري راضياً بذلك المبيع المعيب فيكون ذلك موجباً بسقوط خيار العيب، إلا أن يشترط صريحاً وجود الوصف الذى فقده أكثر أفراد هذه الطبيعة كما هو واضح وح يقع الكلام فى ثمرة كون هذا الخيار هو خيار عيب أو خيار تخلف الشرط وهى عين الثمرة المذكورة فى ثبوتية الاماء بين كون الثبوتية عيباً فى الجارية أو يكون تخلفها موجباً لخيار تخلف الشرط كما هو واضح .

وقد ظهر أن كون الخليط فى المبيع عيباً أمر عرفى موافق للقواعد فيكون مشمولاً لقول زرارة ايما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار الخ ، و مع ذلك لا نحتاج الى الرواية فى المقام وح فتكون رواية عيسى بن عبد العزيز مؤكدة للمطلب حيث قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يشتري زق زيت يجد فيه دردياً قال ان كان يعلم أن الدردي يكون فى الزيت فليس عليه أن يردّه وان لم يكن يعلم فله أن يردّه وقد عرفت فى السابق أن العيب لا يختلف بالعلم و الجهل فمراده من جواز الرد مع عدم العلم وعدم جوازه مع العلم هو بالنسبة الى حكم العيب فان كون العيب موجبة للرد انما هو مع الجهل به دون العلم به .

وعلى الجملة لا شبهة فى كون ذلك عيبا فى المبيع، نعم الظاهر من رواية السكونى أن ذلك أى الخليط المذكور ليس بعيب حيث روى عن جعفر عن أبيه عليه السلام ان علياً قضى فى رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة (أى مجتمعة) فوجد فيها ربّا فخاصمه الى على عليه السلام فقال له على عليه السلام لك بكيل الربّ سمنًا ، فقال له الرجل انما بعته منه حكرة له ، فقال على عليه السلام : انما اشترى منك سمنًا ولم يشتر منك ربّا ، فان الظاهر من هذه الرواية مخالفة لحكم العيب من الرد والأرش كما فى المتن .

بل يشكل الأمر فيها من جهة عدم انطباقها بالقواعد حيث ان المفروض فى الرواية ليس هو بيع الكلى حتى يلزم البايع باعطاء الزيت مقدار ما ظهر منه درديا ، بل المبيع هو العين الخارجية ولذا قال السائل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة (أى مجتمعة) ومن الواضح أن صفة الاجتماع لا تلائم الكلية كما هو واضح .

وعليه فلا بدّ من توجيه الرواية والذى ينبغى أن يقال فى توجيهها هو أن المراد من الرواية هو ردّ الثمن الذى يقع فى مقابل الرب اعطى فى مقابل السمن فان قوله عليه السلام لك بكيل الرب سمنًا هو أن لك مبتدء وخيره محذوف فانه لا بدّ وأن يكون المعطى للمخاطب بكلمة كاف الخطاب أن يكون شيئًا ويكون سمنًا حالًا منه أو تمييزًا عنه ويكون التقدير لك شيء من الثمن لأن تقد ير غير الثمن لا يناسب المقام بكيل الرب حال كون ذلك كيل الرب سمنًا أى كان أن يعطى للمشتري بكيل الرب سمن فحيث نقص ذلك وكان بدله الرب فحكم الامام عليه السلام أن يعطى ثمن ذلك السمن وليس المراد من الرواية اعطاء السمن بكيل الرب فانه على هذا لا بدّ وأن يكون السمن مرفوعًا والحال أنه منصوب .

وعلى الجملة فان كان ظاهر الرواية هو ذلك فيها والآ فلا بدّ وأن يوجه كذلك بحيث يكون ما يعطى للمشتري شيئاً من الثمن لا شيئاً من السمن ثم انه اشكل المصنف فى المقام اشكالا و اجاب عنه بجواب لكن الاشكال وجوابه بجميع شقوقه ليس مربوطا بالمقام ، بل هو راجع الى بطلان البيع من جهة الجهل بالمبيع كما هو واضح .

أما حاصل الاشكال أنه ربما يستشكل فى أصل الحكم بصحة البيع لو كان الخليط كثيرا و علم بحيث يكون مقدار المبيع وأما ما تقدم فى مسألة الانداز من كفاية معرفة وزن السمن بظروفه خارجة بالاجماع كما تقدم أو مفروضة فى صورة انضمام الطرف المفقود هنا لأن الطرف هنا مما يتمم والدردى فى المقام ليس مما يتمم ، و أما حاصل الجواب فان كان وجود الدردى بحيث يوجب الجهل بالمبيع من قبيل امتزاج ما لا يتمم بالمبيع بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت فلا شبهة فى بطلان البيع للجهل بمقدار المبيع وان كان مجموع الطرف والمظروف معلوما إذ المفروض أن مقدارا من المظروف مال و مقدار منه ليس بمال فيكون المال الذى يبذل الثمن فى مقابله مجهولا ، فيبطل البيع للجهل فان انضمام الطرف بالمظروف اذا كانا مالين لا يضر لأن الجهل حصل من الانضمام وهذا بخلاف هذه الصورة فان الجهل هنا حصل من اختلاط الغير المتمم بالمتمول كما هو واضح .

وان كان الدردى بحيث افاد نقصا فى الزيت بحيث يرى المجموع زيتا ولكن زيتا معيوباً لا أنه يقال هذا زيت مخلوط بشئ غير متمم بل مجموعته زيت و متمم و لكنه معيوب من جهة دردى فلا شبهة فى صحة البيع ، و لكن يثبت للمشتري خيار العيب كما هو واضح لمكان العيب الذى كان غير معلوم

له .

وان لم يكن الدردى موجبا لتعيب الزيت و لم يكن موجبا لنقص مالية

المبيع ، بل موجبا لنقص مقدار المبيع فقط مع وقوع المشاهدة عليه فلا يكون البيع باطلا هنا ، بل لا خيار للمشتري أيضا ، كما اذا باع ما في العكة الذي شوهه كل رطل بكذا من غير أن يكون مقدار الزيت معلوما ولا مقدار الزيت والظرف معلوما .

وما ذكره المصنف من كون الظرف والمظروف معلومين معا فليس بلازم وقد تقدم ذلك في كتاب البيع في بيع الصبرة وقد يكون النظر الى بيع مجموع الزيت مثلا بعنوان كل رطل بكذا ، ولكن بشرط أن يكون هذا الموجود عشرة ارطال ، فاذا ظهر رطل واحد درديا كان للمشتري خيار تبعض الصفقة وهذا هو الفرق بين هذه الصورة وسابقه فان في الصورة السابقة لم يكن اشتراط كونه عشرة ارطال مثلا ملحوظا بخلافه هنا .

وان باع ما في العكة على أنه كذا مقدار فتبين نقصه عنه لوجود الدردي فيه ، صح البيع وكان للمشتري خيار تخلف الوصف أو الجزء على الخلاف المتقدم فيما لو باع الصبرة على أنها كذا فظهر ناقصا ، ولكن قد تقدم في بيع الصبرة أيضا أن هذه الصورة ليس بمعقول بداهة أن المجموع ان كان مبيعا فلا معنى للاشتراط بعد فيكون المجموع مبيعا واحدا وان لم يكن مبيعا فلا معنى للاشارة الى مجموع ذلك ، والقول بانه بعثك ما في هذه العكة أو هذه الصبرة فما ذكره المصنف من الشقوق المتعددة صحيحة غير هذا الاخير ، فافهم .

قوله : مسألة : قد عرفت أن مطلق المرض عيب .

أقول : تعرض المصنف هنا باحداث السنة وهي أربعة : الجنون و

البرص والجذام والقرن .

وأما الحدة فهي تفسير القرن لما في بعض الروايات أنه يرد المملوك

لخصال أربعة ثم عدّ الخمسة الجنون والبرص والجذام والقرن والحدة ،

فيعلم من ذلك أنه هو القرن وقد استفاضة الروايات على ذلك وتكونها عيباً ترد بها الجارية الى سنة وهذا لا شبهة فيه في الجملة ولا بد من الاخذ بظاهر الروايات من كونها بنفسها عيباً وان وجد سببها في ضمنى السنة فلا وجه لتأويلها بانها لعل موادها كانت قبل السنة كما لا يخفى فانها ربما يكون الجنون لامر عرضي كالوقوع من شاهق ونحوه من الخوف وغيره وانما الكلام يقع في اربع جهات:

الجهة الأولى: في أن الجذام أيضاً من جملة هذه الاربعة أم لا؟ من جهة أنه ذكر المصنف أن الاردبيلى قد استشكل في ذلك لعدم وجوده في رواية محمد بن على مع ورودها في مقام التحديد والضبط لهذه الامور وعليه فيمكن وقوع تعارض بين هذه الروايات وبقية الروايات الدالة على كون احداث السنة اربعة.

وقد اُجاب عنه صاحب الحقائق بعد ما نقله عن الاردبيلى أن يشبه هذا تعارض المطلق والمقيد فيحمل المطلق على المقيد، الخ.

و لكن أصل كلام الاردبيلى خال عن الاشكال في الجذام من هذه الجهة وأن صاحب الحقائق لم ينقل من الاردبيلى ورواية محمد بن على مشتملة على ذكر الجذام، بل جميع الروايات الواردة في المقام التي جمع احداث السنة ذكر فيها الجذام صحيحة كانت أم فاسدة، فهذا اشتباه من المصنف والعصمة مخصوصة لاهلها.

الجهة الثانية: أنه قد استشكل المحقق الاردبيلى في القرن، وهو الحدبة في الفرج المانع من الوطى، وقيل هو العظم الثابت فيه المانع من الوطى لعدم وجودها في صحيحة أبي همام، فحيث أنها في مقام الحصر والضبط فتكون معارضة مع الروايات المشتملة على ذكر القرن وليس فيها رواية صحيحة وهذا الذي ذكره صاحب الحقائق واشكل عليه بأنه وان لم

يذكر القرن فى هذه الرواية و لكن لا يلزم من ذلك عدم كونه عيبا بدهاهة أنه يحمل المطلق على المقيد و مراد صاحب الحدائق من هذا الحمل ليس هو حمل المطلق على المقيد بالمعنى المتعارف ، بحيث يكون هنا تكليف واحد متعلق بطبيعة واحدة مطلقا تارة و مقيد أخرى، و يحمل المطلق منه على المقيد كما فى اعتق رقية و اعتق رقية مؤمنة ، بل المراد من ذلك هنا أن الامام عليه السلام حيث كان فى مقام بيان العيوب و حصرها فاطلاق الكلام أى اطلاقه المقامى أن لا يكون هنا عيب آخر يردّ به الملوك فى اثناء السنة و لا شبهة فى كون الرواية مطلقة من هذه الجهة فحيث ورد فرد آخر غير هذه الثلاثة فى الروايات الاخر فتكون تلك الروايات مقيدة لذلك باثبات القرن فيها أى عدم كون فرد آخر من عيوب السنة مقيد بالروايات المشتملة على عدها بأكثر من الثلاثة و باضافة القرن إليها .

ثم ان هذا من عجائب صاحب الحدائق ، حيث ان القرن و ان لم يذكر فى هذه الرواية فى طريق الكافى ، ولكنه مذكور فيها فى طريق الشيخ ، و الكافى و ان كان اضبط من التهذيب و لكن مع دوران الامر بين الزيادة و النقيصة يقدم ما هو مشتمل على الزيادة و هذا أول مرة صادفت باشتباه صاحب الحدائق و الاّ فهو اضبط على أنه ذكر القرن فى رواية ابن فضال ، و هى موثقة .

الجهة الثالثة : أن المحقق الاردببلى قد استشكل فى البرص أيضا بدعوى أنه و ان كان مذكورا فى تلك الروايات المستفيضة مع الجنون و الجذام و القرن من عيوب السنة و لكن قد ذكر فى رواية أخرى صحيحة التى تقدم فى خيار الحيوان أيضا أن العهدة فى البرص الى ثلاثة ايام فيقع التعارض بينها و بين الروايات المستفيضة فالمتيقن هو ان كونه موجبا للرد فى الثلاثة و أما فى غيرها فلا ، و هذا الذى ذكره الاردببلى ، و ان كان متينا و لكن

حيث كانت الروايات الدالة على كونه من عيوب السنة كثيرة ومستفيضة وكان فيها صحيح لصحيحة أبي همام ومحمد على بناء على كونه حلياً كما قال الاربيلى اظن أنه الحلي وموثقة كرواية ابن فضال وكانت هذه الروايات موضع الاعتماد للفقهاء وعلمهم بها يحصل الاطمينان من ذلك على صدق بعضها من الامام عليه السلام وتقدمها على تلك الرواية الدالة على كون العهدة في البرص على البايع الى ثلاثة ايام وعليه فيحتمل أن البرص قد حرف وأن ما صدر من الامام في مقام التكلم والافادة هو لفظ المرض ولكن هذا احتمال نحتمل من جهة معارضة لتلك الروايات الصحيحة التي نطمئن بصدور بعضها عن الامام عليه السلام والآفلو جرى مثل هذا الاحتمال في الروايات لجرى في جميعها وعليه لم يبق حجر على حجر .

تنبيه

في ج ١٢ ثل ، باب ٢ ، أقاسم العيوب من أبواب أحكام العيوب ، ص ٤١١ عن أبي همام قال : سمعت الرضا يقول يرد المملوك من احداث السنة من الجنون والجذام والبرص ، فقلت : كيف يرد من احداث السنة ؟ قال : هذا أول السنة ، فاذا اشتريت مملوكا فحدث به شيء من هذه الخصال ما بينك وبين ذي الحجة رددته على صاحبه ، فقال له محمد بن علي فالاباق قال : ليس الاباق من ذا الآ أن يقيم البينة أنه كان أبق عنده ، ثم قال : صاحب الوسائل ورواه الشيخ باسناده عن أحمد بن محمد بن عيسى ، عن أبي همام قال : سمعت الرضا عليه السلام يقول وذكر نحوه الآ أنه قال و البرص والقرن .

وفي ج ٢ التمهذيب ، ص ١٣٥ عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أبي

همام قال : سمعت الرضا عليه السلام يقول : يرد المملوك من احداث السنة من الجنون و الجذام و البرص ، فاذا اشتريت مملوكا فوجدت فيه شيئا من هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجة فرده على صاحبه ، قال محمد بن على : فابق ، قال : لا يرد الا أن يقيم البينة أنه أبق عنده .

و فى ج ١ فروع الكافى ، ص ٣٩٠ ، ذكر خبر أبى همام على النحو الذى ذكره فى الوسائل الى قوله ، و رواه الشيخ الخ ، و فى ج ١٠ الوافى ص ١١٠ ، ذكر الحديث عن أبى همام ناسبا الى الكافى و التهذيب ، كما فى الوسائل و لم يذكر القرن ، و على هذا فما ذكره فى الوسائل من أضافة القرن و نسبته الى الشيخ اشتباه منه ، نعم ذكر فى التهذيب القرن فى رواية اخرى .

الجهة الرابعة : أنه قد اشكل على الروايات المتشتملة على ذكر الجذام بانه يوجب انعناق المملوك بمجرّد حدوثة و معه كيف يرد على البايع بالجذام و قد وجهوا ذلك بوجوه لا يمكن المساعدة عليها فان من جملة الوجوه أن مادة الجذام يمكن أن تكون سابقة على البيع و تكون متكونة فى ملك البايع و ح يصح الرد اليه و لا ينعقد على المشتري و لكنه فاسد من جهة أنه يمكن أن يكون الجنون أمرا عارضا من جهة الوقوع من شاهر و نحوه بحيث يكون لخلل فى رأسه فيظهر له الجنون .

و التحقق : أن الروايات هنا متعارضة فان امكن الجمع الدلالى فهو ، و الا فلا بدّ و أن يرجع الى قواعد المعارضة و ذلك من جهة أن هذه الروايات المستفيضة انما تدل على أن الجذام من عيوب السنة ترد به الجارية ، ورواية السكونى دلت على أن الجذام يوجب العتق فمع قطع النظر عن القرائن الخارجية فتلك الروايات المستفيضة تقدم على رواية السكونى للاطمينان بصدور بعضها مع كون رواية السكونى ضعيفة و لكن حيث كان الحكم بالعتق مما تسالم عليه الاصحاب فيطمئن به الانسان باعتبار رواية السكونى فمقتضى الجمع

بينها هو تقييد رواية السكوني بهذه الروايات المستفيضة التي ذكر فيها الجذام، فتكون النتيجة أن المملوك اذا حدث فيه الجذام ينعقد الآ في صورة اشتراؤه من الغير فانه لا ينعقد الى سنة، بل يجوز له رد هالي بايعه. ثم انه هل هذا الحكم مختص بالسنة بحيث لو لم يرد هالي بايعه حتى خرجت السنة فلا ينعقد عليه أو ينعقد بعد خروج السنة فذكر بعضهم أن انعقائه بعد السنة يحتاج الى دليل آخر، بل لو بقي الجذام فيه كان كافيا في انعقائه كما هو واضح، وذلك لأن رواية سماعة شاملة للسنة وغيرها، و خرج من ذلك السنة وأن الجذام الحاصل فيها لا يوجب الانعقاد الى سنة وأما أنه يحتاج انعقائه بعد السنة الى دليل آخر فلا .

الجهة الخامسة: أن المشهور قد ذهبوا الى أن التصرف يكون مسقطا للخيار ومن البعيد أن يكون المملوك في ضمن هذه المدة خاليا عن التصرف فبه حتى بمثل اغلق الباب أو اسقنى الماء، ونحو ذلك وعليه فلا يمكن العمل بهذه الروايات على اطلاقها .

وفيه أنا قد ذكرنا سابقا أن التصرف على اطلاقه لا يكون مسقطا للخيار بل التصرف انما يكون مسقطا للخيار اما بكونه كاشفا عن الرضاء بالعقد أو لكونه احداث حدث أو يكون هنا دليل خاص عليه كالقبيل واللمس في الجارية وركوب الدابة ونحو ذلك، أما القسم الاول فهو تابع لكشف رضاء المشتري، ففي أى مورد استكشفنا ذلك فهو، والآ فلا، وأما القسم الثالث فهو أيضا مختص بموارد خاصة وهو خيار الحيوان فلا يكون جاريا في بقية الخيارات فكلما تحقق ترتب عليه الحكم والآ فلا، وأما القسم الثاني: فيقع التعارض بين ما دل على كون احداث الحدث مسقطا للخيار وبين هذه الروايات المستفيضة بالعموم من وجه حيث ان مفاد هذه المستفيضة أعم من حيث كون الجذام في ضمن الثلاثة التي هي زمان الخيار في الحيوان أو

بعدها الى سنة و مفاد ما دل على كون احداث الحدث مسقطا للرد أم بين أن يكون الحدث هو هذه الخصال الأربعة أى الجنون والجدام و القرن والبرص و بين أن يكون غير ذلك فيرجع فى مورد التعارض الى العمومات الدالة على لزوم العقد .

الجهة السادسة : قد عرفت سابقا أن فى موارد ثبوت العيب يثبت لمن له الخيار الردّ و اذا لم يردّ يجوز له مطالبة الأرش و على المشهور يكون من الأول مخييرا بين الأمور الثلاثة اما الرد أو الرضا بالعقد مجانا أو الرضا به مع الأرش .

و على كل تقدير فهل يثبت له مع عدم الرد فى ضمن السنة بالعيوب الثنوية أن يطالب الأرش أم لا ؟ و الظاهر أنه ليس له مطالبة الأرش بداهة أن الروايات الدالة على ثبوت خيار العيب للمشتري مع ظهوره بعد العقد قد اثبت جواز مطالبة الأرش مع عدم الرد مع كون ذلك ، أى مطالبة الأرش على خلاف القاعدة و من الواضح أن الروايات المستفيضة الدالة على جواز الردّ بالعيوب الثنوية ليس فيها تعرض بالأرش فلا يمكن الالتزام بمم كونه على خلاف القاعدة ، نعم لو قلنا الأرش ثابت على طبق القاعدة لكونه كالجزء من الثمن فمع نقص ما يقابله من وصف الصحة فيرد ذلك الجزء مع القول بأن ماد تلك العيوب الحادثة فى السنة انما هى ثابتة قبل السنة فللقول بالأرش مع عدم الرد وجه وجيه و لكن قد عرفت انفا أن الأرش ليس جزء من الثمن و الاّ كان البايع من الأول مشغول الذمة على ذلك ، مع أنه لا يثبت الاّ بالمطالبة .

و ثانيا : أن الأوصاف مطلقا لا تقابل بالثمن كما لا يخفى ، و أما الثانى فقد عرفت قبيل هذا أن عيوب السنة قد تعرض للعبد لعارض فى نفس تلك السنة من غير أن يكون مادتها قبل البيع كما هو واضح .

قوله : خاتمة في عيوب متفرقة .

أقول : قد ظهر الميزان الكلي في جواز الرد بالعيوب ولكن قد تعرض المصنف للعيوب المتفرقة فنتعرض لها تبعا له ، منها أنه ذكر في التذكرة أن الكفر ليس عيبا في المملوك و الظاهر أن الكفر ان كان مثل التوثن والتجسس فلا شبهة في كونه عيبا في الجارية لكونه مانعا عن الاستمتاع وأما اذا كان مثل التهود و التنصر فلا يكون لجواز الاستمتاع منها .

و توهم كون النجاسة فيهما عيبا واضح الفساد بدهاءة عدم كون المنافع المستفادة من المملوك منحصرًا بما يتوقف على الطهارة على أنه ليس بمسلمية النجاسة لكونه من أهل الكتاب و قد اشكل غير واحد في نجاستهم على أنه يمكن أن يكون العبد اليهودي مطلوبًا لبعض الناس فانه يرى أن واجبات العبد تشغله مقدارًا من الزمان فهو يريد أن لا يكون كذلك لكونه غير مبال في الدين كما تقدم ذلك في الخصي وكيف كان أن الكفر لا يوجب نقصان مالية المملوك فلا يكون عيبا يترتب عليه احكام العيوب، كما لا يخفى .

و منها أن يكون العبد أو الأمة محرمة الانتفاع على المشتري كما اذا كان ممن ينعقد عليه أو كانت الأمة اخت زوجته ، فانه لا يجوز الجمع بين الاختين أو كانت رضاعيا له ، وغير ذلك من الجهات المحرمة ، و لكن الظاهر أنه ليس بعيب لعدم نقص فيه ، بل المانع من قبل المشتري .

منها ما لو كان المبيع متهما بالوقفية و ان لم يثبت ذلك شرعا فان ذلك يوجب نقص ماليته و قلة رغبة الناس اليه ، و هذا واضح .

و منها الصيام و الاحرام و الاعتداد و لكن شيء من ذلك ليس بعيب . و منها كونه ناعما او ساحرا أو قاذفا و نحو ذلك ، و الظاهر أن هذه الأوصاف اذا كان بحيث ينجر الى الفتنة و الفساد فهي عيب فيه ، و الا فلا ، فانه لا يخلو منها نوع البشر احيانا و قل عبد يكون عادلا ، بل الاحرار كذلك .

القول فى الارش

قوله : القول فى الأرش .

أقول : ذكروا أن الأرش فى اللغة هو ما يؤخذ بدلا عن نقص مضمون ودية الجزء الفائت ولا شبهة فى اطلاقه على المقام وهو تفاوت القيمة بين المعيب والصحيح من الثمن أو المثنى ، وان كان الغالب أن ذلك يثبت فى المبيع فان الثمن غالبا يكون من النقود فلا يكون معيبا ولا داعى للبحث عن ذلك ، بأنه على نحو الاشتراك اللفظى أو المعنوى ، بل المهم هو التكلم فى جهات :

الجهة الاولى : فى ان الأرش هل يثبت فى المقام على طبق القاعدة ، أو على خلاف القاعدة لا شبهة فى أنه يجوز للبائع جبران عيب المبيع وانما الكلام فى أن للمشتري الزمامه على ذلك أو لا ؟ فان كان على طبق القاعدة فله الزمامه على ذلك ، والآ فلا ، الظاهر أنه يثبت على خلاف القاعدة ، فإنه لا دليل على كونه على حسب القاعدة أصلا فان الوجه فى كون الأرش على طبق القاعدة هو أن يكون وصف الصحة الذى يفقد فى المعيب أن يقابل بجزء من الثمن كما أن اجزاء المبيع تقابل بالثمن ، فكما أنه اذا فات جزء من المبيع ينقص من الثمن ما يقابله لانحلال الثمن الى كل جزء جزء ، وكذلك اذا فات من المبيع وصف الصحة فيكون الثمن ناقصا منه بمقدار ما يقابل من هذا الوصف ولكن لا دليل على ذلك من بناء العقلاء و الشرع أصلا .

أما بناء العقلاء فواضح ، فإنه ليس منهم بناء على كون وصف الصحة مقابلا بالثمن ليكون الأرش ثابتا على طبق القاعدة و مع عدم مقابله بالمال ليس هنا بناء آخر على الأرش و اخذ جزء من الثمن على تقدير انتفائه .

و أما من الشرع فلم يصل إلينا ما يدل على ذلك، وعليه فلا دليل على كون وصف الصحة مقابلاً بالمال ليلزم من انتفائه كون الأرش على طبق القاعدة ومن هنا لو لم يطالب المشتري الأرش لم يكن البايع مشغول الذمة على ذلك مع أنه لو كان وصف الصحة يقابل بجزء من الثمن لكان البايع مع عدم التفات المشتري إلى ذلك وعدم مطالبته مشغول الذمة على ذلك، مع أنه ليس كذلك، فيعلم من جميع ذلك أن الأرش لم يثبت على طبق القاعدة، بل هو ثابت بعنوان الغرامة لدليل خاص يقتضيه، ومن هنا لو وقعت المعاوضة بين المعيب والصحيح وكانا من جنس واحد ربوي لا يلزم الربا مع أن الصحيح زائد عن المعيب بوصف الصحة، ولو زاد على المعيب في مقابل وصف الصحة شيء لزم منه الربا فيعلم من ذلك أن وصف الصحة لا يقابل بالمال، وهذا بخلاف ما كان جزءاً من المبيع ناقصاً فإنه يقابل بالمال فيكون البايع مع عدم رجوع المشتري إليه بغير التفات مشغول الذمة وهكذا فيكون نقصان الثمن هنا على طبق القاعدة كما هو واضح .

وعلى الجملة لا دليل على كون ثبوت الأرش على طبق القاعدة فيكون ثبوته على خلاف القاعدة فيكون الثمن بأجمعه ملكاً للبايع بمجرد البيع وعلى هذا فلا يلزم من انتفاء الوصف الآخر تخلف الوصف والشرط، فإن مرجع تخلف الوصف إلى تخلف الشرط ولكن التزم السيد (ره) في حاشيته بأن الأرش على طبق القاعدة مع تسليمه جميع ما ذكرنا من عدم كون الوصف يقابل بالمال ونحو ذلك بدعوى أن للمعاملة مرحلتان مرحلة الظاهر والانشاء و مرحلة اللب ولا شبهة أن وصف الصحة وإن لم يقابل بالمال في المرحلة الأولى ولكنه يقابل بالمال في المرحلة الثانية بمعنى أن زيادة بعض الثمن إنما هي بلحاظ الوصف المذكور فتنام الثمن في عالم الانشاء جعل في مقابل نفس العين وليس شيء منه في مقابل الوصف لكن في عالم اللب بعض ذلك الثمن

الذى جعل فى مقابل نفس العين مقابل للوصف فاذا فرض تخلفهوجب على البايع أن يغرم مافات من المشتري و ما اغترم فى عالم اللب بملاحظة ذلك الوصف فبالتخلف لا يلزم الانفساخ لأن الفرض كون الثمن فى مقابل العين المفروض وجودها و لكن لما كان المشتري قد اغترم من جهة ذلك الوصف و أعطى ما لا مقابل له فى ذلك العالم له أن يرجع على البايع وله أن لا يرجع و لذا لا تشتغل ذمة البايع على الأرض من حين العقد ، بل من حين المطالبة كما هو واضح .

أقول : لا نفهم معنى محصلا لذلك فانه كلام شبيه بالعرفان فانه ليس لمعاملات عالمان عالم الظاهر و عالم الباطن ، بل ذكرنا مرارا أنها أمور اعتبارية و حقيقتها قائمة بالاعتبار فما وقع فى مقابل الثمن من العين واقع فى مقابله ظاهرا و لبا كالأجزاء مثلا فما لم يقع فى مقابل الثمن لا يقع فى مقابله أيضا ظاهرا و لبا كأوصاف الصحة .

وعلى الجملة فللمعاملات جهة واحدة لا جهات كثيرة ، نعم قد يكون الأوصاف داعية الى زيادة الثمن فى عالم اللب و لكنها غير مختصة بأوصاف الصحة ، بل تجرى فى أوصاف الكمال أيضا فان جميع الأوصاف داعية الى الثمن كما هو واضح .

وعلى هذا فالأوصاف لا تقابل بالمال أصلا نعم هى موجبة لزيادة المالية ، بل تكون فى بعض الاحيان تامة المالية بذلك بحيث لا تكون للمادة مع قطع النظر عن الصورة و الوصف مالية أصلا و مع ذلك لا يكون الوصف مقابلا بالمال .

وعلى هذا فالأرض ليس على طبق القاعدة ، بل هو غرامة انما ثبتت بالاخبار الخاصة و على هذا فلا بد فى كيفية ثبوته من الرجوع اليها من انه هل هو التفاوت بين المعيب و الصحيح واقعا أو هو التفاوت بين الصحيح

والمعيب بالنسبة الى هذه المعاملة .

والاخبار الواردة في المقام على ثلاث طوائف فان في بعضها أنه يرد قيمة العيب وبعضها مشتمل على أخذ أرش العيب وبعضها مشتمل على استرداد مقدار العيب من الثمن وقد اشار السيد الى هذه الاخبار في حاشيته وظاهر جميع ذلك وجوب رد تمام قيمة العيب في هذه المعاملة ان كان قد دفع المشتري الثمن الى البائع ونقص مقدار العيب من الثمن ان كان لم يدفع الثمن اليه بعد .

والحاصل : أن المراد من التفاوت تارة يكون هو التفاوت ما بين الصحيح والمعيب ، بالفعل أى عند ظهور العيب من غير ملاحظة التفاوت بينهما حال العقد بأن تقوم الجارية مثلا بالنسبة الى القيمة الواقعية خمسين ديناراً صحيحة وخمسة وعشرون ديناراً معيبة وكان أصل الثمن خمسة وعشرون ديناراً فإنه لو كان المراد من رد التفاوت ما بين الصحيح والمعيب بحسب القيمة الواقعية كان اللازم هو رد تمام القيمة وهو خمسة وعشرون ديناراً ، بل ربما يلزم رد الزائد عن أصل القيمة وهذا لا يمكن الالتزام به لا من جهة لزوم الجمع بين العوض والمعوض فانه لا محذور فيصع دالة الدليل كما ثبتت نظير ذلك في جناية العبد فان الجناية لها مقدر شرعاً وربما يكون ذلك المقدار ازيد بمراتب من قيمة العبد لكونه مريضاً أو هرمياً أو نحو ذلك فهل يتوهم أحد ان هنا يلزم الجمع بين العوض والمعوض ، بل المأخوذ انما هو بعنوان الغرامة فلا بأس بكونه أزيد من القيمة كما هو واضح على انك قد عرفت أن الاوصاف لا تكون مقابلة بالثمن وانما الثمن قد وقع في مقابل العين وعليه فيكون المردود لأجل نقصان الوصف غرامة لا قيمة حتى يلزم الجمع بين العوض والمعوض كما هو واضح .

نعم ، بناء على كون الاوصاف تقابل بالثمن يلزم ذلك فان الأرش للمأخوذ

يكون أزيد من الثمن الذى يقع فى مقابل الوصف فيلزم الجمع بينهما و هذا هو الحل فى عدم لزوم الجمع بينهما فى باب الجناية أيضا ، بل المانع عن هذا الاحتمال هو عدم ظهور الاخبار فيه وعدم مساعدة الفهم العرفى على ذلك حيث ان الظاهر منها وبمقتضى الفهم العرفى هو أن التفاوت هو التفاوت بين المعيب والصحيح بالنسبة الى هذه المعاملة فان الفهم العرفى قاض بان المشتري لا بد له أن يطالب من البائع ما نقص عليه من قيمة العين بالنسبة الى هذه المعاملة لكونها ربطا بينهما و أما القيمة الواقعية فلا ترتبط بينهما أصلا و يؤيد ذلك التعبير برد جزء من الثمن فى بعض تلك الاخبار مع انك قد عرفت أن التفاوت بالنسبة الى القيمة الواقعية قد يكون ازيد من مجموع الثمن فلا تصل النوبة الى رد جزء من الثمن .

و أما ارادة التفاوت بالنسبة الى القيمة الواقعية لا وجه له كما لا وجه للجواب عنه بحمل الاخبار على الغالب من عدم تفاوت القيمة السوقية مع اقل القيمة حال العقد من جهة كون الرد بقريئة على ذلك كما صنعه المصنف أى يكون التعبير بالرد من الثمن قريئة على أن المراد من التفاوت هو التفاوت بالنسبة الى هذه المعاملة و الا قد لا يكون هنا رد كما فى المثال الذى ذكره المصنف و ذلك لاحتمال أن يكون الرد أيضا محمولا على الغالب كما هو واضح .

و على الجملة هنا احتمالان :—

أحدهما : أن يكون المراد من التفاوت هو التفاوت ما بين الصحيح و المعيوب بالنسبة الى هذه المعاملة .

والثانى : أن يكون المراد هو التفاوت بالنسبة الى القيمة الواقعية و اطلاق الأخبار وان كان يشمل كليهما و لكن مقتضى الارتكاز العرفى ينصرفه الى الشق الأول فتكون ظاهرة فيه كما هو واضح .

ومن هنا تعرف ما فى عبارة المصنف من الخلط حيث انه اشار الى الاحتمال الثانى بقوله ، نعم ظاهر كلام جماعة من القدماء كأكثر لنصوص توهم ارادة قيمة المعيب كلها فان هذا الاحتمال و مورد ارادة قيمة المعيب كلها لم يقل به احد كما هو واضح والظاهر أن النسخة الصحيحة هو قيمة العيب ومع ذلك لا يصح لمكان كلمة ازيد بعده .

والحاصل : قد ذكرنا سابقا أن الثابت بحسب بناء العقلاء هو كون المبيع واجدا لوصاف الصحة وأنها معتبرة فيه مع السكوت عن الاشتراط و اذا كان كذلك أو اشترط المشتري ذلك على البايع فلا شبهة فى أنه يشبث للمشتري خيار تخلف الشرط لذلك ، فان بناء العقلاء على اعتبار الوصف .
و أما الأرش فلم يشبث بناء من العقلاء على ثبوت الأرش و الآ لكان البايع مشغول الذمة من الأول و ليس كذلك بل يكون الثمن باجمعه ملكا للبايع ، بمجرد البيع ، و مما يؤيد ذلك ما ذكرناه فى أول الخيارات من أن الأرش لا يشبث ابتداء ، بل انما يشبث مع عدم الرد ، و فى طوله مع أنه لو كان الأرش على القاعدة لكان ثابتا من الأول و كان المشتري مخيرا بين الردّ و الأرش ، من الاول فلا بدّ ح من الرجوع الى الأخبار و الظاهر منها بحسب الفهم العرفى هو أن المشتري يأخذ التفاوت فيما بين الصحيح و المعيب بالنسبة الى هذه المعاملة لا التفاوت بحسب القيمة الواقعية .

و من هنا لم يذهب احد الى ذلك و ان كان ظاهر الأخبار بحسب النظرة الأولى يساعد على الاحتمال الثانى و لكن يزول بالتأمل فيها فان المفروض فى هذه الأخبار عدم وجود الخلل فى المعاملة من غير جهة العيب كالخبث و نحوه فتكون المعاملة المفروض فيها كون المبيع معيبا محمولة على المعاملة المتعارفة و هى أن يكون ذلك بثمن متعارف فاذا كان هنا أرش فنسئل عن حكم ما يكون الثمن فيه قليلا بان اشترى المشتري المبيع الذى

يسوى بخمسين بخمسة كما يتفق ذلك احيانا أو اشتراه بثمن متعارف ولكن ترقى وكان بقيمة أعلى الى زمان ظهور العيب، فان قلنا بكونه خارجا عن حدود هذه الأخبار بحيث لم نلتزم بالأرض هنا .

وقلنا أن الأرض انما هو فى المعاملات المتعارفة لكون الأخبار ناظرة الى حكمها فهو بعيد فلا يمكن الالتزام به .

وان قلنا أن الأخبار انما هى تبين حكم المعاملات المتعارفة من جهة كونها هى الغالب لا أنها مختصة بها ، بل هى تبين الميزان الكلى فى جميع المعاملات فالمعاملات الغير المتعارفة أيضا على حسب المعاملات المتعارفة فيكون المناط فيها هو ملاحظة أصل الثمن وأخذ التفاوت بالنسبة الى أصل الثمن بحسب نسبة التفاوت الى القيمة الواقعية .

وعلى الجملة المفهوم من هذه الروايات هو الرجوع الى التفاوت بين الصحيح والمعيب بحسب أصل ثمن المعاملة نسبة التفاوت الى الصحيح والمعيب الى القيمة الواقعية على أنه هو المشهور بين الاصحاب ، بل لم يذهب الى الاحتمال الرجوع الى التفاوت بحسب القيمة الواقعية أحد .

الجهة الثانية : فى ان الأرض هل يجب أن يكون من نفس الثمن أو يجوز أن يكون من غيره أيضا الظاهر أنه لا يجب أن يكون نفس الثمن فانه بعد ما قلنا أن الأرض أمر ثبت على خلاف القاعدة فليس ثابتا على طبق القاعدة لا يلزم أن يكون من نفس الثمن فان الثمن يكون ملكا للبائع بمجرد العقد فلا دليل على اجبار البائع على اعطاء الأرض من ذلك المال الخاص وانما هو غرامة ثبتت بدليل خاص للبائع ان يعطيه من غير الثمن أيضا ولكن المتوهم من بعض الروايات أنه لا بدّ وأن يكون الأرض من نفس الثمن خصوصا من رواية زرارة التى هى المستند لنا فى خيار العيب وقد عبر عنها المصنف بالصحيحة حيث ذكر فيها أنه يضع له من ثمنها بقدر عيبها ولكن هذا التوهم

فاسد فان المفروض فى هذه الرواية و امثالها أن الثمن لم يرد الى البايع بل هو عند المشتري بعد و عليه ان الثمن قد يكون كلياً كما هو الغالب فان البايع يبيع متاعه بالثمن الكلى نوعاً و لا يعين ثمناً خاصاً شخصياً ، فعلى الأول يقع هنا تهاتر قهرى حيث ان المشتري يطلب مثل ما يطلب منه البايع فبمقدار الأرش يقع التهاتر كما هو واضح .

و عليه فيصح ان يقال يضع له من الثمن بقدر العيب و ان كان الثمن شخصياً كما هو غير الغالب و ح و ان كان ما يطلبه البايع من المشتري عيناً شخصية و يجوز للمشتري ان يدفعه الى البايع ثم يطلب منه حقه و لا يكون هنا تهاتر قهرى و لكن لا يجب عليه ذلك بل له أن يطبق الكلى الذى يطلب من البايع على هذا الشخص المعين الخارجى كما هو واضح .

و كيف كان لا شبهة فى أن الأرش غرامة على ذمة البايع بعقد مطالبة المشتري فلا يتعين أن يكون من عين الثمن .

نعم ، بناء على كون الأرش على طبق القاعدة لزم أن يكون من عين الثمن كما هو واضح ، و أما فى بقية الروايات فالمذكور فيها هو أن يرد البايع على المشتري فضل ما بين الصحيح و المعيب و ليس فيها ما يشعر بكون الردود من الثمن .

الجهة الثالثة : هل يعتبر أن يكون الأرش من النقود أو يكفى كونها غيرها ايضاً ؟ الظاهر من الأخبار الدالة على ثبوت الأرش هو أن يكون ذلك من النقود فان الاستفادة من مجموعها هو أن البايع يرد التفاوت ما بين الصحيح و المعيب سواء كان المراد من التفاوت هو التفاوت بالنسبة الى القيمة الواقعية أو بالنسبة الى هذه المعاملة الخاصة و من الواضح أن التفاوت انما يعلم بالمالية المحضة فان تقويم الاشياء و العلم بقيمتها انما هو بما ليتها و ما هو متمحض بالمالية فقط ، انما هو النقود فيكون الثابت بالأخبار هو

النقود ، فالإكتفاء بغيرها يحتاج الى دليل فلم يثبت ذلك حتى لو كان الثمن من الأعيان فانه مضافا الى ما ذكرناه أنه لم يتعارف أن يقطع من الفراش الذى نفضه ثمننا لشيء زراعا بعنوان أنه أرش .

نعم اذا رضى المشتري بذلك فلا بأس به وان كان الأرش من غير جنس الثمن ، سواء كان الثمن عينا أو نقدا .

ولكن يبقى البحث فى أنه مع رضاء المشتري يكون الارش عينا هل يكون الأرش هو ذلك الشيء ابتداء كما فى حاشية السيّد أو بدله فانه بناء على الثانى تكون هنا معاوضة ضمنية والآ فىكون الثابت هو الأرش وهذا البحث لا تمر له (و تظهر ثمرته فيما اذا اشترط شيء فى ضمنه فانه بناء على المعاوضة لا يكون للشروط ابتدائيا والآ فىكون ابتدائيا مقرر) الآ عمليا ومع ذلك نقول ان الأرش وان كان على خلاف القاعدة ولكن قلنا ان اللازم على البايع هو اعطاء النقد وعليه فالرجوع الى غير النقد ولو كان رضاء المشتري يحتاج الى معاوضة جديدة فىكون الثابت أولا بعنوان الأرش هو النقد ثم يبدل ذلك بالمتاع بحسب رضاء المشتري بعنوان المعاملة الجديدة ويكون ذلك تجارة اخرى عن تراض .

الجهة الرابعة : أنه ذكر المصنف (ره) (أنه قد تبين مما ذكرنا فى معنى الأرش أنه لا يكون الآ مقدارا مساويا لبعض الثمن ولا يعقل أن يكون مستغرقا له) هذا هو المتعين والوجه فى ذلك أنا وان ذكرنا مرارا أنه لا دليل على اعتبار المالية فى المبيع ، بل يمكن بيع غير المتمول لغرض شخصى عقلاى قد تعلق بذلك كما اذا اشترى خط أبيه بقيمة جزاف مع عدم رغبة أحد اليه لغرض له لحفظ خط أبيه فانه مع عدم كونه من الاموال جازله شرائه الآ أنه مع ذلك لا مناص عما ذكره المصنف هنا من عدم معقولية استيعاب الأرش القيمة بحيث تبقى العين للمشتري بلا قيمة ، و ذلك لأن المستفاد من

أخبار الأرش هو ردّ مقدار من الثمن أى بمقدار الذى نقصه العيب على حسب المتعارف فان النقصان انما يعلم بحسب يقيم أهل الخبرة من أهل العرف ومن الواضح أنه لا يتحقق ذلك الآ فى الاشياء التى هى أموال فى نظر العقلاء فان غير الأموال لا قيمة لها عند العقلاء حتى يتقوم عندهم ويرد ما ينقصه العيب وان كان لها قيمة عند المشتري بحسب النظر الشخصى فيكون مورد الأرش بحسب هذه الأخبار هى الاموال وعلى هذا فكلما ينقص من المال بحسب العيب فلا بدّ وأن يبقى للمعيب شىء من الثمن ، فان المفروض هو ملاحظة التفاوت بحسب هذه المعاملة لا بحسب القيمة الواقعية وعلى هذا فلا يعقل ان يكون الأرش مستوعبا لجميع الثمن كما ذكره المصنف .
و حاصل : الكلام فى الجهة الأولى هو أنه قد ذكرنا سابقا أن أوصاف الصحة ما هو معتبر فى العقد سواء ذكرت عند العقد أم لم يذكر، وبهذا يفترق الحال بينها وبين أوصاف الكمال وعلى كل تقدير رأى سواء ذكرت فى ضمن العقد أم لا ؟ فيلزم من تخلفها خيار تخلف الوصف و الشرط ان اعتبر فى المبيع ذلك بحسب الارتكاز وبناء العقلاء ومن الشروط الضمنية فيكون تخلفه موجبا للخيار كما هو واضح .

و أما أنه هل يوجب ثبوت الأرش أو لا يوجب ذلك وقد ذكرنا أنه أى الأرش لا يثبت بحسب بناء العقلاء أصلا ، بل هو أمر تعبدى محض وغرامة خاصة قد ثبت بالتعبد الشرعى وأما كيفية ثبوته من أنه هو التفاوت بين الصحيح والمعيب بحسب القيمة الواقعية أو التفاوت بينهما فى هذه المعاملة بأن يقوم الصحيح والمعيب وتؤخذ نسبة ذلك التفاوت من أصل الثمن وأما هذه الكيفية فلم تظهر من الاخبار ، بل الظاهر من بعضها دوا هو الاحتمال الأول وان كان بعضها ساكتا عن ذلك ، بل يدل على أخذ ما نقصه العيب .
و أما ما فى بعض الأخبار من أنه يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان

كان فيها كما فى رواية ابن سنان و يضع له من ثمنها بقدر عيبها كما فى رواية زرارة و فى روايات أخرى أيضا يردّ عليه بقيمة أو بقدر ما نقصه العيب فربما يتوهم منها أن المراد من الثمن هو الثمن فى هذه المعاملة بدعوى أن ردّ مقدار من الثمن قرينة على أن المراد منه ذلك فانه هو الذى اعطاه المشتري للبايع فحكم الامام عليه السلام برد مقدار الثمن يكون قرينة على أن المراد هو ذلك الثمن و لكن لا ظهور فيها فى أن المراد من التفاوت هو التفاوت بين الصحيح والمعيب بحسب ثمن العين فى هذه المعاملة و ذلك فان هذه الأخبار باجمعتها انما تبين حال المبيع صحيحه ومعيبه بحسب القيمة المتعارفة و ذلك لأن المفروض فيها أن المعاملة لا محذور فيها من بقية الجهات من حيث الغبن وغيره الاّ من حيث اشتغال المبيع على العيب و من الواضح أن الغالب فى المعاملات الواقعة على الميزان المتعارف و لم نشتمل على الغبن و نحوه هو تساوى قيمة المبيع بالنسبة الى هذه المعاملة و الى القيمة الواقعية و على هذا فحكم الامام عليه السلام برد مقدار من الثمن أو وضعه من جهة الغلبة و ان الغالب هو تساوى القيمة الواقعية مع قيمة هذه المعاملة .

و بعبارة أخرى أن هذه التعبيرات و ان كان الظاهر منها أن المردود لا يكون اكثر من أصل الثمن لمكان قرينية كلمة الرد و الوضع فى ذلك و أن هذا لا يكون الاّ فى ثمن العين بالنسبة الى هذه المعاملة لأن التفاوت بحسب القيمة الواقعية ربما يكون أزيد من أصل ثمنها بالنسبة الى هذه المعاملة و لكن نقول أن هذا لا يدل على ذلك فان الغالب هو تساوى القيمتين فى المعاملات المتعارفة الغير الواقعية على الغبن و نحوه بل هو من جهة تساوى القيمة الواقعية للعين مع قيمتها فى هذه المعاملة فلأجل هذه التساوى يكون ردّ التفاوت ما بين الصحيح والمعيب بحسب القيمة

الواقعية رداً لمقدار من الثمن الذي هو التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب هذه المعاملة ولا يخفى أن الغلبة التي ندعيها في المقام ليس هو غلبة الأفراد و الآ فلا يجوز حمل المطلق على الفرد الغالب، بل الغلبة من جهة أن هذه الروايات تبين حكم المعاملة مع فرضها حاوية لبقية الجهات كما هو المفاهم العرفي و الآ فمجرد تساوي القيمتين بحسب الخارج لا يجوز حملها على الغالب.

و بعبارة أخرى أن ورود الروايات إنما هو لاجل بيان حكم المعيب فقط فلا بدّ و أن يفرض أن المعاملة من بقية الجهات تامة و على هذا قل ما تكون قيمة الواقعية غير مساوية مع قيمة العين في هذه المعاملة، و أما الفرض النادر و هو أن يكون قيمة المبيع في هذه المعاملة أقل بمراتب من القيمة الواقعية أو اضعاف قيمة العين بحسب القيمة الواقعية فهو خارج عن محط الروايات و هذا هو محل الكلام في المقام من أنه مع الاختلاف فالقاعدة في أخذ الأرش هل هو التفاوت بحسب القيمة الواقعية أو بحسب هذه المعاملة ؟ و هذا فالالتزام بأن الأرش مختص بخصوص المعاملات المتعارفة التي كانت القيمتان فيها متساويتين بعيد جداً ، بل لم يلتزمه أحد فيما نعلم من العامة و الخاصة.

و لم يعهد من أحد ان يلتزم بثبوت الأرش في المعاملات فقط و عليه فحكم المعاملات المتعارفة إنما هو معلومة بهذه الأخبار و أنها مسوقة لذلك و حكم المعاملات الغير المتعارفة التي كان الثمن فيها قليلاً جداً أو كثيراً كذلك و لم يكن متوسطات معلومة بالقطع بعدم الفرق بينها و بين المعاملات المتعارفة هذا فاغتنم.

و السّر في ذلك و أن المراد من القيمة ليست القيمة الواقعية ، بل القيمة في هذه المعاملة سواء في المعاملات المتعارفة كما هو يقتض الأخبار

أو فى المعاملات الغير المتعارفة كما هو مقتضى القطع والسرهوأن الضمان هنا أى الضمان بالأرش ليس هو ضمان اليد بحيث يكون ذلك بمقتضى اليد التى ثبتت على مال الغير وتلفت تحتها كما اذا أخذ دابة أحد بغير اذنه وكسر رجله أو متاعه فاتلفه ، فان الضمان هنا ضمان يد ، فلا بدّ وأن يخرج التالف عن عهدة للمتلف ، فيقوم ذلك و تؤخذ منه القيمة الواقعية وفى فرض التعيب يؤخذ منه التفاوت بين الصحيح والمعيب بحسب القيمة الواقعية فان المال على قيمته الواقعية داخله تحت ضمان اليد فيخرج من عهده و ليس ذلك الضمان ضمان المعاوضة أيضا بأن يكون ذلك مضمونا بحسب المعاملة أيضا كما اذا اشترى عشرة امانان من الحنطة كلية وأسلم البايح تسعة امانان فان منا واحدا هنا مضمون على البايح ضمان معاملة فلا بدّ له من تسليمه الاّ اذا كان المبيع شخصا فانه لا يلزم تسليمه فان الموجود الخارجى الشخصى الذى هو مبيع قد باعه البايح بما أنه عشرة امانان فظهر تسعة فيكشف من ذلك عدم وجود المبيع أصلا بالنسبة الى من واحد وهكذا فى كل مورد يكون جزء من المبيع ناقصا فان ضمان البايح لذ لكضمان معاملى أى بحسب اقدمه على بيع ذلك صار ضامنا له .

و أما عدم كون ضمان الأرش ضمان يد فواضح لعدم دخوله تحت ضمان البايح باليد بحيث يكون المبيع ملكا للمشتري وأخذه البايح عدوانا وأوجب نقصا فيه ليكون ضامنا حسب ضمان اليد و أنها عدم كونه من قبيل ضمان المعاوضة فلعدم كون الوصف مقابلا بالمال حتى يكون البايح ضامنا ضمان معاملى مع ظهور المبيع فاقد للوصف ، بل الضمان هنا نحو آخر غيرهما فهو فى حكم ضمان المعاملى ، فان غاية ما يستفاد من هذه الاخبار أن وصف الصحة بمنزلة الجزء الذى يقابل بالمال ، لا حقيقة لما عرفت أن الوصف فى الحقيقة لا يقابل بالمال ، بل حكما أى كما أن مقتضى نقصان الجزء يوجب

نقص الثمن بمقداره، و هكذا نقصان الوصف يوجب نقص مقدار من الثمن و على هذا فيكون الناقص بملاحظة أصل الثمن كالنقص الجزئي ، فان هذا لا يريد عما هو في حكمه فتكون القيمة ح هي القيمة بالنسبة الى هذه المعاملة ، و الذي الجائي على هذا أنه لم يذهب أحد من العاملة و الخاصة الى أن المراد من القيمة هنا هي القيمة الواقعية ليكون التفاوت باعتبارها فيكون ذلك قرينة على عدم فهمهم ذلك من الأخبار ، بل انهم فهموا القيمة في هذه المعاملة كما هو واضح .

و قد عرفت أنه ذكر المصنف (ره) أنه لا يعقل أن يكون الأرش مستوعبا للثمن و قد عرفت وجهه ثم فرض موردا لذلك في حصول العيب قبل القبض أو بعده ، و في زمان الخيار بناء على كون الضمان فيهما على البايح . و قال ((نعم ، ربما يتصور ذلك فيما اذا احدث قبل القبض أوفى زمان الخيار عيب يستغرق للقيمة مع بقاء الشيء على صفة التملك بناء على أن مثل ذلك غير ملحق بالتلف في انفساخ العقد به ، بل يأخذ المشتري أرش العيب و هو هنا مقدار تمام الثمن)) و عليه فتبقى العين في ملك المشتري ان كانت اضافة الملكية باقية و ان خرجت عن المالية و الا فتبقى تحت حقه فتكون العين متعلقة لحقه و لا تكون راجعة الى البايح، ثم اشكل عليه بان الحال قبل التلف مشكل .

أقول : لا ربط لهذه الصورة بالمقام أصلا بدهاة أن كلامنا في الأرش و مورده على ما يستفاد من الاخبار هو ان يكون الشيء معيبا قبل العقد كما ينادى بذلك رواية زرارة ايما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار الخ ، فان الظاهر منها ان العيب كان موجودا فيه قبل العقد و لا شبهة أن العيب الحادث في زمان الخيار أو قبل القبض خارج عن مورد أخبار الأرش و على هذا فان قلنا بكون العين في ذلك مضمونه على البايح فيحكم بضمانه بمعنى

أن المعاملة تنفسخ و يأخذ المشتري الثمن من البايع و يأخذ البايع العين من المشتري و أن لم يكن مالا ، بل و ان لم يكن ملكا أيضا بحيث خرجت عن الاضافة المالية و الملكية لا أن المشتري يأخذ الأرش و تبقى العين تحت يده أيضا كما هو مقتضى قانون أخذ الأرش و اذا فالضمان هنا ليس ضمان ارش ، بل ضمان خاص أجنى عن الأرش و يفترق عنه بانفساخ العقد و رجوع العين الى ملك البايع ان كانت اضافة الملكية باقية و الآ فتكون متعلقة لحقه فافهم .

نعم ، يمكن تصوير ذلك بأنه اذا اشترى متاعا بثمن ككتاب شرح اللعمة و ظهر معيبا بحيث لو اصلح ذلك و ابقيت ماليته ليكون صحيحا كان مصرفه اكثر من أصل قيمة المعيب أو اشترى عبدا و ظهر مريضا وكانت قيمته خمسين دينارا و لكن كان مصرف مرضه بحيث يكون صحيحا مائة دينار فيكون الأرش فى مثل هذه التصورات اكثر من قيمة أصل المعيب .

و لكن الظاهر أن هذا أيضا لا تخلو عن المناقشة بداهة أنه مع ذلك أيضا لا تسقط العين عن المالية بالكلية بل هى باقية على ماليتها بمقدار فانها تقوم صحيحة و معيبة فعلا و يؤخذ نسبة التفاوت ما بينهما من أصل الثمن لا أن مجموع قيمة الصحيح يؤخذ من البايع حتى يكون مستوعبا .

و على الجملة فلا نعقل صورة يكون الأرش فيها مستوعبا للثمن . و بعبارة أخرى أن ما تصلح به العين المعيبة و ان كان يستوعب الثمن أو يكون أكثر منه الآ أنه مع ذلك لا تخرج العين عن المالية ، بل لها قيمة أيضا فلا يكون الأرش مستوعبا للثمن كما هو واضح و ليس ذلك مثل الاعيان التى لا مالية لها و تسقط عنها كالخل الذى لا حموضة فيه .

ثم انه ذكر المصنف أنه يظهر من العلامة فى كتبه أنه يلتزم بالأرش المستوعب فى العيب المتقدم على العقد فانه ذكر العلامة (ره) فى كتبه

مسألة بيع العبد الجاني الى أن قال و للمشتري الفسخ مع الجهل فيرجع بالثمن أو الأرش فان استوعب الجناية القيمة و الأرش ثمنه أيضا فان الظاهر من هذه العبارة أن في صورة عدم الفسخ يكون الأرش الذى يأخذه من البايع للعيب الذى هو الجناية بمقدار الثمن فلذا عبر بكلمة أيضا غاية الامر أنه على المبنى الذى ذكرناه من كون الأرش غرامة يكون مساويا للثمن و لا يكون نفس الثمن و أما بناء على كون الأرش جزء من الثمن كان الأرش يعينه تمام الثمن .

أقول : تحقيق الكلام فى هذا الفرع الذى ذكره العلامة (ره) فى كتبه هو أن الجناية الصادرة من العبد على قسمين لأنها قد تصدر منه خطأ و قد تصدر منه عمدا ، أما الأول فلا شبهة فى أن العبد لا يكون متعلقا لحق المجنى عليه أصلا ، بل دية الجناية على المولى اذا كان موسرا ، نعم اذا كان معسرا و لم يقدر على اعطاء الدية كان للمجنى عليه أن يستوفى ذلك من نفس العبد بأن يسترقه ان كانت الجناية مستوعبة و الا يسترق بعضه هذا بالنسبة الى المجنى عليه و أما المشتري فان كان عالما فلا شىء على البايع لأنه قد اقدم بذلك مع علمه و رضاه ، فلا يرجع الى البايع و ان كان جاهلا و لم يكن المولى معظيا للدية لاعساره فاسترقه المجنى عليه من المشتري فيرجع المشتري ح على البايع بما اغترمه للمجنى عليه وهذا واضح . و أما الجناية العمدية فهى توجب كون العبد بنفسه متعلقا لحق الغير و من هنا يجعلون من جملة الحقوق حق الجناية و فى هنا أيضا لا يكون البيع باطلا مع وقوعه بدون اجازة المجنى عليه لما قد عرفت فى البيع أن كون شىء متعلقا لحق الغير كحق الرهن و الجناية و نحوهما لا يمنع عن صحة البيع سواء أجاز ذوالحق ذلك أم لا ، فان غاية الأمر لما يستوفى حقه من العين اينما وجدها و أما بطلان البيع فلا ، و الفرض أن العين فى

ملك البايع أيضا فليس ملكا للمجنى عليه ، بل له أن يسترقها و يدخلها فى ملكه لا أنها تصير ملكا له بمجرد الجناية و أما المشتري فهو مع علمه بالحال ليس له شىء لأنه مع علمه بالحال قد اقدم على ذلك و أما مع الجهل فله الفسخ أو مطالبة الأرش .

و توهم سقوط المملوك عن المالية فى صورة الجناية العمدية مع جهل المشتري لكونه معرضا للخطر فاسد فانه لو كان كذلك كان للعلامة أن يحكم بالبطلان فى صورة العلم مع أنه لا يحكم بذلك فلاحظ كلامه و الوجفى ذلك أنه ممن يعتبر المالية فى المبيع و ان لم نعتبرها فى ذلك على أن توهم سقوطه عن المالية بلا وجه فان مجرد احتمال أن المجنى عليه يستوف حقه منه بقتله و نحوه لا يخرج عن المالية لاحتمال أن لا يستوفى أصلا ، فافهم .

قوله : مسألة : يعرف الأرش .

أقول : لما عرفت أن النقص لعيب و عوار يوجب جواز مطالبة المشتري الأرش من البايع .

و أما طريق معرفته انما هو بمعرفة قيمتى الصحيح و المعيب ليعرف التفاوت بينهما فيؤخذ من البايع بنسبة ذلك التفاوت هذا اذا كانت القيمة معلومه .

و أما اذا لم تكن القيمة معلومة فلا بدّ من الرجوع الى العارف بها وقد قسم المصنف ذلك الى ثلاثة اقسام :

الأول : أن تكون القيمة معروفة و معلومة عند أهل البلد من غير احتياج فى معرفتها الى أهل الخبرة و لكن البايع و المشتري جاهلان بها فيسئلان ممن هو عارف بها و يخبر عن القيمة المتعارفة بين الناس بأن يخبرون أن هذه الحنطة فى السوق يباع كذا و هذا القسم داخل فى الشهادة فيعتبر فيها التعدد .

القسم الثاني : أن لا تكون القيمة معلومة في السوق لعدم وجوده فيه أصلاً ، و يخبر المخبر عن القيمة بحدته من جهة ملاحظة اشباهه و نظائره و ان كان من غير جنسه لأنه من اهل الخبرة يعرف قيمة الأشياء بملاحظة الاوصاف و الخصوصيات الموجودة فيها ، كما اذا كان المبيع تذكرة العلامة بخطه و ظهر معيوباً فانه ليس له نسخ كثيرة في السوق حتى يعرف قيمتها منه ، بل هو منحصر بنسخة واحدة فاخبار المخبر بقيمتها من جهة حدسه و بملاحظة اوصافها من حيث نظائرها من الكتب الخطية و هذا خارج عن موضوع الشهادة و الاخبار ، بل هو من صغريات اخبار أهل الخبرة كالطبيب و نحوه ، و قد ثبت حجية قوله ببناء العقلاء و من ذلك الرجوع الى قول المجتهد فانه من أهل الخبرة مع قطع النظر عن الروايات الواردة في حجية قوله كما هو واضح .

القسم الثالث : ان تكون قيمة المبيع بحسب اجناسه معلومة في السوق و لكن لا يعلم أنه من قسم الردى أو من قسم الجيد ، فالخبر يخبر على الانطباق أى انطباق الصحيح بالمبيع و الردى عليه ، و الاّ بعد العلم بكونه من أيهما فالقيمة معلومة ، فالجهل انما هو في الانطباق فهذا داخل أيضاً في أهل الخبرة فان الاطلاع بذلك الخصوصية التي توجب الانطباق يجعلها أهل خبرة ، فقد قام ببناء العقلاء على قبول قوله كما عرفت في سابقه . و على الجملة القسم الأول من قبيل الشهادة و القسمين الاخيرين من باب قبول قول أهل الخبرة أما القسم الأول فلا شبهة في حجيتهم وجود شروط الشهادة فيه و أما بقية الاقسام فكذلك أيضاً لوجهين على سبيل مانعة الخلو فانه اما من جهة أن دليل حجية خبر الواحد يشمل جميع أقسام الاخبار سواء تعدد المخبر أم لا ، و سواء كان الاخبار عن الموضوعات أو عن الاحكام المتعددة كباب المرافعات المسمى بباب الشهادة و نحوه ، و

قد ذكرنا ذلك فى محله وأن دليل حجية الخبر من بناء العقلاء و غيره يقتضى حجية الخبر بقول مطلق وأن اعتبار بعض القيود من جهة الدليل الخارجى أو من جهة أن بناء العقلاء قائم على اعتبار الوجهين الاخيرين أيضا من جهة حجية قول أهل الخبرة على أن الوجه هو الذى قلنا من شمول حجية خبر الواحد بجميع أقسام الخبر سواء كان فى الموضوعات أو فى الاحكام و اعتبار التعدد فى باب المرافعات و نحوه المسماة بباب الشهادة ، انما هو بدليل خاص و أنه خرج عن ذلك الأصل بدليل و الآقول العادل الواحد يقبل فى جميع ذلك كما لا يخفى .

ثم اذا لم يوجد المقوم فهل يكتفى بمطلق الظن أو يؤخذ الاكثر ، أو يكتفى بالاقل ، أما الأول فمن جهة حجية الظن عند انسداد باب العلم و أما الثانى فلان ذمة البايع مشغولة بالأرش مع مطالبة المشتري ، فلا تبرء ذمته الاّ باء الاكثر ، و أما الثالث فلكونه هو المتيقن ، فالظاهر هو الاخير لما عرفت مرارا فى الأصول و غيره أن الشك فى أمثال ذلك فى أصل اشتغال الذمة بالاكثر من الأول لا أن الذمة اشتغلت و نشك فى براءتها باعطاء الأقل و عليه فالمتيقن هو اعطاء الاقل كما هو واضح .

مسألة فى تعارض المقومون

قوله : مسألة : لو تعارض المقومون فيحتمل تقويم بيّنة الأقل للاصل .
 أقول : قد عرفت أنه لا بدّ فى معرفة الأرض من الرجوع الى المقوم من جهة كونه من أهل الخبرة فاذا عرف الحال بالرجوع اليه فيها ، واذ اختلف المقومون فماذا تقتضيه القاعدة ، أقول : اذا اختلف البايع و المشتري فى القيمة بأن ادعى المشتري كون الأرض أكثر و أنكره البايع و رجعا الى المقوم و

اختلف المقومون في ذلك أيضا بحيث كان رجوعهما الى المقومين بعد اختلافهم في ذلك ولا يخفى أن فرض البايع منكرا من جهة الغلبة حيث يكون المعيب هو المبيع، والآ قد يكون المعيب هو الثمن وينعكس الامر وكيف كان فالظاهر أن هذه الصورة خارجة عن مورد كلام الشيخ وغيرهم الذين تصدوا لبيان حكم هذه المسئلة وأنه لم ينبّه أحد بذلك فيما نعلم . و بيان ذلك أن كلامهم مسوق لبيان حكم صورة الاختلاف في الأرش مع جهل المتبايعين بالحال وهذه الصورة انما هي الرجوع الى المقوم مع اختلافهما في ذلك كما هو واضح . وأما حكم هذه الصورة فالظاهر أنه لا يجرى في المقام ما ذكر في المدعى والمنكر فان الظاهر من الروايات الواردة في ذلك هو اختصاص البيّنة للمدعى واختصاص اليمين بالمنكر و الرجوع الى المقومين ، يقتضى أن تسمع بيّنة المنكر أيضا ، وهو على خلاف تلك الاخبار كما هو واضح .

وعلى تقدير الرجوع الى ذلك القاعدة و شمولها للمقام يكون من قبيل تعارض بيّنة الداخل والخارج فكلما ذكر في ذلك يأتي هنا . و بعبارة أخرى أن في صورة اختلاف المتبايعين في الأرش من حيث الزيادة والنقصان كان ذلك من قبيل المدعى والمنكر فيكون من صغريات تلك المسئلة فان قلنا بسماع بيّنة المنكر، فيكون التعارض بينهما من قبيل تعارض بيّنة الداخل والخارج والبحث فيه في محله وان لم نقل بسماع بيّنة المنكر، بل كان اللازم في حقه اليمين كما هو الظاهر لم تسمع بيّنة بل بيّنة المدعى .

وأما اذا جهل البايع والمشتري بالأرش أصلا وكان رجوعهما الى المقومين من جهة جهلهم بالأرش فمقتضى القاعدة أي شيء فهل يرجع أحد المقومين الذي يكون قوله موافقا للأصل وهو بيّنة الاقل فان باختلاف هنا

فى الاكثر ولا شبهة أن بيّنة الاقل موافقة للأصل أو يؤخذ بيّنة الاكثر فان جهة الاختلاف هنا عدم وصول بيّنة الاقل بما وصل اليه بيّنة الاكثر فتكون جاهلا بالزيادة أو يرجع الى الحاكم فيكون الحاكم مخيرا بين أن يأخذ بأى بيّنة شاء على حسب رأيه أو يرجع الى القرعة لانها لكل أمر مشتبه أو يرجع الى الصلح لأن لكل منهما حجة شرعية فمقتضى العمل بها هو الرجوع اليها كما هو واضح . أو أنه يجمع بينهما بطرح مقدار مفاد كل منهما و الأخذ بالبقية بان تؤخذ من كل بيّنة نصف القيمة لو كان المقومان اثنان أو الثلث لو كان ثلاثة وهكذا وقد اختار المصنف الوجه الاخير تبعاً لمعظم الاصحاب وأشكل فى بقية الوجوه كلها .

أقول : ان كان نظره أى نظر المصنف من ترجيح ما ذهب اليه المعظم الى الجمع بين الدليلين مطلقا فانه لا شبهة فى كونه جمعا عرفيا ومختصا بالموارد التى تكون فى أحد الدليلين قرينة على بيان المراد .

وبعبارة أخرى أن تلك القاعدة مختصة بموارد كون أحد الدليلين

ذى القرينة دون الاخر ، كما اذا صدرا معا من شخص واحد ، فانه نعلم بعدم كذبه فيكون ذلك قرينة على الجمع بينهما أو صدرا من شخصين الذين فى حكم شخص واحد كالائمة (ع) فانهم لسان واحد ومن هنا ورد انه يقع نسبة رواية صدرت عن الصادق عليه السلام الى سائر الائمة (ع) ولكن ذلك لا يجرى فى المقام فان كل واحد من المومنين غير الآخر فالجمع بينهما على هذا النحو موجب للمخالفة القطعية فلا يمكن الأخذ بهذه وقد اشكل عليه المصنف بهذا البيان فى أول التعادل والتراجيح من كتاب الرسائل . وان كان نظره فى ذلك هو الرجوع الى هذه القاعدة فى المرافعات العالية و حقوقها بان يكون العلم بوصول المال الى صاحبه متوقفا على بذل مقدار منه نظير المقدمة الوجودية بان يتوقف ايصال المال الى صاحبه على بذل مقدار منه ، فيكون المراد من اولوية الجمع من الطرح الاولوية التعينية

كالاولوية فى باب الارث، بل ذكر المصنف ان اجراء هذه القاعدة هنا أولى من اجرائها فى الاحكام لأن الأخذ باحدهما كلية وترك الآخر كك ، فى التكاليف الشرعية لا ينقص عن التعيين الذى هو مثل الجمع بين الدليلين من الاحكام ، ولا يجوز الارتكاب به بخلاف ما نحن فيه الى آخر ما ذكره فهذا لا شبهة فيه لقيام السيرة على ذلك ، فان بناء العقلاء على امضاء هذا العمل بل ورد نظير ذلك فى الأخبار كما فى قضية الودعى حيث أوجب الامام عليه السلام أن لكل من الودعيين النصف مع العلم بأن الدرهم لأحدهما وذلك لأن العلم بوصول المال اعنى الدرهم الى صاحبه متوقف على اعطاء نصف الدرهم لغيره وان كان مراده هذا فهو لا شبهة فيه ، الا أنه اجنبى عن مقامنا وهو الاختلاف فى الأرض فان ذلك كما عرفت انما هو فى الحقوق المالية ومن الواضح أنه ليس هنا حق مالى حتى يكون الاختلاف فى ذلك وينتهى النوبة الى تلك القاعدة ويعمل بها لأجل العلم بايصال المال الى صاحبه ، بل الامر هنا دائر بين الاقل والاكثر كما عرفت والاقل متيقن و الكلام فى أصل اشتغال الذمة بالأكثر فهو أول الكلام فضل عن ان يراجع بقاعدة التنصيف كما هو واضح .

على أن الرجوع الى امثال المقام يعطى القطع بعدم جواز الرجوع بقاعدة الجمع بين الدليلين كما اذا كان اختلاف المتبايعين فى أصل الأرض لا فى الزيادة والنقيصة كما عرفت أن الامر فى المقام يدور بين الاقل والاكثر فالنزاع فى الاكثر أنه ثابت أم لا ، مثل النزاع فى ثبوت الأرض وعدمه ابتداءً وعليه فلا بد من الرجوع الى قاعدة الجمع بين الدليلين .

ثم انه كما لا يمكن الرجوع الى قضية الودعى والاشتهاد بها للمقام كما عرفت وكذلك لا يمكن الرجوع الى ما ورد فى بعض الأخبار من أن الدار التى تحت يد شخصين ويدهى كل منهما كونها ملكا له أنه تنصف و

الوجه فى خروج ذلك عن المقام هو أن الحكم بالتنصيف من جهة قاعدة اليد وكون البينتين متعارضتين .

ويمكن التوجيه بوجه آخر وهو أن الحكم بالتنصيف فى قضية الدار من جهة أن كل منهما يدعى النصف من الآخر وينكره الآخر فان النصف الآخر تحت يده على نحو المشاء فكل منهما اقام بينة على ما يدعيه وأوجب ذلك كون انكار الآخر ذلك لغوا محضا فيكون النصف له من جهة البينة كما لا يخفى .

انتهى كلامها الى الجمع بين المقومين وقلنا ان المشهور ذهب اليه وأن مقتضى الجمع بين البينتين هو الأخذ بالنصف اذا كانت البينة اثنان وبالثلث اذا كانت ثلاثة وهكذا وقلنا أنه لا وجه لهذا الوجه لأنه اذا كان من جهة الجمع بين الدليلين كما ذهب اليه الشيخ الطوسى وذكر أن الجمع بين الدليلين مهما أمكن أولى من الطرح كما أن هذا يظهر من أول كلام المصنف وهو الذى ذكره المصنف فى التعادل والتراجيح من الرسائل . و اشكل عليه بانه لا وجه للجمع بين الدليلين بذلك حيث انه طرح لهما وهو مخالفة قطعية الا ان يكون هنا قرينة على ذلك كما اذا اورد من شخص واحد أو من فى حكم شخص واحد وان كان المراد من ذلك هو قاعدة العدل والانصاف والجمع بين الحقوق كما يظهر ذلك من ذيل كلامه وهو وان كان متينا لقيام السيرة القطعية عليه فى الحقوق المالية ، بل ورد عليه الخبر فى الودعى فان العرف قاض بجواز بذل مقدار من المال مقدمة للعلم بوصول مقدار منه الى صاحبه نظير المقدمات الوجودية كبذل مقدار من المال لا يصل مقدار الآخر الى صاحبه وهو حسن ولكن لا ربط له بالمقام حيث ان فى المقام ليس حق مالى وانما الأرش يثبت بالمطالبة و لا شبهة أنه لم يثبت بالمطالبة الا ما هو المتيقن وأما الزائد فلا ، كما هو واضح .

بل ذكرنا أن اختلاف المقومين في الزيادة والنقصان مثل اختلافهم في أصل ثبوت الأرش وعدمه لأن الأقل متيقن والاکثر مشكوك فيكون الاكثر مثل اصل ثبوت الأرش من الأول كما هو واضح .

و اما قضية الحكم بتنصيف الدار فقد عرفت أنه من جهة الیدأ ومن جهة قيام البينة على كون كل من النصفين لكل منهما كما هو واضح .

و أما الرجوع الى القرعة فلا وجه له أيضا ، لأن الأدلة العامة للقرعة الدالة على انها لكل امر مشتبه لا يمكن الرجوع اليها والأفيلزم أن لا يرجع الى شيء من الاصول والامارات لوجود الشك في موارد ها .

و أما الادلة الخاصة التي ذكرها السيد الدالة على جريانها في بعض الموارد فهي خارجة عن المقام لأن الظاهر أنها مختصة بصورة التداعي فان الامام عليه السلام حكم فيما تداعيا اثنان و أقام كل منهما بيّنة على ما يدعيه انه يرجع الى القرعة و كل من خرجت القرعة على اسمه يحلف و يحكه لفيعلم من ذلك أن القرعة في مورد التداعي ، و أما المقام فليس بمورد التداعي أصلا كما عرفت في أول المسئلة ، بل ربما يعترف كل من البايع والمشتري بان لا يدرى أن التفاوت باي مقدار و عليه فكيف يرجع الى القرعة كما هو واضح .

و أما الحكم بأن الحاكم يكون مخيرا بين الاخذ بأى البينتين شاء فهو أيضا بلا وجه بداهة أنا ذكرنا في التعادل والترجيح أنه لأساس للقول بالتخير في باب تعارض الدليلين أصلا ، و على تقدير جوازه فانما يجوز ذلك في تعارض الروايتين و أما في تعارض الدليلين فلا كتعارض البينة مع البينة و الظاهر مع الظاهر ، و الأصل مع الأصل و هكذا .

و أما الرجوع الى بيّنة الاكثر فهو أيضا بلا وجه ، لأنه انما يجوز ذلك فيما اذا كانت بيّنة الأقل لا يعلم بالزائد ، بان يقول ان المتيقن أن قيمة هذا الشيء هذا المقدار على اليقين ، و بيّنة الاكثر تدعي العلم بان قيمته هذا

المقدار الكثير .

وح فلا تعارض بين البينتين فان بينة من يدعى الأقل جاهل بالقيمة الزائد عن المقدار القليل وأنه يدعى القيمة القليلة من باب القدر المتيقن وهذا بخلاف بيّنة من يدعى الأكثر فانه يدعى العلم بكون قيمة هذا الشيء هو هذا المقدار كما هو واضح .

وأما اذا ادعت بيّنة كل منهما العلم بان قيمة هذا الشيء هذا المقدار لا أكثر ولا أزيد .

وح لا شبهة في تعارض البينتين قطعاً فلا مرجع للرجوع الى بيّنة الأكثر بدعوى أن بيّنة الأقل لا يعلم الجزء الزائد كما هو واضح .

وأما الأخذ ببيّنة الأقل من جهة تعاضدها بالأصل فلا وجه له أيضاً ما ذكره المصنف من أن الأصل انما يكون دليلاً اذا لم يكن هنا دليل لفظي ، والآ فلا يكون الأصل دليلاً ولا مرجحاً كما هو واضح .

وقد حقق ذلك في علم الاصول في بحث التعادل و التراجيح . اذا فالمقام من موارد تعارض الدليلين و تساقطهما فلا بدّ من الرجوع الى الاصول العملية فانا ذكرنا في مورده أن القاعدة الكلية و الكبرى الكلية في تعارض الدليلين هو الحكم بالتساقط و الرجوع الى الاصول العملية و كذلك المقام كما لا يخفى فانه من صغيريات تلك الكبرى و أما الرجوع الى الصلح بان يكونا ملزمين عليه ، فلا دليل عليه ، الآ ان يختار المتبايعان ذلك باختيارهما و عليه فلو ألزما عليه كان الصلح باطلا من جهة كونه اكرهياً كما لا يخفى .

ثم انه على تقدير العمل بالجمع بين البينتين فماذا هو طريق الجمع ذكر المشهور في طريقه أنه أخذت قيمة واحدة متساوية النسبة الى الجميع أى منتزعة منه نسبتها اليه بالسوية فمن القيمتين يؤخذ نصفهما ومن الثلث ثلثها و من الخمس خمسها و هكذا و ضابطه أنه توخذ قيمة واحدة منتزعة

من المجموع نسبتها اليه كنسبة الواحد الى عدد ذلك القيم والوجه في أخذه كك، أن الترجيع بلا مرجح باطلا فلا بدّ وأن يفعل هكذا أن يجمع القيم الصحيحة على حدة والمعيبة كك وينسب احدايهما الى الاخرى و يؤخذ بتلك النسبة من غير فرق بين أن يكون اختلاف المقومين في قيمته صحيحا ومعيبا أو في أحدهما .

و توضيح ذلك أنه يؤخذ من القيمتين الصحيح نصفهما و من الثلث ثلثهما و من الاربع ربعهما ، وهكذا في المعيب، ثم يلاحظ النسبة بين المأخوذ للصحيح والمأخوذ للمعيب ويؤخذ بتلك النسبة مثلا اذا كان احدى قيمتى الصحيح اثنى عشر و الاخرى ستة و أحدى قيمتى المعيب أربعة و الاخرى اثنين أخذ من كلتا قيمتى الصحيح وكلتا قيمتى المعيب النصف أعنى التسعة من قيمتى الصحيح و الثلاثة من قيمتى المعيب فيكون التفاوت بين قيمتى المعيب و قيمتى الصحيح بالثلثين فيكون الأرش ثلثى الثمن فيرد من أصل ثمن المبيع ثلثاه كما هو واضح .

ويمكن ملاحظة مجموع قيمتى الصحيح بالنسبة الى مجموع قيمتى المعيب وأخذ نصف ما به التفاوت فأن التفاوت بين قيمتى الصحيح و قيمتى المعيب هو الستة في المثال المذكور و نصفها الثلاث وهكذا فيما اذا كان المقوم ثلاثة أو أربعة كما هو واضح .

مثلا اذا قومه أحدايهما باثنى عشر و الاخرى بثمانية أخذ في نصف الأربعة بقول المثلث و في نصفها الأخر بقول النافي جمعا بين حقى البايع والمشتري .

والى هذا يرجع أيضا تنصيف ما به التفاوت بين قيمتى الصحيح أو قيمتى المعيب بأن تعمل نصفه بقول المثلث للزيادة و في النصف الاخر بقول النافي فاذا قومه احديهما صحيحا باثنى عشر و الأخر صحيحا بثمانية أخذ في

نصف الاربعة بقول المثبت و فى نصفها الاخر بقول النافى و كك فى طرف المعيب و هكذا فى المثال المتقدم .

ثم انه قد اعرض الشهيد (ره) عن طريقة المشهور من جهة عدم الدليل على أخذ القيمة الانتزاعية و سلك مسلكا آخر و هو الاخذ بنفس النسبة بين قيمة كل معيب الى صحيحها و يجمع قدر النسبة و يؤخذ من المجتمع نسبتها بأن يرجع الى البيّنة فى مقدار التفاوت فقط ، و يجمع بين البيّنات فيه من غير ملاحظة القيم فاذا قومه أحديهما صحيحا باثنى عشر و معيبا بثمانية و قومه الاخرى صحيحا بالعشرة و معيبا بثمانية فمقدار التفاوت بين الصحيح و المعيب فى القيمة الاولى هو الثلث و فى الثانية هو الخمس .

ثم انه قد يتحد طريق الشهيد مع طريق المشهور و قد يختلف و انما لم نفضل لانا لم نساعد الشيخ و المشهور فى المبنى .

قوله : القول فى الشروط التى يقع عليها العقد .

أقول : ذكر المصنف أن للشروط فى العرف معينان الاول المعنى

الحدثى و المصدرى اعنى الالتزام ، و الالتزام و الشرط بهذا المعنى صدرى يصحّ ان يشتق منه المشتقات فيقال شرط شرط و هو شرط و ذلك الأمر مشروط و فلان مشروط له أو مشروط عليه فى القاموس أنه التزام الشئ و الزامه فى البيع و غيره ثم ذكر ان ظاهر كلام القاموس هو أن استعمال الشرط فى الالتزامات الابتدائية من قبيل المجاز دون الحقيقة .

ثم أشكل عليه بأنه فاسد و لعل صاحب القاموس لم يطلع على موارد استعمال كلمة الشرط و ما اشتق منها فى الالتزامات الابتدائية مع أنه كثير كقوله عليه السلام فى حكاية بيع بريرة ان قضاء الله أحق و شرط أوثق و الولاة لمن اعتق و كقول على عليه السلام فى الردّ على مشرط عدم التزويج بامرأة أخرى فى النكاح ان شرط الله قبل شرطكم و قوله عليه السلام : ما

الشرط في الحيوان؟ قال : ثلاثة أيام للمشتري ، قلت : وفي غيره؟ قال : هما بالخيار حتى يفترقا و ايضا قد اطلق الشرط على العهد و النذر و الوعد في بعض أخبار النكاح و قد اعترف في الحدائق بأن اطلاق الشرط على البيع كثير في الأخبار .

و توهم أن الاستعمال في الموارد المذكورة على نحو المجاز توهم فاسد لكونه على خلاف الظاهر و محتاجا الى القرينة على أن الامام عليه السلام استدلا بقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم على العهد و النذر في بعض أخبار النكاح و يضاف الى ذلك أنه لا حجية في قول القاموس مع تفرد به بالنقل وكون الاستعمالات على خلافه .

و على الجملة فلا شبهة في أن هذا المعنى للشرط معنى عرفي و هو الالتزام و قد يطلق على الملتزم به مجازا فيطلق الشرط و يراد منه الشرط كالخلق بمعنى المخلوق و ح فيراد منه ما يلزمه الانسان على نفسه .

المعنى الثاني من المعاني العرفية ما يلزم من عدمه عدم المشروط من دون أن يلاحظ ناحية الوجود بأنه يلزم من وجوده الوجود أو لا يلزم فيكون المراد من الشرط بهذا المعنى في نظر العرف ما يكون دخيلا في تحقق الشيء و وجوده في الخارج و لا ريب أن الشرط بهذا المعنى من الجوامد فلا يصح اشتقاق المشتقات منه لعدم كونه مصدرا و لا أنه فعل لأحد و على هذا فاشتقاق المشروط منه و كك الشارط و نحوهما ليس على الأصل و القاعدة و لذا ليس أى الشارط و المشروط بمتضائين في الفعل و الانفعال بل الشارط هو بمعنى الجاعل و المشروط هو الذي جعل له الشرط كالمسبب بالكسر و الفتح المشتقين من السبب الذي هو اسم جامد ، و الحاصل : أن الشرط بمعنى الثاني نظير الأمر بمعنى الشيء الذي لا يصح أن يشتق منه شيء ، و الشرط بالمعنى الأول نظير الأمر بمعنى الطلب الذي يصح الاشتقاق منه .

ثم ذكر أن للشرط معنيتى آخرين اصطلاحين ، أحدهما ما وقع عليه اصطلاح النحاة من أن الشرط هى الجملة الواقعة عقيب أدوات الشرط .
و ثانيهما : ما استقر عليه اصطلاح أهل المعقول والاصول من أن الشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده الوجود ، وهذا المعنى الثانى الاصطلاحى أخص من المعنى الثانى العرفى ، فأنه أى للمعنى الثانى العرفى أعم منه فانلك قد عرفت أنه ما يلزم من عدمه العدم و لكن طرف الوجود مسكوت عنه فانه قد يلزم من وجوده الوجود فيشمل السبب وقد لا يلزم فيشمل هذا المعنى الثانى الاصطلاحى كما هو واضح لا يخفى فافهم .
ثم ذكر أن فى الاخبار عن الشرط بثلاثة أيام فى أخبار خيار الحيوان مسامحة واضحة لعدم كون ثلاثة أيام شرطاً فعلية فلا بدّ من توجيه ذلك بتقدير المضاف بأن يكون المراد شرط ثلاثة أيام لكن بشرط بمعنى خيار كما صرح بكون الشرط بمعنى الخيار العدمى .
وعليه فيكون ذلك مثل ما ورد فى بعض اخبار خيار الحيوان أن فى الحيوان كله شرط ثلاثة أيام . ولا يحتاج هذا التعبير الى التوجيه كما توهم بعض المحشين من كلام المصنف (ولا يخفى توقفه على التوجيه) بل هو قيد لما قبل كلمة النعم أعنى الأخبار المشتملة على الاخبار عن الشرط بثلاثة أيام . وكيف كان فالشرط فى هذه الاخبار اما بمعنى ما قرره الشارع و الزمه المتبايعين أو أحدهما من التسلط على الفسخ فيكون مصدرًا بمعنى المفعول فيكون المراد به نفس الخيار المحدود من الشارع أو يراد به الحاكم الشرعى المقرر وهو ثبوت الخيار .

أقول : الظاهر أن الشرط فى جميع الموارد قد استعمل بمعنى واحد وهو الربط والارتباط والاناطة و ليس له معنى عرفى و معنى اصطلاحى بل جميعها يرجع الى معنى واحد و اذا لاحظنا جميع موارد الشرط نرى كونه

مربوطا بشيء واحد ومنوطا به وهذا الاناطة قد تكون أمرا تكوينيا كالشروط التكوينية كتقيد المعلول بعلية فان المعلول مشروط وجوده بوجود كل جزء من أجزاء علته و بوجود مجموع اجزاء علته فوجود العلة شرط لوجود معلولها تكوينا وقد تكون أمرا شرعيا و اناطة جعليا كالشروط الجعلية فى العقد، و من ذلك شروط الصلاة و بقية العبادات وغيرها التى جعلها الشارع شرطا. و قد ذكرنا فى مقدمة الواجب من علم الاصول أن فى موارد الشروط الشرعية أن التوقف ايضا على غاية الامر أن المنشأ أمر مجعول، مثلا توقف الصلاة على الطهارة أمر تكوينى بعد جعل الطهارة دخيلا فى الصلاة و هكذا فى بقية موارد الشروط الشرعية .

نعم، فى المعاملات الشروط جعلية محضة و هى الربط و هذا الربط بنفسه مجعول .

و بعبارة أخرى أن الشرط قد يكون أمرا تكوينا كتوقف المعلول على العلة وقد يكون أمرا شرعيا كالطهارة بالنسبة الى الصلاة، و على كل تقدير فالتوقف على، و انما المنشأ شرعى، و قد يكون جعليا محضا كالشروط فى المعاملات فانها عبارة عن الاناطة المحضة و هى مجعولة للجاعل .

ثم ان هذا المعنى الوجدانى يشمل الشروط الابتدائية أيضا لوجود الاناطة فيها، فان الشرط قد اطلق على النذر و اليمين، و كذا على البيع على ما اعترف به صاحب الحدائق مع أنها ليست فى ضمنه عقد آخر لكى لا تكون شروطا ابتدائيا، بل جميع الشروط التكوينية شروط ابتدائية كالعلة و أجزاءها بالنسبة الى المعلول، و على هذا فلا بأس باطلاق الشرط على الشروط الابتدائية كما ذكره المصنف، و لكن لا شهادة فيما ذكره من موارد الاستعمال على هذا الدعوى .

أما قوله قضاء الله أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن اعتق، فلعل اطلاق

الشروط هنا من جهة المقابلة حيث ان السائل قد شرط عدم كون الولاة لمن اعتق بمقابلة لذلك اطلق الامام عليه السلام الشرط على ذلك كما أن المقابلة فى التعبير فى غير هذه الموارد أيضا كثيرة كقوله تعالى : انك تعلم ما فى نفس ولا اعلم ما فى نفسك ، حيث اطلق النفس على الله تعالى مقابلة لاطلاقها على نفسه ومن هنا ظهر ما فى قوله عليه السلام شرط الله قبل شرطكم ، وأما اطلاق الشرط على الخيار فى قولهم فى أخبار خيار الحيوان فمن جهة أن العقد منوط بالخيار ومحدود به ، فلا يكون الشرط ابتدائيا ، بل فى ضمن عقد البيع .

ثم ان مرجع هذا المعنى من الشرط فى مقام التحليل الى أمرين :
الاول أن يكون نفس الالتزام معلقا بشىء كأن يبيع مثلا على تقدير تحقق أمر فلانى ، بأن باع عبدا بشرط أن يلتزم المشتري باعطائه للعالم الفلانى و بحيث أصل الالتزام مربوطا بشىء آخر بمعنى أنه لا يبيع مع عدم هذا الالتزام من المشتري ، ولا يضر التعليق هنا لكونه واقعا على أمر حاصل وانما يضر التعليق اذا كان بأمر استقبالى غير حاضر كما هو واضح .
ومن هذا القبيل الشروط الواقعة فى العقد اللازمة التى لا يجرى فيها الخيار كالنكاح ، فان معنى الا اشتراط فيه هو أن الالتزام بالنكاح على تقدير التزام المشروط عليه بالشرط المعلوم ، والّا فلا يلزم ويكون بذلك مندرجا تحت عموم الوفاء بالعقد ، وأما اذا لم يف المشروط عليه بالشرط فلا يثبت للمشروط له ح خيار بذلك ، بل لعدم جريان الخيار فى النكاح ، بل يلزم فى الحكومة بالوفاء به ، وقد ذكرنا فى بحث التعليق أن هذا لا يضر بالعقد ، نعم اذا كان ذلك فى مثل البيع ونحوه مما يجرى فيه الخيار فيثبت للمشروط له خيار على تقدير عدم الوفاء بما التزم به ، فتكون نتيجة الاشتراط أمران كما هو واضح .

المعنى الثانى هو أن يكون التزام أحد المتعاقدين بالعقد معلقا على شىء خاص لا أصل للالتزام بالعقد كما اذا باع أحد متاعا، و الشرط فى ضمن العقد صفة خاصة أى كونه على وصف خاص أو فعلا بأن يشترط عليه خياطة ثوب، وقد ذكرنا سابقا أنه لا معنى لاشتراط شىء فى العقد، إلاّ التعليق، أو ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير التخلف، و حيث لا معنى للأول فيكون معنى الاشتراط هو الثانى .

وقد تحصل مما ذكرنا أن الشرط فى ضمن المعاملات قد يكون باناطة العقد بفعل كبيع شىء على تقدير التزام المشتري ببيعه من شخص آخر أو بفعل آخر اختياري من الخياطة ونحوها فان أصل البيع متوقف على هذا الللتزام وقد ذكرنا أن التعليق لا يضر فى مثل ذلك لكونه على أمر متحقق الحصول .

ثم ان المشروط عليه ان وفى بشرطه فهو، و إلاّ يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط وفى الحقيقة أن شرطه هذا منحل الى شرطين أحدهما الالتزام بالفعل الخاص فعلى تقدير عدم الالتزام لا يحصل البيع أصلا، و الثانى ثبوت الخيار على تقدير التخلف و ان كان تحقق الشرط الثانى فى بعض الموارد من العقود أى عقد يجرى فيه الخيار وقد يكون باطنة، بالاوصاف كأن يبيع العبد بشرط كونه كاتباً أو يبيع العبد بشرط كونه خياطاً و هكذا وقد ذكرنا فى البحث عن خيار الشرط أن الالتزام بأوصاف المبيع لا معنى له إلاّ ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير التخلف فاذا تخلف الوصف ثبت له خيار، و له أن يبقى العقد على حاله أو يفسخ .

قوله : الكلام فى شروط صحة الشرط .

أقول : من جملة تلك الشروط أن يكون الشرط تحت اختيار المشروط عليه، و إلاّ فلا يصح الشرط سواء كان صفة لا يقدر العاقد عليه التسليم

بدونها أو كان عملا لا يقدر بإيجاده كأن يبيع داره واشترط على المشتري بيعها من عمره مع أن شراء عمرو أياها ليس تحت اختيار المشتري أو يشتري منه زراعة واشترط عليه كون سنبلأ أو كان هند زوجة له أو كون زوجة للمشتري مطلقة مع أن الطلاق و الزواج لا يتحققان بغير سبب عينته الشارع ولا بدون اختيار من بيده الطلاق و من بيده أمر النكاح وهكذا من الافعال الغير الاختيارية للمشروط عليه و الجامع هو ذلك أى كون الشرط غير اختياري للمشروط عليه .

و قد استدل على بطلان هذا النحو من الشرط و كونه من صغريات الشرط الفاسد بوجوه منها الاجماع و الثانى أن هذا النحو من الشرط غرر فيوجب بطلان البيع للنهى عن بيع الغرر ، اذ كما لا بدّ وأن يكون المتبايعين عالما بالعوضين لئلا يكون البيع غرريا من ناحيتهما و كذلك لا بدّ وأن يكونا عالمين بالشروط المعتبرة فيه .

و الثالث : أن هذا الشرط ليس مقدور التسليم للمشروط عليه فانه كما يعتبر أن يكون المبيع و الثمن مقدور التسليم و كذلك يعتبر أن يكون الشرط أيضا ك .

و الرابع : ما ذكره شيخنا الاستاذ و اعتمد عليه ، و هو أن المشروط عليه لا بدّ و أن يكون مالكا لما يشترط عليه ، و الآ فيكون ذلك مثل بيع ما لا يملك و قد ذكر فى الفلسفة أن فاقد الشيء لا يكون معطيا له كما هو واضح .
أقول : أما الشرط بالمعنى الاول و هو تعليق العقد بالفعل كتعليقه على التزام المشتري مثلا ، لا من جهة أن شرط أمر غير اختياري موجب للبطلان ، بل من جهة أن الالتزام لا يتعلق بأمر غير اختياري كما هو واضح .
بل لا يصدر اشتراط التزام الطرف بأمر غير اختياري من شخص عاقل أصلا ، الآ اذا كان غافلا عن كونه غير مقدور فى هذه الصورة نتكلم فى ذلك

و أما الشرط بالمعنى الثانى بأن يكون معنى اشتراط أمر غير اختيارى هو ثبوت الخيار على تقدير عدم حصول ذلك الأمر كما فى اشتراط الاوصاف فأى دليل يقتضى بطلان ذلك ، أما الاجماع فلا نظن بوجوده ، بل نطمئن بعدم حصوله ، ولذا خالف فى ذلك الشيخ والقاضى على ما ذكره المصنف فى المتن وعلى تقدير تحققه فلا نظن أن يكون مستنده رأى المعصوم (ع) بل يحتمل أن يكون مستنده تلك الوجوه المذكورة فى المقام .

و أما توهم كون هذا الشرط غرريا و موجبا لبطلان المعاملة فهو أيضا واضح الدفع لما ذكرناه فى بحث الغرر أن معناه هو الخطر و الهلاكه فاذا كان مرجع اشتراط أمر غير اختيارى هو جعل الخيار للمشروط له على تقدير عدم الحصول فأى خطر فى ذلك ، فانه اذا حصل الشرط لزم البيع والا كان المشروط له بالخيار فأى غرر هنا و أى هلاكة مال أو شىء آخر فى المقام ، على أنه لو كان هذا غرريا فأى فرق بين هذا و بين اشتراط الوصف ، فان الثانى أيضا غررى لجهل المتبايعين بالشرط أو جهل الشارط به فيكون غرريا مع أنه لم يقل أحد بالبطلان هنا من جهة الغرر و قد ابدى المصنف الفرق بينهما بأنه للاجماع ، و فيه أنه غير محتمل اصلا بحيث يكون هنا اجماع يكون بعض افراد الغرر موجبا للبطلان دون بعض و اعجب من ذلك ، أنه ذكر أن بناء المتياقدين بالوصف فى اشتراطه يخرج المعاملة عن الغررية . و فيه أولا أن البناء أمر قلبى و الغرر عبارة عن الخطر و هو أمر نفسانى اعنى التردد و الحيرة فلا يرتفع بالامر قلبى لعدم كونه من افعال القلوب على أنه لو كان البناء موجبا لرفع الغرر و كيف لا يلتزمون بكونه رافعا للغرر فى المقام أيضا بان يبينون على حصول ذلك الأمر فيكون ذلك موجبا لارتفاع الغرر كما لا يخفى .

و أما عدم القدرة على التسليم فهو ليس شرطا آخر وراة اعتبار عدم الغرر

فانها شرط واحد و سببه الجهل على أنه انما يفيد فيما اذا كان الشرط ،
 بمعنى الاول . اعنى تعليق العقد على الفعل ، كالالتزام ونحوه ، و أما فى
 المقام فأى فائدة لكون الشرط مقدور التسليم فانلك قد عرفت أن مرجع هذا
 النحو من الاشتراط الى جعل الخيار على تقدير عدم الحصول كما اذا باع
 الزرع و شرط فيه كونه سنبلًا بمشية الله و الآ فيكون له الخيار كما هو واضح ،
 و من هنا ظهر أنه لا وجه لما ذكره شيخنا الاستاذ من اشتراط مالكية
 المشروط عليه بالشرط ، و الآ يكون ذلك مثل بيع ما لا يملك ، و من هنا ظهر
 الحال ما فى الفرع المعروف من أنه لو باع متاعه كالدار مثلا من زيد و اشترط
 بيعه من عمرو فانه لا شبهة فى صحة هذا البيع و يترتب عليه الخيار على
 تقدير عدم البيع و تخلف الشرط كما هو واضح .

و حاصل الكلام : أن الشروط التى يجب الوفاء بها ذكروا فيها شروطا
 منها أن يكون الشرط مقدورا و قد عرفت أنه استدل عليه بوجوه كالنهي عن
 الغرر و لزوم القدرة على التسليم ، و قد يكون الاشتراط فرع كون المشروط
 عليه قادرا عليه و مالكا له كما ذكره شيخنا الاستاذ ، و قد عرفت أنه لا يرجع
 شىء من ذلك الى محصل و ذكرنا جملة من الكلام الذى يرجع الى ما نحن
 فيه .

و تحقيق البحث هنا أن الشرط تارة يكون شرط فعل و أخرى شرط صفة .
 أما الاول : فقد يكون شرطًا لفعل نفس أحد المتعاقدين .
 و أخرى : شرطًا لفعل شخص أجنبى عنهما .

أما الاول : ولو كان امتناعه قياسيًا كالطيران الى السماء و نحو ذلك
 مما يكون محالا بالنسبة اليه ، فيكون معنى الشرط هو التزام المشروط عليه
 بالشرط و عليه فلا معنى لا اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر أن يلتزم بغير
 مقدور بأن يبيع ماله و يشترط عليه أن يلتزم بأمر غير مقدور فان هذا لا يصدر

من عاقل أصلاً .

نعم ، لو وقع ولم يكن الشرط ملتفتا يكون الشرط أى ما يتعلق به الالتزام من المستحيلات ، ثم انه اذا انكشف كونه من المستحيلات فهل يكون هذا أيضا داخلا تحت الشرط لغير المقدور فيبطل من الاول ، بناء على بطلان الشرط الغير المقدور أو يدخل تحت الشرط المتعذر ، فالظاهر أن يلاحظ مدرك ذلك ، فان كان مدركه النهى عن البيع الغررى فلا شبهة فى عدم الغرر هنا ، حيث ان الغرر على ما عرفت عبارة عن الخطر وهو قائم بالتردد والحيرة ، وقد فرضنا ان المتبايعين ليسا كك ، أى ملتفتين بكون الشرط غير مقدور حتى يكون ذلك غرريا ، وان كان مدركه عدم القدرة على التسليم أو ما ذكره شيخنا الاستاذ من كون الشرط فرع كون المشروط عليه مالكا له فلا ، بل يحكم بالبطلان ولكن قد عرفت عدم صحة شىء من ذلك .

وسنبين الحق كما اشرنا اليه سابقا ، من كون هو الارتباط وأما اذا كان الشرط متعذرا فى آخر الوقت بعد ما كان مقدورا فى الابتداء ، فهل يكون هذا من صغريات الشرط الغير المقدور أو يكون من مصاديق الشرط المتعذر فلا يوجب فساد العقد فالحق المتعين هو الثانى ، لأنه لا معنى لبطلان البيع بتعذر الشرط بعد ما كان صحيحا و الشرط مقدورا وان قلنا ببطلان البيع بكون الشرط غير مقدور من الأول .

وأما اذا كان الشرط شرط فعل شخص آخر كأن يبيع و يشترط المشتري على البايع كون الزرع سنبلأ أو البسر تمرا أو غير ذلك ، فانه لا شبهة فى صحة البيع فان معنى الاشتراط هنا ليس هو توقف العقد على التزام الطرف بالشىء الخارجى ، كما كان كك فى القسم الاول ، بل معناه هو توقف التزام المشروط به بالعقد و الوقوف عليه وعدم فسخه متوقف على حصول الفعل الفلانى و صدوره عن شخص فلانى ، و اذا لم يصدر الفعلين

شخص فلانى ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط فمرجع هذا النحو من
الاشتراط هو جعل الخيار حتى ما لو صرح المتعاقدين باشتراط الايجاب
و القبول كليهما بحيث يعلم كون الشرط غير مقدور من حيث الشراء أى يكون
بيع المشتري فعلا اختياريا و لكن شراء شخص آخر منه ليس اختياريا لكما
هو واضح ، وعلى هذا فلا شبهة فى العقد بل يجوز أن يشترط فيه الفعل
الغير الاختيارى أيضا، كموت زيد و سقوط الحجر من شاهق و نحو ذلك فان
معنى جميع ذلك ليس الا جعل الخيار ومحدودية العقد كما هو واضح .
و لعل هذا مراد العلامة فيما اذا باع احد ماله و اشترط بيعه من
شخص آخر ، بل هو الظاهر حيث التزم بثبوت الخيار على تقدير عدم تحقق
الفعل ، و لم يحكم بالبطلان و مع مخالفة العلامة كيف يسوغ لاحد أن يدعى
الاجماع فى المقام على البطلان و قد عرفت مخالفة الشيخ و القاضى .
نعم ، هو احتمال اللزوم حيث ذكر أن الشارط انما يبيع و يشترط على
المشتري بيعه من شخص خاص ، انما يشترط هذا على تقدير قبول ذلك
الشخص الاجنبى الاشترء ، و اذا لم يقبل فيكون البيع لازما و هذا الذى
ذكره العلامة أيضا صحيح ، و لكنه خارج عن المقام ، فان كلامنا فى الشرط
الغير المقدور و ما ذكره العلامة مقدور حيث ان بيع المبيع من شخص اجنبى
على تقدير قبوله مقدور للمشتري فلا يكون من صغيريات الشرط الغير المقدور
كما هو واضح .

هذا كله فى شرط الفعل لاحد المتعاقدين للاجنبى ثم انه اذا علق
العقد على فعل الاجنبى فلا شبهة فى ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير
التخلف كما عرفت الشرط ، و ان فعل الاجنبى من غير أن يتوقف عليه لزوم
العقد و لا اصله فقبل الاجنبى هذا الاشتراط كما يقع ذلك فى العرف
كثيرا حيث لا يقبل المشتري و يقبل الاجنبى كما اذا باع دارها و اشترط اعطاء

درهم للفقير فلم يقبله المشتري، ولكن يقول الاجنبي هو على، فهل يكون هذا الشرط واجب الوفاء عليه و يشمله عموم المؤمنون عند شروطهم أو لا يشمله لكونه وعدا محضا، فسيأتى الكلام فيه فى الشروط الآتية من أن اشترط الذى لا يتوقف عليه لزوم العقد ولا أصله، هل هو واجب الوفاء أم لا، وأما اذا لم يقبله المشتري، بل لم يكن حاضرا أصلا فيكون عقدا لا زما فلا يكون للمشروط له خيار أيضا .

و الحاصل : أنه اذا علق احد المتبايعين العقد على فعل الاجنبي فلم يقبله كان باطلا، و اذا قبله وعمل به فهو واضح، و الا كان للمشروط له خيار تخلف الشرط، ثم انه فى فرض قبول الاجنبي الشرط هل يكون ذلك واجب الوفاء عليه أو لا، بل يكون من صغريات الوعد فلا يجب الوفاء سيأتى الكلام فيه فى خلال الشروط الآتية .

و أما شرط النتيجة، بأن يبيع زيد داره و يشترط على المشتري كونه وكيلًا فى بيع داره أو تزويجه أو شيء آخر أو يشترط عليه كون داره الفلانية ملكا للبايع أو غير ذلك من شروط النتيجة فان ذلك كله لا شبهة فيه وخارج عن المقام أعنى اشتراط غير المقدور فانه بمجرد هذا الاشتراط قد تحصل النتيجة جزما فان معنى الوكالة هو اعتبار الغير وكيلًا و ابرازة بمبرز من المبرزات و كذلك بقية العتود، و من الواضح أن البايع اذا اعتبر فى ضمن بيع متاعه من عمرو وكون عمرو وكيلًا فى بيع داره أو كون داره الفلانية له لأظهره بقوله بعث متاعى بهذا الشرط و قبله المشتري، فقد تحصل الوكالة و تكون دار المشتري ملكا للبايع بنفس هذا الابراز و الاظهار كما هو واضح .

و أما اشتراط كون زوجة المشتري بائنة أو كون بنته زوجة له أو غير ذلك من الافعال التى كانت لها أسباب معينة عند الشارع فغير مربوط بالمقام فان عدم حصول ذلك من جهة أن الشارع قد جعل لها أسبابا خاصة فلا

تحصل بغيرها وقد ورد فى الروايات أن الطلاق ليس الا أن يقول الزوج لزوجته انت طالق على (عند) شهود وعلى هذا فكيف يحصل بمجرد الاشرط فى ضمن العقد بدون هذا السبب .

و أما شرط الصفة فقد ذكرنا مرارا أن معنى ذلك ليس الا اشرط الخيار على تقدير عدم ذلك الوصف اذا لا معنى للالتزام بالوصف الا هذا . وتوهم أن عدم الغرر هنا من جهة البناء كما عليه المصنف عجيب كما عرفت مضافا على ما تقدم أن هذا البناء يمكن أن يكون تشريعا بناء كاذبا فان اشرط الوصف الفعلى ليس الا كاشترط الوصف الاستقبالى ، فكلها يرجع الى جعل الخيار كما هو واضح .

و توهم أن الشرط فى الاول غير مقدور وهو فاسد للوجوه المتقدمة توهم فاسد ، فان كون فعل الغير غير مقدور لا يخلّ بهذه الجهة و هو شرط الخيار لما ذكرنا أن المرجع فى ذلك كله الى شرط الخيار كما لا يخفى ، فافهم .

و الوجه فى ذلك كله هو ما ذكرناه فى معنى الشرط من أنه عبارة عن الربط والارتباط والاناطة ، فاذا كان ذلك فى ضمن العقد فقد يكون العقد معلقا على شىء وقد يكون الالتزام به معلقا على شىء ، وفى الثانى لا يفرق بين أن يكون ذلك الشىء المعلق عليه امرا اختياريا أولا فانه على كل تقدير فالاناطة موجودة فاذا حصل وتحقق الشرط فهو ، و الا حكم بكون المشروط له ذى خيار كما لا يخفى .

و توهم أن الاجماع قائم على البطلان فاسد لما عرفت من عدم الاجماع هنا كما هو واضح .

قد عرفت ان شرط الفعل انما يجوز اذا كان مقدورا من حيث متعلقة فلو شرط الالتزام بشىء محال ولو كان محالا قياسيا كالطيران الى السماء

لا ينفذ هذا الشرط، بل لا يشترط هذا الشرط عاقل فانه بعد علم بعدم تمكن المشروط عليه من ذلك فيكون هذا الاشتراط لغوا محضاً .

نعم ، اذا لم يلتفت الشارط بكونه غير مقدور ، لا بأس باشتراطه ثم اذا انكشف أنه كان غير مقدور فان كان الاشتراط راجعاً الى نفس الالتزام بالغير المقدور ، ثم نكشف أنه غير مقدور وقد غرّ المشروط عليه بذلك فيكون العقد باطلا كما اذا اشترى أحد عبداً واشترط على البايع كونه كاتباً و التزم البايع بذلك مع أنه لم يكن كاتباً فان هذا البيع يبطل حيث ان البيع المطلق اى بيع العبد على أى نحو كان لم ينشأ وما انشأ اعنى البيع المقيد فهو غير واقع من الاول ، فيكون باطلاً ، وأما اذا كان الشرط هو التزام الطرف لا بما هو واقع اللاتزام بدون الابراز بل ببرزه أيضاً وان كان فى ابرازه كاذباً ، واما غرضه الغش ، فح فالشرط قد تحقق ، وقد علق العقد بالتزامه وهو قد تحقق بحسب ابراز المشروط عليه ، و صار العقد مقيداً به و حصته خاصة أى انشاء الملكية أى على تقدير الملكية الخاصة كما تقدم سابقاً فى معنى جعل الخيار من أن معناه انشاء الملكية الخاصة المحدودة و ح كان العقد صحيحاً و لكن حيث كان الشرط متعذراً ثبت للمشروط لمح خيار تخلف الشرط ، فلا يكون لهذا الشرط واقع بحسب البقاء لكونه لغواً فان الالتزام بغير المقدور لغو و كذلك لو كان الشارط ملتفتاً من الاول فان هذا الاشتراط مع العلم بعدم القدرة عليه لغو ، فلامعنى للالتزام به و لا يكون العقد خيارياً به ، و هذا بخلاف صورة الجهل بكونه غير مقدور فان الالتزام من المشروط عليه يمكن هنا و لو من باب خدعة الشارط ، و كك يصح الشرط من الشارط و على كل تقدير لا يمكن الزام المشروط عليه بعد العلم بالحال و ان كان العقد خيارياً .

قوله الثانى : أن يكون الشرط سائغاً فى نفسه .

أقول : الظاهر أن غرضه من هذا الشرط هو ما تقتضيه القواعد حيث أن مقتضى القاعدة أن يكون الشرط سائغا و الآ فلا يكون نافذا كالاتزام بالمحرم و ما لا ينفذ مخالف لمفهوم الشرط و هو الاناطة ، فان شرط غير النافذ غير مربوط .

و أما بحسب الروايات فسيأتى الكلام فيه فانها مطبقة على أن كل شرط نافذ الآ الشرط الذى خالف الكتاب و السنة و حرّم الحلال و حلّل الحرام فانه غير نافذ و عليه فالمقام من صغريات ذلك الشرط و هو الشرط الرابع فان مصاديقه أن يكون سائغا و غير محرّم ، و من صغرياته غير ذلك فلامجال لذكر هذا الشرط بالخصوص ، و الآ كان المناسب التعرض لجميع مصاديق الشرط الرابع كما هو واضح .

قوله الثالث : أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا ، أو بالنظر الى خصوص المشروط له .

أقول : حاصل كلام المصنف هنا أنه لا بدّ و أن يكون الشرط مما فيه غرض عقلاى و ما لا يكون فيه ذلك يكون فاسدا كاشتراط أن يكون الوزن و الكيل من افراد الكيل و الوزن المتعارفين ، و الوجه فى ذلك أن مثل ذلك لا يعد حقا للمشروط له ليكون التصرف فيه حراما أو يتضرر المشروط له بعدم الوفاء به فيثبت له خيار أو يعتنى به الشارع و اوجب الوفاء به ، كما هو واضح .

أقول : ان قلنا باعتبار العالوية فى أصل البيع على ما تقدم فى محله اعتمادا على ما عن المصباح من أنه مبادلة مال بمال ، مع أنه لم نقبله هناك و التزمنا بأن بذل المال فى مقابل التراب أو الخنفساء مثلا ليس ببيع و لم نكشف بالاعراض الشخصية ، و لكن لا دليل على اعتبار وجود الاغراض العقلائية فى الشروط أصلا ، بل يصح اشتراط ما تعلق به الغرض الشخصى للشارط فاذا تخلف ثبت له الخيار و يؤيد ذلك ، بل يدل عليهما نقد يتعلق الحلف و النذر بالفعل الذى يتعلق به غرض شخصى لا نوعى ، فهل يتوهم

أحد بطلان ذلك فنفرض المقام أيضا كذلك فيمكن أن يكون غرض الشارط ايقاع المشروط عليه في الصعوبة ونحو ذلك من الاغراض الشخصية .
وتوهم كون ذلك سفهية وموجبة للبطلان هذا توهم فاسد لعدم الدليل على بطلان المعاملة السفهية وانما الدليل على بطلان معاملة السفهية ، وعلى تقدير أنه ورد في دليل انه لا بد وأن يكون الشرط مما يتعلق به غرض عقلائي كما ورد أنه لا بد وان لا يكون الشرط مخالفا للكتاب والسنة فايضا لا يمكن أن يتمسك بقوله (ع) المؤمنون عند شروطهم عند الشك في كون شرط خاص هل تعلق به غرض عقلائي أم لا ، فان ذلك تمسك للعام في الشبهة المصدقية . ثم ذكر المصنف أنه لو شك في تعلق غرض صحيح به حمل عليه وحمل عليه كلام العلامة في التذكرة وهذا عجيب منه رحمة الله عليه ، فانه أولا ليس معنى حمل فعل المسلم على الصحة الا عدم معاملة الفعل الحرام مع الفاعل من دون أن يترتب عليه آثار الفعل الصحيح كمن تكلم بشيء فلا يدرى أنه سب أو سلم ، فمقتضى وضع فعل أخيك على أحسنه نحمله على الصحة ونقول أنه لم يسب ولكن لا يجب عليه رد السلام اي السامع بدعوى أنه سلم فيجب رده لاقتضاء الحمل على الصحة .

على أن الحمل على الصحة انما هو في مورد يكون طرف الاحتمال حرما لا لغوا ، فان اللغو يصد عن العقلاء ، بل لا يخلو عاقل الأويصد رالفعل اللغو كل يوم مرات عديدة ، و اذا خرق احد قرطاسا فهل يتوهم أن يحمل فعله هذا على الصحة ويقال انه ليس بلغو بمقتضى حمل فعله على الصحة وليس كذلك والعجب منه رحمة الله عليه حيث حمل كلام العلامة أيضا على رأيه مع أنه ليس في كلامه فرض الشك ، وانما هو ره حكم بصحة هذا الشرط الذي لم يكن فيه غرض عقلائي ، وحكم بكون العقد خياريا ، والظاهر أنه أراد ما ذكرناه من عدم الدليل على كون الشرط مما يتعلق به غرض عقلائي

ولا يلبس الا الخبز، ثم انه على تقدير ان يرد فى رواية أيضا أنه لا بدّ و أن يكون الشرط مما يتعلق به غرض عقلاى فايضا لا يمكن الحكم بصحته فى مقام الشك لكونه تمسكا بالعام فى الشبهة المصدقية و هو لا يجوز .

ثم ان المصنف (ره) ذكر بعض الشروط التى من صغريات الشرط التى لا تكون موردا للغرض العقلاى مثل ما اذا اشترى أحد عبدا كافرا واشترط على البايع كونه كافرا فى صحته وفساده قولان ، للشيخ و الحلّى من تعلق الغرض المعتد به من جواز بيعه من المسلم و الكافر مع انه لو كان مسلما لم يجز بيعه من الكافر، ولا استغراق اوقاته بالخدمة ، فانه لو كان مسلما لا شغل مقدارا من اوقاته بالعبادات، و القول الآخر أنه يفسد هذا الشرط لأن الاسلام يعلو ولا يعلى عليه، و أن الاغراض الدنيوية لا تعارض الاغراض الاخروية و لكن الظاهر هو الوجه الاول فانه مع قطع النظر عن الاغراض المذكورة التى اغراض عقلاية حكمتنا بصحة الشروط التى لا يتعلق بها غرض عقلاى و كيف مع الاغراض المذكورة على أن اشترى العبد لأجل هدايته من أهم الاغراض العقلاية فانه ورد أن هداية شخص خير من ملأ الارض ذهابا. الثانى يشبه بالتعليقات المذكورة فى كتب العلامة و لا يصلح سندنا للافتى الخاصة المبنية على اساس صحيح من الكتاب و السنة أما ما ذكره من أن الاسلام يعلو الخ ، فانه اجنبى عن المقام و الآ فلا بدّ من الحكم بأنه لا يصح شراء المسلم الكافر مع وجود العبد المؤمن لأن الاسلام يعلو ولا يعلى عليه و أما ما ذكر من عدم تعارض الغرض الدنيوى مع الغرض الاخروى فانه ليس هنا غرض آخرى حتى يقع التعارض بينهما و يرجح الثانى فان المعاملات اغلبها للاغراض الدنيوية و ان كان فى طيها أغراض أخرىة أيضا .

فتحصل أن شيئا من الشروط المذكورة لصحة الشرط الذى يجب الوفاء

قوله الرابع: أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنة فلو اشترط رقية حر أو

توريث اجنبى كان فاسدا .

أقول : لا شبهة فى أن الشرط المخالف للكتاب و السنة غير نافذ للاخبار المستفيضة ، بل المتواترة معنى و الظاهر أنه لم يخالف فى ذلك أحد فيما نعلم و لكن هنا امران ربما يَحْتَمَلان فى المقام أحدهما أن أدلة وجوب الوفاء بالشرط يَحْتَمَل أن تكون مخصصة لأدلة التحريم و رافعة للحرمة و يكون المرجع الى أن المحرمات انما تكون محرمة بادلتهـا الاولية اذا لم يطرأ عليها عنوان الشرط فى ضمن عقد ، و الا تكون مباحة . بل واجب الوفاء بمقتضى دليل وجوب الوفاء بالشرط و يكون ذلك نظير طرورّ عنوان الثانى على الاشياء المحكومة بالاحكام بعناوينها الاولية ، و أن لم يكن المقام من ذلك القبيل كما قرر فى محله ، لان بعنوان الاضرار يرتفع الموضوع و ليس التخصيص كذلك و كيف هذا الاحتمال ، بل ورد نظيره فى الشريعة فى التلکيفيات و الوضعيات ، أما التلکيفيات كجواز الصوم فى السفر بالنذر مع أنه لم يكن مشروعا فى السفر و كجواز الاحرام قبل الميقات مع النذر مع أنه لم يكن مشروعا قبل الميقات بدون النذر ، و أما فى الوضعيات كجواز ارث كل من الزوجة أو الزوج من الآخر بالشرط فى ضمن عقد المتعة مع التوارث فى غير القرابات النسبية و غير القرابات السببية المعروفة منفية ، الا أن هذا الحكم الوضعى قد ثبت بالاشتراط فيكون الدليل الدال على نفوذ هذا الشرط تخصيصا للدالة الدالة على عدم هذا الحكم الوضعى فى غير الموارد المذكورة فيمكن أن يكون المقام من هذا القبيل أيضا بأن يكون ما دل على وجوب الوفاء بالشرط مخصصا على الادلة الدالة على المحرمات أى الادلة الاولية .

الامر الثانى : أنه يَحْتَمَل أن تكون الادلة الدالة على وجوب الوفاء

بالشروط مخصصة للأخبار الكثيرة الدالة على أن كل شرط جائز بين المسلمين الأشرقا خالف كتاب الله و سنة نبيه من الأخبار المتواترة بأن يستكشف من تلك الأدلة أى أدلة وجوب الوفاء بالشرط أن الشرط الفلانى المخالف للكتاب أو السنة لا بأس به فهو واجب العمل و هذا الأمر الثانى أن أراد به المحتمل وجوب الوفاء بالشرط تكون مخصصة لواقع ما هو مخالف للكتاب و السنة أى لحكم الله سواء ذكر فى القرآن أو لا ، بأن يكون الشىء فى نفسه محرما بمقتضى حكم الله و لكن يكون مقتضى الشرط هو الجواز، و لا شبهة أن هذا مناقضة محضة لأن عدم رفع اليد عن الحكم الأمر بنفوذ الشرط المخالف مناقضة محضة ، فلا يمكن الالتزام به ، و هل يتوهم أحد جواز ورود التخصيص على اطاعة المخلوق بطرق المعصية و من هنا ورد أنه لا طاعة للمخلوق فى معصية الخالق و ان كان مراده التخصيص بظاهر الكتاب بمعنى أن يكشف من ملاحظة أدلة وجوب الوفاء بالشرط أن ظاهر القرآن ليس بمراد فمرجع ذلك الى الامر الاول ، فانه اذا لم يكن ظاهر الكتاب مراد يستكشف أنه ليس بحرام فى صورة الاشتراط فى ضمن عقد و هذا هو عين الامر الأول اذا عرفت هذا فاعلم ان الكلام فى المقام يقع فى جهات :

الاولى : أن المراد من الكتاب المذكور فى هذه الأخبار المستفيضة أو المتواترة أى شىء حيث ذكر فيها أن كل شرط خالف كتاب الله فهو باطل على ما هو مضمون تلك الروايات، فهل المراد من الكتاب هو القرآن كما هو الظاهر منها فى بدو النظر أو المراد من ذلك ما هو مكتوب فى السوح المحفوظ و بينه بلسان نبيه و لو فى غير القرآن فيكون المراد من الكتاب هو ما كتب كما ذكر ذلك فى القرآن أيضا بقوله عز من قائل: (كتب عليكم الصيام ، كما كتب على الذين من قبلكم) و قد عرفت أن النظر البدوى يقتضى احتمال الاول و كون المراد من الكتاب هو القرآن، و لكن النظر الى تلك الروايات

يقتضى اراد الاحتمال الثانى منها بأن يكون المراد بها هو ما كتبه الله و بينه بلسان نبيه ، و لو كان فى غير القرآن ، و انه ما من شىء الا و قد كتب الله فيه حكما ، و يدل عليه وجوه :

الاول : أنه ورد فى بعض الروايات لفظ السنة أيضا . بأن لا يخالف الكتاب و السنة فأن ذلك قرينة على أن يكون المراد من الكتاب ما هو مكتوب لله من الاحكام .

الثانى : أن مناسبة الحكم و الموضوع يقتضى التعميم حيث انه لا خصوصية فى عدم نفوذ الشرط المخالف بين أن يكون مخالفا للقرآن أو لحكم الشارع و ان لم يكن مذكورا فى القرآن ، اذ لا فرق بين أحكام الشرع و أفراد أحكامه فلا خصوصية للمخالفة مع القرآن حتى لا يكون نافذا و أما مخالف السنة فيكون نافذا ، بل جميع أحكام الشارع على نسق واحد سواء كان مذكورا فى القرآن أو فى غيره ، و قد عرفت أنه لا معنى لجواز مخالفة حكم الشارع مع بقاءه على حاله ، فان أمره بنفوذ الشرط المخالف مع عدم رفع اليد عن الحكم مناقضة واضحة و اذا فلا فرق بين أحكام الشارع ، و بحسب مناسبة الحكم و الموضوع يحكم بأن المراد من الكتاب كل حكم شرعى فتكون النتيجة مما ذكرنا أن مفاد تلك الاخبار هو أن كل شرط نافذ الاّ شرطا خالف الحكم الشرعى كما هو واضح .

الثالث : أن مخالفة القرآن اعمّ من أن يكون مخالفا لحكم مذكور فى القرآن أو لعموم القرآن و احكامه و من الواضح أن جميع الاحكام الشرعية قد أمر فى القرآن بالاطاعة بها و الا تيان بها بمقتضى قوله : (وما اتاكم الرسول فخذوه و ما نهاكم عنه فانتهوا) و من الواضح ان شرط ما يكون مخالفا لحكم شرعى من أى حكم مخالف للقرآن كما هو واضح ، فالمراد من الموافق مما يكون موافقا لحكم الشارع و لو كان مستفادا من القواعد أو كان ثابتا بالاصل الذى

دل عليه عموم حديث الرفع أو غير ذلك .

الجهة الثانية : أن المراد من الشرط المخالف للكتاب هو الشرط الغير الموافق أو الشرط المخالف، وقد يظهر من بعض الروايات الاحتمال الاول ومن بعضها الثانى ، و ذكر فى بعضها ما سوى كتاب الله الظاهر أنه لا ثمره لهذا البحث بعد البناء على أن المراد من الكتاب هو ما كتبه الله من الاحكام ، فانه على هذا لا يوجد شرط غير موافق للكتاب الا ويكون مخالفا له كما هو كذلك ، و اظهر من الجميع فى روايات المقام قوله عليه السلام الآ شرطا سوى ما هو فى كتاب الله أى يكون غير ما كتبه الله ، نعم لا بأس للتكلم فى ذلك وان المراد أى العنوانين فى الاخبار الواردة فى عرض الاخبار على القرآن فان المراد من الكتاب هناك هو القرآن ولذا أمر بعرضها عليه وح فعنوان المخالف يفترق عن عنوان الغير الموافق .

الجهة الثالثة : فى أن الشرط المخالف يكون على ثلاثة أقسام : الاول أن يشترط أحد المتبايعين على الآخر فعلا محرما كقتل النفس المحترمة أو الكذب أو شرب الخمر ونحو ذلك .

الثانى : أن يشترط اعتبارا من الاعتبارات العقلانية لكون زوجته مطلقة أو كونه وارثا للآخر أو كون ولاء العتق له مع كون المعتق لشخصا آخر وهكذا وهذا يرجع الى شرط النتيجة وقد عرفت فيما سبق أن مثل هذه الأمور لها اسباب خاصة لا توجد الآ بها الآ اذا كان ذلك الشرط على نحو يتحقق فى ضمن هذا العقد ، بأن يوجد الاعتبار بنفس الاشتراط و يتحقق القبول بقبول المشروط عليه العقد ، لما عرفت أن هذا الشرط شرط امر اعتبارى فلا بد من ملاحظة المورد بانه يتحقق هذا الامر الاعتبارى أو لا يتحقق كما هو واضح ، فان تحقق خرج الشرط عن كونه مخالف للكتاب والآ فيكون مخالفا له .

الثالث: أن يشترط أحدهما على الآخر حكما من الاحكام الشرعية كما اذا باع داره واشترط على المشتري أن يكون الخمر حلالا أو غير ذلك من الاحكام وهذا هو اشتراط فعل الاجنبى عن العقد .
وقد عرفت أنه أمر غير مقدور للمشروط عليه وح فان كان التعليق هو تعليق نفس العقد على الالتزام بفعل الغير .

وقد عرفت أنه باطل ان لا معنى للالتزام بالامر الغير المقدور حتى لو قلنا بصحة التعليق فى العقود وعدم بطلانه ، فلا يصح الاشتراط هنا ان لا يمكن الالتزام بامر غير مقدور وان كان مرجع الاشتراط هنا الى اناطة لزوم العقد بفعل الغير وأنه على تقدير تحققه يلتزم المشروط له بذلك و الآ فلا فهو صحيح فانه على تقدير تحقق ذلك الفعل يكون العقد لازما و الآ كان للمشروط عليه خيار تخلف الشرط كما هو واضح فلا بد من التكلم فى هذه الامور الثلاثة واحدة واحدة .

وقد ورد فى الروايات على ما عرفت عدم نفوذ الشرط المخالف لكتاب الله أو سوى كتاب الله أو لا يوافق كتاب الله على ما فى الروايات بالسنة مختلفة وكان الكلام فى معنى هذه الروايات ولا يخفى أن الشرط بحسب الاستقضاء قد يكون متعلقا بالمباح بأن يشترط فعل مباح أو تركه والمراد من المباح هنا ما لم يكن فيه ايجاء فيشمل المكروه والمستحب أيضا والظاهر أنه لا شبهة فى نفوذ ذلك ولم نر من يستشكل فيه .

نعم قد ذكر فى روايتين ما يوجب توهم عدم نفوذ ذلك أيضا و أنه مخالف لكتاب الله .

الاولى : رواية العياشى ، عن ابن مسلم ، عن أبى جعفر عليه السلام قال : (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأة تزوجها رجل وشرط عليها وعلى أهلها ان يتزوج عليها أو هجرها أو اتى عليها سرية فهى طالق ،

فقال عليه السلام : شرط الله قبل شرطكم ان شاء وفي بشرطه وان شاء امسك امرأته و تزوج عليها و تسرى و هجرها ان اتت بسبب ذلك ، قال الله تعالى : فانكحوا ما طاب لكم ، الى آخره ، و أحل لكم ما ملكت ايما نكم و اللاتي تخافون نشور) فأن الامور المذكورة أمور مباحة كما هو واضح .

الثانية : رواية ابن عمار سماها المصنف موثقة المؤمنون عند شروطهم الاً شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً فأن اشتراط الزام بالمباح يوجب عدم جواز العمل به لكونه محرماً و الرواية الاولى و ان ذكر فيها بعض الامور المباحة الاً أنه لا فرق بين افراد المباح جزماً .

أما الرواية الثانية فهي ضعيفة السند لغياث بن كلوب فانه لم يوثق في الرجال و ان نقل عن الشيخ أنه و ان كان عامياً و لكن الاصحاب يعملوا بروايته و لكنه ليس بوجه على أن المذكور فيها أن كل شرط حرم حلالاً فهو غير نافذ و عليه فلا يبقى مورد للعمل بالشروط الذي ثبت بالادلة الدالة على لزوم الوفاء بالشرط و هذا المضمون غير موجود في غير هذه الرواية . و أما الرواية الاولى فهي أولاً ضعيفة السند لعدم ثبوت اعتبار تفسير العياشي .

و ثانياً : أن دلالتها غير تامة فانها مجملة حيث ان المذكور في صدر الرواية أن ما تعلق به الشرط انما هو طلاق الزوجة على تقدير التزويج و الاتيان بالسرية أو هجرها في المضجع على تقدير أتيان الزوجة بالنشوز و لكن في ذيل الرواية استدل عليه بالآية فان ظاهر الآية أن نفس تلك الامور أي الزواج و الاتيان بالسرية و المهجر في المضجع مما تعلق به الشرط لا أنها مقدمة للطلاق الذي هو متعلق الشرط كما في صدر الرواية .

نعم ، يمكن توجيه الرواية بأن الآيات الشريفة التي استدلت بها الامام عليه السلام على عدم نفوذ الشرط انما دلت على جواز تزويج المرأة فوق

الواحد وهكذا دلت على أخذ السرية وعلى جواز الهجر مع تحقق سببه و هو النشوز ولا شبهة أن جواز تزويج المرأة الأخرى غير الأولى ليس مخصوصا فى حكم العراب وكذا اخذ السرية ، بل فى حق غيرهم أيضا وعليه فالشارع لم يجعل الزواج وأخذ السرية سببا للطلاق ، بل سببه شىء آخر والآلم يجزى للمزوج أن يتزوج بأمرأة أخرى والآ يلزم أن يكون ذلك مسببا لطلاقها وح فجعل الزواج واخذ السرية سببا للطلاق مخالف للآيات المذكورة و كتاب الله الكريم الدالة بالملازمة على عدم جعله سببا للطلاق وأيضا جعل النشوز سببا للهجر واشترط عدم التهجر مع تحقق سببه مخالف للكتاب و هذا التوجيه وان كان ممكنا فى مقام الثبوت ولكن لا يمكن المسير اليه بدون الدليل .

وعلى تقدير كون متعلق الشرط هى الامور المذكورة فى الرواية و لو بمؤنة التوجيه المذكوره ، وأيضا لا دلالة فيها على عدم نفوذ اشتراط عدم المباح حتى فى الامور المذكورة و ذلك من جهة أن الامام عليه السلام قد استدل على بطلان الشرط بقوله و شرط الله قبل شرطكم و من الواضح أنه ليس فى المباح شرط الله ليتقدم على شرط المتبايعين فلا يمكن الأخذ بالرواية و الالتزام بكون الشرط متعلقا بالامور المذكورة من هذه الجهة .

وقد يقال كما فى المتن ان اشتراط الامور المذكورة مناف للقرآن وأن استدلال الامام عليه السلام شرط الله قبل شرطكم صحيح ، و ذلك من جهة أن التزويج على المرأة وأخذ السرية والهجر فى المضاجع ، وان كان من الامور الجائزة الآ أن غرض الشارع قد تعلق بعدم تغييرها عن اباحتها فلا يكون الشرط على خلافه نافذا ، لأن شرط الله قبل ذلك ، وهو وان كان ممكنا أيضا فى مقام الثبوت ، ولكنه يحتاج الى دليل و هو منتف بل استدلال الامام عليه السلام بالاية على كون الامور المذكورة مباحة من غير كونها مقيدة

بشيء ، ومن الواضح أن الاباحة ليس فيها شرط وعليفلامعنى للاستدلال بأن شرط الله قبل شرطكم على عدم النفوذ وعليه فلا بد وأن تحمل الروايه اما على التأقذر المتقدمة أو يرد علمها على أهلها .

نعم ، يتحمل أن يكون بعض المباحات مما لا بدّ وأن يلتزم بكونه مباحا الى الأبد وأن الله اثبت الاباحة في بعض الاشياء المباحة و اشتراط خلافها خلاف شرط الله وخلاف ما كتبه الله فلا يكون ماضيا وأن شرط الله اسبق وهذه الكبرى وان كانت صحيحة ولكن لم نجد لها صغرى ففى المباحات كما هو واضح على انا لو اخذنا بها وقلنا بأن اشتراط خلاف المباح لا ينفذ لم يبق مورد للاخبار الدالة على وجوب الوفاء بالشرط فان أى مورد نرضه لا بدّ وأن فيه حكم من الاحكام ان لا يوجد شيء الا وفيه حكم الله نافذ تشريعا وتكوينيا و اذا فلا دلالة فى شيء من هاتين الروايتين على عدم نفوذ الشرط فى المباحات ، فلا بدّ من الرجوع الى بقية الروايات الذى يستفاد منها كقوله عليه السلام كل شرط نافذ الا ما خالف الكتاب أو كان سوى كتاب الله أو غير ذلك من المضامين المختلفة والذى يستفاد من ذلك مع ملاحظة ما دل على وجوب الوفاء بالشرط أن أى فعل كان المكلف فيه مطلق العنان و لم يكن فيه الزام من الفعل والترك و انما تعلق الالزام به من ناحية الالتزام الشرطى لا بدّ من الوفاء به ولا يكون مخالفا للكتاب و السنة أصلا لعدم تعلق شرطه به من ناحية الشارع حتى يجب الوفاء به و يكون وجوب الوفاء بالشرط مناقضا له و الاّ بان يكون الالتزام الشرطى مسبقا بالالتزام الاخر الشرعى بحيث يجب أن يعمل على طبق ذلك الالتزام السابق لكونه ملزما و باعثا للعبد نحو الفعل لا بدّ من العمل به ولا يكون شرط المخالف سابقا و مقدسا عليه كما هو واضح فان حفظ وجوب الوفاء بالشرط وعدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب هو ذلك و مع الغض عما ذكرناه .

فالروايتان متعارضتان مع رواية منصور فانها دلت على نفوذ الشرط المتعلق بترك التزويج بعد ذمه بئس ما صنع وارشاده بذلك الذم وقوعه فى المشقة والشدة فتكون معارضة للروايتين المتقدمتين ويتساقطان ويرجع الى عموم المؤمنون عند شروطهم .

وبالجملة أن هذه الرواية وان ذكر فيها الذم ، الا أنه لا يكشف من بطلان الشرط ، بل هو ارشاد الى وقوع المشروط عليه فى المشقة وأنه يندم بعد ذلك و الا فقد حكم الامام عليه السلام بنفوذ الشرط فى ذيل الرواية . ثم انه قد يقال بأن النسبة بين ما دل على اباحة المباحات وبين ما دل على نفوذ الشرط هى العموم من وجه فى موردا لاجتماع حكم بالتساقط وفيه أولا أن الاباحة انما تترتب على الاشياء بحسب طبيعتها وانها لا تخالف الالزام على تلك الاشياء وثانيا أن ما دل على نفوذ الشرط مذيّل بما دل على عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب والسنة ومن الواضح أن المراد من المخالف ما يكون مخالفا مع قطع النظر من الشرط ، فان المراد من مخالفة نفس ما تعلق به الشرط كما فى بعض الروايات لا نفس الشرط ، كما يتوهم من بعض الروايات الاخرى ، و الاّ يكون كل شرط مخالفا فلم يبق مورد لوجوب الوفاء بالشرط ومن الواضح أن الاباحة غير مخالفة للكتاب مع قطع النظر عن الشرط بخلاف الحرام مثلا فان فعله مخالف للكتاب والسنة كما لا يخفى . ثم انه قد يتوهم عدم جواز شرط فعل المباح والالتزام به لكونه مخالفا للرواية الدالة على عدم جواز الحلف بترك العصر وأنه التزام بخلاف التزم به الشارع وبينه . وفيه أن هذه الرواية فى مورد الحلف وقد يعتبر فيه المرجوح أو أن لا يكون تركه مرجوحا ولا شبهة أن الالتزام بترك المباح ادثما مرجوح فلا يتعلق به الحلف بخلاف المقام فانه لا بأس بتعلق الشرط بالمرجوح كما هو واضح .

هذا كله فيما اذا اشترط احد المتبايعين على الآخر فعل المباح و قد يكون الشرط على غيره فى ضمن العقد فعل الحرام بأن يشترط على غيره شرب الخمر أو أكل الميتة وغير ذلك ، و ح لو كان هنا دليل على نفوذ الشرط حتى فى فعل المحرم يكون ذلك تخصيصاً لأدلة المحرمات ونظيره أن العزل عن الزوجة الدائمة حرام ، و لكن مع اشتراط ذلك فى ضمن العقد نافذ للدليل الخاص .

ثم انه قد يتوهم ان النسبة بين دليل المحرمات و بين أدلة وجوب الوفاء بالشرط هى العموم من وجه ، و فى مورد الاجتماع يحكم بالتساقط و يرجع الى الأصول العملية (أو الى بناء العقلاء و ارتكازهم فانه على العمل بالشرط المقرر) و لكن يرد عليه أولاً أن وجوب الوفاء بالشرط انما فى فرض يكون ما تعلق به الشرط فى نفسه خاليا عن الالتزام فان الظاهر من قوله عليه السلام : " المؤمنون عند شروطهم " أن العمل بالشرط انما هو من علامة الايمان كما ورد أن المؤمن فى عده ، يعنى من علامة الايمان أن المؤمن اذا وعد يفي بوعده ، و من الواضح أن هذا ما هو من علامة الايمان انما هو الذى لا يكون فيه مبغوضية فانه اذا وعد أحد العياد بالله بالزناً أو اللواط أو شرب الخمر .

فهل يتوهم أحد أن العمل بهذا الشرط من علائم الايمان و كذلك الشرط فان وجوب الوفاء بالشرط انما هو فى مورد لا يكون الشئ مبغوض الايجاد قبل تعلق الشرط به ، و الا فلا يكون مشمولاً لدليل وجوب الوفاء بالشرط .

الوجه الثانى : أنه قد ذكر فى أدلة وجوب الوفاء بالشرط الا ماخالف كتاب الله و سنة نبيه أو بما سوى كتاب الله أو لا يوافق كتاب الله ، و من الواضح أن المراد من المخالف ما يكون كك مع قطع النظر عن تعلق الشرط

به بأن يكون متعلق الشرط مخالفا لكتاب الله ، فان المراد من المخالفة مخالفة متعلق الشرط لا نفسه ، ولذا ذكر في بعض الاخبار ذلك وما ذكر في بعضها الآخر من مخالفة نفس الشرط ، انما هو بنحو من العناية وعلى هذا فلا شبهة أن متعلق الشرط اذا كان فعل محرم يكون مخالفا لكتاب الله كما هو واضح ، وقد تحصل من هذين الوجهين أنه لا بدّ من تقديم جانب الحرمة في مادة الاجتماع كما هو واضح . فافهم .

و الحاصل : أن ما تعلق به الشرط اذا كان مباحا فلا شبهة في نفوذ الشرط اذ لا وجه لصرف ما دل على وجوب الوفاء بالشرط الى فعل الواجب أو ترك الحرام ، فاذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر فعل مباح ، أو تركه ، يكون نافذا .

وأما ما توهم دلالته على عدم النفوذ كرواية العياشي وغيره فانسه فاسد ، فانه وأن كان رواية التهذيب موثقة ولكن لا يمكن المساعدة عليه من حيث الدلالة لأن المراد من المباح ما كان مباحا في كتاب الله ومعه فلا وجه للاستدلال عليه بأن شرط الله قبل شرطكم اذ لا شرط في المباح . وتوهم أنه أريد من الامور المذكورة في الرواية المباحة التي لا تتغير عنه الرخصة كما ذكره المصنف يحتاج الى دليل كما أن توهم أن بعض المباح لا بدّ وأن يلتزم بكونه مباحا الى الأبد أيضا يحتاج الى الدليل (التوهم الثاني والثالث شيء واحد) .

وأما اذا كان الشرط متعلقا بفعل الحرام فقد عرفت أنه لا يكون مشمولا لعموم الأمر بالوفاء بالشرط وذلك لأن جملة هذه الاخبار الدالة على وجوب الوفاء بالشرط قد ذكر فيها الآ شرطا خالف الكتاب أو ما سوى كتاب الله أو ما لا يوافق الكتاب ومن الواضح أن المراد من الشرط المخالف هو ما يتعلق به الشرط ويكون مخالفا له مع قطع النظر عن تعلق الشرط وذلك لأن مخالفة

الكتاب مأخوذة فى موضوع الشرط المخالف فلا بدّ وأن يكون الموضوع محققا قبل الحكم بأن يكون متعلق الشرط مخالفا للكتاب قبل الشرط، وأما اطلاق الشرط عليه أى على المتعلق مع أننا ذكرنا أن الشرط هو الاناطة فموسهل لكثرة اطلاق الشرط على متعلقه ولو بالعناية، والمجاز ولو لم يكن المراد هو ما ذكرناه لم يبق شرط الاّ ويكون مخالفا للكتاب غير اشتراط ترك الحرام وفعل الواجب وعلى هذا فلا شبهة أن اشتراط ترك الواجب أو فعل الحرام مخالف للكتاب مع قطع النظر عن الاشتراط وعليه فلا يشمل دليل الوفاء بالشرط بأشراط فعل المحرمّ وترك الواجب أصلا .

نعم ، يمكن أن يرد التخصيص على ذلك بأن يكون الشىء حراما ولكن كان بالشرط جائزا فيكون ذلك تخصيصا لما دل على عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب مع قطع النظر عن الشرط كما ورد نظير ذلك فى الصوم فى السفر والاحرام قبل الميقات والعزل عن الزوجة الدائمة مع اشتراطه فى ضمن العقد ، كما هو واضح ، و دعوى ضعف التخصيص هنا كما ذكره المصنف لا مجال له ، فانه انما يكون التخصيص ضعيفا اذا كان لحاظه مع ملاحظة متعلق الشرط مع الشرط معا ، بأن يكون شىء باقيا على حرمة حتى مع تعلق الشرط به ، فانه لا شبهة فى ضعف دعوى التخصيص ، وليس كك كما عرفت ، بل التخصيص انما هو فى الشرط المخالف مع قطع النظر عن الشرط ، ويكون مع الشرط جائزا .

و بعبارة أخرى أنه يمكن نفوذ الشرط المخالف للكتاب اذا كانت مخالفته مع قطع النظر عن الشرط لا مع الشرط أيضا ، بأن يكون باقيا على حرمة مع الشرط أيضا ومع ذلك يكون نافذا و واجب الوفاء كما هو واضح .
على أن الشرط انما يجب الوفاء به اذا كان ذلك من علائم الايمان كالوعد والحرام ليس كذلك . كما تقدم ، وهل يتوهم أحد كون فعل الزناء مع

الوعد أو الاشتراط من علائم الايمان .

(وأما القسم الثالث) وهو أن يشترط أحد المتعاقدين على الآخر اعتباراً أمراً كأن يبيع داره من هند ويشترط عليها أن تكون زوجة له أو يبيع فرسه من غيره ويشترط عليه كون المزرعة الفلانية ملكاً للبائع وهكذا وهو على ثلاثة أقسام ، لأن هذا الأمر الاعتباري الذي يشترط أحدهما على الآخر تحققه قد يكون على نحو لا يحتاج إلى سبب خاص ولا يكون من فعل شخص آخر ، بل يكون فعلاً اختيارياً للشارط بحيث يصح اعتباره منه ، بأي سبب كان ، وبأي نحو ابرز وهذا لا شبهة في تحققه بالشرط وقبول المشروط عليه ، وذلك كأشترط أن يكون المشتري وكيلاً للبائع في فعل خاص أو يشترط عليه أن يكون وصياً له أو تكون داره ملكاً له بعد موته فان هذه الأمور تتحقق بمجرد قبول المشتري ويكون قبوله ابرازاً للوكالة والوصية والتعليك كما هو واضح ، فان الأمور المذكورة أمور اختيارية للشخص وغير محتاجة إلى سبب خاص فتكون مبرزة مقبول المشتري ، أي من عليه الشرط اشتراط الشارط كما هو واضح .

وقد يكون اعتباراً أمراً غير اختيارياً للمشروط عليه كأن يشترط عليه كون زوجة زيد الذي هو غير المشروط عليه طالقاً ، أو كون ابنته زوجة للشارط نحو ذلك فان ذلك وأمثاله من أفعال الاجنبي ومن اعتباراته النفسانية فلا معنى لاشتراطه على المشروط عليه على أنها محتاجة إلى سبب خاص ، فلا توجد بأي سبب كما هو واضح .

وقد يكون ذلك أمراً اختيارياً للمشروط عليه إلا أنه لا يوجد لاحتياجه إلى سبب خاص ولا يوجد بكل سبب كأن يشترط عليه كون زوجة طالقاً أو كون بنته الصغيرة زوجة للشارط ، فان ذلك وان كان تحت اختيار الشارط إلا أنه لا يوجد إلا بسبب خاص فان الطلاق لا يكون طالقاً إلا أن يقول

انت طالق . لا يكفي أن يقول طلقتك ، ونحوه ، وكذلك النكاح .

نعم . يمكن ورود التخصيص على كل من الشقين الاخيرين . و يحكم الشارع بتحقيق الاعتبار المذكور بالاشرط في ضمن العقد ، كما يمكن أن يرد التخصيص على الشق الاول أيضا ، بأن يحكم الشارع بعدم تحقق الاعتبار بالاشرط وان كان أمرا اختياريا للمشروط عليه وكان يوجد بأى سبب الآ أن الشارع حكم بعدم تحققه بقبول الشرط و ابرازه بذلك ، فان ذلك كله تحت يد الشارع .

و أما القسم الرابع ، وهو ما اشترط على الآخر في ضمن العقد جعل وجود حكم من الاحكام الشرعية كأن يبيع داره و يشترط عليه حلية الخمر أو شيء آخر من المحرمات أو أباحة واجب و نحو ذلك . وقد ذكرنا سابقا أن هذا يرجع الى اشتراط فعل الاجنبى .

و عليه فان كان الشارط ملتفتا على كونه فعل الغير ، غيرمقدور للمشروط عليه ، وكان غرض الشارط تعليق أصل العقد على ذلك فلا شبهة في بطلان العقد ، فانه مضافا على بطلان التعليق في العقود ، أن هذا باطل لعدم امكان الالتزام بالغير المقدور فيكون العقد باطلا لعدم حصول المعلق عليه و هو الالتزام اذ لا يوجد الالتزام ، ولا يتحقق الامر الغير المقدور .

و ان لم يكن ملتفتا بذلك أى بكونه غيرمقدور و اظهر المشروط عليه أيضا التزامه بالشرط أو كان الشارط ملتفتا بكونه غيرمقدور . ولكن علق الخيار على ذلك الشيء ، فلا شبهة في صحة العقد ، و لكن يكون!! الشارط الخيار على تقدير التخلف حتى لو قال بعثتك و اشترط لنفسى الخيار على تقدير عدم حلية الخيار كان صحيحا ، فان هذا ليس اشتراط الحرام ليكون مخالفا للكتاب ، بل اشتراط الخيار على تقدير التخلف و هو صحيح حتى مع العلم بعدم الحصول و كونه حراما فان مرجع جعل الخيار الى تحديد الملكية و

انشائها محدودة وانشاء الملكية المحدودة أى الملكية على تقديريمكان من
الاماكن كما عرفت فى معنى جعل الخيار وهذا واضح لا شبهة فيه .
ثم ان المصنف (ره) بعد ما ذكر حكم مخالفة الشرط للكتاب والسنة ذكر
أنه مع الشك فى كون شرط مخالفا للكتاب والسنة يرجع فى مشروعية الشرط
الى أصالة عدم مخالفته للكتاب، وما ذكره هنا مخالف لما ذكره فى أصوله و
عقد عليه تنبيهها خاصا لعدم جريان هذا الأصل فى تنبيهات الاستصحاب
واطال شيخنا الاستاذ الكلام فى عدم جريان هذا الأصل وذكرنا نحن
أيضا فى الاصول أن هذا الأصل غير جار لأنه ان كان المراد من عدم مخالفة
ذلك الشرط للكتاب والسنة هو العدم النعتى فليس له حالة سابقة اذ فى
أى زمان كان هذا الشرط ولم يتصف بعدم كونه مخالفا للكتاب و السنة و
ذلك لأن فى العدم النعتى لا بدّ وأن يوجد الموضوع بدون النعت ليكون
مسبوqa للعدم النعتى ، حتى يمكن استصحاب عدم هذا النعت عند الشك
فى اتصاف ذلك الموضوع بهذا النعتى العدمى ، وان كان المراد من العدم
العدم المحمول ، فهو وان كان له حالة سابقة و لو قبل الشرع و الشريعة
أو بعد الشريعة أيضا بمقدار من الزمان الاّ أن استصحاب ذلك لا يثبت
الموضوع الشرعى ولا يثبت أن هذا الشرط غير مخالف للكتاب و السنة ، الاّ
على القول بالأصل المثبت ، فان كون هذا الشرط غير مخالف للكتاب من
اللوازم العقلية للعدم المحمولى وكل ذلك لا شبهة فيه ولا نحتاج الى
التطويل ، و لكن قد ذكرنا فى محله حجية العدم الازلى و معه لا نبطل
بهذه الاشكالات كما هو واضح ، فراجع .

و لكن العدم الازلى لا يجرى فى المقام و ذلك لعدم وصول النوبة اليه
و بيانه أن الشك تارة يكون فى الجعل و أخرى فى تغيير الحكم بالشرط و
نحوه ، و الشق الاول وان كان خارجا عن كلام المصنف و لكن نتكلم فيه أيضا

توفية للاقسام والكلام .

أما الشق الاول فتارة يكون الشك في الحكم التكليفي وأخرى في الحكم الوضعي ، أما الاول كما اذا باع متاعا من زوجته مثلا ، أو تزوجها واشترط عليها أن ترقص له في كل ليلة و شككنا في أن هذا الشرط مخالف للكتاب أم لا ، ولا نكتب هذا المثال ، فانه مزاحي أو اشترط شرب التتن مثلا ، و شككنا في كونه مشروعا وعدمه فانه بناء على ما ذكرناه من كون الشرط مخالفا للكتاب هو كون متعلق الشرط مخالفا له مع قطع النظر عن الشرط فلا شبهة في أن هذا الشرط غير مخالف له فان مقتضى الاصول العملية تثبت كون ترقص مباحا ، فانه من الشبهات البدوية و تجرى فيه البرائة ، وكك الحال اذا احرزنا حكم المشكوك بالامارة أو بالاصول الاخر غير البرائة فان هذا الموضوع الخاص مباح وغير مخالف للكتاب و السنة .

وأما اذا شككنا في الحكم الوضعي بأن اشترط شرطا في العقد و شككنا في صحته وفساده أى نفوذه وعدمه فان مقتضى الأصل هو الفساد هذا هو المعنى من قولهم أن الأصل في العقود و الايقاعات هو الفساد إلا أن يكون الاشتراط هنا من القسم الرابع بأن اشترط في العقد الخيار على تقدير وجود الحكم الفلاني ، فقد عرفت أنه مع عدم التحقق يثبت للشارط الخيار بان يكون الشرط أى متعلقة مما يشك في كونه صحيحا أو فاسدا. نعم اذا كان الشك في أصل صحة جعل الخيار كان الحكم فيه أيضا الفساد لما عرفت أن الأصل في العقود الفساد و في كل من هذين الفرضين للقسم الأول لا تصل النوبة الى الاصل أصلا ، حتى يستشكل فيه أنه يجرى في المقام أو لا يجرى .

وأما اذا كان الشك في تغيير الحكم بالشرط فايضا لا تصل النوبة الى الأصل ، لما عرفت أن المراد من مخالف الكتاب هو المخالف لولا الشرط و

عليه فلا تتغير ذلك بالشرط إلا إذا كان هنا تخصيص وهو يحتاج الى الدليل ، وفي كل مورد ورد دليل على نفوذ الشرط المتعلق بالحرام كما في الأمور المتقدمة يحكم بنفذه ، والآ نحكم بالبطلان لاجل تلك الأخبار المتواترة الدالة على أن الشرط المخالف للكتاب والسنة باطل كما هو واضح . وقد تحصل أنه لا تصل النوبة في الموارد المشكوكة الى الأصل أصلا حتى يتكلم في جريانه وعدمه وان نقحنا في الأصول أن الأعدام الأزلية لا مانع عن جريانها .

ثم انه بقي الكلام في بعض الفروع التي وقع الكلام في كون الشرط فيها مخالفا للكتاب والسنة أم لا ، وقد اشار الى عنوان هذا المطلب المصنف بقوله : وانما الاشكال في تمييز مصداق أحد هما عن الآخر في كثير من المقامات . منها كون من أحد أبويه حرة رقا بأن يشترط صاحب الأمة على من يتزوجها من الحر أن يكون الولد على تقدير حصوله رقا وقد وقع الكلام في كون هذا الشرط سائغا وعدمه .

ومحصل كلام المصنف هنا أنه ان كان عدم كون ولد الحر رقا الثابت بالأدلة المتواترة من قبيل العلة بحيث لم يتخلف عنه الحكم كان هذا الشرط مخالفا للكتاب والسنة فان الولد الحاصل من الحر والأمة بمقتضى الأدلة الدالة على تبعية الولد لا شرف أبويه ، يكون حرا ، لكونه ولد حر ، فلا يكون اشتراط كونه رقا في عقد الزواج نافذا لاستحالة تخلف المعلول عن علته التامة وان كان كون الولد للحر من مقتضيات كون الولد حرا لا علة تامة لذلك فلا يكون الشرط مخالفا للكتاب والسنة ، ولكن لم يرجح شيئا عن هذين الاحتمالين .

أقول : قد عرفت أن المراد من كون الشرط مخالفا للكتاب هو مخالفته مع قطع النظر عن الشرط لأن ذلك أي المخالفة ماخوذ في موضوع الشرط فلا

يمكن أن يلاحظ ذلك مع الشرط وعليه فلا شبهة أن اشتراط أن يكون الولد رقا في ضمن عقد التزويج مخالف للكتاب، لأن الأدلة مطبقة على كون ولد الحر حرا ومما يدل على كون هذا الشرط مخالفا للكتاب أنه لم يتوهم أحد جواز اشتراط هذا الشرط في ضمن العقد البيع أو عقد آخر، بل كل من ذكر هذا انما ذكره فيما اذا اشترط ذلك في ضمن عقد تزويج الأمة كما هو واضح. وأما الخلاف في أن هذا الشرط نافذ أو غير نافذ فليس من جهة العمومات الدالة على وجوب الوفاء بالشرط ليقال انه أى فرق في التمسك بها بين أن يكون الشرط المذكور في ضمن عقد الزواج أو في غيره، بل الخلاف المذكور من جهة الروايات التي دلت جملة منها على نفوذ ذلك الشرط و جملة أخرى على عدم نفوذها فمن عمل بالطائفة الأولى حكم على تخصيص ما دل على عدم كون ولد الحر حرا، بل يكون حرا بالشرط في ضمن عقد زواج الأمة للحر، ومن عمل بالطائفة الثانية فمنع عن نفوذ ذلك الشرط، فلم يقل بالتخصيص وحيث انه ليس هذا مورد العمل والأثر الفعلي لم نتعرض لتلك الروايات.

قوله: ومنها ارث المتمتع بها هل هو قابل للاشتراط في ضمن عقد المتعة أو عقد آخر، أم لا .

أقول: الظاهر لا خلاف في أن اشتراط ارث الزوجة المتمتع بها بحيث تكون كسائر الزوجات صحيح و ذكر بما حاصله الظاهر أنه أتفق الفقهاء رضوان الله عليهم على عدم مشروعية اشتراط الشرط المذكور في ضمن عقد آخر وأيضا اتفقوا على عدم مشروعية اشتراط ارث اجنبي آخر في ضمن أى عقد كان سواء كان هذا العقد المتعة أم غيره، وعلى هذا يقع الاشكال في أفراد غير الوارث وفي أفراد العقود فان كان ثبوت الحكم لموضوعه على وجه العلة التامة بحيث لا يتخلف بأن يكون غير الوارث وارثا فلماذا تخلف في

عقد المتعة، وقد فرضنا أن ثبوت التوارث للأشخاص الخاصة على نحو العلة التامة وان فرضنا أن ذلك على نحو الاقتضاء فلماذا يجري في غير عقد المتعة، ولماذا لا يجوز اشتراط ارث غير الوارث من غير الزوجة المتمتع بها في ضمن عقد المتعة .

أقول : قد عرفت حكم ذلك من الفرع السابق وتوضيح ذلك أن العمومات الدالة على وجوب الوفاء بالشرط بالنسبة إلى اشتراط ارث أى اجنبى من الأجانب وفي أى عقد من العقود سيان فان كان ثبوت الارث الذى هو حكم من الأحكام الوضعية على موضوعه على نحو ثبوت المعلول لعلته فلا يصح فى جميع العقود ولا فى شخص من غير الوارث، وان كان ذلك بعنوان المقتضى صح الاشتراط مطلقا .

وقد عرفت فى القسم الثالث من الشرط أن اعتبار أمر اعتبارى لشخص لا يكون تحت اختيار الشخص دائما وبأى سبب كان ففى المقام اعتبار مالىة التركة لغير الوارث ليس فى اختيار المورث ولكن قد ورد فى جملة من الروايات المعتمدة جواز ارث الزوجة المتع بها فى عقد المتعة، وعمل بها المشهور فيكون ذلك تخصيصا لما دل على ثبوت التوارث فى الموارد الخاصة وكشف من ذلك أن هذا الشرط المتعلق بما هو مخالف للكتاب مع قطع النظر عن الشرط ليس مخالفا له مع لحاظ الشرط كما هو واضح ومن هنا يعلم أنه لا وجه للأشكال المذكور فان جواز الشرط المذكور فى هذا المورد ليس من ناحية أدلة الوفاء بالشرط حتى يشكل بعدم الفارق بين أفراد العقود وبين أفراد الأجانب، بل بين أن يشترط كون الزوج والزوجة مثل سائر الزوجات أو مثل بقية الوارث من الابن والبنت والاب والام وغيرهم، كما لا يخفى .

نعم، فى المقام روايتان اشار إليها السيد (ره) فى المقام، احدهما

مرسلة الكافى الدالة على عدم جريان الارث فى المتعة اشترط أو لم يشترط .
والثانية رواية البرقى وهى أيضا بهذا المضمون وقد عمل بمضمونها
السيد فى حاشيته ، وان التزم فى العروة على ما يبالى بعدم نفوذ هذا
الشرط ، ولكن الظاهر أن ما ذهب اليه المشهور من نفوذ هذا الشرط فهو
المتعين ولا تقاوم هاتين الروايتين بذلك .

أما الرواية الأولى فنحتمل أنها هى رواية البرقى بعينها فان صاحب
الكافى لم يسمى بالراوى بل نقل بعنوان روى فلعلها ما نقله البرقى وعلى
تقدير كونها رواية مستقلة وهى ضعيفة السند للارسال ، ولذا لم يستند
اليها الكلينى أيضا ، ونقله بعنوان روى .

وأما الرواية الثانية فالظاهر أنها أيضا ضعيفة السند لأن فى سندها
حسن وهو لم يوثق ويحتمل أنه حسين ولذا عنوان الشيخ فى أول كلامه
بعنوان حسن وسماه فى آخر كلامه بحسين . على ما فى رجال الماقدانى و
يحتمل ان يكون اماميا وأما التوثيق فلا ، وعلى تقدير أن يكون هاتان
الروايتان معتبرتين لا تقاوم الروايات الدالة على نفوذ الشرط لأنه مضافا
الى كونها مشهورة أو قريبة منها ، وعمل المشهور بها وكونها أصح سندا
أنهما يتعارضان ولا بدّح من ترجيح ما دل على نفوذ هذا الشرط لكونه
موافقا للكتاب اذ المذكور فيها أن للزوجة الربع مع عدم الولد و الثمن مع
وجود الولد ومن الواضح أن الزوجة تطلق على المتعة كما تطلق على الدائمة
ومن هنا استدل الفقهاء فى كثير من ابواب الفقه على ترتب أحكام الزوجة
على المتعة بصحة اطلاق الزوجة عليها غاية الأمر قد ثبت بالروايات أن
المتعة لا تترث فاوجب ذلك خروجها عن الآية الآ أن ذلك لا ينافى ثبوت
التوارث بينهما من جهة الاشرط للروايات الدالة على نفوذ هذا الشرط فى
عقد المتعة وقد فرضنا أن ذلك لا يخالف الكتاب ، بل يوافق اطلاقه ، كما

هو واضح .

قد عرفت أن اشتراط الارث فى عقد المتعة مما وقع فيه الخلاف بأنه شرط خلاف الكتاب أم لا ، فالمشهور هو الثانى و بعضهم الى الأول . و ذكرنا سابقا أن اعتبار الملكية لشخص آخر . و ان كان امرا اختياريا لكل شخص و ليس له سبب خاص و لكن اعتبار ملكية التركة بعنوان الارث لغير الوارث ليس فى اختيار الانسان الا اذا كان ذلك من باب الوصية من الثلث و الآ فهو شرط على خلاف حكم الله و من ذلك اشتراط الارث للزوجة المنقطعة فى عقد المتعة و من هنا ورد فى عدة من الروايات أن المنقطعة لا ترث و زواج المتعة ليس زواج ارث .

نعم ، ورد فى جملة أخرى من الروايات أن المتعة قد تكون زواج ارث كما اذا اشترط فيها التوارث . و قد لا تكون زواج ارث ان لم يشترط فيها الارث ، فيعلم من هذه الأخبار جواز اشتراط الارث للمنقطعة فى العقد فتكون هذه الأخبار مخصصة لما دل على عدم الارث فى المتعة كما أن الاخبار الدالة على عدم الارث فى المتعة مخصصة للآية الشريفة الدالة على ارث الزوجة لكونها مطلقة تشمل الدائمة و المنقطعة .

و لكن هنا روايتان تدلان على عدم ارث الزوجة المنقطعة اشترط أم لم يشترط ، احديهما مرسله الكافى و الثانية رواية البرقى . و ذكرنا أن المحتمل القوى أن يكون المراد من المرسله هى رواية البرقى و على كل تقدير سواء اتحدا أم تعددا ، فرواية الكافى مرسله و رواية البرقى ضعيفة لما تقدم فلا تكونان متعارضتين لما دل على ثبوت التوارث فى زواج المنقطعة بالاشتراط و على تقدير صحة السند ذكرنا سابقا أنه لا بدّ من ترجيح ما دل على ثبوت الارث بالاشتراط لكونه موافقا لعموم القرآن الدال على ثبوت الارث فى الزواج مطلقا لا طلاق المزوجة على الدائمة و المنقطعة كما هو كثير فى كثير

من أبواب الفقه و لكن نقول أنه لا بدّ من تقديم ما دل على عدم التوارث لعدم وصول النوبة الى الترجيح حتى نأخذ الموافق للكتاب، بل هنا عموم فوق و هو الأخبار الدالة على عدم التوارث، وعليه فيحكم بالتساقط ، أى تساقط ما دل على ثبوت الارث بالاشتراط وعدمه سواء اشترط أم لا ، فيرجع الى تلك الأخبار الدالة على عدم الارث فى المنقطة مطلقاً .

قوله : ومنها أنهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان فى العارية .

أقول : المشهور أن اشتراط الضمان فى العارية صحيح، ولكن اشتراطه فى عقد الاجارة غير صحيح ، وقد اشكل ذلك بانه ان كانت الامانة موجبة لعدم ضمان الأمين و علة تامة لذلك فلا بدّ و ان لا يتخلف فى الاجارة و العارية كليتهما و ان لم تكن علة لذلك بل مقتضية له فلماذا تخلف ذلك فى العارية دون الاجارة مع أن كل من المعير و المستأجر أمنان فى وضع اليد على العين المعيرة و المستأجرة .

أقول : أن المراد من الضمان هنا ليس ما هو المراد فى باب الضمان أى الضمان على دين أحد و نحوه ، فانه بمعنى نقل الدين على ذمة الضامن أو ضم الذمة الى الذمة كما عليه العامة ، بل المراد من الضمان هنا هو ان يشغل الضامن ذمته بالعين على تقدير تلفها فيكون المراد منه الضمان بالعين على تقدير التلف و سبب هذا الضمان أى ضمان العين أمران اما اتلاف العين التى هى ملك للغير فيكون المتلف ضامنا لها بمقتضى من اتلف مال الغير و هو له ضامن و اما بدليل على اليد ما أخذت حتى تؤدى و لو بضميمة بناء العقلاء عليه ، وليس هنا سبب ثالث لهذا الضمان وعليها اشتراط ضمان العين فى ضمن عقد من العقود مخالف لما هو ضرورى فى الشرعية اعنى عدم كون غير الاتلاف سببا للضمان فيكون شرطاً مخالفاً لما كتبه الله على عباده و بينة بلسان سفرائه الآ أن يكون هنا مخصص فى مورد بحيث ورد

دليل خاص على أن الاشتراط في ضمن العقد الفلاني يكون موجبا للضمان أيضا لا يقال أن دليل وجوب الوفاء بالشرط يدل على أن الشرط أيضا من أسباب الضمان، وفيه أنه ليس بمشرع حتى يدل على ذلك فانه انما يشمل الموارد التي كان للشخص جعل ذلك في طبعه على نفسه أى يكون سائغا في نفسه ويكون دليل الوفاء بالشرط دالا على الالتزام ولم يثبت في الشريعة أن يضمن أحد ما اتلافه شخص آخر وعدم ثبوت المانع عنه لا يكفي بل لا بد وأن يثبت له حق على ذلك كما جاز له ان يعطى قيمة العين مع التلف قبل الشرط فيجوز شرطه أيضا ، فافهم .

وعلى هذا فيرتفع الاشكال في المقام حيث انه وردت روايات معتبرة على جواز اشتراط الضمان أى ضمان العين مع التلف على المعير في عقد العارية فتكون هذه الروايات مخصصة لما هو ثابت في الشريعة من عدم كون غير الاتلاف واليد من موجبات ضمان العين ولكن لم يرد ذلك في غير العارية فيبقى تحت القاعدة الاولية أعنى عدم وجود سبب لضمان العين غير اليد والاتلاف وأن الاشتراط ليس من أسبابه وقد عرفت في القسم الثالث من الشرط أن اشتراط ما ليس بسبب لحكم وضعى أو تكلفى لا يكون نافذاً ويكون الالتزام به لغوا .

ثم ان هذه فيما اشترط الموجد على الاجير الضمان ، أى ثبوت ضمان العين على ذمة المستأجر بحيث يكون من جهة ديونه ويكون ثابتا في التركة على تقدير عدم الاعطاء ، وأما لو اشترط عليه اعطاء قيمة التالف ، فهو لا يكون مخالفا للكتاب والسنة ولا يكون الاشتراط سببا مستقلا للضمان ، بل يكون ذلك من شرط الفعل وقد تقدم أنه نافذ ، بل قد تقدم في القسم الثالث من الشرط أن اشتراط اعتبار امر اعتبارى في ضمن العقد لا بأس به اذا كان في تحت اختياره ، فهو من شرط الفعل ، فيكون نافذاً ، ومع التخلف

ثبت الخيار للمشروط له فيكون الاشتراط موجبا لثبوت حكم تكليفي عليه وعلى تقدير العصيان لا يثبت في ماله بحيث يكون من جملة ديونه كما كان الاول كذلك ، فان الثابت بمقتضى شرط الفعل هنا يكون هو الحكم التكليفي فقط واما ثبوت الخيار فلا مجال له بعد فرض العين المستأجرة تالفا ، ويمكن أن يرجع الى ذلك المعاملات الرائجة بين التجار حيث يدخلون أموالهم في البيعة بان يكون ضمانها مع التلف على الدولة فان ذلك من جهة اشتراط كون قيمة المال على الضامن مع التلف في ضمن عقد لازم أو يعطى مقدار من المال للضامن بهبة ويشترط ذلك في ضمنه كما هو واضح فبذلك تكون معاملة مشروعة ولا يكون ذلك اكلا للمال بالباطل .

قوله : ومنها اشتراط أن لا يخرج بالزوجة الى بلد آخر .

أقول : قد اختلفوا في صحة هذا الشرط وعدمه وذهب المشهور ظاهرا الى نفوذه لعموم دليل وجوب الوفاء بالشرط وذهب بعضهم الى عدم النفوذ لأن هذا الشرط مخالف للكتاب ، فان المكتوب لله هو وجوب اطاعة الزوجة للزوج فالشرط المذكور مخالف له .

و لكن قد عرفت أن معنى كون الشرط مخالفا للكتاب هو المخالف مع

قطع النظر عن الشرط ولا شبهة أن اخراج المرأة من بلدها الى بلد آخر في نفسه من المباحات وليس فيه مخالفة للكتاب فلا بأس باشتراط عدم خروجها في ضمن عقد النكاح ، أو البيع ، أو غير ذلك من العقود ، فيكون هذا الشرط نافذا وصحيحا كما هو واضح . وهذا لا شبهة فيه .

ثم انه اذا خالف الزوج هذا الشرط وطلب من الزوجة الخروج من بلدها فهل يجب للزوجة اطاعته أو يجوز لها أن يخالفه في ذلك ربما يقال بالأول لوجوب اطاعة الزوجة لزوجها والشرط المذكور لا يوجب جواز مخالفتها بعد مخالفة الزوج لكونه مخالفا للكتاب والسنة الدالة على وجوب

اطاعة الزوجة للزوج فى أى شىء يريد منها فى غير معصية الخالق .
 و لكن هذا الاشكال واضح ، الدفع بداهة أنه يجب للزوجة اطاعة
 زوجها فيما له حق لا فيما ليس له حق ، ومن الواضح أنه بعد اشتراط أن
 لا يخرجها الزوج من بلدها الى بلد آخر الا برضايتها فى ضمن عقد لازم
 من العقود ليس له حق فى هذه الجهة على الزوجة حتى يجب عليها أن
 تطيعه فى هذه الجهة أيضا وهذا واضح لا شبهة فيه و تحصل أن هذا
 الشرط أيضا نافذ وغير مخالف للكتاب والسنة .

قوله : الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد .

أقول : ذكر المصنف فى ذيل هذا الشرط فروعا :-

منها : ما ذكره بعضهم من أنه اذا باع شيئا و اشترط عدم البيع ولكن
 ذكر العلامة أنه صحيح وقواه بعض من تأخر عنه .

منها : ما ذكره فى سؤال فى بيع الحيوان من جواز الشركة فيها اذا قال
 الربح لنا ولا خسران عليك لصحيحة رفاة فى الشركة فى الجارية ، و لكن
 النص مختص بالجارية .

ومنها : اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدها الى بلد آخر ، و قد
 جوزه جماعة للنص وعدم المانع ومنعه آخرون .

ومنها : مسألة توارث الزوجين فى عقد المنقطة .

أقول : الظاهر بل الواقع أنه لم ينقع حقيقة الشرط المخالف للكتاب و
 السنة و حقيقة الشرط المخالف بمقتضى العقد فى كلمات الفقهاء و لذا
 ترونهم يذكرون جملة من الفروع مثلا للشرط الذى يكون مخالفا لمقتضى
 الكتاب ، و أيضا يذكرونها بعينها مثلا لما يكون مخالفا لمقتضى العقد ولا بد
 لنا من تنقيح ذلك حتى يتضح لنا واقعها و حقيقتها و يعلم أن ما يكون
 مثلا لأحدهما هل يمكن أن يكون مثلا للآخر أيضا أولا يمكن .

فنقول : أن الشروط فى العقود على نحوين لأنها قد تكون معتبرة فى العقود بحسب الارتكاز وبناء العقلاء وتسمى ذلك بالشروط فى ضمن العقد بحيث لا يحتاج الى الذكر وقد تكون معتبرة فيها بالاشتراط وبدونه لا يكون جاريا فيها ، بل يكون العقد مطلقا بالنسبة اليه .

اما القسم الأول فهو كثير منها ما تقدم من كون المثلثن بالقيمة المساوية للقيمة السوقية و الاّ كان للمغبون من البايع أو المشتري خيار الغبن وان لم يشترط ذلك فان بناء العقلاء بحسب ارتكازهم على ذلك فيكون هذا الشرط معتبرا فى المعاملة سواء صرح به أم لا ، ومن هنا قلنا سابقا أن خيار الغبن انما هو ثابت بالشرط الضمنى وبتخلفه يثبت الخيار للمشروط عليه كما هو واضح .

و منها : عدم كون كل من الثمن أو المثلثن معيبا فان الشرط الضمنى على ذلك والاتكازى العقلائى يقتضى كونهما خاليين عن العيب والاّ ثبت الخيار لمن كان ماله معيوباً ومن هنا قلنا ان خيار العيب على القاعدة و لم يحتاج الى ورود رواية فيه وان كان ثبوت مطالبة الارش فيه على خلاف القاعدة .

و منها : انصراف الثمن الى نقد البلد وهكذا انصراف تسليم المبيع الى بلد البيع وان لم يصرّحاً بذلك وقد ذكرنا سابقا أن الميزان فى الشروط الضمنية ما يكون معتبرا فى العقد بدون التصريح والانصراف المذكور كذلك وعلى هذا فلو قال البايع أو المشتري انى أريد أن اسلم الثمن أو المبيع فى بلد آخر كان للأخر خيار الفسخ مع أنه لم يشترط الخيار فى ضمن العقد وهكذا كل شرط ضمنى فان الميزان هو ما ذكرناه فيكون المنشأ فى الحقيقة هو الحصة الخاصة من الملكية ونحوها على مقتضيات العقود المعاملية لما ذكرنا سابقا فى معنى جعل الخيار وقلنا ان معناه هو تحديد المنشأ و

انشاء حصة خاصة من الملكية مثلا ، بل فى الحقيقة أن هذا القسم من الشرط ليس بشرط أصلا ، واما المنشأ هو المنشأ المضيّق من الأزل فكان المنشى للعقد مع وجود الشروط الضمنية قد انشاء حصة خاصة وطبيعة مضيقة كما هو واضح و من هنا لا نحتاج فى اعتبار هذه الشروط الضمنية فى أى عقد كان الى شمول دليل وجوب الوفاء بالشروط عليها واما يكفى فى صحتها ، و نفوذها نفس عموم أدلة المعاملات من اوفوا بالعقود و الصلح جائز بين المسلمين وغير ذلك من الأدلة حسب كل معاملة دليلا خاصة و خصوصا بمعاملة خاصة كالصلح جائز بين المسلمين أو عا ما كقوله : المؤمنون عند شروطهم و السرفى ذلك هو أن المعاملة المنشأ هو معاملة مضيقة و العقد المتحقق عقد خاص و الدليل الدال على وجوب الوفاء بالعقد انما يدل على الوفاء بهذا العقد المضيق فيكون نفس ما يوجب التضيّق الذى نسميه شرطا ضمنيا و يترتب على مخالفته الخيار مشمو لا لعموم الوفاء بالعقد ، فان العقد الذى وجد فى الخارج و شمله هذا العموم وغيره هو هذا المضيق لا غير ، فافهم .

نعم ، انما يجرى ذلك فى العقود القابلة للتضيّق من حيث الزمان بحيث يكون المنشأ فيها محدودا ككون الملكية فى البيع الخيارى ملكية محدودة ، و أما العقود التى لا يكون قابلا للتضيّق فلا يجرى فيها ما ذكرناه اعنى تضيّق المنشأ و انشاء الطبيعة المحدودة و المضيقة و لو بمؤنة الشروط الضمنية المأخوذة فيها بحسب ارتكاز العقلاء و ذلك كعقد النكاح فان الشارع قد جعله دائميا أو مقيدا بأجل خاص فلا بدّ و ان ينشأ اما دواما بحيث لا يزول بالفسخ أصلا الآ فى موارد خاصة الثابتة بالنص الخاص ولا يرتفع الآ بالطلاق أو مؤجلا بأجل معلوم و أما انشاءه محدودا بأجل غير معين كالملكية المحدودة بالخيار فلا ، بحيث يكون كل من الزوج أو الزوجة

مخيرا فى فسخ عقد النكاح فى أى وقت أراد ، فان عقد النكاح لم يثبت فى الشريعة مقيدا بأجل غير معين ، فحيث جرى فيه ما ذكرنا من اعتبار الشروط الضمنية الموجبة لتضييق دائرة المنشأ وأن المنشأ فيها ليس الأحصه خاصة فلازم ذلك أن يكون الخيار محدودا بزمان غير معين أعنى فسخ من له الخيار فى أى وقت أراد وقد عرفت أنه غير مشروع وبذلك حكمنا بعدم جريان الخيار فى النكاح فى حاشية العروة من غير احتياج الى التمسك بالاجماع كما زعمه بعض الاعلام ، فافهم .

وأما القسم الثانى من الشرط وهو ما يكون معتبرا فى العقد بالاشتراط الصريح .

وهذا قد يكون شرطا موافقا للقواعد الشرعية كجميع الشروط السائغة كاشتراط الكتابة والخياطة وغيرها من شرط الفعل والنتيجة فان ذلك صحيح ونافذ ويجب الوفاء بها بمقتضى دليل الوفاء بالشرط ويكون مع التخلف موجبا للخيار سواء كان الشرط فى أصل تعليق العقد بالالتزام بشىء أو فى تعليق الالتزام بالعقد بشىء وقد تقدم تفصيله .

وقد يكون الشرط مخالفا لمقتضى العقد .

وقد يكون مخالفا للكتاب والسنة والفارق بينهما أن كل عقد لمقتضى فاذا كان الشرط يناهى ذلك المقتضى كان هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد كما اذا باع داره من شخص واشترط عليه أن يملكها وأجر دابته من غيره واشترط عليه أن لا تكون منفعتها له ، وهكذا فان هذا الشرط مناقض لمقتضى العقد ، فان معناه البيع ولا ابيع ، ثم انه هل يكون من قبيل الشرط المخالف لمقتضى العقد ما اذا اشترط فى ضمن البيع أن يكون المبيع بلا ثمن أو ليس من ذلك ، وقد توهم كونه مخالفا لمقتضى العقد اذ البيع بلا ثمن ، لا يعقل ، فمرجع هذا الاشتراط الى عدم البيع وهذا لا يلائم البيع

و لكنه واضح الدفع فان هذا الاشرط قرينة على عدم ارادة البيع من ذلك ، بل أريد منه الهبة .

نعم ، لو أريد من هذه الجملة معناها اعنى البيع حقيقة كان الشرط ، مخالفا لمقتضى العقد ، ولكن ليس الأمر كذلك ، نعم هذا الشرط مناف لمقتضى لفظ البيع وهذا لا محذور فيه مع القرينة ، فان المجازات كلها كذلك ، اذ القرينة فيها منافية لمقتضى اللفظ ، كما هو واضح .

و بالجملة هذا المثال خارج عن كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد ، بل القرينة دلت (و هو الاشرط) على أن المراد من البيع ليس معناه الحقيقى وانما المراد منه الهبة ، نعم يتوقف صحة ذلك على ما تقدم فى الفاظ العقود من أن اللفظ المجاز هل يجوز أن يقع به الانشاء أم لا ، فان قلنا بالصحة كما ذهب اليه بعضهم ، بل ذهبوا الى صحته بالغلظ أيضا كان انشاء الهبة بلفظ البيع مع القرينة المذكورة صحيحا و الا فلا .

و قد يكون الشرط المذكور مخالفا للكتاب و السنة و المراد من ذلك أن يكون هنا حكم شرعى قد جعله الشارع فيكون الاشرط مخالفا له بحيث لو لم يكن هنا ذلك الحكم لا يكون الشرط مخالفا لشيء أصلا ، بل كان واجب الوفاء و ذلك كبيع شيء و اشرط أن لا يبيعه من شخص فان هذا مع قطع النظر عن حكم الشارع بجواز بيعه لغيره لا ينافى شيء أصلا ، و انما التنافى من جهة جعل الشارع ذلك الحكم على خلاف الشرط افرض أنه لو كان هنا حكم وجوب يتعلق ببيع ما يشتريه المشتري من غيره و مع ذلك يشترط البايع على المشتري أن لا يبيعه من غيره كان هذا الشرط منافيا لحكم الشارع و هكذا فى جميع موارد مخالفة الشرط للكتاب ، فالميزان فيه أن الشرط مع قطع النظر عن حكم الشارع لا ينافى بشيء ، و انما يطرء على العقد عنوان التنافى اذا جعل الشارع هنا حكما و يكون الشرط على خلافه من دون أن

يكون منافيا لمقتضى العقد أصلا فالشرط المنافى لمقتضى العقد منافية و ناقضة دائما سواء كان هنا حكم شرعى أم لم يكن بخلاف الشرط المخالف للكتاب فتحصل أن الشرط المخالف لمقتضى العقد لا يجتمع مع ما يكون مخالفا لمقتضى الكتاب أصلا ، فالاشتباه من جهة عدم التنقيح كما هو واضح . و ملخص الكلام فى المقام أنه ذكروا من جملة الشروط لسحة الشرط أن لا يكون مخالفا للكتاب و من جملتها أن لا يكون مخالفا لمقتضى العقد و مثلوا لكل منهما أمثلة و لم يميز ما بينهما ، بل ربما ذكروا فرعا واحدا مثلا للشرط الأول و أيضا ذكروا مثلا للشرط الآخر أيضا، حتى أن المحقق الثانى مع مهارته فى الفقه (بحيث ذكر المصنف فى حقه تارة و بمثل هذا سميّ محققا ثانيا و أخرى ذكر أنه بهذا قد ثنى المحقق) تكلم فى الشرطين و لم يأتى بشيء ثم ذكر أنه لا بدّ من الرجوع فى ذلك الى الفقيه و أنه يتبع رأيه فى ذلك مع أنه لا شأن لرأى الفقيه فى كون شرط مخالفا للكتاب أو لمقتضى العقد ، و أن أى من الشروط مخالف للكتاب أو أى منهما يخالف مقتضى العقد و انما يرجع الى الفقيه فى ما يرجع الى الاحكام من حيث الاستفادة من الادلة .

و الذى يقتضيه التحقيق فى تمييز كل من الشرطين عن الآخر ما اشرنا اليه انفا و حاصله أن ما يقتضيه العقد سواء كان الاقتضاء بلا واسطة أو مع الوسطة ، الأول أن يقتضيه بلا واسطة شيء فى البين أصلا كأقتضاء البيع ملكية العين و اقتضاء الاجارة ملكية المنفعة و اقتضاء النكاح الزوجية وهكذا فالعقد بما هو عقد يقتضى الامور المذكورة من غير أن يحتاج ذلك الى امضاء الشرع و اعتباره أو امضاء العقلاء و اعتبارهم .

و بعبارة أخرى أن لكل عقد له مقتضى فى نفسه مع قطع النظر عن امضاء الشارع و العقلاء و اعتبارهم حتى لو فرضنا لم يكن فى العالم شرع و شريعة

ولا العقلاء، وتحقق عقد بين شخصين كان لهما مقتضى (بالفتح) .
 الامر الثاني : أن العقد لا يكون مقتضيا لشيء ولكن يكون موضوعا لحكم
 من الاحكام الشرعية كجواز النظر الى المرأة وجواز بيع المبيع بعد شرائه
 وجواز التصرف في العين المستأجرة وهكذا فان الامور المذكورة ليست من
 مقتضيات العقد ابتداءً ولكن من مقتضياته ثانياً ، أى هو موضوع لها فى
 نظر الشارع وكل شيء يترتب على العقد أولاً وبالذات ثانياً ، وبالعرض
 لا يخلوا عن هذين الامرين .

وأما الافعال الخارجية فهى باجمعتها خارجة عن مقتضى العقد لا
 بالمعنى الأول ولا بالمعنى الثانى ، فان وقوع شيء فى الخارج وعدم وقوعه
 فيه مسبب عن سبب تكوينى غير مربوط بالعقد فلا يكون العقد مقتضيا له لا
 ابتداءً ولا بالواسطة ، نعم يكون الفعل الخارجى موضوعا لحكم شرعى يكون
 ذلك الحكم الشرعى من مقتضيات العقد بالمعنى الثانى ، كأكل مبيع وشربه
 ونحو ذلك فان أمثال هذه الافعال ليست من مقتضيات العقد بكلا
 المعنيين ، ولكن موضوعة لحكم الشارع وهو جواز الأكل مثلاً وذلك الحكم من
 مقتضيات العقد بالمعنى الثانى فان جواز الأكل مترتب على شراء ما يؤكل و
 الآ كان حرام الاكل لكونه مال الغير هذا كله ، ما يرجع الى مقتضى العقد .
 وأما الشرط فقد يطلق على الشروط الضمنية ، فالشرط الضمنى يرجع
 غالباً اما الى تضييق المنشأ كالملكية ونحوها على اختلاف المنشآت فى
 العقود . وذلك كخيار الغبن ونحوه مما ثبت بالشرط الضمنى لأننا قد ذكرنا
 فى السابق أن مرجع جعل الخيار هنا الى تضييق دائرة المنشأ وهو الملكية
 وقد يرجع الى تضييق دائرة الثمن كأنصرافه الى نقد البلد والمصداق
 الاوضح لذلك ما وقع البيع على شيء بخمسة دنانير ، فانه يحمل فى العراق
 على الدينار العراقية وليس للمشتري أن يدعى بعد المعاملة أن المراد

من الدينانير هو الدينار الايرانى فيكون خمس الف دينارا منطبقا على تومان واحد ، وهكذا يحمل الثمن على ثمن البلد ، فلا بدّ من اعطائه فى بلد المعاملة وليس للمشتري أن يدعى اعطائه فى بلد آخر ، ففي الحقيقة أن هذا الشرط الضمنى يضيق دائرة الثمن بحيث لا يكون الثمن غيره حتى لو أعطى المشتري الثمن فى غير هذا البلد ورضى به البايع لا يكون هذا هو الثمن الذى وقع عليه العقد ، بل يكون بدلا منه و يصير معاملة أخرى بين الثمن وبين نقد آخر ، وهكذا الحال فى المثلث فاذا باع حنطة فى بلد فالشرط الضمنى يوجب حمله على حنطة هذا البلد أو اشترى حنطة من شخص فى مزرعته فمقتضى الشرط الضمنى تحمل على حنطة تلك المزرعة ويكون المبيع مقيدا بذلك ومضيقا به بمعنى أن المبيع يكون هو الحصة الخاصة دون غيرها و لو اعطى البايع من غير ذلك لا يكون ذلك المبيع الذى وقع عليه العقد اذا رضا المشتري به .

نعم ، يكون معاملة أخرى بين المثلث وبين حنطة أخرى كما هو واضح وليس لأحد أن يقول أن المبيع أو الثمن هنا الكلى فلا يكون المعطى من غير نقد البلد أو حنطة البلد اعطاء من غير الثمن ومحتاجا الى مرضاة جديدة لما عرفت من تضيق دائرتهمما بالشرط الضمنى وانما قلنا ان الشرط الضمنى يرجع غالبا الى تضيق دائرة أحد الامور الثلاثة من جهة أنه قد لا يكون الشرط الضمنى موجبا لتضييق دائرة شىء من تلك الامور ابتداء كاصل تسليم الثمن أو المثلث فان الشرط الضمنى بالنسبة الى تسليم الثمن أو المثلث موجود ولكن لا يكون موجبا لتضييق دائرة المنشأ أو المثلث أو المثلث ابتداء ، بل يوجب الخيار مع التخلف .

ثم ان الشرط الضمنى وان كان يوجب تضيق دائرة بالنسبة الى الجهات المذكورة ولكن مع التخلف يثبت الخيار فلا يبطل البيع لانه وقع

على الكلى و ان كان كليا مضيقا و لم يقع على الشخص الخاص و مما ذكرناه
 ظهر ان الشرط الضمنى لا يوجب الا تضيق الدائرة و جعل المنشأ أو الثمن
 أو المبيع حصة خاصة و هو فى الحقيقة ليس بشرط فكأن الباع من الاول باع
 حنطة مزعة خاصة و وقع البيع على نقد هذا البلد بالصراحة .

فهل يتوهم أحد أن الثمن أو المبيع مطلق وغير مضيق وعلى هذا فلا
 يحتاج اعتبار هذا القسم من الشرط الى شمول دليل وجوب الوفاء بالشرط
 عليه ، بل يكفى فى مشروعية نفس الأدلة الداله على صحة العقد ، فان
 العقد قد وقع على شىء خاص و المنشأ انما هو شىء خاص .

فهل يتوهم أحد أنه اذا وقع العقد على مبيع خاص يحتاج كونه خاصا
 الى دليل الشرط ، بل المعاملة الواقعة فى الخارج معاملة خاصة فتكون
 بخصوصيتها مشمولة لعموم ما دل على صحة العقد كما هو واضح .

ثم انا و ان ذكرنا أن معنى جعل الخيار يرجع الى تحديد المنشأ
 حتى الخيارات المجعولة الا أنه لا ينافى بما ذكرناه هنا من كون الشروط
 الضمنية راجعة الى تضيق الدائرة و أنها ليست بشروط فى الحقيقة و لا
 يحتاج اعتبارها الى ادلة الوفاء بالشرط و الوجه فى عدم التنافى هو ما اشرفنا
 اليه قبيل هذا من أن الشروط المجعولة بحسب جعل المتعاقدين انما هو
 يوجب الزام المشروط عليه على الفعل المشروط و فى هذه المرتبة يحتاج
 اثبات مشروعية هذا الالزام الى شمول أدلة وجوب الوفاء بالشرط عليه ، ثم
 مع تخلف المشروط عليه على شرطه يثبت للشارط خيار التخلف شرط و هذا
 الخيار الثابت بالتخلف و انما يوجب هذا الشرط تضيق دائرة المنشأ فى
 مرحلة تخلف الشرط لا ابتداء ، و الا فما هو ثابت ابتداء اعنى الزام المشروط
 عليه يحتاج الى دليل الشرط فالشروط الضمنية ابتداء يوجب تضيق دائرة
 بلا احتياج الى دليل الشرط و الخيارات المجعولة توجب تضيق دائرة

المنشأ بعد تخلف الشرط بلا احتياج الى دليل الشرط فان الاحتياج اليه في منشأ الخيار وهو الالزام وأما ثبوت الخيار مع التخلف لا يحتاج الى دليل أصلا ، فافهم .

القسم الثاني من الشروط أن يكون شرط فعل بأن يشترط أحد المتبايعين على الآخر أن يبيعه من زيد أو يشترط ترك فعل بأن لا يبيعه من شخص و من قبيل شرط الفعل أيضا اذا اشترط اعتبار ملكية مال مخصوص للبايع وقد تقدم هذا في اشتراط الاعتبار .

وقد ذكر العلامة أنه لو باع العبد و اشترط على المشتري عتقه صح ذلك لبناء العتق على التغليب فكأنه لم يجوز هذا الشرط أى شرط الفعل و بنى في عتقه على الغلبة مع أن كون بناء العتق على الغلبة لا يجوز غير المشروع ، فهل يتوهم أحد صحة عتق عبد الغير لبناء الشارع على الحرية الى غير ذلك من الأمثلة ففي هنا لا يكون هذا الشرط بنفسه مخالفا لمقتضى العقد و لا الكتاب و السنة من حيث نفسه لما عرفت سابقا أن الفعل الخارجى من حيث الوقوع و عدمه غريب من مقتضى العقد بالكلية فلا يقتضى العقد وقوع فعل فى الخارج و لا عدمه و كك لا يكون مخالفا للكتاب و السنة لعدم كون الفعل الخارجى من حيث نفسه حكما شرعيا لا وجودا و لا عدما ، نعم هو موضوع للحكم الشرعى فلا بدّ من ملاحظة الشرط بالنسبة الى هذا الحكم المترتب على الفعل فان كان مخالفا له كان باطلا و الآصح ، كما اذا باع حنطة و اشترط على المشتري شرب الخمر أو فعل حرام آخر أو اشترط عليه ترك واجب من الواجبات و أما اذا كان الشرط امرا اعتباريا فقد تقدم الكلام فيه من أنه ان اختيار سببه بيد المتعاقدين كالملكية فى البيع و نحوه يصح و الا كان امرا غير اختياريا بان يكون فعلا للاجنبى أو كان سببه سببا خاصا فلا يكون ذلك الشرط و عليه فان كان البيع معلقا على الالتزام به بطل لعدم امكان الالتزام

لغير المقدور و للتعليق و ان كان اللزوم معلقا عليه ثبت للشارط الخيار ،
أى خيار التخلف الشرط .

و اذا لم يكن شرط الفعل مخالفا للكتاب و السنة بالمعنى المذكور ،
صح من هذه الجهة و من جهة عدم مخالفته لمقتضى العقد و ان كان له
مانع آخر كما اذا باع شيئا بشرط أن لا يبيعه الا اياه فذكر العلامة فى
التذكرة أنه مستلزم للدور سياتى الكلام فيه .

و من قبيل شرط الفعل أيضا ما اذا باع شيئا و اشترط أن يبيعه من
شخص خاص أو شرط عدمه كأن لا يبيع من أحد فانه ليس مخالفا لمقتضى
العقد و لا أنه مخالف للكتاب و السنة ، بل هو شرط سائغ فاذا تعلق به
غرض الشارط فلا بأس به و قد ورد فى بعض روايات بيع العبد انه لو باع
و اشترط عدم البيع من أحد أو عدم الهبة صح و ان اشترط الارث فلا يصح
فمع قطع النظر عن القاعدة فالرواية أيضا يقتضى صحة الشرط و العجب أنهم
ذكروا ان اشترط عدم بيعه من زيد صح و اذا اشترط عدم بيعه من أحد
فلا يصح و لا ندرى أنه أى فرق بين الشرطين .

و العجب من العلامة فانه (ره) ذكر أن اشترط عدم البيع منافى
لمقتضى ملكية فيخالف قوله (ص) الناس مسلطون على أموالهم .

و وجه العجب أن دليل السلطنة لم يثبت حكما الزاميا من الوجوب أو
الترك حتى يلزم من الاشتراط ترك الواجب أو فعل الحرام فيكون مخالفا
للكتاب و السنة ، بل هو يثبت أمرا مباح و هو كون الانسان مرخصا فى بيع
ماله و تركه و له الاختيار فى ذلك و قد تقدم أن الشرط فى مورد الامر المباح
بالمعنى الشامل للمكروه و المستحب أيضا لا ينافى الكتاب و السنة بوجه و
من هذا القبيل أن يبيع دارا مثلا و يشترط على المشتري أن يجعلها وقفا
فانه لا ينافى بالكتاب بوجه فانه فعل مباح سائغ كما هو واضح .

القسم الثالث من الشرط أن يشترط أحدهما على الآخر أمرا وضعيا كما اذا باع متاعه من زيد و الشرط عليه أن يكون زوجته مطلقة أو يكون بنته زوجة له و هكذا فان كان ذلك الشرط أمرا منافيا و مناقضا لمقتضى الشرط، فلا يجوز لكونه مناقضة كما اذا باع داره من عمرو و اشترط عليه أن لا تكون الدار ملكا له أو أجر دابته منه و اشترط أن تكون المنفعة مملوكة له أو عقد عقد نكاح و اشترط فى ضمن العقد أن لا تكون زوجته له و هكذا فان ذلك كله مناقضة لمقتضى العقد فلا ينفذ و ان لم يكن الوضع المذكور مناقضا لمقتضى العقد و لكن ذلك مخالف لحكم الشارع لأنه اعتبر فى حصوله سببا خاصا فلا يكون الاشتراط من جهة اسبابه و قد عرفت ذلك سابقا و ذلك كأشترط زوجية امرأة فى عقد البيع مثلا أو طلاقها فيه، و هكذا لو اشترط أمرا وضعيا يكون نفس ذلك الامر الوضعى مخالفا لحكم الشارع كأشترط أن يكون خمر المشتري ملكا للبايع و هذا ايضا مخالف لحكم الشارع فلا يكون نافذ .

ثم انه من قبيل الشرط المخالف للكتاب أن يشترط أحد الشريكين على الآخر من المبيع الذى يشتريان مشاعا أن يكون النفع له والخسران على الآخر و هذا ايضا مخالف للكتاب فان مقتضى الحكم الشرعى أن ضرر كل مال على مال له و لم يثبت فيه جواز ان يلتزم احد هما على الآخر ضمنا كما تقدم نظيره فى تعهد ضمان تلف مال شخص آخر فانه لم يثبت هذا النحو من الضمان فى الشريعة الا أن يشترط على الآخر لزوم اعطاء قيمته من ماله فهو شرط الفعل فلا بأس به، و أما الرواية الدالة على جواز شراء الجارية و اشترط هذا الشرط فى ذلك، فان أمكن حملها على شرط اعطاء قيمتها مع الخسران فهو، و الا فلا بد من الاقتصار بها فى موردها فلا يمكن التعدى عنها الى غيرها لكونها مخالفة للقاعدة كما لا يخفى .

و قد ظهر مما ذكرناه من معنى المقتضى للعقد و من معنى الشرط أنه

لا يبقى مورد للشك حتى يحتاج الى التمسك بالاصول ، بل قد اتضح أنه كلما يكون شرطا فحكمه معلوم اما بالامارة أو بالاصول ، ولكن العجب من هؤلاء المحققين لم يأتوا شيئا يكون ميّزا بين كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد أو للكتاب حتى المحقق الثانى مع مهارته فى الفقه .

قوله السادس : أن لا يكون الشرط مجهولا .

أقول: ذكر الفقهاء أن من جملة شروط صحة الشرط فى ضمن العقد أن لا يكون الشرط مجهولا فلو اشترط أحد المتبايعين على الآخر شرطا مجهولا بطل العقد للغرر .

أقول : توضيح الكلام فى المقام أن الشرط المأخوذ فى العقد قد يكون شرطا ضمنيا و معتبرا بحسب الارتكاز العقلاى الذى مرجعه الى كون المنشأ أو الثمن أو المثلن مقيدا و حصة خاصة على ما تقدم فانه حينئذ لا تكون الجهالة فى الشرط إلا جهالة فى البيع فيكون فى الحقيقة الثمن مجهولا أو المثلن كك فيرجع هذا الى جهالة العوضين ، وقد اعتبرنا عدمها فى شرائط العوضين ، فلا يحتاج اعتبارها فى المقام أيضا ، اذ قد تقدم أنه ليس فى أمثال المقام اشتراط غالبا ، بل الثمن أو المثلن مقيد و مضيق بالحصة الخاصة كما اذا قيّد البايع أو المشتري العوضين من الأول بحصة خاصة ككون المبيع عبدا كاتبا أو كون الحنطة من مزرعة فلانية فهل يتوهم أن هذا القيد اعتبر فى المبيع بعنوان الاشتراط بحيث يحتاج نفوذه الى دليل الوجوب الوفاء بالشرط و ليس كك ، بل انما وقع البيع على شىء خاص و على كل مقيد على حصة مخصوصة كما هو واضح .

و على الجملة جهالة مثل هذه الشروط عين جهالة العوضين كما اذا باع منا من حنطة مزرعة مجهولة أو على ثمن مجهول فلا شبهة فى خروج هذا القسم عن محط الكلام ، و الظاهر أنه لا يتوهم أحد كونه داخلا فى المقام و

انما نذكره توضيحية للاقسام ، فافهم .

الثانى : أن يكون الخيار المعتبر فى العقد بحسب اشتراط المتعاقدين مجهولا كأن يبيع أحمد عبدا معلوما من زيد و اشتراط زيد على أحمد أن يكون العبد كاتبا مع أنه لا يعلم كونه كاتبا أو غير كاتب ، ففى هذه الصورة و ان كان الخيار مجهولا و لكن هذه الجهالة فى الخيار لا يوجب غررية العقد ، لكى يحكم ببطلانه فان الغرر على ما تقدم فى محله هو الخطر ، و من الواضح أنه أى خطر يتوجه على المشتري من تلك الجهالة اذ لو كان العبد كاتبا فى الواقع وتسلمه على هذا الشرط يحكم بلزوم البيع و الاّ يكون له الخيار له أن يفسخ العقد و له أن يبقيه على حاله ويرضى بالعبد غير الكاتب ، نعم لو ائزم على قبول العبد بدون الكتابة و لم يكن له الخيار فى ذلك كان له ضرر مالى و يكون البيع غرريا و خطريا و قد عرفت أن الامر ليس كك .

الثالث : أن يشترط أحدهما على الآخر شرطا فى العقد و يكون ذلك الشرط مجهولا كما اذا باع حنطة من شخص و اشتراط على المشتري كونها من مزرعة يعلمها البايع مثلا فهذه الجهالة تسرى الى الجهالة فى نفس المبيع فيكون مجهولا فى نفسه فيكون البيع باطلا من جهة جهالة نفس المبيع لا من جهة جهالة الشرط .

الرابع : أن يشترط فى ضمن العقد الفعل بان يشترط البايع على المشتري ، أو العكس ، أن يخيط له ثوبا و لم يذكر أن الثوب أى شىء ، فانه لا شبهة فى كون البيع غرريا ح لأنه قد يكون ما قصده الشارط قميصا فتكون أجرته خمسين فلسا و قد يكون جبة فتكون أجرته دينارا فح يكون البيع غرريا لأنه لا يعلم المشروط عليه أن المال الذى وصل اليه فى مقابل المبيع أو العوض يساوى بما اعطاء من بدله مع وجود هذا الشرط أولا فان الشرط و

ان لم يكن فى مقابله شىء و لكن لا شبهة فى كونه دخيلا فى زيادة الثمن أو المثلثان فان ما يعطى من الثمن بدون الشرط لا يعطى معه فتكون هذه المعاملة خطيرة و غررية .

الخامس : أن يشترط شرط النتيجة بأن يشترط أحدهما على الآخر فى البيع كون ما بيده من الاموال له و لم يعلم أنها أى مقدار ، فانها أيضا يوجب غررية المعاملة فتبطل لذلك و كيف مع السير و التقسيم لا نجد موردا باطلا لوجود الغرر فى نفس البيع و لا يفرق فى ذلك بين أن يكون الدليل على بطلان البيع هو النهى عن بيع الغررى و بين أن يكون النهى عن مطلق الغرر ، كما هو واضح .

قوله : الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال .

أقول : ذكر العلامة رحمه الله أنه لو شرط فى البيع أن يبيعه من البايع لزم الدور و أما لو شرط على أن يبيعه من غيره فلا يلزم الدور لجواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولى بخلاف ما لو شرط البيع على البايع .
أقول : الذى ذكره العلامة لا بأس به من حيث الكبرى و لكن لم نجد له صغرى فى المقام و بيان ذلك أنه ان اراد من كلامه هذا الشرط الفلسفى ، فهو صحيح من حيث الكبرى ، حيث انه لو كان ما هو من قيود المعلول و شروطه شرطا للعلة و نفس المعلول شرطا فيها لزم الدور لتوقف المعلول على علة و توقف العلة على المعلول باعتبار الشروط المعتمدة فيه ، و لكن الامر ليس كك هنا فان الشرط ليس من قيود علة الملكية و سببه ، بل سبب الملكية فى البيع مثلا هو العقد و الشرط ، انما هو شرط للزوم كما هو واضح و ان كان مراد العلامة هذا المعنى فهو لا يرتب بالمقام و ان كان شيئا آخر فلاندرى ما اراد على أنه أى فرق بين اشتراط بيعه من البايع و من غيره فان الاشتراط لو كان موجبا للدور يوجب فى كلا الموردين ، و الا فلا و

و ما ذكره من الفارق غير تام .

نعم ، ذكر صاحب الحدائق هذا الشرط و استدل عليه بروايتين
 فسيأتى الكلام فى ذلك فى النقد و النسبة ، بل صرح فى التذكرة بجواز
 اشتراط أن يقف المشتري المتاع على البايع و على عقبه فإى فرق بين هذا
 و سابقه أى اشتراط بيعه على البايع بل هذا مثل النذر و العهد كقولك
 لله على كذا ، ان كان كذا ، و الانصاف أن هذا الاشتراط لا بأس به فلا
 يكون موجبا للمحال فتحصل أنه لم نجد صغرى لما ذكره العلامة و ان كانت
 الكبرى صحيحة كما هو واضح ، نعم ، لو كان الشرط راجعا الى كون المبيع
 للبايع بهذا البيع بحيث يكون الايجاب قبولا لبيع المشتري المبيع المأخوذ
 من البايع له و يكون قبول المشتري بيع البايع ايجابا للبيع الثانى لزم ما ذكر
 و مع شرط النتيجة ان كان قصد هما كون المبيع له فعلا يكون بيع ماليس عنده
 و ان كان المراد كون المبيع له بعدا لزم التعليق فهو باطل بالاجماع ، و
 لكنه أجنبى عن صورة الاشتراط المذكور كما عرفت فان الشرط المذكور لا بأس
 به أصلا . و دعوى الاجماع على هذا الاشتراط باطل جدا فان هذا من
 العلامة و من بعده فكيف يمكن دعوى الاجماع فيه .

قوله : الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد .

أقول : ذكر الفقهاء رضوان الله عليهم أن من جملة الشروط لصحة
 الشرط فى ضمن العقد أن يكون الشرط مذكورا فى ضمن العقد و الآ فلا
 يكون واجب الوفاء .

و تحقيق ذلك أن الشروط التى لا يذكر فى العقد قد تكون من الشروط
 الضمنية كأنصراف العقد الى كون النقد بلدياً و كون التسليم فى بلد البيع
 وهكذا و قد تقدم الكلام فيها و قلنا أن معنى الشرط الضمنى هو أن لا
 يكون اعتباره محتاجا الى الذكر ، بل يكون معتبرا فى العقد سواء ذكر أم

لم يذكر كما هو واضح ، و هذا القسم من الشروط خارج عن محل الكلام جزماً فانها وان لم تذكر في ضمن العقد ولكنها معتبرة فيها ببناء العقلاء عليها ، و يجب الوفاء بها بنفس الادلة الدالة على وجوب الوفاء بالعقد كما تقدم في الشرط المخالف لمقتضى العقد بلا احتياج الى أدلة وجوب الوفاء بالشرط كما هو واضح .

وقد يكون الشرط مذكورا قبل العقد تصريحاً و تفصيلاً ، و لكن لا يذكر في العقد الاّ بنحو الاشارة كقول البايع بعتك المتاع الفلاني بدينا رعلى ما علم فيقول المشتري قبلت هكذا فانه لا شبهة في ارتباط العقد بالمشروط الذي شرطوه قبل العقد كما هو واضح .

وقد يكون الشرط مذكورا قبل العقد ، و لكن يكون مغفولاً عنه عند العقد فلا يذكر في ضمنه نسياناً و غفلة و هذا أيضاً خارج عن محل الكلام جزماً لكونه غير مربوطاً بالعقد .

وقد يذكر الشرط قبل العقد و لم يذكر في ضمنه و لكن يقع العقد بانها عليه بحيث يقصد المتبايعان كون العقد مقيداً بذلك الشرط ، فهل يجب الوفاء بهذا الشرط أو لا فهذا هو محل الكلام في المقام و هل هذا الشرط صحيح أو فاسد؟ و على تقدير فساده هل هو مفسد للعقد أو لا ؟ أما الكلام في الجهة الثانية فسيأتى انشاء الله .

وانما الكلام فعلاً في الجهة الاولى فذكر المصنف أن العقد اذا وقع توأطئهما على الشرط كان قيداً معنوياً له ، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون الاّ مع العمل بذلك الشرط و يكون العقد بدونه تجارة لا عن تراض ، اذ التراضي وقع مقيداً بالشرط فانهم قد صرحوا بان الشرط كالجزء من أحد العوضين ، فلا فرق بين أن يقول بعتك العبد بعشرة و شرطت لك ماله و بين التواطئهما على هذا الشرط مع ذكره قبل العقد .

أقول : يرد عليه أولاً أنه لا يصح ما ذكره المصنف فى المقيس حيث انا ذكرنا مراراً أن الشرط لا يقابل بالمال و إلاّ لكان اللازم وجوب رد جزء من الثمن أو المثلن مع مخالفة الشرط، بل مرجع الشرط فى العقد ليس إلاّ تعليق نفس العقد عليه ، مع حصول المعلق عليه ، و يترتب على عدم العمل بمقتضى الالتزام الخيار أو تعليق نفس الالتزام على الشرط، فيترتب على مخالفته الخيار، و أما كون الشرط مقابلاً بجزء من الثمن أو المثلن فلا ، وعلى تقدير كون الشرط كالجاء من مقابله بجزء من الثمن و لكن لا نسلم بطلان ذلك فى المقيس عليه ، بل نقول بكفاية البناء و القصد يكون الجزء الخاص داخل فى المبيع و لا يلزم التصريح به كما هو واضح ، فانه يكفى ايقاع العقد بانيا على الثمن و المثلن الذين سبق ذكرهما و لا يحتاج اعتبارها فى البيع الى الابرار أيضاً ، كما يحتاج اصل البيع الى الابرار ، فافهم هذا ما يرجع الى ما ذكره المصنف الراجع الى صحة الشرط الذى وقع العقد مبنيا عليه . ثم انه ذكر للقول بالبطلان وجهان : الاول : الاجماع على بطلانه لكونه بمنزلة الشرط الابتدائى و فيه أنا لا نسلم تحقق الاجماع التعبدى على ذلك إلاّ من جهة أن الشرط كنفس العقد يحتاج الى الابرار و عليه فيرجع هذا الوجه الى ما ذكره شيخنا الاستاذ من الوجه الثانى الاتى .

الوجه الثانى : ما ذكره شيخنا الاستاذ من أن الشرط كسائر اركان البيع من الثمن و المثلن محتاج الى الابرار و الاظهار فكما أن ايقاع البيع مبنياً على كون الشئ الفلانى ثمناً أو مثمناً لا يكفى فى صحة العقد و كذلك ايقاعه مبنيا على الشرط الذى سبق ذكره أيضاً ، لا يكفى ، بل يحتاج صحة ذلك الشرط ، و كونه لازم الوفاء الى ذكره فى متن العقد و بدونه لا يجب الوفاء به أصلاً ، و لا يقاس ذلك بالشروط الضمنية حيث ان الشروط الضمنية بسبب تعهد ها عند العرف يصير من المدلولات العرفية للفظ قصد ها

المتعاقدان أو لم يقصدا وهذا بخلاف ما تبينا عليه فانه لا يكاد يصير مدلولاً للفظ ابداً بدهاة أن تباني المتكلم والمخاطب على معنى لا يكاد يوجب الدلالة وصيرورة اللفظ دالاً عليه بنحو من الدلالة كما هو واضح .
وعلى الجملة البناء على الشرط في انشاء العقد لا يكفي في انشائه ، بل لا بدّ من تعليق الانشاء بنفس الشرط ، بحيث ينشأ الشرط مستقلاً كما ينشأ العقد كما هو واضح .

أقول : قد تقدم أن الشرط في العقود بمعنى الربط والاناطة ، فهو يرجع الى أمرين : أحدهما : تعليق نفس العقد به وهذا فيما اذا كان الشرط هو التزام المشروط عليه فانه يرتبط العقد به ولا يضر التعليق هنا لحصول المعلق عليه وهو الالتزام ، وح اذا لم يعمل المشروط عليه بشرطه يكون للشارط الخيار ، ولا شبهة أن أشتراط أن يكون هذا النحو من الاناطة محتاجاً الى الابرار فاسد ، ولا دليل عليه ولا وجه لقياسه بنفس العقد ، من جهة انه محتاج الى الاظهار والابرار فبدونه لا يحصل العقد في الخارج كما لا يحصل بالقصد السابق ، فانه ليس اسماً للاعتبار المحض بل للاعتبار المبرز كما تقدم مراراً وحققناه في علم الاصول ، وهذا بخلاف الشرط ، فانه اسم للاناطة كما عرفت ، وهو يتحقق وان لم يبرز في الخارج بل يكفي فيه العلم بتحقيقه كما في صورة ايقاع العقد بانها عليه ، كما ان الامر كك في نفس الثمن والمثمن أيضاً فانه لا يحتاج اعتباره في البيع الى ابرار أصلاً ، وان كان البيع عبارة عن مبادلة مال بمال ، فانه يكفي في اعتبار ذلك مجرد علم المتبايعين بالثمن والمثمن مع انشاء أصل البيع بمثل بعت ونحوه فقط خالياً عن ذكر الثمن والمثمن لعدم الدليل على اعتبار الابرار فيهما أيضاً .

الثاني : من معنى الشرط في العقود أن يكون الالتزام معلقاً عليه

بـحيث ان العقد انما وقع مطلقا و لكن كونه لازما مشروط بشرط فبدونه يثبت الخيار للمشروط له و هذا كما فى اشتراط الاوصاف الخارجية و نحوها و قد ذكرنا فى محله سابقا أنه لا معنى للالتزام بالاوصاف الا تعليق البيع بها أى يبيع على تقدير وجود الصفة الخاصة للمبيع ولا شبهة فى بطلانه فيكون خارجا عن صورة الاشتراط لكون المتفاهم من الاشتراط هو القسم الصحيح أو يكون المراد منه جعل الخيار على تقدير التخلف، وهذا الاشبهة فى صحته ، فيكون المراد من الاشتراط هو هذه الصورة ولا ريب أن هذه الصورة أيضا لا يحتاج الى الذكر، فان الاناطة التى هى معنى الشرط تحصل بغير الذكر من القصد و البناء و ايقاع العقد على هذا البناء كما لا يخفى .

و اذا فلا محذور فى التمسك لاثبات صحة البيع الذى وقع بانىا على القصد السابق باحل الله البيع و نحوه و مشروعية الشرط و صحته بعموم المؤمنون عند شروطهم ، كما لا يخفى ، فانهم .
نعم بناء على مسلم شيخنا الاستاذ فى الشرط من أنه التزام آخر فى ضمن التزام يحتاج الى انشاء آخر ، أى كما يحتاج العقد الى انشاء و كك الشرط فيحتاج الى انشاء آخر .

و أما بناء على ما ذكرناه من كون الشرط عبارة عن الربط فقط فيكفى فى ربط العقد به ، ح بناء العقد عليه مع العلم المتبايعين على بناء العقد على هذا القصد و البناء ، لا نقول بان الشرط يحتاج الى الابرار و العلم به ، بل يكفى فيه مجرد الذكر السابق ، بل نقول أنه يكفى فى ابراز الشرط وجود القرينة على اناطة العقد المنشأ به و ان لم يبرز بمرز ، و هذا بخلاف العقد فانه ما لم يبرز لا يصدق عليه البيع مثلا كما أن الابرار للمجرد عن القصد لا يصدق عليه البيع اصلا و قد تقدم ذلك فى أول البيع .

نعم اذا ذكر الشرط سابقا و لكن نسيا ذلك عند العقد و لم يقصدا وقوع العقد على الشرط المذكور سابقا لا يكون العقد مربوطا به كما هو واضح، و لكن الامر ليس كك في ايقاع العقد بانيا على الشرط السابق الذكر كما هو واضح .

قوله : وقد يتوهم هنا شرط تاسع .

أقول : ذكر بعضهم الظاهر هو المحقق الثاني قدس سره أن من جملة الشروط لصحة الشروط المعتمدة في العقد هو تنجيز الشرط و ذكروا في سنده أمران :

الاول : أن التعليق في الشرط يسرى الى تعليق العقد فان مرجع قولنا بعثك بشرط أن تخيط ثوبي ، ان جاء زيد الى أن البيع انما هو على تقدير مجيء زيد و على تقدير عدمه لا يبيعه و من الواضح أن التعليق في العقد موجب للبطلان لتسالم الفقهاء عليه الآ في موارد خاصة .

الوجه الثاني : أن الشرط لو لم يكن مطلقا و منجزا لزم أن يكون البيع واقعا على ثمينين على تقديرين ، فان بيع الدار بدينار بشرط خياطة ثوب البايع على تقدير مجيء زيد ، انما يقع بالدينار المجرد على تقدير عدم مجيء زيد و عليه و على خياطة الثوب على تقدير مجيء زيد ، فيلزم أن يكون المبيع الواحد له ثمينين على تقديرين .

و الذي ينبغي أن يقال أن التعليق الذي يوجب بطلان العقد على

تسمين :

الاول : أن يكون العقد معلقا على أمر متأخر كما اذا كان الانشاء حاليا و المنشأ أمرا استقباليا بان يحصل في الاستقبال ، وقد وقع نظيره في باب الوصية و التدبير ، بل نظائره كثيرة في العرف ، وقد تسالم الفقهاء رضوان الله عليهم بكونه مبطلا للعقد ، الآ في موردين : أحدهما الوصية

والثانى : التدبر ، وان لم يكن فى الالتزام به محذورا عقلى وقد تقدم تفصيل ذلك فى باب التعليق فى العقود .

القسم الثانى : ان يكون التعليق على أمر حالى ، ولكن لا يعلم بكونه حاصلًا أو غير حاصل ، كأن يقول بعثك المتاع الفلانى ان جاء زيد والفرص أنه جاء ، ولكن لا يدرى المتعاملان بمجيئه وهذا أيضا مبطل للعقد ، فالتعليق الذى يوجب البطلان انما هو هذين القسمين .

وأما التعليق فى الشرط فهل يكون من قبيل هذا القسمين المذكورين ليوجب بطلان العقد أو لا يكون كك ، لكى لا يكون موجبا لبطلانه ؟ فنقول : قد عرفت فيما سبق أن للشرط فى العقد معنيان :-

الاول : أن يكون العقد معلقا على التزام المشروط عليه بأن يبيع متاعه من زيد على تقدير التزامه بفعل اختيارى له ، والآ فلا يبيع ، وقد عرفت أنه لا شبهة فى صحته مع حصول الالتزام بالفعل ، وعلى تقدير عدم الالتزام ، يبطل البيع للتعليق أولا وعدم الشرط ثانيا ، وقد عرفت أيضا أنه مع عدم كون متعلق الالتزام أمرا اختياريا لا يحصل نفس الالتزام أيضا لاستحالة الالتزام بأمر ممتنع ، كما هو واضح .

ثم انه يثبت الخيار للمشروط عليه على تقدير عدم العمل بطبق التزامه واما البطلان فلا لحصول الالتزام حين العقد .

المعنى الثانى : للشرط فى ضمن العقد أن يكون الالتزام العقدى معلقا على وصف أو فعل و ليس معنى تعليق الالتزام بذلك الآثبات الخيار للشارط على تقدير التخلف فيكون المنشأ محدودا .

إذا عرفت ذلك فنقول اذا باع أحد متاعه معلقا على التزام المشتري (على ما هو المعنى الاول للشرط) بامر غير اختيارى على تقدير خاص فلا شبهة فى بطلان البيع ح للتعليق بداهة استحالة تحقق الالتزام بامر

مستحيل كما هو واضح . ولا يخفى أن ما ذكرناه من تفسير الشرط وتعليق الالتزام عليه أو ما ذكره الآن من المرتكزات العرفية وكلامنا شرح للمرتكزات .

و أما على المعنى الثانى للشرط فاذا باع متاعه مطلقا و لكن جعل فيه شرطا كان مرجعه الى تقييد اللزوم بذلك و فى الحقيقة أن البايع قد انشأ شيئا ن أحدهما : أصل العقد ، و الثانى : التزامه به على تقدير حصول ما علق عليه التزامه من الكتابة للعبد و نحوها ، بحيث يكون له الخيار مع التخلف كما عرفت ثم اذا كان توقف الالتزام على الشرط المنجز فلا كلام لنا فيه ، و ان كان تعليق اللزوم به الشرط المعلق كان ذلك على انحاء ، لأن التعليق قد يكون بأمر متأخر فى ظرفه كأن يقول بعتك هذا الكتاب بشرط أن تخطى لى ثوبا ان جاء زيد فى رأس السنة فان ما علق به الشرط و هو الخياطة أمر استقبالى و هو مجيء زيد فى رأس السنة ، و قد يكون تعليق الشرط بأمر حالى حاصل بالفعل ، و لكن المتبايعين لا يعلمان به كما اذا قال البايع للمشتري بعتك هذا العبد على أن تخطى لى ثوبا ان كان العبد كاتباً و كان كاتباً فى الواقع ، فان ما علق به الشرط و ان كان حاصلًا و هو الكتابة و لكن حيث لا يدريان به المتبايعين فيكون الشرط معلقاً فى الظاهر دون الواقع ، و قد يجتمع هنا كلا الأمرين كما فى البيع الخيارى بان باع كتاباً و جعل فيه الخيار فى رأس الشهر الآتى على تقدير رد الثمن فان معلق عليه الخيار أمر متأخر و هو مقيد برد الثمن فهو مجهول اذ لا يعلم ان المشروط عليه يرد الثمن أو لا يرد الثمن فهو مجهول فقد اجمع الأمران الثانى من تعليق الشرط أن يكون اللاللتزام مشروطاً بشرط كأن يقول بعتك المتاع الفلانى على تقدير التزامك بالخياطة ان جاء زيد فهل هذا يرجع الى التعليق فى العقد بدعوى أن الخياطة معلق بمجيء زيد فيكون الالتزام معلقاً لكونه متعلقاً بالخياطة و يكون العقد معلقاً فيبطل العقد للتعليق .

وفيه أن نظير ذلك قد وقع فى الواجب المعلق والمشروط حيث ان من حكم باستحالة الواجب المعلق لكونه مستلزما لانفكاك الانشاء عن المنشأ فارجعه الى الواجب المشروط، وقد بسطنا الكلام فى امكانه فى محله وفى المقام لا محذور أن يكون العقيد بالشرط هو الخياطة ويكون بمنزلة المنشأ الذى يتأخر زمانه فى الواجب المعلق ويكون الالتزام مطلقا وفعليا ومحققا عند تحقق العقد، ويكون ذلك بمنزلة الوجوب والانشاء فى الواجب المعلق الذى قلنا ان الوجوب حالى والواجب استقبالى فلا يلزم من الاشتراط المذكور لزوم التعليق فى العقد، وكك الحال فى الاجارة أيضا كما اذا آجر الدار من شخص ويشترط المستأجر على الموخر ان يخدم ضيفه ان جاء فان المشروط عليه قد التزم بالفعل ولا شبهة أن متعلق مشروط و مشكوك الحصول والالتزام فعلى والملتزم به أمر استقبالى مشكوك .

الكلام فى حكم الشرط الصحيح

قوله : مسألة فى حكم الشرط الصحيح .

أقول : قد اشرنا فيما تقدم الى أن الكلام فى حكم الشروط يقع فى

جهتين :-

الاولى : فى حكم الشرط الصحيح .

والثانية : فى حكم الشرط الفاسد ، أما الكلام فى الجهة :-

الاولى : فقد عرفت أن الشرط على ثلاثة أقسام :-

الاول : شرط الفعل ، بان يشترط أحد المتعاملين على الآخر ايجاد

فعل أو تركه على ما تقدم تفصيله .

والقسم الثانى : هو شرط الصفة بأن يشترط المشتري على البايع كون

العبد كاتباً أو كون الحنطة ابيض أو أصفر أو كون التمر اسود وغير ذلك من الأوصاف أو ما هو في حكم اشتراط الأوصاف من الأمور الخارجة عن اختيار المشروط عليه، وقد عرفت فيما سبق أنه لا معنى لاشتراط الأوصاف والتزام المشروط عليه بذلك اما لتعليق العقد عليها بأن يبيع على تقدير تحقق هذا الوصف، فلا شبهة أن هذا تعليق موجب لبطلان العقد بالاجماع أو مرجع ذلك الى جعل الخيار على تقدير تخلف الوصف وقد عرفت سابقاً أن هذا هو المتعيّن إذ لم يشك أحد في صحة هذا الشرط، فلو كان هنا تعليق لكان باطلاً و نفس بنائهم على صحة هذا الشرط قرينة على عدم ارادة الصورة الاولى .

القسم الثالث: من الشرط هو شرط النتيجة و شرط تحقق أمر بنفس العقد، و ذلك كاشتراط تحقق أمر اعتباري في العقد، و ذلك كأشترط أن يكون بنت المشتري زوجة للبائع أو بالعكس بأن اشترط المشتري على البائع ذلك أو اشترط انعتاق عبد فلاني للمشتري أو يكون المزرعة الفلانية ملكاً له أو غير ذلك من الماهيات الاعتبارية و قد عرفت حكم هذا القسم أيضاً فيما سبق و قلنا ان هذا الأمر الاعتباري ان كان أمراً اختيارياً للمشروط عليه و سببه أيضاً اختيارياً له أي له أن يوجد هذا الأمر الاعتباري بأي سبب أراد . يوجد ذلك بمجرد تحقق العقد الذي اشترط ذلك فيه، و ذلك كالمملكة مثلاً فان سبب هذه الماهية الاعتبارية انما هو تحت يد المعتبر، فانه بأي نحو ابرز هذه المعتبر تحقق في الخارج و ينشأ كما هو واضح .

و ان لم يكن ذلك الأمر الاعتباري تحت اختيار المعتبر أو لا يكون سببه تحت يده، بل كان له سبب خاص فانه لا يوجب ذلك بالعقد كالزوجية و الطلاق و العبودية و الانعتاق، و كون المرهون مبيعاً عند انقضاء الاجل و

نحو ذلك كان الشرط فاسدا لمخالفته للكتاب والسنة كما هو واضح .

ثم انه هل يمكن استفادة حكم هذه الأقسام الثلاثة كلها من دليل الوفاء بالشرط وأن المؤمنون عند شروطهم يشمل جميع هذه الاقسام الثلاثة أو لا بل يختص بشرط الفعل فقط، وأن المستفاد من ذلك الوجوب التكليفى وهو يختص بشرط الفعل كما عليه المصنف، والظاهر أن دليل الوفاء بالشرط يشمل جميع الاقسام المتقدمة ولا يختص بالفعل وأن المستفاد من ذلك الحكم التكليفى والوضعى كليهما فيكون جميع الأقسام مندرجة تحته ويجب المضى فى جميع ذلك بمقتضى الشرط والوجه فى ذلك أن الظاهر من معنى قولهم (ع) فى الروايات المستفيضة المؤمنون عند شروطهم أو المسلمون عند شروطهم هو أنهم لدى شروطهم كقولهم (ع) : (المؤمنون عند عدته) وأن الشرط لازم له ولا ينفك عنه خصوصا مع أخذ الايمان أو الاسلام موضوعا للحكم ، فانه يرشد الى الايمان وعدم انفكك الشرط عنه الذى التزم به لا ينفكان وانهما متلازمان ، والشرط لازم له ولاصق به ويعبر عن ذلك بالفارسية بكلمة (جسيدين) كان الشرط لصق به وضمه ولا شبهة أن هذا المعنى يلائم جميع أقسام الشرط أما القسم الاول وهو شرط الفعل فواضح ، فان معنى اشتراط الفعل أن العقد مربوط به وقد اثبت المشروط عليه ذلك فى ذمته وهو عنده ولا ينفك عنه ولا يجوز له التخلف عن ذلك الفعل .

وأما القسم الثانى وهو شرط الصفة فقد عرفت، أن مرجع ذلك الى جعل الخيار وأن الشارط يشترط على المشروط عليه الخيار ويكون الالتزام بالعقد مربوطا به بحسب التزام المشروط عليه ، وأنه لازم الوفاء وأن مقتضى كون المؤمن عند شرطه هو أن يكون الخيار ثابتا على المشروط عليه على تقدير التخلف ، لأنه اشترط على نفسه الخيار اذا تخلف للوصف فلا بد وأن يكون عند شرطه ومقتضى كونه عند شرطه هو نفوذ خيار الشارط وكونه مسلطا على

فسخ العقد وامضائه وهذا أيضا واضح .

اما القسم الثالث وهو شرط حصول أمر في العقد فهو أيضا شرط في العقد ، والعقد مربوط به ومقتضى اشتراط المتعاقدين ذلك هو أن يكون هذا أيضا نافذا لكونه شرطا من المؤمن و شرط المؤمن نافذ وماض ولا ينفك ولا يتخلف وهذا القسم من الشرط شرط أيضا لا يتخلف .

وعلى الجملة مقتضى قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم وان شروطهم نافذ ، و اذا شرط المؤمن شرطا ينفذ أن جميع الاقسام المذكورة من الشرط نافذ فانه لا شبهة في صدق الشرط عليها كلها وارتباط العقد بها و اذا كان شرطا حقيقة وقلنا أن شرط المؤمن نافذ فلا بد من الحكم بشمول دليل الوفاء بالشرط لذلك ، كما لا يخفى . فافهم .

و يؤيد كون المؤمنون دالا على الحكم التكليفي والوضعي معًا تطبيق الامام عليه السلام ذلك ، أى المؤمنون عند شروطهم تارة بالحكم التكليفي و أخرى بالحكم الوضعي ، أما الاول ما تقدم من الرواية أن أحدا تزوج امرأة و اشترطت عليه أن لا يأخذ عليها امرأة ، فقال الامام عليه السلام : بثس ما صنع ، فما يدري ما يخطر بباله من الليل والنهار و اذا اشترط فليفي بشرطه لأن المؤمنون عند شروطهم .

و أما الثانى : ما دل على جواز اعطاء الابن مال كتابة الامة المكاتبه التى هى مزوجة لاييه و اشتراط أن لا يكون لها الخيار بعد كونها حرة لانه لو لم يكن هذا الشرط لكان لها الخيار فحكم الامام عليه السلام بنفوذ هذا الشرط وضعًا و طبق عليه قوله (عليه السلام) المؤمنون عند شروطهم فهاتان الروايتان قرينتان على كون المراد من دليل الوفاء بالشرط اعم من التكليفي والوضعي كما هو واضح .

ثم انه بناء على ما يظهر من المصنف من اختصاص المؤمنون عند شروطهم

يشترط الفعل وعدم شموله لشروط الصفة والنتيجة لأن ذلك يتضمن حكما تكليفيا فلا بدّ من التعلق بالفعل كالوجوب الوفاء فى النذر والعهد ، كما هو واضح ، وهل هنا دليل آخر على لزوم القسمين الآخرين أم لا ؟ فذكر السيّد و شيخنا الاستاذ اشكالا على الشيخ بأنه اذا خصّصتهم ذلك بشرط الفعل وقلتم ان مفاد الدليل هو الحكم التكليفى فأى دليل لكم على القسمين الآخرين .

و لكن الظاهر أنا لا نحتاج فى اثبات نفوذ الشرط فى القسمين الآخرين الى دليل الوفاء بالشرط من جهة أنا ذكرنا سابقا أن معنى جعل الخيار عبارة عن تحديد الملكية المنشأة وجعل المنشأ قسما خاصا ، ولا شبهة أن اشتراط الوصف فى العقد الذى مرجعه الى جعل الخيار انما يوجب تضييق دائرة المنشأ فيكون المنشأ هى الحصة الخاصة ، وكك المنشأ فى القسم الثالث حيث ان اشتراط العقد بكون الشىء الفلانى حاصلًا بذلك العقد أيضا ، الذى هو شرط النتيجة يوجب تضييق دائرة المنشأ لأن معنى الشرط كما عرفت هو الربط والارتباط ، و اذا كان العقد مربوطا بشىء يكون المنشأ بلحاظ هذا الشرط مضيقا وعليه فالمتبايعان من الاول قد انشأ ملكية خاصة و ملكية محدودة و يكون المشمول لعموم أوفوا بالعقود هو هذا الحصة الخاصة لازمة الوفاء ، فاذا كان هذا العقد الخاص واجب الوفاء بدليل أوفوا ، فيكون الشرط الذى يوجب تضييق الدائرة ايضا واجب الوفاء كما هو واضح ، فلا نحتاج مع ذلك الى دليل وجوب الوفاء بالشرط لاثبات كون الشرط فى القسم الأول والثانى أيضا نافذا ورضا كما لا يخفى .

ثم انه اذا اشترط أحدهما فى ضمن العقد على الآخر أمرا اعتباريا على نحو شرط النتيجة وكان ذلك الأمر الاعتبارى جائزا فى طبعة كالوكالة فهل يكون لازما باشرطه فى ضمن العقد أو لا ؟ يكون كك ، بل يكون جائزا كما

كان لك ، اذا تحقق في نفسه خاليا عن اشتراطه في ضمن عقد من العقود ولم تر من تعرض لذلك الا السيد في حاشيته ، حيث انه ذكر هذا وحكم بكونه لازما من جهة أن المستفاد من القرائن الخارجية القطعية أن اعراض الشارط كون المشروط عليه وكيلا من قبل الشارط ليس هو الوكالة حدوثا وابتداء بحيث يكون المشروط عليه وكيلا له بعد العقد حدوثا فقط لاستمرا، بل غرضه هو الوكالة المستمرة كما هو واضح .

و فيه ليس لنا كلام في كون الوكالة المشروطة في ضمن العقد مستمرة أو غير مستمرة ، بل هي مستمرة بلا ريب ، وانما الكلام في أن هذه الوكالة المستمرة جائزة كالوكالة في عقد الوكالة أو غير جائزة ، بل هي لازمة كما هو واضح فما ذكره السيد رحمه الله عليه خارج عن محل الكلام ، كما لا يخفى و الظاهر أنها لازمة .

و الوجه في ذلك هو أن دليل الوفاء بالشرط انما دل على أن المؤمن عند شرطه و شرطه لازمة عليه ولاصق به و منضم اليه بحيث لو اراد أن لا يفي بشرطه و يفكه عن نفسه لا يمكن و هذا عبارة أخرى عن لزوم الشرط فالوكالة و ان كانت جائزة بحسب طبعها و لكن حيث اشترط ذلك في ضمن العقد اللازم فمقتضى دليل الوفاء بالشرط هو كونها لازمة و غير جائزة وأن الوكالة الحاصلة بعنوان شرط النتيجة لا تنحل بالفسخ ، بل المأخوذ في موضوع وجوب الوفاء بالشرط هو الايمان و الاسلام و هما يقتضيان اللزوم بحيث أن يكون هنا شيء لم يكن قبل الشرط و من الواضح أن الجواز في الوكالة كانت قبل الشرط على أنا ذكرنا من انه يكفي في لزوم الشرط نفس دليل الوفاء بالعقد و لا نحتاج بعد ذلك الى ما يدل على وجوب الوفاء بالشرط ، و ذلك لأن الاشتراط يوجب تضييق دائرة المنشأ و كونه حصة خاصة ولا شبهة أن أوفوا بالعقود يدل على وجوب الوفاء بهذا الحصة الخاصة كما لا يخفى

فكما أن العقد يكون لازماً بالاشتراط وجميع ما يكون من قيوده و حدوده أيضاً يكون لازماً بذلك كما هو واضح لا يخفى ، فافهم .

نعم اذا اشترط على الآخر أن يوكل شخصاً آخر فى ذلك فانها يكون جائزة و هذا بخلاف اشتراط كونه وكيلاً هذا ما يرجع الى شرط أمر اعتبارى بعنوان شرط النتيجة .

و اما شرط الفعل فقد تقدم الكلام فى بعض الجهات الراجعة اليه و من جملتها هى أن مقتضى المؤمنون عند شروطهم هو شرط الفعل فقط ، لكونه دالاً على الحكم التكليفى فلا يتعلق الآ بالفعل كتعلق النذر به أو يعم بقية الاقسام فقد عرفت أن المصنف رحمه الله عليه ذكر كون موجب الوفاء بالنذر بحيث لا يتعلق الآ بالفعل و أما بقية الاقسام فليست مشمولة لذلك و لكن قد عرفت أن الامر على خلاف ذلك ، و أن مفاد دليل الوفاء بالشرط هو الأعم من ذلك .

ثم انه خالف الشهيد رحمه الله فى كون دليل الوفاء بالشرط دالاً على الحكم التكليفى اعنى وجوب الوفاء بالشرط ، بل ذكر أنه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط و انما فائدة الشرط هو جعل العقد عرضة للزوال و لكنه واضح الدفع حيث عرفت أن الظاهر من قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم كقولهم (ع) المؤمن عند عدته حيث يستفاد من امثال ذلك وجوب الوفاء بالشرط و الوعد على أن غرض الشارط هو أن يلزم المشروط عليه بحسب شرطه لا مجرد جعل العقد جائزاً و عرضة للزوال ، بل قد عرفت أن المأخوذ فى موضوع الوفاء بالشرط هو الايمان و أن الوفاء به من علامته و هو يقتضى أن يكون المشروط عليه ملزماً بالوفاء و يجب عليه الوفاء بالعقد خصوصاً يتضح أن الحديث يدل على وجوب الوفاء تكليفاً بملاحظة رواية منصور المتقدمة حيث دلت على أنه اذا اشترط ذلك فليف بشرطه و طبق عليه الامام عليه

السلام المؤمنون عند شروطهم .

ومن جملة الجهات للبحث هنا هو ان مقتضى دليل الوفاء بالشرط ما ذكره المصنف رحمه الله حيث قال : ان للمشروط له اجبار المشروط عليه من جهة أنه التزم بالعمل له فله اجباره من جهة التزامه العمل للمشروط له وهذا لا من جهة جواز الأمر بالمعروف، بل من جهة ثبوت حق له عليه بالتزام عليه بالشرط حيث انه التزم له فله المطالبة بذلك فما افاده (قده) متين ويؤيده ما في بعض الاخبار من قوله عليه السلام فليتم المراءة شرطها ، حيث عبر باللام وقال للمرأة الظاهر في كونه حقا لها وعليه فللمشتري أو للبايع أن يطالب المشروط عليه لشرطه مضافا الى السيرة العقلائية ، فان العتلاء يرويه حقا على المشروط عليه ، ويطالبون به في المحاكم العرفية ثم انه ره استدلال على ذلك بوجه آخر وملخصه ان الشرط ملك للمشروط له ، وله أن يطالب بمملوكه وأن الشرط كأحد العوضين فكما أن أجزاء العوضين ، لا بدّ من تسليمها الى مالكيها وكذا الشرط لأنه كالأجزاء ، لا بدّ من تسليمها الى مالكيها وهذا لا يمكن المساعدة عليه وذلك لما قدمنا من أن الشرط لا يوجب اشتغال ذمة المشروط عليه بالشرط على نحو لو مات اخرج من تركته كما في العوضين ، فانه لم يثبت كون الشرط كذلك ، نعم يجب عليه الوفاء بما اشترطه على نفسه ، وهو حق ثابت للمشروط له ، وأما الملكية فلا ، كما لا يخفى .

و المتحصل أن المشروط له يتمكن من مطالبة المشروط عليه بالشرط و اجباره عليه ، لأنه حقه حسب التزامه مضافا الى دلالة الرواية المتقدمة ، و ثبوت السيرة العقلائية و اقوى من الكل ان له اسقاطه وهو يؤيد كون وجوب الوفاء حقياً لأنه القابل للاسقاط .

ويمكن ان يقال أن الحكم أيضا يعقل ان يرتفع باسقاطه من جهة احتمال أنه مشروطا بعدم رفع يد المشروط له منه وهذا أمر ممكن بحسب مقام

الثبوت الآ أنه يحتاج الى دليل فى مقام الاثبات ، هل الحكم ، الحكم التكلفى فقط؟ كوجوب الوفاء بالنذر ، فانه لا يجب للمندور له ، بل لا يجوز مطالبة المندور من الناذر لعدم استحقاقه على الناذر شيئاً أصلاً ، الآ من باب الامر بالمعروف يجوز المطالبة و هو لا يختص بالمندور و المشروط له ، بل هو وظيفة كل مسلم أو يدل على الحكم الوضعى أيضاً بحيث يكون هنا وجوب حقى يجوز للمشروط أن يطالبه من الشارط ، بمعنى أن هنا حقاً للشارط على المشروط عليه بحسب الاشتراط بحيث للشارط اجبار المشروط عليه على الوفاء بشرطه بحسب الاشتراط ، وربما يفصل بين الشرط الراجع الى مصلحة أحد المتعاقدين كخياطة الثوب ونحوها وبين ما لا يرجع الى مصلحتهما كاشتراط كنس المسجد فالتزم بجواز الاجبار فى الاول دون الثانى كما ربما يفصل بين شرط الذى كالمتعلقات للعقد نظيراً لاشتراط رهن المبيع عند البايع لعدم اطمينانه للمشتري حتى يوثق بثمنه و بين الشرط الاجنبى نظير الخياطة ونحوها فى الاول يصح الاجبار لانه من متعلقات العقد ، والعمل به كالعقد لازم دون الثانى فقد اختار المصنف الوجه الثانى لأن مقتضى العمل بالشرط ليس هو الآ كتسليم العوضين ، فان المشروط له ، له حق بحسب الاشتراط على المشروط عليه ولذاله أن يجبره على الوفاء وسيأتى فى البحث الا ترى أن الاجبار فى عرض كون الشارط مخيراً بين الفسخ والامضاء لا أنه ليس الاجبار اصلاً كما زعمه بعضهم .

نعم ، أن الشارط لا يملك شيئاً بحسب الاشتراط كما فى كلام المصنف حيث ذكر أن الشارط يملك على المشروط عليه الشرط ان ليس هنا مملوك و الآ فلا بدّ و أن يكون من جملة الارث على تقدير موت الشارط و ليس كك و قد عرفت أن الشرط لا يقابل بجزء من الثمن ليكون مملوكاً للشارط ، بل هو جعل حق على المشروط عليه و الشاهد على ذلك أنه يسقط ذلك بالاسقاط

مع أنه لو كان مفاد الدليل مجرد الحكم التكليفي لم يسقط بالاسقاط ، كما هو واضح .

ثم ان ما ذكره المصنف من الاستدلال بالروايات الدالة على أن المؤمنون عند شروطهم على أنه ليس الوفاء بالشروط مجرد التكليف المحض، بل هنا شيء آخر للشارط على المشروط عليه متين ولكن قد عرفت أنه ليس بملك لعدم ترتب لوازمه من الارث ونحوه على ذلك، وانما هو حق من الحقوق، ولا شبهة في دلالة الروايات المتقدمة على ذلك ويضاف على ذلك قيام السيرة القطعية على ذلك وأن اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر، مجرد اثبات الحكم التكليفي عليه، بل غرضه أن يجعله ملزماً بهذا الشرط بحيث يجبره على ذلك في المحاكم المختصة على تقدير ادائهم، بل ربما يلتفت الشارط بالحكم التكليف اصلاً .

وعلى الجملة فبناء العقلاء على ثبوت حق للشارط على المشروط عليه بالاشتراط وغرض المتبايعين أيضاً هو ذلك، فان الشارط غرضه اثبات حق على المشروط عليه والزامه اعطاء ذلك الحق وسيأتي أن الاجبار على الوفاء بالشرط في عرض الخيار، والفسخ لا في طوله ويدل على ذلك كله أن للمشروط له اسقاط ذلك، فانه لو لم يكن من الحقوق لم يقبل ذلك الاسقاط فمن قبوله الاسقاط نستكشف كونه من قبيل الحقوق، كما هو واضح .

وما عن صاحب جامع المقاصد من توجيه عدم الاجبار بأن له طريقاً الى التخلص بالفسخ ضعيف في الغاية بدهاءة أن من جعل لنفسه الخيار انما غرضه هو الفسخ بعد تعذر أخذ ما شرط عليه اما لعدم تمكنه أو لعدم تسلط الشارط على المشروط عليه لشقاوته وأما مع امكان اجباره ولو بالشكاية الى المحاكمة المختصة فيجبره عليه اذ لو لم يكن للشارط حق الاجبار لتضرر في معاملة غالباً، فانه لو اشترى أحد شيئاً مع الشرط على البائع وترقى قيمة

ذلك الشئ اضعاف قيمته الاولى فليس للمشروط عليه أن لا يعمل بالشرط و يقول للشارط افسخ المعاملة ، بل يجبره الشارط على الوفاء ، الا أن يريد افسخ على طبق ميله ، و ليس غرضنا من ذكر الضرر التمسك بحديث نفى الضرر ، بل غرضنا استبعاد هذا المطلب أى الالتزام بعدم جواز الاجبار فان نتيجة ذلك هو تضرر الشارط كثيرا وهو على خلاف الارتكازات العقلائية و بنائهم فانه ليس من المتعارف ان يشترط أحد على غيره بشرطا ومضى مدة ثم يقول المشروط عليه ليس لك الا فسخ العقد .

و على الجملة ليس الغرض من الشرط هو تخلص الشارط عن المعاملة و لوازمها حتى يقال انه ليس منحصر بالاجبار بالفسخ ، بل غرض الشارط هو الوصول الى غرضه من الشرط من المنافع و دفع الضرر ولو كانت الأغراض شخصية فلا وجه للقول بأن له وجهها الى التخلص .

و بعبارة أخرى أن ما افاده جامع المقاصد لا يتم لا من جهة ما ذكره المصنف من الخيار فى مرتبة متأخرة عن الاجبار لوصول النوبة اليه لما سياتى أن الاجبار فى عرض الخيار لا فى طوله ، بل من جهة أنه ان كان للمشروط له حق المطالبة ، فلا شبهة فى جواز الاجبار لمطالبة الحق ، و الا كان مفاد الشرط هو الحكم التكليفى فقط كالنذر فلا يسوغ الاجبار مضافا الى قيام السيرة . و قد يتوهم أن ظاهر الشرط هو فعل الشئ اختياريا ، فاذا امتنع المشروط عليه فقد تعذر الشرط و حضور الفعل منه كرها بالاجبار غير ما اشترط عليه لأن اللازم أن يكون متعلق الشرط امرا اختياريا كما تقدم ، فلا يكون الاجبار موجبا للوفاء بالشرط و فيه الظاهر أن هذا التوهم انما نشأ من خلط بين الكلمة الاختيارية المستعملة فى مقابل عدم القدرة و كلمة الاختيار المستعملة فى مقابل الكره و عدم المحبوبة و الذى هو موضوع صحة التكليف هو الأول بمعنى أنه يشترط أن يكون التكليف متعلقا بامر اختيارى

فلا يصح تعلقه بأمر غير مقدور وأما الثاني فلا ومن الواضح أن الفعل اعنى الشرط فى المقام، وان يصدر عن المشروط عليه بالكره، ولكن مع ذلك هو فعل اختيارى له و ليس فعلا غير اختيارى حتى لا يصح كونه متعلقا للشرط الاّ أن يكون الاكراه عن غير حق .

وبعبارة أخرى أن متعلق الشرط لا بدّ وأن يكون امرا مقدورا سواء كان صادرا عن المشروط عليه كرها أم اختياره مقابل الكره، فلا وجه لهذا التوهم اصلا، نعم لو اشترط على الآخر فعلا صادرا عنه بالاختيار وعدم الكره كان لهذا التوهم مجالا واسعا كما هو واضح على جواز مطالبة الحقوق كالأموال هذا كله مع لاغماض عما ذكرناه فى اشتراط الوجوب بالقدرة حيث قلنا ان الوجوب لا يتعلق بغير المقدور .

وأما اذا كان الفعل مقدورا تارة وغير مقدور أخرى فلما نتج من ايجاب الجامع بين المقدور وغير المقدور، لأن الجامع بينهما مقدور وكذ لك نقول فى المقام أن الالتزام بالعمل الغير، الغير الاختيارى وان كان غير معقول الاّ أن العمل اذا صدر من الاختيار تارة ومن غير الاختيار أخرى فالجامع بين الاختيارى وغيره لا مانع من التزامه و لكن لو لم نقل بذلك فالجواب ما عرفته آنفا .

قد عرفت أن شيخنا الانصارى (قده) تعرض فى المقام لعدة أمور :

منها : أن الوفاء بالشرط واجب على المشروط عليه وجوبا تكليفيا .
ومنها : ان لزوم الوفاء بالشرط هل هو حكم تكليف محض أو أنه من جهة حق للمشروط له على المشروط عليه، ولذا يمكنه اجبار المشروط عليه على العمل و الوفاء بما لزمه على نفسه ذكر المصنف أن له اجبار المشروط عليه بالوفاء من جهة أنه ملك الشرط باشتراطه وقد وافقناه فى النتيجة و ناقشنا فى دليلها وقد قلنا أن له اجباره واستشهدنا عليه بالسيرة العقلانية ،

وقلنا ان لزوم الفعل بالشرط وكونه حقا للمشروط له ثابت بيناء العقلاء و
 أن الادلة الدالة على لزوم الوفاء بالشرط وردت امضاء للسيرة المذكورة .
 ثم انه قد تعرض بعد ذلك على أمر ثالث وهو أن المشروط عليه اذا
 امتنع من الوفاء بما التزمه وكان الشرط أمرا قابلا للنيابة كالانشاءات نظير
 بيع شىء أو هبته ونحوهما ، فهل للحاكم أن يباشر بذلك فيبيع المال
 المشروط بيعه أو يهبه من قبل المشروط عليه أو أنه ليس للحاكم ذلك ولا
 يقع عمله نافذا عن قبل المشروط عليه قد قوى تمكنه من ذلك من جهة ماورد
 من أن السلطان ولى المتنع فيندفع ضرر المشروط له بتصدى الحاكم للوفاء
 بما التزمه المشروط عليه على نفسه هذا ، والوقت لم يسع للمراجعة الى أن
 هذه الرواية هل رويت بطريقنا وانها معتبرة أو أنها نظير من المختصرات
 لغوية لا اعتبار لها فليراجع الى مظانها .

ثم على تقدير أنها رواية معتبرة لا تكفى بمجرد ما فى اثبات المدعى و
 هو صحة تصدى الحاكم على ما على الممتنع من الالتزام بالابد من ضم
 مقدمة خارجية اليها فان الحاكم ليس بسلطان ولا من دونه بمرتبة أو بمراتب
 فلا بد فى اثبات ولاية الحاكم من دعوى القطع بمناسبة الحكم والموضوع على
 أن هذا الولاية الثابتة للسلطان ليست من الاحكام المختصة للسلطان ، بل
 هو من أحكام المنصب فيثبت للحاكم أيضا لأن المستفاد من الرواية أن
 الشارع لا يرضى لتضييع حقوق الناس وهذا كما ثبت للسلطان يثبت للحاكم
 أيضا اذا تمكن من ذلك ولولا دعوى القطع المذكورة احتاج اثبات المدعى
 فى المقام الى ضم كبرى كلية على هذا الرواية وهى ولاية فى كل ما للسلطان
 من الاحكام والمناصب أو المناصب المختصة له وقد تقدم فى بحث الولاية
 أن ولاية الحاكم على نحو الكلية غير ثابتة وأنه ليس له الولاية فى كل ما
 للامام والسلطان ولاية ولذا ذكرنا أن اثبات المدعى فى المقام بمجرد

هذه الرواية غير ممكن الا بضم دعوى القطع على أن هذه الولاية ليست من مختصات السلطان بمناسبة الحكم والموضوع.

ثم انه قد تعرض الى أمر رابع في المقام وهو أن الخيار الشابت للمشروط له على تقدير عدم وفاء المشروط عليه بما التزامه على نفسه هل هو في عرض الاجبار أو أنه في طوله بمعنى أنه اذا تعذر عليه اجباره و لم يتمكن منه تنتهى النوبة الى الخيار و له أن يفسخ العقد ح أو أنه مع تمكنه من الاجبار متمكن من الخيار ايضا نقل عن بعضهم أن الخيار في طول الاجبار وعن العلامة أن الخيار في عرضه و أن مع تمكنه من الاجبار متمكن من الفسخ ثم قوى (قده) عدم ثبوت الخيار مع التمكن من الاجبار.

وفي حاشية المكاسب من تقريرات شيخنا الاستاذ (قده) أن هذا البحث بعينه البحث السابق ولا اختلاف بينهما الا في مجرد الالفاظ واحتمل هناك أن يكون تكراره من قلم شيخنا الانصارى وتعجب منه في أنه كيف تعرض له ثانيا ولا يخفى وضوح الفرق بين المسألتين لأن البحث في المسألة الاولى انما كان متمحضا في ثبوت أصل الاجبار وأنما جاز للمشروط له أولا وأما في هذه المسألة فالبحث فيها في أن الخيار الثابت للمشروط له في عرض الاجبار أو في طوله فالمسألان متغايران لا ربط من احديهما الى الاخرى.

و العجب من شيخنا الاستاذ أنه كيف خفى ذلك عليه مع أنه امر واضح لا يحتاج الى اقامة الدليل و لعل الاشتباه من قلم الشريف دون فلم شيخنا الانصارى و ذكر بعض المحققين أن أصل عنوان المسئلة عجيب لأن استحالة اجتماع الخيار مع التمكن من الاجبار بمكان من الموضوع والوجه في ذلك أنا ذكرنا أن الشرط ليس هو مجرد الوفاء الاختيارى بل يعتمه والوفاء الاجبارى أيضا ومن الظاهر أن الخيار انما يثبت في المقام بعد تعذر الشرط اذ الكلام في هذا الخيار اعنى خيار تعذر الشرط ومع التمكن من الخيار لا

تعذر للشرط، بل هو ممكن ومعه لا معنى للخيار .

و بالجمله فرض التمكن من الاجبار فرض عدم تعذر الشرط الذى هو اعم من العمل الاختيارى و الاجبارى و فرض عدم تعذر الشرط فرض عدم الخيار فكيف يجتمع التمكن من الاجبار مع الاختيار و ما افاده رحمه اللّمتين لو كان المراد بالخيار فى المقام خصوص خيار تعذر الشرط اذ مع التمكن من الاجبار لم يتعذر الشرط فلم يتحقق موضوع الخيار و اما لو كان المراد بالخيار الأعم من تعذر الشرط كما سيأتى فلا وجه لما افاده .

و بعبارة أخرى انا نلتزم بالخيار عند تعذر الشرط لكن لا من جهة خصوصية فى التعذر، بل من جهة أنه احد الأمور الموجبة للخيار و مصداق من مصاديق الموجب للخيار .

و ح يمكن أن يثبت الخيار مع التمكن من الاجبار لىتحقق موضوعه كما سنبينه انشاء الله .

و عليه فلا بدّ من مراجعة مدركه الخيار لو بنى أنه يثبت مع التمكن من الاجبار أو لا يثبت اذ عدم امكان اجتماعها ليس من البديهيات حتى لا يحتاج فيها الى دليل فنقول أيضا مدرك الخيار عند تخلف الشرط هو الاجماع كما ذهب اليه بعضهم فلا بدّ فيه من الاقتصار على المورد المتيقن و هو صورة عدم التمكن من الاجبار و أما معها فلا يقين بالاجماع على ثبوت الخيار فلا يثبت الخيار بعد عدم التمكن من الاجبار .

و ان كان المدرك لثبوت الخيار قاعدة لا ضرر كما ذهب اليه المصنف فلا يثبت الخيار مع التمكن من الاجبار أيضا لأنه مع تمكنه من الاجبار لا يتوجه عليه ضرر حتى يدفع بالخيار و من هنا ذكر شيخنا الانصارى أن الخيار فى طول الاجبار لا فى عرضه و لكننا ناقشنا فى كون مدرك الخيار هو قاعدة لا ضرر فى خيار الغبن فراجع .

و أما اذا كان المدرك للخيار عند تخلف الشرط هو الشرط الضمنى الذى اعتمدنا عليه ، فالخيار ثابت مع التمكن من الاجبار وذلك لأن المشروط له قد علق التزامه فى المعاملة على التزام المشروط عليه بالشرط، وقد ذكرنا أن الشرط لا بدّ وأن يكون مربوط بالعقد ولا معنى لكونه عبارة عن الالتزام فى ضمن الالتزام بأن يكون العقد ظرفاً للشرط فقط، بل لا بدّ وأن يكون مربوطاً به و ذكرنا أيضاً ان الاشتراط يوجب تعليق أصل المعاملة على التزام المشروط عليه بالشرط بحيث لو لا التزامه بالفعل فلا يتحقق المعاملة أصلاً كما أن التزامه بالمعاملة وقيامه عليها معلق على وفائه بالشرط فى الخارج بمعنى أن المشروط عليه ان لم يفه بالتزامه فى الخارج فللمشروط له أن لا يف بالتزامه بالمعاملة .

و بعبارة أخرى ان التزام المشروط عليه بالشرط و ان كان محققاً بحسب الحدود و لذا قلنا بتحقق البيع لحصول ما علق عليه الآ انه ان التزم بالشرط بحسب البقاء أيضاً فيلتزم المشروط له أيضاً بالمعاملة ، و أما اذا لم تلزم المشروط عليه بالشرط بحسب البقاء فللمشروط له أن لا يفى بالتزامه بالمعاملة فيفسخها و عليه فالخيار يثبت للمشروط له بمجرد عدم وفاء المشروط عليه ، بشرطه و عدم التزامه به بقاءً و معنى خياره كونه متمكناً من رفع اليد عن التزامه و قد عرفت انه انما يكون متمكناً من رفع اليد عن التزامه فيما اذا لم يلتزم المشروط له عليه بالشرط بحسب البقاء و معه لا داعى الى تقييده بعدم التمكن من الاجبار لانه كلفة زائدة و بما ذكرنا ظهر أن الخيار فى المقام فى عرض الاجبار لا فى طوله ، و يمكن أن يكون نظر المصنف فيما ذكره فى المقام الى ذلك حيث ذكر أن المقام لا يقاس بامتناع تسليم أحد العوضين لأن تسليم كل من العوضين الى مالك الآخر انما يجب مع تسليم الآخر فاذا لم يسلم أحدهما فلاآخر أن يتمتع عن التسليم بمعنى أن الالتزام بالتسليم فى

كل من المتبايعين مشروط و هو ثابت لكل منهما و هذا بخلاف المقام لأن الالتزام بالحمل بالشروط انما هو من أحدهما لا من كليهما فاذا لم يف بما التزمه فللمشروط له أن لا يفى بالتزامه (و ليس للمشروط عليه الامتناع من الوفاء حتى يف الآخر بالتزامه كما فى مسألة التسليم اذ الالتزام ليس من الطرفين فى المقام) .

وقد ذكر المحقق المتقدم أن هذا الكلام من الشيخ يشبه كلام الاطفال فى مقام اللجاج حيث يقول أحدهما للآخر ان لم تعطنى لا اعطيتك و بما ذكرناه عرفت أن الأمر ليس كك و أن هذا الكلام منه كلام متين ولا يشبه كلام الاطفال ، لأن المشروط له قد علق التزامه بالمعاملة مع وفاء المشروط عليه بالتزامه فان لم يف بما التزمه ، فلا يجب على المشروط له البقاء على التزامه فما افاده العلامة من ان الخيار فى عرض التمكن من الاجبار هو الصحيح . ثم انه ذكر فى المقام امرا خامسا و هو أنه اذا تعذر الشرط فى الخارج من جهة عروض عمى على من التزم بالخياطة أو شلل و نحوهما فلا يثبت للمشروط له الآ الخيار ، و له ان يفسخ المعاملة ح ولا يثبت له الأرش بان يطالب المشروط عليه مابه التفاوت بين قيمة الشئ مع الشرط كالخياطة ، و قيمته بدونه . و ربما يقال بثبوت الأرش فى موارد تعذر الشرط لتفاوت قيمة المبيع مع الاشتراط و قيمته بدونه .

و ثالثا : فصل بين الشروط التى تقابل فى نفسها بالمال كاشتراط خياطة الثرب لأن لها قيمة فى نفسها و اشتراط مال العبد فى شرائه فيلتزم فيها بالأرش عند تخلفها و تعذرها و بين شرط الأوصاف مما لا يقابل بالمال فى نفسه و انما يوجب زيادة قيمة المشروط نظيرا لاشتراط القدرة على الكتابة فى العبد أو القدرة على الطبخ وغيرهما من الأوصاف الكمالية الموجبة لاختلاف قيمة الموصوف فيلتزم بعدم الأرش فيها .

ولا يخفى عليك أن الشروط سواء كانت من شرط الأوصاف أو غيرها مما لا يقابل بالمال في المعاملات ويقع شيء من الثمن في مقابلتها ، بل الثمن بتمامه يقع في مقابل ذات المبيع وعليه فلا وجه للأرش ومطالبة ما يخصها من القيمة مطلقا وإنما التزمنا بالأرش في خيار العيب من جهة النصوص لا من جهة مطابقة القاعدة .

وقد اشر السيد في حاشيته على ثبوت الأرش في تخلف الشروط بدعوى أنها وان لا تقابل بالمال في مقام الانشاء وعالم الظاهر الآ أنها تقابل بها في عالم اللب والواقع وقد تقدم ذلك في مبحث خيار العيب وبه أثبت كون الأرش على وفق القاعدة واجبنا عنه هناك بأن المعاملات مما ليس له عالمان ظاهر وواقع وصورة ولب ، بل صورتها لبتها ولبها صورتها لأنها ليست إلا الاعتبارات نفسانية مميزة بمرز في الخارج وهو اما موجودة ، أو معدومة ، ولا معنى لثبوتها لبا دون صورة وعليه فلا يثبت للمشروط له عند تخلف الشروط وتعذرها الآ الخيار دون الأرش كما عرفت .

ثم ان المصنف ذكر امرا سادسا وهو أن الشروط اذا صار متعذرا و ثبت بذ لك الخيار للمشروط له ، ولكن العين خرجت عن ملك المشروط عليهم سلطنه لتلف أو نقل لازم فهل يمنع ذلك عن فسخه أو لا ؟ وعلى تقدير فسخه هل يرجع على المشروط عليه بقيمتها أو مثلها أو أنه يقتضى الرجوع الى نفس العين بفسخ العقد الواقع عليها من أصلها أو من حين الفسخ وقد تعرض (قده) في المقام الى جهات :-

الجهة الاولى : في أن المشروط له اذا فسخ هل يرجع الى قيمة العين ولا يرجع اليها بنفسها بفسخ العقد الواقع على العين من جهة ان العقد الواقع على العين قد صدر من أهله ووقع في محله حيث انه صدر من مالها في زمان ملكه فلا وجه لبطلان العقد ، بل لو فسخ فلا بد من أن يرجع

بديلها أو أن يرجع الى نفس العين بفسخ العقد الصادر من المشتري من أصله أو من حين فسخه و الصحيح أن يرجع الى بدلها لأن العقد الواقع عليها كان صحيحا حين صدوره و لا وجه لبطلانه و تعرضنا لذلك تفصيلا فيما تقدم و المقام اعنى تعذر الشرط مع خروج العين عن ملك المشروط عليه من أحد صغريات ما تقدم فى محله من أن الفسخ بعد انتقال العين الى ملك شخص آخر بعقد صحيح لا يقتضى إلا الرجوع الى بدلها فراجع .

الجهة الثانية : أن الشرط اذا تعذر و خرجت العين عن ملك المشروط عليه بعقد آخر منافى لمقتضى الشرط كما اذا اشترط عليه بيعه من زيد و هو باعه من عمرو أو اشترط عليه وقفه و هو باعه و هكذا مما يكون منافيا للاشتراط فهل العقد الواقع على المال صحيح مع أنه مخالف لمقتضى الشرط أو أنه باطل أو يفصل فيه بين ما اذا قلنا بأن الشرط يقتضى حقا للمشروط له على المشروط عليه فنلتزم فى الأول بصحة العقد الصادر من المشروط عليه الذى هو مخالف لمقتضى العقد لانه لا يستلزم ح إلا مجرد المخالفة للحكم الشرعى بوجوب الوفاء و أما عقده فصحيح و نلتزم فى الثانى بالبطلان اذا لم يسبقه الاذن من المشروط له و لم تلحقه اجازة منه لأنه ح بيع شىء تعلق عليه حق الغير و بيعه باطل .

و أما اذا سبقه اذنه أو لحقه اجازته فالعقد أيضا صحيح و هذا هو الذى ذهب اليه المصنف .

و ربما يفصل فى المقام بتفصيل آخر و هو التفصيل بين سبقه بالاذن من المشروط له ، فالعقد يصحّ و بين لحوقه باجازته أى المشروط له فيبطل بدعوى أن العقد اذا سبقه اذن من له الحق فعقده وقع صحيحا عند اسناده الى العاقد .

و أما اذا وقع بلا اذنه حين اسناده الى عاقده ثم لحقته الاجازة فلا

محالة يقع فاسداً لأنه عقد واحد شخصي قد حكم عليه بالبطلان حين صدوره من العاقد فكيف ينقلب إلى الصحة بالإضافة (و العقد باستمرار الزمان لا يكون متعددًا) إلى نفس ذلك العاقد ، بعد ذلك وقد تقدم هذا التفصيل من الشيخ اسدالله التستري في بيع الفضولي حيث فصل في تصحيح العقد الأول بالاجازة المتأخرة بين العقد الفضولي المصطلح أعنى ما اذا كان العاقد غير من ينسب إليه العقد بالاجازة وبين مثل تزويج بنت اخت الزوجة أو بنت أخ الزوجة مما يكون العاقد الفضولي فيه هو المنتسب إليه العقد بالاجازة ، فالتزم في مثل ذلك بصحة العقد المذكور فيما اذا سبقه الاذن من الزوجة وبالبطلان فيما اذا لم يسبقه الاذن سواء لحقته الاجازة أيضا أم لم تلحقه ، وذلك من جهة أن العقد حين صدوره من العاقد حكم عليه بالبطلان لعدم اشتماله على شرط صحته ، فلا يمكن أن ينقلب إلى الصحة بالاجازة المتأخرة بالإضافة إلى ذلك العاقد لأنه عقد واحد قد حكم بالفساد (و العقد الواحد لا يتعدد بحسب الأزمنة) بالإضافة إلى العاقد فلا يتصف بالصحة بالإضافة إليه أبداً ، وهذا بخلاف الاجازة في الفضولي المصطلح لأن العقد وان اتصف بالبطلان بالإضافة إلى العاقد إلا أنه لا مانع من اتصافه بالصحة بالإضافة إلى المالك اذا أجاز لأنه لم ينسب اليه قبل اجازته ليحكم بصحته أو بفساده ، بل ينسب إليه باجازته ويحكم بصحته له من حين الانتساب هذا ما فصله الشيخ اسدالله التستري هناك .

و التفصيل المذكور في المقام هو عين هذا التفصيل الذي نقلناه عن الشيخ المذكور .

وقد اجبنا عن ما فصله شيخ المتقدم هناك بوجوه : —

منها : أن مقتضى الأخبار الواردة في صحة تزويج العبد بدون اذن

مولاه ان الاجازة بعد تزويجه معللا بانه لم يعص الله وانما عصى سيده ،

عدم الفرق فى صحة العقد الصادر فضولياً بالاجازة المتأخرة بين الفضولى المصطلح و تزويج بنت أخت الزوجة أو بنت أخيها وذلك لأن الاخبار المذكورة تعطى حنابطة كلية فى صحة العقد الفضولى بالاجازة المتأخرة وهى أن العقد الصادر عن الفضول ان كان معصية وضعية لله تعالى فهو باطل ، ولا ينقلب الى الجواز وصحة الفضولى على طبق القاعدة فى جميع موارد ه فلا وجه لرفع اليد عنها فى بعض موارد ه وأما اذا لم يكن معصية لله حتى بالاجازة المتأخرة لانه كان معصية ومخالفة لذلك المجيز فاذا رضى به واجاز جازو فى العقد المذكور أيضاً اذا رضيت الزوجة وأجازت عقد بنت اختها أو بنت أخيها جاز. لأنه لم يكن معصية لله وانما كان معصية للزوجة ومخالفاً لحقها فاذا أجازت جاز ، فهذا التفصيل ساقط والتفصيل موكول الى محله .

وأما دعوى البطلان مطلق فلعلها من جهة أن العقد ح منهى عنه لأنه مناف للوفاء بالشروط الواجب والنهى فى المعاملات يوجب الفساد .

و يرد عليه وجوه : —

الاول : أنه ليس فى المقام نهى مولوى شرعى من بيع المشروط عليه ماله من غير من اشترط بيعه منه ، اذ لم يرد عنه نهى وانما أمر ببيعه ممن اشترط بيعه منه و هو لا يقتضى النهى عن بيعه من غيره الا على القول بأن الامر بالشىء يقتضى النهى عن ضده و هو ممنوع .

الثانى : ذهب الى أن بيعه من غير من اشترط بيعه منه مورد للنهى ولو من جهة اقتضاء الأمر بالشىء النهى عن ضده الا انا ذكرنا فى محله أن النهى فى المعاملات لا يقتضى فسادها مطلق سواء تعلق بالسبب أو بالمسبب أو التسبيب .

والثالث : أنا لو سلمنا ان العقد المذكور منهى عنه شرعاً وسلمنا أن النهى فى المعاملات يوجب الفساد ولكنه لا يلزم منه الالتزام بفساد العقد

المذكور مطلق لانه اذا رضى به المشروط له اذنا أو اجازة فلا محالة ترتفع النهى عنه اذ النهى عنه ليس الاّ من جهة حق المشروط له فاذا تجاوز عن حقه ارتفع النهى .

و دعوى البطلان مطلق لا يرجع الى وجه صحيح و من ذلك يظهر أن التفصيل بين كون الوجوب تكليفيا محضا أو كونه حقا كما ذهب اليه المصنف لا يمكن المساعدة عليه لأن الوفاء بالشرط و لو قلنا أنه من جهة ثبوت الحق للمشروط له على المشروط عليه الاّ أن هذا الحق لا تتعلق بالمال والعين و انما تتعلق على العقد فلا يكون بيعه بيعا متعلق حق الغير و ليس المقام عن قبيل بيع العين المرهونة التى متعلق حق الغير سيما ملاحظة أن الخيار منعقد فى المقام فلا وجه للتفصيل بين الصورتين اذ فى كليهما يكون بيعه مضادا لما يجب عليه الوفاء به تكليفا أو حقا ثبت للمشروط له الخيار من دون ان يستلزم بطلان العقد أبدا فالصحيح هو الالتزام بصحة العقد الصادر من المشروط عليه مطلقا و يشمل عمومات حل البيع و الوفاء بالعقود و لكن للمشروط له الخيار و لا وجه للبطلان .

ثم لو قلنا ببطلان العقد الصادر من المشروط عليه فيخرج ذلك عن محل الكلام لان البحث فى تعذر الشرط ببيع المشروط عليه من اشترط بيعه ح و الكلام فى تعذر الشرط .

و هذا بخلاف ما اذا قلنا بصحة العقد من المشروط عليه لأنه ح يكون داخلا فى تعذر الشرط الذى هو محل الكلام فى الجهة الخامسة من عنوان كلام المصنف الاّ أنه اذا كان المشروط عليه متمكنا من العمل بالشرط بفسخ عقده لجوازه أو شرائه منه ثانيا و جب عليه و الزم عليه بمقتضى الا شترط فيفسخ عقده أن تمكن أو يشتريه ممن باعه منه ثانيا و يصرفه فى محله .

و هذه الصورة لا بدّ من اخراجها عن محل الكلام و فرض البحث فيما

اذا لم يتمكن المشروط عليه من ارجاع العين الى ملكه و لو بالشراء حتى يتعذر عليه الشرط فاذا كان الأمر كذلك و قلنا بصحة بيعه فقد تعذر عليه الشرط و يثبت للمشروط له الخيار فهو ان امضى عقده أى عقد نفسفهو، و لا كلام و أما اذا فسخ عقده فهل يرجع الى بدل عينه أو يرجع الى نفسها بفسخ العقد الواقع عليه من أصله، أو من حين الفسخ و جوفه مناصحيتها و لامزية له على ما تقدم الا أن العلامة (ره) ذكر فى هذه المسئلة أنه اذا فسخ المشروط له يرجع الى نفس عينه بانفساخ العقد الواقع عليها من المشروط عليه الا اذا كان الواقع عليها هو العتق فانه ح يرجع الى قيمتها لا الى نفسها بفسخ العتق لأن العتق مبنى على الغالب و هذا الكلام من العلامة مما لم يفهم له معنى محصلا ابدا لأن معنى بناء العتق على الغالب هو أن العبد اذا عتق منه جزء يسرى الحرية الى جميع اجزائه و منه ضمان أحد الشريكين لحصة شركه فى العبد اذا عتق نصفه أى حصة نفسه ولكنه كما كان سببا لحرية نصفه الأخر أيضا يضمن لشريكه قيمة ذلك النصف و هذا المعنى غلبة الحرية و العتق لا أن معناه أنه اذا اعتق ملك الغير يكون هذا موجبا لحرية و المفروض أن فسخ المشروط له يكشف عن أن عتق المشروط عليه وقع فى غير ملكه فيبطل، فالصحيح ما ذكرناه من صحة العقد مطلق و للمشروط له الخيار و أنه اذا فسخ يرجع الى بدل العين مطلق لأن العقد الصادر من المشروط عليه صدر من أهله و وقع فى محله و لا وجه لبطلانه (بقى هناك مسئلة أن الخيار لا يسقط بالتصرف فى العين و نتعرض لها فى عنوان الاتى انشاء الله).

و من جملة ما تعرض له المصنف (ره) هو أن للمشروط له اسقاط شرطه قد استفدنا من القرائن الداخلية و الخارجية أن وجوب الوفاء بالشرط ليس من الاحكام المجعولة لله تعالى ابتداءً فانه ليس من الاحكام الاولية و انما

هو من جهة حق المشروط له الثابت بالا اشتراط نظير وجوب الاداء في الدين
فانه من جهة ملاحظة حق الدائن لا أنه مجعول ابتدائي للشارع .
وقد عرفت أن الاشتراط يوجب ثبوت حق للمشروط له على المشروط عليه
عند العقلاء أيضا وعليه فلا مانع من أن يرفع المشروط له يده عن حقه اذ به
يرتفع وجوب الوفاء بالشرط وهذا أمر ظاهر الا أن ذلك وقع مورد الخلاف
بين الأعلام في شرط العتق وقد ذهب جماعة الى عدم سقوطه بالاستطاق
فاذا شرط العتق في معاملة ثم رفع المشروط له يده عن شرطه قالوا بأنه لا
يوجب سقوطه ، بل يجب على المشروط عليه الوفاء بالشرط مع اسقاطه المشروط
له أيضا و ذلك من جهة أن في شرط العتق ثلاثة حقوق حق للمشروط له و
حق لله تعالى ، وحق للعبد و اذا رفع المشروط له يده عن حق نفسه فهو
لا يستلزم سقوط الحقين الآخرين و من هنا قالوا ان اسقاط الشرط في العتق
لا يوجب السقوط هذا و لا يخفى أن كون العتق حقا لله و للعبد مما لا
يرجع الى محصل كما ذكره المصنف ، لأنه أريد من كونه حقا لله تعالى أنه
أمر محبوب قد ذهب اليه الشرع فهو و ان كان كذلك الا أنه لا يستلزم الحق
ولا وجوب الوفاء عليه لأنه أمر استحبابي و الا محبوبة العتق لله لا يختص
بصورة الاشتراط فقط ، لأنه محبوب على كل حال و لازمه وجوب العتق ولو مع
عدم الاشتراط و هو مقطوع العدم لأنه مستحب لا وجوب له فضلا عن أن يكون
حقا و ان أريد من كونه حقا لله أنه امر بالوفاء به على تقدير شرطه لأنه حق
لشارح و هو أيضا صحيح الا انه مشترك بين شرط العتق وغيره من الشروط
فماذا وجه عدم سقوط شرط العتق دون غيره ، واما أنه حق للعبد ففيه أن
اشتراط العتق لا يوجب حقا للعبد على المشروط عليه و ليس له المطالبة
بذلك أبدا كما ذكرنا نظيره في النذر لأنه اذا نذر شيئا على الفقراء ، أو
غيرهم فليس للفقراء مطالبة الناذر بالوفاء بالنذر .

و أن أريد من ذلك أن العبد ينتفع بعنته و اليه يرجع نفعه ، ففيه أن رجوع المنفعة اليه لا يوجب الاستحقاق اذ هو نظير ما اذا اشترط فى ضمن العقد أن يهب لثالث مالا أو يبيعه منه بالعنتى من ثمنه فانهما يوجبان رجوع النفع الى الثالث الا أنه لا يوجب الاستحقاق و عليه فالصحيح أنه لا فرق بين شرط العنتى و شرط غيره فى سقوطه بالاسقاط .

ثم ان اسقاط الشرط و الحق تارة يكون باللفظ و أخرى يكون بالفعل و هذا الأمر و ان تعرض له المصنف (ره) فى الامر المتقدم الآ أن المناسب له ذكره فى هذا الأمر فاذا تصرف المشروط له أو عمل عملا علمنا به انه يسقط بذلك حقه فلا كلام فى سقوطه به و اما اذا لم يدل عمله على اسقاطه فلا دليل على أن مجرد التصرف أو العمل يوجب السقوط ، اللهم الآ فيما دل الدليل على كونه موجبا للسقوط كما دل على أن التقبيل و المس و نحوهما يسقطان الخيار فى خيار الحيوان الآ أن التعدى من مورد النص الى غيره غير ممكن فيما لم يقم دليل على أنه يوجب السقوط لا دليل على سقوط الخيار به كما قدمنا تفصيل ذلك فى الابحاث المتقدمة فليراجع .

و من جملة الشروط التى ذكرها المصنف فى حكم الشروط الصحيحة أخيرا هو أن الشرط ربما لا يكون من قبيل الكم كما فى شرط الخياطة ، و الكتابة ، و غيرها ، من الاوصاف و الافعال و أخرى يكون الشرط من قبيل الكم متصلا أو منفصلا و الأول كما اذا باع الثوب على أن عشرة أذرع و الارض بانها مترو الثانى كما اذا باع ما فى الكيس من الجوز على أنه مائة عدد و لا اشكال فى أن تخلف الشرط فى القسم الاول لا يوجب الا الخيار لولهما الامضاء مع المطالبة بالأرض بما يخصه من الشرط لأن الثمن انما يقع فى مقابل ذات المبيع و لا يقع فى مقابل الشرط أبدا و لو كان الشرط فى نفسه أمرا ممولا كما فى الخياطة على ما تقدم و أما اذا تخلف الشرط فى

القسم الثاني فايضا لا خلاف بينهم فى ثبوت الخيار بذلك للمشروط له الآ
 أنه وقع الخلاف بينهم فى أنه يتمكن من أخذ الأرش وما يخص الشرط من
 الثمن أو الامضاء أو أنه كالقسم الأول لا يوجب الا الفسخ أو الامضاء
 مجانا ولا يتمكن من أخذ الأرش بوجه وربما قيل بجواز أخذ الارش فى
 هذا القسم مطلقا وقيل بعدمه مطلقا و ثالث فصل بين متقارب الاجزاء ،
 (وموافق الاجزاء) ومختلفها بالالتزام بالأرش فى الثانى دون الاول وهذا
 من غير فرق بين صورتى التخلف بالنقصان و التخلف بالزيادة والذى ينبغى
 أن يقال فى المقام هو أن البيع الشرط يتصور بحسب مقام الثبوت على اقسام
 و صور :-

الصورة الاولى : أن يكون أصل البيع والمعاملة معلقا على ذلك الكم كما ربما
 يعلق على كيف أو غيره من الاوصاف والأمر كما اذا صرح بان بيعى لهذا
 الثوب مشروط بان يكون عشرة أذرع بحيث لو كان انقص لا يشتريه المشتري
 ولا يبيعه البايع او صرح بان بيعى لما فى الكيس من الجوز ، معلق على
 ان مائة عدد ولا ابيعه اذا كان انقص كما يشتريه المشتري اذا كان كك
 وفى هذه الصورة العقد باطل من رأسه لأنه من التعليق المبطل و مع
 البطلان لا يبقى للنزاع فى أن له الامضاء مجانا أو له أن يطالب بالأرش
 مجال اذا البيع باطل ، وليس له الامضاء ولا الفسخ ولا المطالبة بشىء
 لعدم الموضوع والمعاملة وهذا ظاهر .

الصورة الثانية أن يكون أصل البيع منجزا على كل تقدير ولا يكون معلقا
 على ذلك الكم المشروط كما اذا اشترى الثوب على كل تقدير الآ أنه اشترط
 على البايع أن يكون ثمنه عشرة دراهم اذا كان الثوب عشرة اذرع وتسعة اذا
 كان تسعة فاصل المعاملة غير معلقة الآ أن كون الثمن عشرة دراهم معلق
 على كون الثوب عشرة اذرع وكأنه اشترى الثوب الخارجى كل ذرع بدرهم من

دون أن يعلم أنه عشرة أذرع أو أقل أو أكثر وقد تقدم فى بيع صاع من الصبرة أن هذه المعاملة صحيحة ولا غرر فيها بوجه لأن الثمن بمقدار المثلثان أن كان زائدا فزائدا وان كان ناقصا فناقصا ولا خطر فى هذه المعاملة أصلا والعلم بما فى الصبرة أو بذرع الثوب قبل قبضه وتسليمه غير معتبر لانه يظهر عند تسليمه بلا خطر على أحدهما فالمعاملة صحيحة فى هذه الصورة ويثبت للمشروط له الخيار على تقدير عدم كون الثوب عشرة أذرع مع كون الثمن بمقدار المثلثان كل ذرع بدرهم .

وبالجملة أنه اشترط فى هذه الصورة أمران :-

أحدهما : أن يكون له الخيار على تقدير عدم تحقق الكم المشروط .

وثانيهما : أن يكون كل ذرع بدرهم أى كون الثمن بمقدار المثلثان

فإذا ظهر المبيع ناقصا عن الكم المشروط فى هذه الصورة فيثبت للمشروط له الخيار أن الثمن ينقص بمقدار نقص المبيع لأنه لو كان عشرة أذرع كان ثمنه عشرة دراهم وحيث أنه تسعة أذرع فقيمته تسعة دراهم حسب الاشتراط و لكن لا يبقى فى هذه الصورة مجال لامضاء العقد بتمام الثمن أى بلا أخذ الأرش كما هو أحد اطراف الاحتمال فى المقام فانه صرح بانه لو لم يكن عشرة أذرع فليس ثمنه عشرة دراهم ، بل ثمنه تسعة بمقدار المبيع فالامضاء بتمام الثمن عند ظهور النقص فى المبيع لا يجرى فى هذه الصورة .

الصورة الثالثة : ما اذا كان كل من المبيع والثمن غير معلقين وكلاهما

منجزان على كل تقدير كما اذا اشترى الثوب بعشرة دراهم على كل حال ظهر ناقصا أو غير ناقص فهذا الموجود اشتراء بهذا الثمن المعين وان لا يدرى أن المثلثان عشرة أو أقل الآ أنه اشترط على البائع الخيار لنفسه على تقدير ظهور النقص فى المبيع وعدم كونه عشرة أذرع والمعاملة فى هذه الصورة صحيحة أيضا والعلم بمقدار المبيع مما لا دليل على اعتباره فى غير

المكيل والموزون الآ من جهة استلزم الجهل بمقدار الغرر الآ أنه للنس كما مر في محله تفصيل ذلك فراجع .

وفي هذه الصورة يثبت للمشروط له الخيار عند ظهور النقص في المبيع وله أن يعض العقد بتمام الثمن أيضا الآ أنه لا يتمكن في هذه الصورة من امضائه مع المطالبة بالأرش وقيمة الناقص لأنه بلا موجب اذ المفروض أن المعاملة وقعت على هذا الموجود بهذا الثمن الموجود لا بأقل منه فاحتمال امضائه مع الأرش الذي هو أحد الاحتمالات في المسئلة غير جار في المقام فلا يجتمع اطراف الاحتمالات المذكورة في صورة واحدة .

ومنه يظهر أن مورد النص والاثبات في كلمات الأصحاب متعددو معه يكون النزاع لفظياً لأن من يقول بجواز الامضاء مع المطالبة بالأرش نظره الى الصورة الثانية كما أن من انكر الامضاء مع الأرش ولم يجوز أخذ الأرش فنظره الى الصورة الثالثة وهما مختلفان فالنزاع لفظي هذا كله بحسب مقام الثبوت .

و أما في مقام الاثبات فيما اذا قال بعثك هذا الثوب بعشرة دراهم على أنه عشرة اذ راع فان ارجعنا قوله على يعنى الشرط والتعليق الى امرين أحد هما التزامه بالمعاملة الذي معناه الخيار و ثانيهما ان هذه العشرة فيما اذا الثوب عشرة اذ راع أى ارجعناه الى المثلث يكون من التعليق في الثمن وكأنه اشترى كل ذرعه درهم فيثبت بذلك ما ذكره المصنف من أن له الامضاء مع المطالبة بالأرش وقيمة النقص .

وبعبارة أخرى تكون المعاملة ح من قبيل الصورة الثانية التي يكون التعليق تعليقا لامرين أحد هما الخيار والالتزام بالمعاملة ، وثانيهما كون الثمن عشرة دراهم بمعنى أن كون الثمن عشرة دراهم معلق على كون المبيع عشرة اذ راع، فان لم يكن كك فالثمن أيضا لا يكون عشرة دراهم ، بل بالنسبة و

ولا يبقى لما ذكره جامع المقاصد من الامضاء بلا مطالبة الأرض مجال لأنه من التعليق فى الثمن كما مر .

وأما اذا رجعناه أى قوله على الى خصوص الالتزام بالمعاملة فقط لاليه والى كون الثمن عشرة دراهم الراجعه الى الصورة الثالثة فيثبت به ما ذكره جامع المقاصد من أنه يثبت له الخيار وله الفسخ والامضاء من دون مطالبة الأرض ، لأنه باع الثوب بعشرة دراهم بلا تعليق ولكن الظاهر المطابق للمستفاد العرفى من مثل التعليق المذكور هو ما ذكره المحقق الثانى من أنه يرجع الى الالتزام بالمعاملة فقط ، وبعده يثبت له الخيار ولذا قال بان الاشارة مقدمة على العنوان بمعنى أنه اشار الى الموجود الخارجى و قال بعثك بكذا فالموجود مبيع فى مقابل الثمن كائنا ما كان لأنه يرجع الى أمرين أحدهما الالتزام و ثانيهما كون الثمن كذا مقدار بمعنى التعليق فى الثمن لأنه وان كان أمرا ممكنا كما ذكرناه الا أنه محتاج الى التصريح به فى مقام الاثبات ومجرد الظهور اللفظى و التعليق لا يكفى فيه لأن ظاهره أنه تعليق للالتزام بالمعاملة ، بل ربما يصح به البايع أو المشتري ولا يرون الشرط الاّ تعليقا من الالتزام بالمعاملة لا أنه تعليق فيه وفى الثمن كما هو ظاهر بحسب الفهم العرفى فما افاده المصنف لا يمكن المساعدة عليه هذا كله فى طرف ظهور النقص .

وكذا الحال فما اذا ظهرت الزيادة لأن البايع تارة يعلق أصل بيعه بأن لا يكون زائدا على عشرة أمتار فى بيع الارض مثلا وقد عرفت أنه باطل ولا يجرى فيه هذا النزاع أى الامضاء مجانا أو مع مطالبة الأرض و اخرى يعلق التزامه بالمعاملة على كونه عشرة اذرع كما يعلق كون ثمنها عشرة دراهم على كون الأرض عشرة أذرع وكأنه يشترط بيع كل ذرع منها بدرهم وعند التخلف يثبت له الخيار والزيادة باقية فى ملكه كما أن له أن يفسخ المعاملة

فى عشرة اذرع المبيعة أيضا لأنه له الخيار (لأن الغرض التخلف بالزيادة) وثالثة يبيع هذه الأرض بهذا الثمن منجزا و لكنه يجعل لنفسه الخيار فقط من دون أن يكون الزيادة له لأن الفرض أنه باع الأرض باجمعتها بعشرة دراهم هذا بحسب مقام الثبوت .

وأما فى مقام الاثبات فان ارجعنا التعليق الى أمرين احدهما الالتزام بالمعاملة و ثانيهما كون ثمنه عشرة دراهم أى كل ذرع بدرهم بالمعنى المتقدم أعنى كون ثمنه عشرة دراهم معلق على كون الارض عشرة اذرع فان زاد يزيد وان نقص ينقص الذى هو الصورة الثانية فيثبت له الخيار مع مطالبة بالزائد كما ذكره المصنف وان ارجعناه الى خصوص التعليق فى الالتزام الذى هو الصورة الثالثة فيثبت له الخيار فقط دون استحقاق الزيادة كما ذكره جامع المقاصد ، وقد عرفت أن الظهور اللفظى على طبق ما ذكره جامع المقاصد وعليه فالظاهر أن تخلف الشرط فى الكم فى جميع صور الاربعة اعنى متوافق الاجزاء كما فى الثوب و مختلف الاجزاء كما فى الارض لجودة بعضها و رداءة بعضها الآخر أو الدار لاختلاف اجزائها كان التخلف بالنقص أم كان بالزيادة لا يوجب الاّ الخيار ولا يجوز مطالبة الارش معه . لأن التعليق بحسب المتفاهم العرفى يرجع الى الالتزام بالمعاملة و نتيجته الخيار ولا يرونه راجعا الى كون المثلث عشرة اذرع الذى نتيجته تعليق الثمن و كون الثمن بقدر المثلث .

و أما ما افاده المصنف فى الجواب عن ذلك باننا لا ننكر أن البيع على أنه عشرة اذرع يبيع مع الاشرط الاّ انا ننكر أن يكون كل شرط غير مقابل بالمال و لا يتوسط اليه الثمن فهو لا يرجع الى محصل لأن فرض كون التعليق المذكور شرطا فرض عدم وقوع المال فى مقابله و الشرط مع كونه مقابلا بالمال مما لا يجتمعان فالحق ما افاده جامع المقاصد كما تقدم .

القول فى حكم الشرط الفاسد

و الكلام فىه يقع فى جهات كما ذكره المصنف :-

الجهة الأولى : لا اشكال فى أن الشرط الفاسد لا يجب الوفاء به ولا الزام بفعله شرعا ، لأنه معنى الفساد فى مقابل الصحة و الالزام به ، فمعنى أنه فاسد أنه لا الزام بفعله ، ولا يجب على المكلف أن يفي به ، فالشرط الفاسد بما أنه شرط لا حكم له ، نعم اذا كان الشرط الفاسد فى نفسه مشروعا لا مانع من أن يأتى به المشروط عليه لأنه وعده و هذا ظاهر و ينبغى أن يكون محل الكلام هو الشرط الفاسد الذى لم يدل دليل على محتمع فساد شرطه .

وانما الكلام فى أن الشرط الفاسد اذا لم يقم دليل على فساد العقد معه أو صحته معه ، و عليه فمثل بيع الخشب مشروطا بأن يجعله المشتري صنما خارج عن محل الكلام لأن فساد العقد فى مثله لأجل النصوص ، بل بطلان البيع المذكور غير مستند الى الاشتراط لأنه باطل حتى فى صورة عدم اشتراطه فيما اذا علم البايع انه يجعله صنما كما تقدم ذلك فى محله و ذكر هناك المصنف أن النص هو الفارق بين بيع الخشب ممن يعلم أنه يجعله صنما و بيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمر حيث ان الاول باطل والثانى صحيح و لا فرق بينهما الآ و ررد النص فى الاول على البطلان دون الثانى ، كما هو ظاهر ، و كذا البيع مشروطا ببيعه من البايع ثانيا فانه و ان كان باطلا الآ أنه من جهة دلالة الاخبار على بطلانه و هى الاخبار المعنونه بأخبار العينة و الآ فالشرط اعنى البيع ثانيا صحيح فى نفسه .

و من هنا لو اشترط ببيعه من شخص آخر يصح بلا كلام ، لأنه من قبيل

شرط فعل سائغ في نفسه وانما دلت الأخبار على بطلان العقد عند مقارنته بالشرط المذكور لا أن الشرط فسد ووجب فساد المشروط وعلته ظاهر فهذا المورد خارجة عن محل الكلام كما أن الشرط الفاسد اذا أوجب فقد شرط من شروط البيع تكويناً ويكون خارجاً عن محل الكلام كما اذا اشترى شيئاً واشترط عليه عمارة داره ولا ندري أن داره وسيدة أو ساحتها ضيقة وهو يوجب اختلاف القيمة لا محاله وكون المعاملة غررية بالوجدان لأن أمر خطري لعدم علمه بمقدار ما التزمه من مخارجات العمارة فيكون البيع ناسداً في نفسه لفقده شرط من شروطه وهو عدم كونه غررية و البطلان في هذه الصورة مستند الى فقد شروط صحة البيع في نفسه وهذا أيضاً خارج عن محل الكلام (وكما اذا باع واشترط أن يكون ما في كيس المشتري من المال له مع عدم علمه بمقدار ما في الكيس) ومن هذا القبيل ما اذا اشترطه الخيار في عقد النكاح فان الفقهاء قد ذهبوا الى أنه يوجب فساد النكاح ولم يتبينوا وجه بطلانه أي بطلان النكاح .

وقد ذكرنا الوجه في ذلك سابقاً و اشرنا اليه في حواشينا على كتاب العروة وملخصه أن الأدلة دلت على أن النكاح لا يخلو من أحد القسمين لأنه اما دائمى أو موقت بوقت مضبوط، ويعبر عنه بالانقطاع والتمتع كتوقية بشهر أو شهرين ونحوهما، وقد عرفت أن معنى جعل الخيار في معاملة تحديد ذلك المنشأ بالفسخ لأن الإهمال في الواقع غير معقول فالمنشأ للمتعاقدين اما هو الملكية أو الزوجية على نحو الاطلاق وأما هو الملكية أو الزوجية المقيدة بوقت أو شيء، ومعنى جعل الخيار أن المنشأ ليس هو الملكية المطلقة، بل الملكية الموقدة بزمان الفسخ أو الزوجية الموقدة بزمان فسخها .

وحيث أن أصل الفسخ وزمانه غير معينين، فيكون جعل الخيار في

عقد النكاح انشاء الزوجية الانقطاعية المقيدة بوقت غير معلوم ، وقد عرفت أن النكاح لا يخلو عن أحد القسمين ، فانه إما استمرارى ودائى ، وإما موقت بوقت مضبوط ، ولا ثالث لهما ، فالموقت بوقت غير معلوم باطل ، فالشرط فى هذا ، الصورة قد أوجب فقد شرط من شروط صحة النكاح أعنى التوقيت بوقت مضبوط وهذا أيضا خارج عن محل الكلام .

فالبحث متمحض فى الشرط الفاسد الذى لا يدل دليل على بطلان العقد معه ولا يوجب فقد شرط من شروط صحة العقد تكويننا فالكلام يقع فى أنه هل يوجب سراية الفساد الى المشروط أولا وهذا كما اذا اشترط فى ضمن عقد أن يشرب الخمر أو يكذب أو يترك واجبا فهل فساد الشرط فى المثالين يوجب فساد العقد أولا .

الصحيح أن الشرط الفاسد لا يوجب فساد المشروط أبدا وفاقا لمحققين من المتأخرين كالعلامة والشهيدىين والمحقق الثانى خلافا لبعض المتقدمين كالشيخ ومن تبعه .

و الوجه فى ذلك أن الشرط غير راجع الى تعليق أصل المعاملة بوجوده والآل كانت المعاملة باطلة فى نفسها كان شرطها فاسدا أم لم يكن ، لأن التعليق فى العقد يوجب البطلان .

بل ، الشرط الذى بمعنى الربط يربط شيئين آخرين فى كل معاملة فانه يستلزم تعليق أصل المعاملة بالتزام الطرف بالشرط (فى شرط الافعال الاختيارية ومنه يظهر حال شرط النتيجة أيضا) بحيث لو لا التزامه به فعلا فلا بيع بينهما أصلا ومثل هذا التعليق لا يوجب البطلان لأنه تعليق بأمر حاصل بالفعل و هما يعلمان بوجوده فالمعاملة تتحقق بتحقق التزام المشروط عليه بالشرط كما يستلزم تعليق التزام البائع مثلا ببيعه على ايجاد المشروط عليه الشرط خارجا .

بل ، ربما يصرح بأنك ان لم تأت بكذا فلا التزام بالمعاملة و هذا التعليق يوجب الخيار على تقدير عدم ايجاد المشروط عليه ما وجب في حقه و عليه فاذا باعه شيئا بشرط أن يرتكب محرما أو يرتكب ترك واجبا فقد علق أصل بيعه على التزام المشروط عليه بذلك المحرم كما علق التزامه به بايجاد ذلك المحرم في الخارج ، فاذا التزم المشروط عليه بذلك المحرم عصيان أو غفلة عن أنه حرام أو جهلا بالموضوع كما اشترط عليه شرب مايع مخصوص ، و التزم بشربه ثم ظهر أنه خمر فلا محال تكون المعاملة صحيحة يحصل معلقة عليه و هو التزام الطرف بالحرام (بمعنى أن تعليق الخيار بالا لالتزام بالحرام كترك الصلاة و نحوه لا يوجب الحرمة و لا البطلان) و شرط الالتزام بالحرام في المعاملة ليس شرطا مخالفا للكتاب و لا للسنة فلا حرمة فيه ، و هو شرط سائغ و حيث انه حاصل بالفعل فالمعاملة متحققة و يشملها العمومات فلا يكون فساد الشرط المذكور شرعا موجبا لبطلان المعاملة لأنها لم يعلق على وجود الشرط في الخارج حتى ينتفى بانتفائه ، و انما علقنا على التزام المشروط عليه بالشرط و المفروض أن الالتزام به حاصل فالمعاملة متحققة و لا وجه لبطلانها ، و الى هنا تحصل أن مقتضى لصحة المعاملة موجود ، فلا بد من ملاحظة أنه هل هناك مانع عن صحتها أو لا مانع عنها أيضا (تتميم) قد عرفت أن الشرط اذا اوجب فقد شرط من شروط العقد تكويننا فلا محالة يوجب فساد العقد الا أنه خارج عن محل الكلام كما عرفت أمثلته و من ذلك ما اذا اشترط أمرا مخالفا لمقتضى العقد كما اذا اشترط عدم التملك في البيع فان هذا الشرط يوجب عدم قصد البيع لا محالة و البيع لا مع القصد باطل لانتفاء شرطه ، و هو العقد و القصد معا و هذا أيضا خارج عن محل الكلام .

و ذكر شيخنا الاستاذ أنه اذا باع شيئا واشترط عليه أن يصرفه في أمر

حرام كما اذا باعه العنب واشترط عليه أن يصرفه في الخمر يكون ذلك الشرط موجبا لفقد شرط صحة البيع وبه يخرج عن محل الكلام .

و الوجه في ذلك أن المبيع مما لا منفعة محللة مقصودة فيفسد بيعه لأن الانتفاع منه يجعله خمرًا قد حرمه الشارع والغاه و الانتفاع به في غيره من الأمور المحللة مما اشترط البايع عدمه على المشتري وعليه فلا منفعة مقصودة للمال فيفسد بيعه ونظيره ما اذا باعه شيئًا واشترط عليه أن يقامر به و تقريبه ظاهر هذا و لكن الأمر ليس كذلك لأن الاشتراط المذكور ان كان يمضى شرعا كما اذا أمضاه الشارع و انفذه فهو يدل على جواز صرفه في المورد المذكور لأنه مما أمضاه الشارع أى الزمه على أن يصرفه فيه و هو من المنافع المقصودة المحللة بالامضاء و أن لم يعلق عليه الامضاء شرعا فهو ساقط ولا اعتبار به بمعنى أن المشتري أراد أن يصرفه في غير مورد الاشتراط لأن شرط عدم صرفه في غير مورد الشرط وقع فاسداً و على كل حال لا يستلزم هذا الشرط فقد شرط من شروط صحة البيع فهذا الاشتراط داخل في محل الكلام نظير غيره من الشروط الفاسدة .

نعم ، كبرى المسئلة كما عرفت بها تامة لأن كل شرط استلزم فقد شرط من شروط صحة البيع فهو مفسد للعقد و يخرج عن محل الكلام أن كان تطبيقها على المثال المذكور غير تام فالبحث متمحض في الشرط الفاسد في نفسه من دون أن يستلزم فقد شرط في أصل المعاملة كما عرفت فلنرجع الى ما كنا بصدده .

و الوجه التي استدلت بها على فساد العقد بفساد شرطه ثلاثة الاول أن للشرط قسطا من الثمن لا محالة فاذا صح الاشتراط فلا اشكال لوقوع مجموع الثمن في مقابل مجموع الثمن و هما معلومان و أما اذا فسد الشرط و لم يمض شرعا فقهرا لا ينتقل الى البايع مثلا ما يقع في مقابل الشرط لا

محالة وحيث أن ما يقابله مجهول فيستلزم ذلك الجهل بالثمن الواقع فى مقابل ذات المبيع فيبطل المعاملة و الجواب عن ذلك مضافا الى النقص بالشرط الفاسد فى النكاح كما نقضه الشيخ (ره) أن الثمن لا يقع فى مقابل الشرط أبدا صحيحا كان الشرط أم فاسدا و انما يقع المال فى مقابل ذات المبيع.

نعم ، الشروط مما يوجب زيادة القيمة لا أنها يقع فى مقابل المال ومن هنا قلنا ان الشرط اذا تعذر ثبت للمشروط له الخيار فقط و ليس له مطالبة المشروط عليه ما يقابل الشرط من الثمن و ليس هذا الا من جهة أن الشرط قيد خارجى يوجب زيادة القيمة و لا يقع بازائه شىء من المال ، هذا أولا .
و ثانيا : أن ما يقابل الشرط من الثمن فيما اذا قلنا بمقابلته للمال ليس أمرا مجهولا ، بل حاله حال الوصف فى أن الموصوف بالوصف قيمة و لفاقده قيمة أخرى ، وكذا شراء الثوب بشرط الخياطة له قيمة وشراؤه بدونها له قيمة أخرى معلومة عند الناس و لا جهالة فيما يخصه من الثمن ، و هذا ظاهر .

و ثالثا : بعد الغض عما تقدم أن المعتبر من العلم بمقدار الثمن و المثلن هو العلم بمقدار مجموعها و لا يعتبر العلم بقيمة كل جزء جزء من المبيع ، بل العلم بقيمة مجموع المال كاف فى صحته و ليكن حال الشرط كالجزء فكما اذا باع مال نفسه و مال غيره بثمن واحد صفقة واحدة ثم ظهر أن نصفه للغير لا يكون المعاملة الواقعة على مال نفسه باطلة مع عدم العلم بما يقع فى مقابله من الثمن فكذلك المقام او اذا باع خمرا و خلا بقيمة أو شاة و خنزيرا يقع المعاملة فى الخل و الشاة صحيحة بما يخصهما من الثمن مع عدم معرفتهما لما يخصهما من المال فكذا نقول فيما نحن فيه ان العلم بقيمة

مجموع المبيع والشرط يكفى فى صحة المعاملة ولا يشترط فى صحتها معرفة ما يخص المبيع من الثمن فهذا الوجه الثانى الذى هو المهم فى المقام هو أن التراضى المعتبر فى المعاملات معلق على المعاملة مع الاشتراط ولا يرضى البايع بالمعاملة المجردة عن الشرط فان المقيد ينتفى بانتفاء قيده فيكون العقد الواقع على ذات المبيع من التجارة لا عن تراض وهو باطل لقوله عز من قائل: (لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض).

و الجواب عن ذلك يظهر مما اشرنا اليه سابقا .

وحاصله أن الرضى المعاملى عند الانشاء لم يعلق على وجود الشرط فى الخارج والاّ لكانت المعاملة باطلة لأنه من التعليق المبطل ولو فرضنا صحة التعليق أيضا تكون المعاملة باطلة فيما نحن فيه لعدم حصول معلق عليه على الفرض والمعلق ينتفى عند عدم المعلق عليه لا محالة وهذا من غير فرق بين الشروط الصحيحة والفاسدة ولازمه بطلان العقود والايقاعات عند الاشتراط مطلقا لأنه تعليق أو عند عدم حصول المعلق عليه اذا قلنا بصحة التعليق مثلا .

و حيث ان العقود والايقاعات لا تبطل عند اشتراط شيء فى ضمنهما أو عند عدم حصول شرطها فنستكشف من ذلك أن الرضى المعاملى لم يعلق على وجود الشرط فى الخارج والالتزام بايجاده لما كان حاصله عند المعاملة وهما يعلمان بوجوده فلا يكون التعليق على مثله مبطلاً ومن الظاهر أن الالتزام بايجاد الشرط فى المقام حاصل لأنه التزم به على الفرض و تكون المعاملة تامة ومتحققة وكون ذلك أمرا محرما لم يعضه الشارع مطلب آخر غير مربوط بحصول المعلق عليه للمعاملة كما هو ظاهر .

نعم ، ربما يكون البايع بحيث لو كان عالما بحرمه ذلك الشرط أو كان

عالمًا بعدم امضاء الشارع له لما أقدم على المعاملة و إنما أقدم عليها باحتمال أن الشارع يعض الشرط المحرم في المعاملة تقصيرا أو قصورا .
 الآ أن ذلك من باب تخلف الدواعي وهو لا يستلزم البطلان والآ لزم بطلان المعاملة فما إذا كان البايع بحيث لو علم بترقى قيمة المبيع لم يبيعه أو علم بان المشتري لا يعمل بشرطه أو لا يدفع اليه ثمنه لم يقدم على المعاملة مع أن المعاملة في الامثلة صحيحة غاية الأمر ثبوت الخيار له في بعض الفروض كعدم دفعه الثمن أو عدم وفائه بالشرط وهكذا .

و الوجه في ذلك أن تخلف الدواعي لا ربط له بالرضا المعاملى ابدأ فالرضى موجود لتحقق ماعلق عليه وهو الالتزام و يشمل عموم أحل الله البيع وغيره من العمومات و معه لا وجه للبطلان .

و مما ذكرنا يظهر الفرق بين الصور النوعية العرفية و بين شرط الفعل أو الوصف أو غيرها مما لا يرجع الى المثلن أو الثمن لأن اختلاف الصورة النوعية العرفية و تخلفها يوجب بطلان المعاملة و التعليق على مثلها صحيح لأنه تعليق على الموضوع فاذا باعه عبدا فظهر جارية فالمعاملة باطلة عند العرف لأن معنى بعتك هذا العبد أى بعتك هذا الموجود على أنه عبد مشروطا بأنه كك فاذا ظهر جارية فالمعلق عليه لم يتحقق في المعاملة فهى باطلة اذا العرف يرى كلا من الجارية و العبد فردتين متبائتين و احدهما غير الاخر .

نعم ، هما بحسب النظر الفلسفى واحد حقيقة و اختلافهما اختلاف وصف عرضى غير ذاتى الآ أن المدار فى الصحة و البطلان هو تخلف الصور النوعية العرفية دون الفلسفية و هذا بخلاف اشتراط غير الصور النوعية لأن تخلفه لا يوجب البطلان و المعاملة لا تتعلق عليه و الآ بطلت من رأسها كما هو ظاهر .

الوجه الثالث: الاخبار المسماة بأخبار العينة وقد تقدم الجواب عنها آنفاً و سابقا و حاصل الجواب أن مورد دلالة الدليل على فساد المعاملة عند فساد شرطها خارج عن محل الكلام لأن الشرط فيها غير فاسد في نفسه إذ البيع من البايع ليس أمرا مخالفاً للكتاب والسنة .

فلو سلمنا دخوله في محل الكلام فهو نص ورد في خصوص البيع النسبية مشروطا ببيع المشتري له ثانياً نقداً فنلتزم ببطلان هذا الشرط و افساده العقد في مورده اعني خصوص بيع النسبية فمن أحد شرائط صحتها ان لا يشترط فيها بيعه من البايع ثانياً و لو مع كون هذا الشرط في نفسه صحيحاً فهو باطل للنص أو لانه دورى على ما ذكره العلامة (ره) فهذا الروايات خارجة عن محل الكلام .

و أما رواية عبد الملك الواردة في حكم من يشتري شيئاً و يشترط على البايع أن تكون خسارة المشتري على بايع المال فقال عليه السلام لا ينبغي فهي أيضاً لا تدل على فساد العقد عند فساد شرطه لأن قوله عليه السلام لا ينبغي لم يعلم أنه راجع الى أصل هذه المعاملة والبيع أى البيع المذكور مما لا ينبغي أو أن هذا الاشتراط لا ينبغي .

ففي الثاني يخرج عن محل الكلام لأنه نهى ورد على الشرط ابتداءً و ساكتة عن بطلان البيع وهو ظاهر .

وعلى الأول يكون دالة على بطلان العقد بفساد شرطه ، بل على هذا أيضاً يخرج عن محل الكلام لأن البحث في الشرط الفاسد الذي لم يدل دليل على فساد العقد به ، وعلى الاول يكون دالة ولكن الرواية لا دلالة لها على احد هما فهي مجتمعة لا دلالة فيها على المطلب ، هذا أولاً .

و ثانياً : ان قوله عليه السلام لا ينبغي ، لا يفيد الفساد وانما يفيد الكراهة ولا ربط لها بالفساد فنذهب ان المعاملة مع الشرط المذكور مكروهة

و كلامنا في الصحة والفساد .

وثالثا : نذهب ان قوله عليه السلام لا ينبغي ، نص في الفساد ، و التحريم الاّ أنه لا يقتضى الحكم بفساد العقد عند فساد شرطه مطلقا لأنه نص ورد في مورد خاص و هو البيع بشرط كون خسارة المشتري على البايع و لا نتعدى منه الى غيره .

ورابعا : أن دلالة الرواية على فساد العقد بفساد شرطه مطلقا أو في موردها متوقف على أن يكون المراد من كون خسارة المشتري على البايع ضمان البايع لما يخسره المشتري في بيعه المبيع فانه أمر على خلاف الكتاب و السنة اذ لا وجه فخسارة احد و كون الآخر ضامنا على خسارته شرعا .

و أما اذا كان المراد من الاشرط المذكور شرط جبران خسارة المشتري بمال البايع بأن يكون الشرط شرط و هو أن يعطيه البايع مقدارا من ماله للمشتري اذا خسر ، فالرواية تكون خارجة عما نحن فيه لأن الشرط المذكور ح شرط سائغ مباح لا فساد فيه أبدا حتى يستلزم فساد العقد ايضا كما ذكرناه سابقا فتكون الرواية أجنبية عن المقام و معتبرة في خصوص موردها . و الى هنا تحصل أن العقد لا يفسد عند فساد شرطه ولا وجه لفساد العقد ابدا مع اقتضاء العمومات صحته لأنه بيع و عقد و هو صحيح على طبق القاعدة و تعضد القاعدة جملة من الاخبار في صحة العقد عند فساد شرطه فمنها ما عن المشأ شيخ الثلاثة في الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه ذكر أن بريدة كانت عند زوج لها و هى مملوكة فاشتراها عائشه فاعتقها فخيرها رسول الله (ص) فقال أن شئت قعدت عند زوجها و ان شئت فارقته و كان مواليتها الذين باعوها اشترطوا على عائشة أن لهم ولائها فقال (ص) الولاء لمن اعتق حيث منع (ص) من الشرط لفساده و لم

يمنع عن أصل البيع المشروط به .

ومنها مرسله جميل وصحيحة الحلبي الاولى عن أحدهما (ع) فى الرجل يشتري الجارية ويشترط لأهلها أن لا يبيع ولا يهب ولا يورث قال قض بذلك اذا اشترط لهم الآ المواريث .

وهذيه الرواية أيضا دلّت على منعه عليه السلام عن شرط عدم الارث مع تصحيحة العقد وسائر الشروط وغيرها من الأخبار .

وهذه الأخبار أيضا يقتضى صحة العقد عند فساد شرطه وقد عرفت أن الصحة هى المطابقة للقاعدة بحيث لم تكن تحتاج معها الى الأخبار . ولولا هذه الأخبار أيضا كنا نحكم بصحة العقد وعدم سراية الفساد من الشرط اليه هنا .

ثم انه ربما يستدل على ما ذكرناه من عدم سراية الفساد من الشرط الفاسد الى العقد بان فساد العقد من جهة فساد شرطه أمر مستحيل فى مقام الثبوت .

والوجه فيه أن صحة الشرط بمعنى وجوب عليه متوقف على صحة العقد اذ وجوب الوفاء بالشرط مانع لوجوب الوفاء بالعقد بمعنى أنه انما يكون واجب الوفاء فيما اذا وقع فى ضمن عقد صحيح وهذا التوقف ظاهر ولذا قلنا ان الشرط الغير المذكور فى ضمن العقد شرط ابتدائي لا يجب الوفاء عليه وعلى ذلك اذا كان صحة العقد أيضا متوقفة على صحة الشرط كما هو معنى كون العقد فاسدا بفساد شرطه لدارو وهذا ظاهر .

وذكر المصنف أن فى هذا الاستدلال ما لا يخفى وهو كما افاد فان وجوب الوفاء بالشرط وان كان متوقفا على صحة العقد كما عرفت الا أن صحة العقد لا تتوقف على وجوب الوفاء بالشرط، بل يتوقف على ملزوم وجوب الوفاء بالشرط وملزومه أن لا يكون فاسدا أى أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد ولا

يكون مخالفا للكتاب والسنة وهكذا فيما تتوقف صحة العقد على أمر عدمي وهو غير ما يتوقف صحة العقد فلا دور.

ولأجل فساد هذا الاستدلال لم يتعرض المصنف للجواب عنه هذا تمام الكلام في بيان صحة العقد عند فساد شرطه بقى الكلام في أنه هل يثبت للمشروط له الخيار، ح أو لا خيار له ذكر المصنف احتمالين في المقام. ثم انه ربما يستدل على الصحة بأن صحة الشرط فرع على صحة البيع فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفا على صحة الشرط لزم الدور وأجاب المصنف عن ذلك بأن فيه ما لا يخفى والانصاف ان المسئلة في غاية الاشكال و لم يبين وجهه لوضوعه وهو أنه لا تتوقف صحة كل من الشرط والعقد على صحة الآخر.

أما الاول فلأن صحة الشرط وكونه لازم الوفاء فرع وجود الدليل عليه من وجوب الوفاء بالشرط أو غيره ولا شبهة أن هذا المعنى لا يتوقف على صحة العقد المتوقف على شمول دليل صحة العقد عليه، نعم تتوقف صحة الشرط على الشروط المذكورة لصحة الشرط التي ذكر من جملتها أن لا يكون الشرط ابتدائيا وليس من جملتها صحة البيع.

و اما الثاني : فلأن صحة العقد لا تتوقف على وجود الشرط في ضمن العقد فضلا عن ان تتوقف على صحته، نعم اذا فسد العقد لا يبقى مجال لوجوب الوفاء بالشرط لأنه يصح ح شرطا ابتدائيا وعلى الجملة فهذه الدعوى أيضا فاسدة.

ثم انه على تقدير صحة العقد مع فساد الشرط فهل يثبت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط أو لا، وقد وجه المصنف في صدر كلامه الاحتمالان : —

الاول : بدعوى أنه في حكم تخلف الشرط الصحيح، فان المانع الشرعي

كالعقلى فيدل عليه ما يدل على خيار تخلف الشرط، ثم ذكر أنه لا فرق في الجهل المعتبر في الخيار بين كونه بالموضوع أو بالحكم الشرعى ولذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار أو فوريته ثم عدل عند هذا الاحتمال ووجه الاحتمال .
 الثانى : بدعى أن العمدة فى خيار تخلف الشرط هو الاجماع وأدلة نفي الضرر أما الاجماع فهو منفي فى المقام لمخالفة كثير من الفقهاء وذها بهم الى فساد العقد بفساد الشرط كالمحقق وغيره، بل حكى عدم القول بالخيار من أحد من المتقدمين وأوائل المتأخرين فالاجماع غير متحقق ومع ذلك لا مجال لدعى الاجماع على ثبوت الخيار فى المقام للمشروط له على تقدير تخلف اذا كان جاهلا بالحال .

وأما أدلة نفي الضرر، فذكر المصنف أنه لو صح العمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد خصوصا اذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعى عذر فرب ضرر يترتب على المعاملات من أجل الجهل بأحكامها خصوصا الصحة و الفساد، فان ضرورة الشرع قاضية فى أغلب الموارد بان الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به لا يتدارك به على أن الضرر فى المقام ليس من ناحية الزام الشارع حتى يرتفع بدليل نفي الضرر، بل انما هو ناشئ من اقدم المتضرر، فلا يكون ذلك مشمولا لذلك، هذا كله مع أننا قد ذكرنا فى خيار الغبن أن دليل نفي الضرر غريب عن اثبات الخيار بالكنية أصلا، فانه لا يتكفل لاثبات الحكم الشرعى أصلا، وانما شأنه نفي الحكم الشرعى الشرعى كما هو واضح .

وبعبارة أخرى أن معنى الخيار كون المنشأ محدودا بالفسخ وأدلة الامضاء ايضا تمضى هذا المنشأ لا اضيق منه ولا اوسع منه والآ فلا تكون العقود تابعة للقصد .

نعم، قد يكون الامضاء الشارع أوسع مما انشأه المتعاملان وقد يكون

اضيق منه كما في خيار المجلس حيث ان المتعاقدين أنشأوا البيع لازمان
 الابتداء والشارع جعله لازما بعد الافتراق وكذا في بيع الحيوان بعد
 ثلاثة أيام وفي بيع الصرف انشاء والملكية من الابتداء والشارع امضا بعد
 القبض وفي غير الموارد التي ورد الدليل على التوسعة أو التضيق فلا يمكن
 التخلف، بل ما انشأه المتعاقدان هو الممضى للشارع و اذا كانت المعاملة
 المنشأة محدودة بالفسخ فترتفع بالفسخ، وهذا معنى جعل الخيار فيكون
 ثابتا بالشرط الضمني الذي مرجعه الى تحديد المنشأ بالفسخ و ارتفاع
 العقد به كما هو واضح .

نعم، امضاء الشارع للشرط بمعنى ايجاب الوفاء به في الخارج مرتفع
 لأنه فاسد ولا يلزمه الشارع بايجاد المحرم في الخارج وأما كون المشروط
 له متمكنا من الفسخ على تقدير عدم ارتكاب المشروط عليه بالحرام أو ترك
 الواجب فلا مانع له ابدأ .

نعم، ظرف ثبوت الخيار هو ارتكاب الحرام مبغوض للشارع و غير
 مسمى لاثبات الخيار له في ذلك الظرف وهذا نظير ما لو جعلنا الخيار
 لأحد هما من الابتداء عند عمل المشروط عليه بالحرام أو اتيانه الواجب (لا
 أنه يشترط شيئا و يكون نتيجة الخيار) فانه مما لم يذهب أحد الى بطلانه
 وعدم ثبوت الخيار له عند اتيان الواجب أو ترك الحرام، فالخيار ثابت
 للمشروط عليه لا محالة وهذا من غير فرق بين علمهما ببطلان الشرط و
 حرمة، و جهلهما و بين جهل أحدهما و علم الآخر وهذا ظاهر .

ومنه يظهر أن هذا الخيار ليس ثابتا من ابتداء العقد بدعوى أنه
 متعذر من الأول لأن الممنوع الشرعي كالممنوع العقلي، بل انما يثبت له
 فيما اذا لم يف المشروط عليه بالشرط ولو كان فاسداً فاذا فرضنا أنه ارتكب
 المحرم عصيانا فلا يثبت للمشروط له الخيار، لأنه انما جعله على تقدير عدم

انيانه به ولو معصية وكون ذلك الفعل محرما مطلب آخر لا يمنع عن عدم ثبوت الخيار، هذا تمام الكلام في الأمر الأول من الأمور المذكورة في احكام الشرط الفاسد، وقد اشتمل على بحث عدم وجوب الوفاء بالشرط الفاسد و أنه لا يمنع عن صحة العقد أنه يوجب الخيار للمشروط له .

والتحقيق أن يقال أن دليل الخيار في تخلف الشرط ليس هو الاجماع ولا دليل نفي الضرر ولا شيء آخر، بل الدليل على ذلك انما هو الشرط الضمني او الصريح وقد عرفت ذلك في خيار الغبن وغيره وتوضيح ذلك اجمالا أن كلا من البائع والمشتري اذا اشترط على الآخر شرطا اما صريحا أو في ضمنى العقد ثبت للشارط الخيار مع التخلف فان مجع الاشرط الى جعل الخيار بداهة أن الشارط اذا اشترط ايجاد فعل على البائع، أو وصفا في المبيع معناه أن التزامى على العقد مشروط بالتزامك على ايجاد الفعل الفلانى أو بظهور المبيع على الوصف الفلانى و اذا تخلف ذلك لا يكون المشروط له ملزما بالالتزام بالعقد ومعنى أنه لا يكون ملزما بالالتزام على العقد أن له الخيار في فسخ العقد وأبقائه وعليه فى المقام أن المشروط له قد اشترط على المشروط عليه ايجاد فعل فاسد و شرط فاسد بحيث لو لم يفعله المشروط عليه ثبت له الخيار ولا شبهة ح في ثبوت هذا الخيار و توهم أن الشرط مخالف للكتاب توهم فاسد، فان الشرط وهو جعل الخيار للشارط ليس مخالفا للكتاب، بل متعلقه مخالف للكتاب كما اذا باع شيئا و الشرط فى ضمنه أن يعصر الخمر و الآفله الخيار فان جعل الخيار ليس مخالفا للكتاب، بل متعلقه كك وقد تقدم صحة جعل الخيار على تقديرتك فعل الحرام بان اشترط أحد المتبايعتين على الآخر أن يفعل محرما كما هو واضح .

قوله الثانى : لو اسقط المشروط له الشرط الفاسد .

أقول : ذكر في تقرير شيخنا الاستاذ أنه لم يسبق هنا أمر أول ليكون هذا ثانيا له ولعله اشتباه من قلم المصنف أو من النساخ ولكنه واضح البطلان لأنه ذكر عند الشروع باحكام الشرط الفاسد أن الكلام يقع في أمور و ذكر الامر الأول وقد اطلال البحث فيه و ذكر في آخره أنه هل يثبت الخيار للجاهل بفساد الشرط أو لا ، تم تعرض للأمر الثاني فلا اشتباه من المصنف ولا من النساخ .

و حاصل كلام المصنف هنا أنه بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد اذا قلنا بصحة العقد وعدم فساده بفساد الشرط فلا شبهة في صحة العقد و سقوط الخيار باسقاط الشرط مع القول بثبوت الخيار للمشروط له ، و اذا اسقط المشروط له ذلك الشرط فهل يصبح العقد صحيحا أو يبقى في فساده فقد اختار الاول بدعوى أن العقد قد انعقد بينهما فاسدا فلا ينفع السقاط المفسد بعد ذلك ثم احتمل الصحة بناء على أن التراضي انما حصل على العقد المجرد عن الشرط فيكون كتراضيها عليه حال العقد .

ثم أجاب عنه بان التراضي انما ينفع اذا وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق كالعقد الفضولي أو المكره ولكن الأمر في المقام ليس كذلك لأن التراضي انما هو على الانشاء المطلق و هو لم ينشأ و المنشأ انما هو العقد المقيد و هو غير ممضى للشارع فلا يفيد في المقام تحقق الرضاء المتأخر على اطلاق العقد السابق الذي انشاء مقيدا بالشرط الفاسد و عن العلامة التردد في فساد العقد مع اسقاط الشرط الفاسد حيث احتمل الوجهين :

الأول : بطلان العقد من اصله لما عرفت .

والثاني : توقف البيع بدون الشرط على الرضا فان رضى به المشروط له بدون الشرط صح العقد و الا بطل و قد رده المصنف أى الاحتمال الثاني بانه لا يعرف وجه للايقاف ، فافهم .

وحاصل اشكال المصنف باننا لا نعرف وجهها لايقاف المعاملة بعد انشائها وانعاقدها باطلا ومعها كيف ينعقد صحيحا باسقاط شرطها وهذا لا يقاس بالرضا والاجازة المتأخرة أو الأذن السابق فى كفايتها فى صحة العقد ، فان الاذن أو الاجازة ح يتعلقان على العقد السابق ، أو اللاحق ، فيوجبان صحته وهذا بخلاف ما اذا تعلقا على أمر آخر غير ما رضى به سابقا وغير ما عقد عليه فانه لا يقبل الباطل الى الصحة .

قوله الثالث: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد .

أقول: فى بعض النسخ عقد العنوان مسئلتان مكان الأمر الثالث و الامر الرابع وهو اما سهو من قلم المصنف رحمه الله أو من النسخ و الصحيح أن تقول الثالث والرابع كما فى بعض النسخ الاخرى وكيف كان اذا قلنا بأن الشرط الفاسد مفسد للعقد وأن فساد الشرط يسرى اليه فهل يختص ذلك بما اذا كان الشرط مذكورا فى متن العقد أو يعم ما اذا كان مذكورا قبل العقد ووقع العقد مبنياً عليه فان قلنا أن الشرط المذكور قبل العقد الذى لا يذكر فى ضمن العقد خارج عن الشرط فلا كلام لنا فيه فانه ليس هنا شرط حتى يكون فساده موجبا لفساد الشرط و اذا بيننا على أنه أيضا شرط ولا عناية فى اطلاق الشرط عليه ولا دليل على ذكره فى ضمن العقد فان معنى الشرط هو الاناطة والارتباط وهو يحصل بذكره قبل العقد بحيث يقع العقد مبنياً عليه ومربوطا به لا فى حال الغفلة عن البناء السابق فيكون بذلك مشمولا لعموم المؤمنون عند شروطهم وخارجا أيضا عن الشروط الابتدائية .

وعليه يقع الكلام فى أنه يفسد العقد أو لا يفسد فذكر المصنف هنا وجهان مبنيان على تأثير الشرط قبل العقد فان قلنا بانه لا حكم له كما هو ظاهر المشهور لم يفسد والا فسد ، وقد فصل بذلك ونقل هنا قولنا ثالثا

عن المسالك وعبارته غلقة جدا ولا نتعرض لها ولا حظها والذي ينبغي أن يقال أنه لا شبهة في صدق الشرط على ذلك كما عرفت، وح فلا بد من ملاحظة مدرك أن الشرط الفاسد يفسد العقد ويسرى فساده اليه فان كان ذلك هو الاجماع فلا شبهة في عدم شموله للمقام لكونه دليلا لبيها والمتيقن منه ما يكون الشرط المذكور في متن العقد وأما اذا كان مذكورا قبله ووقع العقد مبنياً عليه فلا يكون داخلاً لمعقد الاجماع. وان كان الدليل هو نفي الضرر فمقتضى القاعدة هو فساد العقد بفساد الشرط فانه لافرق بين هذا الشرط والشروط المذكورة في ضمن العقد كما هو واضح .

نعم، بناء على أن المدرك لفساد العقد بفساد الشرط هو الاخبار الواردة في بيع الوضيعة والعينة على ما تقدم فهي منحصرة الى صورة ذكر الشرط في متن العقد فلا يكون المقام مشمولاً لها .

وبعبارة أخرى أن مورد تلك الاخبار صورة ذكر الشرط في متن العقد وأما اذا وقع العقد مبنياً عليه أى على ذكر الشرط السابق فهو خارج عن مورد الأخبار فلا بد من الاقتصار بمورد التعبد كما هو واضح الا أنها غير تامة الدلالة كما تقدم .

وبعبارة أخرى اذا قلنا بأن فساد العقد عند فساد شرطه على طبق القاعدة ومن جهة تصور المقتضى للصحة لأن للشرط قسطاً من الثمن فاذا فسد واخرج قسطه يكون الثمن مجهولاً والمعاملة غررية أو لأن الرضا انما وقع على عقد خاص وهو المعاملة بهذا الشرط الفاسد فاذا انتفى القيد ينتفى المقيد ، فلا محالة نلتزم بالافساد عند التبانى أيضاً فما اذا قلنا أنه في حكم الشرط المفلوظ لأن خراج قسط من الثمن فيه أيضاً يوجب الجهالة في الثمن والرضا بالمعاملة مقيد باقترانها للشرط، فاذا انتفى ينتفى الرضا فلا تشمل الأدلة لقصور العقد بحسب المقتضى فيفسد العقد

عند فساد التبانى .

وأما إذا كان على خلاف القاعدة فيقتصر بمورد النص والظاهر على ما عرفت أنه بناء على أن فساد الشرط يسرى إلى العقد فالشرط السابق على العقد يوجب فسادَه أيضا ، لكونه شرطا حقيقة على ما عرفت .
نعم ، إذا نسي المتبايعان ذلك وأوجد العقد بغير بنائه على الشرط السابق لا يكون الشرط مؤثرا في العقد ، فان العقد بحسب القاعدة إذا لم يقيد حين الانشاء بشيء انشأ مطلقا وغير مقيد بشيء وقد فرضنا أنه لم يقيد بشرط ومن هنا ذكرنا سابقا أن ترك ذكر الأجل في المتعة يوجب كون العقد المنشأ دوما على طبق القاعدة و الرواية الواردة في ذلك موافقة للقاعدة لا مخالفة لها، لأن طبع العقد أن يوجد مطلقا مع عدم التقييد بشيء .^٤

قوله الرابع: لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به .
أقول : ذكروا موردا يكون الشرط لغوا ولا يكون موجبا لكون العقد لغوا فكأنه مستثنى من موارد فساد العقد بفساد الشرط وهو ما إذا كان الشرط لم يتعلق به غرض العقلاء بأن يشترط أحدهما على الآخر أن يوزن المبيع بكيل فلانى مع أنه لا فرق بينه وبين الكيل المعروف عندهم بوجه و هذا الشرط لا يزيد المالية بوجه ، ولا يكون دخيلا في الرغبة إلى المبيع أصلا ، وقد صرح في موارد من التذكرة بعدم الافساد .

ومن هنا ذكر الشهيد رحمه الله أنه لو اشترط كون العبد كافرا و ظهر مسلما كان الشرط لغوا وليس له الخيار من ناحية تخلف الشرط ، و وجه المصنف أن الوجه في ذلك هو أن الوفاء بمثل هذا الشرط حيث لم يكن واجبا شرعا و لم يكن في تخلفها أو تعذرها خيار خرج هذا الشرط عن قابلية تقييد العقد بذلك .

ثم اشكل عليه بأن لغويتها لا تنافي تقيد العقد بها فى نظر المتعاقدين فاللزام اما بطلان العقد واما وجوب الوفاء كما اذا جعل بعض الثمن مما لا يعد مالا عرفا وهذا لا بأس به لأننا لو اغضنا عما ذكرناه سابقا من كفاية تعلق الغرض الشخصى فى العوضين فضلا عن الشروط و أنه مع اعتبار المالية بحسب اغراض العقلاء فى العوضين فلا دليل على اعتبار ذلك فى الشروط فلا شبهة أن ما انشأ بحسب نظر المتبايعين انما هو العقد العقيد فلا يعقل أن يكون الممضا غير ما انشأ حين العقد و عليه فأصل الشرط ليس بلغو فضلا عن أن يتكلم فى أن فساده يسرى الى العقد بناء على السراية أو لا يسرى فهذا البحث لغو أصلا .

و على الجملة بعد ما فرضنا أن معنى الشرط هو الربط فلا شبهة فى ارتباط العقد بالشرط المذكور و عليه فلا بدّ اما من الالتزام بعدم فساد الشرط مع عدم ترتب الغرض العقلائى عليه لصدق الشرط عليه فيحكم بوجود الوفاء به ، لأدلة الشروط أو لعموم دليل الوفاء بالعقد و اما أن نلتزم بالافساد فى هذا الشرط أيضا بناء على أن عدم ترتب الغرض العقلائى على الشرط يوجب الفساد فانه بعد الفساد فلا محالة يوجب فساد العقد بناء على السراية ، كما هو واضح ، فلا وجه للاستثناء اصلا .

الكلام فى احكام الخيار

قوله : الكلام فى احكام الخيار

أقول : لا خلاف بين الفقهاء فى أن الخيار يورث بانواعه و لم نجد فى ذلك خلافا الا عن الشافعى فى خيار المجلس و لعله من جهة أنه يرى الموت افتراقا ، بل ادعى بعضهم الاجماع على ذلك و استدل على أنه يورث

مضافا الى الاجماع المتقدم بان الخيار حق للميت فيورث لعموم ما تركه للميت من حق فلوارثه .

أقول : لا شبهة فى أن الخيار من قبيل الحقوق و ذلك من جهة أنه و ان لم يكن فرق حقيقة بين الحق و الحكم ، بل كل ذلك من قبيل الاحكام الشرعية و لكن قد تقدم فى أول الخيار و فى أول البيع أن ما يكون اختياره تحت يد الانسان من الاحكام الشرعية بحيث حقا يقبل النقل و الانتقال أو السقوط و الاسقاط سمي ذلك حقا و ما لا يكون كك يسمى ذلك حكما فالجواز فى الهبة من قبيل الحكم اذ لا يقبل شيئا من الأمور المذكورة و لا يتغير عن حاله بوجه الاّ أن يكون هبة لذى رحم أو على وجه قربى ، فانه يكون لازما و أما غيرهما فلا يكون لازما حتى باسقاط الواهب حق رجوعه و يقابل هذا الجواز الحكمى للزوم الحكمى فى النكاح ، فانه أيضا حكم من الاحكام الشرعية ولذا لا يقبل الانفساخ و لو برضاية الموجب و القابل ، بل طريق ارتفاعه الاختيارى منحصر بالطلاق الذى بينه الشارع و أما رفعه بغير ذلك كاقالة مثلا فلا يكشف من ذلك أن هذا اللزوم حكمى لاحق كما هو واضح .

و هذا بخلاف الجواز فى الوكالة فانه يقبل التغير و كك اللزوم فى البيع فانه يقبل الحل بالاقالة أيضا و هو الانفساخ كما يقبل الحل بالفسخ فيعلم من ذلك أن اللزوم هنا حقى و قابل للحل و ليس الاقالة ببيعا جديا حتى يتوهم أنه لا يكون حلا للعقد السابق اذ تصلح الاقالة بعد تلف العينين و لو كان بيعا جديا لما كانت صحيحة ، كما هو واضح .

و على الجملة أنه لا شبهة فى وجود الفرق بين الحق و الحكم و أن كانت حقيقتهم واحدة .

و أما الخيار فهو أيضا من قبيل الحقوق لما عرفت سابقا أنه ملك فسخ العقد على ما يستفاد من الأخبار كقوله عليه السلام و ذلك رضى بالبيع ، و

نحو ذلك سواء كان ذلك الخيار مجعولا يجعل شرعى كخيار المجلس ، و نحوه . أو مجعولا يجعل المتعاقدين كخيار الشرط و اشباهه كخيار الغبن و العيب و نحوهما الثابت بالشرط الضمنى ، فان جميع تلك الخيارات التى توجب جواز العقد من قبيل الحقوق و اختيارها بيد صاحبها ورضا و حلا و ابقاء و اسقاطا كما هو واضح ، فان قوله عليه السلام فذلك رضى بالعقد ، ظاهر فى أنه يقبل الاسقاط و هذا هو معنى الحق ، فافهم ، ولكن الكلام فى شمول النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فهو لوارثه لأن شموله للخيارات يحتاج الى أمرين :-

أحد هما : احراز أن الخيارات من قبيل الحقوق و قد تقدم ذلك و دلالة جملة من الاخبار عليه كقوله و ذلك رضى بالعقد ، أى امضاء العقد و اسقاط الخيار فانه لو لم يكن من قبيل الحق لم يكن الاسقاط فضلا عن أن يكون ذلك رضى بالعقد .

و الثانى : أن يحرز أن هذا الحق عما يصدق عليه أنه تركه الميت بأن يكون قابلا للانتقال حتى يصدق عليه ذلك ، فان مفاد النبوى أن ما تركه الميت و ابقاه بموته فى الخارج فهو لوارثه و من الواضح أن هذا المعنى يصدق فى مثل حق التحجير حيث أن المحجر قد ثبت له حق فى الارض المحجرة بواسطة التحجير و قد تعلق حقه بالارض التى هى موجودة فى الخارج ، فاذا مات يصدق عليه أنه ترك فى هذه الارض حقا و كك فى أمواله فانها مملوكة له فيصدق عليها أنه قد تركها الميت ويكون ذلك المترك للوارث نظير أن يسافر أحد و ترك متاعه فى منزله فيقال انه مشى و ترك متاعه فى منزله غاية الأمر أن الانتقال هنا من عالم الى عالم آخر كما لا يخفى ، ولكن لا يصح ذلك فى الخيارات لما عرفت أن معنى جعل الخيار ابتداء ، أو بالالتزام ليس الا تقييد العقد بالفسخ فتكون الملكية المنشأة مغية بالفسخ

والفسخ يكون غاية لها ولا شبهة أن من جعل لنفسه الخيار ويقيد الملكية بتلك الغاية لا يجعل تلك الغاية وسيعة أى أعم من فسخ نفسه وفسخ وارثه ومع ذلك كيف يعقل أن يثبت الارث فى الخيارات الاّ أن يكون هنا اجماع كما هو كك ، فان الفقهاء قد تسالموا على أن الخيار يورث ، و قد عرفت أن المخالف هو الشافعى فى خيار المجلس فقط ، ولكن مع قطع النظر عن الاجماع فلا يمكن اثبات الارث فى الخيارات بعموم ما تركه الميت من حق فلوارثه .

و أما اثبات ارث الخيارات بالتمسك بالاستصحاب اشكل على ما ذكره المصنف لأنه يرد عليه .

أولا : أن الشبهة حكمية ولا يجرى الاستصحاب فى الشبهات الحكمية للمعارضة دائما ، فان استصحاب ثبوت الخيار بعد الموت معارض بعدم جعله للوارث .

وثانيا : ان الموضوع غير محرز اذ لا ندري أن الخيار حق مختص بالميت وقائم به لكى لا يجرى الاستصحاب هنا أو أنه أمر وسيع قائم بالميت مع وجوده وحيات و بوارثه مع موته ، فيكون ذلك مشكوكا و التمسك بعموم لا تنقض اليقين بالشك فى المقام تمسك بالعام فى الشبهة المصداقية .

و ثالثا : أنه بعد ما ذكرنا من اختصاص الخيار بالميت لكون الملكية المنشأة محدودة بفسخه لا يبقى هنا مورد للشك حتى نتمسك بالاستصحاب كما هو واضح ، والظاهر أنه لا يمكن اثبات ارث الخيار بغير الاجماع ، و الله العالم .

قوله : بقى الكلام فى أن ارث الخيار ليس تابعا لارث المال .

أقول : وينبغى التنبيه على أمور الاول لا شبهة فى أن ما يكون مانعا عن الارث فى الوارث بحيث لا يكون معه مانع عن الارث من الموروث شيئا

كالقتل والكفر ونحوهما ، و هو مانع عن ارث الخيار أيضا بناءً على جواز ارث الخيار ، وهذا لا كلام فيه ، وانما الكلام فى أن من لا يكون وارثا بالنسبة الى شىء خاص من أموال الميت كعدم ارث الزوجة من العقار و عدم ارث غير الولد الأكبر من الحبوّة ، هل يكون وارثا للخيار الثابت فى بيع تلك الأموال بأن مات البايع للعقار أو الحبوّة بعد بيعه الخيارى فهل يكون غير الولد الأكبر وارثا لذلك الخيار وكك الزوجة أم لا ، ففى المقام وجوه ، بل أقوال القول بالارث مطلقا و بعدهم كك ، وان لم يظهر من يصرح بالعدم و لكن قد استشكل بعضهم فى الأثر أو يفصل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا الى الميت أو منتقل عنه الى غيره ، فانه على الأول يحكم بعدم الارث و ذلك لأن الخيار علاقة فيما انتقل عنه بعد كونه مسلطا على ما انتقل اليه بحيث أن يخرج ما انتقل اليه من ملكه الى ملك من انتقل عنه ذلك العين بالفسخ و ادخال ما انتقل عنه الى غير فى ملكه بذلك ، ولا شبهة أن المرأة ليس لها السلطنة على ما انتقل الى الميت و هو العقار وكيف لها الفسخ و ارجاع كل من المالكين الى مالكه الأول بالفسخ و عليه فلا خيار للمرأة فى هذه الصورة لعدم تسلطها على ارجاع العين الى ما انتقل عنه ، و لا يقدر على ايجاد معنى الفسخ و لا معنى لثبوت الخيار لمن لا يقدر على الفسخ و هذا بخلاف ما اذا كان ما لا ترث منه الزوجة منتقلا عن الميت الى غيره فانه ح لها السلطنة على المال المنتقل الى الميت و هو ثمن العقار فهى قادرة على الفسخ ح لتحقيق مفهوم الخيار هنا .

و القول الرابع ان يفصل على عكس الصورة السابقة والوجه فى هذا التفصيل هو أن الثمن المنتقل الى البايع ملك متزلزل للبايع و اذا فسخ العقد ينتقل الثمن الى الميت فيرث منه كل من الزوجة وغيرها ، و هذا بخلاف ما اذا كان العقار منتقلا عن الميت لأن الزوجة لا ترث منه فيما اذا

فسخ العقد ورجع المبيع الى ملك الميت فلا خيار لها لأن الخيار حق لصاحبه فيما انتقل عنه بموجب سلطنة ما انتقل عنه بارجاعه الى ملكه والمفروض أن الزوجة ليس لها علاقة ولا سلطنة على العقار فيما اذا انتقل الى الميت بدعوى أنه ان كان ما انتقل من الميت عقارا فلا خيار لها لأنها لا تملك شيئا بعد الفسخ وأما ان كان ما انتقل اليه عقارا فلها الخيار لأنها بالفسخ تملك قيمة العقار لأن الفسخ يجعل العقد كأن لم يكن فيكون ما اعطاه الميت في مقابل العقار من الثمن مملوكا للزوجة وغيرها بعد الفسخ فان معنى الخيار هو التسلط على حل العقد وجعله كأن لم يكن، وان لم يكن الفاسخ مالكا لما انتقل الى البايح كالأجنبي وقد ذكر المصنف تفصيل ذلك في المتن .

أقول : الظاهر هو القول بعدم الارث مطلقا وذلك لما عرفت من أنه ليس هنا دليل لفظي دل على جواز ارث الخيار حتى نتمسك باطلاقه، بل الدليل على ذلك هو الاجماع ولا شبهة أنه أجماع في المقام بعد هذه الاختلافات كما عرفت وعليه فلا يمكن القول بآرث الزوجة للخيار لعدم الدليل عليه وعلى تقدير التنزل والقول بأنها ترث الخيار في فرض بيع الميت العقار أو شرائه ذلك فلا وجه للاشكال في ارثها لما تعلق به البيع مع الفسخ سواء قلنا بثبوت الخيار لها بالارث أم لا فانه على كل تقدير ترث الزوجة من متعلق البيع بعد الفسخ كما هو واضح .

فلا ثمرة ح للبحث عن ثبوت الخيار لها بالارث وعدمها كما هو واضح .
ومن جهة أن الزوجة غير مالكة للعقار فلا سلطنة لها عليها كما ذكره المصنف فكيف لها أن تفسخ العقد ويرجع الثمن من المشتري .
و توضيح ذلك أنه اذا كان الميت قد اشترى عقارا ببيع خيارى بأن

كان له الخيار أو كان الخيار لصاحبه و هو المشتري وفسخ الوارث أو المشتري ذلك البيع فان البيع ينقلب الى عدمه فكأنه لم يكن من الاول فتكون العقار ملكا للمشتري و الثمن ملكا للميت فيكون ذلك من جملة تركته فترث منه الزوجة أيضا كسائر الورثة و لا وجه في هذه الصورة في حرمان الزوجة عن الارث و الاشكال في ذلك ح لأن معنى الفسخ هو رجوع كل من العوض و المعوض الى مكانه الأول فيكون الثمن ملكا للمشتري و المثلن ملكا للبايع و ان كان معنى الفسخ هو حل العقد من حين الفسخ كما هو كك الآ أنه ليس معناه أن الفاسخ يملك العوض بالملكية الجديدة لأن الفسخ ليس معاملة جديدة بل هو اعادة للملك السابق فيكون الفسخ وسيلة لملك الميت العوض أو المعوض بذلك كما اذا نصب شبكة للصيد فوقع فيها ذلك الصيد بعد موت من نصب الشبكة فانه يكون مالكا للصيد لأنه أوجد سببه قبل الموت .

و على الجملة أن الفاسخ أى شخص كان يكون فسخه سببا لتملك الميت العوض أو المعوض فتكون الزوجة أيضا وارثة من ذلك و ان لم يكن لها الخيار أصلا لأن المفروض أن المنتقل الى الميت كان عقارا و المنتقل عنه غيرها فبالفسخ ينحل البيع و ينتقل العقار الى غير الميت و مقابله الى الميت و لا مانع من ارث الزوجة من غير العقار ، كما هو واضح .

و ان كان المنتقل الى الميت بالمعاملة غير العقار ، و لكن فى مقابلها بأن باع العقار بثمن هو غير العقار فاذا فسخ ذلك العقد افسخه الوارث أو فسخه المشتري ، أى طرف الميت فح ينحل العقد فترجع العقار الى الميت و الثمن الى المشتري .

و لكن فى هذه الصورة لا معنى من حرمان الزوجه من ثمن العقار الذى كان من جملة ما تركه الميت و ان كانت محرومة من نفس العقار بتوهم أن الثمن بعد فسخ العقد يكون ملكا للمشتري فيؤخذ من الورثة و يعطى

للمشتري كما هو واضح ، و ذلك لأن الثمن قبل فسخ العقد كان ملكا للوارث الذى من جملة الزوجة ، فلا وجه لعدم ارثها عنه مع كونه من التركة غاية الأمر بعد فسخ العقد و رجوع العقار الى ملك الميت كان ثمن العقار من جملة ديون الميت فيخرج من أصل المال فكما ان الانسان اذا اخرج ماله عن ملكه بالهبة ثم ارجعه اليه فتظهر الثمرة في ارث الزوجة .

و على الجملة فبناءً على كون الخيار موروثا فلا وجه لحرمان الزوجة من ثمن العقار التى اشتراها الميت أو ثمنها الذى باعها به كما عرفت سابقا .
ثم ان جميع ما ذكر فى ارث الزوجة للخيار وعدم ارثها ذلك فى بيع ما لا تملكه الزوجة جارى فى بيع الحبوة أيضا بالنسبة الى ارث الخيار هنا لغير الأخ الاكبر ، قد ذكر المصنف أن الدين المستغرق لتام التركة و ان كان يمنع عن ارث المال الا أنه لا يمنع عن ارث الخيار ، فللورثة فسخ المعاملة التى اوقعها الميت حال حياته ، ثم ان جميع ذلك جارى فى صورة أن يكون للميت دين مستغرق و لا يكون له تركة ازيد من الدين ، و قد باع شيئا و جعل لنفسه فيه الخيار ، فهل ترث الورثة الخيار هنا أو لا ترث ؟ فما ذكره المصنف من الاشكال فى ارث الزوجة للخيار فى بيع العقار جار هنا أيضا ، بل هنا أولى بالاشكال من ذلك كما يستضح لك فلا وجه لتفكيك و نفي الاشكال هنا .

و توضيح ذلك أنه تارة نقول بانه اذا كان للميت دين مستغرق لا ينتقل المال منه الى الورثة أصلا ، كما اذا لم يكن له دين الا بمقدار بعض اموال الميت لا ينتقل ماله الى الورثة بهذا المقدار كما هو ظاهر قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فان المستفاد منها أن التركة غير ما يكون مقابلا للدين كما هو واضح ، و على هذا المبنى فليس للورثة حق فى مال الميت أصلا و معه كيف يكون له الخيار فى فسخ عقد الميت و ارجاع المبيع

الى ملك الميت مع أنهم غير مسلطين على ما انتقل الى الميت لكونه ملكا للديان .

و اذا قلنا أن جميع أموال الميت تنتقل الى الورثة و لكن تكون ذلك متعلقة لحق الغير و هم الغرماء و الديان كما هو خلاف ظاهر الآية ، فان ظاهرها هي الصورة الاولى و ح و ان كان الوارث مسلطا على ما انتقل الى الميت و مالكة له ، الا ان فسخهم العقد ورد ما انتقل الى الميت الى صاحبه ورد ما انتقل عنه اليه الى الميت تصرف في حق الغير و هو غير جائزة على هذا الاشكال ، فارت الورثة الخيار هنا أسوء من ارت الزوجة الخيار في بيع الميت العقار ، لأن القول بالارت هنا يستلزم التصرف في حق الغير و لكن القول به هنا لا يستلزم ذلك ، و عليه فلا وجه لتوهم ان ارت الورثة للخيار في صورة الدين المستغرق مورد للوفاق ، و ارت الزوجة للخيار في صورة بيع العقار مورد للخلاف ، بل الخلاف في أحدهما ينافي الوفاق في الآخري . ثم أنه لا وجه لثبوت الخيار و ارثه له بوجه ، و أما على مسأله من كون التركة ملكا للورثة بعد الموت فلان فرع التسلطه على ما بيده من المال حتى يتمكن من ارجاعه الى مالكة و المفروض أن الورثة لا يتمكنون من التصرف في التركة لأنه و ان كان ملكا لهم عند المشهور الا أنه متعلق لحق الغرماء و الديان ، و لا يجوز التصرف في متعلق حق الغير .

ثم انه بناء على عدم ارت الزوجة للخيار فليست الورثة مستقلة في اعمال الخيار في بيع العقار و ذلك لا من جهة أن الزوجة لها الخيار ، بل قد عرفت أنه لا خيار لها على الفرض ، بل من جهة أن دليل ارت الخيار كما تقدم ليس هو دليلا لفضيلا لكن يتمسك بظاهره ، بل عرفت أن مقتضى القاعدة هو أن يكون الخيار موروثا لأن مرجع جعل الخيار عبارة عن تعليق اللزوم بالتزام الطرف الآخر بالشرط و مرجع ذلك الى تحديد الملكية (لا

المملوك) بالفسخ وكون الفسخ غاية لها و من الواضح أن الغاية هو فسخ ذى الخيار لا هو، و وارثه، و ح فلا دليل على ثبوت الخيار للورثة لكن قامت الضرورة و الاجماع على ارث الخيار، و من الواضح أن المتيقن من ذلك هو اجتماع جميع الورثة على الفسخ لا بعضه دون بعض خصوصا اذا كان الفسخ على ضرر الزوجة بأن باع الميت عقارا فاذا فسخت الورثة لم ترث الزوجة، فانا لم نطمئن بثبوت الاجماع هنا اذا ، فلا بدّ من ملاحظة المتيقن و هو اجتماع جميع الورثة و منها الزوجة على الفسخ ، كما هو واضح .

قوله : مسألة : فى كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار .

أقول : بعد ما بنى على جواز ارث الخيار فيقع الكلام فى كيفية ذلكم

تعدد الورثة ، و قد ذكر فيها وجوه :-

الوجه الاول : أن يكون لكل منهم خيار مستقل ، بحيث يكون كل منهم مستقلا فى الفسخ و الامضاء بحيث يكون لكل منهم خيار مستقل من حيث الفسخ او الامضاء ، و يكون اختيار العقد تحت يده على ما استفدناه من الروايات المتقدمة فى باب الخيار لقولهم عليه السلام و ذلك رضى منه بالعقد فانه يعلم من هذا التعبير أن معنى الخيار هو أن يكون اختيار العقد تحت يد ذى الخيار ، بحيث كان له الفسخ أو الرضا ، فانه لا يطلق الرضا فى مورد الاّ كان طرفى الأمر من الفعل و الترك تحت اختيار الفاعل كما هو واضح بل هذا هو معنى الفسخ أيضا .

و اما على مسلكنا فلأنه لا اجماع محقق فى ارث الخيار فى المقام وذلك لأن المتيقن منه ما اذا لم يكن متعلقة ملكا لشخص آخر أو كان متعلقا لحق الغير سيما اذا كان استلزم ارث الورثة الخيار ضررا على الديان كما اذا اشتراه الميت بارخص من قيمة السوقية مثلا ، أو اشتراه بخمسين درهما مع ان القيمة السوقية مائة ، فان فسخ الورثة بارجاع ما يسوى بمائة الى مالكة الاولى و اخذ ما يقابله ضرر على الديان ، و حيث لا اجماع فى المقام لا يثبت

للورثة الخيار فيما اذا كان للميت دين مستغرق بحيث يكون لكل منهم ذلك فلو سبق منهم أحد في الفسخ بان فسخ العقد أو في الامضاء بأن امضاء لم يبق مجال للآخرين .

الوجه الثاني : كصورة السابقة و لكن أن يكون كل منهم مستقلا في الفسخ فقط بحيث اذا فسخ العقد لا يبقى مجال لفسخ الآخرين ، وأما الامضاء فلا يكون امضائه امضاء للآخرين ، بل يبقى بعد امضاء أحد هم مجال الامضاء غيره كما هو واضح ، وهذا نظير الخيار المجلس الثابت للمتعدد فان لكل من المتعاملين في المجلس فسخ المعاملة دون اجازتهما لا منهما لمتوقف على اجازة كليهما ، نعم تكون اجازته نافذة في حقه فقط .

الوجه الثالث: أن يكون الخيار ثابتا للطبيعة و لـصـرف الوجود بحيث يكون هنا خيار واحد فكل من الورثة تصدى لـاعـمال ذلك من حيث الفسخ أو الامضاء كان له ذلك لتحقيق الطبيعة بذلك ، و لكن لا يبقى مجال لـاعـمال غيره خياره في ذلك لعدم الموضوع لذلك لأن المفروض أن الخيار قائم بالطبيعة و قد حصل .

الرابع: أن يكون لكل من الورثة الخيار بحسب حصته من الثلث أو النصف أو الربع بحيث له أن يفسخ العقد في نصفه أو ثلثه أو ربعه ، و هكذا لا أن الحق يقسم لأنه غير قابل للتقسيم ، بل من جهة أن كل منهم نصف من له الحق أو ربعه أو ثلثه .

الخامس : ما قواه المصنف من ان الخيار حق واحد قائم بالمجموع فكأن الورثة قائم مقام الميت و مجموعهم شخص واحد ، فيكون الخيار للمجموع كما هو واضح ، و هذا هو الوجه التي ذكرت في المقام و لكن مع اختلافهم في كيفية ارث الحق لم يختلفوا في كيفية ارث المال ، بل اتفقوا و تساووا على أن كل من الورثة يرث مقدار حصته و أن المال ينتقل اليه على نحو التقسيم

كما هو واضح ، و لم يخالف فى ذلك أحد فىما نعلم .
 و يقع الكلام هنا فى مقامين ، الاول فى كىففة انتقال المال الى الورثة
 و المقام الثانى فى كىففة انتقال الحق الى الورثة .
 أما المقام الاول : فالمعروف المشهور ، بل المجمع عليه أن المال الذى
 للميت انما ينتقل الى الورثة على نحو التقسيم ، يعنى حين ما ينتقل اليها
 المال ينتقل الى كل منهم بمقدار حقه دون الازيد و لا الأناقص ، و هذا هو
 الظاهر من الاية الشريفة أيضا حيث أنها ظاهر فى أن لكل واحد من الورث
 هو الثلث ، أو السدس أو الثمن من حيث الانتقال لا أنه تنتقل التركة الى
 المجموع و هم يقتسمونها بعد ذلك ، و قد عرفت أن هذا و ان كان مؤردا
 للتسالم ، و ظاهرا للآية و لم نسمع المناقشة فيه من أحد و لكن يشكل الذهاب
 اليه من جهتين :-

الأولى : أن التركة اذا انتقلت الى الورثة على سبيل الافراض فنسل
 أنها انتقلت اليهم معينا بحيث يكون حق كل معلوما عند الله تعالى و ان
 كان مجهولا عند الورثة أو على نحو الغير المعين مثلا اذا مات زيد فترك
 ابنين و انتقل ماله اليهما بحيث انتقل نصفه الى أحد هما و نصفه الآخر الى
 الآخر ، معينا و لو فى علم الله تعالى أو غير معين ، فان كان الأول فيرد
 عليه أنه فالمرجع فى تعيين أحد النصفين لهذا الابن و النصف الآخر لابن
 الآخر مع أن نسبة المال اليهما كان على حد سواء و جهة الانتقال كانت
 واحدة ، و هو الارث فتخصيص أحد النصفين بأحد هما و النصف الآخر بالآخر
 تخصيص بلا مخصص و ترجيح بلا مرجح ، فلا وجه لتوهم أن المال الميت
 انتقل الى الورثة معينا أى حصة كل معينة فى علم الله تعالى ، و ان كانت
 مجهولة فى علمهم بحيث أن من كل شىء نصفه المعين لأحد هما و نصفه

المعين عند الله للآخر .

وان كان الثانى بان انتقل حصة كل من الورثة اليها غير معينة فيرد عليه أن مال الميت كان شيئاً معلوماً وأمرأ مشخفاً كالدنيا رالـخارجى لشخصى مثلاً فبماذا صار غير معين .

وتوهم أن كل منهما قد ملك عنوان النصف المشاع وهو أمر غير معين كما فى الشركة وبيع نصف الدار مشاعاً فلا محذور فيه فاسد، بدهة أن عنوان النصف كعنوان الثلث والربع وغيرهما من العناوين الانتزاعية وليست أموراً واقعية وكلامنا فى واقع المال الذى تركه الميت فانه أمر معين ومشخص بلا شبهة، والآفلو لاحظنا الامور الانتزاعية فلا زم ذلك أن يملك كل من الورثة أموراً غير متناهية لأننا نفرض النصف من اليمين أو الشمال أو اليسار أو ربعاً أو خمساً أو سدساً الى غير ذلك من الفروض الغير المتناهية وهذا لا يمكن الالتزام به بأن يقال ان من ملك نصف الدينار فقد ملك أموالاً غير متناهية كما هو واضح .

نعم، يتصور ذلك فى تملك الكلى فى المعين وتمليكه كبيع صاع من الصبرة المعينة فان المملوك انما هو العنوان الانتزاعى الكلى ينطبق على الصياغ الخارجية واپن ذهب التشخص عن ملكه وعليه لا يمكن بناء على أن مال الميت قد انتقل الى الورثة مفروضاً من الأول، هذا هو الوجه الأول .

الوجه الثانى : أنه اذا فرضنا أن الميت قد خلف عشرة ابناء وترك من المال فلساً واحداً بحيث لو قسم الى العشرة تخرج حصة كل منهم عن المالية ويكون مورداً لحق الاختصاص فقط هذه هى المقدمة الاولى .

المقدمة الثانية : أنا ذكرنا مراراً عديدة أن دليل الضمان لا يدل على أزيد من ضمان الأموال كقاعدة الضمان بالاتلاف ونحوها و اذا أتلّف أحد مملوك أحد الذى غير متمول فى نظر العرف لا يكون ذلك موجبا للضمان بل

لم يفعل محرماً أيضاً لأن دليل دل على حرمة التصرف في مال امرأ مسلم لا في ملكه، وهكذا لو اتلف ما ليس بمملوك لأحد، بل هو متعلق لحق الغير كالميتة المختصة لأحد ونحوها، فإنه لا يوجب الضمان، بل لا دليل على تحريمه أيضاً من حيث التصرف في متعلق حق الغير ما لم يوجب ذلك ازالة حقه .

و نتيجة المقدمتين أنه بناءً على المشهور من انتقال التركة الى الورثة ابتداءً على سبيل الافراض أن اتلاف التركة التي كانت قليلة بحيث مع التقسيم الى الورثة تخرج عن المالية كفلس واحد لا يوجب الضمان لأن حق كل منهم ليس بمال و المجموع وان كان مالا و لكنه ليس مملوكا لأحد كما هو المفروض، وهذا مما لا يمكن الالتزام به وعلى هذا فلا بد من القول بأن التركة انما تنتقل الى الورثة من حيث المجموع ويكون الوراثة بأجمعهم قائمين مقام الميت فكان الميت مالكا للمال بوحدته وقد ملكتها الورثة بأجمعهم، فمجموع الورثة مالك واحد و شخص واحد قد قاموا مقام الميت فكان كل واحد منهم نصف المالك أو ثلثه أو ربعه أو سدسه على حسب استحقاقهم و حصصهم وهذا المعنى حيث كان أمرا دقيقا لا يفهمه نوع العرف. و لذا يعبر في العرف أن كل واحد من الورثة مالك للثلث أو الربع أو السدس أو غير ذلك و من جهة لحاظا الفهم العرفي قد عبر في الآيه بلحاظ حصتهم و ظاهر الاية طرف القسيمة فلا تنافي الاية بكون انتقال التركة الى مجموع الورثة وان كل واحد من الورثة مالكيته بمقدار حصته .

و بعبارة أخرى أن الاية لا تنافي مما ذكرناه من كون انتقال الارث من الميت الى الوراثة انما هو بحسب مجموع من حيث المجموع بأن تنتقل مجموع التركة الى مجموع الورثة بحيث تكون الآيه ظاهرة في انتقال التركة الى الورثة بحسب النسبة ابتداءً لتنافي ما ذكرناه فان مع القول بما ذكرناه أن استحقاقهم

للارث انما بحسب النسبة أى وان لم يكن الانتقال بحسب النسبة ، بل انتقل مجموع التركة الى مجموع الورثة ولكن لم يبق ذلك الى الأبد ، بل اذا ارادوا القسمة فاستحقاقهم بعد الانتقال انما هو بحسب النسبة فحيث أن لحاظ جهة الانتقال معنى دقيق لا يلتفت اليه نوع الناس بأن يفهم كل أحد أن مالكية كل وارث بحسب نسبة استحقاقه لا أن كل واحد مالك للسدس أو الربع ، مثلا ، بل نصف المالك و ربع المالك و سدس المالك و نحو ذلك و لأجل هذه الجهة أعنى عدم التفات نوع الناس بذلك يعبر في العرف أن لكل واحد من الورثة المقدار الفلاني ، أى يسمى في مقام البيان و الذكر جهة الاستحقاق التى ثبتت عند ارادة القسمة لا عند الانتقال .

و القرآن الكريم أيضا جرى في التعبير على هذا المعنى العرفي لأنه ينكر أن كيفية الانتقال ليست على النحو الذى ذكرناه كما هو واضح .
و الحاصل : أن كيفية انتقال التركة الى الوارث وأن كان على سبيل ما ذكرناه ، و لكن فى مقام التعبير عنها عرفا يلاحظ كيفية الاستحقاق ونسبة القسمة لأجل السهولة فى الفهم كما عبرك فى القرآن أيضا .

و يؤيد ما ذكرناه من كون انتقال التركة الى الورثة على نحو العموم المجموعى أنه قد يكون ما تركه الميت أمرا بسيطا غير قابل للقسمة كما اذا أجزأ أحدًا لتيان ركعتين من الصلاة فمات قبل أن يأتى بها الاجير فانه بناءً على كون الانتقال بحسب النسبة و على نحو القسمة ابتداءً كيف تكون حال هذا العمل البسيط ، فهل يكون بعض الورثة مالكا لركعة و بعضه الآخر مالكا لركعة أخرى أو بعضه مالكا لفاتحة الكتاب و بعضه للسورة وكل ذلك لم يكن فتعين ما ذكرناه ، فافهم .

ثم ان هذا الذى ذكرناه جار في جميع موارد الشركة القهريتها الاختيارية و كك فى بيع نصف المبيع مشاعا فان معنى الشركة واقع فى المال الخارجى

هو هذا .

نعم ، يتصور التعليك على نحو الكلي و لكنه خارج عن هذا وعلى هذا المسلك الذى سلكتاه فى ارث المال يتضح الأمر فى ارث الحق أيضا ، فانه اذا كان الانتقال بعنوان المجموع فيما امكن التبويض و التقسيم حين الانتقال كآرث الأموال فكون الانتقال على نحو العموم المجموعى فيما لم يمكن الانتقال بعنوان التبويض كما فى ارث الحق أولى ، فان الحق أمر واحد بسيط غير قابل للتبويض فكيف يمكن التقسيم فيه بحيث ينتقل الى كل ورثة نصف الحق على أن دليل ارث الحق هو دليل ارث المال من النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه هذا اذا كان دليل ارث الخيار هو النبوى و اما اذا استشكلنا فيه كما تقدم و قلنا أن مدركه هو الاجماع و تسالم الفقهاء على ما تقدم فالمتيقن منه هو أن يلتزم بكون انتقال حق الخيار الى الورثة على نحو العموم المجموعى بأن ينتقل مجموع الخيار الى مجموع الورثة فيكون النتيجة على هذا وعلى المسلك المتقدم هو ما ذكره المصنف فلا يكون فسخ كل واحد من الورثة العقد و اعماله الخيار بذلك أو امضاءه ذلك الذى عبر فى الروايات بالرضا فقال عليه السلام و ذلك رضى منه بالعقد فلا يكون ذلك موردا للأثر مع قطع النظر عن اعمال الوارث الآخر الخيار بالفسخ أو الامضاء .

و اذا لم نقل على المقالة المتقدمة و قلنا فى ارث المال أنه على سبيل التبويض و التقسيم من الابتداء كما هو ظاهر الآية و مورد تسالم المشهور فح فالأمر فى الحقوق أيضا على نهج ما سبق و لا يمكن الالتزام بانتقال الحق الى الورثة على حسب النسبة و الاستحقاق و ذلك أما بناء على كون دليل ارث الخيار هو الاجماع فواضح فان المتيقن منه أن ينتقل الى المجموع و تكون الورثة باجمعهم فى حكم شخص واحد قائم مقام الميت فانه لم يكن

للميت الآ حق واحد بسيط، و لم يتبعض له ، فكيف يتبعض للورثة فمقتضى أخذ القدر المتيقن هو ذلك .

و أما على فرض أن يكون الدليل على ذلك هو عموم ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه فمن جهة أنه لا دليل على تبيعض الخيار للورثة بأن ينتقل اليهم بحسب نسبة استحقاقهم لأن الدليل انما دل على أن ما تركه الميت من الحق فلوارثه و من الواضح أن الميت قد ترك خيارا واحدا و حقا بسيطا غير متبعض و ح فكيف يكون لكل وارث بعض ذلك الحق ، فلا بدّ وأن يكون هذا الحق الواحد البسيط منتقلا الى المجموع من حيث المجموع .

و بعبارة أخرى ما تركه الميت هو الحق الواحد فلا بدّ في فرض ارث الورثة الحق أن يرثوا هذا الحق الواحد و ما يرثه الوارث من حصص الخيار لم يتركها الميت فلا دليل على ارث الخيار حسب نسبة استحقاق الورثة ، بل لا بدّ في فرض الارث أن يفرض المجموع شخصا واحدا قائما مقام الميت و يكون كل واحد نصف ذى الخيار أو ربعه و هكذا على فرض نسبة استحقاقهم في مقام التقسيم ، بل الدليل على عدم ارث الخيار بحسب نسبة الاستحقاق في المال هو أى الدليل على العدم أن الميت لم يكن له اعمال هذا الحق بالنسبة الى بعض اجزاء المبيع دون بعض سواء في الخيارات المجعولة من قبل الشارع أو المجعولة لنفسه فليس له أن يفسخ العقد في خيار الحيوان في بعضه دون بعض و كذا في خيار المجلس وغيره ، و قد تقدم ذلك في ثبوت خيار المجلس للاصيل والوكيل فاذا لم يكن للميت ذلك فكيف يكون لورثته أن يفسخ العقد في بعض المبيع دون بعض على الجملة فأحتمال أن يرث كل ورثة من الميت خيارا بحسب نسبة استحقاقه في المال بحيث يكون مسلطا على فسخ العقد أو امضائه في بعض دون بعض واضح البطلان .

و من هنا ظهر أنه لا وجه للقول بثبوت الخيار للطبيعى أيضا بل هذا

اسوء من سابقه فان فى السابق كان اقلا لكل ورثة خىار بحسب استحقاقه المال من التركة و يصدق عليه ان ما تركه الميت من حق فلوارثه وفى هذه الصورة لىس كك بداهة عدم الدلىل عليه بأن يكون الخىار ثابتا لىصرف الوجود فاذا سبق أحد الورثة الى اعماله فسخا أو امضاء لم بىبق للآخر مجال مع أن الدلىل كان دلا على أن ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه لا لطبىعى الوارث لىكون الخىار لمن سبق على أن دلىل ارث الخىار هو دلىل ارث المال فهل يتوهم أحد كون الارث ثابتا للطبىعى بىحث كلمن سبق الى أخذ التركة لا يكون لغيره ذلك .

وقد اتضح مما ذكرناه بطلان الاحتمال الثانى المتقدم فى أول المسألة وهو أن يكون لكل منهم خىار مستقل من بىحث فسخ العقد دون الامضاء فانه لا دلىل على ذلك أيضا على أنه اذا كان له خىار من بىحث الفسخ فلماذا لىس له خىار من بىحث الامضاء مع أن الدلىل مطلق وكذا لا دلىل على الاحتمال الأول أيضا بأن يكون الخىار لكل واحد من الورثة فسخا و امضاء على نحو الاستحقاق بىحث لا بىبقى مجال مع اعماله الخىار الى الورثة الأخرى و ذلك لأن الدلىل كان يقتضى أن يكون ما تركه الميت من الحق و المال للوارث باجمعهم لا لوارث واحد .

و بعبارة أخرى أن الوارث لم ىتلق الخىار ابتداء من الشارع لىكون مستقلا فى اعماله ، بل ىتلقاه من الميت وهو خىار واحد فلا بىمكن أن يكون هذا لكل ورثة خىار مستقل اذا سبق الى اعماله ، بل هذا الخىار الواحد ثبت لمجموع الورثة و لم يتوهم ذلك أحد فى ارث المال مع أن الدلىل واحد . و على الجملة أن ملاحظة كىففة الارث فى المال واتحاد الدلىل على ارث الخىار و المال يقتضى بطلان هذه المتحملات أجمع فلا دلىل على أن ىرث كل من سبق الى اعمال الخىار الحق المذكور ولا بىبقى مجال للبىقى فما

ذكره المصنف من كون الخيار ثابتا للمجموع بحيث لا يؤثر اعمال واحد منهم الخيار فسخا وامضاء بدون الآخر ووضح البطلان كما لا يخفى .

ثم ان ما ذكرناه من كون انتقال الحق الى مجموع الورثة كان من حيث القاعدة مع أخذ المدرك للارث في الخيار هو النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه مع العلم الخارجى بأن الحق من جملة ما تركه الميت و قد ذكرنا أن القاعدة هو ذلك فى تفسيم المال أيضا ، وان كان المال قابلا للقسمة و الحق غير قابل لها و أما اذا كان المدرك هو الاجماع فالأمروضح لأن المتيقن منه أن تكون مجموع الورثة مجتمعين على الفسخ أو الامضاء و لا يكون لكل واحد حق فسخ العقد و لوفى البعض على نحو الاستقلال ، بل مقتضى أخذ القدر المتيقن أن لا ينفذ اعماله الخيار فسخا وامضاء على نحو الاستقلال حتى فى البعض ايضا كما هو واضح .

ثم انه بعد ما بنى المصنف على أن ارث الخيار على نحو المجموع أى ينتقل الخيار من الميت الى المجموع الورثة ذكر أن هذا جار فى مطلق الحقوق الا أن يثبت من الخارج عدم سقوط الحق عن الآخر بعفو بعضه بل يكون هو مستقلا فى الاستيفاء ولا يقيد استيفاء حقه باجتماع الورثة على الاستيفاء بحيث اذا خالف أحدهم وعفى عن حقه لم يكن للآخر الاستيفاء بل مع العفو من أحد يستوفى الآخر حقه غاية الأمر فى مثل حقه القصاص يدفع الى المقتص منه بمقدار حق من عفى عنه ، والظاهر أن هذا الحكم مشهور بين الفقهاء على ما فى المتن وان احتمله فى الدروس من أن أحد الورثة اذا عفى عن الشفعة كان للآخر الاخذ بكل المبيع وكيف فالكلام فى مدرك الفرق بين هذه الحقوق وبين الخيار حيث انا ذكرنا أن الارث فى الخيار على نحو المجموع فليس لأحد الورثة أن يعمل خياره مع اسقاط الآخر ذلك بخلافه فى الحقوق المذكورة .

و ذكر المصنف أن وجه الفرق بينهما هو دليل لا ضرر حيث ان منع من له حق القذف من الورثة باسقاط الوارث الآخر حقه و كك فى حق القصاص و الشفعة ضرر على ذى الحق فانه لو سقطت الشفعة بعفو أحد الشريكين تضرر الآخر بالشركة فيكون دليل نفي الضرر مانعا عن منع غير العافى عن اعمال خياره و كك أن سقوط حق القذف و القصاص بعفو البعض ضرر على غير العافى لأن الحكمة فيها التشفى فابطالها بعفو أحد الشركاء اضرار على غير العافى و لا شبهة أن قاعدة لا ضرر غير موجود فى المقام .

و لكن للنظر فيما ذكره المصنف مجالا واسعا و ذلك من جهة أن عدم سقوط حق القذف عن بعض الورثة بعفو بعض الآخر انما هو من جهة النص الخاص لا من جهة دليل نفي الضرر، و الاّ كان ذلك مثل الخيار ، فهذا الواحد لا كلام فيه للنص الخاص .

و أما عدم سقوط حق القصاص عن البعض بعفو الآخر فمن جهة ان الورث الذين فى الطبقة الأولى أو فى الدرجة الاولى يتقدمون على أهل المرتبة الثانية و الدرجة الثانية فمع وجود الاولاد لا تصل النوبة الى اولاد الاولاد أو الى الاخوة مثلا و يكن مع انتفاءهم تصل النوبة الى المرتبة الثانية و الدرجة الثانية لا أن أهل الدرجة الثانية و المرتبة الثانية يكونون ولى الدم من جهة ارثهم حق القصاص من المورث لأن معنى الولى هو الذى يلى أمر الميت ، فالورث كلهم يلون أمر الميت غاية الأمر كل فى مرتبته و عليه فمقتضى قوله تعالى فمن قتل مظلوما و قد جعلنا لوليه سلطانا هو أن كل من يلى أمر الميت و لو من الورث الواقعيين فى المرتبة الثانية أوفى الدرجة الثانية فهو ولى الميت فى أخذ حق القصاص من القاتل و عليه فلكل من الورثة أن يقتضى من القاتل يكونه ولىّ الدم و ان عفى الآخر عن حقه غاية الأمر أنه لا بدّ له أن يعطى من دية المقتص منه لوارثه المقدار الذى عفى الآخر كما

أنه لا بدّ له أن يعطى حق الوارث الآخر اذا لم يعف عن حقه و لم يرض بالقصاص أيضا .

و على الجملة أن عدم سقوط حق القصاص بعفو البعض أيضا غريب عن دليل نفى الضرر كما هو واضح .

و أما حق الشفعة فان لم يرد فيه نص على عدم سقوطه بعفو الآخر و لا دليل آخر يقتضى تلقى الورثة ذلك ابتداءً من الله تعالى ، و لكن لا نلتزم فيه بغير ما التزمناه فى حق الخيار . بل نجرى فيه عين ما ذكرناه فى ارث الخيار بان نقول أن الميت اذا كان له حق الشفعة على أحد فمات يقومون الوراث باجمعهم مقامه فى ذلك فلمهم جميعا أن يأخذوا و يمتلكوا حصة الشريك المبيعة بحق الشفعة .

و أما اذا عفى أحدهم عن حقه أو لم يعمل حقه و سكت لا دليل على استقلال البقية باعمالهم حقهم و الأخذ بالشفعة لما تقدم من التفصيل فى حق الخيار سواء كان المدرك لارث حق الشفعة هو النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه مع العلم الخارجى بأن حق الشفعة من جملة ما تركه أو كان الدليل على ذلك هو الاجماع كما تقدم فى الخيار . فانهم .

و أما ما ذكره المصنف من الفرق بين الخيار و الحقوق المذكورة اعنى حق القذف و حق القصاص و حق الشفعة و دعواه أن حديث نفى الضرر هو الفارق بينهما فيرد عليه .

أولا : أن لا ضرر انما هو مسوق لنفى الاحكام الضرورية فى الشريعة المقدسة و ليس مسوقا لدفع ما يوجب عدم جلب المنفعة و من الواضح أن الوارث باعماله حق الشفعة يجلب المنفعة و هى ضم حصة الشريك المبيعة لحصة نفسه خصوصا اذا كانت الحصة المبيعة مبيعة بقيمة رخيصة و لا شبهة أن عدم ثبوت حق الشفعة له لا يوجب ضررا عليه لما ذكرنا فى قاعدة لا ضرر

وفى خيار الغبن أن الضرر انما هو نقص فى المال و الطرف و العرض و ليس هنا نقص بوجه من الوجوه كما هو واضح .

و ثانياً أنه لو كان دليل نفي الضرر جارياً فى المقام و كان موجبا لثبوت الحق للوارث لتملك حصة الشريك المبيعة بالشفعة فلماذا لا يجزئها المصنف عين ذلك فى الخيار أيضاً لكن يلتزم بثبوته للوارث أيضاً اذ لا فارق من هذه الجهة بين الخيار و حق الشفعة خصوصاً اذا كان ما باعه الميت بقيمة رخيصة فانه يقال هنا ان عدم ثبوت الخيار للوارث ضرر عليه كما هو واضح .

و ثالثاً : أن حديث نفي الضرر انما ورد فى مقام الامتنان على الامة و لا يجزى فى الموارد التى كانت على خلاف الامتنان و من الواضح أن جواز أخذ الوارث الحصة المبيعة من الشريك الذى هو المشتري ضرر عليه فلا يمكن الحكم بشمول المقام لذلك نعم أصل جعل حق الشفعة للشريك مبنى على الضرر خصوصاً بعد ما ورد فى بعض روايات الشفعة من تطبيق لا ضرر ولا ضرار بذلك، الاً أنه لا بدّ من الاقتصار بمورد التطبيق و أما بالنسبة الى الوارث فلا نطمئن بذلك فان لاحتمال اختصاص التطبيق بموردة و هو نفس الشفيع مجالا واسعاً كما هو واضح .

و على الجملة فلا يمكن التمسك لاثبات حق الشفعة للوارث بدليل لا ضرر اذا فحق الشفعة و الخيار على حدّ سواء فلا بدّ من الالتزام بأن حق الشفعة اذا التزمنا بانتقالها الى الوارث انما ينتقل الى المجموع من حيث المجموع .

على أنه لو التزمنا بثبوته للوارث أيضاً فلماذا لا يختص كل منها بحصة نفسه بان يفسخ العقد بالمقدار الذى يرث من الحق أى بنسبة حقه الذى وصل اليه من المورث بل التزم المشهور بان الوارث الواحد أيضاً يعمل حقه فى تمام المبيع فان هذا لا يقتضيه دليل نفي الضرر كما أنه لو قلنا بثبوت

الخيار لكل واحد من الورثة له أن يعمل خياره بنسبة حقه وأما الأزيد فلا فإذا أراد الفسخ يحلّ العقد في مقدار حقه كأنه لم يكن من الأول وفي الشفعة أيضا إذا عمل حقه في مقدار نصيبه وفسخه وجعله كأن لم يكن يدفع به الضرر كما هو واضح .

ولكن هذا الإيراد الأخير واضح الدفع بداهة أن حق الشفعة لا يتعلق بالعقد بحيث يكون مثل الفسخ موجبا لحل العقد وجعله مثل الأول بحيث لم يكن هنا عقد أصلا بل إنما يتعلق بالعين ويتملكها بالشفعة وأن كل من له حق الشفعة إذا عمل حقه فلا بدّ وأن يعمل ذلك في مجموع الحصة المبيعة ويتملكها بالشفعة وهذا حكم شرعي قد ثبت بالروايات في الشريعة المقدسة فيكون ذلك مثل الغصب غاية الأمر أنه غصب شرعي لا غصب محرم .

ومن هنا ذكر المحقق في الشرايع الشفعة بعد الغصب لأجل المناسبة بينهما كما لا يخفى ويكون ذلك تخصيصا لدليل التجارة عن تراض بحيث مع عدم رضا المشتري أيضا يفسخ الشفيع ولو كان البائع باعه بقيمة رخيصة وعليه فحق الشفعة من هذه الجهة اجنبية عن الخيار بالكلية كما هو واضح، فلا دفع للأشكال المذكور أي دعوى أنه لا ملزم لأعمال حق الشفعة في مجموع العقد، بل لا بدّ وأن يعمل في بعضه المختصّ لنفسه لاندفاع الضرر به . قوله : فرع إذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم .

أقول : إذا بنى جميع الورثة على الفسخ وفسخوا العقد فيقع البحث هنا في جهات :-

الجهة الأولى : في أنه إذا مات من له الخيار وكان له دين مستغرق للتركة فهل يجوز للورثة الفسخ هنا أولا وقد تقدم في ارث الزوجة الخيار والاشكال في ارث الخيار في صورة استغراق الدين للتركة من جهة أنه أي

ذى الخيار لا يتمكن من الفسخ فان قانون الفسخ أن يكون الفاسخ مالكا لمن انتقل اليه ليخرجه من ملكه و يملك فى مقابله المال المنتقل عنه و من الواضح أن الورثة ليست كك ، لما ذكرنا أن المال لا ينتقل الى الورثة فى صورة استغراق الدين كما هو مقتضى قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ، وكك هو مقتضى الروايات كما هو واضح ، وكك على القول بالانتقال الى الورثة ، أن التركة متعلقة لحق الغرماء فليس لهم التصرف فى متعلق حق الغير .

ومع الاغضاء عن ذلك أن الفسخ قد يكون موجبا للمفسدة كما اذا كانت التركة قبل فسخ الورثة العقد تساوى ألف دينار و بعد الفسخ تساوى خمس مائة دينار ، لترقى قيمة ما أخذه الميت بالمعاملة الخيارية فان الفسخ هنا يوجب المفسدة بين الديان ، وقد لا يكون موجبا للمفسدة كما اذا كانت التركة تساوى مائة دينار سواء كان قبل الفسخ أم بعده فهل للورثة فى المقام حق الفسخ أو لا فنقول ان كان مدرك ثبوت الخيار للورثة هو النبوى اعنى قوله (ص) ما تركه الميت فلوارثه فلا اشكال فى جواز الفسخ لهم وثبوت الخيار لهم كما هو مقتضى الاطلاق بعد احراز أن حق الخيار مما يصدق عليه التركة و من جملة ما تركه الميت أى بعد احراز الصغرى من الخارج و لو بالعلم الوجدانى ، فانه فى هذه الصورة يتمسك باطلاق الدليل اللفظى و يحكم بثبوت الخيار للورثة و ان لم يحصل لهم شىء من ذلك ، و ليس للديان المنع من ذلك فإنه لا يجب للورثة حفظ موضوع التركة للديان ، بل لهم اعدام موضوعها أو ابقائها كما هو واضح ، فان الفسخ يعدم موضوع بقاء التركة بالمقدار الكثير كما أن عدم الفسخ يوجب كثرتها .

وان قلنا أن مدرك الخيار هو الاجماع فالمتيقن هو صورة عدم وجود الدين المستغرق للميت ومع القول بالجواز هنا أى شمول الاجماع لهذه

الصورة أيضا فالمتيقن هو كون الفسخ مصلحة للديان ومع التنزل فلا أقلالابد
وأن يكون الفسخ وعدمه بالنسبة الى حال الورثة سيات بان لا يكون مصلحة
لهم ولا مفسدة لهم ، كما هو واضح .

الجهة الثانية : أنه اذا كان الفسخ مصلحة للديان فهل يجب الفسخ
للورثة أو لهم اجبارهم على الفسخ أو ليس لهم ذلك ، ولا يجب عليهم
الفسخ فانه لا يجب للورثة ايجاد الموضوع للتركة أصلا ، فضلا عن ايجاد
الموضوع لكونها زيادة ، بل بناء على ثبوت الخيار لهم بالوراثة فهم مخيرين
أيضا في ذلك ، أى فى الفسخ وعدمه ، كما هو واضح .

الجهة الثالثة : فيما يعطى لمن هو طرف العقد مع الميت بعد فسخ
العقد ، فصور المسألة هنا ثلاثة ، الصورة الاولى أن يكون دين الميت
مستغرقا لتركته ومع ذلك فسخ الورثة العقد وح فتارة تكون عين الثمن الذى
اخذه الميت من المشتري أو عين المبيع الذى اشتراه من البايع الاجنبى
باقية بعين أموال الميت ، وح فلا شبهة فى أنه يأخذ المشتري فى الفرض
الاول والبايع فى الفرض الثانى عين ماله من أموال الميت ، فان قانون الفسخ
يقتضى رد كل مال الى صاحبه الاولى ، بعد الفسخ ، وحيث ان المبيع
فى الفرض الاول والثمن فى الفرض الثانى قد رجع الى ملك الميت والى
محلها الاولى ، فلا بدّ وأن يرجع ما يقابلها الى محلها أيضا والمفروض
أن فى صورة استغراق الدين لا تنتقل التركة الى الورثة ، بل هى باقية فى
ملك الميت ، كما هو ظاهر قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين على
ما تقدم فلا بدّ من ردّ عينها الى مالكها الاول ، كما هو مقتضى ضمان اليد
وان لم تكن الثمن أو المثلن فى الفرضين المذكورين باقيين بل كانا تالفين
فان ذلك يكون من جهة الديون أيضا فتضرب التركة عليهم وتقسّم بينهم على
حسب ديونهم ، فان مقتضى ضمان اليد رد العين المضمونة مع البقاء ومع
التلف ينتقل الضمان الى البدل ، فيكون من جملة الديون فان كانت التركة

واقية بجميع فهو والآ يقدم المشتري والبايع فى أخذ ما يقابل مالهما على بقية الديان أولا فذكر شيخنا الاستاذ أنهما احق بذلك بعد فسخ العقد ولكن لا نعرف وجهها لذلك ، فان الاحقية بالنسبة الى بقية الديان قد ثبت فى موردين ، الاول : فى العين المرهونة فانه اذا مات الراهن ولم يفك العين من الرهن وكان عند ديون مستغرقة للتركة فان المرتهين أولا بالعين المرهونة من البقية فيبيع ذلك ويستوفى حقه منها و اذا كانت فيها زيادة يرد لها الى التركة والمورد الثانى فيما باع الميت قبل الموت شيئاً كلياً ولم يسلمه قبل الموت حتى مات فانه يخرج المبيع من تركته قبل الديان وكل ذلك للنص الخاص ولا شبهة أن المورد ليس منها ولا أنه ورد فيه نص خاص فما ذهب اليه شيخنا الاستاذ فاسد جدا .

الصورة الثانية : أن لا يكون للميت دين اصلا وفسخ الوارث العقد فان كانت العين المنتقلة الى الميت بالمعاملة الخيارية تالفة كان قيمتها دينا عليه بعد الفسخ ، فلا بد وأن يخرج من تركته ومن الواضح أنه لا فرق فى وجوب اداء دين الميت من التركة بين الدين القديم أو الحادث بعد الموت كما عليه الضرورة كما أنه يملك بعد الموت أيضا بلا شبهة لصحة اعتبار الملكية له كما يصح اعتبار الملكية للكلى كمساجد ونحوه ، ان الاعتبار خفيف المؤنة فيصح أن يتعلق بالمعدوم كما يصح أن يتعلق بالموجود ، فافهم ، والفرص أنه لا دين له فيخرج ذلك منها فيكون ما ينتقل اليه بعد الفسخ من جملة تركته والوجه فى ذلك أى فى كون ذلك دينا للميت وكون ما يرد بالفسخ من جملة تركته أن قانون الفسخ كما عرفت هو رد كل من الثمن والمثمن الى مالكة الأول ومقتضى اعمال قانون الفسخ هو ما ذكرناه ، كما هو واضح .

وان كانت العين باقية صريح كلام المصنف ، بل التسالم بين الفقهاء أن صاحب الميت أعنى الطرف الآخر للمعاملة يأخذ العين بعد الفسخ و يكون ما ينتقل الى الميت بالفسخ من جملة التركة ولكن للمناقشة فيه مجالا

واسعا كما عرفته سابقا في ارث الزوجة ، الخيار و ذلك لأن التركة باجمعها مع عدم القرض و الوصية انتقل الى الورثة و من جعلتها المال المنتقل الى الميت بالمعاملة الخيارية و مقتضى قانون الفسخ هو أن ينتقل كل من العوضين الى ملك مالكة الأولى و اذن فالمال الذي انتقل من الميت قبل موته بالمعاملة الى طرف معاملة ينتقل الى الميت كما هو مقتضى قانون الفسخ و لا شبهة في تصوير مالكية الميت أيضا كما في صورة مالكية المسجد ، و الجهات العامة و حيث أن مقابله كان في حكم التلف لخروجه من ملك الميت و دخوله في ملك الوارث فيكون ذلك من جملة ديون الميت فلا معنى للحكم بأخذ البايع أو المشتري (الذي هو طرف المعاملة مع الميت) عين ماله من جملة التركة و على الجملة فلا دليل على أخذ صاحب الميت العين المنتقلة الى الورثة يعد كونها بذلك في حكم التلف ، كما هو واضح .

الصورة الثالثة : أن يكون للميت وصية أو دين و لكن لم يكن ديناً مستغرقا للتركة ، ثم فسخ الوارث العقد ، و ان كانت العين المنتقلة الى الميت تالفة قبل الفسخ ، كان مقابله من جملة الديون لأن مقتضى دليل اليد هو لزوم ردّ العين و مع التعذر ينتقل الضمان الى القيمة و البدل ، و يكون بدله دينا للميت فيخرج من التركة و يكون ما انتقل من البايع مثلا الى الميت من الثمن بالفسخ من جملة التركة .

و ان لم يكن العين تالفة فهل يأخذ طرف الميت في المعاملة عين ما انتقل منه الى الميت أو تنتقل الى البدل أو يلتزم هنا بالأمر المتوسط ، الظاهر هو الأخير ، فانه بعد ما مات أحد و كان عنده دين غير مستغرق لا ينتقل جميع أمواله الى الورثة ، بل يبقى بمقدار الدين و الوصية أيضا لو كانت في ملك الميت كما هو مقتضى ظاهر الآية على ما تقدم و اذن فيكون الميت مشتركا مع الوارث في التركة مشاعا لعدم تعيين حصة كل منهما بعين خاصة ، و من الواضح أن من جملة التركة تلك العين المأخوذة من الغير بالبيع فتكون هي أيضا مشتركة بينهم ، و عليه فاذا فسخ الوارث العقد فيرجع ما انتقل من الميت البايع مثلا الى ملك الميت كما هو قانون الفسخ فيكون من

جملة التركة ويردّ من العين المبيعة التى هى كانت تحت يد الميت الى البايع بعد الفسخ بالمقدار الذى فى ملك الميت، فيكون البايع شريكا بنسبة مالكية الميت فى العين شركة مشاعية، وأما بالنسبة الى بقية حقه أى البايع فيكون ذلك دينا فى ذمة الميت فيخرج من أصل التركة كما تقدم، فافهموا تامل .
 والتكلم فى هذه المسألة لا يتوقف على القول بارث الخيار بدهاة أن الكلام هنا متمحض لبيان حال انفساخ معاملة الميت بعد موته و هذا تارة يكون بفسخ الوارث اننى يتوقف على القول بارث الميت الخيار وأخرى يكون طرف المعاملة مع الميت من المشتري أو البايع وهذا لا يتوقف على القول بارث الخيار، كما اذا باع الميت ماله من غيره بمائة دينار و كانت قيمته خمسين دينارا، فان للمشتري خيار الغبن، فاذا لم يفسخ حتى مات البايع وفسخ المشتري بخيار الغبن، فان بيان هذه المسألة و تنقيح ذلك لا يتوقف على القول بارث الخيار، وكك اذا ترافعا فى الفسخ و عدمه و حكم بالفسخ فانه يكون أيضا من صغريات هذه المسألة كما هو واضح .

ثم أن الظاهر أن تنقيح هذه المسألة يقع فى ضمن صور ثلاثة التى يترتب الأثر عليها و أما الصور التى لا يترتب عليه الأثر فهى كثيرة و لا يهم التعرض لجميع ذلك .

الصورة الاولى : أن يكون الدين مستغرقا للتركة و قد تقدم أنه قد يكون ما أخذه الميت من الغير من الثمن أو الثمن تألفا و أخرى يكون باقيا .
 و أما فى صورة البقاء فلا ريب أنه بعد انفساخ العقد من ناحية الورثة أو من ناحية من هو طرف الميت من المشتري أو البايع يرجع الى ماله الذى كان منتقلا الى الميت و يسترده و ذلك لما عرفت أن قانون الفسخ هو رجوع كل من العوض و المعوض الى ملك من خرج من ملكه، و من الواضح أن المفروض أن فى صورة استغراق الدين أن التركة لا تنتقل الى الورثة، و جمعتها ما أخذه الميت من طرفه فى المعاملة فحيث كان ذلك باقيا بعينه فيأخذه فان مقتضى دليل ضمان اليد أن يأخذ المالك عين ماله من الضامن و مع تلفها يأخذ بدلها و المفروض ان عين المال فى المقام موجودة .

و أما في صورة تلف العين بان يكون ما انتقل الى الميت تالفاً ، فيكون ذلك من جملة ديون الميت تسم التركة عليهم بحسب نسبة ديونهم و دعوى أن البايع أو المشتري أو باستيفاء ما انتقل عنه الى الميت من بقية الديان كما ادعاه شيخنا الاستاذ لا يمكن المساعدة عليه لعدم الدليل عليها كما تقدم .
الصورة الثانية : أن لا يكون للميت مال أصلاً ، ومع ذلك ففسخ الوراث أو من باع المال من الميت المعاملة فانه ح ينتقل الثمن الى الميت وأما المبيع فحيث كان تالفاً فيكون الميت مديوناً ببذله و اذن فان وفي الثمن بقيمة المبيع الذي هو دين على الميت يستوفى البايع الثمن من المبيع فلا كلام و ان كان هنا دين آخر للميت أو كان منحصر به ، و لكن لم يكن الثمن وافيًا بقيمة المبيع ، لكونه أعلى ، و قد كان الميت اشتراه بأقل للغبن مثلاً و هل يكون الثمن ح ديناً على الميت أو يكون من مال الورثة كما أن الارث لهم وجهان كما في المتن .

الوجه الاول : ما قوّاه المصنف في آخر كلامه من أن الورثة قائمون مقام الميت في الفسخ برد الثمن أو بدله و تملك المبيع فاذا كان المبيع مردوداً على الورثة من حيث انهم قائمون مقام الميت اشتغلت ذممهم بئمنه من حيث انهم كنفس الميت ، كما أن معنى ارثهم لحق الشفعة هو أن يملك الورثة الحصة المبيع و يعطون الثمن من كيسهم لا من مال الميت فاذا فسخ الورثة العقد في صورة عدم وجود المال للميت أو فسخه المشتري الذي هو طرف المعاملة مع الميت كان الضرر على الورثة أي يعطون الثمن للمشتري من كيسهم كما أن ثمن الحصة المبيعة في بيع الشريك حقه من كيس الورثة مع أخذهم ذلك بالشفعة .

الوجه الثاني : ان لا يكون الثمن من مال الورثة في هذه الصورة اعنى صورة عدم وجود التركة الميت بداهة أن الورثة لهم حق الفسخ في ذلك و أما لزوم الثمن عليهم فلا ، كما اذا كان الخيار للاجنبي أو للوكيل الغائب

عن الموكل ، فهل يتوهم أحد لزوم الثمن عليهم مع الفسخ ، و اعمالهم الخيار فى ذلك العقد الذى لهم الخيار فيه وعليه فاذا فسخوا العقد و حلوه فمقتضى قانون الفسخ دخول المبيع فى ملك الميت و دخول الثمن فى ملك المشتري . و حيث أنه قد تلف الثمن فيكون دينا فى ذمته كما اذا كان له دين آخر مع عدم وجود التركة له و يوفى عنه ديون الميت و على هذا فقد خرج الثمن العين عن ملك المشتري فيكون ذمة الميت مشغولة بالثمن الكلى ، فلا يكون مال الورثة عوضا عن الثمن . الا اذا اعطوه برضايتهم كما اذا اعطائه شخص آخر أو ابرأه المشتري و مدرك الوجهين هو أن الفسخ هل هو فسخ العقد الواقع بين البايع و المشتري بحيث أنه يعدمه من الأول بقاءً ويجعله كأن لم يكن من حيث البقاء لا من حيث الحدوث أولاً ، بل هو عقد جديد فيحصل به التبادل الجديد بين العوض و المعوض ، فانه على الاول يكون الفسخ موجبا لرجوع الثمن الى المشتري و رجوع المبيع الى البايع كما هو قانون حل العقد و جعله كأن لم يكن و على الثانى فيكون الفسخ عقدا جديدا واقعا بين الورثة و المشتري ، فيأخذ الورثة المبيع و يردون عوض الثمن اليهم من مالهم الشخصى ، و لكن الظاهر هو الاول فان معنى الفسخ هو حل العقد من الأول بقاءً كأنه لم يكن و على هذا فلا يمكن المساعدة الى الوجه الاول ، بل لابد من اختيار الوجه الثانى ، فانه بعد كون معنى الفسخ هو حل العقد الأول فلا يبقى مجال لاحتمال كونه عقدا جديدا ، فانهم . و انه هو الصحيح لما عرفت من انه ليس للورثة الا حق الفسخ فقط كالاجنبى .

و أما قياس المقام بالشفعة واضح ، الفساد للفرق البين بينهما حيث عرفت سابقا أن فى حق الشفعة انما يملك الشفيع الحصة المبيعة بالشفعة من غير أن يكون له تماس بالعقد من حيث الفسخ و الامضاء بل من له حق

الشفعة في فرض صحة العقد يمتلك الحصة المذكورة بالشفعة تملكاً جديداً كالبيع، غاية الأمر أنه تجارة عن غير تراض الطرف وغصب شرعي و يكون ذلك تخصيصاً لدليل التجارة عن تراض وغصبا شرعياً و أى ربط له بفسخ العقد بأعمال الخيار و ارجاع كل من العوض و المعوض الى محلها الأول .

و ما ذكره المصنف من كون الورثة كالميت في فسخ العقد و يقرمون مقامه كأنهم نفس الميت و عليه فلا بدّ أن يعطو الثمن من مالهم كما ان الميت اذا كان حياً يعطى ذلك عن ماله لا يمكن المساعدة عليه لعدم الدليل على ذلك غاية الأمر أن الدليل قام على ارث الورثة الخيار، و أما الازيدة فلا، كما لا يخفى، فافهم .

الصورة الثالثة : أن يكون للميت مال و لم يكن له دين ، أو كان و لم يكن مستغرقاً للتركة و باع قبل موته متاعاً و كان له الخيار أو لصاحبه ، فانه ينتقل ماله ح الى الورثة و اذا فسخ الوارث العقد و فسخه المشتري فبمقتضى قانون الفسخ ينتقل مال المشتري الى الميت أى ينتقل المبيع الى الميت لأنه كان خارجاً من ملكه فيكون من التركة .

و أما الثمن فان كان تالفاً فيكون بدله ديناً على الميت فيخرج من التركة لعدم الفرق في اخراج دين الميت من التركة بين الدين السابق على الموت و الدين الحادث بعد الموت، فان جميع ذلك يخرج من التركة أو يأخذ المشتري مقابل الثمن من المبيع الذي انتقل الى الميت بعد الفسخ فانه يدخل في ملك الميت و المفروض أن الثمن قد تلف في ملك الميت اما تلفاً حقيقياً أو تلفاً حكماً كنقله الى غيره في حياته بالبيع أو بالهبه و نحو ذلك فيكون بدله ديناً عليه، و ح لا ينتقل ذلك المبيع الى الورثة لمكان الدين على ما اخترناه في ارث المال من انه اذا كان للميت دين لا ينتقل ماله الى الورثة بمقدار الدين، و ان كان المبيع و افياً بالثمن الذي يطالبه المشتري

من البايع فهو والآ يأخذ البقية من التركة التى ورثتها الوارث لما عرفت من عدم الفارق بين الدين السابق على الموت أو اللاحق به فان جميع ذلك لا بد وان يخرج من التركة .

وان كانت العين باقية و انتقلت التركة الى الورثة التى من جملتها تلك العين ثم فسخ الوارث أو المشتري العقد و ح كان المبيع الذى اشتراه المشتري من الميت قبل الموت من جملة التركة و هل يكون عين الثمن منتقلا الى المشتري بالفسخ كما هو قانون الفسخ فانه يقتضى رجوع كل من العوض و المعوض الى ملك من خرج من ملكه أو لا ، بل يكون الثمن من جملة التركة لانتقاله الى الورثة قبل الفسخ و ان طرأ الفسخ على العقد بعد ذلك فلا بد وأن يكون من جملة ديون الميت فيخرج من التركة التى من جملتها الثمن المذكور لا عن عين الثمن فقط . كما عرفت . ربما يقال بالثانى كما ذكرناه سابقا و سينا عليه بدعى انتقال التركة الى الورثة مع عدم الدين و من لوازمه ان الثمن كان ملكا للميت فينتقل الى الورثة و الفسخ انما نحقق بعد كون الثمن ملكا للورثة فلا معنى لعوده الى الميت بعد فسخ العقد حتى يعود الى ملك المشتري بقانون الفسخ .

و لكن الظاهر هو الاحتمال الأول و أنه اذا فسخ العقد اما بفعل الورثة أو بفعل المشتري يرجع كل من العوض و المعوض الى مالكا الاول مع بقاء العين و لو فى ملك الورثة كما هو قانون الفسخ و لا ينتقض قانونه بانتقال التركة الى الورثة كما هو واضح .

و السرفى ذلك أن مقتضى ادلة الارث لفظية كانت أو لبية ليس أزيد من كون ما يملكه الميت على أى كيفية كان منتقلا الى الورثة فان كان يملك أمواله بالملكية المطلقة تنتقل تلك الاموال بتلك الكيفية الى الورثة و ان كان مالكا لها بالملكية المقيدة ينتقل اليه كك فان الدليل دل أن ما تركه الميت

فلوارثه، ومن الواضح أن الميت إذا ترك شيئاً في ملكه بالملكية المفيدة لا يقتضى دليل الارث انتقاله الى الورثة بالملكية المطلقة كما هو واضح .
وعليه فان الميت كان مالكا للثمن أو المبيع مثلاً في البيع الذى له الخيار أو للمشتري بالملكية المحدودة بالفسخ لا بالملكية المطلقة لما ذكرنا أن مرجع جعل الخيار فى العقد كالبيع مثلاً الى تحديد الملكية بالفسخ بمعنى أن كل من البائع والمشتري مالك للعرض أو المعوض بالملكية الخاصة المحدودة بالنهية المعينة وهى الفسخ فاذا مات البائع مثلاً وانتقل ماله الذى من جملة الثمن المأخوذ من المشتري الى الورثة فينتقل ذلك على تلك الكيفية الخاصة أى بالملكية المحدودة فكما أن ملكيته كانت تزول بايجاد الغاية وهى الفسخ فى حال حياته وكك تزول ملكية الورثة بايجاد تلك الغاية كما هو واضح، وح فاذا فسخ العقد اما بفعل الورثة أو بفعل المشتري ينتقل كل من العوضين الى صاحبه أى ينتقل المبيع الى الميت ومن الميت الى الورثة وينتقل الثمن من الورثة الى المشتري لحصول غاية ملكيتهم المغياة من الأول ومن حين البيع، بل هذا أمر ارتكازى للمشرعة فى باب الارث و عليه بناء العقلاء، فانهم حاكمون بأنه اذا انتقل شىء من شخص الى الورثة لكان ملكيته له انما ينتقل اليهم على الكيفية التى كان فى ملكه، بل هذا ضرورى فى بيع الخيارى كما اذا باع أحد من شخص داره بالبيع الخيارى بقيمة رخيصة لاحتياجه الى ثمنه وجعل لنفسه الخيار الى مدة ليفسخ بعد ذلك ثم مات المشتري وهل للورثة ان يملكوا الدار بالملكية المطلقة بدعوى أنها انتقلت اليهم فتكون مملوكة لهم بالملكية المطلقة، بل ليس للورثة أن يخرجوا المبيع من ملكهم فى زمن الخيار للشرط الضمنى على الميت عند العقد فيعلم من ذلك أن ما ينتقل من الميت الى الوارث ليس مملوكاً بجمعه بالملكية المطلقة بحيث يوجب الانتقال تبدل الكيفية أيضاً، بل ملكيتهم تابعة لملكية الميت خاصة وعامة كما هو واضح .

فتحصل أنه اذا فسخ العقد بفعل الورثة أو بفعل شخص آخر الذى كان له الخيار انتقل مال كل الى مالكة الأول ولو كان منتقل الى الورثة .
نعم ، لو تصرف الورثة فيما انتقل اليه فى غير ما يكون المعاملة عليه بالبيع الخيارى فان البيع الخيارى قد تقدم حكمه اما باتلافه حقيقة أو بما هو فى حكم الاتلاف كنقله الى غيره ببيع أو هبة أو نحوهما يكون ذلك فى حكم التلف فليس للمشتري مثلا أن يطالب الورثة عين الثمن ولا يفيد ما ذكرناه من كون الملكية محدودة فى المقام و السرفى ذلك بحيث يظهر منه حكم سائر النواقل غير الارث هو أن الوارث و ان كان يملك الثمن المنتقل اليه من الميت بالملكية المحدودة بالفسخ كما ان نفس الميت كان كك ، الا أن ما كان محدودا انما هو هذه الملكية فقط و أما المملوك فهو مطلق و غير مقيد بشىء أى المملوك مملوك لمالكه مطلقا بحيث له ان يفعل فيه ما يشاء و كيف يشاء نظير أن شخص سلطانا لملكة الى شهر و لكن كون سلطنته مقيد قوم محدودة بمدة لا يوجب كون نفوذ سلطنته فيمن له السلطنة عليه أيضا محدودا بتلك المدة ، بل يمكن ان يكون نافذا الى الأبد الى مدة أزيد من مدة السلطنة و المثال الواضح لهذا سلطنة رئيس الوزراء فان سلطنته وان كانت محدودة و لكن مع ذلك ما يفعله نافذ الى أزيد مدة السلطنة كما هو واضح ، و فى المقام أيضا كك حيث ان سلطنة من ملك شيئا بالبيع الذى فيه الخيار و ان كانت محدودة بالفسخ و هو مالك الى غاية خاصة ، و لكن المملوك مملوك له على نحو الاطلاق فان كون المبيع ملكا له غير مقيد بوقت اصلا و عليه فاذا تصرف فيه فى اثناء سلطنته المحدودة تصرفا متلفا أو فى حكم الاتلاف كنقله الى غيره يكون ذلك نافذا الى الأبد و السرفى ذلك هو ما ذكرناه أن المحدود انما هو السلطنة و الملكية دون المملوك و من هذا ظهر الفرق بين الارث و النواقل الآخر أيضا لأنك قد عرفت أن أدلة الارث لا يقتضى

أزيد مما تقدم من كون الورثة مالكا للتركة على الكيفية التي كان المورث مالكا لها وأما في النواقل الأخر حيث وقع بالمملوك الغير المقيد بشيء فيكون نافذا الى الأبد .

نعم ، استثنى من ذلك البيع الخياري فانه لا يجوز بيع المبيع بهذا البيع في مدة الخيار وذلك للشرط الضمني وسيأتى ذلك في خلال البحث في أحكام الخيار ، فانه لا بد من البقاء المبيع الى تمام زمان الخيار فان انقضى زمان الخيار كان البيع لازما فان فسخ المشتري العقد يأخذ المبيع ويعطى بدل الثمن كما هو واضح ، لا يخفى .

ثم ان المصنف (ره) قد ذكر في آخر كلامه أن المقام يحتاج الى التتقيح أزيد من ذلك ، وكتب السيد في حاشيته أنه لم ينقح المصنف المقام أصلا حتى يحتاج الى تنقيح أزيد كما أن الصورة الثالثة لم أر من يتعرض لها من الفقهاء وقد حققناها بحول الله وقوته ، فلاحظ وتأمل .

قوله : لو كان الخيار لاجنبي و مات ففي انتقاله الى وارثه ، الخ .

أقول : اذا كان الخيار للاجنبي و مات فهل يكون خياره للمتعاقدين أو للورثة أو يكون ساقطا وجوه ، فاختار المصنف السقوط لأجل الشك في مدخلية نفس الاجنبي اذا الخيار لم يجعل للاجنبي و لو ارثه ، بل للاجنبي و نتكلم في ثبوت الخيار لو ارثه بأدلة الارث و نحتمل أن يكون لخصوصية الاجنبي دخل في اختصاص الخيار به .

أقول : أن ما ذكره المصنف (ره) من الحكم بالسقوط بموت الأجنبي متين و لكن لا من جهة ما ذكره من الوجه بداهة مدخلية الاجنبي في ثبوت الخيار له فضلا عن الشك فيه فان الخيار ليس دائرته وسيعة بحيث يكون مجعولا للاجنبي و مع عدمه فلوارثه أو للمتعاقدين من الأول قطعا ، بل انما جعل الخيار لخصوص الاجنبي و خصوصية الاجنبي دخيل في الخيار قطعا ولكن

نتكلم فى ثبوته لوارثة بادلة الارث بأنه اذا مات الاجنبى فهل ينتقل خياره هذا الى وارثه أم لا و أى ربط لهذا لمدخلية خصوصية كونه للأجنبى فى الخيار كما هو واضح .

و عليه فيمكن أن يرث وارث الاجنبى خياره اذا صدق عليه أنه مما تركه الميت وح فان كان مدرك ثبوت الخيار وانتقاله من الميت اليهم من جهة الاجماع فلا شبهة أنه دليل لبيّن ، فالمتيقن منه هو صورة كون الورثة لذى الخيار من المتعاقدين ، وان كان مدركه الدليل اللفظى وعموم ما تركه الميت من حق أو مال فهو لوارثه فقد عرفت الاشكال فى ذلك .

و مع الاغضاء ان الظاهر من الحق المتروك أن يكون لجلب المنفعة و لا منفعة للاجنبى فى ذلك ، والا فسخ العقد (وان كان يمكن منعه بانه قد يعطى احد مالا له ليفسخ العقد أو امضاء على أنه منقوض بثبوت الخيار لورثة المتعاقدين فى صورة استغراق الدين التركة من المقرر) .

ثم ان المحكى عن القواعد أنه لو جعل الخيار لعبد أحد هما فالخيار لمولاه و وجهه المصنف بانه يحتمل أن يكون ذلك من جهة عدم نفوذ فسخ العبد و امضائه بدون اذن مولاه ، ولكن لا نعرف وجهها صحيحا لما ذكره فى القواعد و لما ذكره المصنف من التوجيه بدهاة أن ارجاع الامر الى عبد الغير من الوكالة وغير ذلك قد يكون تصرفاً فيه و يكون ذلك تصرفاً فى ملك مولاه فمثل ذلك لا ينفذ بدون اذن مولاه كما اذا أمر عبد غيره أن يمشى الى السوق و يشتري له متاعاً أو أمره بالخياطة و البناية و نحو ذلك فان مقتضى قوله تعالى عبدا مملوكا لا يقدر على شىء أنه ليس للعبد ولا لغيره أن يتصرفوا فيه بمثل هذه التصرفات .

و قد ورد فى رواية أنه سئل الامام عليه السلام عن طلاق العبد زوجته فقال الامام عليه السلام : لا ، و استدلل بقوله تعالى عبدا مملوكا لا يقدر

على شيء و ذكر أنه شيء لا يقدر عليه العبد وقد يكون ما يرجع الى عبد الغير من الأمور التي لا يكون تصرفا في سلطنة مولاه ، ولا يكون مزاحما لاستيفاء منفعه بوجه من الوجوه كأن يوكله أحد في اجراء عقد من النكاح وغيره فان ذلك أمر لا يزاحم العولا ولا يكون تصرفا في ملكه بدون اذن و لا دليل على عدم نفوذ مثل هذه الافعال من العبد (كما أنه لا يتوهم أحد أن تصور العبد شيئا بدون اذن المولى و اطلاعه حرام و هذا أيضا نظير التصورات القلبية مقرر).

و أما اذا مات هذا العبد الذى جعل له الخيار فقد ظهر ما ذكرناه أنه لا ينتقل الى وارثه ، و أما توهم انتقاله الى مولاه بديهي الفساد لعدم كونه وارثا للعبد و كون أموال العبد راجعا الى مولاه ليس من جهة الارث بل من جهة أن العبد لا يملك ، و اما بناء على كون مالكيته فى طول مالكية المولى لا فى عرضه فيكون أمواله راجعا الى مولاه كما هو واضح .
قوله :مسألة و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار أقول : قد تقدم فى خيارى المجلس و الحيوان أن ما يكون مستظما للخيار و امضاء له امران :-

الاول : ما يكون مصداقا للاسقاط بحيث يكون ذى الخيار معتبرا لكون العقد لازما و باقيا و يظهره بمبرز سواء كان ذلك المبرز هو الفعل أو القول ، فان ذلك أى اسقاط الخيار كقبة الأمور الانشائية يحتاج الى الاعتبار أولا ، و الى الاظهار ثانيا ، بحيث يكون مسقطا له بالحمل الشايع وهذا لا شبهة فيه ، و بهذا اشار الامام عليه السلام فى جملة من الروايات و ذلك رضى بالعقد أى مصداق لاظهار الاسقاط لا أن الرواية تدل على كون التصرف مسقطا للخيار تعبدا ، بل يعلل أن كون مسقطا من جهة الرضا بالعقد و قصد ذى الخيار الاسقاط كما هو واضح .

الثانى : أن يكون مسقطا تعبدا و ان لم يكن مصداقا للاسقاط بالحمل الشايح. بل لم يقصد المتصرف سقوطه أو قصد عدمه و لكن التعبد الشرعى أوجب سقوطه بذلك كالتقبيل و اللمس و النظر الى ما لا يحل النظر اليه فان ذلك كله يوجب سقوط الخيار تعبدا أو لم يكن هنا تصرف أصلا فى شىء من العوضين كالترفق الموجب لسقوط خيار المجلس فانه يوجبه تعبدا كما هو واضح. وقد تقدم ذلك كله و الكلام هنا فى أن ما يوجب سقوط الخيار هل يوجب تحقق الفسخ به أيضا أم لا؟ الظاهر أنه لا شبهة فى أن ما يكون مصداقا لسقوط الخيار فهو مصداق للفسخ أيضا ، سواء كان بالقول أو بالفعل أو بغير ذلك ، فمن هذه الجهة لا فارق بينهما ، هذا لا شبهة فيه .

و انما الكلام فى أن ما يكون موجبا لامضاء العقد و سقوط الخيار من التصرف اما لكونه مصداقا للسقوط أو تعبدا اذا وقع على ما انتقل الى ذى الخيار بأن تصرف المشتري فى الحيوان مثلا أو ما اشتراه من المتاع فى مجلس العقد و هل يكون ذلك فسخا تعبدا أو لكونه مصداقا له اذا وقع على ما انتقل عنه بان باع زيد جارية قبلها يعد التسليم أو نظر الى ما لا يحل النظر اليها أو لامسها أو لا يوجب الفسخ . فقد ذهب جمع من العلماء الى الثانى و أن الفسخ يتحقق بذلك كما أن الامضاء كان متحققا بها اذا وقعت على ما انتقل الى المتصرف. أقول : ان كان التصرف فيما انتقل عنه مصداقا للاسقاط فلا شبهة فى كونه موجبا للفسخ و مصداقا له كما كان مصداقا للامضاء أيضا و ان لم يكن ذلك مصداقا للاسقاط اذا وقع على ما انتقل اليه ، بل يكون مسقطا تعبدا كما اذا تصرف بها و لم يكن ذلك بنفسه مصداقا للفسخ و لا أنه قصد كونه مصداقا له فلا يكون موجبا للفسخ اذا وقع على ما انتقل عنه لا من جهة التعبد لكونه ثابتا فى التصرف فيما انتقل اليه ، فلا يمكن تسريته الى التصرف الواقع على ما انتقل عنه كما اذا باع جارية ثم قبلها أو

لا مسها أو نظرا الى ما لا يحل النظر اليها ولا من جهة كونه مصداقا للفسخ
لم اعرفت أنه لم يكن مصداقا للامضاء و لسقوط الخيار و امضاء العقد فلا يكون
مصداقا للفسخ أيضا ، كما هو واضح ، لأن كلا منها يحتاج الى الاعتبار و
الاطهار ، فالتصرفات المذكورة غير قابلة لذلك .

وعلى الجملة ان كان التصرف على نحو يكون مصداقا للفسخ بحسب
المتفاهم العرفي و ان لم يعلم قصد الفاسخ أو علم قصده بأنه اراد بفعله
هذا فسخ العقد لا شبهة فى تحقق الفسخ بذلك كما يتحقق به الامضاء و
ان لم يكن كك ، بل كان ذلك امضاء للعقد من جهة التعبد فقط فلا يكون
فسخا للعقد قياسا كما هو واضح ، فان تسرية من مورده و هو التصرف فيما
انتقل اليه الى التصرف فيما انتقل عنه هذا كله فى مقام الثبوت .

و أما فى مقام الاثبات فاذا تحقق الامور المذكورة من اللمس والنظرو
التقبيل بأن أوقع الامور المذكورة فيما انتقل منه فهل تكون ذلك اشارة على
كون البايع مثلا قاصدا للفسخ أم لا ، و الفرق واضح بين المقام وبين ما تقدم
فى مقام الثبوت ، فان الكلام هناك فى كونه مصداقا للفسخ مع القصد و عدم
كونه مصداقا له مع عدمه و فى المقام البحث فى كاشف القصد بأنه يكشف عند
الظهور أم لا ؟ فافهم ذكر المصنف أن الامر هنا أسهل بناء على أن ذالخيار
اذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفا لا يجوز شرعا الا من المالك أو باذنه دل
ذلك بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا على ارادة انفساخ العقد
قبل هذا التصرف و نقل ذلك عن بعض الفقهاء أيضا كالعلامة وغيره .

ثم ذكر أن اصالة حمل فعل المسلم على لجائز من باب الظواهر المعتمدة
شرعا كما صرح به جماعة كغيرها من الأمارات الشرعية فيدل على الفسخ لا
من الاصول التعبدية حتى يقال انها لا تثبت لوازمها ، و ذكر أن ذلك حقق
فى الاصول .

أقول : ذكر فى الاصول أمران ، أحدهما : أن لوازم الاصول ليست بحجة بخلاف لوازم الأمارات فانها تثبت بها كما تثبت الدلالات المطابقة، وذكرنا نحن أيضا فى البحث المذكور أنه لا فارق فى ذلك بين لوازم الاصول و لوازم الأمارات فانها فى كليهما لا تثبت إلا اذا قام الدليل على ثبوتها و حجية الأمارات بالنسبة اليها كما أنها حجة فى الدلالات المطابقة و قد قام بناء العقلاء على ثبوت تلك اللوازم فى الأمارات التى كانت من قبيل الالفاظ فانه كما قام على حجية الظواهر و اعتبار الدلالات المطابقة بحسب ما يستفاد من ظواهر اللفظ و كك قام على ثبوت لوازمها أيضا و حجيتها بالنسبة اليها و ذلك كالروايات و القرآن و من القبيل الاقارير و الجامع أن كل ما يكون فى مقام التكلم و الافادة و الاستفادة و المرافعات وغيرها من قبيل الالفاظ تثبت فيها ببناء العقلاء لوازمها كما تثبت مدلولاتها المطابقة أيضا كما هو واضح .

و أما اذا لم يكن من هذا القبيل فلا تثبت اللوازم بثبوت الملزوم ، و مثلنا لذلك هناك بأنه ورد أنه اذا اشتبت القبلة يتحرى من اشتبه عليه ذلك ف يأخذ ما هو احرى فان الظن و ان كان حجة هنا للمتحرى و لكن لا يثبت بذلك لوازمه كالوقت مثلا بأن يثبت بكون القبلة هذا الطرف الخاص المظنون الظهر مثلا ، يحكم بان الشمس اذا وصلت الى النقطة الفلانية يحكم بتحقيق الظهر ، و مقامنا من هذا القبيل حيث انه على تقدير أن حمل فعل المسلم على الجائز و الصحيح من الأمارات و لكن لا يثبت بها لوازمها لعدم الدليل عليه ، ففى المقام غاية ما يستفاد من السيرة أو من الروايات كقوله عليه السلام ضع فعل اخيك على احسنه ، و نحو ذلك أن نحمل فعل ذى الخيار الواقع على ما انتقل عنه على الصحيح و أنه لم يفعل محرما و أما أنه فسخ العقد لكونه لازم كون فعله صحيحا لا يثبت بذلك كما هو واضح .

الأمر الثاني : ما ذكره المصنف أيضا و نحن تبعناه من أن الثابت في الشريعة المقدسة انما هو حمل فعل المسلم على أحسنه و على الوجه الصحيح كما إذا صدر فعل من شخص و احتمل كونه حراما أو حلالا فلا بدّ من أن يحمل على الصحيح و على الجائز بأن لا يعامل معه معاملة الفساق من جهة ترتيب أثر الفعل المحرم على ما صدر منه و مثل ذلك بأنه اذا تجاوز شخص عن شخص و تكلم بكلام و احتملنا أنه تسب و احتملنا أنه سلم فان مقتضى حمل فعل المسلم على الصحة أن يقال أنه لم يصدر منه السب لأن المسلم لا يفعل محرما و لا يباشره ، و أما اثبات أنه سلّم بحيث يجب رد جوابه فلا ، لعدم الدليل عليه ، و هذا الذي ذكره (ره) في قاعدة حمل فعل المسلم على الصحة في الاصول و أنها لا تثبت لوازمها متين جدا ، و لا يمكن المساعدة على ما ذكره في المقام كما هو واضح .

و عليه فالمسلم انما هو حمل فعل المتصرف على الوجه الجائز و أنه لم يفعل حراما انشاء الله ، و أما فسخ العقد لكونه لازم عدم صدور الحرام منه فلا دليل عليه كما هو واضح ، هذا كله فيما اذا لم يعلم أن التصرف انما صدر منه عن علم و التفات أو علم أنه تصرف عن غير علم و أما اذا علم أنه تصرف في ذلك غفلة عن بيعه ذلك أو نسيانا فان الأمر هنا أوضح فانه لم يحتمل أحد بل لا يحتمل أنه فسخ العقد بذلك التصرف كما هو واضح .

فتحصل أن حمل فعل المسلم على الصحة و ان التصرف لم يكن محرما لا يدل على الفسخ تعبدا لكونه لازما لحمل فعل المسلم على الصحة الذي من قبيل الأمارات فتحصل أن حمل فعل المسلم على الصحة ليست من الأمارات بل من الأصول العملية فلا تثبت به لوازمه و هو تحقق الفسخ به و على تقدير كونه من الأمارات فلا دليل على حجّية لوازم مطلقا الأمارات لفظية كانت أم غيرها ، كما هو واضح .

هذا كله فيما اذا كان التصرف مما يحرم تعلقه بملك الغير كالتصرفات الخارجية ولذا احتاج الى حملته على الصحة .

وأما اذا لم يكن من التصرفات المحرمة كما اذا لم تكن خارجية ، بل من التصرفات الاعتبارية التى يجوز تعلقها بملك الغير أيضا من غير أن يكون محرمة تكليفاً وان كان نفوذه وضعا يحتاج الى الاذن وذلك كالبيع والهبة والعق ونحوها ، فان مثل هذه التصرفات الاعتبارية يصح تعلقها بمال الغير فضولة ، فلا يكون محرماً .

و دعوى أن الفضولية لا تجرى فى مثل العتق ونحوه من الايقاعات للاجماع و ان كانت صحيحة الاّ أن ذلك لا يدل على تحقق الفسخ لاحتمال الغفلة والاشتباه والجهل فى حق المتصرف . وعليه فاذا تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه تصرفاً اعتبارياً ناقلاً كالبيع والهبة والعق ونحوها فانه لا شبهة فى أن الظاهر من هذه التصرفات أنها وقعت فى ملكه اذ لا يبيع الاّ فى ملك ولا عتق الاّ فى ملك ولا يجوز هبة مال الغير فيكشف ذلك عن أنه فسخ بنفس هذه التصرفات وان كان لا بأس بجواز بيع مال الغير فضولة الاّ أنه على خلاف ظاهر هذه الافعال ، بل لا يقع عتق مال الغير صحيحاً للاجماع وللتسالم على عدم جريان الفضولى فى الايقاعات كالعتق والطلاق ، ولكن الكلام فى حجية هذا الظاهر وان كان هو موجوداً فان كل ظاهر ليس بحجة ، فانه كان حجّيته بالظن الحاصل من ذلك الظاهر ، فان المظنون أن الانسان اذا باع باع مال نفسه أو عتق مال نفسه وهكذا فلا دليل على حجّيته الاّ من جهة الغلبة ولا حجة للظن الحاصل منها .

و بعبارة أخرى أن مدرك حجية هذا الظهور أن كان هو الظن فلا دليل على حجّيته و ان كان شىء آخر من الأدلة الخاصة فلم نرد لئلا خاصاً على اعتباره كما هو واضح .

وقياس المقام بحجية ظواهر الألفاظ قياس مع الفارق بدهة أن الوجه في حجية ظواهر الالفاظ هو الوضع بمعنى أن العقلاء تعهدوا على كلما أرادوا شيئاً فلانياً مثلاً أن تيكلموا بلفظ فلانى وبنوا أيضاً على أنه اذا تكلم أحد بكلام له ظاهر فى معناه الموضوع له يؤخذ بظهور كلامه و الآ فلادليل على حجية مطلق الظواهر كما هو واضح .

و ربما يقال انه اذا باع ذى الخيار مثلاً ما انتقل عنه فيحتمل أنه باع ذلك عن مالكة الفعلى فضولة و يحتمل أنه باعه عن نفسه أصالة و لكن فسخ العقد ببيعه هذا ، فالاصل عدم قصده ببيع ذلك عن غيره .
و فيه أولاً : أن هذا الاصل مثبت لأن فسخ العقد من لوازم عدم قصد البيع عن غيره لا نفسه و الاصل المثبت ليس بحجة .

و ثانياً : أنه لا يعتبر القصد فى بيع مال الغير فضولاً كما لا يعتبر ذلك فى بيع مال نفسه ، بل يكفي مجرد قصد البيع و ابرازه بمبرز ، و قد ذكرنا فى أول البيع أن حقيقة البيع هو هذا .

و عليه فلا قصد هنا حتى ننفيه بالأصل و هذا واضح ، نعم يعتبر ذلك فى بيع الكلى كما تقدم فى بيع الكلى بدهة أنه لا يتعين بدون الاضافة الى ذمة معينة سواء كانت ذمة نفسه البايع أو شخص آخر ، و انما يتعين الكلى بالاضافة الى محل خاص و تقيد به بقيد خاص ولكنه أجنبي عن المقام كما هو واضح .
و بالجملة فلا يمكن اثبات كون التصرفات الواقعة على ما انتقل عنه فسخاً للعقد لا بمقتضى حمل فعل المسلم على الصحة و لا بظهورها فى الفسخ ، و لا بالاصل العملى كما مر ، فافهم .

قوله : مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف ؟

أقول : اذا قلنا بان التصرف يحصل به الفسخ سواء كان خارجياً تكوينياً أو اعتبارياً ، و هل يحصل به الفسخ قبل وقوعه و تحققه أو بعده أو فى اثنائيه

وجوه ربما يقال بالأول كما عن التذكرة بدعوى أن الاسلام يمان به المسلم عن القبيح ، فلو قلنا بعدم حصول الفسخ قبل التصرف فلا بدّ وأن يقع جزء منه أو تمامه محرما و هو ينافى حمل فعل المسلم على الصحة وصيانة الاسلام المسلم عن ارتكاب القبيح و اذن فلا بدّ وأن يكون التصرف كاشفا عن وقوع الفسخ قبله و استدلوا على مرامهم بالروايات الدالة على لزوم العقد بالتصرف معللا بانه رضى بالعقد ، فانه يكون كاشفا عنه بعد الوقوع ، و حملوا على ذلك كلمات جملة من الأعلام و لا يمكن أن يحصل الفسخ بنفس تلك التصرفات الاعتبارية بداهة أن حصول الملك بالبيع مثلا يحتاج الى حصول الفسخ، و حصول الفسخ لو توقف بمثل هذه التصرفات لزم الدور .

و فيه أولا : أنا ذكرنا آنفا أن التصرف على تقدير كونه موجبا للفسخ انما هو من باب كونه مصداقا للفسخ لا كاشفا عنه ، فلا معنى لكونه كاشفا عنه على أنه لو كان الأمر كك ، فلازمه ان يكون الارادة فسخا فان ما هو قبل الفسخ هي الارادة و من الواضح أنه ليس بفسخ ، بل ارادة فسخ كما هو واضح .

و ثانيا : أن لازم ذلك أن لا يحصل الفسخ باللفظ أصلا فانه يكون كاشفا عنه لعدم الفارق بين كون الفسخ باللفظ أو بغيره وهو خلاف الضرورة بين الفقهاء فانهم حكموا بكون الفسخ محققا باللفظ أيضا .

و أما الروايات الدالة على تحقق الرضا بالتصرف فلا شهادة فيها على ذلك بداهة أن معنى الرضا هنا عبارة عن اللامضاء أى التصرف رضاء بالعقد و امضاء له ضرورة أنه لا معنى لحمل الرضا الذى هو أمر قلبى على الفعل التكويني الخارجى ، فيكون الروايات الدالة على حصول الرضا بالتصرف اجنبية عن القول بحصول الفسخ بعد التصرف لكونه كاشفا عن الفسخ و بعبارة أخرى الرضا له معنيان أحدهما الرضا القلبى والثانى الرضاء الخارجى، والمراد

منه في المقام الثاني بمعنى أن التصرف امضاء للعقد وانفاذا له واجازة ورضاء علمي به لا أنه رضاء قلبي و القرينة على كون الثاني مرادا هو عدم صحة حمل الأمر القلبي على الفعل الخارجي كما هو واضح ، ويمكن حمل كلمات الفقهاء أيضا على ذلك فان حكمهم يكون التصرف رضاء بالعقد لعله من جهة كون بنائهم على كون التصرف مصداقا للرضا العلمي و للامضاء و الاجازة .

و من هنا التجأ بعضهم الى كون الفسخ حاصلًا بعد تحقق التصرف في الخارج و ح فيكون التصرف مصداقا للفسخ .

و لكن يرد عليه أن لازم ذلك وقوع التصرف الاعتبارية كلها في ملك الغير فاذا باع يكون بيعه في ملك الغير و اذا وهب أو عتق يكون كل ذلك واقعا في ملك الغير ، فيلزم أن الأمور المذكورة لم تقع في ملك نفس الانسان المتصرف .

نعم ، لا بأس به بناء على جواز بيع الانسان شيئا ثم ملكه الا أنه لا يجري في مثل العتق للاجماع على أنه لا يجري الفضولية في الايقاعات كما عرفت ، بل ربما يكون التصرفا حراما و اذا ترتب عليه الأثر و هو الفسخ ، و تملك الفاسخ المال المنتقل عنه كما اذا كانت التصرفات خارجية كالقبيل و الوطى و اللبس في الجارية و غير ذلك من التصرفات التكوينية الخارجية و هذا كله لا يمكن الالتزام به و قد اختار المصنف معنى متوسطا بين كون الفسخ حاصلًا من الأول و قبل التصرف أو بعده .

و قال بما حاصل كلامه : أن المراد بالبيع هو النقل العرفي الحاصل من العقد لا نفس العقد لأن العرف لا يفهمون من لفظ البيع الا المعنى المأخوذ من العرف في قولهم بعت و عليه فالفسخ الموجب لملك الفاسخ ، المال المنتقل عنه انما يحصل بأول جزء من التصرف الاعتباري أو الخارجي

و أما النقل و التملك العرفى ، انما يحصلان بتمام التصرف أى بالبيع و العتق مثلا . و ح يقع البيع أو العتق أو غيرهما من التصرفات القولية عقدا كان أو ايقانا فى الملك و لا دليل على كون البيع أو العتق و غيرهما من التصرفات القولية واقعا فى الملك بجميع أسبابها و مسبباتها ، بل يكفى فى وقوعها فى الملك أن يقع فيها عند تمام السبب أى و يحصل المسبب فى الملك و أما لا بدّ و أن يكون سببه أيضا بجميع اجزائه حتى الجزء الاول فى الملك . فلا دليل عليه كما هو واضح .

ثم التزم بحرمة الجزء الأول تكليفا فى التصرفات الخارجية كالوطى و التقبيل و نحوهما ، و لكن هذا لا ينافى حرمة ذلك حصول الفسخ به وضا أى لا ينافى حرمة السبب من بعض الجهات صحة حصول المسبب . كما لا يخفى .

ثم قال و بالجملة فما اختاره المحقق و الشهيد الثانى ان لا يخلو عن قوة و به ترتفع الاشكال عن جواز التصرفات وضا و تكليفا و كذا لاندرى أنه كيف يرتفع الاشكال بما ذكره عن جواز التصرفات وضا و تكليفا مع أنه رحمه الله صرح قبل اسطر بحرمة الجزء الأول من التصرفات الخارجية و أيضا كيف ظهر من كلامه أن الحق ما ذهب اليه المحقق و الشهيد الثانى مع أنهما ذهبا الى حصول الحل و الفسخ قبل التصرف بالقصد المقارن كما تقدم رأيهما قبل اسطر فى كلامه .

و الحاصل : أن الكلام فى تحقق الفسخ بالتصرف فى ما انتقل عن ذى الخيار الى غيره بأنه هل يحصل الفسخ قبل التصرف و التصرف كاشف عنه أو بعده أو يحصل فى اثناء التصرف ووجهه ، و قد ذكر غير واحد أنه يحصل قبل الفسخ بدعوى صيانة الاسلام المسلم عن فعل القبيح ، فلا بدّ من الالتزام بحصول الفسخ قبل التصرف ، لئلا يكون امثال البيع و العتق و غيرهما من

التصرفات الاعتبارية تصرفا في ملك الغير، ولثلا يكون مثل الوطى والتقبيل و امثال ذلك من التصرفات الخارجية محرمة تكليفا، ولكن ذكرنا أنه واضح البطلان من جهة أن البيع وغيره من التصرفات الاعتبارية وكك التصرفات الخارجية بنفسها مصداق للفسخ و مبرز له لا أنه كاشف عن تحقق الفسخ قبلها، والآ فلا بدّ وأن يكون الفسخ محققا بإرادة الفسخ، ومن الواضح أن ارادة الفسخ ليس بفسخ على أنه مخالف لكلمات الفقهاء القائلين بأن الفسخ يتحقق بنفس التصرف، ويضاف الى ذلك أن لازم ذلك هو عدم تحقق الفسخ باللفظ أيضا، بل لا بدّ وأن يكون ذلك كاشفا عنه لعدم الفرق في ذلك بين اللفظ وغيره، وهو بديهي البطلان، لحكم جمع من الاعلام بأن الفسخ يتحقق باللفظ وكيف كان فهذا الوجه لا يمكن الذهاب اليه، كما هو واضح على أنه ذكر المصنف وغيره بأن الفسخ لا يحصل بالنية والبناء القلبي، بل هي من الأمور الانشائية فلا بدّ وأن يتحقق بالاظهار بمبرز فبمجرد ارادة الفسخ لا يتحقق الفسخ كما هو واضح.

وقد تقدم الاستدلال على ذلك بروايات لسقوط الخيار بالتصرف كقولهم عليهم السلام وذلك رضى بالعقد والجواب عن ذلك في البيان الأول فراجع ومن هنا التجأ بعضهم الى أن الفسخ انما يتحقق بعد التصرف ويكون حاصلًا بعد تمامية السبب.

وفيه أن لازم ذلك أن يكون التصرفات الاعتبارية من البيع والهبة و العتق واقعة في ملك الغير والالتزام بجواز بيع مال الغير ثم تملكه وأن كان متينا ولكنه لا يتم في العتق حيث انه وقع التسالم بين الفقهاء بعدم صحة العتق بالاجازة المتعقبة وعدم جريان الفضولية فيه فلا يمكن رفع الاشكال بهذا الالتزام.

وأما التصرفات الخارجية من الوطى والتقبيل وغير ذلك فتكون محرمة

تكليفاً و الحال أنه وقع التسالم على حصول الفسخ بالتصرفات الاعتبارية و الخارجية من غير أن يلزم منه محذور كما هو واضح .

وقد اجاب المصنف عن الاشكال بالالتزام بالأمر المتوسط وحاصله أن التصرفات الوضعية فانما يحصل الفسخ بها بالجزء الأول و يحصل النقل و الانتقال بتامة السبب غاية الأمر لا يكون تمام السبب فى ملك البايع أو المعتق و هذا لا دليل عليه بأن يكون تمام السبب واقعا فى ملك البايع و انما المسلم هو لزوم كون البيع واقعا فى ملك والمفروض أنه وقع فيه و بهذا يحمل الأخبار الدالة على أنه لا بيع الا فى ملك ولا عتق الا فى ملك فان الظاهر منها أن يكون البيع واقعا فى الملك وكذا العتق و أما أن يكون تمام سببها أيضا واقعا فى الملك فلا يقتضيه الدليل و السرفى هذا الالتزام هو أن المراد من البيع هو البيع العرفى و هو النقل و الانتقال المعبر عنه بمبادلة مال بمال و لا شبهة فى حصول المبادلة و النقل و الانتقال هنا بنظر العرف و ان كان جزء سبب ذلك واقعا فى منك الغير فان ذلك لا يضر بالمسبب الذى يسمى بيعا أو غيره من المعاملات .

و بعبارة أخرى البيع الحقيقى و واقع البيع عبارة عن المسبب الذى هو البيع العرفى المسمى بالمبادلة و هو حاصل فى ملك البايع و كذلك العتق و أما السبب فليس بواقع البيع و حقيقته فلا محذور فى وقوع جزء منه فى ملك الغير .

و أما فى التكليفيات فلم يدفع الاشكال و التزم بكون التصرفات الخارجية محرمة بالنسبة الى الجزء الأول نعم ذكر فى النتيجة أن الاقوى ما ذكره الشهيد و المحقق الثانى بالنسبة الى الجواز التكليفى و الوضعى ولكنه لم يبين وجه ذلك و دليله فيبقى الاشكال على حاله كما هو واضح ، هذا ،
محصل كلام المصنف .

و لكنه لا يمكن المساعدة عليه فيما ذكره في الوضعيات أيضا وذلك لأن ما تقدم من الاشكال على كون التصرف مسقطا قبل العقد جارها أيضا ، فان ذلك يرجع الى كون ارادة الفسخ مسقطا أو ليس بمسقط بدهاة أن الجزء الأول من التصرف بنفسه ليس مصداقا للفسخ حتى يقال انه حصل الفسخ بنفس الجزء الأول و اذن فلا بدّ من الالتزام بكونه كاشفا عن ارادة الفسخ و يكون ذلك هو المسقط كما هو واضح ، لا يخفى فافهم ، على أنه لو حصل الفسخ بالجزء الأول من الفعل لحصل بالجزء الأول من القول أيضا كالتكلم بكلمة بع من دون أن يعقب ببقية الصيغة مع أنه لم يلتزم بأحد على أن لازم ذلك أنه لو ندم بعد ايجاد الجزء الأول من التصرف عن البيع أن يلتزم بالفسخ و يقال انه حصل بمجرد لفظ (بع) و هذا أيضا بد يسهى البطلان و لم يلتزم به أحد فيما نعلم ، بل المصنف أيضا فلا وجه للذهاب الى أن الجزء الأول من التصرف يكون مسقطا كما هو واضح .

و التحقيق أن يقال انه تارة يقع الكلام في الوضعيات و أخرى في التكليفات ، أما الكلام في الأولى فأیضا يقع في جهتين الأولى في العقود و الثانية في الايقاعات أيضا .

أما الجهة الاولى : فنلتزم فيها بأن الفسخ انما في الانشاء و لكن لا على النحو الذي ذكره المصنف ، بل بالايجاب فقط فانه بعد ما تم سواء كان بالفعل أو بالقول كان ذلك مصداقا للفسخ و ايجابا للبيع و لم يتحقق البيع به بعد حتى يقال ان الفسخ قد حصل بعد التصرف فيقع في ملك الغير بدهاة أن البيع لم يتم بالايجاب الساذج ، بل يتوقف تاميته بتحقق القبول بعده و بالقبول يتحقق تمام البيع فلا يكون البيع بما هو بيع في ملك الغير ، بل الايجاب فقط و من الواضح أنه ليس ببيع ، بل كونه بيعا معلق على مجيء القبول و تحققة في الخارج فكأنه قال البايع بعثك على تقدير تحقق القبول

من القابل ولا يضرّ التعليق هنا فان توقف الايجاب على القبول و تعلقه عليه من طبيعى البيع و بقية العقود فهو فى مثل ذلك ضرورى .

وقد ذكرنا فى أول البيع فى أنه مبادلة مال بمال أن مثله لا يضر حيث ذكرنا أن البيع ليس مطلق المبادلة ، بل المبادلة الخاصة أى على تقدير قبول المشتري و كونه تعليقا لا يضر فانه طبيعى البيع و من الأمور الضرورية فانه لا يبيع البايح متاعه مطلقا و لو لم يقبل الآخر ، بل على تقدير قبول الآخر كما هو واضح ، و وقوع الايجاب فقط فى ملك الغير لا يضر بالبيع لما ذكره المصنف من أن ما يضر بالبيع هو وقوع ذلك فى ملك الغير لا ما هو جزء السبب فانه لا يزيد من اللفظ كقوله بعثك المتاع الفلانى فلا يقال بمجرد وقوع الايجاب من اللفظ وغيره فى ملك الغير أن البيع وقع فى ملك الغير ضرورة أن البيع عبارة عن المسبب و هو بعد لم يتحقق بالايجاب و كيف يكون واقعا فى ملك الغير و لا دليل أيضا على عدم جواز وقوع السبب فى ملك الغير و الروايات الدالة على أنه لا يبيع الا فى ملك انما هى ناظرة الى عدم تحقق البيع (الذى هو المسبب و البيع العرفى الذى هو النقل و الانتقال كما فى المتن) الا فى ملك لا ما هو جزء السبب أعنى الايجاب الساذج .

أما الجهة الثانية : اعنى الايقاعات فالجواب المتقدم و ان لم يكن جاريا هنا و لكن يمكن الجواب عن الاشكال هنا بمثل ما التزم به المشهور فى المعاطات من كونها مفيدة للإباحة أن الملكية فى مثل اعتق عبدك عنى انما تحصل آنا ما ثم يعتق العبد و ذلك لا من جهة اقتضاء الدليل العقلى أو العرفى ذلك ، بل من جهة الجمع بين الأدلة حيث ان مقتضى الروايات أنه لا يبيع الا فى ملك و أن مقتضى تسلط الناس على اموالهم هو وقوع العتق عن الغير فمقتضى الجمع بينها أن الملكية انما تحصل آنا ما بحيث لا يترتب عليها أى آثار فرضتها الا العتق و قلنا ان الالتزام بذلك الناذى سمي بالملكية

التقديرية ليس مجرد فرض كما ربما يتوهم من التعبير بالملكية التقديرية بل لها حقيقة و أن الملكية تحصل حقيقة و واقعا غاية الأمر أن زمانه قليل وان هذه الملكية غير قابلة لأن يترتب عليه أثر غير العتق فقط .

و مثل هذا الكلام نلتزمه هنا أيضا بان يقال انه تحصل الملكية الآنية الحقيقية التي تسمى بالملكية التقديرية للمتصرف ثم يعتق .

و بيانه أن الفاسخ اذا تكلم بصيغة العتق فقبل أن تتم الصيغة بأن يبقى منها حرف واحد فقط نلتزم بحصول الملكية الآنية بين هذا الحرف الباقي و ما تحقق منها فنحكم بوقوع العتق في الملكية فان العتق انما يحصل بعد تمامية الصيغة أجمع بحيث لا يبقى منها حرف واحد لكونها سببا للعتق لا ما هو جزء من الصيغة فانه جزء السبب فلا يتحقق المسبب الذي هو العتق الا بتمامية سببه . وقد عرفت أنه لا محذور في وقوع مقدار من سبب البيع و العتق في ملك الغير لأنه لم يدل دليل على أنه لا بد وأن يكون سبب العتق واقعا في ملك . بل انما دل على وقوع المسبب فيه و عدم وقوعه في ملك الغير و هو العتق كما هو واضح .

نعم . عند ايجاد السبب لم يحصل العتق ، بل هو متوقف على تمامه فيكون حصول العتق معلقا على حصول الملكية الآنية المتوقفة على تحقق الفسخ و قد فرضنا أنه أي الفسخ يحصل بايجاد السبب الآ الجزء الأخير منه فمن زمان الاشتغال بايجاد السبب الى زمان تحقق الجزء الأخير منه لا بد وأن يلتزم بالتعليق و لكن مثل هذا لا يضر بالعقد لكونه تعليقا على الموضوع و التعليق بالموضوع لا يضر كما اذا قال بعنتك المتاع الفلاني على تقدير كونه موجودا و هذا الجواب يجري في العقود أيضا اذا منعنا عن وقوع الفسخ بالايجاب فقط فانه يلتزم بالملكية التقديرية في الآن الاخير من زمان تمامية القبول من ناحية المشتري و من جميع ما ذكرناه ظهر لك أن ما ذكره بعضهم

من لزوم الدور على تقدير الالتزام بحصول الفسخ بالتصرف لا يرجع الى محصل وتقريب الدور هو أن البيع يتوقف على الملكية أي حصولها للبايع وحصولها للبايع يتوقف على الفسخ والفرص أن الفسخ لا يحصل إلا بالبيع الذي يتوقف على الملكية ، فلزم الدور المستحيل لا لما ذكره الشهيد (ره) من كون الدور معيّا اذ لا نفهم أنه ماذا اراد من كلامه هذا بدهاءة أن الدور المعنى انما هى فى المتلازمين الذين معلولان لعدة واحدة كالبتنتين الموضوعتين على هيئة خاصة ولا نعقل هذا المعنى فى المقام فان الدور لو كان فانما هو توفى لا معنى ، ولكن الذى يسهل الخطب أنه لا دور فى المقام ، هذا كله فى الوضعيات فقد اتضع أنه لا اشكال فى تحقق الفسخ بذلك .

و أما الحال بالنسبة الى الحكم التكميلى فى التصرفات الخارجية فقد ذكر المصنف أولاً أنه يحرم التصرف الخارجى فى الجزء الأول تكليفا ثم ذكر وبالجملة فما اختاره المحقق والشهيد الثانى فى المسئلة لا يخ عن قوة و به ترتفع الاشكال عن جواز التصرفات تكليفا و وضعا و لم يبين وجهه لك أقول تارة نقول أن جواز التصرف فى المال هو مترتب على كونه ملكا له قبل هذا التصرف قبلية رتبية ، فلو لم تحصل الملكية للمتصرف بعد وانما تحصل الملكية بنفس التصرف لا يجوز ذلك ولا يكفى فى الجواز التكميلى إلا أن يترتب التصرف على الملكية .

و أما لاتحاد الزمانى فلا يكفى فى الجواز التكميلى و ان حصل الفسخ بذلك وضعا وكك التصرف فى الامة و هذا نظير أن يقال أن التصرف فى المرأة حرام ما لم تحصل الزوجية قبل ذلك بان يقال ان الظاهر من قوله تعالى الآ على ازواجهم أو ملكت ايمانهم أن جواز النظر أو التصرفات الأخر التى لا تجوز لغير الزوج فى زوجته فى مرتبة متأخرة عن الزوجية و الملك اليمينى فلو حصلت الزوجية أو الملكية فى زمان واحد فلا يكفى ذلك فى جواز

ذلك التصرف الذي به تحصل الملكية و الزوجية ، ففي المقام أن الملكية انما تحصل بنفس التصرف الخارجى فيتحققان فى زمان واحد و ان كان التصرف متقدما على الملكية من حيث الرتبة .

وعلى الجملة قد يقال بأن المستفاد من الآيه الشريفه أن حليه الأمة بحيث يجوز التصرف فيها لا بدّ و ان تكون مترتبة على الملكية بحيث أن تحرز الملكية فى الرتبة المتقدمه ثم يجوز التصرف الخارجى فيها وكك فى الاعيان الأخر التى وقعت مبيعه أو ثمنا بأن يقال أن جواز التصرف فيها تكليفا مترتبة على تحقق الملكية قبل ذلك و الاّ فلا يجوز التصرف تكليفا وان حصلت الملكية و التصرف فى زمان واحد نظير أن يقال أن جواز التصرف فى المرأة مترتب على تحقق الزوجية قبل هذه المرتبة و عليه فلا يجوز التصرف التلكيفى فى المال المنقول عنه بحيث يحصل الفسخ و الملكية بذلك فاذا قلنا بذلك فالحرمة باقية على حالها و ان حصل الفسخ بالتصرف كما هو واضح :

و كنظير ماورد أن الماء اذا بلغ قدر كّرلا ينجسه شيء أن الظاهر هو أن تكون الكرية متحققة قبل تحقق الملاقات بحيث لو كانت الكرية متحقق حين تحقق الملاقات يحكم بالنجاسة لأجل ملاقات النجاسة بما ليس بكرّفان ظاهر قوله عليه السلام الماء اذا بلغ قدر كّرلا ينجسه شيء أن الكرية لا بدّ و ان يتحقق قبل الملاقات بالنجاسة قبلية رتبية .

و أخرى نقول بأنه يكفى فى جواز التصرف فى الأموال كونها مملوكا للمتصرف و لو كانت الملكية حين زمان التصرف كما فى حصول طهارة البدن و الغسل بالغسلة الاولى فيما اذا كان البدن متنجسا بنجاسة لا يحتاج تطهيرها الى تعدد الغسل فان الأقوى حصول التطهير و الغسل عن النجاسة أو عن غيرها بهذه الغسلة الوحده كما ذكرناه فى حاشية العروة الاّ اذا كانت النجاسة مما يحتاج تطهيرها الى تعدد الغسل فانه لا

يمكن الالتزام بحصول التطهير والاعتسال بالغسلة الواحدة بل تبقى النجاسة بعد على حالها وعلى هذا فيمكن الالتزام بجواز التصرف لأحد المتعاملين فيما انتقل عنه لكفاية حصول الملكية فى زمان التصرف فى جواز التصرف تكليفاً من غير احتياج الى تحقق الملكية قبل التصرف رتبة .

وعلى الجملة فان قلنا بالاحتمال الأول فلا يمكن دفع الاشكال عن التصرف بالنسبة الى الجواز التكليفي ، بل لا بدّ من الالتزام بالحرمة التكليفية وان قلنا بالثانى فيجوز التصرف تكليفاً لكفاية تحقق الملكية فى زمان الفسخ والتصرف فى الحكم بجواز التصرف تكليفاً كما هو واضح .

والذى ينبغى أن يقال هو أن الظاهر من قوله عليه السلام لا يجوز التصرف فى مال امرأ الآ بطيب نفسه هو أن التصرف الواقع فى ملك الغير بدون اذنه حرام بحيث لم يكن التصرف فى زمان كون الشئ ملكاً له وأما اذا كان التصرف فى زمان حصول الملكية للمتصرف وان لم يكن فى مرتبة فانه لا يشمل دليل حرمة التصرف لعدم كونه فى مال الغير ، بل انما هو فى مال نفسه .

وبعبارة أخرى أن مقتضى الظاهر من الادلة الدالة على حرمة التصرف فى مال الغير هو أن يكون المال مال للغير فى زمان التصرف بأن يكون المال حين اشتغال المتصرف بالتصرف مال للغير وأما لو كان ما تصرف فيه المتصرف مال نفسه فى زمان التصرف ، وان كان مرتبة التصرف قبل مرتبة الملكية بحيث ان التصرف بحسب المرتبة قد وقع فى مال الغير فلا يشمل دليل حرمة التصرف والله العالم ، ويكون ذلك نظير حصول طهارة البدن والغسل بغسلة واحدة فى زمان واحد ، كما هو واضح .

نعم ، كون التصرف الخارجى جائزاً تكليفاً فى مثل الامة متوقف على اثبات أن يكون المراد من قوله تعالى أو ما ملكت ايما نهم أيضاً ظاهرة فى كون

حصول الملكية فى زمان التصرف كافيا فى الجواز التكليفى وان كانت رتبة التصرف قبل الملكية .

ثم انه نقل المصنف عن بعض أن الفسخ اذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به قولاً كان أو فعلاً وأجاب عنه بأنه فاسد فان معنى جواز الفسخ لاجل الخيار الجواز الوضعى لا التكليفى فلا ينافى تحريم ما يحصل به الفسخ و لكن ظاهر المصنف أن مفكك بين الجواز الوضعى و الجواز التكليفى فكأنه حكم يكون التصرف مع كونه حراما تكليفا موجبا لانفساخ العقد و ضعاً لعدم الملازمة بينهما الا أن هذا و أن كان تماما فانه لا ملازمة بين الاحكام التكليفية و الوضعية و لكن الأمر فى المقام ليس كك حيث أن الشارع قد حكم بجواز الفسخ و ضعاً و تكليفا و أنه مباح تكليفا و لكنه من الأفعال التوليدية فيحصل بالقول تارة و بالفعل أخرى .

وعلى كل تقدير لا ملازمة بين جواز الفسخ و ضعاً و تكليفا الذى حكم الشارع بذلك و بين جواز ما يتولد منه الفسخ من الفعل ، بل القول أيضا فانه قد يكون الفعل الموجب للفسخ مباحا ، و قد يكون حراما كما اذا باع خبزاً بأخذه فى شهر رمضان و أكله حيث ان الفعل مع كونه حراما لأن الاكل فى شهر رمضان حرام و مع ذلك يتحقق به الفسخ ، و كذلك القول كما اذا قال فسخت العقد و لكن كان هذا القول فى اثناء الصلاة ، فان التكلّم فى الصلاة حرام ، و لكن مع كونه حراما يحصل به الفسخ و لعل مراد المصنف هذا يعنى لا ملازمة بين جواز الفسخ بان يكون جائزا و ضعاً و تكليفا و بين جواز ما يتولد منه ذلك من الفعل أو القول ، فانه ربما يكون حراما لا أن يكون مراده هو التفكيك بين الجواز الوضعى و الجواز التكليفى بأن يكون الفسخ جائزا و ضعاً و حراما تكليفا ، فان هذا لا يمكن المساعدة عليه بداهة أن الشارع قد حكم باباحة الفسخ لذى الخيار ، فكيف معه يكون حراما فى نفسه بما هو فسخ ،

نعم يمكن أن يحكم بجرمة سببه بما هو سبب الفسخ ، وهذا غير حرمة الفسخ فى نفسه مع قطع النظر عن سببه كما هو واضح ، فافهم .

قوله : فرع : لو اشترى عبدا بجزارية مع الخيار .

أقول : عقد العنوان ولو كان فى شراء العبد بجزارية ولكنه يجرى فى غيرها أيضا ، فالميزان هو اعمال الخيار بالنسبة الى الفسخ والامضاء معا كما هو واضح ، اذا اشترى أحد عبدا بجزارية ، ثم قال أعتقهما ، فهل يكون ذلك اجازة فى العبد وفسخا فى الجزارية ، أو فسخا فى الجزارية فقط ، ولا يكون اجازة فى العبد أو اجازة فى الجزارية ولا يكون فسخا فى العبد وجوه : أما الاحتمال الاول : فلا يمكن المساعدة عليه بوجه بدهة أنه لا يعقل اجتماع الاجازة والفسخ فى آن واحد ، فانه يستلزم المناقضة والخلف وأما الاحتمال الثانى : أعنى حصول الفسخ فى الجزارية فقط ، ولا يكون اجازة فى العبد من جهة دعوى أن الفسخ يتقدم على الاجازة .

ويرد عليه ما ذكره المصنف من أنه لا دليل على تقدم الفسخ على الاجازة ، ولم يرد فى ذلك آية ولا رواية ، نعم يتقدم الفسخ على الاجازة فيما اذا صدر الفسخ من طرف والاجازة من طرف آخر ، ولكن التقديم هنا ليس من جهة الدليل الخاص ، بل لأجل ما يقتضيه القاعدة بدهة أن الاجازة انما هى اجازة من قبل المجيز فقط ، فلا يكون ذلك اجازة من قبل الطرف الآخر الذى له الخيار فنفرضا البايع والمشتري ، وهذا بخلاف الفسخ ، فان أياً من البايع والمشتري فسخ العقد ، ينحل وينفسخ فلا يبقى لا اجازة الآخر مجال أصلا وان جاز قبل فسخ الفاسخ ولكن اذا كان الفسخ والاجازة من طرف واحد بان يتحققا معا سواء اتحد المجيز والمجاز أو تعدد ، فلا وجه لتقديم أحدهما على الآخر ، كما اذا أوجد الفسخ و الامضاء دفعة واحدة بان يقول اعتقهما كما تقدم أو كان للبائع وكيل وقد

جعل الخيار له ولو كيله فاجاز أحدهما العقد وفسخ الآخر فانه لا دليل فى شىء من هذين الموردين على تقديم الفسخ على الاجازة أو العكس ، فان تحققهما معا يستلزم المناقضة بان يقال بصحة العقد وبطلانه فهو محال و تقديم أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح فيسقط كلاهما ، وكذلك الأمر فى المقام حيث ان نفوذ العتق بالنسبة اليهما يستلزم التناقض و ترجيح الفسخ على الآخر أى الاجازة ترجيح بلا مرجح فيسقط كلاهما كما هو واضح ، لا يخفى فافهم .

و أما احتمال أن يعتق العبد وتبقى الجارية بدعوى تقديم الاجازة على الفسخ فيه أنه لا دليل عليه أيضا فانه يستلزم الترجيح بلا مرجح ، كما تقدم ، وقد ذكر المصنف (ره) أنه ربما يقال بتقديم الاجازة على الفسخ من جهة أنها ابقاء للعقد والأصل فيه الاستمرار .
وفيه أولا أن أصالة استمرار العقد لا يثبت كون المعتق هو العبد ، الا على القول بالأصل المثبت .

و ثانيا : أن الصادر من ذى الخيار انما هو قوله اعتقهما معا ولا شبهة أن القول بعتق العبد يستلزم القول بعتق الجارية كما أن العكس كذلك و عليه فلا بد من الالتزام بما ذكره المصنف من القول بأن الأصل هو استمرار العقد ، ومع ذلك لا يحصل الفسخ ولا الاجازة كما هو واضح ، لا يخفى .
نعم ، لا بد وأن يحكم بحصول العتق فى العبد الذى اشتراه بالجارية و بعدم حصول العتق فى الجارية لأن تحقق العتق فى الجارية يتوقف على تحقق الفسخ الذى هو مؤنة زائدة بخلاف تحقق العتق فى العبد فانه ملك نفسه فيكون عتقه نافذا لأن الناس مسلطون على أموالهم .

و الحاصل : أن الكلام كان فيما لو اشترى عبدا بجارية وكان له أى للمشتري خيار فأنه وقع الكلام هنا فى أنه هل يقدم الفسخ على الاجازة أو

تتقدم الاجازة على الفسخ بأن يكون العبد معتقا دون الجارية أو لا يكون شىء منهما معتقا فان عتق كليهما غير معقول لكونه مستلزما لتناقض ، وعتق واحد منهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح فيحكم بسقوط كليهما .

وقد ذكر المصنف و شيخنا الاستاذ و بعض المحققين أن المقام خارج عن بحث تقديم الاجازة على الفسخ أو العكس و الوجه فيه أن النزاع في أن الفسخ يتقدم على الاجازة أو العكس انما هو في مورد يكون الخيار لكل من الطرفين فانه اذا فسخ أحدهما و اجاز الآخر يكون الفسخ هنا متقدما على الاجازة و لكن هذا ليس من جهة دليل خارجي ، بل لاجل اقتضاء القواعد ذلك حيث ان الاجازة انما هي رضا بالعقد و امضاء له من قبل نفسه ، و هذا بخلاف الفسخ فانه هدم للعقد من أصله فيتقدم على الاجازة و أما اذا كان الخيار لواحد أو لمتعدد من طرف واحد ، فلا دليل على تقدم أحدهما من الآخر ، و عليه فيحكم ببقاء العقد على حاله بسقوط العتق من الجانبين أى من العبد و الجارية كليهما .

و لكن يرد عليهما ذكرناه من أن نفوذ العتق في الجارية يتوقف على الفسخ لترجع الى ملكها و لو آنا ما ليتحقق العتق لأنه لا عتق الا في ملك و هذا بخلاف نفوذ العتق و تحققه في العبد ، فانه لا يتوقف على شىء بل ينفذ ابتداء لكونه ملكا للمعتق فيصح عتقه لأن الناس مسيطون على أموالهم و لا يكون العتق متحققا في الجارية فانها مال الغير ، و لا عتق الا في ملك فان كونها ملكا للمعتق يحتاج الى الفسخ و الفسخ لم يتحقق بعد لكونه مزاحما مع الاجازة ، و عليه فلا وجه للحكم بسقوط كلا العتقين من جهة عدم الترجيح لاحدهما ، فالترجيح بلا مرجح باطل .

نعم ، هذا كلام صحيح بالنسبة الى الاجازة و الفسخ حيث انه لا ترجيح لأحدهما على الآخر ، فيحكم بعدم تحقق شىء منهما و لا منافات بين تحقق

العتق والقول بصحته، وعدم تحقق الاجازة فانه لا ملازم بينهما فانه لا يكون التصرف بالعتق اجازة للعقد، فانه ربما يكون قصده مع هذا التصرف على الفسخ بعد ذلك فان التصرف انما يكون اجازة اذا كان مصداقا للاجازة وهذا لا يكون الا مع القصد الا كان التصرف اجازة بالتعبد وسيأتى كما هو واضح.

وبعبارة أخرى لم تقع المزاحمة هنا بين عتق العبد وعتق الجارية بل وقعت المزاحمة بين الاجازة والفسخ فسقوط الاجازة والفسخ معا لا يستلزم سقوط العتقين كك كما هو واضح، لعدم كون عتق العبد محتاجا الى شيء هذا كله بالنسبة الى الحكم الوضعي، وكك الكلام بالنسبة الى الحكم التكليفي فانه جائز فيما أخذ المشتري من الغير وغير جائز في ما انتقل عنه الى غيره مثلا اذا اشترى فاكهة بخبز فاكلهما معا فان هذا التصرف بالنسبة الى الفاكهة جائز لكونه تصرفا في مال نفسه، ولا يتوهم احد حرمة أو ما بالنسبة الى الخبز غير جائز، فانه تصرف في مال الغير فهو غير جائز، الا بانه و كك اذا كان التصرف في العبد والجارية معا تصرفا لا يكون فسخا واجازة تعبدا بأن أمرهما معا بالاتيان بالماء أو شيء آخر فانه جائز بالنسبة الى العبد دون الجارية، هذا كله اذا كان التصرف بنفسه مصداقا للفسخ وقصد الفاسخ أو المجيز الفسخ أو الاجازة بذلك.

وبعبارة أخرى أن الفسخ أو الاجازة من الامور الانشائية فيعتبر فيها القصد والابراز وما ذكرناه من الاحكام انما يجرى في صورة القصد بكونه اجازة أو فسخا ليكون التصرف مبرزا لهما ومصداقا لهما خارجا.

وأما اذا كان التصرف من التصرفات التي تكون اجازة تعبدا وبحكم الشارع لا من جهة كونها انشاء للاجازة وقاصدا به ذلك، بل يتحقق به الاجازة بحكم الشارع حتى مع عدم القصد بها، بل مع القصد بعدمها فانه

ح لا شبهة في كون التصرف اجازة أيضا مضافا الى ما تقدم في خيار الحيوان وذلك كالقبيل و اللمس و الوطى و نحو ذلك من التصرفات التي تكون مسقطة تعبدا كما هو واضح ، هذا فيما اذا كان الخيار لخصوص المشتري .
و أما اذا كان الخيار هنا للبايع فقط و مع ذلك اعتقهما المشتري فان عتقه بالنسبة الى الجارية لا ينفذ أما مع عدم اجازة مالكها فعدم النفوذ قطعى كما هو واضح، و أما مع الاجازة فايضا لا يصح لما مر مرارا أن الفضولى لا يجرى في العتق لكونه من الايقاعات، و قد قام الاجماع بعدم صحة الفضولى في الايقاعات كما هو واضح .

و أما بالنسبة الى العبد الذى هو ما له فنفوذ العتق فيه وضعا متوقف على البحث الآتى من أحكام الخيار و هو أنه هل يجوز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه بما يوجب خروج العين عن ملكه بأنه يتلفه أو يتصرف فيه بما هو فى حكم الاتلاف أم لا يجوز ، فان قلنا بالجواز كما هو الحق فلا شبهة فى نفوذ العتق و الآ فلا ينفذ لما سياتى من أنه متعلق لحق الغير فلا ينفذ التصرف فيه . و أما تصرف البايع فيهما معا فالكلام فيه هو الكلام فيما تقدم من صورة ثبوت الخيار للمشتري فقط و تصرف فيهما معا فلاحظ و تأمل .

و أما اذا كان الخيار ثابتا لهما معا فاعتق المشتري العبد و الجارية معا ، فهل هنا أيضا يتقدم الفسخ على الاجازة أو العكس أو يحكمها سقوط فنقول ان ابيننا فى المسئلة الآية على جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه تصرفا متلفا أو ما هو فى حكم الاتلاف كاخراجه عن ملكه ببيع أو شراء ، و ح يجرى فى المقام جميع ما ذكرناه فيما كان الخيار ثابتا لخصوص المشتري و قد ذكرنا هناك أن العتق ينفذ فى العبد فقط دون الجارية وأن نفوذه فى العبد لا يتوقف على شىء لكونه عتقا فى ملكه و الناس مسلطون على أموالهم و أما عتقه فى الجارية لا ينفذ فانه يحتاج الى الفسخ و لم يتحقق الفسخ بعد

لكونه مزاحما مع الاجازة كما هو واضح ، و هكذا الكلام فى طرف البايع لأن كلا منهما ممن له الخيار و يجرى هنا ما ذكره المصنف أيضا كما اشار اليه فى المتن و جوابه ما قدمناه . و ان قلنا بانه لا يجوز لمن عليه الخيار أن يتصرف فى المال الذى انتقل اليه لكونه متعلقا لحق الغير ، فلا يكون عتق كل من البايع و المشتري العبد و الأمة نافذا كما ينفذ تصرفاتهما الأخرى الناقلة و المتلفة و اذا تصرف كل من البايع و المشتري فى هذا الفرض فيما انتقل عنه لا فيما انتقل اليه ، حتى يتوقف على المسئلة الآتية يفسخ العقد قطعا فيكون التصرف فسخا لعدم تراحمه بالاجازة لأن المفروض أن التصرف فيما انتقل اليه لا يجوز لكونه ممن عليه الخيار و اذن فلا تراحم بين الفسخ و الاجازة كما هو واضح .

ثم انك قد عرفت أن المصنف و ان عنوان الكلام فى العبد و الجارية و لكنها من باب المثال ، فان البحث يجرى فى غيرهما أيضا و الميزان هو أنه هل ينفذ تصرف المشتري فى كل من المبيع و الثمن أو لا ؟ بل فى أحدهما فقط أو لا ، ينفذ فى شىء منهما ، بل يحكم باسقوط و التفصيل هو ما ذكرناه فافهم .

قوله مسئلة : من احكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين .

أقول : قد وقع الخلاف بين الأعلام أن التصرفات المانعة عن استرداد العين هل هى جائزة و ضعا و تكليفا لمن عليه الخيار أو غير جائزة قد يقال بالأول ، و قد يقال بالثانى ، و ربما يفصل بين التصرف عتقا فهو نافذ لكونه بانئه على التغليب و بين غيره فلا ينفذ و فرق بعضهم بين الاتلاف و غيره و جوز فى الثانى دون الأول لكن اذا فسخ العقد يفسخ من اصله ، و قيل بالانفساخ من حين الفسخ و جوه ، بل أقوال ، و لا بدّ و أن يعلم أن هذا

البحث انما له ثمر ووجه اذا لم نقل بمقالة الشيخ الطوسى من القول بانهم تحصل الملكية لكل من ذى الخيار و من عليه الخيار فى زمن الخيار و انما يحصل ذلك بعد انقضاء مدة الخيار ، فانه على هذا لا يجوز التصرف لمن عليه الخيار لكونه تصرفا فى ملك الغير بدون اذنه فهو حرام .

ثم انه بناء على حصول الملكية لكل من البايع و المشتري فى زمن الخيار غاية الأمر أن ذى الخيار له حق الرجوع الى ماله بفسخ المعاملة فان كانت العين باقية يرجع الى عينه و الا فالى مثله ، فلا شبهة على هذا المبنى من وجود المقتضى لجواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه و هو الملكية و لا نعرف وجهها لمنع المقتضى و انما الوجه فى عدم جواز تصرف من عليه الخيار فى العين المنتقلة اليه هو وجود المانع عن التصرف و هو كون العين متعلقة لحق الغير و ح فتصرفه انما يكون تصرفا فى حق الغير فهو غير جائز نظير التصرف فى العين المرهونة مع كونها متعلقة لحق المرتهن و كالتصرف فى المبيع فى البيع الخيارى و كالتصرف فى أموال المفلس فانها متعلق لحق الغرماء فهو لا يجوز ، و كتصرف الورثة فى تركة الميت مع كون الدين مستغرقا للتركة ، فان ذلك تصرف فى حق الغرماء و غير ذلك من الموارد التى يحكم بحرمة التصرف من جهة كونه واقعا على متعلق حق الغير و مقامنا من هذا القبيل حيث ان العين متعلقة لحق الغير فيكون التصرف فيها تصرفا لا فى متعلق حقه ، بل موجبا لزوال حقه فهو لا يجوز كما هو واضح لا يخفى .

و اجاب عنه المصنف بان الثابت من خيار الفسخ بعد ملاحظة جواز التفاسخ بعد تلف العينين هى سلطنة ذى الخيار على فسخ العقد بحيث ان الخيار حق تعلق بالعقد لا بالعين ، و الا فحين تلف احدى العينين أو كلاهما لسقط حق الفسخ و ليس كك ، بل يجوز الفسخ مع تلف العينين

و لكن يرجع الى البدل وعلى هذا فلا مانع من تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل اليه فى العين لكونه مسلطا على ماله .

كان كلامنا فى جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه وقد ذكرنا أن البحث هنا متوقف على القول بحصول الملكية من الأول فى البيوع الخيارية كما تحصل فى البيوع اللازمة أيضا ، غاية الامر أنها فى البيوع الخيارية ملكية متزلزلة فانه على هذا المنهج يقع البحث فى أنه هل يجوز لمن عليه الخيار أن يتصرف فيما انتقل اليه أم لا ؟

وأما على ما سلكه الشيخ الطوسى (ره) من عدم حصول الملك أصلا فى زمان الخيار لكل ممن له الخيار وعليه الخيار فان عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه لا يحتاج الى البحث فانه تصرف فى مال الغير فهو لا يجوز بدون اذنه ، واذن فالمقتضى لجواز التصرف قاصر من غير احتياج الى وجود المانع وأما على المسلك المعروف فلا شبهة فى وجود المقتضى لذلك وهو حصول الملكية من حين العقد واما الكلام فى وجود المانع .

والذى قيل فى وجه المنع عن التصرف لمن عليه الخيار فى ما انتقل اليه هو أن العين أى ما انتقل الى من عليه الخيار انما هى متعلقة لحق الغير وهو من له الخيار ومن الواضح أنه لا يجوز التصرف فى متعلق حق الغير بدون اذنه كما لا يجوز التصرف فى مال الغير بدون اذنه كما لا يجوز التصرف فى العين المرهونة بدون اذن المرتهن وفى أموال المحجورين عليهم من جهة الفس بدون اذن الغرماء وفى الأمة المستولدة لتعلق حق العتق بها وهكذا والمتحصل أن الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث ارجاعهما بحل العقد الى مالكهما السابق فالحق بالأخرة متعلقة بالعين التى انتقلت منه الى صاحبه واذن فلا يجوز أن

يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق كالتصرف المتلف أو ما هو بحكم الاتلاف .
 واشكل عليه المصنف (ره) بأن الخيار أمر تعلق بالعقد حيث ذكرنا
 فى أول الخيارات أنه ملك فسخ العقد أو امضائه لا أنه تعلق بالعين ليكون
 ذلك متعلقا لحق الغير فلا يجوز التصرف فيه وعليه فالمقتضى لجواز تصرف
 من عليه الخيار فى ما انتقل اليه وهو الملكية موجود وما ذكر من المانع لا
 يصلح للمانع فيبقى دليل جواز تصرف الملاك فى أموالهم على حاله أعنى
 النبوى المعروف الناس مسلطون على أموالهم وما يدل على تعلق حق
 الفسخ بالعقد دون العين جواز تفاسخ العقد بعد تلف العينين أيضا
 بديهة أنه لو كانت العين موردا لحق الغير لما جاز التفاسخ بعد تلف
 العينين كما هو واضح .

ولا يقاس المقام بحق الرهن الذى تعلق بالعين الموجب لعدم جواز
 اتلافها فان العين هنا وثيقه فاتلافها ينافى ذلك ، وثانيا أن النص انما
 دل على عدم جواز التصرف فيها هذا محصل كلام المصنف فالنتيجة أنه يجوز
 تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل اليه بلا ريب كما هو واضح .

أقول : ان كان غرض المانعين من كلامهم هذا ما فهم المصنف من كون
 الخيار وحق الفسخ متعلقا بالعين بحيث يكون العين ابتداءً متعلقة لحق
 الغير فما ذكره المصنف من الجواب عنه متين جدا فان الفسخ يتعلق بالعقد
 دائما دون العين ولذا يسقط حق الفسخ بتلف احدى العينين أو كليتهما
 وقد يكون غرضهم من ذلك هو أن الفسخ يتعلق بالعقد بحيث يرتفع به
 العقد والاعتبار الذى كان مظهرها فى الخارج وكأنه لم يكن هنا عقد وبقانون هذا
 الفسخ يرجع كل من العوضين الى ملك مالكه الا ول ويفرض العقد الموجود كالعدم و
 لكن مرجع ذلك بالأخرة ليس الا كون العين متعلقة لحق الغير داهة أنها اذا أوجب
 الفسخ ارتفاع العقد وجعله كالعدم فيكون شأن كل من العوضين شأن أنه لم ينتقل من

ماله الا اول الى غيره فالعين بالأخرة تكون موردا لحق الغير ومتعلقا له ، فانه بانهدام العقد و اعدامه يرجع الى تلك العين بمقتضى دليل اليد . نعم مع عدم بقاءه يرجع الى قيمته ولكنه لا يجوز اتلافها اختيارا بعد العلم بانه ربما يفسخ العقد و يفرض كالعدم و يرجع مالك كل عوض اليه كما هو واضح . و اذن فلا وجه لما أجاب به المصنف عن كلامهم فانهم لا يدعون عدم تعلق الفسخ بالعقد ، بل يدعون تعلقه به كما هو ظاهر كلامهم الذي ينقله المصنف و لكن حيث انه بعد فسخ العقد يرجع كل من البائع والمشتري الى ماله فبالاخرة العين متعلقة لحق من له الخيار فانه مسلط على فسخ العقد فيحتمل أن يفسخ هو ذلك العقد و يرجع الى ماله فمن الآن أي قبل الفسخ أن تلك العين المنتقلة عن له الخيار متعلقة لحقه كما أن العين المرهونة متعلقة لحق الراهن بلحاظ أنه مع عدم اعطاء الراهن حق المرتهن يبيعها المرتهن و يستوفى منها حقه .

و الحاصل أن الفسخ انما يتعلق بالعقد و لكن بعد الفسخ و فرض العقد كالعدم أن المرجوع الى ذى الخيار هو تلك العين التي كانت عند من عليه الخيار فتكون من الأول متعلقة لحقه فلا يجوز التصرف فيها ولا ينافى ذلك انتقال حق من له الخيار الى بدلها اذا فسخ العقد و وجد العين تالفة عند من عليه الخيار كما هو واضح و على هذا فلا وجه لما أجاب به المصنف عن دليل المانعين .

و الذى ينبغى أن يقال فى جوابهم هو أنه لا شبهة فى كون العين المنتقلة الى من عليه الخيار متعلقة لحق من له الخيار ، و لكن لا دليل على عدم جواز التصرف فى كل ما يكون هو متعلق حق الغير ، فان ذلك ليس من الضروريات حتى لا يحتاج الى دليل ، بل انما هو من الامور النظرية فيحتاج الى دليل فلا يمكن اثباته بلا دليل ، فان هذا التصرف انما هو

صدر من اهله لكونه مالكا و وقع فى محله ، بل انما ثبت ذلك فى موارد عديدة من جهة الدليل الخاص كعدم جواز التصرفات المتلفة فى العين مرهونة ، بل مطلق التصرف الا باذن المرتهن فان ذلك من جهة النص و كذلك عدم جواز بيع ما تعلق به حق الاستيلاء كالامة المستولدة و كعدم جواز التصرف فى اموال من هو محجور بالفلس لكون امواله متعلقة لحق الغرماء ، و اما فى غير هذه الموارد فلا ، فى المقام ايضا لم يرد دليل خاص على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل اليه تصرفا متلفا مع كون التصرف صادرا من اهله وهو المالك و واقعا فى محله ، بل انما ذهب المشهور الى ذلك من جهة البرهان المتقدم من حرمة التصرف فى متعلق حق الغير ، و الا لو كان هنا مدرك آخر من الاخبار و غيرها لوصل اليها و كان فى مرمى الناس و مسمع خصوصا من المانعين حيث يذكرونه فى مقام الاستدلال على مقصدهم فيعلم من عدم ذكرهم ذلك و تمسكهم بالدليل المذكور انه ليس هنا دليل آخر يدل على الحرمة كما هو واضح .

و ما ذكره من الدليل واضح المنع فان المقام شبيه بكون اموال كل شخص متعلقة لحق الورثة قبل الموت و هل يتوهم أحد أنه لا يجوز للمالك التصرف المتلف فى اموالهم لكونها متعلقة لحق الورثة و لا يجوز التصرف فى متعلق حق الغير و كذا فى المقام فان العين و ان كانت متعلقة لحق ذى الخيار فى زمن الخيار ، بان يفسخ العقد و يرجع اليها فى زمان الخيار و لا دليل على حرمة مثل هذا التصرف كما هو واضح .

نعم ، قامت القرينة القطعية على عدم جواز تصرف من عليه الخيار تصرفا متلفا فى المبيع فى البيع الخيارى فيما اذا اشترط البايح على المشتري أن لا يبيع المبيع فى مدة الخيار و لا يوهبه كك ، كما اذا باع أحد داره التى تساوى الف دينار بخمسمائة دينار و اشترط على المشتري الخيار الى سنة فان

جاء بالثمن فهو، والآ يسقط خياره أو اشترط عليه أن لا يبيعها الى سنة ولا يوهبها ، فان تقليل الثمن فى ذلك لمكان جعل الخيار قرينة قطعية على عدم جواز التصرف المتلف فى المبيع فى مدة الخيار وقد اشرنا الى ذلك فى طى بعض المسائل السابقة قبيل هذا ، بل قامت السيرة القطعية الارتكازية على ذلك ، حيث ان من احتاج الى نقد يبيع متاعه الذى مورد احتياجه ولا يريد أن يخرج من ملكه يبيعه بعنوان بيع الخيارى و يجمع بذلك بين دفع احتياجه بئمنه و بين عدم خروج متاعه عن ملكه بقدر الامكان والآ لو كان نظره الى اخراجه من ملكه جزما و لازما لباعه من الأول بئمن كان ضعف الثمن الذى كان فى صورة اشتراط الخيار فيكون هذا المورد أيضا من جهة الموارد التى قام الدليل على عدم جواز التصرف فى متعلق حق الغير فى موارد وجود الخيار و لكن لا يقاس بذلك بقية الموارد من البيوع الخيارية فان ما انتقل الى من عليه الخيار و ان كان متعلقة لحق من له الخيار الآ أنه لا دليل على حرمة التصرف فى تلك العين .

ثم ان هنا كلاما بيننا و بين شيخنا الاستاذ فى تصرف من عليه الخيار فى المبيع فى البيع الخيارى من أنه هل يحرم التصرف فى ذلك وضاوتكليا أو تكليا فقط ، فبنى شيخنا الاستاذ فى ذلك و أمثاله على أن الممنوع شرعا كالممتنع عقلا فحكم بفساد المعاملة بذلك و بهذا بنى فى باب النهى عن المعاملات هل يوجب الفساد أو لا ؟ على فساد المعاملة المنهى عنها ، و ننقل ذلك فى المبحث المذكور قريبا فى بحث الأصول و نورد عليه بانهم يرد دليل على أن الممنوع الشرعى كالممنوع العقلى ، بل المسلم من المنع الشرعى هو التحريم التكليفى فقط ، و عليه فتصرف من عليه الخيار فى البيع الخيارى المشروط فيه الخيار أو عدم البيع و الهبة الى مدة خاصة يكون حراما فقط تكليا من جهة مخالفة الشرط و أما من حيث الوضع فلا يترتب عليه فساد

المعاملة المشروط فيها هذا الشرط واذن فاذا فسخ ذى الخيار و وجد العين تالفة أو ما هوفى حكم التلف يرجع الى بدلها من المثل أو القيمة و ان لم تكن العين تالفة يرجع الى نفسها كما هو واضح .

و كيف كان فلا شبهة فى جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من العوض ، بل هذا مما قام عليه الاجماع و تسالم الفقهاء فى بعض الموارد كالثمن فى بيع الحيوان ، فانه هل سمعت من أحد يتوقف فى التصرف هذا الثمن تصرفا متلفا بدعوى أنه متعلق لحق الغير و كذا فى الثمن فى البيع الخيارى حتى مع وجود الخيار للمشتري أيضا من خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط فانه لم يتوهم أحد فى جواز التصرف فى الثمن ، بل بناءً على البيع الخيارى على التصرف فى الثمن اذ البايع انما باع ذلك العين بثن رخيص مع الخيار مدة لاحتياجه الى التصرف فى الثمن كما هو واضح .

و السرفى جميع ذلك هو أن التصرف انما هو صدر من اهله و وقع فى محله ، بل تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من الضروريات كما فى خيار الروية و التأخير و الغبن ، فان الغابن أو الذى يؤخر الثمن عن المدة المعلومة فى المبيع المؤجل أو عن المدة التى رضى البايع بالتأخير فى هذه المدة فى بيع النقد و كذا فيما اشترى شيئاً برؤية قديمة ثم ظهرت العين على غير الوصف السابق فان فى جميع ذلك لا شبهة فى جواز تصرف من عليه الخيار فى المبيع ، بل هو أمر ارتكازى ضرورى فلا يحتاج الى التأمل أصلاً .

و توهم أن الخيار فى الموارد المذكورة ليس من الأول ، بل من زمان ظهور الغبن أو الروية أو تأخير الثمن عن المدة المعينة توهم فاسد بداهة ثبوت الخيار فيها من الأول كما تقدم فى السابق و الوجه فى ذلك هو ما ذكرناه فى مبحث خيار الغبن و الروية و العيب من وجود الشرط الضمنى من المتعاملين من حين المعاملة على تساوى العوضين فى المعاملة لئلا

يتحقق الغبن و ظهور كل من العوضين على الصفة المرئية فى خيار الرؤية و عدم تعيب المبيع فى خيار العيب، و اذا كان هذا الشرط الضمنى موجودا فيثبت من تخلفه الخيار أى خيار تخلف الشرط و حيث ان هذا الشرط موجود من الأول من المتعاملين فيكون الخيار أيضا ثابتا من الأول كما هو واضح .
نعم ، زمان ظهور الغبن و تحقق تأخير الثمن و ظهور المبيع على غير الوصف السابق هو زمان ظهور الخيار لا زمان ثبوته كما هو واضح .

نعم ، قد يوجد الخيار بعد تحقق العقد بزمان بحيث لم يكن هنا خيار من الأول كما اذا باع شيئا من شخص بثمان مؤجل أو نقد فرضى بتأخيره الى مدة فعرض الحجر لفسل على المشتري فى اثناء المدة و صار مفلسا و محجورا بحكم الحاكم و تعلق حق الغرماء فانه ح يثبت الخيار للبائع من زمان عروض الحجر فيكون مخيرا فى فسخ العقد و أخذ عين ماله لوجود النص الخاص فى المقام و هذا هو الذى ذكرناه سابقا و قلنا ان البائع أولى بالعين المباعة من بقية الديان و الغرماء و أما فى غير هذا المورد من الموارد لا نعرف موردا يكون الخيار موجودا بعد زمان من حين تحقق العقد بل هو موجود من الأول لوجود مقتضيه غاية الأمر لم يظهر من حين العقد و انما ظهر بعد مدة كما هو واضح ، فافهم .

ثم ان هذا كله فيما كان التصرف الصادر من عليه الخيار تصافا لازما فقد تحصل أنه لا مانع من تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليمن العوض وضا و تكليفا و أنه لا دليل على المنع عن ذلك و ان كانت العين متعلقة لحق ذى الخيار و أنه لا يزيد على تعلق حق الورثة بأموال الانسان و لم يتوهم أحد حرمة تصرفه مراعاة لحق الورثة و لا دليل على وجوب ابقاء متعلق حق من له الخيار فيما نحن فيه كما أنه لم يرد دليل على وجوب ابقاء الارث للورثة كما هو واضح .

ثم هنا فروع ثلاثة :

الاول : ان مورد البحث كما عرفت هو تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه تصرفا متلفا للعين أو ما هو في حكم الاتلاف مع كون تصرفه في زمن الخيار وقد تقدم الكلام مفصلاً في جوازه و ان منعه جمع من الاكابر و انما الكلام في أن المراد من الخيار الذي يقع التصرف في زمانه هل هو الخيار الفعلي أو يعم الخيار أنشائي أيضا بمعنى أن مورد البحث ما يكون هنا خيار بالفعل أو يعم صورة وجود الخيار بعد ذلك ، و ان لم يكن فعليا ، و انما يكون سببه فعليا فنقول أن الخيار بحسب ثبوته بالفعل أو بالقوة على ثلاثة أقسام : -

الاول : أن يكون ثابتا فعلا كخيار المجلس و الحيوان و نحوهما فان الخيار في امثال ذلك موجود بالفعل أي من أول العقد ، و اذا تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه كان تصرفه في زمن الخيار فموضوع الخيار في هذا القسم انما هو العقد و ليس فيه تعليق على شيء بوجه فيكون حكمه و هو الخيار أيضا فعليا كما هو واضح .

الثاني : أن يكون الخيار فعليا حتى باعتبار سببه أيضا ، بل منشائه كمنه يكون ثابتا في زمان متأخر عن العقد كالخيار الناشئ من الفلوس حيث انه لم يكن في زمان تحقق العقد ، بل العقد حينما تحقق انما تحققت لازما و غير خيارى ، بل انما نشأ الخيار من كون المشتري مفلسا و غير قادر على اداء الثمن ، فانه ورد النص هنا بكون البائع له الخيار بالنسبة الى نفس المبيع ان كان باقيا فيكون هذا الخيار ناشئا من فلس المشتري مع كونه قادرا أولا و انما لم يترق الثمن اما لكون البيع مؤجلا أو لعذر في ذلك .
و بعبارة أخرى اذا باع شخص متاعه من عمرو مؤجلا أو نقدا مع رضائه بتأخير الثمن مع كون المشتري غير محجور بالفلس ، بل واجدا للمال كثيرا و

قادرا لاعطاء الثمن ثم طرأء الفلوس بعد زمان مع بقاء المبيع بعينها فإنه يثبت الخيار للبايع بالنسبة الى ارجاع عين ماله وأنه لا يضرب مع الغرماء ، و هذا الخيار سببه هو الفلوس و انما يحصل ذلك و نفس الخيار بعد زمان مضى من زمان العقد .

الثالث: أن يكون منشاء الخيار من زمان العقد و لكن يكون نفس الخيار متأخرا عن العقد بزمان ، كما فى الخيار الثابت بتخلف الشروط الضمنية أو الصريحة أى المذكورة فى ضمن العقد حيث ان الخيار ليس بثابت من زمان العقد ، و لا يكون فعليًا من حينه بحيث لو تصرف من عليه الخيار انما يقع تصرف فى غير زمان الخيار الفعلى قبل ثبوت الخيار كما فى القسم الثانى أيضا كان كك و انما يثبت الخيار بعد التخلف .

و بعبارة أخرى الخيار مجعول من زمان العقد و لكن ظرفه متأخر حيث ان المتبايعين جعلوا خيارا للمشتري عليه عند ايجاد العقد وفى زمان تحققه و لكن مشروطا بتخلف الشرط فيكون ذلك نظير الواجب المشروط .

فهذه الاقسام الثلاثة مورد للبحث المذكور و هو جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه و عدم جوازه أو بعضها داخل وبعضها غير دخل ، فنقول أما القسم الاول فلا شبهة فى دخوله فى محل النزاع فان الخيار فعلى و محقق عند تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه ، فلو تم ما ذكر من وجه المنع من كون التصرف فى متعلق حق الغير فهو لا يجوز ليجرى فى المقام فان المصداق الواضح لهذا البحث هو هذا القسم .

و أما القسم الثانى : فهو خارج عن محل الكلام جزما بدهة أنه لا يمكن أن يقال أن تصرف المشتري فى المبيع تصرف فى حق الغير باعتبار أنه يطرأه الفلوس بعد ذلك فيثبت الخيار للبايع و تكون العين المبيعة متعلقة لحق البايع مع عدم وجود سبب الخيار و منشأه لا فى زمان العقد و لا فى زمان

التصرف. بل كان البيع لازما من جميع الجهات و لم يكن فيه خيار حتى بنحو المشروط نظير الواجب المشروط و مع ذلك كيف يمكن أن يكون المبيع متعلقا لحق الغير حتى يباحث في جواز التصرف فيه و عدمه و عليه فسواء قلنا بجواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه أم لم نقل فهذا القسم خارج عن حريم البحث جزما كما هو واضح ، و انما المتصرف قد تصرف في ملكه اللزم من جميع الجهات من غير أن يكون فيه شوب الجواز و صدر ذلك التصرف من أهله و وقع في محله كما هو واضح ، لا يخفى فافهم .

و أما القسم الثالث من الخيار فهو مورد البحث و النزاع في أنه داخل في محل الكلام أولا بحيث اذا قلنا بحرمة تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه كون تصرفه هنا غير جائز قبل فعلية الخيار أو أنه خارج عن مورد البحث بحيث انه مع القول بحرمة تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه لا يمكن القول به هنا ففيه كلام و اشكال ، من حيث ان الخيار ليس بفعل على عند التصرف لعدم ثبوته في زمان العقد فيكون التصرف جائزا حتى مع القول بحرمة تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه بداهة أن هذا التصرف لم يكن في زمان الخيار و من حيث ان سبب الخيار كان موجودا في زمان التصرف فمع تمامية البرهان المتقدم للمانعين فالعين هنا متعلق لحق الغير أيضا غاية الأمر أن رجوعه أي ذى الخيار في القسم الاول كان على تقدير واحد وهو الفسخ و في هذا القسم على تقديرين أحدهما التخلف الموجب لثبوت الخيار ، و الثانى الفسخ في فرض التخلف ، و هذا هو الاقوى فان كون رجوع العين الى ذى الخيار بتقدير و تقديرين لا يوجب الفرق بين كون العين متعلقا لحق ذى الخيار ، فيقع التصرف في متعلق حق الغير كما هو واضح فافهم .

الفرع الثانى أنه بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار في ما انتقل اليه تصرفا متلفا للعين أو ما هو بحكم الاتلاف هل يجوز لمن عليه الخيار

أن يتصرفه فيه بما هو المعرض لفوات العين أو لا يجوز ذلك كما لا يجوز التصرف المتلف في العين ، فالمعروف هو الاول و لم يظهر من المصنف اختيار أحد الطرفين و جزم شيخنا الاستاذ على العدم ، و مثال ذلك و طى الأمة ، فانه معرض لكونها مستولدة و الاستيلاء مانع عن الرد و على هذا فيرد الاشكال على المشهور بانه كيف يمكن الجمع بين الحكم بمانعية الاستيلاء عن الرد و بين تجويز الوطى الموجب للاستيلاء و من هنا منع بعضهم عن ذلك و لكن تجويز الوطى مع الالتزام بمانعية الاستيلاء عن الرد بانقذ يعلم الواطى بعدم حصول الحمل بالوطى لكون الأمة يائسة و ح فلا فرق بين الوطى و التقبيل و غيره من التصرفات الغير المانعة عن الرد و ان قلنا بعدم جواز التصرف المانعة عن الرد من التصرفات الاعتبارية و الخارجية و عليه فالوطى يلازم الاستيلاء احتمالا أيضا بحيث أن الواطى يحتمل حصول الاستيلاء و مع عدم العلم بذلك فالظاهر أن مراد من يجوز الوطى مع قوله بمانعية الاستيلاء عن الرد هو أن الواطى لا يعلم بحصول الاستيلاء غاية الأمر أنه يحتمل ذلك فبناءً على جريان الاستصحاب في الأمور الاستقبالية كما هو كك يحكم بعدم حصول الاستيلاء بهذا الوطى و مع الاغماض عن هذا الاستصحاب فيمكن التمسك باستصحاب العدم الازلى .

و توضيح ذلك أنا نشك في أن الوطى مفوت للعين و معرض لها الى التلف أم لا ، نستصحب عدم ذلك و مع الغض عن ذلك فنتمسك باصالة البراءة و الحلّ و نحكم بجواز الوطى لمن عليه الخيار و أن التزمنا بمانعية الاستيلاء عن الرد كما هو واضح .

و على هذا فلا وجه لما أفاده شيخنا الاستاذ من تقوية حرمة الوطى بناءً على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه .

و حاصل كلامه أن الاستيلاء أمر خارج عن اختيار المكلف فانه أمر قهر

الحصول بعد تحقق الوطى وعليه فلا يكون ذلك موردا لتعلق النهى به و
انما متعلق النهى هنا هو الأمر الاختيارى من فعل المكلف الذى يكون
وسيلة للاستيلاد و هو الوطى فيكون الوطى فى نفسه ممنوعا عنه وعليه فنفس
الوطى تفويت لحق ذى الخيار لا فى معرض التفويت ولا يقاس ذلك بعرض
المبيع للبيع لأنه بنفسه ليس تفويتا بل المفوت هو البيع الذى هو مراختيارى
للمكلف و هذا الوجه الذى ذكره الاستاذ قد يسر عليه فى عدّة موارد خصوصا
فى الاصول وبنى أن التكاليف قد يتعلّق بالمسبب و قد يتعلّق بالسبب و
وجه الظهور أن مقتضى الاستصحاب هو عدم كونه مفوتا كما تقدم ، و مقتضى
أصالة البرائة هو جواز الوطى كما يجوز التقبيل ، فافهم .

الفرع الثالث : أنه اذا نقل من عليه الخيار العين الى غيره بعقد جائز
فهل يفسخ العقد الثانى بفسخ ذى الخيار العقد الاول أو لا يفسخ ،
و على تقدير عدم الانفساخ فهل لمن له الخيار اجبار البايع الثانى على
فسخ العقد الثانى أو ليس له ذلك .

أقول : أما بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه فلا
شبهة فى عدم جواز تصرفه فى ذلك سواء كان بالتصرف الخارجى والاعتبارى
و سواء كان التصرف الاعتبارى من التصرفات اللازمة أو الجائزة كما هو واضح
و قد تقدم الكلام فى ذلك .

و أما بناء على الجواز تصرف فان نقل من عليه الخيار العين الى غيره
بعقد لازم فلا شبهة فى أن فسخ من له الخيار العقد لا يكون فسحا للعقد
الثانى ولا أن له اجباره برد العين من المشتري الثانى فان تصرف البايع
الثانى تصرف صدر من أهله و وقع فى محله فانه و ان كانت ملكيته محدودة إلا
أن العين كان مملوكا له مطلقا لا مقيدا بزمان . و ان كان النقل بعقد جائز
و فسخ البايع الأول الذى هو ذى الخيار العقد فهل يكون فسحا للعقد

الثانى أيضا أولا؟ الظاهر أنه لا يكون فسحا بداهة أن المشتري الثانى لم يتلق البيع من البايع الأول حتى يكون البايع الأول مسلطا على فسخ العقد الثانى كما ذكره المصنف ولا أن سلطنة البايع الثانى من فروع سلطنة البايع الأول وفى طولها ليكون مسلطا على فسخ العقد الثانى من هذا الجهة بل انما يتلقى المشتري الثانى البيع من البايع الثانى الذى كان مالكا للعين و قد نقلها اليه فيكون نافذا لكون الناس مسلطون على أموالهم ، ثم هل لذى الخيار اجبار البايع الثانى على فسخ العقد الثانى بعد فسخه العقد الاول أولا ذكر بعضهم ومنهم السيد فى حاشيته أن له ذلك فان قانون الفسخ رجوع كل من العوضين الى مالكة الاول فاذا كان مقتضى قانون الفسخ هو ذلك فيكون من عليه الخيار ضامنا بالعين ابتداءً ضامنا معاوضيا فان تمكن من اداء العين فلا بد له ذلك والا فيكون منتقل الى المثل أو القيمة وحيث ان البايع الثانى الذى هو من عليه الخيار متمكن عن رد العين الى البايع الأول بفسخه العقد الثانى فلا بد له أن يفسخ هذا العقد الثانى ويرجع العين الى مالكة الأول وهو لذى الخيار كما فى ضمان الحيلولة .

أقول : تارة نقول أن سلطنة لذى الخيار لم تنقطع عن العين و اخرى نقول بانقطاعها عنها و انما يكون مالكا لها بالفسخ أى ترفع اليد عن العقد بالفسخ و ترجع العين الى ملك لذى الخيار من غير أن تكون سلطنة مستمرة فى ذلك ، فعلى الوجه الأول فلا شبهة فى أن له أن يجبر الثانى على ارجاع العين اليه كما فى موارد البدل الحيلولة و لكن لم يتوهم أحد أن سلطنة البايع الأول لم تنقطع عن العين كما هو واضح .

و أما الثانى كما هو كك فالظاهر أنه ليس لذى الخيار بعد فسخه العقد أن يجبر البايع الثانى و هو من عليه الخيار على فسخ العقد الثانى بداهة أن مقتضى قانون السلطنة انما هو رجوع كل من العوضين الى مالكة

الأول على تقدير بقاء كل منهما في سلطنة من انتقل اليه بأنه اذا فرض العقد كالعدم بواسطة الفسخ يرجع كل من العوضين الى مالكة الاول كأنه لم يقع هنا عقد و أما اذا لم يكن باقيا في ملك من انتقل اليه فقهرها ينتقل العوض الى البديل فبقانون الفسخ يكون البايع الثانى مشغول الذمة ببديل العين من المثل أو القيمة ولا دليل على اجبار البايع الاول البايع الثانى على ارجاع العين بفسخ العقد الثانى .

و بعبارة أخرى أن العقد اذا انفسخ فيرجع كل عوض الى مالكة الاول كأن العقد لم يقع فيخرج كل من العوضين عن سلطنة من انتقل اليه ويدخل في ملك من انتقل عنه .

و أما اذا لم يكن هنا سلطنة لأحد الطرفين على العين لخروجها عن ملكه و لو لعقد الجائز فقهرها ينتقل الى البديل كما هو واضح .

و توهم أن الذمة ابتداءً تشتغل بالعين كما هو مقتضى الضمان الخارجى بحسب اليد المضمنة و اذا لم يمكن من اداء العين تنتقل العين الى البديل و من الواضح أن اداء العين هنا ممكن بفسخ العقد الثانى توهم فاسد بدهة أن هذا غير الضمان الخارجى فان الذمة هناك مشغولة بالعين ابتداءً بخلاف المقام فان مقتضى قانون الفسخ رجوع كل من العوضين الى مالكة الاول بفرض العقد كأن لم يكن و لكن اذا فسخ العقد ولم تكن العين موجودة عند من انتقل اليه فان مقتضى قانون الفسخ هنا ليس الا ارجاع المالكية السابقة لكل من المتبايعين فحيث لم تكن العين موجودة فلا بد من أن تكون موجودة في متعلق آخر كالبديل .

و بعبارة أخرى أن ذمة من نقل العين الى غيره لا تكون مشغولة ابتداءً الا بالبديل لأن مقتضى قانون الفسخ ليس الا ارجاع ملكية الفاسخ بفسخ العقد فان كانت العين باقية فترجع السلطنة فى ضمنها و الا فى من بدلها

لا أن الذمة تكون مشغولة بالعين ابتداءً ثم مع التعذر تنتقل الى البديل فان العقد انما انفسخ في زمان لم تكن العين موجودة في ذمة من عليه الخيار حتى تكون ذمته مشغولة بها ، بل كانت منتقلة الى الغير فلا ترجع بقانون الفسخ الآ الملكية فقط في ضمن البديل وعليه فلا وجه لدعوى أن البايع في البيع الثاني متمكن من فسخ العقد لفرض كونه جائزاً فإما دام متمكن من ارجاع العين لا تنتقل الى العوض لما عرفت أن الذمة أصلاً لا تشتغل بالعين ، بل حينما تشتغل تشتغل بالبديل ، فافهم .

لا يقال ان معنى الخيار هو تحديد الملكية المنشأة في المقام أن الملكية المنشأة لمن عليه الخيار انما هي محدودة بالفسخ وهو قد نقل العين الى غيره بالعقد الجائز بحيث له فسخه أى العقد الثاني ، فيكون المنشأ هنا أيضاً ملكية محدودة في الحقيقة قد بقي هنا حصة من الملكية في اختياره بان فسخ البايع الاول العقد الأول فله أن يرجع الى هذه الملكية الباقية أى لحصته بعد الفسخ فيجبره بذلك أى البايع الثاني بفسخ العقد الثاني فانه يقال انما يرجع الى هذه السلطنة مع بقاء العين ، و الفرض أنه منتقل الى غيره وح لا يرجع بالفسخ الآ مطلق السلطنة فتكون متعلقة بالبديل على أن مقتضى ما ذكر هو انفساخ العقد الثاني بفسخ العقد الاول وقد عرفت ان المشتري الثاني لم يتلق البيع من البايع الاول ، فلا معنى لانفساخ العقد بفسخ البايع الاول العقد الاول .

و بعبارة أخرى وان كان مقتضى قانون الفسخ هو فرض العقد الاول كأن لم يكن بحيث يرجع كل من العوضين الى مالكه ، ولكن اذا كانت العين نالفة كان مقتضى قانون الفسخ هو فرض العقد كالعدم ، الآ أنه بارجاع الملكية السابقة متعلقة بالبديل وأما ارجاع السلطنة السابقة المتعلقة بالعين مع كون العين منتقلة الى الغير ، فلا فان السلطنة المتعلقة بالعين لا ترجع

الآ مع كون العين موجودة كما هو واضح .

قوله الثانى : أنه هل يجوز اجارة العين فى زمان الخيار بدون اذن

ذى الخيار فيه وجهان : -

أقول : تحقيق هذه المسئلة فى أنه اذا آجر من عليه الخيار العين

المسجلة من غيره ، فهل تبطل الاجارة بفسخ ذى الخيار لكون الاجارة

بعد ذلك واقعة فى ملك الغير ، أى بقاء وان كانت واقعة فى ملك الموجر

حدوثا أو لا تبطل لأنها واقعة فى ملك الموجر الذى كان مالكا بالعين

مطلقا وان كانت ملكيته محدودة .

فذهب المحقق القمى الى بطلان الاجارة بفسخ البيع بخيار رد مثل

الثلث وعلله بانه يعلم بفسخ البيع أن المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ

وأن الاجارة كانت متزلزلة ومراعاة بالنسبة فسخ البيع وذهب المصنف الى

الصحة فعاية الأمر يأخذ ذى الخيار ممن عليه الخيار مثل منفعة العين أى

اجرة مثل فى المدة الباقية .

وحاصل ما ذكره فى وجه ذلك أن من عليه الخيار انما ملك العين

ملكية مستعدة للدوام من غير أن تقيد ملكية بقيد ومن نماء هذه الملكية

المطلقة المنفعة الدائمة فاذا استوفاها المشتري بالاجارة فلا وجه لرجوع

تلك المنفعة الى الفاسخ وانما تعود العين اليه مسلوب المنفعة فى مدة

الاجارة كما اذا باع العين فى زمن الخيار فانه لا شبهة فى نفوذ البيع و

كما اذا تفاسخ البائع والمشتري فانه لم يحتفل أحد ببطلان الاجارة بالتفاسخ

مع أنه لا فرق بين الفسخ والتفاسخ .

ثم ذكر الفارق بين المقام واجارة العين الموقوفة للاولاد فانه اذا

آجرها البطن الاول الى مدة معينة فتبطل الاجارة بعد انقراضه ولا تنتقل

العين الموقوفة الى البطن الثانى الا مسلوب المنفعة .

وحاصل ما ذكره من الفارق هو أن البطون المتأخرة انما يتلقون الوقف من المالك الاول لا البطن الاول فما لبيتهم أى البطون المتأخرة للانتفاع من الوقف من شئون ملك الواقف دون البطن الأول واذن فليس للبطن الاول أن يتصرف فى العين الموقوفة الا بمقدار حقه فان حقه محدود ابوت وليس له أن يوجر العين الى خمسمائة سنة و يأخذ أجرتها فتبقى العين مسلوبة المنفعة بالنسبة الى البطون المتأخرة لعدم سلطة على هذا المقدار فن التصرف فى العين كما هو واضح .

وعلى الجملة فلب مرام المصنف أن من عليه الخيار انما ملك العين على نحو الاطلاق وان كان لذى الخيار ارجاع ذلك الى ملكه ولكن قبل أن يرجعها الى ملكه فلن عليه الخيار أن يتصرف فيها كيف يشاء باعدام العين أو اعدام منافعها الى وقت خاص وهذا واضح جدا .

ولكن مضافا الى بعد ذلك فى نفسه ومخالفته للارتكاز حيث انه من البعيد أن يقال أن المشتري مثلا بمجرد أن اشترى شيئا مع البيع الخيارى أن أجر ذلك الى خمسين سنة أو أزيد فاذا فسخ ذى الخيار العقد فيقول أن العين كانت مملوكة لى وقد أجرتها للغير فانت مستحق للعين مسلوبة المنفعة فان ذلك خلاف الضرورة قطعا ، فافهم .

ولكن هذا المطلب يتوقف على ما ذكرناه من معنى الخيار وحاصله أن معنى جعل الخيار فى العين ليس الا انشاء الملكية المحدودة بالفسخ بحيث تكون غايتها حاصلة بالفسخ وتنتهى مدته لا أن الفسخ رافع للملكية وانما نقول بكونه رافعا لها بالمسامحة والمساهلة والآفى الحقيقة أن المنشأ ليس أزيد من الملكية الخاصة المحدودة ومن الواضح أن الامور المحدودة ينتهى أمدها بحصول الغاية كالصوم المعنى بدخول الليل و جواز الأكل فى شهر رمضان المعنى بدخول الفجر واذا كانت الملكية على

العين محدودة بالفسخ وبالتبع تكون الملكية على المنافع أيضا مقيدة بالفسخ تابعة للعين، والملكية عليها مترتبة على ملكية العين فلا يعقل أن يكون ملكه للمنافع مطلقة ولكن ملكه للعين مقيدة بالفسخ وعليه فإذا فسخ ذى الخيار العقد تنفسخ الاجارة أيضا لتامة أمد ملك من عليه الخيار أعنى موجر العين لغيره بالفسخ وحصول غايته بذلك، نعم المملوك وان كان مملوكا لمن عليه الخيار مطلقا بحيث له أن يتصرف فيه كيف يشاء وان كانت ملكيته لها مقيدة بالفسخ كالسلطنة الموقتة والوزارة الموقتة وغيرها من المناصب والموقرة وكريس الجمهور فى مدة أربع سنوات مثلا فانه وان كانت سلطنتهم موقتة ولكن التصرفات الواقعة فى زمان هذه السلطنة الموقتة يمكن ان تكون مطلقة، فانهم ما لكون للتصرف فى الأمور فى هذه المدة على نحو الاطلاق وكذلك فى المقام حيث ان الملكية وان كانت مقيدة بالفسخ مغياة به ولكن المملوك فى مدة هذه السلطنة مملوكة مطلقة وعليه فينفذ فيه جميع التصرفات من الاتلاف حقيقة أو حكما كالنقل الى غيره ببيع ونحوه ولكن مع ذلك كله فاذا أجر العين من غيره فلا تكون الاجارة نافذة لما بعد الفسخ أيضا .

و السرى ذلك أن العين فى فرض الاجارة لم تخرج من ملك الموجر بل انما ملك المنفعة للمستأجر فاذا فرضنا أن ملكيته للعين مقيدة بالفسخ بمعنى أن العين اذا بقيت فى ملكه فملكته لها مقيدة بالفسخ فتكون المنافع أيضا كك، ولسنا نقول ان ملكية المنفعة لا تنفك عن ملكية العين حتى يقال انه قد يبيع الانسان العين مسلوبة المنفعة كما اذا أجرها لشخص ثم باعها من شخص آخر، بل نقول انه اذا ملك الانسان العين بالملكية المحدودة فلا يعقل أن يملك المنفعة بالملكية المطلقة لأن الملكية الثانية مترتبة على الاولى كما هو واضح .

و على هذا فالوقف وما ذكرناه شىء واحد ولا فارق بينهما أصلا فما

ذكره المصنف من الفارق ممنوع ومن هنا لا وجه للقول بأنه كما يمكن لمن عليه الخيار أن يملك العين لشخص آخر ملكية مطلقة في زمان الخيار كالبيع و نحوه، ولم يكن البيع باطلا بالفسخ، بل ينتقل العوض الى البدل فكذلك الحال في المنفعة أيضا وذلك من جهة أن العين لمكان كونها من قبيل الجواهر لا يتقيد بالزمان كما ذكره أهل المعقول فأن الزمان لا يكون مقدرا للجواهر فلا يقال دار اليوم و دار الغد وأن احدهما غير الآخر و لكن المنافع تقدر بذلك لكونها من قبيل الأعراض وعليه فيمكن تمليك المنفعة بمقدار خاص من الزمان و لكن لا يمكن ذلك في تمليك العين بأن يملكها لشخص زمانا خاصا وعليه فلا يمكن تمليك العين للغير مقيدة بزمان و أما المنافع فلمكان كونها من قبيل الأعراض فيمكن أن تقدر بالزمان و ح فحيث كانت ملكية المنافع يتبع ملكية العين و المفروض أنها باقية في ملك من عليه الخيار فاذا فسخ ذوالخيار العقد فيرجع الى العين فبتبع ذلك يرجع الى المنفعة أيضا لما عرفت أن تمليك المنفعة في زمان ممكن، نعم اذا ملك العين من شخص ببيع و نحوه و لا يمكن الرجوع اليها بعد الفسخ لما عرفت أن الملكية العين لا تقطع بالزمان لكون العين من الجواهر، و الجواهر لا يقيد بالزمان كما ذكر أهل المعقول فافهم .

و ما ذكره المصنف من قياس المقام بالتفاسخ قياس مع الفارق بدهة أن معنى الفسخ هل هو حل العقد السابق و حصول أمد الملكية الحاصلة بالعقد و ليس هنا ملكية جديدة حاصلة بالعقد و هذا بخلاف التفاسخ فان الملكية الحاصلة به ملكية جديدة و حاصلة بالمرضات الجديدة كما هو واضح .

و عليه فيكون اجارة العين للغير قبل التفاسخ نظير بيع العين المستأجرة

فتكون منتقلة الى المشتري مسلوبة المنفعة و هذا بخلاف المقام فان الملكية ليست جديدة كما عرفت فمأذكره المحقق القمي هو متين جدا ولعل غرضه هو ما ذكرناه من ذهابه الى كون الملكية مقيدة بالفسخ و ان لم يصرح به .
لا يقال انه لو أجز من عليه الخيار العين المنتقلة اليه ثم فسخ ذى الخيار العقد لا تبطل الاجارة لعدم كون الملكية على هذا مقيدة بالفسخ فان يقال ان ملكيته لما انتقل اليه تابعة للملكية ما انتقل عنه فاذا كانت الملكية هناك مقيدة فتكون هنا أيضا مقيدة و عليه فاذا قلنا ببطلان الاجارة هناك فنقول ببطلانها هنا أيضا .

(أقول : قد اوردت على الاستاذ بهذا الاشكال و اجاب عنه بهذا الجواب و لكنه أيضا لا يتم فان الملكية فى هذا الطرف أيضا لو كانت مقيدة لما أوجب زيادة القيمة فى ناحية من عليه الخيار و نقصانه فى ناحية من له الخيار ، فافهم) .

لا يقال أن الملكية فى البيع الخيارى اذا كانت مقيدة بالفسخ فيما اذا انتقل هذه الملكية اعنى الحصة الباقية الى من عليه الخيار بالاجازة .
فانه يقال انها تنتقل اليه بالفسخ مجانا و ليس يبيعا ثانيا حتى يورد عليه بعدم ترتب آثار البيع عليه و ليس له الرجوع اليه ثانيا كما هو الحال فى الهبة المجانية فان الرجوع انما يكون اذا كانت الهبة متعلقة بالعين لا بنفس الملكية .

و دعوى أنه لا معنى لاسقاط الملكية لعدم شمول دليل السلطنة عليه مدفوعة بأن الاسقاط بدليل أدلة اسقاط الخيار كقوله عليه السلام الله ، و ذلك رضى منه بالبيع لا بدليل السلطنة ليورد بعدم شموله على رفع اليد عن السلطنة كما هو واضح ، و ان شئت فقل ان معنى الخيار هو كون المنشأ هو الملكية المحدودة بالفسخ على تقدير عدم امضاء ذى الخيار ذلك ، فح لا

نحتاج بذلك الطريق الاعوجاج من نقول أن دائرة المنشأ مضيقه من الاول بعدم الامضاء لا أنه مضيق مع قطع النظر عنه حتى يرد الاشكال المذكور .

قوله : ثم انه لا اشكال في نفوذ التصرف باذن ذي الخيار .

أقول : ذكر المصنف أنه اذا اذن من له الخيار لمن عليه الخيار فى اجارة العين يسقط خياره بذلك لدلالة العرف على ذلك ومنع بذلك عما ذهب اليه المحقق الأردبيلي من منع دلالة الاذن على سقوط الخيار ثم أبدل ذلك بأنه لا يكون الاذن فى البيع أقل من التقبيل الموجب لسقوط الخيار وكذلك أيدته برواية السكونى من كون العرض على البيع موجبا لسقوط والتزاما بالعقد فالاذن لا يقل عنه .

أقول : هذا المسئلة أيضا متوقفة على ما ذكرناه فى معنى الخيار فانه اذا كان معنى الخيار هو تحديد الملكية وأن ملكية المنفعة تابعة لملكية العين كما عرفت فتكون ملكية المنفعة أيضا محدودة بالفسخ بالتبع فلامحال يكون الاذن موجبا بسقوط الخيار وذلك اذ ليست ملكية من عليه الخيار للعين مطلقة حتى لا تبقى خيار لذى الخيار بداهة أنه اذا آجر من عليه الخيار العين باذن من له الخيار الى مدة وغير مقيدة بالفسخ فمهراتكون الاجارة بالنسبة الى الزائد عن زمان الفسخ باذن ذي الخيار فيكون معناه ح أن ذي الخيار رفع اليد عن التحديد المذكور ومع ذلك القول ببقاء الخيار التزام بالتحديد وليس هذا الا خلفا ومناقضة كما هو واضح هذا اذا اذن من له الخيار لمن عليه الخيار أن يوجر العين لنفسه وأما لو اذن فى الايجار فقط من غير أن يقيد به بكون الاجارة لمن عليه الخيار فلا وجه للبطلان لعدم دلالة ذلك الكلام على كون الاجارة لمن عليه الخيار حتى يكون ذلك دالا على الغاء التحديد عن ملكية من عليه الخيار فيحكم بسقوط الخيار، بل يمكن أن يكون اذنا فى الاجارة لتكون اجرته للموَجِر وهو من

عليه الخيار فى مدة الاجارة و لمن له الخيار بعد الفسخ و اذن فلا دلالة لكلامه على سقوط خياره كما اذا صرح بذلك فانه ليس فيه محذورا أصلا فافهم .

فما ذكره المصنف من دلالة الاذن عرفا على السقوط ممنوع على اطلاقه و انما هو يدل على ذلك فى الصورة الاولى دون الثانية كما لا يخفى .
و حاصل الكلام أن من جملة الفروع التى ذكرها المصنف أنه هل يجوز ايجار العين فى زمان الخيار أولا ، و تحقيق هذه المسئلة فى ضمن جهات الاولى : فيما يرجع الى عبارة المصنف حيث انه ذكر أولا فى مطلع كلامه أنه هل يجوز اجارة العين فى زمان الخيار بدون اذن ذى الخيار فيه وجهان ، من كونه ملكا له فيكون التصرف صادرا من أهله و واقعا فى محله فيحكم بصحة الاجارة و من كون العين متعلقة لحق الغير فيحكم ببطلان هذا التصرف فان الفاسخ مسلط لأخذ العين و مع ذلك فلا وجه للحكم بصحة الاجارة فانه بعد ما أخذ الفاسخ العين من المستأجر لا يبقى مجال لصحة الاجارة فان صحتها متوقفة على أن يأخذ المستأجر العين لاستيفاء المنفعة منها ثم ذكر أنه لو أجر العين باذن من له الخيار أو من نفس ذى الخيار ثم فسخ ذى الخيار فلا تبطل الاجارة ثم بعد اسطر ذكر أنه لا شبهة فى نفوذ التصرف اذا كان الايجار باذن من له الخيار و انما الكلام فى أنه هل يكون ذلك الاذن موجبا لسقوط الخيار أولا و على القول بعدم سقوطه بالاذن فهل تبطل الاجارة بنفس التصرف المتحقق فى الخارج أولا ، فيعلم من ذلك أن ما ذكره من أنه لو أجر العين باذن من له الخيار أو من نفس ذى الخيار ففسخ لا تبطل الاجارة أمر مسلم فلا شبهة فيه و كان هذا ليس موردا للاشكال بين الفقهاء ، بل الظاهر أن كلام المحقق القمى أيضا ليس فى هذه الصورة و انما مورد الخلاف و مورد كلام القمى هو الشق الاول أعنى

ما اذا آجر من عليه الخيار العين من غير ذى الخيار بدون اذن من له الخيار، وح كيف ساغ للمصنف (ره) عن تعقيب ما هو ليس بمورد للخلاف بالتعليل بأن من عليه الخيار قد ملك العين ملكية مطلقة الخ ، ثم نقل فيه خلاف المحقق القمى والظاهر والله العالم ، أن فى العبارة سقطاً فكأنه لما ذكر الوجهان ، فى الشق الاول وهو فرض اجارة العين بغير اذن ذى الخيار ثم ذكر الشق الثانى وحكم فيه بعدم بطلان الاجارة بالفسخ ثم ذكره وأما الشق الأول فالظاهر والاقوى هو صحة الاجارة وعلله بما ذكره الى آخر كلامه ، والآ فالشق الثانى ليس مورد التلزم أصلاً فضلاً عن مخالفة القمى فى ذلك ، ولذا لم يستشكل فيه فيما بعد أيضاً من حيث بطلان الاجارة وعدمه وانما تكلم فيه من حيث كون الاذن اسقاطاً للخيار وعدمه ، ومع عدم كونه مسقطاً فهل يسقط بالتصرف أو لا .

الجهة الثانية: أنه ذكر المصنف (ره) وجهان فيما اذا آجر من عليه الخيار العين للاجنى بدون اذن من له الخيار ثم اختار صحة ذلك من جهة أن من عليه الخيار انما آجر العين فى زمان كان مالكا لها فى ذلك الزمان ملكية مطلقة مستعدة للدوام ومن نماء تلك الملكية المطلقة المنفعة الدائمة ، فاذا استوفاهها المشتري بالاجارة فلا وجه لرجوعها الى الفاسخ ، بل يعود الملك اليه مسلوب المنفعة فى مدة الاجارة نظير البيع بعد الاجارة فان العين تكون ح ملكا للمشتري مسلوب المنفعة فى مدة الاجارة ثم ذكر الفارق بين المقام واجارة البطن الاول العين الموقوفة (على البطون على حساب البطن بعد البطن) أزيد من مدة عمرهم فانه تبطل الاجارة هنا بموت البطن الاول بخلاف ما نحن فيه ، فان الفارق هو أن البطن المتأخرة انما تلقوا العين الموقوفة من أصل السبب وهو الواقف دون البطن الاول فلا يكون البطن الاول مالكا للانتفاع بالوقف أزيد من مدة حياته لكونه أى البطن

الاول مالكا للمنفعة المحدودة بالموت فكأن الواقف صرح بذلك كما هو واضح بخلاف المقام فان المشتري الاول قد ملك العين و منافعها مطلقة ما دام لم يفسخ فله التصرف فيها و فى منافعها كك ، أى على وجه الاطلاق فيكون تصرفه نافذا لكونه صادرا من أهل و واقعا فى محله و اذن فلا وجه لبطلان الاجارة بالفسخ . ثم ذكر أن المقام بعينه نظير اجارة العين الى مدة ، ثم تفاسخا المتبايعان بالاقالة حيث انه لم يحتمل احد هنا بطلان الاجارة و كك اذا باع من عليه الخيار العين فى مدة الخيار فان البيع يكون نافذا فلا يبطل بالفسخ . بل يرجع مالك العين فى الصورة الاولى الى عين المولكن مسلوبة المنفعة و فى الثانية يرجع الى بدل العين كما هو واضح ، هذا ملخص كلامه فى المقام .

و لكنه لا يتم على مسلكتنا الذى استثناءه فى معنى الخيار و قلنا ان حقيقته يرجع الى تحديد الملكية المنشأة بالفسخ على تقدير عدم الامضاء و على هذا فلا معنى لصحة الاجارة الواقعة بدون اذن ذى الخيار بعد فسخه العقد ، و يكون عقد الاجارة بالنسبة الى المدة الباقية من زمان الاجارة بعد الفسخ فضولية و موقوفة على اجارة المالك و هو ذى الخيار ذك العقد أى عقد الاجارة ، و الاّ بطلت ان ملكية المنافع كانت تابعة لملكية العين فبعد ما كانت ملكية العين محدودة بالفسخ فكانت ملكية المنافع أيضا كك ناذنا فسخ العقد مع عدم خروج العين عن ملك من عليه الخيار فكما يتم أمد ملكية العين فكذلك يتم أمد ملكية المنفعة أيضا كما هو مقتضى التبعية .

نعم ، لو كانت العين منتقلة الى شخص آخر ببيع و نحوه ولم يكن له الرجوع اليها بعد الفسخ فان ملكية من عليه الخيار و ان كانت مطلقة ولكن المملوك كان مملوكا مطلقا كما مثلناه بمثل السلطنة والوزارة وحيث ان العين من قبيل الجواهر و هى لا تنقيد بزمان فيكون الانتقال الى المشتري الثانى

أبدىا وهذا بخلاف المنافع فانها من قبيل الأغراض فتقدره بالزمان فيمكن أن تملك حصة منها دون الحصة الاخرى وعليه فبالاجارة تملك للمستأجر الى أن يتحقق الفسخ، وأما الحصة الباقية بعد الفسخ فلا، كما هو واضح .
و أما قياس المصنف ذلك بالتفاسخ قياس مع الفارق بدهاة أن معنى الفسخ هو ارجاع الملكية السابقة و ان كان انحلال العقد انما هو من زمان الفسخ، وهذا بخلاف التفاسخ، فانه تمليك جديد من الطرفين فلا بأس فى التمليك الجديد أن تمليك الانسان العين مسلوبة المنفعة كما اذا أجرها من شخص ثم باعها من شخص آخر وك الأمر بالتفاسخ، و اذن فالمقام بعينه مثل الوقف ولا فارق بينهما من هذه الجهة أصلا فما ذكره المصنف من الفرق بينهما غير واضح .

قوله : ثم انه لا اشكال فى نفوذ التصرف باذن ذى الخيار وأتة يسقط

خياره .

أقول : قد عرفت أن المصنف (ره) قد اشار الى عدم بطلان الاجارة بالاذن فيها أو باستئجار نفسه العين عين عليه الخيار وهذا لا شبهة فيه ولا أنه مورد الخلاف بين الفقهاء، ولذا ارسله المصنف ارسال المسلم على النهج الذى ذكرناه من وقوع التصحيف فى العبارة وانما اشار الى جهتين أخيرتين فى المقام، أحديهما سقوط الخيار بالاذن فى الايجار، و الثانية مع قبول عدم سقوطه بذلك لسقوطه بالتصرف بحيث أن الجهة الثانية فى طول الجهة الاولى أما الجهة الاولى فبناء على مسلكتنا فى معنى الخيار من كونه عبارة عن كون المنشأ مقيدة بالفسخ على تقدير عدم الامضاء، وعليه فما لم يأذن من له الخيار فى الايجار أو لم يجز العقد بعد الايجار، يكون العقد فضوليًا بالنسبة الى ما بعد الفسخ فتبطل الاجارة بالرد و بعدم الامضاء و أما اذا اذن فيه أن يستأجر العين لنفسه بأن قال أجر هذه العين ولك

اجرتها .

أو بعبارة أخرى تدل على كون الاجرة للموَجِر فلا شبهة ح فى صحة الاجارة مطلق و سقوط الخيار بهذا الاذن بدهة أنه لا يعقل كون مجموع الأجرة للموَجِر مع عدم الفسخ ، فان من عليه الخيار الذى هو الموَجِر لم يكن مالكا للعين و المنفعة الا بالملكية المحدودة بحيث كان أمدها حاصلًا بعد الفسخ و صارت العين و منفعتها ملكا للمستأجر و اذا صرح نى الخيار كون جميع أجرة العين فى زمان الاجارة للموَجِر حتى بعد الفسخ فلا يعقل هذا الا برفع اليد عن الفسخ و امضاء العقد و جعل ملكية من عليه الخيار مطلقة و الا يلزم التناقض فان مقتضى كون مجموع الاجرة له الملكية مطلقة و الا لم يكن الاجرة بعد الفسخ له و مقتضى عدم سقوط الخيار أن الملكية ليست بمطلقة و هما متناقضان ، فافهم .

نعم ، لو لم يدل الاذن على كون الاجرة للموَجِر ، بل يجتمع مع كونها لنى الخيار أيضا بعد الفسخ ، فلا يسقط الخيار بالاذن المذكور ، فان الاذن بالايجار لا ينافى بقاء الخيار كما اذا صرح بذلك و يقول اذنك فى ايجار العين كيف شئت الا أن الاجرة لك ما لم تفسخ العقد و أما بعد الفسخ فهى ملك لى و هذا واضح .

و أما على مسلك المصنف فانه (ره) قد استدل على سقوط الخيار بوجهين ، الاول : دلالة الاذن عرفا على سقوط الخيار ، فان أهل العرف يفهمون من مثل ذلك السقوط كما هو واضح .

ثم ناقش فى دلالة الاذن على السقوط فى آخر كلامه و شبهه باذن المرتهن للراهن ببيع العين المرهونة حيث ذكر أنه لا يسقط حق الرهانة بذلك عن العين المرهونة بحيث له الرجوع عن اذنه قبل البيع و كفى المقام . ثم تسك بالوجه الثانى للقول باسقاط الاذن ذلك و هو أن الاذن

تضمن للرضاء بالعقد بدهة أنه ليس بآدون من تقبيل الجارية فكما أنه يدل على سقوط الخيار فيها وكك الاذن في التصرف انه يكشف عن رضاء ذى الخيار بالعقد ، فيحكم بالسقوط ثم ايد ه برواية السكونى فى كون العرض على البيع موجبا لسقوط الخيار ، فالاذن بالتصرف أولى بذ لك منه كما هو واضح . أما الوجه الاول : فيرد عليه أن المراد من دلالة الاذن فى التصرف من ذى الخيار أن كان هو الدلالة المطابقية والتضمنية فهو بد يهى البطلان بدهة أنه ليس لسقوط الخيار من ذى الخيار باذن منه فى تصرف من عليه الخيار فى العين التى انتقلت اليه معنى مطابقاً للاذن ولا معنى تضمنياً لذلك لعدم وضع هذه اللفظ فى لغة من اللغات على ذلك فلا يعقل معه دعوى الدلالة المطابقية أو التضمنية .

وأما الدلالة الالتزامية فهى أيضا منفية و ذلك من جهة أن اذن ذى الخيار فى التصرف من عليه الخيار فى العين لا يزيد على ما يقتضيه طبع العقد شيئاً فان مقتضى البيع هو أن كون من عليه الخيار مالكا للتصرف فيما انتقل اليه غايته ملكية محدودة ولا شبهة أنه يجوز للمالك أن يتصرفوا فى أموالهم لكونهم مسططين على ذلك سواء اذن لهم من له الخيار أو سكت ، بل منع عن التصرف فاذا كان ذلك من مقتضيات طبع المعاملة فلا يترتب على الاذن فى تصرفه فيها أثر أصلا ، اذ لا يزيد على أصل مقتضى طبع المعاملة شيئاً أصلا فحيث ان المصنف (ره) قد التزم بحصول الملكية المطلقة لمن عليه الخيار من غير أن تكون مقيدة بالفسخ فلا محالة فجاز له التصرف بحسب مقتضى طبع العقد كك ، و اذن من له الخيار فى ذلك لا يوجب شيئاً وراء ما يقتضيه أصل طبع المعاملة ، فهل يتوهم أحد أنه لو اشترى شخص ثوبا وقال له صاحبه و هو البايع البسه أن هذا اسقاط لخيار المجلس وكذ لك نظائره فان العرف لا يشكون فى عدم دلالة قوله البسه على سقوط الخيار و أى فرق

بينه وبين المقام كما هو واضح ، بل يمكن أن يتوهم أن دلالة اذن المرتتهن للراهن ببيع العين المرهونة على سقوط حق الرهانة عن العين دلالة عرفية موجودة و لكن لا سبيل لهذا التوهم هنا و ذلك لأن الراهن لم يكن له التصرف فى العين المرهونة قبل اذن المرتتهن و هذا بخلاف المقام ، فان من عليه الخيار له التصرف فى العين المنتقلة اليه بحسب مقتضى طبع العقد بدون اذن ذى الخيار كما عرفت .

و بعبارة أخرى معنى الدلالة الالتزامية أن يلزم العلم باللازم بتصور الملزوم فى الالتزام البين بالخاص ، و فى البين بالمعنى الأعم أن يلزم من تصور اللازم والملزوم و النسبة بينهما العلم باللزوم و من الواضح أن كليهما منفى فى المقام ، فانه لا يلزم من تصور الاذن و سقوط الخيار و تصور للملازمة بينهما العلم بالملازمة بينهما فعلى مسلك المصنف فلا وجه لسقوط خيار ذى الخيار باذنه فى التصرف من عليه الخيار فى التصرف فى العين المنتقلة اليه كما هو واضح .

و من هنا ظهر أيضا أنه لو اذن ذى الخيار لمن عليه الخيار فى بيع العين من غيره فلا يسقط خياره ، فان جواز نقل العين لمن عليه الخيار من مقتضيات نفس العقد فلا يكون الاذن فيه موجبا للزيادة الاذن فى التصرف ليكون التصرف مستندا اليه ليكون الاذن ح موجبا لسقوط الخيار .

و الحاصل : أن الاذن لا يوجب زيادة التصرف الذى لم يكن قبل الاذن بحيث يكون مشروعية ذلك التصرف مستندا الى الاذن لى يحكم بدلالة الاذن ح على سقوط الخيار كما هو واضح ، و من هنا التزمنا بسقوط الخيار بالاذن فى التصرف بناء على مسلكنا ، فان جواز تملك من عليه الخيار منفعة العين بعد فسخ العقد أيضا مستند الى اذن ذى الخيار لعدم وجوده قبل ذلك فيكون ح دالا على سقوط الخيار لتحقق الملازمة بينهما على

هذا ، بل يمكن أن يكون معاذنه بانيا على الفسخ ، بل يصح بذلك مع انه لو كان الاذن دالا على السقوط لكان ذلك منافيا لمفهوم الاذن .

وأيضا قد ظهر مما ذكرناه أنه لو أجزر ذوالخيار العين المنتقلة الى من عليه الخيار من الغير لنفسه بان تكون الأجرة له ، فلا مناص عن كون ذلك فسحا للعقد مقابل ما ذكرناه من اذنه له أن يوجرها من غيرها لتكون الاجرة له أى لمن عليه الخيار فانه لا معنى لبقاء العين فى ملكه أى من عليه الخيار مع أن تكون المنافع ملكا لذى الخيار ، بحيث تكون الاجرة التى فى مقابل المنافع ملكا له كما هو واضح .

وأما الوجه الثانى : وهو الالتزام بدلالة الاذن على كون ذى الخيار راضيا بالعقد كالقبيل ، ففيه أنا ذكرناه فى خيار الحيوان أن أمثال هذه التصرفات كالقبيل و اللمس و النظر ، بل الوطى على كون المتصرف راضيا بالعقد ، بل يمكن ذلك مع بنائه على عدم الفسخ أصلا فضلا عن أن يكون خاليا عن البناء أيضا وكك الاذن فانه يمكن أن يأذن فى التصرف على ما هو مقتضى طبع العقد و مع ذلك كان بنائه على الفسخ أو مسكوتا عنه من غير أن يكون ذلك منافيا لمفهوم الاذن كما عرفت ، نعم التزمنا بكون الامور المذكورة موجبة لسقوط الخيار لا من جهة كشفها عن الرضا بالعقد ، بل من جهة التعبد الشرعى و دلالة النص على السقوط بها كما هو واضح ، فافهم . (و من هنا ظهر عدم دلالة رواية السكونى أيضا على ذلك لمكونها واردا على نحو التعبد على أنها ضعيفة السند) على الظاهر نعم اذا كانت هنا قرينة خارجية دلة على سقوط الخيار بالاذن و أنه مصداق لذلك فلا بأس به . لا يقال على ما التزمتمهم من كون الخيار راجعا الى تحديد الملكية يلزم الالتزام بصحة البيع الى أمد خاص مع أنه لم يلتزم به أحد ، و فيه أنه لم يكن نص على بطلان مثل ذلك البيع لم يكن محذورا فيه ، و لكن النص دل على

بطلانه لا يقال بناء على ما التزمتمهم من المعنى المذكور يمكن لنا القول بجواز رجوع ذى الخيار الى من عليه الخيار، فيما اذا نقل العين الى غيره وابقى المنفعة فى ملكه فانه مع الفسخ يرجع الى المنفعة ويتملكها بالفسخ و أن الفسخ ارجاع الملكية الاولى .

وفيه أن ملكية المنفعة تابعة لملكية العين فاذا أمكن ارجاع العين الى الملكية السابقة فترجع معها المنفعة والآ فلا ، كما هو واضح ، وأما الرجوع الى المنفعة فقط دون العين على خلاف الارتكاز العرفى من تبعية ملكية المنفعة لملكية العين ، فافهم .

الجهة الثانى : (اعنى سقوط الخيار بوقوع التصرف فى الخارج باذن ذى الخيار) أنه ذكر المصنف (ره) أن التصرف الواقع تفويت لمحل هذا الحق وهى العين باذن صاحبه فلا يفسخ التصرف ولا يتعلق الحق بالبدل لأن اخذ البديل بالفسخ فرع تلف العين فى حال حلول الحق فيه ، لا مع سقوط الحق عنه .

أقول : ان كان مراد من هذه العبارة أنه يعتبر أن يكون التلف فى زمان وجود الحق لا فى حال سقوطه ، بمعنى أنه انما يبقى حق الفسخ لذى الخيار مع تصرف من على الخيار فى زمان وجود حق الفسخ لذى الخيار وحلوله فانه ح يكون التصرف فى متعلق حق الغير فلا يكون مثل هذا التصرف موجبا لسقوط الخيار فان حين تحققه أى التصرف قل تحقق فى متعلق حق الغير وعليه فله أى لذى الخيار أن يفسخ العقد بعد التصرف المذكور فان كانت العين باقية يرجع الى العين والآ فالى البديل وأما اذا كان التصرف واقعا على العين فى زمان ليس لذى الخيار حق ، بل سقط ذلك بواسطة التصرف ولم يكن التصرف فى متعلق حق الغير فح لا يكون له خيار حتى يفسخ العقد ويرجع الى البديل ومن المفروض أنه اذا اذن لمن عليه الخيار

أن يتصرف فى العين فقد اسقط خياره بذلك، ووقع التصرف فى زمان سقوط الخيار لا فى زمان وجوده و حلوله ليكون التصرف واقعا فى متعلق حق الغير فلا يكون منافيا لثبوت الحق .

و ان كان مراده هو هذا ، فلا نفهم معنى ذلك بوجهولا يمكن تصحيحه بوجه اذ يرد عليه :

أولا : أن كلامنا فى سقوط الخيار بالتصرف بأنه هل يسقط بذلك أو لا يسقط، ففرض سقوط الخيار به بحيث يكون التصرف واقعا فى زمان سقوط الخيار ليس الآدورا واضحا ، فان سقوط الخيار يتوقف على وقوع التصرف و كون التصرف مسقطا للخيار متوقف على سقوط الخيار ليكون واقعا فى زمان سقوطه لا فى زمان حلوله كما هو واضح .

و الحاصل : لو قلنا بان التصرف فى مثل القرض يكون مسقطا يلزم الدور على أنه كيف يكون التصرف مسقطا للخيار مع أنه فى زمان كان له الخيار ليس هنا التصرف و فى زمان تحقق فيه التصرف ليس هناك خيار فلا ربط بالتصرف بسقوط الخيار أصلا كما لا يخفى .

و ثانيا : لا دليل على وقوع التصرف الذى يثبت منه الخيار أى لا يضر بوجوده فى زمان وجود الحق ليكون التصرف فى متعلق حق ذى الخيار ، بل مع كونه واقعا فى زمان عدم الخيار أيضا يمكن أن يبقى لذى الخيار حق الفسخ ، فاذا اتلف من عليه الخيار العين فبفسخ ذى الخيار العقد فيأخذ ممن عليه الخيار بدل العين كما اذا كان لاحد المتبايعين خيار منفصل ككون فى رأس الشهر فقد تصرف الآخر فى العين تصرفا متلفا أو ما هو فى حكم الاتلاف كنقله الى غيره ببيع و نحوه فان ذلك يمنع عن ثبوت الخيار لذى الخيار فى رأس شهر و لم يحتمل أحد سقوط الخيار بتصرف من عليه الخيار قبل وصول زمان الخيار و عليه فاذا وصل وقت الخيار و فسخ ذى الخيار العقد

ينتقل ضمان العين الى البدل فيأخذ ممن عليه الخيار بدل ماله من المثل أو القيمة فلا ملازمة بين فسخ العقد و الرجوع الى البدل و بين كون التلف أو ما هو في حكمه في زمان حلول الحق لا في زمان سقوطه كما هو واضح .
و أيضا لا شبهة في جواز تفاسخ المتبايعين بالاقالة مع تلف إحدى العينين أو كليهما فانه بعد ذلك يرجع الى البدل مع أنه لم يكن حق لاحدهما كما فيما انتقل الى الآخر و بالعكس ليكون التلف في زمان وجود الحق كما هو واضح ، فكيف مع عدم الدليل على ما ذكره المصنف على ما هو ظاهر كلامه فالدليل على خلافه كما عرفت فلا يمكن المساعدة على هذا الرأي بوجه .

و حيث كان هذا الاحتمال بعيدا عن المقام المصنف و لم يكن له معنى محصلا أصلا ، فقد وجه شيخنا الاستاذ سقوط خيار من له الخيار بتصرف من عليه الخيار باذن ذى الخيار بوجه آخر ، ولعله هو مراد المصنف أيضا و قال أن الاولى أن يعلل لسقوط الخيار بالتصرف بما اشرنا اليه في خيار الغبن ، و هو أن التصرف المأذون فيه مفوت لمحل الحق ، حيث ان الغرض من الفسخ استرجاع الملك السابق اما بعينه أو ببديل و كل منهما متعذر أما العين فلخروجها عن ملك المشتري بالتصرف الناقل أو بالاتلاف ، و أما البدل فلأنه فرع كون العين مضمونة عليه و بعد كونه مأذونا في التصرف لا يمكن أن يكون ضمان العين عليه ، فلا موضوع لانتقال الضمان الى بدلها فاذا امتنع الضمان امتنع الفسخ فامتنع الخيار .

و هذا الذى ذكره الاستاذ له وجه ، وقد ذكرنا أنه يمكن أن يكون مراد المصنف و لكن يرد عليه أنه كما أن اذن ذى الخيار في تصرف من عليه الخيار لا يوجب سقوط الخيار ، و كذلك وقوع التصرف فى الخارج باذن ذى الخيار أيضا ، لا يوجب سقوط الخيار و ان كان التصرف واقعا فى متعلق حق الاذن

والسرفى ذلك هو ما تقدم من أن جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من العوض انما هو من مقتضيات طبع العقد سواء أذن له ذو الخيار أم لم يأذن ، لأن العين كانت مملوكا له ولا شبهة فى جواز تصرف الملاك فى ملكهم بأى تصرف شائوا وعلى هذا فاذن ذى الخيار فى التصرف فيها مع تحقق التصرف أيضا فى الخارج لا يوجب سقوط حقه ، وعدم كون التصرف فى متعلق حقه بل يمكن أن يكون بنائه أى الآذن هو الفسخ ، ولوبعد تلف العين أو يصرح بذلك وأنه يرجع الى البديل مع كون التصرف متلفا للعين ، مع أنه لو كان بينهما منافات لما جاز التصريح بذلك .

نعم ، لو كانت العين مملوكة لذى الخيار لكان اذنه فى التصرف فيها موجبا لسقوط الضمان ، وليس كك ، فاذن لا شبهة فى بقاء حق ذى الخيار مع تحقق التصرف فى الخارج ، وح فاذا فسخ ذى الخيار العقد فان مقتضى قانون الفسخ هو رجوع كل من العوضين الى مالكة الأولى ومع عدم بقاء العين يرجع الى البديل .

وبعبارة أخرى أن مقتضى طبع العقد هو جواز تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل اليه من العين سواء اذن به ذو الخيار أم لا ، وسواء تحقق التصرف فى الخارج باذن من له الخيار أم لا ، فان اذن من له الخيار فى ذلك لا يزيد بالنسبة الى أصل الجواز شيئا أصلا ، وعليه فلا ينافى اذن ذى الخيار فى ذلك ببقاء الخيار أصلا كما اذا صرح بذلك لعدم التنافى فى ذلك أصلا .

وأما كون من عليه الخيار ضامنا بالبديل بعد فسخ العقد فانما هو من جهة قاعدة ضمان اليد أو ضمان الاتلاف وذلك فان مقتضى قانون الفسخ هو رجوع كل من العوضين الى مالكة الأولى بعد الفسخ ، فاذا فسخ فمقتضى دليل اليد هو لزوم اداء العين فحيث لم تكن العين موجودة فمقتضاه لزوم

إدائه البديل وهذا هو الذي تقتضيه قاعدة الضمان بالاتلاف، فان مقتضى من اتلف مال الغير فهو له ضامن الرجوع الى البديل من المثل أو القيمة فانه بعد رجوع العوض الى ما لكه الاول انما اتلف من عليه الخيار انما اتلف مال غيره فهو له ضامن بادائه المثل أو القيمة فافهم، فلا يكون الاذن من له الخيار في التصرف ووقوع التصرف في الخارج سببا لسقوط خيار ذي الخيار أصلا، نعم اذا صدر الاذن في التصرف من المالك ووقع التصرف المتلف أو ما هو في حكم الاتلاف في الخارج فلا شبهة في كون هذا النحو من الاذن موجبا لعدم ضمان المتلف بذلك العين فان الاذن قد صدر من أهله ولا بد من الالتزام بلوازمه وهذا غير من له الخيار في التصرف فيما انتقل الى من عليه الخيار فان ذلك التصرف كان مقتضى طبع العقد بخلاف التصرف هنا فانه لم يجز لمأذون له أن يتصرف في مال غيره قبل الاذن، وانما جاز ذلك بعده كما هو واضح فلا يكون موجبا للضمان فكأن شيخنا الاستاذ خلط بين التصرف الواقع في الخارج في مال شخص آخر باذنه فانه لا يوجب الضمان سقوط حقه عن ماله باذنه بالاتلاف وبين المقام حيث أن وقوع هذا التصرف المتلف في الخارج لا يوجب سقوط حق من له الخيار عن العين أعني أنه لو فسخ لكانت العين له، فان وقوع التصرف المذكور باذنه في الخارج لا يوجب سقوط حقه عن الرجوع الى البديل بعد فسخ العقد لعدم كون اذنه في هذا التصرف موجبا لشيء لم يكن لمن عليه الخيار كما هو واضح .

نعم، لو ثبت من القرائن الخارجية أن أذن من له الخيار بالتصرف في العين الخارجية لمن عليه الخيار موجب لسقوطه لكونه قاصداً به سقوط خيار أو أنه قصد ذلك بوقوع التصرف في الخارج وان لم يكن قاصداً ذلك بالاذن لكان للقول بالسقوط مجالا واسعا ولكنه خلف الفرض فانه الكلام في دلالة نفس الاذن على سقوط الخيار كما في الجهة الاولى في دلالة نفس

وقوع التصرف في الخارج على سقوط الخيار كما في الجهة الثانية ، فافهم ذلك .

قوله : مسألة المشهور المبيع يملك بالعقد و اثر الخيار تنزل الملك .
 أقول : الظاهر أن الاولى تقديم هذه المسئلة على المسئلة السابقة ، كما اشرنا اليه في أول المسئلة السابقة بأن يتكلم أولاً في توقف حصول الملكية بانقضاء زمان الخيار أولاً و عدمه ثم يتكلم في أنه هل يجوز تصرف غير ذى الخيار فيما انتقل اليه أولاً فقد ذكرنا أنه لا يجوز ذلك على قول الشيخ لكونه تصرفاً في ملك الغير بدون اذنه فهو لا يجوز و أما على قول غير الشيخ من المشهور القائلين بعدم توقف الملكية على انقضاء زمان الخيار ففيه خلاف فالمقصود أن الاولى تقديم هذه على المسئلة السابقة لتوقفها عليها بخلاف العكس كما عرفت ثم ان المعروف و المشهور بين الفقهاء أن الملكية حاصلة من حين العقد في البيع الخيارى غاية ملكية متزلزلة .

و لكن الظاهر من الشيخ الطوسى و من تبعه انها تحصل بعد انقضاء زمان الخيار لكل من ذى الخيار وغيره اذ لا معنى لحصول الملكية لطرف واحد دون الآخر فان البيع مبادلة مال بمال فلا معنى للانتقال من طرف دون الآخر فافهم .

و قد اضطربت كلمات الفقهاء في فهم كلام الشيخ و بيان مرداه فان ظاهر اطلاق المحكى عن المحقق و جماعة أن الشيخ التزم بعدم حصول الملكية في زمان الخيار المختص بالمشتري أيضاً .

بل صرح في التحرير بشموله لذلك لكن ذكر الشهيد في الدروس خلافاً في حصول الملكية من حين العقد أو بعد انقضاء الخيار ثم نسب الى الشيخ التزامه بحصول الملكية من حين العقد في الخيار المختص للمشتري و نقل عن ابن الجنيد توقف حصول الملكية على انقضاء زمان الخيار ثم وقع الخلاف

بين الأعلام فى أن الشيخ فيما يقول بتوقف الملكية على انقضاء زمان الخيار هو من باب الكشف أو النقل و أيضا وقع الكلام فى أنه يقول بذلك فى الخيارات المتصلة فقط أو مطلقا و ان كانت الخيارات منفصلة عن العقد و أن مراده هو ذلك فى صورة كون الخيار لكل من البايع و المشتري أو للبايع، و أما اذا اختص بالمشتري فلا يقول بذلك أو يقول به مطلقا كما عرفت الاشارة الى كون كلامه مطلقا بالنسبة الى الخيار المختص بالمشتري أيضا على ما هو المحكى عن المحقق و جماعة، و ظاهر بعضهم عدم التوقف فى صورة اختصاص الخيار بالمشتري كخيار الحيوان و نحوه .

و على الجملة اضطربت كلمات الفقهاء فى نسبة القول بتوقف الملكية على انقضاء زمان الخيار الى الشيخ ، فان منهم من قال بان الشيخ التزم بذلك فى مطلق زمان الخيار و ان كان مختصا بالمشتري أو يقول بذلك فيما كان الخيار ثابتا للمتبايعين معا أو لخصوص البايع و أيضا وقع الخلاف فى أنه يقول بذلك فى الخيار المتصل أو فى الخيار المنفصل أيضا و قد نسب اليه فى القول بعدم التوقف فيما اذا صار أحد المتبايعين مفلسا الى غير ذلك من الاختلافات و الاضطرابات كما ذكره المصنف فى المتن ، و لا يهمننا تحقيق هذا المطلب و انما المهم بيان مدرك الشيخ القائل بالتوقف مطلقا أو فى الجملة و بيان مدرك المشهور القائلون بعدم التوقف، بل التزموا بحصول الملكية من حين العقد .

الظاهر أنه لا شبهة فى دلالة عمومات صحة العقود و المعاملات ، و لزومها على كون الملكية حاصلة من الأول لا لأنها متوقفة على شيء ، فان الظاهر من قوله تعالى أحل الله البيع، أن ما ينتقل الى كل من المتبايعين بوسيلة البيع يجوز له التصرف فيه بخلاف ما كان فيه الربا ، فانه لا يجوز فان معنى حلية البيع ملازم لحلية ما يحصل النقل و الانتقال بواسطة البيع و كك

أوفوا بالعقود ، خصوصا قوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الآآن تكون تجارة عن راضٍ فان الاكل ليس هو الازدراء ، بل هو كناية عن التملك فمحصل الاية أنه لا تمتلكوا أموالكم بالباطل ، ولكن تمتلكوا بالتجارة عن تراض ، فالله تبارك وتعالى قد حصر اسباب التملك المشروع بمقتضى النفي والاثبات بالتجارة عن تراض وجعلها سببا وحيدا لذلك مقابل التملك الباطل ، فمقتضى ذلك أن الملكية حاصلة من حين العقد لصدق التجارة عن تراض على البيع من حين العقد ، وقد فرضنا أن التجارة عن تراض هو السبب الوحيد لحصول الملكية فتحصل الملكية فى البيع من حين العقد من غير توقف على انقضاء زمان الخيار ، بل هذا هو الذى قامت عليه السيرة بين الناس فانهم يعاملون مع المثلث معاملة الملكية من حين العقد من غير توقف فى ذلك على شىء ومن الواضح أن الشارع قد أمضى ما هو المتعارف بين الناس من المعاملات وليس له فى ذلك طريق خاص غاية الأمر قد منع عن بعض المصاديق تخطيطا للعرف كما أضاف إليها بعض الشروط لذلك ومع الشك فى مورد أنه اعتبر الشارع هنا شرطا أو لم يعتبر فيتمسك بالاطلاقات والعمومات الدالة على صحة المعاملات ونفوذها ويحكم بحصول الاثر من الاول وعدم توقفه على شىء آخر ، بل هذا هو مقتضى ما انشأه المتعاملان فان غرضهما جعل البيع سببا للملكية وهو يقتضى حصولها من حين العقد الآ دل دليل خارجى على توقفها على شىء آخر كما فى بيع الصرف والسلم ، فان الدليل الخاص دل على توقف حصول الملكية بالتقايض فى المجلس وعدم حصولها بمجرد البيع كما هو واضح .

ثم انه لا يكفى مجرد وجود هذه العمومات والاطلاقات فى بطلان مسلك الشيخ ، بل لابد وأن يلاحظ أن هنا رواية تدل على مسلكه أولا و على تقدير وجود الرواية على ذلك فهل هنا رواية أخرى تدل على مسلك

المشهور ورواية آخر تدل على مسلك الشيخ مع تمامية ميزان الحجية فيهما فيقع المعارضة فاما يحكم بالتسايط فيرجع الى عمومات الكتاب واطلاقتها أو يؤخذ ما هو موافق للكتاب و هو ما دل على عدم توقف حصول الملكية على انقضاء زمان الخيار فيثبت بذلك أيضا قول المشهور و اذن فلا بد من صرف عنان الكلام الى ما استدل به على كل واحد من القولين .

وقد استدل على القول المشهور و هو عدم توقف حصول الملك على انقضاء زمان الخيار بوجه مضافا الى اقتضاء العمومات ذلك .

الاول : الاخبار الواردة فى خيار المجلس كقولهم عليهم السلام

البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا وجب البيع، حيث ان الظاهر من لفظ الخيار الوارد فيها هو كون البيع مخييرا فى فسخ العقد وعدمه بحيث قد فرض هنا بيع ثم حكم بثبوت الخيار له، ومن الواضح جدا أن البيع انما يصدق على المتعامل بعد حصول الملكية فالمتحصل من الرواية بقريئة اطلاق البيع على المتبايعين هو حصول الملكية فى زمن الخيار اذ ما لم يتحقق الملكية لم يتحقق البيع و اذا لم يتحقق البيع لا يصدق البيعان على المتعاملين فحيث اطلق البيعان عليهما فنكشف من ذلك حصول الملكية فى زمان الخيار كما لا يخفى .

ومن هنا اتضح أنه لا يتوقف الاستدلال بهذه الروايات على المقصود على كون الخيار بمعنى الاختيار فى استرجاع العين وكون المتبايعين مخيرين فى بيع العوضين من شخص آخر مثلا، و ابقائها كذلك فانه على هذا استكشف حصول الملكية من الأول، ووجه الفساد انك قد عرفت وجه الاستدلال مع تعلق الخيار بالعقد .

و توهم أن اطلاق البيع باعتبار حصول صورة البيع و ايجادها ما يكون مستعدا لذلك، أى لحصول النقل و الانتقال والملكية بعد ذلك كما فى

الفضولى توهم فاسد فانه خلاف الظاهر من الاطلاق ومن هنا نفى البيع فى بيع الصرف والسلم قبل القبض الذى لم تحصل الملكية مع أن صورة البيع قد حصلت كما لا يخفى ، فلا بأس بدلالاتها على المقصود ، فافهم .

الثانى : الأخبار الواردة فى جواز النظر الى الجارية وتقبيلها ، بل وطئها فى زمان الخيار بعد شرائها بحيث لم يجز ذلك قبل الشراء فيدل ذلك على حصول الملكية فى زمان الخيار فانه لو لم تحصل الملكية فى ذلك الزمان لكان زمان الخيار وقبله سيان فى ذلك ، فلم يجز التصرف فى زمان الخيار أيضا كما لا يجوز التصرف قبل زمان الخيار أيضا .

و ناقش المصنف فى دلالة هذه الأخبار بأنه يمكن أن يكون التصرفات الواقعة على الجارية بعد العقد فى زمان الخيار امضاء للعقد واسقاطا للخيار كما يتحقق الرجوع بنفس الوطى فى زمان العدة فى المطلقة الرجعية فانه اذا طلق الرجل زوجته ثم وطئها فى العدة بغير أن يرجع اليها يكون رجوعا اليها وان لم يقصد الرجوع بذلك ، بل كان قاصدا عدمه كما هو واضح .
و لكنه توهم فاسد بدهاءة ان فى المطلقة الرجعية ان علة الزوجية لم تنقطع بعد الطلاق ومن هنا اشتهر فى السنة الفقهاء أن المطلقة رجعية زوجة وعليه فلو وطئها الزوج انما وطئ زوجته حقيقة من غير أن تكون الزوجية حاصلة بنفس الوطى وانما الوطى يكون دليل على الرجوع و رافعا لاثر الطلاق فقط ، سواء قصد به الرجوع أم لا ، بل الأمر كحتى لو قصد عدم الرجوع ، بل قصد الزنا أيضا كأن كان جاهلا لحصول الرجوع بذلك الوطى وقصد الزنا فانه لا يكون الا تجرّيا محضا وأما الحرام فلا بداهة أن الوطى انما صدر من اهله و وقع فى محله فيكون رافعا لاثر الطلاق لما أنه يوجد الزوجية أيضا بحيث كانت الزوجية منتفية (فأوجب) الوطى رجوعها ، بل الزوجية كانت ثابتة فالوطى أوجب رفع أثر الطلاق فقط ، كما هو واضح ، هذا

بخلاف المقام ، فانه على القول بعدم حصول الملكية فى زمن الخيار يكون التصرف واقعا فى ملك الغير فيكون حراما وقد حكم الامام عليه السلام بحلية ذلك ، فيكشف من ذلك أن الملكية قد حصل فى زمان الخيار والحلية مستندة اليها .

الآن يقال بما اشرنا اليه سابقا من كون الملكية حاصلة فى زمان التصرف ولم نعتبر التقدم الرتبى فى جواز التصرف ونقول بذلك فى كفاية جواز التصرف فى ملك اليمين ونقول بان المستفاد من قوله تعالى أو ما ملكت ايماهم هو كون المملوك مملوكا للمتصرف فى زمان التصرف وان حصلت الملكية فى زمان التصرف ولم تكن متقدمة عليه رتبة وح يجوز التصرف فى الامة فى زمان الخيار بما لا يجوز لغير المالك اذا قصد المتصرف لتصرفه ، هذا امضاء العقد كما هو ليس ببعيد ، بان نقول بكفاية حصول الملكية فى زمان التصرف فى جوازه ولكنه لم يلتزم الفقهاء بذلك ، فالظاهر أن من حكم بجواز التصرف فيها بالامور المذكورة انما هو من جهة حصول الملكية بالعقد فى زمان الخيار كما هو واضح ، فاذا فتدل الرواية على مسلك المشهور .

الآن يقال أن غاية ما يستفاد من هذه الروايات هو حصول الملكية للمشتري فى زمن خيار الحيوان ، لأن المفروض أنه اشترى جارية و تصرف فيها ما لا يجوز لغير المالك وأن جوازه يكشف عن حصول الملكية له بالعقد ولكن الشيخ لم يلتزم فى فرض وجود الخيار للمشتري بخلاف مقالة المشهور و اذن فالرواية غريبة عن ما نحن فيه كما هو واضح .

الثالث: ما تقدم فى أدلة بيع الخيار أى البيع المشروط برد الثمن المسمى فى العرف بالبيع شرط و البيع الخيارى و بيع الخيار فان فى هذه الرواية ما يدل على أن نماء المبيع فى زمن الخيار للمشتري وتلفه أيضا عليه فيكشف من ذلك أن المبيع ملك للمشتري من زمان العقد ، و الآن لم يكن وجه

لكون الملك للبايع والنماء للمشتري فان النماء تابع للملكية .

وقد اورد عليه المصنف (ره) بوجهين :-

الأول : أنه يمكن أن يكون هذه الروايات غريبة عما نحن فيه أعنى البيع بشرط الخيار ليكون ما ذكر فيها من كون النماء ملكا للمشتري شاهدا على حصول الملكية في زمان الخيار ، بل انما هو من قبيل اشتراط الانفساخ في البيع برد الثمن بأن يفسخ بنفسه متى رد البايع الثمن من غير احتياج الى الفسخ فلا يكون هذه الروايات مربوطة بالمقام .

وفيه أنه بعيد عن مساق هذه الروايات غايته كما اشار اليه المصنف وخلاف الظاهر منها ، بل اشتراط انفساخ العقد بلا سبب أمر غير مشروع في الشريعة فانه لم يثبت جواز ذلك في نفسه فلا يكون ما هو غير مشروع مشروعا بالاشتراط كما هو واضح .

الوجه الثاني : ما ذكره من أنه يمكن أن يكون هذه الروايات خارجة عن مورد كلامنا فان محل الكلام انما هو عدم حصول الملكية في زمان الخيار وعليه فلو كان النماء في هذه المدة لدن انتقل اليه العين كان للتمسك بهذه الروايات على اثبات حصول الملكية في زمان الخيار وجه ولكن الأمر ليس كذلك فان النماءات انما حصلت في زمان لزوم العقد فان الخيار انما يحصل للبايع بعد رد الثمن لا قبله فلا منشأ لهذه التوهم أصلا إذ ما يتوهم كونه كاشفا عن حصول الملكية به لم يكن حاصلًا في زمان الخيار ، بل في زمان لزوم العقد كما هو واضح .

وفيه أولا ان اطلاق الرواية يشمل صورة كون الخيار بشرط رد الثمن من أول العقد أيضا وثانيا أنه لم يعلم من مذهب الشيخ القائل بتوقف حصول الملكية على انقضاء زمان الخيار اخراج الخيارات المنفصلة عن مورد الكلام ، بل ما ذكره أعم من خيارى المنفصل والمتصل أيضا ، فهذه الروايات

أيضا لا بأس بدلالتهاعلى حصول الملكية فى زمن الخيار .

الوجه الثالث: الأخبار الواردة فى خيار الحيوان الدالة على ثبوت الخيار للمشتري فى ضمن ثلاثة أيام ، كقوله عليه السلام صاحب الحيوان المشتري ، بالفتح أو الكسر ، بالخيار الى ثلاثة أيام ، حيث ان الظاهر من اطلاق صاحب على المشتري ظاهر فى أن الملكية انما حصلت فى زمان الخيار والّا لم يصح اطلاق صاحب عليه ، وتوهم أنه باعتبار أنه سيصير صاحبا خلاف الظاهر من الرواية جدا فالرواية ظاهرة الدلالة على المقصود . اللهم الا أن يقال بان غاية ما يدلل هذه الروايات هو أن الملكية حاصلة للمشتري فى زمان خياره ، والشيخ لا ينكر ذلك ، وانما يلتزم الشيخ بعدم حصول الملكية فى زمان الخيار اذا كان الخيار للبايع فقط أو للبايع والمشتري معا ، فانه يلتزم بعدم حصول الملكية لذى الخيار وغيره اذا الملكية اذا حصلت ، حصلت للطرفين فلا معنى لحصولها لغير ذى الخيار وعدم حصولها لذى الخيار فان البيع تبديل مال بمال واذن فالرواية اجنبية عن المقام .

الوجه الرابع: الأخبار الواردة فى العينة وهى أن يشتري الانسان شيئا نسية ثم يبيعه باقل منه فى ذلك المجلس نقدا ، فان الظاهر من جملة منها ان البيع انما يكون فى مجلس الاثراء و بضميمة صحيحة يسار بن يسار يتم المطلوب وهو حصول الملكية فى زمن الخيار ، وهى أنه سئل عن الرجل يبيع ويشتريه عن صاحبه الذى يبيعه منه ، قال : نعم لا بأس به ، قلت : اشترى متاعى ، فقال عليه السلام : ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك ، فان ظاهر الذيل ، بل صريحها وهو قوله عليه السلام ليس هو متاعك ولا غنمك أن المبيع قد انتقل الى المشتري ولم يبقى فى ملك البايع وقد عرفت عن جملة منها أن البيع الثانى قد وقع فى مجلس البيع الأول ، والمفروض أن

هذا الزمان زمان خيار المجلس فتدل الرواية على ان الملكية قد حصلت في زمان خيار المجلس فاذا حصلت الملكية للمشتري حصلت ملكية الثمن للبايع أيضا ، لأن البيع مبادلة مال بمال ، بل يمكن التمسك لاثبات أن الملكية قد حصلت في زمان الخيار باطلاق الصحيحة مع قطع النظر عن ضميعة الطائفة الاولى كما لا يخفى .

وقد اشكل المصنف على الرواية بعدم دلالتها على حصول الملكية في زمان الخيار ، اذ البيع عند القائل بالتوقف جائز، ولكن يكون لازما بالتواطى كما صرح الشيخ في المبسوط فتحصل الملكية قبل البيع الثاني وبهذا دفع الاشكال ، وقد تقدم نظيره سابقا من أن الملك اذا حصل بنفس البيع الثاني مع أنه موقوف على الملك للزم الدور وقد كان هذا الاشكال واردا على من صحح البيع الذي يتحقق به الفسخ ، وعلى هذا حمل قول السائل اشترى غنمى على ركوز مذهب الشيخ في أذ هانهم فأجاب الامام عليه السلام بانه ليس غنمك لكون التواطى مسقطا للخيار .

وفيه أن مجرد التواطى على البيع مع عدم التصريح به لا يكون موجبا للزومه كما أن التبانى على الخيار لا يوجب أن يكون العقد خياريا والسر فى ذلك أن اسقاط الخيار أو الفسخ من الامور التي يحتاج الى الانشاء والاظهار على ما تقدم فى مبحث الخيارات فلا تحقق بمجرد القصد والبناء ما لم يبرزه فى الخارج بمرز وقول السائل اشترى غنمى ليس من جهة ركوز مذهب الشيخ فى اذ هانهم اذ لا سبيل لنا الى هذه الدعوى ، بل سؤاله هذا من جهة استغرابه من صحة شرائه باعه قبل هذا الزمان بقليل لأن الغرض أن البيع الثاني قد تحقق فى مجلس البيع الاول ومع تسليم أن مسلك الشيخ كان مركزا فى اذ هانهم من أين يعلم أنه كان صحيحا و مسلما حتى عند الامام عليه السلام بحيث كان جواب الامام عليه السلام مبنيا

على كون التواطى على البيع السابق موجبا لسقوط الخيار و يصير البيع به لازما كما هو واضح و كيف كان فظهر هذه الأخبار فى اثبات مسلك الشيخ واضح جدا .

الوجه الخامس : صحيحة محمد بن مسلم عن رجل أتاه فقال اتبع لى متاعا لعلى اشتريه منك بنقد أو نسيئة فاتباعه الرجل من اجله قال ليس به بأس انما يشتريه منه بعد ما يملكه فان اطلاق قوله عليه السلام ليس به بأس انما يشتريه منه بعد ما يملكه شامل لحصول الملكية عن زمان العقد و من الواضح أن حصولها من زمان العقد يقتضى حصولها فى زمان خيار المجلس أيضا كما هو واضح ، و اذن فتدل الرواية على مسلك المشهور .

و لكن يرد على هذا الاستدلال ان هذه الرواية ناظرة الى أن هذه المعاملة ليست من قبيل بيع ما ليس عنده لاستيجاب العقد الاول كما ذكره المصنف فى المتن فقوله ما يملكه اشارة الى هذا الاستيجاب فليست الرواية ناظرة الى حصول الملكية من حين العقد و عدمه اذ ليس تلك الجهة موردا للسؤال اصلا ، و قد ورد فى جملة من الروايات لا توجب البيع قبل أن تستوجبه و فى بعضها أنه قال عليه السلام اليس ان شاء فعل و ان شاء ترك ، يعنى أن الأمر اذا كان كك بحيث أن من وعد لأحد أن يشتري شيئا و هو أيضا يشتري منه بنقد أو نسيئة اليس له أن يشتري بعد اشترا من كان بينهما تبا و تعاهد أو ترك ذلك و لم يشتري فان كان كك فلا بأس لأنه ليس ايجابا قبل الاستيجاب ، بل وعد محض و الا ان كان مجورا فى قبوله لتحقق البيع فى عقيدتهم فهو باطل لكونه ايجابا قبل الاستيجاب على أن وقوع الثانى فى مجلس البيع الاول نادر جدا فان الغالب ، أن المشتري بعد استيجاب البيع الأول يتفرق من مجلس العقد و يذهب الى صاحبه لانشاء البيع الثانى ، بل على هذا سيرة التجار فانهم لا يبيعون

ما يشتررون عند البايع، بل يخفون أمر المعاملة الثانية وعلى هذا فلا يبقى هنا خيار المجلس حتى يكون قوله عليه السلام ما يملكه دليلاً على حصول الملكية في زمان الخيار كما هو واضح، ليكون التملك بنفس العقد فافهم .
وقد استدل على قول الشيخ بالروايات الدالة على أن تلف المبيع في ضمن ثلاثة أيام في خيار الحيوان أو شرط أيام معدودة من مال البايع كصحيحة ابن سنان عن الرجل يشتري العبد أو الدابة بشرط إلى يوم أو يومين، فبعوت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك ؟ فقال على البايع، حتى ينقض الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري بشرط له البايع أو لم يشترط، قال وان كان بينهما شرط أيام معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البايع حيث استدلوا بهذه الرواية على أن المبيع في زمان الخيار في ملك مالكه الأول فهو البايع، ولذا يكون تلفه على البايع وانما تحصل الملكية بعد مضي زمان الخيار ولذا قال عليه السلام حتى ينقض ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري .

أقول : الظاهر أنه لا ينكر ظهور الرواية في قول الشيخ وان التزم هو (ره) في الخيار المختص بالمشتري حصول الملكية بالعقد من حينه، ولكن حيث عرفت ظهور الروايات المتقدمة، بل صراحة بعضها في حصول الملكية بالعقد فيمكن حمل هذه الصحيحة على أن لزوم الملكية واستقرارها انما هو من زمان انقضاء الخيار لا أصل تحققها، ويكون المراد من قوله عليه السلام ويصير المبيع له أن يثبت ويجب كما ورد في أخبار خيار المجلس البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فاذا افترقا وجب البيع أى يكون لازماً ثابتاً، فان المراد من الكون والثبوت واللزوم والصيورة المبيع للمشتري هو التحقق والاستقرار والثبوت لا الحدوث بعد ما لم يكن .

وعلى الجملة فالرواية قابلة للحمل على هذا المعنى بعد كون ظهور

الروايات المتقدمة فى حصول الملكية من حين العقد أقوى، ومع الاغماض عن ذلك فيقع التعارض و التكافؤ بين الروايات المتقدمة الظاهرة فى حصول الملكية من زمان العقد و بين صحيحة ابن سنان الظاهر فى حصولها من حين انقضاء الخيار، فذكر المصنف أن فى فرض المعارضة بينهما يرجع الى اصالة عدم حصول الملكية من حين العقد ، و لكن التعارض منتف فى المقام بداهة أن الطائفة الاولى معروفة ومشهورة ، فلا بدّ من الأخذ بها ورفع اليد عن الصحيحة لكونها غير معروفة فتكون الشهرة المؤيدة بالاجماع موجبا لترجيح تلك الطائفة الاولى و رفع اليد عن الصحيحة و ان كانت صحيحة .

أقول : كأن نظر المصنف من ترجيح الأولى من الروايات الى الشهرة الفتوائية و الآ فكلتا الطائفتين من حيث الناقل و الراوى فى مرتبة واحدة فان كليتهما خبر واحد ، نعم المشهور من الفقهاء ذهبوا الى حصول الملكية من زمان العقد ، فتكون الشهرة فتوائية ، فبناءً على كون اعراض المشهور موجبا لو هن الخبر الصحيح تكون هذه الشهره موجبة لو هن الصحيحة و ترجيح لطائفة الاولى و لكن الأمر ليس كذلك ، اذا المراد من الشهرة الموجبة لترجيح فى مقام التكافؤ هو الشهرة فى الرواية بمعنى كون الرواية فى نفسها ظاهرة و بارزة كما ذكره المصنف فى الرسائل و استدل على ذلك بالاطلاقات العرفية و اللغوية فيقال سيف شاهر أى ظاهر، و مقابل هذه الشهرة هو النادر و الخفى أى تكون الرواية الاخرى فى مقلبها نادرة و شاذة و هذا المعنى غير مربوط بالشهرة الفتوائية كما هو واضح .

و اذن فلا بد من معاملة المعارضة بينهما بعد الاغماض عن الحمل المذكور فلا يكون هذه الشهرة رافعة للمعارضة بكونها موجبة لترجيح الطائفة الاولى و مع التكافؤ فلا بدّ من الرجوع الى العمومات الدالة على حصول الملكية من الأول كما ذكرناه قبل ذكر أدلة الطرفين و عليه فلا وجه لرجوع الى أصالة

عدم حصول الملكية من زمان العقد كما ذكر المصنف (ره) .
وعلى الجملة مقتضى القاعدة هو الأخذ بقول المشهور كما هو واضح
لا يخفى ، فافهم .

لا يقال ان غرض المصنف من دعوى كون الطائفة الاولى متقدمة على
التائية لأجل الشهرة وان غرضه هو الشهرة في الفتوى ولكن مبنى المصنف
أن الشهرة الفتوائية اذا قامت على خلاف الخبر الصحيح يكون موجبا لضعفه
وهنه واذن فتكون الروايات الدالة على حصول الملكية من حين العقد
متعينة وهذا لا ينافي لكون الشهرة الموجبة لترجيح احدى الروايتين
المتكافئتين هي الشهرة في الرواية دون الفتوى .

فانه يقال نعم ولكنه على هذا لا تصل النوية الى التكافؤ أصلا ، بل
يكون ما هو موافق للشهرة حجة وما هو مخالف لها غير حجة لا عراض المشهور
عنها ، وقد فرض المصنف التكافؤ ثم رجع الطائفة الاولى بالشهرة في الفتوى
كما لا يخفى .

والتحقيق أن يقال انه بناء على الاغماض عن الحمل المذكور فلا بد من
ترجيح ما هو المدرك للمشهور بعد فرض التكافؤ فانها موافقة لعموم الكتاب
و اطلاقه الدالة على حصول الملكية من الأول كما هو واضح .

ثم استدل على كل من قولى المشهور والشيخ بالنبوى المشهور بالخراج
بالضمان أما الاستدلال على قول المشهور فبتقريب أن المبيع في زمان الخيار
المشترك أو المختص بالبائع في ضمان المشتري و خراجه له وبقاعدة التلازم
بين ملك المنفعة و ملك العين يثبت حصول الملك بنفس العقد .

و بعبارة أخرى أن يكون الضمان للمشتري في زمن الخيار يكشف كون
المنفعة له كشفا لمياً و يكون المنفعة له يكشف كون العين داخلة في ملكه
بالعقد كشفا انياً .

وفيه أولاً أنه لم يعلم من القائلين بالتوقف كالشيخ ومن تبعه التزامهم بكون التلف فى زمان خيار المشتري له وضمانه عليه، والذى هو المبدء لهذا الاستدلال هو اثبات ضمانه فى زمن الخيار للمشتري وهو ممنوع.

و ثانياً على القول بالضمان أن الملازمة بين ضمان العين وملك المنافع إنما يتم بناءً على ما ذكره أبى حنيفة من القول بكون الخراج لمن عليه الضمان وان كان ذلك الضمان بالغصب حيث ذكر فى الدابة المغصوبة أن الضمان للغاصب والمنافع أيضاً له ولكنه على هذا المبنى أيضاً لا يكون ملك المنافع كاشفاً عن ملك العين أننا قد ذكرنا فى المقبوض بالعقد الفاسد، فساد هذا المبنى، وقلنا ان المراد من النبوى الخراج بالضمان هو الضمان المعاملى لا مطلق الضمان، يعنى أن من ضمن الشئ بالمعاملة بحيث لو تلف لكان التلف من كيسه، فالمنافع أيضاً له، ومن المعلوم أن الضمان المعاملى فى المقام معدوم بناءً على مسلك الشيخ لعدم تحققها فى الحقيقة الملك الى انقضاء زمان الخيار، فكيف يحكم بالضمان غاية الأمر يكون المقام من قبيل الضمان فى المقبوض بالسوم كما هو واضح، فلا دلالة فى الحديث على مسلك المشهور.

و ثالثاً : قد عرفت أنه ليس المعروف من مسلك الشيخ أن تكون الملكية متوقفة على انقضاء الخيار فى كون الخيار للمشتري أيضاً، بل التزم فى هذا الفرض بعدم التوقف واذن فلا يكشف من حصول الملكية من زمان العقد فى فرض كون الخيار للمشتري بالحديث حصولها بنفس العقد مطلقاً كما هو واضح.

وعلى الجملة فلم يتم الاستدلال بالنبوى على قول المشهور.

و أما الاستدلال به على قول الشيخ فان مقتضى النبوى الخراج بالضمان هو أن المنافع بازاء الضمان وينعكس بعكس النقيض الى أن من ليس

ضامنا ليس الخراج له ، و بضميمة قاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له ينتج عدم حصول الملك فى زمان الخيار ، فان كون التلف على البايع فى زمان خيار المشتري يقتضى أن يكون منافع المبيع للبايع لأن الخراج بالضمان ومقتضى كون المنافع له أن يكون المبيع أيضا فى ملكه ، و اذن فلم تحصل الملكية للمشتري فى زمان الخيار ، وهكذا العكس بأن كان الخيار للبايع دون المشتري كما هو واضح .

و لكن يرد عليه أنه مضافا الى اعتراف الشيخ بحصول الملكية للمشتري فى زمان خياره ومقتضى النبوى هو عدم الحصول أنك قد عرفت أن المراد من النبوى هو الضمان المعاملى دون مطلق الضمان بمعنى أن الاستفادة منه أن الضمان العقدى فى مقابل الضمان العصى يقتضى كون المنافع للضامن وح فالضمان فى القمام و اذا كان حاصلًا لمن لا خيار له و ليس المقام مثل الاستدلال السابق حتى نمنع عدم الضمان و لكن هذا الضمان ليس بضمان معاملى اذ المنافع لذى الخيار و لا ضمان غضب ، بل هو ثابت بالتعبد ، و عليه فكون التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له يكون خارجا عن القاعدة بالنص ، فان مقتضى القاعدة كون تلف كل مال على مالكه ، فهذا الضمان لا ضمان غضب و لا ضمان معاملى ، بل ضمان تعبدى ، و كك كون التلف قبل القبض من مال البايع أيضا خارج عن القاعدة بالنص فان مقتضى القاعدة هو كون تلف كل مال على مالكه و انما التخلف هنا بواسطة النص فالضمان هنا تعبدى كما هو واضح .

و على الجملة كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له و كك كون التلف قبل القبض من مال البايع انما خرج عن القاعدة الكلية اعنى كون تلف كل مال على مالكه بواسطة النص فالضمان فيها لا معاملى و لا غصى ، بل هو تعبدى ، فلا يكشف من هذا الضمان أن الملكية لم تحصل قبل القبض أو فى

زمان الخيار كما هو واضح ، بل الضمان حاصل و لكنه ضمان تعبدى بخلافه فى الاستدلال بالنبوى على القول المشهور فان الضمان أيضا هناك لم يكن حاصلًا .

و على الجملة فلا دلالة فى النبوى على قول الشيخ أيضا و يضاف الى جميع ذلك أى الاجوية المذكورة عن الاستدلاليين أن النبوى ضعيف السند و غير منجبر بشىء و لم ينقل فى كتب الخاصة الا مرسلًا فلا يكون حجة لنا فى شىء اصلا .

قوله مسألة : و من احكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجملة ، بمعنى انفساخ العقد بالتلف لا أن يكون على من لا خيار له اعطاء بدل المبيع كما هو واضح ، و يتضح هذه المسئلة فى ضمن جهات : الاولى : فى بيان أن هذا الحكم تختص بخيارى الحيوان و الشرط أو يجرى فى غيرهما من الخيارات كما ذهب اليه صاحب الرياض و غير مدعيّ له الاتفاق . و بعبارة أخرى بعد ما قلنا يكون التلف بعد القبض فى زمن الخيار من مال لا خيار له فى خيارى الشرط و الحيوان يقع الكلام فى أن هذا الحكم من مختصات هذين الخيارين أم لا ؟ بل يجرى فى غيرهما من الخيارات أيضا فنقول : أما ثبوت ذلك الحكم فى الخيارين المذكورين أعنى خيارى الشرط و الحيوان فمما لا شبهة فيه لرواية ابن سنان و ان كان بينهما شرط أيّامًا معدودة فهلك فى يد المشتري فهو من مال بايعه حتى ينقضى شرطه ، و يصير المبيع للمشتري و قد تقدم أن المراد من صيرورة المبيع للمشتري كونه له مستقرا فانه كان قبل انقضاء زمان الخيار له متزلزلا لا أنه لم يحصل الملك له أصلا على ما ساكه الشيخ الطوسى و قد تقدم الكلام فى ذلك مفصلا و كيف كان فلا شبهة فى صراحة هذه الرواية فى أن التلف فى زمان خيار الحيوان و الشرط ممن لا خيار له و ان كان ذلك أى التلف بعد القبض .

و انما الكلام فى جريان هذا الحكم فى غيرهما من الخيارات ، وقد استدل على كونه من احكام جميع الخيارات بوجوه ، منها الاتفاق ، حيث انه قد ادعى صاحب الرياض وغيره كالمحقق آقا جمال فى حاشية الللمعة الاتفاق على جريان ذلك فى غير خيارى الحيوان و الشرط من بقية الخيارات .
 و فيه أولا : أن وجود الاتفاق اعم من وجود الاجماع اذ يمكن أن يكون هنا اتفاق العلماء على مسألة ولا يكون هنا اجماع تعبدى لوجود مخالف لم يصل الى مدعى الاتفاق فلا يلزم دعوى الاتفاق دعوى الاجماع التعبدى كما هو واضح .

و ثانيا: على تقدير أن يكون الاتفاق اجماعا فيمكن أن يكون مستنده الوجهان الاتيان فلا يكون هنا اجماع تعبدى أصلا كما هو واضح .
 و ثالثا : ليس هنا اتفاق كيف فانه خالف فى المسئلة جملة من الاكابر كالمحقق و أمثاله كما هو لا يخفى .

الوجه الثانى : أنه قد ثبت ضمان المبيع على البايع و ضمان الثمن على المشتري قبل القبض فنشك فى ثبوت ذلك عليهما بعد القبض وفى زمن الخيار أى ثبوت الضمان على البايع فى زمان خيار المشتري و ثبوت الضمان على المشتري فى زمان خيار البايع و عدمه نستصحب ذلك حتى يصير العقد لازما .

و فيه أولا أن الاستصحاب لا يجرى فى الشبهات الحكمية على ما ذكرناه فى محله للمعارضة الدائمة .

و ثانيا : أنه تعليق فلا نقول بحجية الاستصحاب التعليقى و فيه أن الاستصحاب التعليقى فيما اذا كان الحكم التعليقى ثابتا بعد الاستصحاب ففى المقام الحكم الثابت قبل القبض نستصحبه بعده .

و ثالثا : أن الموضوع غير باق فى حاله بداهة أن الضمان انما ثبت

قبل القبض وكلامنا بعد القبض وقد تبدل موضوع القضية المتيقنة الى موضوع آخر فلا اتحاد بين موضوعى قضيتين المشكوكة و المتيقنة فلا يجرى الاستصحاب مع تبدل الموضوع .

و رابعا : أن المقام من صغريات المسئلة المتقدمة فى محلها من دوران الأمر بين العمل بالعام أو استصحاب حكم المخصّص وقد قلنا انه يتمسك بالعموم ، فان مقتضى العمومات هو حصول المبادلة بين المالىين و صيرورة كل منهما ملكا للآخر بحيث يكون تلف كل من مالكة الفعلى وقد خرج من ذلك العموم زمان قبل القبض فيبقى الباقى تحت العام كما هو مقتضى العمل بالعمومات بحسب الأزمان كما هو واضح، وقد تقدم ذلك مفصلا فى بعض المباحث السابقة .

و خامسا : أن الدليل أخصّ من المدعى ، فانه قد لا يكون ضمان على البايع من أول الأمر حتى قبل القبض لكى يستصحب ذلك الضمان بعد القبض فى زمن الخيار الى أن ينقض ذلك كما اذا كان المبيع عند المشتري قبل البيع و ح فلا ضمان للبايع حتى يستصحب ذلك الى زمان لزوم العقد كما هو واضح .

و على الجملة فلا يمكن اثبات كون التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له بمثل هذه الوجوه ، و اذن فلا بدّ من ملاحظة دليل أصل الحكم أعنى الرواية الواردة فى المقام ليلاحظ أنه هل تشمل هذه الرواية لغير خيارى الشرط و الحيوان أم لا ، فان قلنا بأن المراد من قوله عليه السلام فى صحيحة ابن سنان حتى ينقض شرطه أو الشرط باللام خاليا عن الضمير وكذا المراد من قوله عليه السلام فان كان بينهما شرط أياما معدودة ان كان المراد من كلمة الشرط فى هذه الرواية الطبيعة المطلقة الشاملة لكل شرط سواء كان فى الحيوان أو فى غيره ، و سواء كان مجعولا للمتعاقدين وثابتا باشتراطهما

أم لا كخيار المجلس وغيره وكذلك خيار الرؤية والعيب والغبن فلاشبهة في صدق الشرط على جميع ذلك وعليه فمقتضى الرواية أن يكون التلف في زمن أي خيار من مال من لا خيار له، وان كان غير خيارى الحيوان والشرط وان قلنا ان المراد من الشرط المذكور في الرواية هو العهد بأن يراد منه خصوص الشرط في خيار الحيوان المجهول للشارع أو خصوص الشرط الثابت في خيار الشرط الثابت بجعل المتعاقدين فلا تشمل الرواية لغير خيارى الحيوان والشرط ولكن الظاهر هو الثانى ، فان الظاهر أن اللام في قوله عليه السلام حتى ينقض الشرط اشارة الى الشرط المعهود في خيار الحيوان وهذا ظاهر لو كانت النسخة حتى ينقض شرطه ، فان الضمير يرجع الى الحيوان ، ومن هنا يتضح الحال من قوله عليه السلام ان كان بينهما شرط أياما فانه وان لم يكن مصحوبا باللام ولا ملحوقا بالضمير الا أن المراد منه هو الشرط الذى الشرط باللام الداخلة فيه أى الشرط المعهود كما تقدم فانهما قد ورد فى رواية واحدة فيكون ما هو المراد من مصحوب اللام هو المراد من الخالى منه ، وكيف كان فإرادة الطبيعة منهما خلاف الظاهر من الرواية ، فان محط الكلام فى الرواية هو الشرط فى بيع الحيوان والشرط الذى جعل بجعل المتعاقدين على أنه مع الغرض عن ذلك أن قوله عليه السلام ان كان بينهما شرط أياما معدودة ظاهر فى خيارى الحيوان ، و الشرط بحيث يكون المراد من القيد اعنى أياما معدودة هو القيد الاحترازى فلا نريد أن نتمسك بالمفهوم حتى يستشكل فيه بعدم حجية مفهوم الوصف بل نقول ان مقتضى الظاهر أن قيد الايام قيد احترازى بمعنى ان الموضوع من الأول مضيق بما اذا كان الشرط أياما معدودة بحيث يكون محدودا من الاخير فالحكم ثابت على هذا الموضوع الضيق ولا شبهة أن الشرط أياما معدودة ومحدودا من الآخر لا يكون الا فى خيار الحيوان الذى الى ثلاثة

أيام وفى خيار الشرط فانه أيضا يكون أياما بحسب الجعل ومحدودا من الآخر .

وأما فى غيرهما وان كان يمكن أن يكون أياما ولكنه لا يكون محدودا من الآخر ليكون أياما معدودة فان الشرط فى غيرهما قد يكون قليلا و قد يكون كثيرا ، كما اذا كان المتبايعين محبوسين فى مكان ، فان خيار المجلس يبقى مدة و قد يكون قليلا كما اذا تفرقا بعد دقيقة وكذا خيار العيب و الروية والغبن هذا اذا قلنا بأن الخيار فى موارد خيار الغبن و الروية العيب ، انما ثبت من الأول حيث أنه يمكن أن يكون قليلا ويمكن أن يكون كثيرا ، إلا أنه غير محدود بحد و ليس ذلك مثل خيار الحيوان ليكون ثلاثة أيام دائما ومحدودا ولا مثل خيار الشرط ليكون أياما عديدة أيضا و محدودا و من هنا يعلم أنه لا تشمل الرواية لغرض قبل خيار الشرط لازمة العمر لعدم كونه محدودا و أما اذا قلنا بان الخيار فى امثال ذلك ، انما ثبت من زمان ظهور العيب فقط فشمول الرواية لها اشكل حتى مع القول بعدم اختصاص الحكم بخيارى الحيوان و الشرط بدهاة أن الظاهر من قوله عليه السلام حتى ينقضى الشرط ، و يصير المبيع للمشتري ، أن الحكم مختص بمورد لم يتصف العقد باللزوم بعد بحيث يكون لازما و يكون المبيع للمشتري ملكية مستقرة بعد زوال زمن الخيار و أما اذا كان العقد لازما فى زمان و يكون الخيار طارئ عليه بعد اللزوم بحيث يكون الخيار خيارا منفصلا ، فلا شبهة فى عدم شمول الرواية لهذه الصورة أصلا لعدم صدق قوله عليه السلام حتى يصير المبيع ملكا له كما هو واضح لا يخفى ، فافهم ، لان المبيع قد صار ملكا لازما له قبل ذلك و ظاهر الرواية أنه لم يصير ذلك ملكا له كك ، بل انما يكون كك بانقضاء زمن الخيار لما عرفت أن المراد من صيرورة المبيع ملكا له ليس هو كونه ملكا له حقيقة من ذلك الزمان ، بل المراد أن يكون ملكا له

لازما والآ كان ملكا له متزلزلا بنفس العقد .

والحاصل : أنك قد عرفت الكلام فى الجهة الاولى وملخصه أنه لا شبهة فى أن التلف فى زمان خيار الحيوان والشرط من مال البايع للروايات الخاصة فتكون تلك الروايات موجبة لرفع اليد عن مقتضى القاعدة وهو كون تلف كل مال على مالكة ، وأما التعدى من خيار الحيوان والشرط السى غيرهما فانما هو من وجوه ، وهى الاتفاق والاشتراك والاستفاد من الرواية وشىء من ذلك لم يتم دلالتها على المقصود ولا يمكن رفع اليد بها عن مقتضى القاعدة وهو كون تلف مال كل مالك على مالكة هذا هى الجهة الاولى .

الجهة الثانية : أنك قد عرفت الكلام فى كون التلف فى زمان خيار المشتري من مال البايع وأن هذا الحكم مختص بخيارى الحيوان والشرط وانما الكلام فى هذه الجهة فى أنه اذا كان الخيار للبائع وتلف المبيع فى زمان خياره ، فهل يكون ذلك من المشتري أم لا ؟

أقول : تارة يقع الكلام بعد قبض المشتري المبيع وأخرى قبله أما الكلام فى الأول فلا شبهة فى كون التلف من المشتري لكونه موافقا للقاعدة ، اذ المفروض أنه مملوك له فيكون تلفه على مالكة وليس ذلك مثل الجهة الاولى بأن يكون التلف على غير المالك حتى نحتاج الى الدليل الذى يكون مخرجا عن القاعدة كما هو واضح ، بل هو موافق للقاعدة كما لا يخفى .

وأما اذا كان التلف قبل القبض فى المقام تظهر الثمرة فان قلنا بشمول قاعدة أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له شاملة لما قبل القبض أيضا فيكون التلف للمشتري مع أنه كان من البايع لكونه تلقا قبل القبض وان قلنا بعدم الشمول كان التلف من البايع الظاهر أنه لا يكون من المشتري و أن القاعدة لا تشمل لما قبل القبض وذلك لأن الظاهر من الروايات الدالة على هذه القاعدة أى كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له أنها واردة

فى مقام توسعه ضمان البايح حيث ان ضمان المبيع على البايح قبل القبض فقد اثبتت هذه القاعدة كونه على البايح بعد القبض أيضا توسعه لذلك وح لا معنى للا التزام بكونها تخصيصا لقاعدة أن التلف قبل القبض من مال البايح بان لا يكون له فى زمان خياره للمشتري، بل كانت القاعدة حاكمة عليها و واردة فى مقام التوسعة القاعدة الاولى، وعليه فلا مورد لهذه القاعدة اصلا، اعنى قاعدة كون التلف لمن لا خيار له فيما لم يقبض البايح المبيع مع كون الخيار له فلا يكون هذه الصورة مشمولة للروايات الدالة على كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له على ان المذكور فى الروايات هو البايح ولم يذكر المشتري فى شىء منها بان يكون التلف من المشتري فى فرض كون الخيار للبايح كما هو واضح .

الجهة الثالثة : فى أن هذا الحكم مختص بالمبيع أو يشمل الثمن أيضا بان تلف الثمن فى زمان خيار البايح وعليه فاذا تلف الثمن فى بيع الخيار كان على البايح دون المشتري، وذلك من جهة أنا نعلم أن الضمان الثابت هنا عبارة عن ضمان واحد ثابت من أول العقد الى انقضاء زمان الخيار و هو عدم كون عهدة المبيع على ذى الخيار وكون عهده على غيره، و من الواضح أن الثابت من حين العقد الى زمان القبض ليس للضمان إلاّ انفساخ العقد بالتلف لا كون مثل المبيع أو قيمته على البايح فيكون معناه بعد القبض أيضا كك فقد حكم الامام عليه السلام فى هذه الروايات باستمرار ذلك الضمان الثابت قبل القبض الى بعد القبض أيضا، وعليه فلا يكون هذه القاعدة مخصصة للضمان قبل القبض، بل حاكمة لها بمعنى توسعه دائرتها فلو كان ضمان المبيع على المشتري اذا تلف قبل القبض مع كون الخيار للبايح فلازمه أن يلتزم بضمان المثل أو القيمة ومن هنا ظهر عدم شمول القاعدة مورد خيار تأخير التسليم كما هو واضح، فانهم .

وقد عرفت أن ما دل على تسرية الحكم الى غير خيار الحيوان والشرط انما هو بأحد وجوه ثلاثة الاتفاق والاستصحاب والاستفادة من الروايات و قد عرفت الجواب عن جميع ذلك ، و هل يمكن التمسك بشيء من تلك الوجوه هنا لتسرية الحكم الى الثمن أم لا؟ والظاهر أنه لا يصح ، أما دعوى الاتفاق فهي مجازفة لعدم تصريح أحد بذلك ممن يعتد بقوله من الاكابر ، فكيف يمكن دعوى الاجماع هنا وعلى تقدير ثبوته ، فالجواب هو الجواب الذي تقدم في الجهة الاولى .

و أما الاستصحاب فيقرب بأن الثمن قبل أن يقبضه المشتري من البايع كان ضمانه على المشتري دون البايع ، فاذا اقبضه منه و كان الخيار للبايع فانا نشك في بقاء الضمان عليه ، وعدمه فنستصحب ضمان المشتري قبل الاقباض .

ولكن يرد عليه جميع ما ذكرناه في الجهة الاولى من عدم كون الاستصحاب حجة في الشبهات الحكمية و من تبدل الموضوع بداهة أن الضمان كان على المشتري قبل القبض ، ففي المقام بعد القبض و من كون الدليل أحسن من المدعى ، فانه قد لا يكون ضمان الثمن على المشتري من الاول فلا يكون هنا موضوع للاستصحاب و من أن مقتضى العمومات هو كون العقد ثابتا بعد التحقق في جميع الازمنة الآ فيما كان التلف في زمن خيار المشتري في خيارى الشرط والحيوان ، فانه يكون العقد منفسخا ، ففي المقام لا دليل على الانفساخ لعدم الوجه لاستصحاب حكم المخصص .

و بعبارة أخرى ان المقام من قبيل دوران الأمر بين الحكم بحكم العام و بين العمل بحكم المخصص و قد ذكرنا مرارا هنا وفي الاصول أنه يتمسك بالعام في غير زمان التخصيص دون استصحاب حكم المخصص كما هو واضح فما ذكره المصنف (ره) من التمسك بالاستصحاب ضمان المشتري قبل القبض

لا وجه له .

وقد بقى الكلام فى أن هذا الاستصحاب الذى يتوهم جريانفى المقام وفى الجهة الأولى أيضااستصحاب تنجيزى أو استصحاب تعليقى ، فنقول ان كان معنى الضمان هنا عبارة عن كون مثل التالف أو قيمته ثابتا على عهدة البايع الذى ليس له خيار ، فالاستصحاب تنجيزى كما التزمه شيخنا الاستاذ مع كون مبناه أن الضمان بمعنى انفساخ العقد الذى مقتضاه أن يقول بكون الاستصحاب تعليقياً الذى لا يقول بحجيته بدهاة أن ضمان الثمن كان على المشتري قبل الاقباض وعهدته عليه و ثبوت المثل أو القيمة على تقدير التلف من احكام ذلك ، ومن آثار ثبوت العهدة على المشتري لا أن معنى الضمان عبارة عن التعهد بالمثل أو القيمة على تقدير التلف لكى يقال ان الاستصحاب تعليقى بمعنى أنه لو تلف كان مثلهأ وقيمه علىالمشتري فان هذا الحكم كان ثابتا قبل القبض فنستصحب بعد القبض أيضا، وعلى هذا فالاستصحاب تنجيزى ولكنه لا يجرى فى المقام لأنه من القسم الثالث للاستصحاب الكلى لأن ثبوت العهدة على المشتري قبل الاقباض موجود حيث لم يقبض الثمن ، وأما بعده فنشك فى حدوث سبب آخر للضمان وفرد آخر يوجب ثبوت العهدة على المشتري مقارنة لذهاب الفرد الأول من سبب الضمان و هو كون المال تحت يده قبل القبض فلا يجرى الاستصحاب فى ذلك .

و بعبارة اخرى أن الضمان قبل القبض انما هو من جهة الشرط الضمنى فيرتفع موضوعه بالتسليم و ثبوته بعده انما هو سبب آخر مشكوك الحدوث فالمستصحب داخل فى القسم الثالث من استصحاب الكلى فلا يجرى الاستصحاب فى مثل ذلك ، وأما اذا كان الضمان هنا بمعنى انفساخ العقد كما عليه المصنف و أن المبيع أو الثمن يدخل فى ملك الضامن أنا ما فيتلف

من ملكه فيكون الاستصحاب تعليقيا لأن الانفساخ انما يثبت و يتحقق بعد التلف فلا نفساخ على تقدير التلف حكم تعليقى فاستصحابه بعد التلف يتوقف على جريان الاستصحاب التعليقى ، فلا نقول به كما لا يقول به شيخنا الاستاذ فيكون هذا اشكالا آخر للتمسك بالاستصحاب هنا و فى الجهة الاولى كما لا يخفى سيأتى الكلام فيه انشاء الله تعالى .

و أما استفادة حكم ذلك من الأخبار سواء قلنا بالتعدى عن خيار الحيوان و الشرط أم لم نقل بذلك ، فلا يمكن ذلك لأن المذكور فى الروايات انما هو تلف المبيع دون الثمن فيكون فرض تلفه خارجا عن حدود الروايات كما هو واضح ، الا أن تمسك بها من جهة تنقيح المناط بدعوى أن المناط فى كون تلف المبيع على البايع فى زمان الخيار انما هو تزلزل العقد وهذا المناط موجود فى صورة كون التالف هو الثمن فى زمان خيار البايع فيكون تلفه على المشتري و لكنه واضح البطلان لكونه مبنيًا على جواز العمل بالقياس و الاستحسان و نحن لا نقول به فلا يمكن تعدية الحكم الى الثمن سواء قلنا بتعديته الى غير خيار الحيوان و الشرط أم لا؟ و من هنا ظهر أنه لا وجه لتوهم كون التلف ممنّ عليه الخيار فى بيع الخيار بان باع داره بثمان و جعل لنفسه الخيار الى سنة ثم تلف الثمن فى ذلك زمان فانه لا يكون على البايع .

الجهة الرابعة : فى أن المراد من الضمان الذى نبحث فى ذلك أى شىء هل المراد منه ثبوت عهدة المبيع على البايع بالمثل و القيمة أو المراد من ذلك انفساخ العقد ، و الذى يظهر من الشهيد و اختاره شيخنا الاستاذ هو الاول ، و لكن المشهور المعروف بل المتسالم عليه هو الثانى كما اختاره فى المتن و الوجه فى ذلك أمران :-

الأول : أن الظاهر من الضمان الذى ثبت فى المقام هو ضمان واحد

ثابت من أول العقد وابتدائه الى انتهائه خيار الحيوان والشرط أو خيار آخر أيضا بناء على التعدى من خيارى الحيوان و الشرط الى غيرهما ...
 ولا شبهة أن الضمان الثابت قبل القبض ليس الا هو انفساخ العقد على تقدير التلف و لم يتوهم أحد كون الضمان هنا هو التعهد بالمثل أو القيمة ، بل معناه هو انفساخ العقد و فرضه كأن لم يكن اذ الشارع قد حكم بكونه أى التلف قبل القبض من البايع و كأنه لم يتحقق العقد و لم يخرج البايع من ضمان العين بالا قباض و اذا كان قبل القبض بهذا المعنى ، فيكون كك بعد القبض أيضا فان الظاهر أن الضمان الوارد فى الروايات الدالة على أن التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له بمعنى واحد و على نهج فارد كما لا يخفى .

و دعوى ثبوت القاعدة فى مورد خيار التأخير بلا وجه ، و قد تقدم عدم ثبوت القاعدة قبل القبض ليكون مقتضا للضمان قبل القبض بأن يكون التلف من المشتري فى زمان خيار البايع .

الأمر الثانى : أن المذكور فى الروايات أن التلف فى زمن الخيار من مال البايع فى جواب السائل عن كون الضمان على من ، ولا شبهة أنه انما يكون من مال البايع اذا كان الضمان هنا بمعنى انفساخ العقد فانه يكون المبيع للبائع أنما قبل التلف ثم يتلف و أما اذا كان الضمان بمعنى لتعهد بالمثل أو القيمة فلا يكون التلف من مال البايع ، بل يكون من مال شخص آخر اذ لا معنى لنسبة التلف الى مال البايع مع كون التالف مال شخص آخر فيعلم من ظاهر الرواية أن الضمان هنا بمعنى انفساخ العقد كما هو واضح .

الجهة الخامسة : من الكلام فى أن مورد هذه المسئلة هل هو العين الشخصية بأن باع شيئاً فتلف فى زمن الخيار سواء كان مختصا بالمبيع أو أعم منه ، و من الثمن و سواء كان مختصا بخيارى الحيوان و الشرط أو أعم منهما

أو يعم مورد البحث عين الكلية أيضا بأن باع كليًا و اقبض فردا منه ثم تلف ذلك الفرد في زمن الخيار، الظاهر هو الأول لوجهين :-

الأول : أن ما وقع عليه العقد انما هو الكلى دون الفرد، والفرد انما دفعه البايح الى المشتري من جهة انطباق الكلى عليه لا أنه هو المبيع و لذا لو ظهر فيه عيب أو غش أو تخلف وصف يبده بشخص آخر غيره، لا أنه يكون مخيرا بين الفسخ و الامضاء مع الأرش أو مجانا كما كان الأمر كذلك لو ظهر المبيع الشخصى معيوباً، و فى المقام أيضا كك فانه اذا باع كليًا و سلّم فردا منه و تلف ذلك فى زمان خيار الحيوان، أو الشرط، فانه لا يكون ذلك من مال البايح لعدم كون المبيع تالفاً، فانه هو الكلى و الكلى لا يتلف و انما التالف هو ما انطبق عليه الكلى، و من الواضح أن الظاهر من الرواية هو أن يكون التالف هو المبيع بنفسه كما هو واضح لمن راجع اليها .

الوجه الثانى : انك قد عرفت أن الضمان هنا بمعنى انفساخ العقد و كون التالف على البايح كأن لم يكن هنا عقد أصلاً، بحيث يكون المبيع داخلا فى ملك البايح آناما قبل التلف فيكون تلفه عليه، و لا معنى لانفساخ العقد الواقع على الكلى، باتلاف الفرد كما ذكره المصنف (ره) .

الجهة السادسة : أنه هل مورد البحث مختص بما اذا كان التالف مجموع المبيع أو يعم بما اذا كان التالف جزءً منه أو وصفاً من أوصافه الصحة، بل وصفاً غير دخيل فى الصحة و أنه على تقدير عمومته لذلك فما هو معنى الضمان هنا، فقد ذكر المصنف أن معنى الضمان فى فرض كون التالف هو جزء المبيع انفساخ العقد فى الجزء كبيع ما يملك و ما لا يملك فى صفقة واحدة فانه يفسخ فى أحدهما دون الآخر لانحلاله الى بيعين و سكت عن كون التالف وصفاً من اوصاف المبيع سواء كان ذلك وصف الصحة أم لا، و لكن الظاهر أن مورد البحث لا يعم بصورة كون التالف جزءً من المبيع أو وصفاً

من اوصافه .

والذى ينبغى أن يقال هو أن مورد البحث مختص بتلف المبيع باجمعه ، فلا يعم بما اذا كان التالف جزء منه أو وصفاً من أوصافه وذلك لأن الظاهر من قول السائل اذا حدث فيه حدث على من يكون ضمانه ومن قوله عليه السلام على البايع ، وان كان يشمل تلف الجزء والوصف كليهما وهذا لا شبهة فيه ، ولكن لا بدّ وأن يلاحظ أن المراد من الضمان هو التعهد بالعين وكون عهدها على الضمان ، وهذا معنى واحد يشمل لصورة تلف العين قبل القبض وبعده فى زمان الخيار فيكون العقد منفسخا ويكون المراد من كون عهده العين التالفة على البايع كون التلف فى ملكه كأنه لم يقع عليه العقد وفى صورة كون التالف هو الوصف كون العهدة على البايع عبارة عن فرض هذا التلف قبل البيع ، فلو كان البيع واقعاً على مبيع بعنوان كونه واجداً لوصف الصحة أو الكمال الموجب لزيادة المالية أو لوصف لا يكون دخيلاً فى زيادة المالية ثم علم بذلك فان المشتري يكون له الخيار أى خيار تخلف الوصف وفى فرض ظهور المبيع معيوباً يكون مخيراً بين الفسخ والامضاء مجاناً أو مع الأرش ، وقد تقدم تفصيل ذلك وكون الأرش واقعاً فى الطول أو العرض .

و إذ عرفت ذلك ففى المقام أيضاً كذلك حيث ان المبيع اذا حدث فيه حدث فى زمان الخيار ، فمعنى كون التلف على البايع فرض ذلك الحدث فى المبيع قبل وقوع العقد عليه ، فكما كان المشتري فى فرض ظهور المبيع معيوباً أو فاقداً للوصف مخيراً فى فسخ العقد و امضائه ، وفى صورة كونه معيوباً كان له اخذ الأرش أيضاً ، وكذلك له ذلك اذا كان حدوث الحدث فيه فى زمان الخيار كما تقدم ومن هنا اتضح أنه لا يفسخ العقد فى صورة تلف جزء المبيع كما ذهب اليه شيخنا الاستاذ بل يثبت للمشتري خيار الفسخ بداهة

أن الظاهر من الروايات الدالة على كون التالف من مال البايع أن يكون مجموع المبيع تالفا لا بعضه و من جميع ما ذكرناه ظهر أنه لا يكون الضمان الوارد في الروايات في هذه المسئلة مستعملا في أكثر من معنى واحد لما عرفت أنه بمعنى كون التالف على عهدة البايع وهذا المعنى تختلف بحسب اختلاف المصاديق ولا شبهة أن اختلاف المصاديق بحسب الموارد اجنبي عن استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد كما لا يخفى، وأيضا ظهر من ذلك أن ما ذكرناه سابقا من كون الاستصحاب تنجيزيا متوقف على كون الضمان بمعنى العهدة وفي المقام بمعنى الانفساخ فيكون الاستصحاب تعليقا ليس كذلك، بل الضمان بمعنى انفساخ العقد فيكون الاستصحاب تنجيزيا كما هو واضح .

و أما ما دل على كون ضمانه على البايع في زمان خيار المشتري اذا حدث فيه حدث فقد عرفت معناه وأن المراد من ذلك فرض الحدث حادثا قبل البيع كما لا يخفى .

وعلى الجملة فلا يستفاد من الروايات انفساخ العقد بالنسبة الى الجزء الفاتئ في زمان الخيار

لا يقال ان البيع وان كان بحسب الحدوث واحدا و لكنه منحل الى الاجزاء كما في بيع ما يملك مع ما لا يملك، وعليه فلا بأس من الالتزام بانفساخ العقد في الجزء الفاتئ كما ذهب اليه المصنف واختراه شيخنا الاستاذ أيضا .

فانه يقال ان الانحلال وان كان صحيحا بحسب نفسه ولكن لا يمكن الالتزام به في جميع الموارد، بل يختلف بحسب اختلاف الأحكام كما تقدم في خيار المجلس فانه اذا باع أحد شيئين بصفقة واحدة وان كان البيع منحلا الى شيئين ولكن ليس له أن يفسخ العقد في أحدهما بخيار المجلس

دون الآخر فان الانحلال لا يجرى بالنسبة الى مثل هذا الاحكام الثابتة لمجموع المبيع بما هو مجموع ومقامنا أيضا من هذا القبيل حيث ان الظاهر من الدليل أن التلف انما يكون موجبا لانفساخ العقد اذا كان واقعا على مجموع المبيع لا على بعضها وان كان البيع الواقع على كل جزء بحسب الانحلال و لكن بيعا مستقلا والانحلال لا يجرى بالنسبة انى هذا الحكم لكونه على خلاف الظاهر من الرواية كما هو واضح ، فافهم .

الجهة السابعة : انه لا شبهة في أنه اذا كان التلف بأفة سماوية أو نحوها بان اقتترسه حيوان أو مات لمرض و نحوه كالسقوط من شاهق أن التلف يكون ح من مال البايع ، فيما اذا كان التلف في زمان خيار المشتري ، هذا هو مورد الروايات لقوله عليه السلام أو هلك ، فان الظاهر من ذلك هو هلاكة بمعنى اتلاف متلف ، و هل يعم الحكم بصورة الاتلاف بان يستند التلف الى فعل أحد الصادر عنه بالارادة و الاختيار فيكون ح أيضا من مال لا خيار له . أو لا يعم الحكم بذلك ، بل يكون التلف من المتلف فنقول ان الصور المعقولة المتصورة في المقام لا يخلو عن ثلاثة :-

الاولى : أن يكون المتلف هو الذى كان عليه الخيار كالبايع مثلا .

الثانية : أن يكون هو المشتري الذى له الخيار .

الثالثة : أن يكون المتلف هو الشخص الاجنبى .

أما الصورة الاولى : فلا شبهة أن التلف يكون عليه لأنه هو السبب التام فى ذلك فمقتضى قاعدة الضمان بالاتلاف يكون التلف محسوبا عليه من غير احتياج الى قاعدة كون التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له .

وأما الصورة الثانية : فلك أيضا فان الضمان انما على المشتري فلا يكون ذلك موجبا لانفساخ العقد ، و الا لا يتمكن أحد من شراء حيوان و ذبحه و أكله و ضيافته فى زمان الخيار ، فانه بالذبح المجرد يفسخ العقد ويفرض

كالعدم ويكون المذبوح راجعا الى ملك البايع كما هو واضح ، وهذا على خلاف الضرورة من الشرع والعقلاء ، بل اتلاف ذى الخيار المبيع مع العلم بالحكم يكون اسقاطا للخيار والتزاما للعقد ، والحاصل أن اقدمه باتلاف المبيع بارادته واختياره موجب لثبوت الضمان له واسقاط الخياره و اقرار للعقد فلا يكون مثل هذا الاتلاف وسيله لكون التلف ممن لا خيار له كما هو واضح .

و من هنا ظهر الحال فى الصورة الثالثة أيضا حيث ان ضمان ذلك المال على المتلف لا على من عليه الخيار كما لا يخفى .

ثم ان هنا مسألة أخرى يوهم كلام المصنف الخلط بينها وبين المسألة المتقدمة من تجزئة الاتلاف عن التلف فيتخيل أن المسألة الثانية من تنتم المسئلة الاولى و من ذيلها و لكن الأمر ليس كك ، بل غرض المصنف مع غلق عبارته واضطرابه أنه استند التلف الى الاتلاف فماذا يصنع فى المقام فهل يبقى الخيار فى حاله أولا ، ومع فسخ ذى الخيار فى هذه الحالة الى من يرجع و ذكر أنه ان كان المتلف هو ذى الخيار فلا شبهة فى سقوط خياره فان العقد لازما بهذا التصرف كما عرفت فلا خيار له ، و ح وان كان المتلف هو من عليه الخيار كان خيار المشتري باقيا فى حاله فان اراد أن يفسخ العقد و يرجع الى الثمن الذى هو عين ماله السابق على العقد وان اراد ان يمضى العقد فيرجع الى من عليه الخيار فهو البايع فى المقام و يأخذ منه بدل المبيع وهذا ايضا لا كلام فيه وانما الكلام فيما اذا كان المتلف هو الأجنبى فانه لا شبهة فى بقاء خيار المشتري على حاله فان امضى العقد أو خرج زمان الخيار و لم يمض العقد فيرجع هو الى الاجنبى و يأخذ منه بدل ماله وهذا ايضا لا شبهة فيه وان فسخ العقد فمقتضى قانون الفسخ أن يرجع كل من العوضين الى مالكة الاصلى و ح فلا شبهة فى رجوع

التمن الى ملك المشتري فيرجع المشتري الى البايع ويأخذ الثمن منه كما لا شبهة فى رجوع بدل المبيع الى البايع ولكن الكلام فى أن البايع هل يرجع الى المشتري أولا .

و الحاصل : أن المتلف لا يخلو اما أن يكون هو البايع الذى عليه الخيار أو المشتري الذى له الخيار أو الاجنبى أما الاول فلا شبهة فى كون ضمان التالف عليه لقاعدة الضمان بالاتلاف. و ح لا تصل النوبة الى قاعدة أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار بحيث يحكم بانفساخ العقد فان القاعدة فى مورد لا يكون هنا ما يدل على ضمان شخص معين بالخصوص سواء كان هو من له الخيار أو من عليه الخيار ، بل المشتري الذى له الخيار مخير بين امضاء العقد و الرجوع الى البايع بالمثل أو القيمة أو الفسخ و الرجوع الى الثمن .

وان كان المتلف هو المشتري فلا شبهة أن ضمانه عليه ، بل يسقط خياره أيضا فضلا عن أن يكون التلف من مال من لا خيار له ، فان هذا النحو من التصرف كاشف عن رضاه بالعقد فيكون لازما وهذا مما لا ريب فيه .
و أما اذا كان المتلف هو الاجنبى فايضا يكون الضمان هو الاجنبى لقاعدة الضمان بالاتلاف فلا يتوهم فى شىء فى صور الاتلاف كون التلف ممن لا خيار له .

نعم ، لو كان هنا أيضا دليل على كون التلف من مال من لا خيار له لأخذنا به ولكنه منتف فلا بد من الرجوع الى دليل آخر و هو قاعدة الضمان بالاتلاف .

ثم انه لا شبهة فى بقاء خيار المشتري اذا كان المتلف هو الاجنبى كما أنه كان باقيا فى فرض كون المتلف هو البايع و ح ان كان راضيا بالعقد و ممضيا له فلا شبهة فى لزوم العقد و سقوط خياره فيتعين عليه الرجوع الى

الأجنبي وان فسخ العقد فانه يرجع الى البايع الذى من عليه الخيار فيأخذ الثمن منه ، واما البايع فهل يرجع هو الى المشتري أو الى الاجنبى أويختير فى الرجوع الى أى منهما شاء ، وجوه وقبل التعرض لبيان مدرك الوجوه وترجيح المختار منها على غيره لا بدّ وان يعلم أن مورد البحث فى كلام المصنف هو تلف المبيع وأن الفاسخ هو المشتري كما هو مسوق الكلام من الأول فما ذكره شيخنا الاستاذ من جعل مورد البحث هو تلف الثمن وأن الفاسخ هو البايع استنادا الى أمور وقرائن استفادها من العبارة لوجه له .

نعم ، الظاهر ان كلمة الفاسخ فى الموارد الثلاثة وكلمة المفسوخ عليه فى آخر العبارة اما من سهو القلم أو من اشتباه النساخ فانه لا بدّ و ان يكون المذكور مكان الفاسخ كلمة المفسوخ عليه و فى مكان كلمة المفسوخ عليه كلمة الفاسخ كما هو واضح .

أما الوجه فى رجوع البايع الى المتلف فقد ذكر المصنف فيه وجهين :
 الاول : أن بدل العين التالفة انما هو فى ذمة المتلف .
 والثانى : أن العين التالفة بعد الفسخ ملك للمالك السابق و هى فى عهدة المتلف فتكون كما لو كانت موجودة عنده ، فلا بدّ من الرجوع عليه واجاب المصنف عن ذلك أن البدلية انما هى بالنسبة الى التلف من حيث وجوب دفعه الى المالك وأن ذمة المتلف غير فارغة عن ذلك لا أنه يترتب على هذا البدل جميع الآثار المترتبة على العين بحيث كما أن العين لو كانت موجودة فى يد الاجنبى كان البايع المفسوخ عليه يرجع اليه وكذلك البدل وليس لك ، بل البدل مثل العين فى اشتغال ذمة المتلف بذلك فقط لا فى جهة أخرى وح فيرجع البايع الى المشتري ، فالمشتري يرجع الى الاجنبى ، وأيضاً أن مقتضى الفسخ وان كان عود العين التالفة الى المالك

السابق لكن تلك العين التالفة مضمونة ضمانا معاوضيا على المشتري الذى يفسخ العقد بحيث لا بدّ له أن يعطى البديل للبائع الذى هو المالك السابق للمبيع وعليه فلا بدّ وأن يخرج المشتري عن عهدة ذلك ويعطى بدله للبائع واذن فيرجع البايح اليه و أما الاجنبى فهو ضامن ضمانا غراميا بالنسبة الى المالك حين الفسخ ، وهو من له الخيار وعليه فالوجه هو الرجوع الى المشتري .

وقد اختاره السيد فى حاشيته وأيده بأن الأمر كذلك فى الاقالة أيضا ، فان فيها أيضا يرجع البايح الى الآخر وان كان المتلف هو الاجنبى . وعلى الجملة حكم الفسخ والانفساخ مطالبة العوض من الطرف كما هو قانون الفسخ فانه يقتضى أن يخرج كل من المتبايعين عن عهدة العوض و يرجع ذلك الى ما انتقل عنه ذلك العوض اليه كما هو واضح .

و أما وجه التخير فقد ذكر المصنف أن يد الفاسخ يد ضمان بالعوض قبل الفسخ وبالقيمة بعده واتلاف الاجنبى أيضا سبب للضمان فيتخير فى الرجوع ثم ذكر أن هذا اضعف الوجوه .

أقول : الظاهر أن القول بالتخير أصح الوجوه ، وذلك من جهة أن جواز الرجوع الى الفاسخ لأجل ضمان المعاوضة فان مقتضى الضمان المعاوضى أن يرجع البايح اليه بالثمن فاذا فسخ المشتري العقد فيرجع البايح اليه بالمبيع كما هو مقتضى قانون الفسخ فحيث كانت العين تالفة فيرجع الى بدلها كما هو واضح .

و أما جواز رجوعه الى المتلف فمن جهة أن المتلف قد اشتغلت ذمته ببديل العين التالفة بمقتضى قاعدة الضمان بالاتلاف وكان اللازم عليه أن يعطى ذلك الى المشتري حدوثا الى زمان فسخ المشتري العقد ، و اذا فسخ المشتري العقد كانت ذمته مشغولة ببديل العين التالفة بقاء بالنسبة

الى البايع كما اذا كان مال أحد تحت يد أجنبي اما بعنوان الغصب أو بعنوان الامانة فمات المالك فانه لا بد أن يعطى ذلك الى وارثه و هكذا لو كانت ذمته مشغولة لاحد لاجل اتلاف ماله ثم مات المالك فانه يجب عليه أن يعطى بدله لوارثه و المقام أيضا كك كما هو واضح .

و اذن فخيار للمفسوخ عليه أن يتخير بين الرجوع الى الفاسخ أو المتلف ثم انه لا يفرق فى الحكم بالتخير بين القول بأن ضمان المتلف بقيمة يوم التلف أو اعلى القيم ، أو قيمة يوم المطالبة ، فانه اذا قلنا بقيمة يوم التلف مع كونه زائدا عن قيمة يوم الفسخ ، و المطالبة ، يعتبر من حين الفسخ اشتغال ذمة المتلف بذلك القيمة و لا يلزم من ذلك أن نقول يتعين الرجوع الى الفاسخ و الآ لزم أن يكون الزائد عن قيمة يوم الفسخ للفاسخ كما هو واضح . نعم ، فرق بين الرجوع الى المتلف و الفاسخ فانه ان رجع الى الفاسخ

فيرجع الفاسخ الى المتلف و ان رجع الى المتلف فلا يرجع المتلف الى أحد لا استقرار الضمان عليه كما هو واضح ، و من هنا ظهر أنه لا وجه لقياس المقام ببيع ذى الخيار المبيع من شخص آخر فى زمان الخيار فذنه بعد الفسخ لا يرجع البايع الى المشتري الثانى لعدم اشتغال ذمته فعلا ببدل العين الثالثة حتى ينتقل ذلك الى البايع بقاء ، نعم يصح قياسه بباب تعاقب الايدى فى الغصب مع تلف العين المغصوبة كما هو واضح .

قوله : مسألة و من احكام الخيار ما ذكره فى التذكرة فقال لا يجب على

البايع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن فى زمان الخيار .

أقول : أن هنا فرعان : -

الاول : أنه لا يجب على البايع تسليم المبيع فى زمان اذ لم يسلم

المشتري الثمن و ذلك من جهة الشرط الضمنى فان العقلاء بانون على اشتراط

تسليم المبيع بتسليم الثمن فبانتهاء الثاني لا يجب الأول وهذا واضح .
 الفرع الثاني : انه اذا سلم البايع المبيع لا يجب على المشتري تسليم
 الثمن فى زمان خياره بتوهم أنه من احكام الخيار وقد استشكل عليه بانه
 بأى دليل لا يجب ذلك فمجرد كون المشتري له الخيار لا يثبت جواز تأخير
 التسليم . بل لا بدّ وان يكون له دليل ولذا ذكر المصنف أيضا أنه لانعرف
 وجهها لهذا الحكم .

نعم . لو قلنا بمقالة الشيخ الطوسى (ره) على ما نسب اليه من القول
 بتوقف حصول الملك على انقضاء زمان الخيار ، وأنه لم تحصل الملكية قبل
 ذلك لتوجه ما ذكره العلامة من عدم وجوب التسليم على المشتري فى زمان
 خياره ، وان سلم البايع أيضا المبيع اليه اذ ليس الثمن ملكا للبائع حتى
 يجب تسليمه اليه كما أن المبيع ليس ملكا للمشتري وان سلمه البايع اليه ، و
 لكن قد تقدم الاشكال فى ذلك وعدم الدليل عليه وقلنا ان مقتضى العمومات
 حصول الملكية لكل من البايع والمشتري من أول العقد غاية الا مرتكون الملكية
 فى زمان الخيار متزلزلة و انما تستقر بانقضاء زمان الخيار كما لا يخفى .
 ثم ان شيخنا الاستاذ قد تعجب من قول المصنف حيث ذكر أنا لا
 نعرف وجهها للقول بعدم وجوب تسليم الثمن على المشتري مع تسليم البايع
 المبيع اياه ، ثم ذكر الوجه فى ذلك وحاصله أن أدلة الوفاء بالعقد قد
 خصّصت بمدلولاتها المطابقية وهى لزوم العقد بالأدلة الدالة على ثبوت
 الخيار للمتبايعين أو لأحدهما وكان العقد فى زمان الخيار جائز و
 متزلزلا ، بحيث كان العقد بجميع مدلولاته المطابقية والالتزامية تحت يد
 ذى الخيار لا يجب عليه التسليم كما لا يجب عليه الوفاء بأصل العقد فلا يكون
 هذا مخالفا لقاعدة السلطنة لأن من لا خيار له لو انتقل اليه المال على
 نحو كان لمالكه الأصلى التسلط على عدم التسليم لم يثبت له السلطنة المطلقة .

و بالجملة ان قاعدة السلطنة قابلة للتضييق وكيف أن الوجه في عدم وجوب تسليم الثمن على المشتري في زمان خياره قدرته على فسخ العقد فحيث كان قادرا على ذلك فقادرا على لوازمه ومن جملة لوازمه عدم وجوب تسليم الثمن كما هو واضح .

ولكن هذا الكلام ، الكلام عجيب منه من جهة أن دليل التخصيص انما ورد على العمومات من حيث دلالتها على لزوم العقد مطلقا وجعله جائزا في زمان الخيار وأما الملكية الحاصلة من أول العقد فهى باقية على حالها وغير مخصّصة بأدلة الخيار ، وح فلا يجوز لذي الخيار المنع من تسليم العوض فانه تصرف في مال الغير بدون اذنه فهو حرام .

و دعوى تضييق دائرة دليل السلطنة بأدلة الخيار أو انصراف الادلة الدالة على حرمة التصرف في مال الغير بدون اذنه عن موارد البيوع الخيارية كما عن بعض دعوى جزافية بداهة أنه لا دليل على التضييق و لا موجب للانصراف ، بل لا بدّ من الأخذ بعفادها والحكم بوجوب تسليم مال الغير اليه الا اذا رضى بالبقاء عنده . نعم يمكن توجيه عدم وجوب التسليم كما ذكره العلامة من جهة انه لا يتعين التسليم لعدم لزوم العقد ، بل ان يفسخ العقد فمراد من التزم بعدم التسليم ان ذى الخيار له فسخ العقد لكى يكلف بالتسليم فيكون البيع لم يقع كما هو واضح ولكن هذا توجيه بعيد كما ذكره فى المترومغ ذلك ذكرنا لانعرف وجهها ذلك أى لعدم وجوب التسليم لذي الخيار . قوله : مسألة : قال فى عد لا يبطل الخيار بتلف العين .

أقول : لا شبهة أن موضوع هذا البحث انما هو صورة عدم انفساخ العقد وعليه فلا تزاحمها قاعدة التلف قبل القبض وقاعدة التلف فى زمان خيار الحيوان أو خيار الشرط ، فانك قد عرفت أن مقتضى القاعدة فى هذا الموارد هو انفساخ العقد كما هو واضح ، وايضا أن مورد البحث ما اذا لم يكن اعمال الخيار فيه متوقفا على بقاء العين كما فى مورد خيار العيب بداهة

أنه يتوقف على بقاء العين بحالها فلو تغيرت عما وقع العقد عليه و لم تكن العين قائمة بعينها سقط الخيار و يكون النزاع في سقوطه بالتلف أو بقاءه لغوا كما هو واضح ، بل يتعين عليه أخذ الارش و السرفى ذلك أن الاستفادة من روايات خيار العيب هو كون الخيار متوقفا على رد المعيوب أيضا أن مورد البحث ما اذا لم يكن الخيار بحسب جعل المتعاقدين مختصا بصورة بقاء العين بأن يكون المجعول هو الحصة الخاصة من الفسخ فيكون المقتضى من الأول مضيقا كما اذا جعل لنفسه الخيار في بيع مقيدا برد مثل الثمن كأن باع داره بثمن معين و اشتراط جواز رده برد مثل الثمن الى مدة خاصة و تلف الدار في ضمن هذه المدة فانه يسقط الخيار بالتلف فلا يبقى خيار هنا فان المجعول انما كان هو الخيار الخاص و الفسخ الخاص اعنى الفسخ مع بقاء العين كما هو واضح .

و كذا الحال اذا كان الخيار متعلقا برد العينين كما في المعاملات فانه بناء على كونها جائزة فانما يكون جواز الرد متعلقا بالعين وهذا انما يتحقق مادام العين باقية في حالها و اذا تلفت سقط موضوع جواز الرد أصلا كما هو واضح ، بل يحكم بلزوم العقد .

اذا عرفت ذلك فنقول انه وقع الكلام في سقوط الخيار وعدمه في جملة من موارد الخيارات كخيار الغبن فان المحقق الثاني تردد في سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه ومنها المراوحة فيما اذا ظهر كذب البائع في رأس المال بأن أخبر بأنه اشتراه عشرة دراهم و يأخذ منه الريح درهمين فيكون الثمن اثنا عشر درهم ، فظهر أنه اشتراه بثمانية دراهم فانه قد تخلف الشرط في المقام فقد وقع الخلاف في سقوط الخيار هنا بتلف العين وعدمه . و قد تردد العلامة في ذلك ، بل عن المبسوط الجزم بالعدم و علل ذلك بأن الرد انما يتحقق مع بقاء العين ، و لكن قوى في المسالك و جامع المقاصد ثبوته ، ومنها خيار الرؤية فان المحقق الثاني الحقه بخيار الغبن في سقوطه بتلف العين و كذلك تلف الثمن في خيارى الحيوان و الشرط

المجعول على نحو الاطلاق لا فى تلف المبيع، فانك قد عرفت خروجه عن مورد البحث، وتعين انفساخ العقد هناك .

والظاهر أن القائلين بسقوط الخيار فى الموارد المذكورة و غيرها انما توهموا أن الخيار انما تعلق برد العين و من الواضح أن هذا انما يكن فيما اذا كانت العين باقية و أما اذا تلفت فلا يمكن الرد فيسقط الخيار كما هو واضح .

و لكن التحقيق فى المقام أن يقال : ان الخيار تارة يثبت بالادلة الخاصة و الروايات الدالة على ذلك و أخرى بالشرط الضمنى .

أما الاول : كخيار المجلس مثلا ، فالظاهر بقاء الخيار بعد تلف العين أيضا لاطلاق الأدلة و عدم تقيدها بصورة تلف العين كما هو واضح ، فان مقتضى قولهم عليهم السلام البيعان بالخيار ما لم يفترا هو كون الخيار دائرا مدار الاجتماع فما دام المتبايعان فى المجلس كان الخيار باقيا ، و اذا تفرقا يسقط الخيار و لا شبهة أن التفرق قد يكون بعد تلف العين و أخرى قبله ، فاطلاق الرواية محكم و من هنا ظهر أنه لا وجه لتوهم أنه لا نجد فى ادلة الخيارات كما فى كلام المصنف تكون مطلقة فى اثبات الخيار بالنسبة الى ما بعد تلف العين و كذلك اطلاق قوله عليه السلام : و هم بالخيار اذا دخلوا السوق ، فانه مطلق بالنسبة الى ما بعد التلف و ما قبله . و أما اذا كان دليل الخيار هو الشرط الضمنى فقد مر مرارا أن معنى جعل الشرط فى العقد مرجعه الى جعل الخيار و من الواضح فى كون الانسان مخيرا فى فسخ العقد و امضائه ، لا يفرق فيه بين تلف العين و بقاءه كما هو واضح ، كما أن الاقالة ليست بمقيدة ببقاء العين فكك الفسخ ان لا فرق بينهما الاّ من أن الاقالة فسخ من الطرفين و الفسخ بالخيار ، فسخ من طرف واحد ، ان فمقتضى القاعدة هو الحكم بثبوت الخيار بتلف العين كما هو واضح ، و من هنا ظهر أنه لا وجه للتمسك بالادلة تصحاب كما

فى المتن لعدم وصول النوبة اليه ، حتى يستشكل فيه بما ذكرناه سابقا من عدم كون الاستصحاب جاريا فى الشبهات الحكمية وغير ذلك من المناقشات .

قوله : مسألة : لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونة بلا خلاف .

أقول : اذا فسخ ذو الخيار العقد فلا شبهة فى كون العين مضمونة لصاحبها على الفاسخ اذا فُرض فى اعلان صاحبها وجعله متمكنا فى أخذ ماله عرفا فان يده ح يد ضمان من حيث البقاء وان لم يكن كذلك من حيث الحدوث وبناء العقلاء أيضا على ذلك و أما اذا جعل صاحبه متمكنا من الأداء باعلانه اياه ونحو ذلك لا يكون ذلك ضامنا عليه فان يده أمانة شرعية كما هو واضح .

و أما المفسوخ عليه فهل يكون ضامنا لمال الفاسخ أولا ، فقد ذكر شيخنا الاستاذ أنه يكون ضمانه عليه لدليل اليد وذلك فان المستفاد من من الدليل أن كون مال الغير تحت استيلاء شخص يقتضى أن يكون ضمانه عليه الآ أن يتحقق رافعه ولم يؤخذ مال الغير عنوانا للمأخوذ حتى يقال انه حين الأخذ لم يكن مال غيره فلا يشمل قوله على اليد ما أخذت ، بل اعتبر بالقرينة العقلية موضوع الحكم بوجوب الأداء ولا شبهة أنه حين الحكم بوجوب الاداء هذا العنوان موجود لأنه فى هذا الحين مال الغير وان لم يكن حين الاخذ كك .

و بالجملة المال المقبوض اذا طرأ عليه عنوان مال الغير يترتب عليه الضمان كما أنه لو خرج عن هذا العنوان يرتفع عنه الضمان .

و لكن ير عليه : —

أولا : أن على اليد ما أخذت حتى تؤدى رواية نبوية مروية من طرق

العامّة فلا يمكن المساعدة على صحتها كما تقدم سابقا .

و ثانيا : أن شيخنا الاستاذ وقد اعتبر في مفهوم الأخذ عنوان القادرة والاستيلاء كما هو كذلك في قوله تعالى لا تأخذ به سنة ولا نوم ، ومن الواضح أنه ليس هنا كذلك ، بل المدرك لهذه القاعدة انما هو السيرة القطعية العقلائية ولا شبهة أنهما منتفية في المقام ، بل هي على عكس ذلك فان السيرة قائمة على أنه لا ضمان في مثل هذه الموارد .

الكلام في النقد والنسية

قوله : القول في النقد والنسية .

أقول : أن البيع بحسب تقسمه الى النقد والنسية له أربعة أقسام لأنه اما يكون كل من العوضين نقدا فهو بيع النقد ، واما يكونا كلاهما نسية ، و هو الكالى بكالى ، واما يكون احدهما نقدا والآخر نسية ، فان النقد هو الثمن والنسية هو المثلن ، و هو بيع السلم ، واما بالعكس فهو بيع النسية المعروف ، ثم ان القسم الثانى اعنى بيع الكالى بكالى ثم ان المراد من بيع الكالى بكالى أن يكون كل من العوضين كلياً فى الذمة وديننا للآخر بأن باع أحد منا من الحنطة كلياً بدرهم كلى مع كون كل منهما مؤجلا و أما اذا كانا لشخصيين فقد أجل فى التسليم من الطرفين فلا يكون من بيع الكالى بكالى فتقسيم البيع الى النقد والنسية أمر آخر لا يكون مربوطا بتقسيمه الى الحاضر وغيره والوجه فى اختصاص الكالى بكالى بالكلى هو رواية النهى عن بيع الدين بالدين والاجماع فان الدين لا يكون الا كلياً والمتيقن من الاجماع هو ذلك ، فافهم ، نعم المعنى اللغوى للكالى بكالى موجودة هنا فان العوضين من الطرفين فلو اشترط فيهما الاجل فان التأخير هنا بحسب الشرط فما ذكره شيخنا الانصارى من المراد بالموجمل خصوص الكلى اشارة

الى ذلك .

ثم ان المراد من كون المثلثين أو الثلثين نسبة أى شىء وقد يكون المراد من ذلك كون التملك فى أمثال ذلك تعليقا من ناحية المؤجل بان يملك البايع مثلا فعلا و لكن الملكية تحصل بعد زمان بحيث يكون الانشاء فعليا ، و المنشأ استقباليا نظير الوصية و لكنه باطل و صحته فى باب الوصية لدليل خاص و بيان ذلك أن العلماء ذكروا فى بيان بطلان التعليق فى العقود مثلا تارة ينشئ تملك ماله للمشتري على تقدير أن يكون هذا اليوم يوم جمعة مع ترده فى كونه يوم جمعة فانه يملك على هذا التقدير .

و أخرى ينشئ ملكية ماله لشخص فى مقابل العوض الخاص بعد عشرة أيام بحيث يكون البيع حاصلًا بعد عشرة أيام ، كما اذا أجر داره بعد شهر و فى المقام من الآن يبيع المبيع الفلانى بعد سنة بحيث تكون الملكية من الطرفين حاصله بعد سنة و ليس الموجود من الآن الا انشاء البيع فقط ، ليس الا و قد اتفقت كلمات الأصحاب على بطلان كلا هذين القسمين و لكن بطلان البيع هنا على تقدير كون انشاء التملك على التقدير المذكور بحيث يكون الانشاء فعليًا و المنشأ استقباليًا لا يتوقف على بطلان التعليق ، بل لو لم يجماع على بطلان التعليق فأىضا لا بدّ من الالتزام ببطلان ذلك من جهة أنا ذكرنا فى محله أن البيع مبادلة مال بمال بحيث يدخل الثلث فعلا فى ملك من خرج المعوض من ملكه ، و من الواضح أنه على التقدير المذكور قد صار الثلث ملكا للبايع فعلا ، من غير أن يكون المبدل أى المبيع داخلًا فى ملكه و لا شبهة أن هذا خارج عن مفهوم المبادلة المفروض حصولها بالفعل فلا يكون مشمولًا لمفهوم المبادلة كما هو واضح و أيضا يحكم ببطلانه من جهة عدم صدق البيع عليه سواء قلنا ببطلان التعليق أم لا .

و قد يقال أن معنى البيع النسبة عبارة عن كون الانشاء فعليًا و المملوك

متأخراً كالواجب المعلق وكبعض أقسام الاجارة كما اذا أجر الدار المعهودة فعلا بعد عشرة أيام ، ففي المقام أن البايع يملك المشتري ماله بعنوان أن يكون الانشاء حالياً و كك المنشأ و لكن المملوك يكون متأخراً كما في الاجارة ، حيث أن الموجر الآن يوجر الدار المعينة بعد شهر فانه بذلك يملك منفعتها من الآن ملكية فعلية و لكن المملوك متأخر و كك في المقام ، وهذا وان كان معقولا في الاجارة ولكنه غير معقول في البيع بدهاءة أن الاجارة تمليك المنفعة و هي من الاعراض والاعراض تقدر بالزمان و لكن البيع ليس كذلك ، فانه تمليك الاعيان فهي لا تقدر بالزمان ، فان حنطة اليوم مثلا هي عين هذه الحنطة بعد عشرة أيام و هكذا و عليه فلا معنى أن يملك البايع للمشتري حنطة الشهر الآتى ، بحيث تكون هذه الحصة من الحنطة مبيعا كما هو واضح .

وعلى الجملة لا يعقل بيع الاعيان فعلا ، و تمليكها بالملكية الفعلية بعد مدة نظير تمليك الدار المعينة فعلا ، لشخص بعد مدة بحيث يكون مملوك المشتري متأخرا و ذلك لما عرفت فافهم ، بل المناط في النسبية هو كون كل من العوضين للآخر بالفعل و تكون ذمته مشغولة بذلك بحيث يجب لكل منهما الخروج عن العهدة فعلا ، و لكن يشترط أحدهما على الآخر تأخير الثمن الى وقت كما في النسبية أو تأخير الثمن كما في السلم فيكون التأجيل من ناحية الشرط لا من ناحية كيفية الانشاء كالتعليق و نحوه ليلزم المحاذير المتقدمة و هذا الذي ذكرناه لا يحتاج الى التفطيش الذي ذكرناه ، بل هو أمر عرفي و ثابت بحسب ارتكاز العقلاء أيضا كما هو واضح ، و عليه فلا يجب دفع الثمن المشترط تأخيره الى مدة حتى مع مطالبة الطرف اذ ليس له حق المطالبة قبل الوقت المعين .

توله : مسألة : اطلاق العقد يقتضى النقد .

أقول : قد ظهر مما ذكرناه أن اطلاق العقد يقتضى التعجيل وذلك من جهة أنه اذا كان مقتضى البيع هو مبادلة مال بمال بالفعل فمقتضى ذلك أن كل من العوضين ملك لكل من المتبايعين بالفعل وهذا يقتضى أن يعطى كل منهما العوض للأخر بغير تأخير عند المطالبة فان جواز تأخير أداء مال الغير مع المطالبة يحتاج الى دليل ، بل يجب ذلك بدون المطالبة أيضا ، فان كل من كانت ذمته مشغولة بمال الغير وجب عليه افراغ ذمته و أداء مال الغير اليه سواء طالب أم لم يطالب ، فان عدم المطالبة لا يكشف عن رضاه بذلك ، فانه ربما يكون من جهة الغفلة .

نعم ، اذا انكشف بالقرائن الخارجية جواز تأخير الاداء ورضى المالك بالبقاء عنده ، لا يجب الأداء فورا و من هنا اتضح أنه لا يتوقف وجوب ايدمال مال الغير اليه ، على المطالبة ، بل مقتضى اشتغال ذمة المديون أو من وضع يده على مال الغير ، أن يوصله اليه ، وان لم يطالب ذلك لأنه لا يحل مال أمر مسلم الأبطيب نفسه ، فانه شامل باطلاقه لذلك أيضا راجع فى ذلك الى حاشية السيّد الا مع العلم برضاه للبقاء عنده ما لم يطالب كما هو واضح . وعلى هذا فلو اشترط أحد المتبايعين على الآخر التعجيل فى التسليم وعدم التأخير كان هذا تأكيدا للاطلاق لا تأسيسا اذ ما يستفاد من الشرط انما يستفاد من الاطلاق كما عرفت فلا يكون للاشتراط فائدة كما ذكره الشهيد فى الدروس من أن فائدة الشرط ثبوت الخيار اذا عين زمان النقد فاخل المشتري ، بل نفس هذه الفائدة مترتبة على الاطلاق أيضا كما ذكره الشهيد الثانى مع الاطلاق أيضا يعين عدم تعيين الزمان اذا اخل به فى أول وقته .

نعم ، للاشتراط فائدة اذا كان الاطلاق يقتضى وجوب التسليم ولكن بحسب العرف بأن يقضى العرف بلزوم التسليم فى ستة أيام مثلا وهو يشترط

على صاحبه التسليم فوراً فان هذا المقدار من الفورية لا تستفاد من الاطلاق و أيضاً تترتب القاعدة على الاشرط اذا كانت القرينة العرفية قائمة على رضا كل من المتبايعين ببقاء كل من العوضين عند الآخر فان بالاشترط ترتفع هذه القرينة و تكون فائدة الاشرط هو لزوم التسليم فوراً ولا يجوز التأخير اتماماً الى رضا الطرف بمقتضى الاشرط كما هو واضح .

ثم ان لصاحب الجواهر هنا كلاماً و هو أن الخيار هنا انما هو مع عدم التمكن من الاجبار وانه واقع في طوله و الا فلا يثبت الخيار و قد أشكل عليه المصنف بأن ذلك غير مربوط بالمقام ، فان الكلام هنا في ثبوت خيار تخلف الشرط و عدمه في نفسه و الشرائط الآخر غير مربوطة بذلك فانه يبحث في بقية الشرائط في موارد ما فمن جعلتها اشترط ثبوت الخيار مع التمكن من الاجبار أو بوجوبه معه و شئء منهما لا يرتبط بالمقام كما هو واضح هذا أولاً . و ثانياً : أنه لا معنى لاعتبار عدم التمكن من الاجبار أو وجوبه مع التمكن منه في ثبوت الخيار بداهة أن الخيار هنا من ناحية تأخير التسليم في المدة المعيّنة المضبوطة بحسب الاشرط في ضمن العقد بحيث يكون الخيار هنا من ناحية التأخير في الزمان الخاص و ح فمالم يصل ذلك الزمان فلا معنى للاجبار ان لا حق له في ذلك قبل وصول الوقت فضلاً عن وجوب الاجبار و بعد وصوله فاذا كان وقت الاداء باقياً أيضاً لا وجه لجواز الاجبار أو وجوبه لوسعة الوقت و اذا خرج الوقت فقد فات الوقت و ثبت الخيار فأيضاً لا يبقى مجال للاجبار كما هو واضح .

و على الجملة بعد السير و التقسيم و التفتيش لا نرى وجهها لكون الخيار مشروطاً بعدم التمكن من الاجبار أو وجوبه بعد التمكن منه ، نعم اذا اشترط فعل في ضمن العقد كالخياطة و نحوها فامكن اعتبار هذا الشرط فيه لعدم كون الخيار من حيث الزمان .

أما ما ذكره المصنف من الوجه الأول فهومتين ، فانه لا معنى لذكر جميع شرائط خيار تخلف الشرط فى المقام ، بل لها مورد آخر قد تقدم الكلام فى ذلك فاعتبار عدم التمكن من الاجبار أو وجوبه مع التمكن منه فى ثبوت خيار التأخير الذى من مصاديق خيار تخلف الشرط لا وجه له يعنى لامورد له هنا ، بل مورد ه محل آخر .

و أما ما ذكره صاحب الجواهر فهو أيضا حسن ، فانه نبه على أن هذا الشرط موجود فى موارد خيار تخلف الشرط وهذا المورد منها فيعتبر فيه ذلك أيضا و هو تنبيه حسن ، و لكن الكلام فى اصل اعتبار هذا الشرط وأن الخيار واقع فى طوله .

وقد تقدم فى مورد ه أنه لا دليل على هذا الشرط بداهة أن خيار تخلف الشرط ثابت على فرض التخلف بالشرط الضمنى المعتبر فى العقد عند التحقق ولا شبهة أنه لم يقيد هذا الشرط من حيث كونه تخلفه موجبا للخيار لم يقيد بالتمكن من الاجبار ووجوبه معه ، بل بمجرد أن المشروط عليه تخلف عن العمل بالشرط ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط كما هو واضح .

و أما ما ذكره ثانيا فلا يمكن المساعدة عليه ، فانه لو صح لجرى فى جميع الشروط أيضا حتى الخياطة و الكتابة و نحوهما فانه يقال انه لا معنى لاشتراط هذا الشرط أصلا فانه قبل زمان الشرط لا معنى للاجبار و فى زمانه فالوقت موسع و بعد خروج الوقت لا يبقى مجال لذلك ، أى للاجبار ، بل يجرى ذلك فى الواجبات التكليفية أيضا بعين ما ذكر .

وقد ذكر نظير ذلك الايروانى فى المحرمات وقد تقدم فى البحث عن حرمة الاعانة على الاثم من انه لا يتوجه النهى الى المكلف قبل الاقدام بالحرام و بعده ، قد فات محله فانه بالنسبة الى جرئة لم يشربها من الخمر

لم يتوجه اليه التكاليف وبالنسبة الى جرئة شربها قد مضى وقت النهي فاذا
يكون توجهه اليه غير مقدور كما لا يخفى فانهم .

وكيف كان فلا مجال لما ذكره المصنف من الاشكال الثاني ، بل المراد
من اعتبار عدم التمكّن من الاجبار في ثبوت الخيار ، وأنه مع التمكّن منه لا
يثبت الخيار أنه اذا وصل وقت الشرط وعلم من المشروط عليه علائم عدم
الوفاء بالشرط مع مضى مدة من الوقت اذا كان الوقت موسعا وفي أول الوقت
اذا كان مضيقا فانه ح يجبر على الوفاء به ، وهذا هو مرادهم من التمكّن
من الاجبار ، ولكن الكلام في أصل وجود الدليل على اشتراط هذا الشرط
وقد عرفت المناقشة في ذلك وقد تقدم تفصيل ذلك في محله .
قوله : مسألة : يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة .

أقول : الكلام في ضرب المدة في البيع المؤجل وكيفية ذلك لا شبهة
في انه لا بدّ من ضرب الأجل المعين في البيع المؤجل ولو لم يعين الاجل
كان ذلك موجبا لبطلانه للغرر المنفي بالنص والاجماع بداهة أن الغرر
بمعنى الخطر ومن الواضح أن عدم تعيين المدة في البيع المؤجل موجب
للخطر في المال ضرورة أن مالية المبيع تختلف باختلاف زيادة المدة و
نقصانها ، حيث ان قيمة المبيع تزيد بزيادة تأخير ثمنه و يقل نقصان غلوه باعه
نسبية بقيمة رخيصة بزعم أنه يسلم المشتري الثمن بعد عشرة أيام ولم يسلم الى
سنة فان ذلك من أوضح أفراد الغرر المنفي بالنص والاجماع على تقدير
تعاميتهما .

وعليه فلا بدّ من ضرب المدة المعينة في البيع المؤجل وقد استدل
المصنف على اعتبار تعيين الاجل هنا بما ورد في السلم من لزوم تعيين
المدة فان كان نظره من ذلك الى وجود الملازمة بينهما وتنقيح المناط
القطعي بدعوى أنه نقطع بعدم الفرق بينهما ، فان الاجل فيهما على حد

سواء ولا نحتمل الخصوصية فى السلم فهو، والآ فلا وجه لذلك الاستدلال فان كل من السلم و البيع المؤجل أمر مستقل فى نفسه ، فلا يرتبط أحدهما بالآخر كما هو واضح .

ثم ان هذه المدة المعينة لا بدّ وأن لا يكون على مقدار كثير أوجب خروج الثمن عن المالية وعدم اعتبار العقلاء المالية لذلك كاشتراط تأجيل الثمن عشرة آلاف مليون سنة فان العقلاء فى مثل ذلك لا يعتبرون المالية للثمن ، فمثل هذه التأجيلات خارج عن مورد البحث كما هو واضح .

وتوهم صحة ذلك بدعوى أن الأجل و ان كان طويلا ولكن بالموت يكون الثمن حالا توهم فاسد ، فان حلول الثمن بالموت من أحكام البيع المؤجل فهو مترتب بالبيع الصحيح فلا يمكن الحكم بصحة البيع بهذا اللحاظ وقد فرضنا أن البيع مع قطع النظر عن لحاظ الحكم الشرعى فاسد لعدم اعتبار المالية على الثمن .

ثم انه لا فرق فى الأجل المعين بين القصير والطويل ما لم ينجرّ الى خروج الثمن عن المالية فى نظر العقلاء كالفرض المتقدم، ولكن عن الاسكافى أنه لا بدّ وأن لا يكون المدة الى ثلاث سنين، وقد يستشهد له بالنهى عنه فى بعض الأخبار حيث جوّز فيها الامام عليه السلام للسائل التأجيل فى المعاملة مع أهل الجبل الى سنة و سنتين و لم يجوّز ذلك الى ثلاث سنين، و لكن الظاهر أن النهى فى الروايتين ليس تحريما بحيث لا يجوز التأخير الى ثلاث سنين أو أكثر، بل ارشاد الى أن التأجيل مع أهل الجبل بمقدار ثلاث سنين ينجرّ الى تلف المال وانكارهم الثمن ومسامحتهم فى الاداء بحيث يوجب ذلك ذهاب رأس المال أيضا فكأن السائل مشاور الامام عليه السلام فى ذلك فهو لم ير مصلحة فى معاملتهم التأجيل بهذا المقدار، كما لا يخفى .

ثم انه اذا ضرب الأجل بمقدار لا يبقى المتبايعان الى هذه المدة في ذلك الأجل عادة كالف سنة أو مائتين سنة مثلا فهل يصح ذلك أو لا، فذكر المصنف أن في الصحة نظر من حيث خروج الثمن عن الانتفاع به و من الأجل المضبوط و حلوله بموت المشتري، ثم اختار الثاني و قرره بأن ما في الذمة ولو كان مؤجلا إلا أنه مال يصح الانتفاع به في حياته بالمعاوضة عليه بغير البيع، بل و بالبيع أيضا كما في التذكرة ثم اشكل عليه بوجهين :-
الأول : أن هذا الاشتراط لغو محض بداهة أنه يكون حالا بالموت فأى فائدة لذلك .

و الثاني : أن الاشتراط المذكور وهكذا الشرط كلاهما مخالف للمشروع و للسنة بداهة أنه قد ثبت في السنة أن الأجل يحل بموت المشتري و مرجع الشرط الى أنه لا يحل هو باق بعد الموت أيضا فان المفروض أن الأجل أكثر من مدة عمر المشتري فيكون الاشتراط و الشرط مخالفين للسنة فيكون الشرط فاسدا بل ربما كان مفسدا بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد .

و الجواب عن ذلك ، أن كون الشرط مخالفا للمشروع أو غير مخالف له انما يلاحظ بالنسبة الى العقد الصحيح لا بلحاظ حكم العقد و بعد الفراغ عن العقد ، و فرض تحققه في الواقع صحيحا يترتب عليه الحكم كما هو واضح . و على هذا فلا يكون اشتراط التأجيل بالمدة المزبورة مخالفا للمشروع اذا لم تكن المدة بحيث توجب عدم اعتبار العقلاء المالية للثمن و أما مجرد كون التأجيل بمقدار يعلم عادة عدم بقاء المتبايعين الى هذه المدة لا يوجب بطلان المعاملة و كون الشرط مخالفا للمشروع، بل يعتبرون العقلاء المالية للثمن ، و يترتب عليه آثار المال و يعاملون عليه المعاملات و الأفلازم ذلك أن يكون جل المعاملات المشروط فيها التأجيل باطلا ولو كانت المدة

قليلة اذا مات المشروط عليه قبل وصول الأجل و صار الثمن حالا فانه يكشف بذلك أن الشرط المذكور كان مخالفا للشرع كما هو واضح .

و من هنا ظهر أن هذا الاشتراط ليس بلغو أيضا ، فان اللغوية انما تكون اذا كان لحاظ الشرط باعتبار الحكم ، وقد عرفت أنه يلاحظ مع قطع النظر عن الحكم و فى العقد الصحيح و بعد تحقق العقد صحيحا يترتب عليه الحكم كما هو واضح ، و ذكرنا ان هذا الاشتراط فى نفسه ليس بلغوا أصلا ما لم يكن منجرا الى عدم اعتبار العقلاء المالية للثمن و الأّمجّرّد بعد الأجل و كونه زائدا عن وقت العمر لا يجعل الشرط لغوا .

و دعوى كون هذا الشرط مجهولا من حيث عدم العلم بوقت الموت ليكون حالا و موجبا لبطلان العقد من جهة الغرر كما توهم دعوى فاسدة .
بداهة أن الشرط أمر مضبوط و أنه فى نفسه صحيح يعتبر العقلاء معه المالية للثمن ، فلا وجه للحاظه الى وقت الموت ، ليكون مجهولا و موجبا لغيرية المعاملة كما هو واضح ، الآ اذا كانت المدة المشروطة من أصلها مجهولة فهو أمر آخر قد تقدم الكلام فى ذلك ، و كونه موجبا للغرر و بطلان المعاملة آنفا .

ثم ان المناط فى تعيين المدة هل هو تعيينها فى نفسها بحيث يكون معينها فى الواقع و عند أهل العرف سواء علم بذلك المتعاقدان أم لا يعلما بذلك ، أو لا بدّ من علم المتعاقدين بذلك ، أو لا بدّ مع اشتراط علم المتعاقدين من اشتراط علم عادلين بالأجل من غيرهما و لكن الظاهر هو اشتراط علم المتعاقدين فى صحة العقد المؤجل ان لا يرتفع الغرر بدونه فلو باع شيئا بمتن مؤجل الى النيروز وهو عيد الفرس أو المهرجان وهو عيد آخر لهم ، و لكن لا يعلم كل من المتعاقدين أن النيروز بعد شهر أو بعد ستة أشهر ، و كك المهرجان فان ذلك يوجب الغرر البينّ بداهة أن بعد

الأجل وقربه دخل في زيادة مالية المبيع ونقصانه ، فيكون ذلك خطرا في
 مالية المبيع ، بلا شبهة كما هو واضح فيكون البيع باطلا وان كان ذلك معلوما
 في الواقع وعند الاشخاص الآخرين ، فان ذلك لا يرفع الغرر ، وقد يتوهم
 قياس المقام بأوزان البلد حيث انهم ذكروا كفاية الشراء والبيع بأوزان البلد
 المضبوط في نفسها وان لم يعرف المتعاقدين مقدار الوزن تفصيلا ، ولكنه
 واضح البطلان بداهة أن الحكم غير مسلم في المقيس عليه أيضا وتسليمه فيه
 احيانا من جهة ارتفاع الغرر المشاهدة ونحوه والآ المقيس والمقيس عليه
 داخلان تحت أصل واحد وأن جهل المتعاقدين يوجب الغرر الموجب
 لبطلان البيع على أنه لو كان معلومية العوضين أو الأجل في الواقع كافيا
 في صحة البيع وارتفاع الغرر لزم الحكم بصحة كل ما هو مجهول عند
 المتعاقدين ومعلوم عند الله من العوضين أو الأجل في البيع أو الشروط
 الأخر غير شرط التأجيل مع أنه واضح البطلان على أنه يلزم أن يكون النهي
 الوارد عن بيع الغرر بلا مورد ، فانه ما من بيع مجهول بالأجل إلا فهو معلوم
 كما عرفت ، ومن هنا ظهر بطلان توهم كفاية العلم في صحة البيع المؤجل
 من غير المتعاقدين ، وأما الاحتمال الثالث فهو محكى عن الشافعي ولعله
 من جهة قطع الترافع اذا وقع النزاع بين المتبايعين ولكنه أيضا واضح الفساد
 بداهة ان قطع الترافع لا ينحصر بذلك ، بل يمكن بالحلف أيضا كما هو واضح .
 قوله : مسألة : لو باع بثمن حالا و بازيد منه مؤجلا .

أقول : اذا باع أحد متاعه بثمنين على تقديرين بأن يكون ثمن عشرة
 على تقدير كونه حالا وعشرون على تقدير كونه مؤجلا ، فهل يصح ذلك أم لا
 تحقيق الكلام هنا يقع في مقامين : —

الاول : من حيث القواعد .

والثاني : من حيث الروايات .

أما المقام الأول : فلا بدّ من بيان المراد من هذا البيع و تصويره و أنه كيف يكون بيع واحد بثمنين فنقول أن هذا البيع يحتمل وجوها : -
 الأول : أن يكون المراد من ذلك أن البايع قد باع ماله على تقدير أن يكون البيع مؤجلا ، يكون ثمنه عشرون و على تقدير أن يكون حالا يكون ثمنه عشرة ، و يقبل المشتري على هذا النحو و يقول قبلت كذلك ، من غير أن يكون الثمن أحدهما المعين أو أحدهما المخير مع كون البيع منشأ جزما و هذا لا شبهة في بطلانه .

و وجه البطلان أن البيع مبادلة مال بمال بحيث اذا خرج الثمن من ملك البايع فيدخل المبيع في ملك المشتري ، و يدخل الثمن في ملك البايع مكان الثمن ، و لا يمكن ذلك الاّ بتملك كل من المتبايعين من الآخر بالبيع بدل ما يملكه للآخر و لا شبهة أن البايع لم يتملك في هذه الصورة أى مع كون الثمن مرددا بين أمرين مشيئا أصلا ، اذ لا واقعية للأمر المردد حتى في علم الله و حيث لا واقعية للأمر المردد الذي جعل ثمننا في البيع فبأى شىء يملك البايع حتى يكون ذلك مكان ماله و هو المبيع ، و اذن فمفهوم البيع أصلا غير صادق على هذه الصورة .

و على الجملة هذه الصورة خارجة عن البيع بثمنين اذ لا معنى لاختلاف العلماء في ذلك أصلا بعد كونها باطلة قطعاً .

الثانى أن يراد من البيع بثمنين التعليق بأن يقول بعثك هذا المتاع ان كان الثمن نسبة بعشرون و ان كان نقدا بعشرة ، و يقبله المشتري كك بحيث أن البايع ينشئ بأنشأ واحد بييعين و يكون الانشاء واحدا و المنشأ و هو البيع اثنين ، و المشتري أيضا يقبله كذلك و الفارق بين هذه الصورة و الصورة الاولى أن البيع فى الصورة الاولى قد أنشأ جزما و لكن التردد فى الثمن بخلاف هذه الصورة فان البيع لم ينشأ منجزا و انما انشأ معلقا ، و

المشتري أيضا قبل ذلك ، هكذا فبعد القبول ان أعطى الثمن نقدا يكون الثمن عشرة و ان لم يعطى نقدا كان الثمن عشرون فيعطيه مؤجلا، ولا شبهة أن التعليق فى العقود ليس مستحيلا فى نفسه ليكون باطلا من هذه الجهة و انما هو باطل للاجماع، فان قلنا بشمول الاجماع لذ لك فيحكم بالبطان و الا فلا ، كما هو المحتمل ان بطلان البيع بثمانين مورد الخلاف للعلماء ، فليس هنا اجماع و سيأتى الكلام فى صحة الاجماع و بطلانه من جهة هذه المخالفة .

و يحتمل بعيدا أن يراد التخييراً أن يبيع البايع المتاع بأحد الثمنين على التقديرين بحيث ينشأ البيع منجزا و يكون الترديد فى الثمن لا على نحو لا يكون له واقعية كما فى الصورة الاولى ليكون البيع باطلا ، بل يملك الثمن للمشتري و يملك منه الثمن و هو أحد الثمنين و لا شبهة أن عنوان أحد هما له واقعية كالواجب التخييري كما هو واضح، الا أن هذا بعيد فلا يمكن حمل كلام الفقهاء و حمل الروايات الواردة فى المقام على ذلك .

و الثالث: أنه يمكن أن يراد من هذا البيع البيع المؤجل، المنجز دون المعلق و لكن يكون لتقدير الآخرو هو كون الثمن نقدا شرطا فيه بأن يبيع البايع المتاع من المشتري بعشرون الى سنة أى يشترط المشتري على البايع فى ضمن العقد التأجيل و أيضا يشترط عليه شرطا آخرو هو أنه اذا أعطى الثمن نقدا أن يكون عشرة بان ينزل من العشرين الى العشرة .

و بعبارة أخرى يشترط المشتري على البايع النزول على تقديره بولا شبهة فى جواز هذا الاشرط و صحته فان النزول جائز بدون الاشرط فلا بأس باتيانه تحت الاشرط و اذا أريد من البيع بثمانين هذه الصورة فلا شبهة فى صحة ذلك ، و لكن ذلك مخالف لصراحة الروايات بدهة أن موردها و كك مورد كلمات الفقهاء هو البيع بثمانين و هذا الشق ليس من البيع بثمانين

بداهة أن الثمن هنا واحد و هو عشرون و أما كفاية اعطاء العشرة على تقدير أن يعطيه نقدا ليس من جهة كونه ثمنا آخر . بل هو من جهة اشتراط النزول . و لا شبهة أن باب الشروط خارج عن ما نحن فيه كما هو واضح . و ان كان المراد عكس هذه الصورة بأن يبيع نقدا بعشرة ولكن اشترط على المشتري أنه اذا لم يرد الثمن نقدا أن يعطى بعشرين وهذا مضافا الى كونه خارجا عن البيع بثمانين كما عرفت فى عكسه أنه بيع ربوى فيكون محرما ولعل من افتى بحرمة البيع مع التزامه بالصحة حمل الروايات على ذلك مراده هذه الشق كما هو واضح . و لكن قد عرفت خروج ذلك عن مورد المسئلة . ثم انه اذا كان اشتراط زيادة الثمن على فرض التأخير كاشتراط للرباء الذى هو شرط فاسد فهل يكون بعد فساده للبائع حق مطالبة الثمن قبل الأجل و معجلا أو ليس له ذلك ، ربما يقال بلزوم الأقل و يكون التأخير جائزا من طرف المشتري و لازما من طرف البائع لرضاه بالاقل ، فالزيادة ربا و لذا ورد النهى عنه ، و هو غير مانع من صحة البيع ، و قد ذهب الشهيد الى ذلك فى الدروس و استقر به و اشكل عليه المصنف بان الزيادة ليست فى مقابل الأجل اسقاط البائع حقه من التعجيل الذى يقتضيه العقد لو خلى و طبعه و الزيادة و ان كانت ربا كما سيجىء الا أن فساد المقابلتها لا يقتضى فساد اسقاط البائع حق مطالبته الثمن الى أجل خاص كما احتل ذلك فى حق القصاص بعبد يعلمان استحقاق الغير له أو حرمة ، بل قال فى التحرير بالرجوع الى الدية و ح فلا يستحق البائع الزيادة و لا المطالبة قبل الأجل لكن المشتري لو اعطاه و جب عليه القبول اذ لم يحث له بسبب المقابلة الفاسدة حق فى التأجيل حتى يكون له الامتناع عن القبول قبل الأجل و انما سقط حقه فقط عن التعجيل .

أقول : يرد عليه أن جواز مطالبة البائع حقه من المشتري الثمن ليس

من قبيل الحقوق حتى يقبل الاسقاط باسقاطه فى مقابل العوض ليتوهم بقاء الاسقاط، وان بطلت العقابله، بل هو حكم من الاحكام الشرعية الغير القابله للاسقاط، ولا يقاس ذلك بحق القصاص فانه حق قابل للاسقاط و عليه فيجوز للبايع مطالبه الثمن قبل وصول الأجل، بل يجب للمشتري أن يعطيه اياه أيضا وان له يطالب اذا لم يعلم بكون البايع راضيا بالتأخير و ذلك لأن التصرف فى مال الغير و ابقائه عنده بدون رضاه حرام فلا يحل ذلك الآ بطيب نفسه، و المفروض أنه لم يحرز طيب نفسه بالابقاء، فيجب الاداء كما لا يخفى، فانهم .

اذا عرفت هذه الشقوق فعلمت أن مورد البحث و محط الروايات و محلها هو الشق الثانى بدهة أن الفرضين الاخيرين خارجان عن البيع بثمانين و الفرض الاول خارج عن مفهوم البيع و التأخير فيثبت الشق الثانى و هو التعليق و هو نفسه لا محذور فيه، و لكن الاجماع قائم على بطلانه فى العقود، الآ أن يقال بعدم وجود الاجماع فى المقام لوجود القول بالصحة و لا يضر خلافهم بالاجماع هذا كله بحسب القواعد .

و أما بحسب الروايات فالمستفاد من بعض الروايات صحة ذلك البيع و لكن على نحو خاص فى رواية محمد بن قيس أنه قال أمير المؤمنين (ع) من باع سلعة و قال ثمنها كذا و كذا يدا بيد و ثمنها كذا و كذا نظرة، فخذها بأى ثمن شئت . فان الظاهر من هذه الرواية هو صحة ذلك البيع و أنه صفقة واحدة و لكن لا تعرض فى ذلك لكون البيع مؤجلا على تقدير أن يعطيه المشتري بثمان نقد، بل حكم الامام عليه السلام على نحو الاطلاق بالأخذ بقوله فخذها من غير تعرض فيها لعدم جواز مطالبه البايع الثمن الى آخر الأجل، الآ بعد و عدم جوازه كما هو واضح، هذه هى الرواية الاولى .

الثانية : رواية السكونى عن جعفر عن أبيه عن آباءه أن علياً عليه السلام قضى فى رجل باع بيعاً واشترط شرطين بالنقد كذا وبالنسيئة كذا ، فأخذ المتاع على هذا الشرط ، فقال هو بائع الثمنين وابعده الأجلين فان هذه الرواية أيضاً تدل على صحة البيع بثمانين ، ولكن مقيداً بكون الثمن هو الأقل وكون الأجل هو الأبعد فقد تعرضت هذه الرواية بالمدة أيضاً وأن البائع ليس له حق المطالبة الى أن يصل الاجل الأبعد واذن فلا مانع من الالتزام بصحة البيع بثمانين على هذا النحو الذى استفدنا من رواية السكونى فان كانت الروايتين معتبرتين كما حكم الشيخ باعتبار الاولى والسيد باعتبار الثانية فيها ولا بد من الرجوع الى سند الروايتين خصوصاً الاخيرة ، لانها هى العمدة فى المقام ، والآ فلابد من الرجوع الى مقتضى القواعد وقد تقدم الكلام فى ذلك ، وقلنا أنه لا اشكال فى هذا البيع من غير ناحية التعليق وهو مجمع على بطلانه فى العقود وان لم يكن فيه محذور فى نفسه .

وتوهم عدم وجود الاجماع فى المقام لوجود القائل بالصحة توهم فاسد فانا نعلم قطعاً أن القائل بالصحة قد اعتمد على الرواية وبعد ضعف الرواية فلا مدرك له فيكون الاجماع تماماً ومخالفة القائلين بالصحة غير مضرة كما هو واضح .

وأما الروايات الناحية عن البيع بثمانين والآمرة بتعيين الثمن فهى محمولة على الكراهة بقربها ما تقدم من الروايتين ، روايتى محمد بن قيس و السكونى الدالتان على جواز البيع كذلك وتعيين الثمن الأقل و الأجل البعيد كما هو واضح .

ثم انه بناءً على العمل بروايتى السكونى و محمد بن قيس الدالتان على جواز البيع المذكور و لكن على النحو الخاص يلزم أن لا يكون العقد تابعاً للقصد فان البائع قد انشأ البيع بثمانين خاص على تقديره بثمانين آخر على

تقدير آخر ورواية السكوني دلت على امضائه بأقل الثمنين و بأبعد الاجلين فهو غير مقصود للمتبايعين فما هو مقصود لم يقع وما هو واقع غير مقصود . وفيه أنه لا محذور في الالتزام بذلك بعد دلالة الرواية عليه تعبدا كما وقع نظيره في عقد المتعة فانه مع عدم ذكر الأجل انقلب دائما بناء على عدم افادتهما الملك فانه مقتضى الجمع بين الدليلين هو حصول الاباحة الشرعية كما ذهب اليه صاحب الجواهر وكيف كان بعد دلالة الرواية في المقام على الحكم المذكور لا يكون تخلف العقد عن القصد فيه محذور أصلا انتهى كلامنا الى البيع شىء بثمانين معجلا بكذا و مؤجلا بكذا .

وقد وردت هنا روايات فطائفة منها تدل على المنع وأنه نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن البيع بثمانين معجلا بكذا و مؤجلا بكذا واطائفة أخرى تدل على الجواز كرواية السكوني ، و لكن رموا رواية السكوني على الضعف و لأجل ذلك استشكلوا في صحة ذلك البيع ، و لكن ذكر في الحدائق أن دليل الصحة ليس منحصرا برواية السكوني لترمي بالضعف و تحكم بعدم جواز مثل هذا البيع ، بل هنا روايتان عن محمد بن قيس أحدهما صحيحة وهي ما روى عن طريق الفقيه و الثانية حسنة كالصحيحة و هي ما روى عن طريق الكافي و هاتان الروايتان تدلان على أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في مثل هذا البيع بأقل الثمنين و بأبعد الاجلين و لذا عبر الشيخ (ره) في المتن عن رواية محمد بن قيس بالمعتبرة .

و كيف كان فلا اشكال في الرواية من حيث السند و انما الكلام في دلالة ذلك و المحتمل في دلالتها و ان كان كثيرا و لكن القريب الى الذهن منها وجهان :-

الأول : أن يكون غرض الامام عليه السلام من البيع بثمانين بيع متاع بثمان عشرة دنانير معجلا ، و لكن يشترط البايع على المشتري كون الثمن

عشرون دينارا على تقدير التخلف فى الأداء عن المدة المؤجلة فيكون الزائد فى مقابل المدة الزائدة كما هو واضح ، وحيث كان هذه الزيادة رباً و هو حرام ، فحكم الامام عليه السلام بلزوم البيع بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين . و لكن يرد على هذا الوجه أن شرط الربا من الشروط العاسدة المخالفة للكتاب و السنة فلا يكون نافذاً و عليه فلا يكون البايع ملزماً بتأخير الثمن الى أبعد الأجلين فحمل الرواية على هذا الوجه مشكل من هذه الجهة ، بل مقتضى حملها على هذا أن لا يجوز للمشتري تأخير الثمن الى هذه المدة المضروبة و يجوز للبايع أن يطالب الثمن معجلاً و قبل وصول المدة المضروبة لأن التصرف فى مال غيره بدون اذنه غير جائز و كيف يجوز للمشتري أن لا يعطى مال الغير بدون رضاه كما هو واضح . ولأجل هذا الاشكال قد وجه المصنف هذه الرواية بأن البايع قد اسقط حق مطالبته بهذا الاشتراط و ان كان الشرط فاسداً و لكن فساد شرطه لا يضر باسقاطه حقه كما يسقط حق القصاص بمصالحة ولى الدم حقه بعبد يعلم ان استحقاق الغير له أو كونه حراً و فى المقام أيضاً كذلك فان فساد الشرط لا يضر بالاسقاط .

و لكن ما أفاده المصنف (ره) ليس بتمام من جهة أن حق القصاص و ان كان أيضاً حكماً شرعياً و لكنه حق من الحقوق المصطلحة لأنه يقبل اسقاط بالكتاب و السنة و هذا بخلاف حق المطالبة ، فانه حكم شرعى غير قابل للاسقاط حتى لو اسقطه لم يسقط ، بل له أن يطالب حقه بعد ذلك ، نعم له أن لا يطالب حقه و يرضى بتأخير حقه ، و ح فلا يجب للمشتري المبادرة بالاداء ، و أما مع عدم الرضا فلا يجوز له التأخير لماعرفت من أن التصرف فى مال غيره بدون اذنه حرام .

و التحقيق أن تحمل الرواية على الوجه الثانى الذى هو مورد النقص

والإبرام في المقام حيث نفاه بعضهم واثبة آخر، وهو أن يقال أن المراد بالرواية هو التعليق حيث إن البايع قد أنشأ بإنشاء واحد يبيعين على تقديرين يعني على تقدير كون الثمن معجلاً أنشأ بيعاً وعلى تقدير كونه مؤجلاً أنشأ بيعاً آخر، فهنا بيعان معلقان بثمنين على تقديرين ولا محذور للالتزام بذلك إلا التعليق الذي باطل في العقود اجماعاً، إلا أنه ليس هنا اجماع وذلك لاختلاف العلماء وفي ذلك حيث حكم جمع بالبطلان و حكم جمع آخر بالصحة فلا يكون المقام مشمولاً للاجماع، وعليه فلا بأس بحمل الرواية على امضاء ذلك البيع التعليقي ولكن على نحو خاص بأن يكون الأجل من أحدهما والثمن من الآخر، حيث قال يمضى بأقل الثمنين و أبعد الأجلين .

ولكن أشكل الإردبيلي على الرواية بأنها مخالفة للقواعد العقلية و الشرعية فان مقتضى القواعد هو أن يكون البيع واقعاً على النحو الذي أنشأه المتبايعان والمفروض أن الرواية تدل على صحته غير الشكل الذي أنشأه البايع، وقد دلت الأدلة الشرعية والقواعد العقلية على حرمة التصرف في مال غيره بدون إذنه، وطيب نفسه والمفروض أن المنشى اعنى البايع لا يرضى بالتصرف في ماله بغير ما أنشأه و اذن فتكون الرواية مخالفة لتلك القواعد العقلية والشرعية فتسقط عن الحجية ويرجع علمها الى أهلها .

وما ذكره الإردبيلي متين جداً، فان القواعد العقلية والشرعية تقتضى ذلك و لكن ليست تلك القواعد من القواعد التي تكون غير قابلة للتخصيص و اذن فلا مانع بتخصيصها بهذه الرواية الصحيحة فانها تدل على جواز التصرف في مال غيره اذا أنشأ بيع ماله على هذا الشكل، فالشارع رغمًا لنه حكمه بامضاء على غير الشكل الذي أنشأه و أخبر عنه أى امضاء الشارع الامام عليه السلام، بل وقع نظيره كثيرا كأذن الشارع في أكل مال غيره في المخصصة

وحكم الشارع بعدم الملكية فى بيع الصرف والسلم الى زمان القبض و غير ذلك من الموارد فان ذلك كله حكم بالتصرف فى مال الغير على خلاف قصد المالك وك حكمه بدوام العقد مع قصد الانقطاع .

وعلى الجملة أن الرواية الصحيحة اذا دلت على حكم تعبدى يكون تخصيصا للقواعد و تبعية العقود للقصد ليست من الاحكام التى تكون غير قابلة للتخصيص كما هو واضح .

فما ذكره الاردبيلي لا يمكن المساعدة عليه وان كان متينا فى نفسه . نعم ، لا يعقل تخلف العقد عن القصد اذا امضى الشارع غير المنشأ بحيث يكون حكمه بعنوان الامضاء لا بعنوان الحكم المولى بحيث يكون انشاء المنشئ موضوعا لحكم الشارع كما هو واضح .

ثم انه ان كانت الروايات الدالة على المنع معتبرة فلا بد من حملها على الكراهة لأنها ظاهرة فى التحريم وما يعارضها اعنى رواية محمد بن قيس صريحة فيه فيرفع اليد بنص هذه الرواية عن ظهور رواية المنع فتحصل على الكراهة كما هو واضح ، و يمكن حملها على وجوه أخرى غير الكراهة وقد ذكرها فى الحقائق .

ثم هل يمكن التعدى من مورد الرواية الى ما يكون البيع بثمانين على تقديرين بحيث يكون كل تقدير منهما مؤجلا لا أحد هما مؤجلا والآخر معجلا غاية الأمر يكون الثمن بالنسبة الى الأجل القليل أقل و بالنسبة الى الأجل البعيد اكثر ، وقد جعل فى الحقائق هذا الفرع ملازما للفرع الاول وموردا لحكم الفقهاء بالصحة ان حكموا بصحة الفرع الأول و بالفساد ان حكموا بفساد الفرع الاول ، و لكن الظاهر أن هذا الفرع بعيد عن الفرع الاول ، و أن الامام عليه السلام قد حكم فى الفرع الاول بالصحة على خلاف القواعد تعبدا فلا بد من الاختصار بموردها و التعدى من ذلك الى غيره قياسا فلا

نقول بحجيته، واذن فلا بدّ أما من الحكم بالبطلان في الفرع الثاني للاجماع على بطلان التعليق أو الحكم بالصحة على النحو الذي انشأه المنشى أعنى البيع بثمانين الى اجلين اذا لم يكن هنا تعليق لا الحكم بصحة البيع بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين كما هو واضح .

و الظاهر هو البطلان لعدم وجود الاختلاف هنا وان زعم صاحب الحدائق الملازمة بين الفرعين و نسبة اليهم ذلك و كيف كان فالميزان هو ما ذكرناه ، فافهم .

قوله : مسألة : لا يجب على المشتري دفع الثمن الموجل قبل حلول الأجل .

أقول : من جملة أحكام المؤجل أنه لا يجب على المشتري أن يدفع الثمن الى البايع قبل حلول الأجل ، سواء طالب البايع أم لم يطالب وهذا اجماعى على أن ذلك فائدة الاشتراط كما هو واضح .

ثم انه اذا تبرع المشتري بدفعه هل يجب على البايع قبوله أم لا ؟ الظاهر هو الثانى ، بل لا خلاف فيه بين الأصحاب ، بل عن الرياض دعوى الاجماع عليه و فى باب السلم من جامع المقاصد نسبة الخلاف فى ذلك الى بعض العامة و لكن الظاهر أن المقام ليس مما يكون مورد للاجماع التعبدى فان الأمر فى المقام يدور مدار الاشتراط وعدمه و على كل تقدير فيتبع حكمه و عليه فلعل القائل بعدم الوجوب قد لاحظ كون الشرط من البايع على المشتري أيضا بان لا يسلم الثمن قبل الأجل و الا فلو كان الاشتراط من خصوص المشتري على البايع فلا مناص يجب للبايع أن يقبل الثمن لأنه ماله و لا يجب للمشتري حفظ مال شخص آخر ، و من هنا ظهر فساد ما ذكره العلامة من تعليل عدم الوجوب بأن فى ذلك منة على البايع فان التعجيل كالتبرع بالزيادة و وجه الظهور أن التعجيل انما هو بحسب القواعد و ليس

فبه منة ، بل اىصال حق الغىر الىه بىخلاف اعطاء الزىادة فان فبه منة كما هو واضح .

(أقول : لعل كلام العلامة مبنى على الفرع الثانى من الشرط لا يسقط بالاسقاط وح يكون التعجيل تبرعا و تكون فبه منة على الباع اذ فى التبرع منة مع وجود الحق للمشترى ، نعم اذا قبل ذلك الاسقاط كما هو كذلك فلا منة مقرر) وعلیه فلا بدّ من التکلم هنا فى بیان ذلك من ناحية مقامى الاثبات و الثبوت فنقول أن الاشتراط التأخیر بحسب مقام الثبوت يتصور على وجوه :-

الأول : أن يكون الشرط لخصوص المشترى بأن يشترط المشترى على الباع أن لا يكون للبائع حق المطالبة الى أجل خاص وح فلو تبرّع المشترى و أعطى الثمن قبل و حصول الأجل لوجب على الباع قبول ذلك لأنه ماله و لىس له حق أن لا يقبل لعدم اشتراطه على المشترى ذلك ، بل الغرض من اشتراط التأخیر هو التوسعة على المشترى فقط وعلى هذا يترتب فساد ما ذكره العلامة من أنه لا يجب للبائع قبول ذلك لأن فبه منة فانه أى منة فیه فى ذلك بعد ذلك بعد ما كان غرض المشترى اىصال مال الباع الیه .

الثانى : أن يكون الشرط من ناحية الباع على المشترى بأن يشترط الباع على المشترى أن لا یسلم الثمن الاّ بعد مدة خاصة كما اذا كان فى بلد أخرى غير بلده و باع متاعا و يخاف من أخذ ثمنه أن يسرقه السارق فان الحق هنا للبائع فقط فلیس للمشترى أن یسبق الى دفع الثمن و یدفعه الى الباع قبل الأجل فانه على خلاف اشتراط الباع على المشترى .

الثالث : أن يكون الاشتراط من كل من الطرفين على الآخر وقد ظهر

حکمه من القسمین المتقدمین هذا بحسب مقام الثبوت .

و أما فى مقام الاثبات فالظاهر هو القسم الأول مع عدم القرينة على القسمین الأخيرین ، فان المرکز بحسب عامة الناس و المتعارف عندهم أن

الغرض من الاشتراط انما هو التوسعة على المشتري للتهيئة الى أداء الثمن ومن هنا لو تبرع المشتري بأداء الثمن وأعطى الثمن للبائع وجب له القبول اذ لا يجب للمشتري حفظ ماله ولا أن للبائع أن يتمتع عن قبوله لما عرفت أنه ليس له حق في ضرب الأجل ومن هنا ظهر الجواب عما احتمله المصنف من أن التأجيل كما هو حق للمشتري يتضمن حقا للبائع من حيث التزام المشتري لحفظ ماله في ذمته وجعله اياه كالودعي ، فان ذلك حق عرفا كما ظهر ما ذكره من ابطال توهم اختصاص الحق بالمشتري وأيضا عرفت جواب ما ذكره العلامة فيما تقدم ، فانه لا منة في اعطاء حق البائع له ، اذ ليس هو الا مجرد اعطاء الحق وعليه فلا يجوز للبائع عدم القبول ولا يقاس ذلك باعطاء الزائد عن الثمن فان في ذلك منة فلا يجب عليه قبوله كما هو واضح .

واذن فما ذكره بعض العامة هو الصحيح هذا كله في أصل ثبوت الحق وجعله وأنه باى كيفية جعل .
ثم اذا اسقط المشتري حقه أى حق تأخير الثمن الى أجل خاص فهل يسقط هذا أو لا يسقط؟

وقد ذكر في التذكرة أنه لو اسقط المديون أجل الدين مما عليه لم يسقط وليس لصاحب الدين مطالبته في الحال وعلله في جامع المقاصد بأن التأجيل انما ثبت بعقد لازم فلا يسقط بالاسقاط الا بمثل الاقالة لازم ارتباط الشرط بالطرفين .

وفيه أن الشرط وان ثبت في عقد لازم ولكنه حق لخصوص المشتري فقط ، فيسقط باسقاطه مع أنه لو كان ذلك أى الثبوت في العقد اللازم وجهها لعدم السقوط كان اللازم عليه أن لا يقبل سقوطه حتى مع الاقالة أيضا الا أن تكون الاقالة في أصل العقد ، ثم ذكر أن في الأجل حق لصاحب الدين

أىضا و لذا لم ىجب علیه القبول قبل الأجل و لذا ىجوز لهما التقاتل .
 و فیه أن الصغرى ممنوعة فانه لیس هنا الآ حق واحد مجعول للمشترى
 أعنى التأجيل و لیس فیه حق للباىع أصلا ، بحيث ىكون مشتركا بینهما لعدم
 الدلیل علیه على أن وحدة الحق الثابت للمجموع تتصور فى مثل ارث الخیار
 كما تقدم ، و لكن لا یعقل هنا لأن اطرافه متعددة من جمیع الجهات كما
 فى حاشیة بعض مشائخنا المحققین ، فراجعو لعل المحقق الثانى لم ىعتمد
 على الوجه الأول ، بل على الوجه الثانى و لذا حکم بجواز الاقالة فى الوجه
 الثانى ، فان مقتضى الوجه الاول كما عرفت عدم جواز الاقالة بخلاف مقتضى
 الوجه الثانى فانه ىجوز الاقالة لكون الحق واحدا و مشتركا بینهما كما لا
 ىخفى .

و ىمكن أن ىكون مراد جامع المقاصد من الوجه الثانى أن ىكون لكل
 من البایع و المشترى حق مستقل لا أن هنا حقا واحدا مشتركا بینهما و ح
 فىكون الجواب عنه هو المناقشة فى الصغرى أیضا و أنه لا دلیل على جعل
 الحق على البایع أیضا و ان ذلك ممكنا فى مقام الثبوت كما لا ىخفى ، فانهم
 و ذكر العلامة (ره) هنا وجهها رابعا وهو أن الاجل صفة تابعة و
 الصفة لا تفرد بالاسقاط و لهذا لو اسقط مستحق الحنطة الجيدة الدنانیر
 الصحیح الجودة لصحة لم ىسقط .

و فیه أن الشرط لا ىقاس مما ذكره من عدم اسقاط صفة الجودة و الصحة
 من المستحق لذلك فان ذلك الوصف تقيید فى المبیع فلا ىمكن الاسقاط الآ
 بالتراضى الجدید بأن تكون هنا معاملة أخرى غیر المعاملة السابقة لأن ما
 وقع علیه البىع هو هذه الحصة الجيدة أو الصحیحة و غیرهما لیس بمبیع
 أصلا ، و معه كیف ىمكن اسقاط صفة الجودة و الصحة بدون التراضى الجدید
 و المعاملة الجدیة و هذا بخلاف المقام ، فان اعتبار التأجیل من الاشرط

فيجوز لمن له الشرط أن يسقط ذلك لكونه حقا كما عرفت، ويجوز التبعية لا تمنع عن الاسقاط.

نعم، لو كان اعتبار الجودة والصحة في المبيع من باب الاشتراط بأن وقع البيع على الحنطة المطلقة وعلى طبيعي الحنطة أو على طبيعي الدينار واشترط المشتري الصحة في ذلك، فإن ذلك قابل للاسقاط فالمانع عن الاسقاط في المقيس عليه هو كون الوصف قيديا في المبيع وكون المبيع هو الحصة الخاصة لا أن التبعية مانعة عن ذلك، والآل لم يقبل شيء من الشروط الاسقاط حتى بالتقائل أيضا لوجود الملاك المذكور وهو التبعية كما هو واضح، مع أنه وقع الاتفاق على أنه يجوز الاسقاط بالتقائل مع أنه لو كان ما ذكره العلامة تماما لا تصح الاقالة أيضا وأيضا لا شبهة أن بعض الشروط يقبل الاسقاط، بل لم يخالف فيه أحد ظاهرا كشرط الخياطة ونحوها، ولا شبهة أنه لا فارق بينما نحن فيه وبين شرط الخياطة كما هو واضح.

وقد انتهى الكلام الى أنه لو اسقط المشتري أجل الدين فهل يسقط حق المشتري أو لا يسقط، فالمشهور بين العلماء أنه لا يسقط وذكروا في وجه ذلك وجوها: الاول: ما ذكره في جامع المقاصد أن التأجيل قد ثبت في العقد اللازم فلا يسقط بمجرد الاسقاط وفيه أولا أنه لا حق هنا الآل لخصوص المشتري وهو يسقط باسقاطه وبعده ليس للبائع حق بالنسبة الى التأجيل حتى يسقط بالاسقاط، وثانيا أنه لو كان ذلك غير قابل للاسقاط باسقاط المشتري لم يكن قابلا له بالاقالة أيضا مع أنه كغيره يلزم سقوطه بالاقالة.

الوجه الثاني: أن الحق لكل من البائع والمشتري بحيث يكون لكل منهما حق مستقل فاذا اسقط المشتري حقه لا يسقط معه حق البائع، بل يبقى هو على حاله وهذا الوجه يمكن أن يكون مراد المحقق الثاني من الوجه

الثانى فى كلامه من أن فى الأجل حقا لصاحب الدين ، الخ ، و فيه أنه و ان يقبل الاقالة و لكن ذكرنا فيما سبق أنه لا دليل عليه فى مقام الاثبات و ان كان ممكنا فى مقام الثبوت على أن ثبوت حق للبايع أيضا لا يمنع عن سقوط حق المشتري كما هو واضح .

الثالث: أن الحق و ان كان واحدا و لكن قد ثبت ذلك الحق الواحد لكل من البايع و المشتري و عليه فلا يسقط ذلك باسقاط المشتري فقط و فيه أولا أن الصغرى ممنوعة ان ليس هنا الآ حق واحدا ثابت لخصوص المشتري و ليس هنا حق للبايع أصلا لعدم الدليل عليه .

و بعبارة أخرى أن هذا الحق ثابت بالاشتراط و هو انما بالنسبة الى خصوص المشتري فقط كما هو الظاهر من المعاملات المؤجلة حيث ان الغرض هو تسهيل الأمر على المشتري بتأخير الثمن كما هو واضح .

نعم بناء على هذا أيضا يسقط ذلك بالاقالة كما التزم به المحقق الثانى أيضا ، نعم يمكن الالتزام بذلك مع مساعدة الدليل عليه كما التزمنا به فى ثبوت حق الخيار للورثة على القول به ، فانه ليس هنا الآ حق واحد ثابت لمجموع الورثة .

الرابعة: ما ذكره العلامة من أن الأجل صفة تابعة لا يفرد بالاسقاط الخ ، و قد تقدم جوابه فراجع .

الوجه الخامس: ما ذكره المصنف (ره) من أن الحق و ان كان واحدا و ثابتا لخصوص المشتري دون البايع و لكن مرجع التأجيل فى البيع الى أن البايع قد أسقط حق المطالبة و من الواضح أن الزائل لا يعود و عليه فاسقاط المشتري حق التأجيل و عدمه سياتى من هذه الجهة كما هو واضح ثم قاس ذلك بأنه لو شرط فى العقد التبرى من عيوب لم يسقط هذا الشرط باسقاطه بعد العقد بأن التزم بالصحة و لم تعد العيوب مضمونة كما كانت

مضمونة لو كانت بدون الشرط .

وفيه أولا : أن جواز المطالبة ليس من الحقوق ليسقط بالاسقاط ، بل هو حكم شرعى لا يقبل الاسقاط كما تقدم سابقا و هل يتوهم أحد أنه اذا أسقط البايح حق مطالبة الثمن بعد البيع يسقط ذلك ، بل له بعد اسقاطه أن يطلب الثمن أيضا و السرفى ذلك هو أن جواز المطالبة ليس من الحقوق المصلحة من الاحكام الشرعية غير القابلة للاسقاط كما هو واضح .
وثانيا : أن لازم ذلك أن لا يقبل الاقالة أيضا بأن لا يكون للبايع حق المطالبة حتى بعد الاقالة مع أن الفقهاء التزموا بجواز الاقالة كما هو واضح .

و ثالثا : أن التأجيل ليس الآ جعل الحق للمشتري على البايح فقط وأنه لا يجوز له المطالبة فى ظرف هذه المدة فاذا أسقط المشتري حقه فبمقتضى تسلط الناس على أموالهم أنه يجوز للبايع المطالبة ، بل يجب للمشتري رد ماله اليه ، فان التصرف فى مال الغير بدون اذنه حرام .
ورابعا : أنه لا وجه لقياس المقام بالتبرى عن العيوب ، فان عدم سقوط التبرى بالاسقاط و التزام المتبرى بالصحة بعد العقد لا يستلزم عدم سقوط اشتراط التأجيل ، فان عدم لزوم الالتزام بالصحة بعد العقد انما هو من احكام العقد اللازم ، فانه بعد ما صار لازما لا يكون جائزا و المفروض أن البايح لم يلتزم بالعيب و التزامه بعد العقد لا يكون لازما الا أن يكون هنا تراض جديد بين المتبايعين و هو أيضا غير مربوط بالعقد الأول .

و بعبارة أخرى أن العقد قد وقع على المبيع الغير المقيد بكونه صحيحا الذى يعتبر فى ضمن العقد بحسب الارتكاز و يكون سَرَطًا ضمئيا لأن البايح قد أسقط هذا الشرط بالتبرى عن العيب و تحقق العقد اللازم خاليًا عن الشرط و بعد ما صار هذا العقد لازما فلا يمكن اشتراط شرط الصحة فى

ضمنه بعد لزومه وان كان اشتراطه بالتراضى الجديد كما هو واضح ، وهذا بخلاف المقام فان المشتري ، قد اشترط على البايع التأجيل وصار له حق عليه فله أن يبقى هذا الشرط وله اسقاطه ولذا تجوز فيه الاقالة وأما فى التبرى فلا يجوز فيه الاقالة أيضا ، فانه هل يتوهم أحد أنه اذا تبرى البايع عن العيب ثم أقال البايع مع المشتري فى اسقاط التبرى يكون اشتراط الصحة فى المبيع لازما وهذا واضح لا شبهة فيه فتحصل أن ما ذهب اليه المشهور من انه لا يسقط التأجيل بالاسقاط غير صحيح وما ذكره من الوجوه على ذلك غير تام وما ذهب اليه غير المشهور ونسب الى بعض العامة من أنه يسقط بالاسقاط صحيح كما هو واضح على ما عرفت .

قوله : مسألة : اذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حلّ وجب على مالكة قبوله عند دفعه اليه .

أقول : قد أشار المصنف (ره) فى هذه المسئلة الى جهات من الكلام : الجهة الاولى : انه اذا كان الثمن مؤجلا وحلّ اجله أو كان معجلا واعطاه المشتري للبايع ، فهل يجب على البايع قبوله أم لا يجب عليه ذلك وجهان ولعل المشهور أنه يجب على البايع قبوله وقد اختار المصنف (ره) واستدل عليه بأن فى امتناع البايع عن القبول اضرارا وظلما اذ لا حقه على من فى ذمته فى حفظ ماله فى ذمته .

أقول : الكلام هنا فى وجوب القبض مع الاقباض ولا كلام لنا فى أن القبض بأى شىء يتحقق فلا يرد أنه اذا لم يقبل فالتخلية بين الثمن و البايع اقباض . اذا عرفت ذلك فنقول أن المراد من الضرر تارة يكون الضرر الخارجى وأخرى يكون الضرر الاعتبارى أما الاول فهو عبارة عن النقص فى المال أو الاعضاء أو الاعراض ولا شبهة أن عدم قبول البايع الثمن لا يستلزم شيئا من هذه الامور فلا يكون هنا ضرر خارجى .

و أما الضرر الاعتبارى و الشؤونى فنعم فانه لو لم يقبل البايع الثمن لم تفرغ ذمة المشتري و يكون مديونا و يعد بين الناس مديونا و يقل بذلك اعتباره بينهم و لا شبهة فى أن هذا ضرر عليه و لكن الكلام فى أن اندفاع هذا الضرر منحصر بالاقتباس ليقع المشتري بعدم قبول البايع الثمن على الضرر الاعتبارى أو ليس بمنحصر بذلك، و الظاهر أنه غير منحصر به ، بل يمكن دفعه أن يلقى بالطريق أو يدفعه الى الحاكم أو يكون عنده أمانة ، نعم قبوله الثمن موضوع لرفع الضرر و من الواضح أن ايجاد هذا الموضوع ليس بواجب .

و بعبارة أخرى أن دليل الضرر انما يرفع الحكم الناشى منه الضرر و لا شبهة أن الحكم الذى ينشأ منه الضرر انما هو حكم الشارع بلزوم دفع الثمن الى البايع فاذا امتنع البايع عن القبول يكون بقاء هذا الحكم على حاله ضرورياً على المشتري و من الواضح أن اندفاع هذا الضرر لا ينحصر بقبول البايع ليحكم بوجوبه عليه ، بل كما يدفع بوجوبه كك يدفع ذلك بدفعه الى الحاكم أو بالقائه فى الطريق أو يجعله عند نفسه أمانة شرعية كما هو واضح . و توهم أن قبض الحاكم لا يدفع الاضرار و الظلم و هكذا بعزله و كون ضمانه على مالكة توهم فاسد كما عرفت و لا وجه لقياس ذلك بمن يجب عليه بيع ماله لنفقة عياله فان الوجوب هنا باق على حاله حتى مع قيام الغير على بيع ماله و صرفه فى نفقة عياله ، فانه من جهة ما دل على وجوب الاتفاق لا لدليل الضرر كما هو واضح و كيف كان فاذا امتنع عن قبول حقه سقط وجوب الاعطاء له لأنه يبقى على حاله و سقط اعتبار رضاه فى بيع ماله كما لا يخفى .
الجهة الثانية : أنه اذا قلنا بوجوب الاقتباس للبائع و امتنع هو عن قبوله فربما يقال أن الحاكم يجبره بالقبض لأنه ولى الممتنع فله أن يجبره بذلك و لكنه واضح الدفع فانه لا دليل على ثبوت الولاية للحاكم فقط فى

امثال الموارد لأنه ليس الا من جهة الأمر بالمعروف وأنه يجب عليه أن يقبض ولا يمتنع عن ذلك ولا شبهة أن الأمر بالمعروف يشترك فيه الحاكم وغيره فانه واجب لكل من يقدر عليه ولا يختص ذلك بالحاكم لاطلاق أدلة الأمر بالمعروف بالنسبة الى الحاكم وغيره وبالنسبة الى العدول وغيرهم وعليه فالتخصيص بالحاكم أولاً ثم بعدول المؤمنين وهكذا بلا وجه .

و الحاصل : أن الكلام فى هذه المسئلة يقع فى جهات : الاولى : أنه هل يجب على البايح قبول الثمن وقبضه مع حلول أجله اذا اعطاء المشتري أو لا يجب . فذكر المصنف أنه يجب على البايح قبوله اذا لم يرض المشتري ببقائه عنده لدليل نفي الضرر ولكن قد عرفت أن الضرر انما نشأ من حكم الشارع باشتغال ذمته وكونه مديونا فانه ضرر على اعتباره ولم ينشأ الضرر من عدم قبوله ، نعم قبوله سبب لارتفاع الضرر وموضوع له ولكن لا يجب عليه ايجاد هذا الموضوع بمقتضى دليل نفي الضرر يكون هذا الحكم الذى نشأ منه الضرر مرتفعاً وله أن يدفع حقه اليه واذا لم يقبل وامتنع عن ذلك يدفعها الى الحاكم أو يطرحه فى الطريق ثم على القول بوجوب الاقباض وامتناعه عن قبوله فهل يجبره الحاكم بالقبول أو لا ، والظاهر هو عدم اختصاص الحاكم بذلك فانه بناء على وجوب القبض وامتناعه عنه يكون المورد من موارد الأمر بالمعروف ومن الواضح أن عدول المؤمنين ، بل فساقهم فى عرض الحاكم فى ذلك لاطلاق أدلة وجوب الأمر بالمعروف كما هو واضح وقد اعترف المصنف أيضاً بكون ذلك من باب الأمر بالمعروف فى اثناء كلامه .

الجهة الثالثة : أن البايح اذا امتنع عن القبض اما لعدم وجوبه ، أو لعدم امكان اجباره فهل يتولى الحاكم بالقبض لكونه ولى الممتنع أو لا يجب عليه ذلك والظاهر أنه لا دليل على مباشرة الحاكم بذلك اذا لا ولاية له على ذلك ، غاية الأمر أنه ولى الممتنع عن أداء الحق فانه يجبره على الاداء

بل يجبره عدول المؤمنين، بل فساقهم على ذلك فانه من باب الأمر بالمعروف
ومع عدم قبوله يتولاه الحاكم وغيره من المؤمنين و أما اذا كان الامتناع عن
قبول حق نفسه فلا دليل على ولاية الحاكم عليه بأن يقبل ماله ويقبضه ولاية
عنه وان قلنا للغائب ونحوه حسبة وكذا ليس للحاكم أن يطالب المديون
بالدين مع حلول الاجل ورضاء المالك ببقائه في ذمته أى المديون وكيف
كان فباشرة الحاكم بالقبض في امثال الموارد تصرف في مال الغير بدون
اذنه فيحتاج الى دليل ومع رضا بذلك فيجوز للحاكم قبضه لا أنه يجب عليه
بحيث يكون ذلك وظيفه له بما أنه حاكم وهذا واضح جدا .

ومن هنا ظهر أن ما ذهب اليه في السرائر من الحكم بوجوب القبض
للحاكم وعدم وجوب اجبار الدائن ليس في محله وكذلك لا وجه لما رجّحه
جامع المقاصد من تولى الحاكم بالقبض مع عدم الاكراه للبايع .

الجهة الرابعة : أنه بعد ما كان اشتغال ذمة المديون ضراا عليهم
عدم قبول الدائن دينه فلا بدّ من عزل حقه و تعيينه في شخص معين وهل
المتصدى لهذا العزل هو المديون أو الحاكم أو شخص آخر، والظاهر أنه
هو الحاكم ، فان ما يدفع به الضرر هو جواز العزل و أما أن يكون المتصدى
هو المديون فلا يقتضيه دليل نفي الضرر لما ذكرنا في باب الولاية أنه وان
كان لا دليل على ولاية الحاكم ولكن مع ذلك نلتزم بثبوت الولاية له من
باب القدر المتيقن وكذلك في المقام فانه قد اقتضى دليل نفي الضرر ارتفاع
حكم الشارع باشتغال ذمة المديون وأنه يعزل حقه مع امتناعه ولكن الأمر
دائر بين أن المتصدى لذلك هو الحاكم أو غيره فالقدر المتيقن هو أن يكون
المتصدى لذلك هو الحاكم .

ثم انه بعد العزل هل يدفع الى الحاكم أو يجعل أمانة عند المديون
أو عند شخص آخر أو يلقى الى نفس المالك سواء أخذ أم لا، وقد يقال أنه

يعطى للحاكم لأنه ولى من لا ولى له ولكنه واضح الدفع فانه انما يدفع المال اليه اذا لم يكن مالكة حاضرا ولم يكن له ولى يحفظه فانه يعطى للحاكم وهو يأخذه ويحفظه حسبة و أما فى المقام فالمالك حاضر فلاحسبة لأخذه عنه ولا دليل بالخصوص يدلنا عليه فلا دليل لوضعه عند الحاكم كما لا دليل على لزوم أن يأخذه الحاكم كما تقدم بحيث يكون وظيفة له ومن هنا ظهر حكم غير الحاكم أيضا .

و أما المديون فذكر المصنف أنه يجعل عنده فان تلف فعلى ذى الحق لأن هذا فائدة العزل و ثمرة الغاء قبض ذى الحق .

ومع ذلك لا يخرج بالعزل عن ملك مالكة لعدم الدليل عليه فان التملك كان مشروطا بالقبض فلا يسقط بدليل نفي الضرر، بل يسقط الضمان و نماء المعزول أيضا للمديون لما عرفت أنه ملكه فيكون المقام عكس قاعدة الخراج بالضمان فلا تكون القاعدة المذكورة جارية هنا فان نفي الضرر ينفي الضمان واعتبار القبض فى الملك يدل على عدم خروج المعزول عن الملك و يكون ذلك كتعلق حق المجنى عليه برقبة العبد الجانى .

و لكن يرد عليه أنه اذا كان المعزول باقيا فى ملك المديون وكانت ذمته أيضا فارغة عن الدين فاين ذهب ملك الدائن مع أنه كان مالكا لذمته قطعاً فلا مناص عن تعيين ملكه بالمعزول وقد عرفت أن دليل نفي الضرر يقتضى أريد ما يدفع به ضرر المديون اذا عزل حق الدائن لا انعدام ملكه بالكية وقد عرفت أنه يندفع بعزل الحاكم و اذا عزله الحاكم فيتعين حقه بذلك و عليه فيكون تلفه عن المالك فيكون نماءه أيضا له على ما تقتضيه قاعدة الخراج بالضمان كما هو واضح .

الجهة الخامسة : أنه اذا عزل حق الدائن فهل حفظه على الدائن أو للحاكم أو ليس على أحد حفظه أما الحاكم فقد عرفت الكلام فيه فانه ولى

الغائب لا ولى الحاضر وكك المديون ، فانه لا دليل على وجوب حفظه عليه بل حفظه كذ لك أضر من بقاءه فى ذمته كما ذكره المصنف وعليه للمديون أن يحفظ ذلك و له أن يطرحه عليه أو على الطريق فانه بعد ما عرض ذلك على مالكة و امتنع مالكة عن القبض فلا يكون حفظه على أحد حسبة ، بل على مالكة و المفروض أن المالك لا يأخذه فسقط احترام ماله من حيث وجوب الحفظ فيلقية المديون اين ما يريد كما هو واضح .

ثم انه بقى هنا شىء قد تعرض له المصنف و أن لم يكن مربوطا بالمقام و هو أن مورد حديث نفي الضرر هو أن النبي صلى الله عليه و آله قد أسقط ولاية سمرة و أمر بقلع الشجرة و رميها اليه ، و لكن قد ذكرنا فى البحث عن قاعدة لا ضرر أن هذا و ان كان يدل على نفي الحكم الضررى فى الاسلام و لكن لا دلالة فيه على سقوط ولاية المالك عن ماله لأن حكم النبي صلى الله عليه و آله بقلع الشجرة ليس من جهة الضرر لأن بقاءها فى بستان الانصارى لم يكن ضررا عليه ، بل الضرر انما كان ناشئا عن دخول سمرة على الانصارى بلا استيذان منه و كان يندفع الضرر بمنعه عن الدخول عليه دون الاستيذان و انما كان أمر النبي صلى الله عليه و آله بذلك من جهة التأديب حيث انه لم يقبل كلما وعدة النبي صلى الله عليه و آله تأديبا له بقلع شجرته و رميها اليه و الا فالحديث لا يقتضى رفع ولاية المالك عن ماله بعنوان لا ضرر .

ثم انه بقى هنا فرعان قد تعرض لهما المصنف لأجل المناسبة و ان لم يكونا مربوطين بالمقام : —

الأول : أنه اذا كان مال مشترك عند شخص و أخذ الغاصب منه بقصد أنه من حصة شريكه لا ممن عنده مال ، فهل يكون المأخوذ محسوبا من صاحبه أو يكون محسوبا منهما .

الثانى : أن يصدى الظالم بنفسه لذلك بأن أخذ من المال المشترك

مقدار نصيب صاحبه .

وقد ذكر المحقق الثانى هذين الفرعين ثم ذكر أننا لم نجد تصريحاً بهما فى كلمات الاصحاب وتردد هو فيما بعد حكمه فيما نحن فيه بكون تلف المعزول من صاحب الدين ، ولكن لا وجه لتوهم أن الفرعين مما نحن فيه كما ذكره المصنف وحكم بخروجهما عن المقام بان يدعى أن دليل نفي الضرر ينفى كون الضرر ممن بيده المال لعدم توجه الضرر عليه ، بل يكون من صاحبه بأن يكون دليل الضرر مقتضياً لكون المعزول ممن قصد الظالم وقوع الضرر عليه .

أما الفرع الثانى فمن جهة أنا لا نسلم كون المأخوذ من صاحب الشريك كما فيما نحن فيه لأن دليل نفي الضرر بنفسه لا يقتضى تأثير نية الظالم فى التعيين ، فاذا أخذ الظالم جزءاً خارجياً من المشاع فتوجيه الضرر الى من نواه الظالم دون الشريك لا وجه له فان نيته ليست موجبة لتعيين المال لعدم كونها فائزة كما اذا أخذ الظالم من المديون مقدار مال الغريم بنية أنه من الدائن أو اجبر أحداً أن يبيع ماله من شخص ثم أخذ الغاصب المال المعلوم فان دليل لا ضرر لا يثبت الولاية لأحد أن يبيع ماله من شخص أصالة عن نفس و ولاية عن غيره وهذا واضح جداً .

نعم ، هنا كلام من جهة أخرى وهى أن الضرر المتوجه الى شخص هل يجب دفعه لغيره عنه مع تمكنه عن ذلك أو لا يجب دفعه عليه وقد تقدم ذلك فى الجزء الأول وقلنا انه لا يجب دفعه ولكنه غير مربوط بالمقام لما عرفت أن الضرر هنا انما توجه الى المال المشاع المشترك ونية الظالم لا يوجب توجهه الى خصوص ما قصده الغاصب فان نيته لا توجب تعيين حق أحدهما فان أمر الافراز ليس بيده ، ولا أن دليل نفي الضرر يقتضى ذلك بعد توجه الضرر الى المال المشاع .

و أما الفرع الاول : فربما يتوهم أن الشريك لما كان فى معرض الضرر لأجل مشاركة شريكه جعل له ولاية القسمة بمقتضى دليل نفي الضرر، و لكنه توهم فاسد كما ذكره المصنف، و فيه أن الضرر و ان كان يجوز القسمة و لكن القسمة أيضا ضرر على الطرف الآخر فيكون دليل نفي الضرر بالنسبة اليهما متعارضا .

و بعبارة أخرى أن دليل نفي الضرر انما ورد فى مقام الامتنان فكما أن الامتنان يقتضى جواز القسمة و هكذا ان الامتنان يقتضى عدم جواز القسمة فعدم كل منهما خلاف الامتنان فيتعارضان فلا يكون دليل نفي الضرر شاملا لما نحن فيه .

قوله : مسألة : لاختلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره .
أقول : لما كان الكلام فى البيع المؤجل فتعرض المصنف لأجل المناسبة لعدم جواز التأجيل فى الثمن ، بل فى مطلق الدين بازيد منه بأن يزداد فى الأجل بزيادة الدين بحيث تكون زيادة الثمن فى مقابل الأجل الزائد وكيف كان فلا شبهة فى حرمة ذلك و كونه ربوى محرما و لم تسمع خلاف أحد فى ذلك ثم ان مورد الكلام ما اذا كانت الزيادة فى مقابل الأجل ابتداءً بأن يزداد الدين بمقدار من الأثمان فيزيد الدائن الأجل و لا يختصر ذلك بمعاملة دون معاملة و لا بمعاملة دون دين ، بل يجرى فى جميع ذلك فالميزان الكلى أزد ياد الثمن فى مقابل ازيد ياد الأجل من غير أن يكون ذلك فى ضمن معاملة .

و أما اذا صالح المديون بابراء الدين الحال بأزيد منه مؤجلا ، فلا باس به و أنه خارج عن المقام ، و كذلك ما اذا باع ما فى ذمته من المتاع الربوى كالحنطة مثلا ، بازيد منها مؤجلا ، فانه باطل لا من جهة الربا و الزيادة العينية ، بل من جهة أن بيع الحال بمثله مؤجلا فى الربويين باطل

كما هو المشهور لا من جهة كون الزيادة فى مقابل الاجل فهذا أيضا خارج عن المقام . وأيضا ليس مربوطا بالمقام ما اذا باع الحال بما فى ذمته من الاثمان كالدينار و الدرهم بأزيد منه من غير جنسه معجلا كالمروءات و نحوه فلا بأس به أيضا .

وعلى الجملة فمورد الكلام ما اذا زاد المديون على الدين بعد حلوله أو فى وقت المدائنة فى مقابل الأجل بحيث تكون الزيادة فى مقابل الأجل الزائد ، وقد اتفقت كلمات الاصحاح على حرمة ذلك من غير خلاف بينهم نصوصا و فتوى .

وقد استدلل المصنف (ره) على حرمة ذلك بوجوه الأول ، الخبر الذى روى فى مجمع البيان عن ابن عباس فى تفسير قوله تعالى و حرم الربا من أنه كان الرجل من أهل الجاهلية اذا حلّ دينه على غريمه فطالبه قال المطلوب منه زدى فى الأحلّ أزيدك فى المال حتى اذا قيل لهم ربا ، فيتعجبون من ذلك و يقولون هما سوا ، بمعنى أنه كزيادة الثمن حال البيع فكما أنها ليست بحرام و كذلك الزيادة فى مقابل الأجل بعد البيع فذمتهم الله و الحق بهم الوعيد و خذلهم فى ذلك بقوله أحلّ الله البيع و حرم الربا .

وفيه أن هذه الرواية وان كانت دلالتها تامة و لكن لم تثبت حجيتها لعدم كونها منقولة من طرفنا .

الثانى : أنه استدلل على ذلك بروايات من طرفنا عن الائمة عليهم السلام الله و هى على طائفتين .

الاولى : ما دل على جواز وضع البعض مع اعطاء البعض من الدين كصحيحة ابن ابي عمير قال سئل عن الرجل يكون له دين الى أجل مسمى فبأتيه غريمة فيقول له انقدنى كذا و كذا واضح عنك بقيته أو انقدنى بعضه و أمّد لك فى الأجل فيما بقى عليك ، قال عليه السلام : الله لا ارى به باسا ،

انه لم يزد على رأس ماله قال الله تعالى فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ، فانه عليه السلام علل جواز التراض على تأخير أجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس المال كما ذكره المصنف فيدل على أنه لو زاد ذلك على رأس ماله لم يجز التراضى على التأخير ، فيكون ذلك ربا كما يقتضيه ذيل الآية اعنى قوله تعالى فلكم رؤس أموالكم ، الخ . فهذه الرواية تدل على عدم جواز الزيادة فى مقابل الأجل بعد الدين فتتدل على حرمتها عند المدائنة أيضا اذ لا فرق فى ذلك بين الحدوث والبقاء .

و الطائفة الثانية الأخبار الواردة عن تعليم طريق الحيلة فى جواز تأخير الدين بزيادة باسئراط التأخير فى ضمن معاملة أخرى للفرار عن الربا فلو جاز التأجيل بزيادة ابتداءً و بقاء لم يكن داعى الى التوصل بأمثال تلك الحيل حتى صاروا عليه السلام بذلك موردا لاعتراض العامة فى استعمال بعض هذه الحيل كما فى غير واحد من الأخبار الواردة فى ذلك و كيف فتدل هذه الرواية أيضا على حرمة الزيادة فى مقابل الأجل حدوثا و بقاء . و على الجملة أن ما استدال به المصنف على مقصوده بهذه الروايات صحيحة و تامة .

قوله : مسألة : اذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجل ، جاز بيعه من بايعه و غيره قبل حلول الاجل و يعده بجنس الثمن و غيره مساويا له او زائدا عليه او ناقصا حالا أو مؤجلا .

أقول : الكلام فى بيع العين الشخصية بعد شرائه مؤجلا من الشخص الذى اشتراه منه ، فالكلام يقع هنا فى ثلاث مسائل : الاولى فى أنه هل يجوز بيع العين الشخصية من الشخص الذى اشتراه منه مؤجلا أو لا يجوز بيعه منه قبل حلول الأجل أو بعده بجنس الثمن الذى اشتراه منه أو بنيره مساويا له أو زائدا عليه أو ناقصا عنه حالا أو مؤجلا ، ففى هنا مسائل :

الاولى : أنه يجوز بيع ما اشتراه الانسان مؤجلا وقد منع الشيخ عن ذلك بعد حلول الأجل بنقصان من الثمن .

والمسألة الثانية : ما نسب الى الشيخ أيضا فى خصوص الطعام بأنه بعد حلول الأجل ، فان كلام الشيخ وان كان فى بيع الطعام ولكن علله على نحو يفهم منه التعميم ، فراجع المتن ولا يجوز أخذ الطعام بدلا عن الثمن الا بما يساويه المسألة الثالثة أن يبيع الشئ بشرط أن يبيعه منه بالمال كما نسب الى المشهور .

أما المسألة الاولى : فالظاهر أنه لا خلاف فى جواز ذلك للبئيين الاصحاب الاّ عن النهاية للشيخ ، فانه حكم بعدم جواز أن يأخذ البائع من المشتري ما كان باعه اياه أن يأخذ منه بثمان ناقص فما باع منه ولزمه ثمنه الذى كان اعطاه به كما هو ظاهر عموم كلامه فى بيع الطعام وعن الشهيد أنه تبع الشيخ فى ذلك جماعة . ولكن الظاهر ما هو المشهور ويدل عليه مضافا على العمومات الدالة على صحة المعاملات ولزومها صحيحة (١) بشار بن يسار قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء مرايحة فيشتره من صاحبه الذى يبيعه منه ، فقال : نعم لا بأس به ، الخ . فهذه الرواية وان كانت خاصة من حيث اختصاصها بشراء البائع المتاع الذى باعه من المشتري مؤجلا ولكنها مطلقة من حيث كون الشراء ثانيا بأقل من الثمن الذى باعه أو أزيد أو مساوى ، وكذلك مطلقة من حيث كون الشراء ثانيا ببعين الثمن الذى باعه أولا ، أو بغيره قبل حلول الأجل أو بعده ، فهذه الرواية باطلاقها من حيث ترك الاستفصال بين الحلول وعدمه تدل على المقصود .

وتدل على المقصود أيضا صحيحة (١) ابن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتريها منه ، فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه ، فقال له المطلوب ابيعك هذه الغنم بدهمك التي لك عندي فرض قال لا بأس بذلك فهذه الرواية ليست مطلقة من حيث كون البيع الثاني قبل الأجل أو بعده بل الظاهر منها أن المطالبة إنما كانت بعد حلول الأجل ولذا قال السائل إنه أتى الطالب المطلوب يتقاضاه فإنه لو كان ذلك قبل الأجل لم يكن له حق المطالبة ولكن الظاهر من الرواية أن للبائع حق المطالبة (إلا أن يكون البيع حالا فتكون الرواية على ذلك اجنبية عن المقام) ولكن الرواية ليست فيها صراحة بالنسبة كون البيع الثاني واقعا على المبيع الأول ، بل هي مطلقة من هذه الجهة فلا دلالة لها على ذلك إلا من حيث الإطلاق .

ويؤيد ذلك ما من كتاب (٢) على بن جعفر عن أخيه قال : سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة إلى أجل ، ثم اشتراه بخمسة بنقد فهذه الرواية على تقدير صحة سندها ظاهرة في المطلوب ولكن لا صراحة فيها أيضا في كون البيع قبل حلول الأجل أو بعده وكيف كان ففي هذه الروايات مع العمومات الواردة في صحة المعاملات غنى وكفاية .

وقد استدلل الشيخ على مقصود بروايتين الأولى رواية خالد بن الحجاج قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعته طعاما بتأخير إلى أجل مسمى فلما جاء الأجل أخذته بدراهمي فقال : ليس عندي دراهم ولكن عندي طعام فاشتره مني ، فقال : لا تشتريه منه ، فإنه لا خير فيه .

(١) وسائل ج ١٢ : ص ٣٧٠ .

(٢) وسائل ج ١٢ : ص ٣٧١ .

وفيه أنه على تقدير صحة الرواية فلا دلالة فيها على المقصود اذ ليس فيها أن المبيع ثانيا عين المبيع أولا ، فان المشتري قال ليس عندى طعام فاشترى منى طعاما فيمكن أن يكون هذا الطعام غير الطعام الذى وقع عليه البيع أولا ، كما يقتضيه التعبير عنه بالنكرة حيث انه طلب الثمن فاعطاه الطعام عنه ، بل قيل أن تكرار النكرة بالنكرة يدل على التعدد كما فى قوله تعالى ان مع العسر يسرا ، الخ . وأما اذا كان تكرار النكرة بالمعرفة فيدل التكرار على الاتحاد ، نعم لا يبعد شمولها للمبيع الاول بالاطلاق و ثانيا لا دلالة فيها على الحرمة ، بل الظاهر منها الكراهة و لذا لم يقتصر الامام عليه السلام فى المنع بقوله لا تشتري ، بل عقبه بالتعليل بقوله فانه لا خير فيه فان الظاهر من كلمة لا خير هو الكراهة فانها مثل كلمة لا ينبغي و لا يصلح ونحو ذلك . وعلى الجملة فظهور الرواية فى المنع عن الاشرء من حيث كون البيع ثانيا هو الطعام الأول ، و من حيث الزيادة و النقيصة و المساواة ، و الشيخ لا يقول بذلك فلا تنطبق الرواية على مسلكه .

الثانية : رواية عبد الصمد بن بشر قال : سأله محمد بن قاسم الحنات ، فقال : اصلحك الله أبيع الطعام من رجل الى أجل فيجئنى فقد تغير الطعام من سعره فيقول : ليس عندى دراهم ، قال : خذ منه بسعر يومه ، فقال أفهم اصلحك الله انه طعامى الذى اشتراه منى فقال لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك ، فهذه الرواية صريحة فى كون المبيع ثانيا هو المبيع أولا فعلى تقدير صحتها فتدل على المقصود من هذه الجهة و لكن لا دلالة فيها على خصوص مذهب الشيخ و هو عدم جواز البيع بثمن ناقص من الثمن الذى اشتراه المشتري به من البايع كما لا دلالة على ذلك فى الرواية الأولى أيضا على تقدير شمولها المبيع الاول باطلاقها و الوجه فى ذلك أنه لا شبهة فى أن هذه الرواية صريحة فى كون البيع مؤجلا كما أنها صريحة فى كون المبيع ثانيا عين

المبيع أولاً ، وان دلت هذه الرواية على الجهة الثالثة أيضا ، وهى أن يكون الثمن فى البيع الثانى أقل من الثمن فى البيع الأول فتكون هذه الرواية أخص من العمومات الدالة على صحة هذا النحو من البيع وأيضاً تكون أخص من الروايتين المتقدمتين فىمقتضى الجمع العرفى كون هذه مخصصة لها إذ ليس فى المقام ما يعارض هذه الرواية ، بل العمومات و الروايتين المتقدمتين كلها أعم من هذه الرواية .

و لكن الظاهر أن رواية عبد الصمد مع الغض عن سندها و الحكم باعتبارها من حيث السند فلا دلالة لها على المقصود فانها اما جملة ، أو خارجة عن المقام جدا و الوجه فى ذلك أن الراوى حيث سأل الامام عليه السلام عن جواز شراء الطعام ثانيا الذى باعه من شخص مؤجلا ، و قد حلّ الأجل حيث يقول المشتري ليس عندى دراهم خذ طعامك فقد تغير سعره فقال الامام عليه السلام : الله خذ طعامك بسعر يومه الذى تطلب منه الثمن ثم كرر السائل السؤال ، فقال هو طعامى فأجاب الامام عليه السلام أنه لا يجوز أن تشتري منه ، بل لا بدّ و أن يبيع لشخصاً آخر فيعطيك ثمنه ثم ندم السائل عن سؤاله ثانيا حيث قال ارغم الله انفى ، الخ . لا شبهة أن المبيع الثانى الذى سأل السائل عن حكمه ليس الثمن فيه مساويا للبيع الاول ، بل اما زائد عنه أو ناقص و لذا قال الراوى فقد تغير سعره فان كان المراد هو الناقص فدلت الرواية على مقصود الشيخ فانه تكون الرواية أخص من العمومات و الروايتين المتقدمتين فتكون هى مخصصة لهما ، و لكن ليس فى الرواية ظهور فى ذلك ، بل الظاهر منها أن السائل بعد ما سأل عن حكم البيع الثانى فجوّره الامام عليه السلام فرأى أنه ليس على نفعه لكون الثمن فيه زائداً من ثمن بيع الأول فأراد الفرار عن ذلك فسأل ثانيا أنه طعامى فكيف أعطى الثمن أكثر مما اعطاه المشتري لى ، بل لا بدّ و أن يعطيه المشتري لى بمثل

التمن الذى اعطيه اياه فاجاب الامام عليه السلام بأنه لا تأخذ منه الخ ، فتحيل السائل من ذلك أنه لا يجوز البيع بازيد من التمن الذى فى البيع الاول ، فقال ارغم الله انفى رخص لى فررت عليه و شدد على فان الظاهر من هذه (و لكن الظاهر من ذيل الرواية أنه كان التمن فى البيع الثانى فمنع ، الامام عليه السلام منه فتكلم هو بهذه الجملة فانها أمس بصورة القلق والندامة بها اخرى وأما فى الزائد فلا من المقرر) الجملة أنه فهم عدم الجواز من الشراء بالزائد فتقدم لأنه كان حاضرا بالشراء الزائد ، و لكن لا دلالة فى قول عليه السلام لا تأخذ منه ، الخ . على عدم جواز الشراء ثانيا بالاكتر كما تخيله الراوى بل الامام عليه السلام أرشده الى أنه اذا ثقل عليه أن تشتري متاعك بالتمن الزائد من الذى بايعته فلا تأخذ منه ذلك فحلى أن يبيعه من غيرك فيعطيك دراهمك و عليه فلا دلالة فى الرواية على المنع عن البيع بازيد من التمن الذى كان فى البيع الأول وعلى هذا فالرواية بالكيفية اجنبية عن رأى الشيخ الطوسى فان الرواية لا تمنع عن البيع الثانى لا بالتتمن الناقص من البيع الأول كما صرح به الشيخ الطوسى وقال انه لا يجوز بالناقص ، و لا بالتتمن الزائد كما هو ظاهر كلامه فى مورد بيع الطعام ، و ان ابيت عن ظهورها فى ذلك فلا ظهور لها فى المنع عن البيع بالتتمن الناقص من التمن الأول فلا أقل من الاجماع كما هو واضح .

ثم انه ربما يستدل على مذهب الشيخ بما نسب اليه فى السلم من أنه لو باع أحد طعاما من غيره سلما فحل الأجل و لم تمكن البايع من تحويل الطعام ، فانه لا يجوز له أن يعطى درهما بدل الطعام الآخر بالتساوى فانه يرجع الى بيع الدرهم بدرهم فهو لا يجوز فى غير صورة التساوى و عكس ذلك فى البيع المؤجل فانه اذا باع طعاما بدراهم مؤجلا فحل الأجل و لم يتمكن المشتري من اعطاء الدراهم فانه لا يجوز له أن يعطى الطعام بدل

الدراهم لرجوعه الى بيع الطعام بالطعام ، فهو لا يجوز الا بنحو التساوى
والا يلزم منه الربا و الأصل فى ذلك ما ورد فى السلم من خبر على بن جعفر
عليه السلام قال : سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة يأخذ
بقيمه دراهم قال عليه السلام : اذا قومه دراهم فسد لأن الأصل الذى يشتري
به دراهم ولا يصلح دراهم بدراهم .

وفيه أولا أن الرواية ضعيفة السند .

وثانيا : أنها معارض فى موردها برواية أخرى ، وثالثا : أن مورد
هذه الرواية هو البيعى الكلى ، فانه قال عليه السلام سألته عن رجل له على
تمر ولا أقل من اطلاقه بالنسبة الى الكلى والشخصى ولا شبهة أن كلام
الشيخ فى البيع الشخصى دون الكلى بداهة جواز ذلك فى الكلى و اذن
فلا مانع من هذه الناحية أيضا لأن البيع الثانى بأقل من الثمن الأول لا
بأس به .

فتحصل ان مذهب الشيخ (ره) مبنى على وجوه ثلاثة كلها لا يرجع الى
محصل كما هو واضح .

وأما المسئلة الثالثة فهى أن يبيع شيئا ويشترط فى ضمنه أن يبيعه
ثانيا ، فقد نسب الى المشهور بطلان ذلك وعلله العلامة بانه مستلزم للدور
وهو محال ، وما يلزم منه المحال فهو محال ، ولكنه لا يناسب مقام العلامة ،
بل مقام من هو دونه و ذلك لأنه ان كان معنى الاشتراط هو تعليق البيع
على الشرط بحيث أن يكون البيع على تقدير هذا الشرط و الا فلا بيع ،
فلتوهم الدور مجال لأن حصول البيع الاول متوقف على البيع الثانى فالبيع الثانى
متوقف على الملكية الحاصلة من البيع الاول فيتوقف البيع الثانى على البيع الأول فهو
دور و لكن الأمر ليس كك ، فانك قد عرفت أن معنى الشرط ليس هو التعليق
الذى قام الاجماع على بطلانه ، بل الالتزام معلق على الشرط والعقد معلق

على الالتزام بالشرط ولا يضرّ مثل هذا التعليق لأنه انما تعليق بأمر حاصل لتحقق الالتزام حال العقد والتعليق بأمر حاصل لا تضرّ كما هو واضح، و انما الذى هو غير حاصلة هو الملتزم به دون نفي الالتزام كما هو كفى جميع الشروط غير شرط النتيجة كشرط الخياطة و البنائة و نحوهما و أما على ما هو المعروف من معنى الشرط من ارتباط الالتزام بالعقد مستمرا متوقف على الشرط و الارتباط انما هو بينهما فالملكية حاصلة بالبيع سواء حصل الشرط أعنى الملتزم به أم لم يحصل غاية الأمر أنه يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط، و أما توقف الملكية على الشرط المتوقف حصوله على البيع الثانى، فلا، كما هو واضح، و حيث ان هذا المعنى من الشرط واضح فلا وجه للزوم الدور بوجه على أنه منقوض بالاجارة أيضا فانه لو باع عينا من شخص و اشترط استجارها للبايع لزم الدور المذكور و كذلك ينتقض باسئراط يبيعه من شخص آخر فان توهم الدور متوجه فى جميع ذلك فلا وجه له للفرق بينهما .

ثم انه حيث ان الدور بظاهره الذى عرفت بشيخ و القول بلزومه فى صورة اشئراط البيع للبايع منقوض بالأمر المذكورة فقد وجهه المصنف بوجه آخر، و حاصله أن الشرط لابدّ و أن يكون محرز الصحة قبل البيع و لا يكون ممتنعا قبله، فلو كانت صحة الشرط ناشئة من ناحية الاشرط فى البيع بحيث يكون البيع موجبا لمعقوليته لزم الدور فى المقام لا شبهة أن يبيع مال للشخص من نفسه معقول فلو اشترط ذلك فى ضمن البيع لكان صحة هذا الشرط متوقفة على البيع و المفروض أن صحة البيع أيضا متوقفة على هذا الشرط فيلزم الدور و لكن يرد عليه نقضا و حلا أما النقض فلأن النقوض المذكورة وان لم تكن واردة فان يبيع المالك ماله من شخص آخر و كك ايجار له صحيح فى نفسه فيمكن أن يكون ذلك شرطا فى البيع أيضا و لكن ينقض ذلك بما اذا اشترط الايجار لنفسه فان الظاهر أن العلامة لم يمنع فى ذلك كما هو المتعارف

كثيرا ، أو يشترط كون السكنى له الى سنة و يشترط ان يرهن عنده و دعوى المصنف أن النقص بالرهن غير وارد لأنه من توابع البيع و مصالحه فيجوز اشتراطها نظير نقد الثمن أو عدم تأخيره عن وقت دعوى لا نفهمها ، إذ الاشكال ليس من ناحية جعل مال الغير وثيقة فانه كثير ، فانه ربما يستعير مال شخص آخر و يجعله وثيقة عند شخص و يأخذ منه الدراهم ، بل الاشكال من ناحية أن مال شخص لا يمكن أن يجعل عنده رهنا و أنه إذ لا يعقل أن يجعل مقدار من مال شخص ثم يجعل رهنا عنده ، فحيث كان هذا غير معقول ، فلا بدّ و ان لا يكون اشتراط ممكنا في البيع أيضا على توجيه المصنف لكلام العلامة و اوضح من النقضين المذكورين أن يبيع أحد ماله و اشترط أن يقفه عليه مع أن وقف الانسان ماله لنفسه غير معقول و الظاهر أن العلامة لم يلتزم بعدم الجواز في شيء مما ذكر ، فالأمر يدور بين أن يلتزم بعدم صحة الشرط في الموارد المذكورة أيضا و هو بعيد أو لا يلتزم بعدم الصحة في اشتراط أن يبيع المشتري المبيع من البايع ثانيا فحيث لا يمكن الالتزام بالأول فلا بدّ من عدم الالتزام بذلك في الثاني أيضا .

و أما أن الشرط غير مقدور قبل البيع فكيف يمكن اشتراطه فيه ، فواضح الاندفاع لأنه لا يعتبر في الشروط أن يكون مقدورا قبل العقد ، بل يكفي في مقدوريته كونه مقدورا بالعقد أيضا كما في المقام ، و تقدم نظيره سابقا في حصول جواز التصرف بنفس المبيع كما هو واضح .

و أعجب من كلام العلامة ما استدل به الشهيد على بطلان البيع الأول أن البايع لا قصد له على البيع ، و الآ لم يشترط بيعه من البايع ثانيا ، و وجه العجب أن البايع قد قصد النقل الى المشتري و دعوى أنه لم يقصد مكابرة و أن ابيت عن ذلك فنفرض الكلام فيما اذا صرح البايع بذلك القصد غاية الأمر أنه مع هذا القصد قد اشترط بيعه ثانيا من البايع الأول و تعلق القصد به

أيضا على أنه لو كان اشتراط البيع من البایع الأول ثانيا مضرًا لكان قصد المتبايعين النقل الى البایع الاول ، من دون اشتراطها اياه لفظًا أيضا ، مضرًا وموجبًا لعدم القصد الى البایع الاول ، بل قد يقصد رجوع المبيع الى البایع كما فى البيع بشرط ردّ الثمن ، فان غرض البایع تسهيل أمره مع حفظ متاعه بذلك البيع فيبيعه كذلك ، ويجعل لنفسه الخيار الى مدة بحيث اذا اتاه الثمن أخذ المتاع .

وعلى الجملة فلا نرى بأسًا بما اذا باع أحد ماله و اشتراط فى ضمن البيع أن يبيعه المشتري منه ثانيا لا من حيث الالتزام ليكون تعليقًا ولا من حيث الملتزم به ، بان يوجب الدور ، بل قد يشترط رجوع البایع الى المبيع اذا أتى بالثمن فضلًا عن البيع له ثانيا كما عرفت .

والحاصل أن الكلام فى صحة البيع و اشتراط أن يبيع المشتري المبيع ثانيا من البایع . وقد تقدم أن المانع ذلك هو الدور الذى ذكره العلامة و قد عرفت جوابه وأنه ليس هنا دور ، بل المقام كبقية اشتراط من غير فرق بينها فاذا لزم الدور من الاشتراط فيلزم فى جميعها والآ فلا فحيث لم نر محذورًا فى بقية الشروط من حيث الالتزام ولا من حيث الملتزم به لكونه أمرًا مقدورًا وكانت مقدوريته بنفس العقد فلا محذور فى صحة ذلك البيع الذى وقع فيه هذا الشرط ، بل قد عرفت أن البيع المشروط بردّ الثمن من البديهيّات صحته مع أن اشكال الدور لو تم لجرى فيه أيضا بتوهم أن البيع متوقف على صحة الشرط وصحة الشرط متوقف على صحة البيع وكيف كان فاصل صحة البيع الأول غير متوقفة على شيء ، بل هو يفيد الملكية سواء عمال المشروط عليه بالشرط أم لا غاية الأمر أنه مع التخلف وعدم العمل بالشرط تثبت الخيار للمشروط له وهذا جار فى جميع الشروط كما هو واضح .

وأما ما ذكره الشهيد (ره) من أنه لا قصد للبایع الى البيع مع هذا

الشرط فقد عرفت جوابه وأنه قصد النقل بهذا البيع واشتراط هذا الشرط لا ينافيه أى لا ينافى قصده هذا كما هو واضح .

ثم انه قد استدل صاحب الحدائق وبعض آخر على فساد البيع الذى وقع فيه هذا الشرط برواية الحسين بن المنذر الدالة على فساد البيع بهذا الشرط ورواية على بن جعفر المروية فى قرب الاسناد ، ولكن الظاهر من الرواية كما ذكره المصنف هو بطلان البيع الثانى و يدلنا على ذلك اختلاف أهل المسجد فيه ، و حكمهم بأنه لا يجوز البيع فى مكانه ، بل بعد أشهر فان هذا فى البيع الثانى دون الأول و الامام عليه السلام أيضا حكم بجواز البيع الثانى ان كان البيع الأول متحققا بحيث كان المشتري بعده له أن يبيع و له أن لا يبيع ومن البديهي أن مورد البحث كان هو البيع الأول كما هو ظاهر كلام المشهور ، بل صريح كلام بعضهم و اذن فالروایتين أجنيبتان عن مورد المسألة و تدلان على بطلان البيع الثانى .

و لكن الذى يسهل الخطب أنهما ضعيفتان السند اما الاولى فلحسين ابن المنذر و أما الثانى فلعبد الله ابن الحسن فلا تصلحان للمانعية عن صحة البيع الثانى أيضا ، وعليه فمقتضى القاعدة المتصيدة من العمومات الدالة على صحة المعاملات هو صحة البيع الثانى أيضا كما هو واضح .

القول فى القبض

قوله : و هو لغة الأخذ مطلقا ، الخ .

أقول : اختلفت الأقوال فى معنى القبض على ما ذكره المصنف فى المتن و لكن الظاهر أن القبض بمعنى واحد فيكون بهذا العنوان شاملا لجميع الموارد و هو ما يكون به ضمان الغاصب و هذا المعنى الواحد عبارة

عن الاستعلاء على المال بحيث يكون اختياره تحت يده أو يد من يؤول اليه أمر المالك وهذا المعنى هو الذى يحكم به العرف و يوافق اللغة العربية ، بل كل لغة و ليس له حقيقة شرعية أو متشرعية حتى تكون متبعة و على هذا المعنى فيختلف القبض بحسب اختلاف الموارد فانه فى مثل الدار عبارة عن التخلية بين المالك و بينها فان استيعلاء المالك يحصل بذلك و فى مثل الجواهر هو القبض بالكف و فى مثل الحيوان هو الأخذ باللجام أو السوق أو نحوهما و كيف كان فالقبض له معنى عرفى واضح ليس فيه اختلاف أصلا و انما الاختلاف فى مصاديقه و أفراده كما هو واضح .

نعم ربما يعبر عما قبضه بالتخلية بالاقباض مسامحة و لا يلزم من ذلك أن يكون المراد منه هو القبض بالكف كما يقال فى تسليم الثمن أو المثلن الى كل من المتبايعين بالاقباض و يقال : انه يجب الاقباض و لكن هذا تعبير مسامحى و المراد هو اقباضه بما يناسبه و اختلاف الحكم فى تحقق القبض هنا من ناحية الاستناد الى رواية عقبه الدالة على تحققه بمطلق التخلية بقرينة الاخراج من البيت أو النبوى كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه الظاهر فى تحقق الفعل من المشتري لا يرتبط بحقيقة القبض و يمكن أن الغرض من الروايتين واحدا .

و كذلك وقع الكلام فى أن اقباض الغاصب مال المغصوب بأى شىء يحصل بمعنى أنه بماذا تفرغ ذمته و هذا أيضا ليس مربوطا بحقيقة القبض و ما هيته فان القباض كل شىء بحسبه كما عرفت و بحسب اختلاف المغصوب يختلف الحكم بفراغ ذمته أيضا و لعل هذا هو المقصود من النبوى على اليد ما أخذت حتى توادى نعم اذا كان المراد من الأداء ، الاداء الخارجى فيعتبر فراغ من ذمة الغاصب الاداء لا مجرد التخلية بين المال و صاحبه و لكن فى المنقولات لا فى غيرها و أيضا وقع الكلام فى أنه اذا باع أحد ما

اشترى من المكيل والموزون هل يكفي الوزن أو الكيل الأول في البيع الثاني أم لا ، بل لا بدّ من الوزن والكيل ثانيا مع كون الكلام في أن هذا الوزن أو الكيل ثانيا أقباض أم لا ، وهذا أيضا غير مربوط باختلاف حقيقة القبض بل هو حكم آخر قد تقدم الكلام فيه عند البحث في الشرائط البيع وأنه يكفي الوزن في البيع الأول عن الوزن في البيع الثاني أولا وأما أنه اذا أوجبنا الوزن في الثاني فهل أنه قبض أو يحتاج الى قبض آخر فسيأتى الكلام فيه وعلى الجملة فشىء من الأحكام المزبورة لا يرتبط بالقبض كما هو واضح .

قوله : القول في وجوب القبض .

أقول : لا شبهة في وجوب الاقباض لكل من المتبايعين فانه بعد تحقق البيع يكون الثمن مال للبايع ويكون الثمن مالا للمشتري فيحرم امساكه لكل منهما لأنه تصرف في مال الغير وامساكه اياه بغير اذنه فهو حرام و انما الكلام في أنه يجب ذلك على الاطلاق سواء سلم الآخر العوض أم لا ؟ كما ذهب اليه الاردبيلى أو يجب على البايع فقط دون المشتري كما ذهب اليه بعضهم أو يجب على كل منهما مشروطا كما ذهب اليه المصنف ، وأما ما ذهب اليه الاردبيلى ففيه ما ذكره المصنف من أن تسليم كل من البايع والمشتري العوض للآخر مشروط بتسليم الآخر العوض اياه بحسب بناء العقلاء و اذا امتنع أحدهما من التسليم فللاخر أيضا أن يمتنع من ذلك وعليه فلا وجه للقول بالوجوب على وجه الاطلاق كما هو واضح .

و أما توهم أنه واجب على البايع مطلقا دون المشتري فانه يجب عليه التسليم مشروطا بدعوى أن الأصل في البيع هو المعوض والثمن عوض عنه فيجب ابتداء تسليم المعوض سواء سلم المشتري العوض أم لا ، ولكن الواضح البطلان فان كون الثمن عوضا في مقام الانشاء لا يقتضى عدم وجوب التسليم مطلقا مثل الثمن ، بل بعد تمامية البيع يصير كل منهما مالا للاخر فاذا وجب

على البايع التسليم بأى كيفية وجب على المشتري التسليم على هذا النحو أيضا
وحيث قلنا انه واجب على كل منهما مشروطا بحسب بناء العقلاء فيكون هذا
التوهم فاساد من أصله .

ثم انه ذكر المصنف انه يجبر الحالم الممتنع عن التسليم بالتسليم أو
غير الحاكم من باب النهى عن المنكر فان منع مال الغير عنه منكر فينهى عنه
ولكنه واضح الدفع بداهة أنه بعد ما كان وجوب التسليم وجوبا مشروطا فلا
يكون عدم تسليم كل منهما مع منع الآخر عن التسليم منكرا حتى يجب ذلك من
باب النهى عن المنكر، نعم اذا لم يمتنع أحدهما عن التسليم ولكن امتنع
الآخر عنه فلا باس لكلام المصنف هنا من اجبار الممتنع من باب النهى عن
المنكر .

ثم انه اذا كان كل منهما حاضرا للتسليم ووافقا لتسليم الآخر ولكن
لا يبادره الا أن يبادر الآخر بالتسليم لغرض فى ذلك فهل تجرى الوجوه
المتقدمة هنا أيضا أم لا؟ الظاهر أن هذه مسألة أخرى غير المسألة المتقدمة
والظاهر أن ما ذكره الاردبيلي متين هنا بداهة أنه لم يثبت بناء من العقلاء
فى المعاملات على وجوب التسليم فورا لعدم تعلق الغرض العقلاء بذلك
حتى يجيء ذلك تحت الشرط الضمنى، بل بناؤهم انما يثبت على اشتراط
أصل تسليم كل من العوض والمعوض لتسليم الآخر وعليه فيكون المبادرة
لكل منهما واجبة كما هو واضح، ودعوى أن المبادرة واجبة على البايع لقبح
أن يطلب تبادل من المشتري بتسلم الثمن بخلاف العكس دعوى فاسد، بل
الوجوب من كلا الطرفين .

ثم انه اذا كان البيع من ناحية مؤجلا اما الثمن كما فى بيع النسيئة أو
الثمن كما فى بيع السلم ولم يسلم البايع الى أن حلّ الأجل فهل يجب على
المشتري التسليم بعد حلول الأجل أم لا؟ وهل يجب على البايع ذلك أم لا؟

أما المشتري فقد ظهر حكمه من المسألة السابقة حيث ان الشرط الضمنى بحسب بناء العقلاء انما هو على وجوب التسلم مشروطاً وقد أخرج المشتري مقداراً من الزمان عن تحت هذا الاشتراط بالتصريح أى بشرط عدمه على خلاف بناء العقلاء فبقى الباقي تحت الشرط الضمنى وأما البايع فقد يقال انه يجب عليه التسليم سواء سلم المشتري أم امتنع عن ذلك فانه أى غير مؤجل قد التزم بالتسليم بحسب الشرط الضمنى و ان لم يسلم الآخر من ناحية مؤجل ولكنه أيضاً واضح الدفع فانه انما التزم بالتأجيل برهة من الزمان لا مطلقاً فاذا خرج هذا الزمان الخاص فيكون حاله حال المشتري وحال كلاهما ما ذكرناه فى المسألة السابقة من كون تسليم كل منهما مشروطاً بتسليم الآخر، كما لا يخفى، فافهم . فتحصل أن الاقباض انما يجب لكل من البايع والمشتري على تقدير تسليم الآخر والآ فلا ، حتى فى البيع المؤجل بعد خروج الأجل كما هو واضح .

ثم انه لو قبض المشتري الثمن بدون اذن من البايع فيما لو كان المبيع من الأعيان الشخصية فهل يحسب هذا قبضاً أم لا ، فنقول : تارة تكون المعاملة مما يتوقف الملكية فيها على القبض كما فى بيع الصرف والسلم ، و أخرى لا يتوقف على ذلك ، ولكن كان البقاء المبيع للبايع عنده عن حق فعلى الأول فلا شبهة أن ما أخذ المشتري هو مال الغير فلا يحصل الملكية بقبضه بل لا بد له أن يرده الى صاحبه ، فان المفروض أن المعاملة ليست بوحدها سبباً وحيداً لحصول الملكية وانما هى مع اقباض البايع دخيل فى ذلك فاذا انتفى الاقباض انتفى الملكية الآ أن يرضى البايع ببقائه عند المشتري فهو و ان لم يكن عن قبض حدثاً ولكنه يكون قبضاً بقاءً .

وعلى الجملة فمع عدم رضا البايع بما أخذ المشتري وقبضه لا بد له

أن يرده الى البايع كما هو واضح .

و أما اذا لم تتوقف الملكية على القبض ، بل كان للبايع حق الابقاء المبيع عنده فقط فالظاهر أنه لا شبهة فى جواز التصرف فى المبيع للمشتري لأنه لم يتصرف الاّ فى ماله غاية الأمر أن القبض لم يكن عن حق .
 و توهم أن التصرف فى متعلق حق الغير كالتصرف فى ماله فلا يجوز و هو توهم باطل ، فانه بعد كون متعلق حق الغير مالا للمصرف فلا معنى لحرمة التصرف فيه ، نعم لا يترتب على المبيع الأحكام المترتبة على القبض كبيعه من شخص آخر ، فانه قبل قبض المبيع عن البايع اما حرام أو مكروه فلا يرتفع ذلك الاّ بالقبض من البايع كما هو واضح .

ثم انه اذا حصل القبض من جانب و امتنع الآخر من التسليم فهل يجوز للمتنع أن يتصرف فيه أو لا يجوز ، الظاهر أنه لا مانع من التصرف فيه لأنه ماله غاية الأمر اذا لم يسلم العوض الى حدّ كان للآخر خيار تخلف الشرط الضمنى فاذا فسخ العقد يسترجع المبيع من المشتري .

قوله : مسألة : يجب على البايع تفرغ المبيع من أمواله مطلقا .

أقول : هذه المسألة غير المسألة السابقة أعنى وجوب تسلم العوض على كل من البايع و المشتري ، نعم وجوب كل منهما بالشرط الضمنى بحسب بناء العقلاء فانه كما أن العقلاء يحكمون بوجوب التسليم على كل منهما و كذلك يحكمون بوجوب التسليم مفرغا بمعنى أنه يجب على البايع مثلا أن يسلم العوض للمشتري مفرغا عن ماله و غير مشغول به ، و ليس هذا عين المسألة السابقة ، فانه يمكن انفكاك احديهما عن الآخر اذا يمكن أن يحصل التسليم و مع ذلك يكون المسلم به مشغولة بمال المسلم كما اذا باع زيد دارا و سلمها الى المشتري و لكن كانت مشغولة بمال البايع بحيث لا يمكن افراغه عادة الى شهر أو شهرين مثلا ، أى لا يمكن افراغها فى مدة يتسامح فيها عرفا كيوم أو نصف يوم ، بل لا بدّ و أن تبقى مشغولة فى مدة معتد بها كشهرا أو شهرين و ح

يثبت للمشتري خيار الفسخ كما يثبت ذلك مع عدم أصل التسليم على ما تقدم. ثم انه ذكر المصنف أنه اذا لم يفرغ البايع المبيع الى مدة يتضرر فيها المشتري ثبت له خيار الفسخ، والظاهر أنه لا وجه لهذا التقييد بداهة أن الخيار لم يثبت بدليل نفي الضرر حتى يكون مقيدا بعدم الضرر، بل انما هو من جهة التخلف بالشرط الضمني وعليه فيثبت له الخيار بمجرد طول المدة وان لم يتضرر المشتري، بل كان عدم الفراغ على نفعه كما اذا كان في مسافرة فلو حصل الفراغ لم يكن أحد حافظا للمبيع وهذا واضح لا شبهة فيه ويجب على البايع ح أن يعطى الأجرة في المدة التي اشغلها على تقدير عدم فسخ المشتري وعدم رضاه بالبقاء مجانا كما هو واضح، ولا يفرق في ذلك بين أن يكون عدم الافراغ عن تصور أو عن تقصير فما ذكره المصنف من الجزم بالخيار في الثاني دون الأول لا وجه له فان التصرف في مال الغير لا يجوز على كل تقدير ومعه يكون ضامنا له سواء فوت عينه أو منفعته كما هو واضح، ففي المقام حيث فوت منفعة مال الغير فيكون عليه ضمانها .

ثم ان هذه الفروع في فرض جهل المشتري بالواقع والآ فمع علمه يكون المبيع مشغولة ومع ذلك اقدم على الشراء مع علمه بانه لا يحصل الفراغ الى شهرا لا يكون له الخيار الآ مع تسامح البايع بأزيد من ذلك، وقد يقال انه اذا كان المشتري غافلا عن كون المبيع مشغولا وأقدم على الشراء ثم انكشف أنه كان مشغولا فانه لا يكون له الأجرة في ذلك لأنه مثل أن تكون السعنين مستأجرة فكما ليس للمشتري مطالبة الأجرة على ذلك في مدة الاجارة وكذلك ليس له الأجرة مع انكشاف كون المبيع مشغولا بمال البايع، نعم يثبت له الخيار فقط من ناحية تخلف الشرط ولكنه واضح الفساد بداهة أن مقتضى كون العين وجميع منافعها مملوكة للمشتري بالبيع، فلا بد للبائع أن يخرج من عدة ماله مع اتلاف شيء منها، ولو كان هي المنفعة قولا يقاس ذلك بكون العين مستأجرة

فان المنفعة لم تكن داخله فى ملك المشتري حتى يكون ضمان تفويتها على البايع، بل كانت حين البيع مملوكة لشخص آخر وهذا بخلاف المقام ، فان المنفعة هنا كأصل العين صارت مملوكة للمشتري بواسطة البيع فتفويتها يوجب الضمان كما لا يخفى .

وعلى الجملة فاذا كانت العين مشغولة بمال البايع مثلا مدة معتدة بها لا بما يتسامح عرفا كان للمشتري خيار تخلف الشرط وعلى تقدير عدم الفسخ يستحق الأجرة فى مدة عدم الفراغ كما هو واضح .
ثم انه لو اشترى أحد أرضا وعلم كونها مشغولة بالزرع والاشجار فلا شىء على البايع كما فى الفرع الاول .

وان لم يعلم بذلك فهل يكون المشتري مخيرا بين قلعها وابقائها ، أو يتخير البايع فى ذلك ، وقد يقال ان قلع الاشجار أو الزرع ضرر على البايع فيكون مرفوعا بدليل نفي الضرر و يكون هو مخيرا بين القلع والابقاء ولكن يرد عليه أن دليل نفي الضرر لا يشمل المقام فانه معارض بكون البقاء ضرا على المشتري فلا يشمل دليل نفي الضرر لمورد يكون فيه ضرر الغير لكونه فى مقام الامتنان .

و دعوى أن ضرر المشتري متدارك بالخيار دون البايع دعوى فاسدة ، لأننا ذكرنا مرارا أن دليل نفي الضرر انما يرفع الضرر بالحكم الضررى الذى يتوجه الضرر منه الى الشخص ولا نظرفيه الى كون الضرر متداركا بحكم آخر والآ فىمكن أن يتدارك ضرر البايع من بيت المال بأن يلتزم بحديث نفي الضرر بوجود اعطاء ضرر البايع من بيت المال .

وعلى الجملة أن حديث نفي الضرر وارد فى مورد نفي الضرر الناشى من قبل الحكم الشرعى من غير ملاحظة أنه يتدارك بشىء آخر أم لا؟ فلا نظر له بوجه الى تداركه بشىء أصلا فالاختيار فى القلع والابقاء للمشتري لأنه

مسلط على ماله ، فليس لأحد أن يزاحمه في تصرفاته السائغة بأى نحو من انحاء المنع .

ثم انه لورضى المشتري ببقاء الزرع والاشجار فى الأرض فهل يستحق الاجرة بذلك أم لا ؟ الظاهر هو الاستحقاق لأنه مالك لمنفعة الأرض فتفويتها موجب للضمان ولا يصح قياس المقام ببيع الدار وانكشاف كونها مستأجرة فان المنفعة هناك مملوكة لشخص آخر بخلاف المقام كما عرفت .

ثم انه اذا قلع البايع زرعه وأشجاء فلا بدّ له أن يطم مواضعها ويصلح الارض لأنه نشأ من قبله فلا بدّ له اصلاحه ، ولكن هنا نزاع فى أن مثل هذه النواقص التى أوردها شخص على مال غيره هل هى من قبيل القيميات أو المثليات ومن هذا القبيل كسر زجاجة الغير ونحو ذلك ، الظاهر أنه يختلف ذلك باختلاف الموارد فلا يبعد أن يكون الزجاجاة من قبيل المثليات لأنه يمكن عرفا إعادة مثل الأول فلو كسر أحد زجاجة شبك أحد فعليه أن يعيد مثله ، وفى مثل تخريب القبة ونحوها يحكم بوجود القيمة ظاهرا ، فان الظاهر أنسها من القيميات لأنه لا يمكن عادة إعادة مثل القبة الاولى لاختلافها اختلافا فاحشا من حيث الجدد والعتافة وجودة المواد والأساس ، و رداؤها وغير ذلك من الجهات الموجبة للاختلاف كما هو واضح فانهم .

قوله : لو امتنع البايع من التسلم .

أقول : يقع الكلام هنا فى مقامين : الاول أن يكون امتناع البايع من

التسليم لحق وهذا على نحوين :-

الأول : أن يكون البحث فى ذلك من حيث استحقاق المشتري الأجرة

والثانى من حيث الاثار الوضعية .

أما الأول : فقد يقال بأن المشتري يستحق الأجرة للمبيع لأن البايع

انما فوّت عليه منافع العين وهى مملوكة للمشتري فيكون ضامنا لها فلا بدّ و

أن يعطى الأجرة له و لكنه واضح البطلان بداهة أنه بعد كون الامتناع عن حق فلا يكون ضامنا للأجرة أيضا و يكون اشتراط عدم التسليم وسيلة لتقييد بناء العقلاء على الضمان كما هو واضح .

و أما الاثار الوضعية فهو أن نفقة المبيع هل هى على البايع فى ضمن الحفظ أو على المشتري فذكر فى جامع المقاصد أنها فى المقام كنفقة الزوجة على الزوج فكما أن امتناع الزوجة عن الزوج لا تكون موجبة لسقوط نفقة وهكذا فى المقام ثم احتمل العدم و الظاهر هو الأول و لكن ثبوت النفقة على المالك هنا بملاك المالكية فان نفقة المال على مالكة و فى الزوجية بملاك الزوجية ولم يرد للأول تخصيص الآ اذا كان الأخذ غاصبا و فى الثانى قد خرج عنه النفقة حال النشوز فانه ليست نفقة الزوجة على الزوج ح و لكن فى غير حال النشوز لم يرد تخصيص كما هو واضح .

و أما المقام الثانى وهو أن يكون عدم التسليم لحق فلا شبهة هنا فى ثبوت الأجرة على البايع فى زمان عدم التسليم كأن باع دارا من زيد و سلم زيد الثمن و البايع لم يسلم المبيع ، فانه يثبت له الأجرة فى هذا الزمان على البايع .

و أما الحكم الوضعى فأيا لا شبهة فى ترتيبه عليه ككون النفقة على البايع فان الغاصب ملزم بحفظ مال المالك و رده اليه فكل ما يصرف فى طريق الحفظ فيكون عليه ، و قد ذكر ذلك فى صحيحة أبى ولاد المتقدمة فى باب الضمان بالمثل أو القيمة وهو موافق للقواعد أيضا ، لأنك عرفت أن حفظ مال المغصوب على الغاصب ما دام تحت يده بمقتضى دليل اليد وما ذكره المصنف فى المتين من أن مقتضى القاعدة ان نفقته على المشتري اما زائدا أصلا أو سقطت عنه كلمة ليست أى ان مقتضى القاعدة أن نفقته ليست على المشتري و الآ فنفى المصنف ، قد ذكر ذلك فى باب الضمان بالمثل و حكم هناك بان

النفقة على الغاصب و ليست للمقام خصوصية تقتضى كون النفقة على المشتري كما هو واضح ، هذا كله فى فرض أن لا يكون البايع شاغلا للمبيع والّا فثبوت الأجرة عليه بلا شك وريب كما هو واضح .

قوله : مسألة من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله الى القباض .

أقول : ذكر الفقهاء أن من أحكام القبض اللاحق عليه أن يكون الضمان

مع التلف على البايع بل لا خلاف فى ذلك بينهم و الكلام فى مدرك ذلك ، وقد استدل عليه بالنبوى المشهور التلف قبل القبض من البايع و فيه أن هذه الرواية نبوية غير منقولة من طرفنا فلا تكون حجة و على تقدير استناد المشهور بها قلنا ان الشهرة لا توجب ان يجازى ضعف الرواية . وقد استدل أيضا برواية عقبة بن خالد الدالة على كون الضمان على البايع حتى يخرج المال من بيته ، و يقبضه من المشتري ، و لكن هذه الرواية أيضا ضعيفة السند و غير منجبرة بعمل المشهور صغرى و كبرى و قد يستدل على ذلك بالاجماع ولكنه أيضا ليس بحجة لأن مدركه هو القطع بقول الامام عليه السلام و منشأه اما دخوله بالمجمعين و هو غير معلوم أو قاعدة اللطف و هى غير تامة أو الحدث القطعى و هو أيضا غير معلوم اذ لا نعلم ان الحكم الذى وصل اليه يدا بيد أنه بامضاء الامام عليه السلام و رضائه بذلك و لعل القائلين بذلك استندوا بعضهم بالنبوى كما فى كتب الاستدلالية و بعضهم برواية عقبة بن خالد و بعضهم بالشهرة و بمجرد أنه رأى المسألة مشهورة بين الاصحاب ذهب اليه تبعا لهم فيكون الاجماع أيضا ساقطا فى المقام و العمدة هر التمسك بالسيرة التى نسميها بالدليل الرابع نوعا لا من جهة كونها فى المقام دليلا رابعا ، بل من جهة الاصطلاح كالدليل الانسدادى المسمى بالدليل الرابع .

و توضيح ذلك أن الدائر بين الناس بل ما يجرى عليه بنائهم أن التسليم

و التسالم فى المعاملات من مكملات الملكية بحيث أن العرف يرى اجمالاً عدم حصول الملكية قبل التسليم و التسالم و لذا يعبر عن ذلك فى الفارسية بلفظ ((داد وستد)) و نعم التعبير هو و على هذا فاذا تلف المبيع قبل التسليم و التسلم يكون التلف من البايع فان ملكية المشتري لم تتم بعد على العين و ان كان مملوكاً له فى الجملة .

و بعبارة أخرى ان البيع يفيد الملكية و التسلم ليس شرطاً فيه و لكن السيرة قائمة على كون التسليم من مكملات البيع بمعنى أنه ينحل بدون التسليم فيكون شأن السيرة شأن النبوى الدال على أن التلف قبل القبض من مال بايعه لا أن الملكية ناقصة بدون التسليم .

و بعبارة ثالثة أن الملكية مقيدة بالانفساخ الحاصل بالتلف فيكون كنفيد الملكية بالفسخ فى مورد الخيار و لا نقول أن التسليم و التسلم من شرائط حصول الملكية ، بل نقول أن السيرة قائمة على أن المشتري لا يلزمه دفع الثمن قبل دفع البايع المثلن اليه ، بل يقول ما اعطيت لى شيئاً حتى اعطيك الثمن و الآ فالملكية حاصلة حتى لو لم تكن هذه السيرة لكان التلف من المشتري لأنه ماله و هذا ثمرة واضحة فانه بناءً على كون المدرك هو السيرة فلا يفرق فى كون التلف قبل القبض على المالك الأول بين أن يكون التالف هو الثمن أو المثلن فان السيرة موجودة فيهما و أما بناءً على كون المدرك هو الرواية أو الاجماع فينحصر الحكم بالمبيع أما الرواية فلان المذكور فيها هو المبيع فلا يتعدى الى الثمن ، بل يقتصر فيما خالف الأصل على موضع النص و أما الاجماع فلان المتيقن منه هو ذلك و أيضاً تظهر الثمرة فيما اذا خلى البايع بين المشتري و المبيع و لم يأخذ المشتري حتى تلف فانه بناءً على كون المدرك هو السيرة يكون الضمان على المشتري لأن المتيقن منها هو صورة كون المال تحت يد البايع و قد رفع اليد عنه و ان لم يحصل القبض لما ذكرنا سابقاً

أن القبض عبارة عن الاستيعلاء الذي يحصل به الغصب ولا شبهة أن مجرد التخلية لا يحقق القبض كما لا يخفى . وهذا بخلاف ما اذا كان المدرك هو الرواية فان المذكور فيها هو القبض و هو لا يتحقق بالتخلية كما عرفت .

و أيضا تظهر الثمرة فيما اذا قبض المشتري قهرا على البايع بحيث لم يصدق القبض و لم يتحقق فيكون التلفح أيضا على المشتري بناء على كون المدرك هو السيرة لأن المتيقن منها هو كون التلف تحت يد البايع ولم يتلف المال هنا تحت يده و هذا بخلاف ما اذا كان الدليل هو الرواية فان الظاهر منها أن يكون التلف على البايع ما لم يتحقق القبض و المفروض أنه لم يتحقق هنا كما لا يخفى ، فانهم .

و هذا كله اذا كان التلف سماويا و أما اذا كان ذلك بفعله تلف فهل يكون ذلك أيضا من البايع و يحسب عليه أو من المشتري أو من المتلف فنقول ان المتلف قد يكون هو المشتري نفسه و قد يكون هو البايع و قد يكون هو الأجنبي أما اذا كان المتلف هو المشتري نفسه فالظاهر أنه لا خلاف في ثبوت الضمان على المشتري فلا يحكم بانفساخ العقد ليكون التالف على البايع و ذلك من جهة أن المشتري قد ألتف مال نفسه فيكون ضمانه عليه على ما تقتضيه القاعدة والنسب و هكذا رواية عقبه منصرفات عن هذه الصورة قطعا و الاجماع دليل لبي لا يشمل المقام و السيرة قائمة على ضمان المشتري فضلا عن قيامها على ضمان البايع و لا يفرق في ذلك بين علم المشتري بكون المبيع ماله و بين جهله بالحال فان العلم والجهل في باب الضمانات غير مؤثر في الفرق .

نعم يفرق بين العلم والجهل اذا كان المشتري مقدا على الاتلاف بتغريب البايع بأن أقدم البايع الطعام المشتري على المشتري فأكله المشتري

فيكون المتلف هنا هو البايع بقاعدة الغرور فان المتلف هو الغار الذى هو البايع والمشتري لم يقدم على اتلاف ماله، بل أقدم على اتلاف مال البايع مجانا هذا فى غاية الوضوح مع علم البايع بالحال .

و أما مع جهله بالحال، فقد احتمل المصنف فيه وجهان و لكن الظاهر أن لا يفرق بين علم البايع بالحال و جهله بها فانه على كل تقدير لم يقدم المشتري على اتلاف ماله، بل على اتلاف مال البايع مجانا و أن السبب فى ذلك هو تقديم البايع ذلك اليه و على هذا فيكون ذلك من صغريات اتلاف البايع و سيأتى حكمه انشاء الله تعالى .

و على الجملة فلا وجه لضمان المشتري مع كون البايع غارا لفى الاتلاف كما هو كك، فى غير المقام أيضا كما اذا أودع أحد وديعة عند شخص فقدم الودعى الأمانة على المستودع فاتفه المستودع فانه و ان أتلف فى الواقع مال نفسه، و لكن ذلك باغراء الودعى فيكون الودعى ضامنا و هكذا و هكذا .

و أما لو كان المتلف هو البايع الذى من مصاديق اتلافه ما تقدم من كونه غارا للمشتري للاقدام بالاتلاف، فهل يكون يحكم بانفساخ العقد كما عن المبسوط و الشرايع و التحرير لعموم ان التلف قبل القبض من مال البايع بذلك أو يحكم بضمان البايع للقيمة لخروج المورد عن منصرف دليل الانفساخ فيدخل تحت قاعدة من اتلف مال الغير فهو له ضامن، أو تكون المشتري مخيرا بين مطالبة القيمة و مطالبة الثمن اما لتحقيق سبب الانفساخ وهو من جهة التلف قبل القبض المقتضى للانفساخ و سبب الضمان المقتضى للضمان فيتخير المشتري فى اختيار أى منها أو يقال بالتخيير بوجه آخر، بان يقال ان التلف على هذا الوجه اذا خرج عن منصرف دليل الانفساخ فيكون ذلك داخلا تحت حكم تعذر تسليم المبيع فيكون المشتري مخيرا بين أخذ عوض المبيع من المثل أو القيمة و بين أن يفسخ العقد و يرجع الى عين الثمن الذى اعطاه

للبايع وهذا ملخص ما ذكره المصنف وكل ذلك محتمل إلا التخيير على الوجه الأول بأن يكون المشتري مخيرا بين الانفساخ والأخذ بقيمة المبيع، بل هو غير معقول بداهة أن انفساخ العقد أمر عارض لطبع العقد من بعض العوارض فلا يكون هو مربوطا باختيار أحد المتبايعين ومع ذلك فكيف يعقل كون المشتري مخيرا بين الانفساخ وأخذ قيمة المبيع.

و بعبارة أخرى أنه مع انفساخ العقد لا يبقى مجال لاختيار المشتري كما هو واضح، بل يتعين ذلك، نعم القول بتخير المشتري على النحو الثاني الذي ذكره المصنف ثانيا، وقواه متين فان المال التالف مال للمشتري فله أن يرجع الى البايع لكونه متلفا ومن أتلف مال الغير فهو له ضامن وله أن يفسخ العقد لأنه ثبت له خيار تخلف الشرط الثابت بحسب بناء العقلاء ضمنا وهو تحقق التسليم والتسلم ومن الواضح أنه لو يتحقق التسليم من البايع بتعذر فيكون للمشتري خيار تعذر التسليم.

ثم انه على القول بثبوت الخيار للمشتري واختياره أن يأخذ بقيمة المبيع أو مع القول بثبوت الضمان من الأول لقاعدة الضمان بالتلاف وعدم شمول قاعدة التلف قبل القبض له لانصرافه عن ذلك فرجع الى البايع فهل للبايع أن يمتنع عن الأداء قبل أخذ الثمن أو لا بد له من الأداء فذكر المصنف وجهين من أنها بدل عن العين ومن أن دليل الحبس وهو الانفهام يختص بالبدل ثم ذكر أن أفواهما العدم، ولكن الظاهر أنه لا شبهة في جواز حبس البدل ما لم يرد اليه الثمن فان مقتضى قانون الضمان بالبدل هو ذلك بداهة أن دليل الضمان يقتضى الضمان بالعين ابتداءً ومع عدم التمكن من أداء العين فيقتضى الضمان بالمثل ثم الضمان بالقيمة وعليه فيثبت للبدل كلما ثبت للأصل لا أنه يحكم في البدل بوجوب الدفع فورا، بل السيرة أيضا تقتضى ذلك الحكم فانها قائمة على أنه ليس للمشتري قبل أن يعطى الثمن

أن يطالب المثل من البايع، بل يضحك عليه لو فعل ذلك .
 و أما لو كان المتلف هو الأجنبى فيكون المشتري مخيرا بين أن يرجع
 الى البايع أو الى المتلف، كما فى تعاقب الايدى فى الغصب ، أما الى
 البايع فلأنه لم يقبض ماله بعد و أما الى المتلف فلا أنه اتلف ماله ، و أما
 التخير بين الانفساخ و الرجوع الى القيمة فقد تقدم أنه غير معقول كما هو
 واضح .

و قد اتضح لك مما ذكرناه من جعل الدليل على كون ضمان التالف
 على من تلف العوض عنده أنه لا يفرق فى ذلك بين الثمن و المثل و لا بين
 البيع و بقية المعاملات المعاوضية و ان ذكر المصنف انى لم أجد مصرا بذك
 فان السيرة جارية فى كلها فان الغرض من المعاوضة هو الأخذ و الاعطاء
 الذى يعبر عنه بالفارسية (بدادوستد) و يقال فى العرف و بين أهل السوق
 أنك لم تعطى لى شيئا حتى تأخذ شيئا آخر فى مقابله .

و على الجملة فالتلف قبل القبض فى جميع ذلك على حين تلف التالف
 عنده كما ذهب اليه المشهور ، بل ذكروا الضمان فى صداق النكاح و عوض
 الخلع و لكن وقع الكلام فيها فى أن الضمان فى بقية المعاملات المعاوضية
 هو انفساخ العقد و من الواضح أن النكاح و الخلع غير قابلين للانفساخ و
 لكن ذكر الفقهاء الضمان فى ذلك و الظاهر أنه وقع الخلط هنا بين الضمان
 فى التلف قبل القبض الذى هو كون التلف على المالك الأول و انفساخ العقد
 به أى بالتلف لأن معنى الضمان هو أن قيمة التالف أو مثله يثبت للمالك
 الأول و هذا بخلاف الضمان فى مثل الخلع و الصداق فان الضمان «بناضمان
 يد أى كون التلف موجبا لثبوت الضمان على ذى اليد ، اما من جهة قاعدة
 الضمان باليد أو بدليل آخر، و عين ذلك ذكروا فى المقبوض بالسوم ، اذا
 تلف فى يد من يريد الشراء فى امثال ذلك لا يمكن الحكم بالضمان بالدليل

الذى حكمنا بالضمان فى التلف قبل القبض فى المعاملات المعاوضة لما عرفت، بل لا بدّ من طلب دليل آخر وحيث انه ليس هنا دليل غير قاعدة اليد وقاعدة الضمان بالاتلاف فيشكل الحكم بالضمان لأن قاعدة اليد لا تشمل المقام، فان الظاهر منها أن يكون هنا أخذ من الغير واعتداء عليه وليس هنا كذلك، بل مقتضى القاعدة هو أن يكون تلف مال كل شخص على ماله، ففى المقام أيضا كذلك وأما يد ذى اليد ليست الآيد أمانة وكذلك قاعدة الضمان بالاتلاف فانها أيضا لا تشمل المقام لأن من بيده المال لم يتلف المال كما هو واضح، بل تلف المال بأفة سماوية .

قوله : لو تلف بعض المبيع قبل قبضه .

أقول : لا شبهة أن البيع منحل الى البيوع المتعددة حسب تعدد المبيع وان كان كل بيع يحسب جزءا من مجموع المبيع ولكنه لا ينافى الانحلال فى الحقيقة وحسبان المجموع مبيعا واحدا من جهة المسامحة كما هو واضح وعليه فما ذكرناه من قيام السيرة على كون التسليم من مكملات البيع جار فى أجزاء المبيع أيضا فان العرف لا يرون البيع تماما ما دام لم يقع التسليم و التسالم فيه وهذا لا شبهة فيه .

نعم ، يمكن المناقشة فيه بناء على ما ذكره المصنف من كون مدرك الحكم هو الاجماع أو الرواية أما الاجماع فان تحصيل قول الامام عليه السلام فى أصل المسألة كان مشكلا فضلا فى المقام، وأما الرواية فلأن الظاهر منها تمام المبيع لا الجزء، ثم انه بعد انفساخ العقد فى الجزء يكون للمشتري خيار تبعض الصفقة، بل يمكن القول بثبوت الخيار للبائع أيضا (و لكنه يمكن دفعه بأنه بناء على الانحلال يكون الابعاض أيضا مبيعا المقرر) هذا كله فى الاجزاء التى تلاحظ بعنوان المبيعية بحيث يكون ذلك مبيعا مستقلا بعد الانحلال وأما الاجزاء التى هى أجزاء لذات المبيع لا للمبيع بعنوان المبيعية بمعنى

أن الملحوظ فى المقام كون ذات الشىء مبيعا مع قطع النظر عن اجزائه بحيث لا يسقط الثمن الى الأجزاء والآ فلا معنى لكون الجزء جزء للمبيع ومع ذلك لا تقسط اليه الثمن والنكته فى عدم التقسيط هذا كما لا يخفى ولا شبهة فى عدم الانحلال هنا وعليه فلا نحكم بالانفساخ فى صورة ورود العيب به قبل القبض وملحق بذلك فوت كل وصف يكون وصف الصحة للمبيع دون الاوصاف الكمالية ولكن هل يثبت الرد والأرض للمشتري فيكون مخيرا بينهما أو الرد فقط دون الأرض، أو العكس، أو لا يثبت شىء منها، فالمقام كما ذكره المصنف من صغريات العيب الحادث بعد البيع وقبل القبض فان قلنا بأنه مثل العيب الحادث قبل البيع فيثبت الأرض والرد والآ فلا بد من طلب دليل آخر عليهما ولكن حيث لا دليل على كونه مثله فلا بد من مطالبة دليل آخر.

فنقول أما الأرض فهو على خلاف القاعدة فان التعيب انما كان فى ملك نفسه فلا معنى لكون الغرامة على شخص آخر والدليل الدال على ثبوته فى مورده لا يدل على ثبوته فى المقام فانه دل على أن كل مبيع فيه عيب أو عوار فعهدته على البايع ومن الواضح أن المبيع ليس فيه عيب أو عوار، وانما العيب فى مملوك المشتري.

وأما الرد فقد يقال بأن الانفساخ قد ثبت فى الكل فيكون ثابتا فى فقدان الأوصاف الصحة أيضا، ولكن على نحو يناسب لها وفيه أنه قياس محض فلا نقول به (على أن أصل القياس هنا ليس بتمام فان القياس يقتضى الانفساخ فلا يمكن الانفساخ فى أوصاف الصحة المقرر) وقد استدال المصنف على ثبوت الرد بقاعدة نفي الضرر ولكنه فاسد فانه كما يكون عدم ثبوت الرد ضررا على المشتري فيكون ثبوت الرد أيضا ضررا على البايع فقاعدة لا ضرر خارجة عن أمثال المقام ودعوى انجبار ضرر المشتري بالخيار دون البايع

دعوى فاسدة كما تقدم ذلك .

وقد استدال بعين هذا العلامة على ثبوت الأرش أيضا وقد ظهر جوابه على أن مقتضى التمسك بدليل نفي الضرر هو أن يؤخذ الأرش من شخص آخر أيضا ، فلا معنى لاختصاص الأخذ من البائع فانه لا فرق بينه و بين شخص آخر ، الا مجرد أن البائع باع هذا المبيع والأفهم بالفعل أجنبي عنه كبقية الاشخاص و أيضا مقتضى التمسك بدليل نفي الضرر في اثبات الارش أو الرد هو ثبوت ذلك بعد القبض أيضا ، فان كون المبيع معيوباً ضرر على المشتري ولو كان التعيب بعد القبض مع أنه لم يقل به أحد .

نعم هنا دليل ثالث يمكن اثبات جواز الرد به دون الأرش لأن ثبوت الأرش في مورد ه على خلاف القاعدة فيقتصر فيه بمورده فلا يتعدى الى غيره و ليس هنا دليل آخر تثبت الأرش به كما تقدم .

و توضيح ذلك الدليل الثالث الدال على ثبوت الرد هو أن بناء العقلاء انما على كون تسليم كل من الثمن و المثلن على نحو صحيح و غير معيوب ولا شبهة أن هذا معتبر في ضمن العقد بحسب بناء العقلاء فاذا تعيب ذلك و لو كان بعد البيع فلا يكون التسليم تسليماً صحيحاً فيثبت للمشتري في المقام خيار تعذر التسليم فله أن يفسخ العقد و له أن يرضى به بلا ثبوت أرش له كما هو واضح .

ثم ان هذا كله فيما اذا تعيب المبيع قبل القبض بأفة سماوية أو ما هو بحكمها كأفتراس الاسد ذلك و نحوه .

وأما لو كان التعيب بواسطة اتلاف المتلف فان كان هو المشتري فلا يثبت له الأرش ولا الرد لأنه أورد العيب في ماله فلا يكون له شىء في ذلك وان كان هو البائع أو شخص آخر ، فذكر المصنف أنه يثبت للمشتري على البائع أرش الجناية دون الخيار ، ثم احتمل ثبوت الخيار أيضاً . أما ثبوت

الأرش فلا شبهة فى ذلك لأن الجانى ضامن لما أحدثه من العيب فى مال الغير لبناء العقلاء على ذلك، وأما الخيار فهومن جهة أن بناء العقلاء فى المعاملات على التسليم الصحيح والمفروض أنه متعذر هنا لتعيب المبيع فيثبت له خيار تعذر التسليم .

وعلى الجملة الظاهر أنه لا شبهة فى ثبوت الأرش والخيار على نحو التخيير فى هذه الصورة ثم مع كون المتلف هو غير البايع فللمشتري أن يرجع فى أرش الجناية الى البايع أو الى شخص الجانى و اذا رجع الى البايع فهو يرجع الى الجانى، أما رجوعه أى المشتري الى البايع من جهة أنه الموظف بالتسليم وأما الى الجانى لأنه أورد النقص فى ماله .

و الحمد لله رب العالمين ، قد وقع الفراغ من المكاسب صبيحة يوم

الاثنين ٦/١٤ / سنة ١٣٢٧ هـ .