



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



ارسلنا
عليكم يا صابغ
الرماد

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir

الحاشية الثانية

عَلَيْكَ يَا رَبِّ اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنَ
الْقَضَى وَرَأْسِ قَضَائِهِ

أَخِي أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ
عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحاشية الثانية على المكاسب

كاتب:

محمد امامى خوانسارى

نشرت فى الطباعة:

مجهول (بي جا ، بي نا)

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٧	الحاشيه الثانيه على المكاسب (للخوانسارى)
١٧	اشاره
١٧	[مقدمه المحشى]
١٧	[فى المكاسب المحرمه]
١٧	[النوع الأول الاكتساب بالأعيان النجسه عدا ما استثنى]
١٧	[فيه مسائل]
١٧	[مسأله فى حرمه بيع العذره النجسه]
٢٠	[مسأله فى المعاوضه على الميته]
٢٣	[مسأله فى حرمه التكسب بالخمير و كل مسكر مائع و الفقاع]
٢٤	[مسأله فى حرمه المعاوضه على الأعيان المتنجه]
٢٤	[أو أما المستثنى من الأعيان المتقدمه]
٢٤	[يجوز المعاوضه على غير كلب الهراش فى الجملة]
٢٥	[يجوز المعاوضه على الدهن المتنجه]
٢٥	اشاره
٢٨	[بقى الكلام فى حكم نجس العين، من حيث أصله حل الانتفاع به فى غير ما ثبتت حرمة، أو أصله العكس]
٣٤	[النوع الثانى مما يحرم التكسب به ما يحرم لتحريم ما يقصد به]
٣٤	[القسم الأول ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاص إلبا الحرام]
٣٤	[منها: آلات القمار بأنواعه]
٣٤	[منها اوانى الذهب و الفضه]
٣٤	[منها: الدراهم الخارجه المعموله لأجل غش الناس]
٣٤	[القسم الثانى ما يقصد منه التعاملان المنفعه المحرمه]
٣٤	[فهننا مسائل ثلاث:]
٣٤	[المسأله الأولى بيع العنب على أن يُعمل خمراً، و الخشب على أن يُعمل صنماً]

- ٣٥ [المسأله الثانيه يحرم المعاوضه على الجاريه المغتنيه، و كلّ عين مشتمله على صفه يُقصد منها الحرام]
- ٣٦ [المسأله الثالثه يحرم بيع العنب مَن يعمله خمراً بقصد أن يعمله]
- ٣٨ [القسم الثالث ما يحرم لتحريم ما يقصد منه شيئاً]
- ٤٤ [النوع الثالث ممّا يحرم الاكتساب به ما لا منفعه فيه محلّله]
- ٤٨ [النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملاً محرّماً في نفسه]
- ٤٨ [تدليس الماشطه المرأه التي يراد تزويجها أو الأمه التي يراد بيعها]
- ٤٨ [في تزيين الرجل بما يحرم عليه من لبس الحرير و الذهب]
- ٥٠ [التشبيب بالمرأه المعروفه المؤمنه المحترمه]
- ٥٠ [تصوير صور ذوات الأرواح]
- ٥٠ [في حرمه التطفيف]
- ٥١ [في حرمه كتب الضلال]
- ٥٢ [في الرشوه]
- ٥٤ [في سب المؤمنين]
- ٥٧ [في الغش]
- ٥٩ [في الغناء]
- ٦٣ [في الغيبه]
- ٦٤ [في القمار]
- ٦٧ [في القيافه]
- ٦٩ [في اللهو]
- ٦٩ [في النجش]
- ٧٠ [في الولايه من قبل الجائر]
- ٧٥ [النوع الخامس ممّا يحرم التكتب به ما يجب على الإنسان]
- ٧٥ اشاره
- ٧٨ [حرمه التكتب بالواجبات]
- ٨٧ [أما المكروه و المباح و المستحب]
- ٨٧ [عدم جواز إتيان ما وجب بالإجاره عن نفسه]

- ٨٩ [أخذ الأجره على الأذان]
- ٩٠ [أخذ الأجره على الإمامه]
- ٩٠ [ثم إن من الواجبات التي يحرم أخذ الأجره عليها عند المشهور تحقل الشهاده]
- ٩٢ [أخاتمته تشتمل على مسائل]
- ٩٢ [الأولى فى حرمه بيع المصحف]
- ٩٤ [الثانيه جوائز السلطان و عماله]
- ١٠٢ [الثالثه ما يأخذه السلطان المستحل لأخذ الخراج و المقاسمه من الأراضى باسمهما و من الأنعام باسم الزكاه]
- ١١٣ [فى البيع]
- ١١٣ [فى المعاطاه]
- ١١٣ اشاره
- ١٢٠ [فى نقل الأقوال فى المعاطاه]
- ١٢١ [القوى حصول الملك]
- ١٢١ [الاستدلال بأيه أحل الله البيع]
- ١٢٣ [الاستدلال بحديث السلطنه و المناقشه فيه]
- ١٢٤ [المناقشه فى دلاله السيره]
- ١٢٤ [الأولى فى الاستدلال على المختار]
- ١٢٨ [اهل المعاطاه لازمه أم جائزه]
- ١٢٩ [تنبيهات المعاطاه]
- ١٢٩ [أن المعاطاه قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع]
- ١٢٩ [فى تميز البائع من المشتري فى المعاطاه الفعليه]
- ١٣٠ [فى أن أصل المعاطاه يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه]
- ١٣٥ [فى حكم جريان المعاطاه فى غير البيع من العقود و عدمه]
- ١٣٨ [فى ملزمات المعاطاه على كل من القول بالملك و القول بالإباحه]
- ١٤٤ [مقدمه فى خصوص ألفاظ عقد البيع]
- ١٤٤ اشاره
- ١٤٤ [ثم الكلام فى الخصوصيات المعتمده فى اللفظ:]

- ١٤٩ [فى ذكر ألفاظ الإيجاب و القبول:]
- ١٥٣ [مسألة فى شرطيه الترتيب بين الإيجاب و القبول]
- ١٥٤ [أو من جمله شروط العقد: الموالاه بين إيجابه و قبوله]
- ١٥٨ [أو من جمله شروط العقد: التطابق بين الإيجاب و القبول]
- ١٥٨ [أو من جمله الشروط فى العقد: أن يقع كل من إيجابه و قبوله فى حال]
- ١٥٩ [مسألة أحكام المقبوض بالعقد الفاسد]
- ١٥٩ [الأول ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]
- ١٥٩ اشاره
- ١٦٣ [قاعده ما يضمن بصحيحه و عكسها]
- ١٦٣ [البحث فى قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده]
- ١٦٣ اشاره
- ١٦٧ [فى بيان مدرک القاعده]
- ١٧١ [أو أمّا عكسها، و هو: أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده]
- ١٨٦ [الثانى من الأمور المنقرعه على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد، وجوب رده فوراً إلى المالك.]
- ١٨٧ [الثالث أنه لو كان للعين المبتاعه منفعه استوفاهها المشتري قبل الرد، كان عليه عوضها على المشهور]
- ١٩٠ [الرابع إذا تلف المبيع، فإن كان مثلياً وجب مثله]
- ١٩٥ [الخامس ذكر فى القواعد: أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل، ففي وجوب الشراء تردّد]
- ١٩٥ [السادس لو تعذر المثل فى المثلى، فمقتضى القاعده وجوب دفع قيمه مع مطالبه المالك]
- ١٩٥ اشاره
- ٢٠٢ [أفرع لو تمكن من المثل بعد دفع قيمه]
- ٢٠٣ [السابع لو كان التالف المبيع فاسداً قيماً]
- ٢٠٣ [أضمان القيمي بالقيمه فى المقبوض بالعقد الفاسد، و الدليل عليه]
- ٢٠٦ [الاستدلال بصحيحه أبى و لاد على أن العبره بقيمه يوم الضمان]
- ٢١٣ [الاستدلال على أعلى القيم بوجه آخر، و المناقشه فيه]
- ٢١٥ [تتعذر الوصول إلى العين فى حكم التلف]
- ٢١٧ [أهل يلزم المالك بأخذ البديل؟]

- ٢١٨ [هل تنقل العين إلى الضامن بإعطاء البديل]
- ٢٢٨ [التفصيل بين فوات معظم المنافع أو بعضها]
- ٢٢٩ [أخروج العين عن التقويم]
- ٢٢٩ [أخروج العين عن الملكيه مع بقاء حق الأولويه]
- ٢٣١ [حكم ارتفاع قيمه العين بعد دفع بدلها]
- ٢٣٦ [حكم ارتفاع قيمه بعد التعذر و قبل الدفع]
- ٢٣٧ [إذا ارتفع التعذر وجب رد العين]
- ٢٣٨ و هل الغرامه المدفوعه تعود ملكه إلى الغارم بمجرد طرؤ التمكن،
- ٢٣٨ [ليس للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البديل]
- ٢٣٨ [الكلام في شروط المتعاقدين]
- ٢٣٨ [مسأله من شروط المتعاقدين البلوغ]
- ٢٣٨ اشاره
- ٢٤١ [الاستدلال على البطلان بحديث رفع القلم]
- ٢٤١ اشاره
- ٢٤٣ [الاستدلال بروايات عدم جواز أمر الصبي]
- ٢٤٤ [أما يستأنس به للبطلان]
- ٢٤٤ [استظهار البطلان من حديث رفع القلم]
- ٢٤٦ [لا فرق في معامله الصبي بين الأشياء اليسيره و الخطيره]
- ٢٤٨ [مسأله و من جمله شرائط المتعاقدين: قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفظان به]
- ٢٤٨ [مسأله و من شرائط المتعاقدين: الاختيار]
- ٢٤٩ [مسأله و من شروط المتعاقدين: أن يكونا مالكيين أو مأذونين من المالك أو الشارع]
- ٢٤٩ [الكلام فى عقد الفضولى]
- ٢٤٩ اشاره
- ٢٤٩ [اختلف الأصحاب و غيرهم فى بيع الفضولى]
- ٢٥٢ [أصور بيع الفضولى]
- ٢٥٢ اشاره

- ٢٥٢ [الأولى أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك،]
- ٢٥٢ [المشهور الصحه]
- ٢٥٢ [إشاره]
- ٢٥٣ [أما يؤيد لصحه بيع الفضولي]
- ٢٥٣ [أما ورد فى المضاربه]
- ٢٥٤ [أما ورد فى اتجار غير الولى فى مال اليتيم]
- ٢٥٤ [روايه ابن أشيم]
- ٢٥٤ [موثقه عبد الله]
- ٢٥٤ [احتجاج المبطلين للعقد الفضولى بالأدله الأربعة]
- ٢٥٤ [أما الكتاب، الاستدلال بأيه التجاره عن تراض]
- ٢٥٨ [أما السنه، فهى أخبار]
- ٢٦٠ [أما حكمها]
- ٢٦٣ [أما شروطها]
- ٢٦٤ [القول فى الإجازة و الرد]
- ٢٦٤ [أما الكلام فى الإجازة]
- ٢٦٤ [القول فى المجيز فى شرائطه]
- ٢٦٩ [القول فى المجاز]
- ٢٦٩ [فى أحكام الرد]
- ٢٧١ [امسائل متفرقه]
- ٢٧١ [امسأله لو لم يجز المالك، فإن كان المبيع فى يده فهو، و إلا فله انتزاعه]
- ٢٧٩ [امسأله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه:]
- ٢٧٩ [امسأله لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير صفقه بثمان واحد، صح فى المملوك عندنا]
- ٢٨٥ [امسأله فى ولاية الأب و الجد]
- ٢٨٥ [امسأله فى ولاية عدول المؤمنين]
- ٢٨٧ [امسأله يشترط فى من ينتقل إليه العبد المسلم ثمناً أو مثنياً أن يكون مسلماً]
- ٢٨٨ [القول فى شرائط العوضين]

- ٢٨٨ [مسأله من شروط العوضين: كونه طلقاً]
- ٢٨٨ [مسأله لا يجوز بيع الوقف إجماعاً محققاً في الجملة و محكياً]
- ٣١٠ [مسأله و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً: صيروره المملوكه أم ولد لسيدها]
- ٣١٥ [مسأله إذا جنى العبد خطأ صح بيعه على المشهور]
- ٣١٦ [مسأله من شروط العوضين: القدره على التسليم]
- ٣٢١ [مسأله من شروط العوضين: العلم بقدر المثلن]
- ٣٢٢ [مسأله التقدير بغير ما يتعارف التقدير به]
- ٣٣٠ [مسأله لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور]
- ٣٣٦ [مسأله هل يجوز بيع الثوب و الأراضى مع المشاهده]
- ٣٣٦ [مسأله بيع بعض من جملة متساويه الأجزاء]
- ٣٤٨ [مسأله فيما إذا باع صاعاً من صبره]
- ٣٥٤ [مسأله إذا شاهد عيناً في زمان سابق على العقد عليها]
- ٣٥٧ [مسأله يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار]
- ٣٥٨ [مسأله لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه]
- ٣٥٩ [مسأله يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقداراً يحتمل الزيادة و النقصه]
- ٣٦٠ [مسأله يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و إن لم يعلم إلا بوزن المجموع]
- ٣٦٠ [اتنبيهات البيع]
- ٣٦١ [القول في الخيار و احكامه و أقسامه]
- ٣٦١ [في معنى الخيار]
- ٣٦٥ [في أقسام الخيار]
- ٣٦٥ [الأول في خيار المجلس]
- ٣٦٥ [اشاره]
- ٣٦٧ [مسائل في خيار المجلس]
- ٣٦٧ [مسأله لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا أصيلين]
- ٣٧١ [مسأله هل يثبت الخيار إذا كان العاقد واحداً؟]
- ٣٧٣ [مسأله قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار:]

- ٣٧٥ [مسأله لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع عند علمائنا]
- ٣٧٧ [مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]
- ٣٨٣ [القول في مسقطات الخيار]
- ٣٨٣ [مسأله المسقط الثاني إسقاط هذا الخيار بعد العقد]
- ٣٨٣ [مسأله المسقط الثالث افتراق المتبايعين]
- ٣٨٩ [مسأله المسقط الرابع التصرف]
- ٣٨٩ [الثاني خيار الحيوان]
- ٣٩٧ [الثالث خيار الشرط]
- ٣٩٧ اشاره
- ٤٠٠ [مسأله مبدأ هذا الخيار عند الإطلاق من حين العقد]
- ٤٠١ [مسأله يصح جعل الخيار لأجنبي]
- ٤٠٦ [مسأله يجوز لهما اشتراط الاستثمار]
- ٤٠٦ [مسأله من أفراد خيار الشرط: ما يضاف البيع إليه، و يقال له: «بيع الخيار»]
- ٤١٤ [مسأله لا إشكال و لا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع و جريانه في كلّ معاوضه لازمه]
- ٤١٥ [الرابع خيار الغبن]
- ٤١٥ اشاره
- ٤١٦ [الاستدلال بلا ضرر و لا ضرار]
- ٤١٨ [مسأله ما يشترط في خيار الغبن]
- ٤٢١ [مسأله يسقط هذا الخيار بأمر]
- ٤٢١ [أحدها: إسقاطه بعد العقد]
- ٤٢٢ [الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمه بعد علمه بالغبن]
- ٤٢٣ [الرابع من المسقطات: تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفاً مخرجاً عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق]
- ٤٥٥ [مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن في كلّ معاوضه مائتة]
- ٤٥٧ [مسأله اختلف أصحابنا في كون هذا الخيار على الفور أو على التراخي]
- ٤٥٨ [الخامس خيار التأخير]
- ٤٥٨ اشاره

- ٤٥٨ [ثم إنه يشترط في هذا الخيار أموراً] -
- ٤٥٩ [مسأله في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي قولان] -
- ٤٥٩ [مسأله لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع إجماعاً مستفيضاً] -
- ٤٦١ [السادس خيار الرؤيه] -
- ٤٦١ [مسأله مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه الغائبه] -
- ٤٦١ [مسأله يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفاً] -
- ٤٦٥ [مسأله لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بإبدال العين] -
- ٤٦٥ [مسأله الظاهر ثبوت خيار الرؤيه في كل عقد واقع على عين شخصيه موصوفه كالصلح و الإجاره] -
- ٤٦٨ [مسأله لو نسج بعض الثوب، فاشتره على أن ينسج الباقي كالأول بطل] -
- ٤٦٩ [السابع خيار الحيوان] -
- ٤٦٩ [القول في مسقطات هذا الخيار] -
- ٤٦٩ [مسأله يسقط الرد خاصه بأمر] -
- ٤٨٥ [مسأله يسقط الأرض دون الرد في موضعين] -
- ٤٨٥ [موارد سقوط الرد و الأرض معا] -
- ٤٨٧ [مسأله قال في المبسوط: من باع شيئاً فيه عيب لم يبيته فعل محظوراً] -
- ٤٨٩ [مسائل في اختلاف المتبايعين] -
- ٤٨٩ [أما الأول، و هو الاختلاف في موجب الخيار] -
- ٤٩٣ [و أما الثاني و هو الاختلاف في المسقط] -
- ٤٩٦ [و أما الثالث الاختلاف في الفسخ] -
- ٥٠٧ [الكلام في بعض أفراد العيب] -
- ٥١١ [القول في الأرض] -
- ٥١١ [اشاره] -
- ٥١٨ [مسأله يعرف الأرض بمعرفه قيمته الصحيح و المعيب ليعرف التفاوت بينهما، فيؤخذ من البائع بنسبه ذلك التفاوت] -
- ٥١٨ [مسأله لو تعارض المقومون] -
- ٥٣٤ [في الشروط التي يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها] -
- ٥٣٤ [مسأله في شروط صحه الشرط] -

- إشاره ٥٣٤
- أمن الشروط أن يكون ممّا فيه غرضٌ معتدّ به عند العقلاء نوعاً، أو بالنظر إلى خصوص المشروط له] ٥٣٤
- أمن الشروط أن لا يكون مخالفاً للكتاب و السنّه] ٥٣٧
- أمن الشروط أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد] ٥٥٢
- أمن الشروط أن لا يكون مجهولاً] ٥٥٨
- أمن الشروط أن لا يكون مستلزماً للمحال] ٥٥٩
- أمن الشروط الالتزام به في متن العقد] ٥٦٠
- أمّا يتوهم من الشروط و هو تنجيز الشرط] ٥٦٢
- أمسأله في حكم الشرط الصحيح] ٥٦٤
- إشاره ٥٦٤
- أفي وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي] ٥٦٥
- أفي أنه لو قلنا بوجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي، فهل يجبر عليه لو امتنع؟] ٥٦٧
- أو تعدّر الشرط فليس للمشتري إلّا الخيار، لعدم دليل على الأرض] ٥٧٠
- أو تعدّر الشرط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه بتلفٍ أو بنقلٍ أو رهينٍ أو استيلاذٍ] ٥٧٢
- أقد عرفت أنّ الشرط من حيث هو شرطٌ لا يقسط عليه الثمن عند انكشاف التخلّف على المشهور] ٥٧٧
- أمسأله في حكم الشرط الفاسد] ٥٧٩
- أالقول في أحكام الخيار] ٥٨٨
- أمسأله في أن الخيار موروث و الاستدلال عليه] ٥٨٨
- أمسأله في كيفيه استحقاق كلّ من الورثه للخيار] ٥٩٣
- إشاره ٥٩٣
- أفرع فيما اذا اجتمع الورثه كلّهم على الفسخ فيما باعه مورثهم] ٥٩٦
- أمسأله لو كان الخيار لأجنبيّ و مات] ٦٠٠
- أمسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرّف بعد العلم بالخيار.] ٦٠١
- أمسأله هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبله متّصلاً به؟] ٦٠٢
- أمسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذي الخيار تصرفاً يمنع من استرداد العين عند الفسخ] ٦١٠
- أمسأله المشهور أنّ المبيع يُملك بالعقد، و أثر الخيار تزلزل الملك بسبب قدره على رفع سببه] ٦١٦

- 623 ----- [مسأله و من أحكام الخيار، كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار في الجملة]
- 635 ----- [مسأله و من أحكام الخيار ما ذكره في التذكرة، فقال: لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار]
- 636 ----- [مسأله قال في القواعد: لا يسقط الخيار بتلف العين]
- 639 ----- [مسأله لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونه]
- 642 ----- [القول في التقد و التسيه]
- 642 ----- اشاره
- 643 ----- [أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]
- 644 ----- [مسأله إطلاق العقد يقتضى النقد]
- 647 ----- [مسأله يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدّة معيّنه غير محتمله مفهوماً و لا مصداقاً للزيادة و النقصان الغير المسموح فيهما]
- 650 ----- [مسأله لو باع بثمنٍ حالاً و بأزيد منه مؤجلاً]
- 651 ----- [مسأله لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل]
- 652 ----- [مسأله إذا كان الثمن بل كلّ دينٍ حالاً أو حلّ، وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه]
- 658 ----- [مسأله لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرّح به في غيره في عدم جواز تأجيل الثمن الحالّ، بل مطلق الدين، بأزيد منه]
- 661 ----- [مسأله إذا ابتاع عيناً شخصيّة بثمنٍ مؤجلٍ جاز بيعه من بائعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده بجنس الثمن و غيره]
- 664 ----- [القول في القبض]
- 664 ----- [أو النظر في ماهيته، و وجوبه، و أحكامه يقع في مسائل]
- 664 ----- [مسأله اختلفوا في ماهية القبض في المنقول]
- 664 ----- اشاره
- 668 ----- [أفروع]
- 668 ----- [الأولى لو باع داراً او سفينه مشحونه بامتعه البائع]
- 671 ----- [الثاني: قال في المسالك: لو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً]
- 671 ----- [القول في وجوب القبض]
- 671 ----- [مسأله يجب على كلّ من المتبايعين تسليم ما استحقّه الآخر بالبيع]
- 679 ----- [مسأله يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله مطلقاً و من غيرها في الجملة]
- 680 ----- [مسأله لو امتنع البائع من التسليم]
- 680 ----- [الكلام في احكام القبض]

٦٨٠ [مسأله من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله إلى القابض]

٦٩٢ [مسأله تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين في جميع ما ذكر]

٦٩٣ [مسأله لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]

٧٠٢ [مسأله الأقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه إلا تولى]

٧٠٨ [مسأله لو كان له طعام على غيره فطالبه به في غير مكان حدوثه في دمه]

٧١٢ تعريف مركز

نام كتاب: الحاشية الثانية على المكاسب موضوع: فقه استدلالی نویسنده: خوانساری، محمد امامی تاریخ وفات مؤلف: ۱۳۳۲ هـ ق زبان: عربی قطع: وزیرى تعداد جلد: ۱ تاریخ نشر: ه ق نوبت چاپ: اول ملاحظات: همراه با "الحاشية الأولى على المكاسب" در يك جلد چاپ شده است

ص: ۱

[مقدمه المحشى]

الحاشية الثانية على مكاسب آيه الله علم الهدى شيخنا المرتضى نور الله مرقدہ

لسماحه الحجة وحيد عصره الحاج الشيخ محمد الإمامي الخوانساري دام ظلّه العالی بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

الحمد لله ربّ الأرباب، و مسبب الأسباب، الذي جعل الدنيا دار السعي و الاكتساب، و الآخرة دار الثواب و العقاب، و الصلاة و السلام على سيد الرسل الصادع بشرائع الاسلام و محاسن الآداب، و على آله الاطياب الانجاب، و لاه الحق و شفعاء يوم الحساب

و بعد فيقول العبد محمد عفى عنه نجل العلامة وحيد عصره الشيخ محمد على الامامى النجفى الخوانسارى نور الله سره و طيب ثراه، و جعل بحبوحه الجنة مثواه هذه تعليقه ثانية حررتها حين البحث و النظر مرّه اخرى فى كتاب المكاسب تصنيف الشيخ الاجل علم الهدى، و منار العلم و التقى مؤسس مباني الدين استاد المجتهدين الحاج الشيخ مرتضى الأنصارى أنار الله روضته و اناله رضوانه و رحمته و نحن فى عصر قد درست اعلام الهدى و الرّشاد و ظهرت آثار الردى و الفساد، و تراجع سوق الفقاهه الى الكساد، بل تضعضع ببيان الحقّ و اركانه، و تزعزع شأن الباطل و تمادى طغيانه و الرجاء من الله تعالى ان يثبت قلبنا على دينه و لا يزيغه بعد هدايته و يعاملنا بفضله و رحمته و ينفعنا بما كتبناه يوم النّشور و يجعله تجاره لن تبور أنّه هو العزيز الغفور و ان شئت فسّمه بالمواهب فى حاشية المكاسب، و منه جلّ جلاله التّوفيق، و عليه سبحانه التّكلان

[فى المكاسب المحرمه]

[النوع الأوّل الاكْتساب بالأعيان النجسه عدا ما استثنى]

[فيه مسائل]

[مسألة فى حرمه بيع العذره النجسه]

قوله (و جمع الشيخ بينهما بحمل الأوّل)

و ربما يحكى عنه انّ الأقرب عنده حمل قوله (ع) لا بأس ببيع العذره على الاستفهام الانكارى

قوله (و فيه ما لا يخفى من البعد)

و ذلك من جهات

منها ان روايه محمّد بن مضارب المرويّه في الكافي ضعيفه بجهاله الراوى فانّ المذكور في كتب الرجال محمّد بن مصادف مولى أبي عبد الله (ع) لا مضارب

و منها انّ الرّوايه غير قابله لمعارضه الاخبار العامه و الخاصه و مخالفه للشّهرة و الاجماع المنقوله فكيف تكون قرنيه على حمل تلك الاخبار على الكراهه

و منها انّ في الاخبار المانعه ما يكون

غير قابل للحمل على الكراهه كلفظ السيحت و الميته فعن دعائم الاسلام عن علي عليه السلام ان رسول الله (ص) نهى عن بيع العذره و قال هي ميته

قوله (و ابعده منه ما عن المجلسي)

وجه الابعديّه انّ الجمع الدلالي انما يصحّ لو كان ممّا يساعده العرف كالجمع بين النصّ و الظاهر بحمل الاخير على غير النصّ و الّا فقضيّه انّ الجمع مهما امكن اولى من الطرح لا وجه لها و الجمع المذكور لا دليل عليه و لا شاهد هذا مضافا الي أنّه يوجب اختلاف التكليف بالنسبه الى البلاد و اما حمل خبر المنع على التقيّه كما عن بعض فقيه انّ أبا حنيفه المعاصر للصادق (ع) كان قائلا- بالجواز و مقتضاه عكس ذلك و لا يخفى انّ الحمل على التقيّه طرح للخبر الموافق لها و ليس من الجمع بين الدليلين كما في الوجوه المتقدمه

قوله (و الاظهر ما ذكره الشيخ ره لو اريد)

الظاهر أنّه يريد ابطال ما ذكره وجهها للجمع المنسوب الى الشيخ و ان كان اقرب وجوه الجمع و ذلك بانّه لو كان الدليلان نصين و ظاهرين لكان الجمع المذكور متعيّنا و مقدّما على المرجحات الخارجيه لانه من الجمع العرفي كتقديم الخاصّ على العام و لكنّ الانصاف انّ غايه ما يمكن ان يق للنصيه و الظهور من انّ نسبه حرمة البيع الى العذره يجعلها نصّا في عذره الإنسان لانّها متيقن الحرمة بالإضافه الي غيرها كما انّ من جهه الحكم بالإباحه في الخبر الدالّ عليها يكون العذره نصّا في عذره البهائم لانّها متيقن الجواز بالنسبه الي غيرها غير قابل للقبول مع كون اللفظه واحده و ليس هذا من الجمع العرفي نعم لو اراد الشيخ من هذا الجمع التبرّع بالحمل لقضيّه انّ الجمع مهما امكن اولى من الطرح لكان له وجه و كان اولى من سائر المحامل و لكن هذه القضيّه لا دليل عليها اصلا كما بيّن في الاصول فروايه الجواز لا يجوز الاخذ بها من وجوه

منها مخالفته للاخبار العامه

و منها مخالفته للاجماعات المنقوله و الشهره

و منها موافقته لفتوى ابي حنيفه المعاصر لأبي عبد الله (ع) فلا مناص الّا الذّهاب الى القول المشهور

قوله (لحمه اخبار المنع على عذره الإنسان و فيه نظر)

اعلم انّ الشيخ في يب حمل روايه الجواز على عذره البهائم من الابل و البقر و الغنم و الظاهر انّ مراده مطلق مأكول اللحم لعدم القول بالفصل و في الاستبصار حملها على عذره غير الآدميين و يستظهر منه جواز بيع عذره غير الآدمي و ان كانت نجسه و في هذا الاستظهار نظر للاجماع على حرمة بيع عذره غير مأكول اللحم مطلقا فغرضه من عباره الاستبصار و لو بقرينه عبارته المذكوره في يب حيث حمل خبر الجواز على عذره البهائم و مثل له بالابل و البقر و الغنم هو خصوص مأكول اللحم مطلقا و

قد صرّح في الكتابين بجواز بيع الارواث الطاهره و بالجمله فبالتمأمل يظهر توافق اقوال الشيخ في كتبه و أنّ مختاره الفرق بين
عذره الحيوان الغير الماكول لحمه فلا يجوز بيعه و الماكول لحمه فيجوز

قوله فالمتعین التعليل بالنجاسه)

لمّا كان الظاهر أنّ حكمهم بتبعيه الامّ متفرّع على عدم تملك المنى و الّا لكان بمنزله البذر المملوك فالمتعین التعليل لحرمه
بيعه بالنجاسه لأنّ هذا التعليل يعمّ صورته شراء صاحب الانثى التي وقع المنى في رحمها و صورته شراء غيره و اما التعليل بأنّ الولد
نماء الامّ في الحيوانات فانّما يختصّ بالصورة الاولى لعدم منفعه للمنى ح حتّى يصحّ بيعه و نقله لصاحب الانثى و لا يجرى في
الصورة الثانيه الّا مع البناء على عدم تملك المنى

قوله (بطلان بيع ما في اصلااب الفحول)

و يسمّى بالمضامين و هو اخصّ من عسيب الفحل لأنّ الأخير مطلق الماء سواء كان في الأصلااب او ما تحرّك من المبدأ قبل
الانتقال

[مسأله في المعاوضه على الميتة]

قوله (و يمكن ان يق انّ مورد السؤال عمل السيوف)

فيه انّ الضّمير في مسّها راجع الى الميتة بلا اشكال و مقتضى دلالة الشّيق و وحدته رجوع الضّمير في عملها و شرائها و بيعها
إليها أيضا

قوله (و الانصاف امكان ارجاعه الى ما ذكرنا فتأمّل)

قال في التذكرة الفصل الرابع العوضان و يشترط فيهما امور الاوّل الطّهاره مسئله يشترط في المعقود عليه الطّهاره الاصلية فلا تضرّ
النّجاسه العارضيه مع قبول التّطهير و لو باع نجس العين كالخمر و الميتة و الخنزير لم يصحّ اجماعا لقوله تع فاجتنبوه و حرّمت
عليكم الميتة و الاعيان لا يصلح تحريمها و أقرب مجازاتها جميع وجوه الانتفاع و اعظمها البيع فكان حراما و لقول جابر سمعت
رسول الله (ص) و هو بمكّه يقول انّ الله تعالى و رسوله حرّم بيع الخمر و الميتة و الخنزير و الاصنام و ما عرضت له النّجاسه ان
قبل التّطهير صحّ بيعه و يجب اعلام المشتري بحاله و ان لم يقبله كان كنجس العين ثمّ قال بعد ذكر مسائل الشّروط الثاني المنفعه
مسئله لا- يجوز بيع ما لا- منفعه فيه لا- لانه ليس مالا- فلا- يؤخذ في مقابله المال كالحبّه و الحبّتين من الحنطه و لا نظر الى ظهور
الانتفاع اذا انضمّ إليها امثالها الى ان قال مسئله ما اسقط الشّارع منفعته لا نفع له فيحرم بيعه كآلات الملاهي مثل العود و المزمر و
هياكل العباده انتهى و الانصاف عدم رجوع ما ذكره الى ما اراده المصنّف ره من جواز القول بالبيع اذا قلنا بجواز الانتفاع بجلد
الميتة و أنّ المانع هو حرمة الانتفاع لا مجرد النّجاسه فانّ الشّروط الاوّل صريح في مانعيه النّجاسه من دون نظر الى كون النّجس ذا

منفعه أم لا ولا ملازمه بين الشرطين لأن النسبه بينهما عموم من وجه

و الظاهر من الشرط الثاني هو عدم جواز بيع ما هو طاهر و لا منفعه فيه هذا مضافا الى ان التمثيل بالميتة في الشرط الاول صريح في ان المانع هو النجاسة و لعل الامر بالتأويل اشارة الى ما ذكرنا ثم ان اجماعهم على بيع العبد الكافر لا تأييد فيه لما اراده المصنف فان اطلاقهم على الجواز ليس لكونه ذا منفعه محلله بل لعله لان نجاسته قابله للتطهير بغير الاستحالة و هو الاسلام و قد عرفت في كلام التذكرة ان النجس ان قبل التطهير صح بيعه هذا مضافا الى خروجه عن حرمة بيع النجس بالأخبار و الاجماع و امّا ما نقله من تعليل العلماء لجواز بيع كلب الصييد و التعدي الى كلب الحائط و ان كان ظاهرا في جواز بيع النجس ان كان ذا منفعه محلله و لكن التعليل المذكور اما هو بعد الاستناد لجواز بيع كلب الصييد بالأخبار الخاصة المجرّزة لذلك فكأنه اراد ان بعد ورود النص بالخصوص بجواز البيع لا مانع من حيث النجاسة و يكون ذا منفعه محلله أيضا و لا يستفاد منه ان كل نجس له منفعه يجوز بيعه و ان لم يرد فيه نص بالخصوص كيف و قد علم في التذكرة عدم جواز بيع بعض ماله منفعه من النجاسات كالعذرة و غيرها بالنجاسة و قال في بيع الأرواث النجسة و لا يجوز بيع السيرجين النجس اجماعا منا للاجماع على نجاسته فيحرم بيعه و من الظاهر انها ذات منفعه كثيرة خصوصا للشهيد و قال في تعليل عدم جواز بيع جلد الميتة بعد الدبّاغ بأنه لا يطهر بالدبّاغ و من الظاهر ان له منافع محلله فمن هذه القرائن و امثالها يستكشف ان تعليله في كلب الصييد ليس ناظرا الى عدم مانعيه النجاسة اذا كان النجس ذا منفعه و مع ذلك كله فقد يقوى في النظر صحه ما افاده و يمكن ان يستفاد من جواز بيع العبد الكافر و كلب الصييد و ان كان للنص ان مناط حرمة بيع النجس هو حرمة الانتفاع به و ان الشارع أسقط ماليه النجس و منع عن بيعه اذا توقّف الانتفاع المقصود منه على الطهارة و اما لو لم يتوقّف عليها كالاستخدام العذى هو مناط ماليه العبد و الاصطياد العذى هو مناط ماليه الكلب فلا مانع من صحه بيعه و ما ذكرناه من الوجه في جواز بيع العبد الكافر من ان نجاسته قابله للتطهير فسيجيء في المتن انه لا يتم في بيع العبد المرتد الفطرى لما بناء على قبول توبته كما ان ما افاده ره في اصل المطلب من ان النجس اذا كان له منفعه مقصوده محلله و عدّ في العرف مالا فمجرّد النجاسة لا تصلح عله للمنع كلام منطبق على القواعد فان اصاله الاباحه بمقتضى قوله (ع) كل شىء لك حلال حتى تعرف انه حرام يخرج عن موضوع قوله (ص) ان الله اذا حرّم شيئا حرّم ثمّنه مضافا الى أخبار خاصه كروايه الصيقل المذكوره في المتن و لا

يستفاد من الاخبار العامه كروايه تحف العقول و دعائم الاسلام المنع عن بيع النجس بقول مطلق بحيث لا يقبل التخصيص و انّ مناط حرمه البيع و فساده هو مجرد النجاسه بل يستفاد من التعليل الوارد فيهما انّ مناط الفساد هو توقّف استيفاء المنفعه المقصوده على الطهاره و لا يدلّان على فساد البيع فيما لا يتوقّف استيفاء المنفعه المقصوده المحلله عليها كالاستقاء بجلد الميتة للبساتين و الزرع فتأمل

قوله (نعم لو قلنا بعدم وجوب الاجتناب)

بناء على وجوب الاجتناب عن كلا- المشتبهين في الشبهه المحصوره فعدم جواز بيع المشتبه ظاهر و اما بناء على القول بجواز ارتكابهما امّا مط أو مع ابقاء ما يحتمل بقاء الحرام بوجوده فكذلك لانّ اصاله الاباحه انما تجرى فيما لا يكون في البين اصل موضوعي ينقح الموضوع و يدرج المشكوك في موضوع الحرام في الشبهه التحريميه و في موضوع الواجب في الشبهه الوجوبيه اذا كان هناك اصل موضوعي و اصاله عدم التذكيه في المقام يدرج المشتبهين في موضوع الحرام فانّ غير المذكي يكون كالميتة اجماعا

فان قلت انّ هذا الاصل لموضوعي الجارى في المقام مثبت اذا لا يترتب على اصاله عدم التذكيه الا كونه ميته و هو ليس من الآثار الشرعيه المترتبه على الاصل

قلت نعم و لكن غير المذكي له في الشرع حكم كالميتة و باجراء الاصل يحكم على المشتبه بالحرمه من دون توسط كونه ميته فبناء على القول بجواز ارتكاب احد المشتبهين او كليهما اتكالا- على اصاله الحلّ و ان كان مخدوشا هذا القول كما بين في الاصول لا يجوز بيع احدهما في المقام أيضا و ما ذكرناه من عدم جريان الاصول في المشتبه اذا كان هناك اصل موضوعي جار في الشبهه البدويه أيضا فانّ مقتضى الاصل الموضوعي الجارى اندراج الفرد المشكوك فيما علم حرمة نعم لو علمنا بقابليه الحيوان للتذكيه و شككنا في حليته و حرمة كان اصل البراءه مجديا في الشبهه البدويه و في الشبهه المحصوره بناء على جريانها فيها فانّ الحكم ح مشكوك بنفسه و ليس في البين اصل موضوعي و يكون كالشكّ في حرمه التّن لأنه لما علم انّ المذكي من الحيوان على قسمين معلوم الحرمة و معلوم الحليته و كان هذا الفرد المذكي مشكوك الحليته كان مقتضى قبح العقاب من دون بيان و حديث الرّفح حليته و لو اشتبه معلوم الحرمة من المذكي بمعلوم الحليته منه صحّ القول بجواز ارتكاب احدهما اتكالا على اصاله الحلّ بناء على القول بجواز الارتكاب في الشبهه المحصوره و كذا في كلّ مشتبهين اذا كان الاصل في كلّ منهما الحلّ و علم اجمالا بوجود الحرام فافهم

[مسأله في حرمه التكبب بالخمير و كلّ مسكر مائع و الفقاع]

قوله (و المراد به اما اخذ الخمر مجانا

ثمّ تخليلها)

و أمّا شرائها لأن يجعلها خلّاً فغير جائز بالاخبار الكثيره النّاهيه عن بيع المسكر الشّامله بعمومها لصوره قصد التّحليل مضافا الى قيام الاجماع على عدم الجواز مطلقا و الفرق بينه و بين العصير العنبي أنّ المنع عن بيع النّجس أنّما هو فيما لم يكن قابلا للتّطهير بغير الاستحاله و العصير العنبي يقبله بالنّقص قال فى الجواهر بعد نقل كلام المحقّق و عدم استثناء الكلب و العبد الكافر ما هذا لفظه و لعلّ عدم استثناء المصنّف له لأنّ محلّ البحث فى النّجاسات من حيث عدم قبولها التّطهير بغير الاستحاله و هو يقبله بالاسلام الّذى ليس باستحاله الى ان قال و أمّا العصير العنبي اذا نشر و غلا من قبل نفسه حتّى صار خمرا فحكمه حكمه و اذا غلا بالنّار و لم يذهب ثلثاه و قلنا بنجاسته فيمكن القول بجواز بيعه لقبول التّطهير بالنّقص الّذى ليس استحاله انتهى

[مسأله فى حرمة المعاوضه على الأعيان المتنجّسه]

قوله (الثّامنه يحرم المعاوضه على الأعيان المتنجّسه)

من دون فرق بين المائع و الجامد الّذى لا يقبل التّطهير سواء كان مائعا و تنجّس ثمّ حمد امر أصابته النّجاسه و هو جامد و لم يكن له نفع محالّ مقصود مع النّجاسه و كما يجوز بيع المتنجّس اذا كان قابلا للتّطهير يصحّ بيعه اذا كان له حاله يثول إليها و يكون فى تلك الحاله قابله للطّهارة كالصّبيغ المتنجّس فإنّ المصبوغ يطهر بالغسل و بالجفاف و العجين اذا تنجّس فإنّه يقبل التّطهير بعد ما صار خبزا يابساً و كذا الماء النّجس لقبوله الطّهارة ثمّ إنّ المتنجّسات الّتى لا تقبل التّطهير على قسمين الأوّل ما يكون منفعتة المقصوده الّتى يبذل بإزائها المال عند العقلاء حراما كالدّبس اذا تنجّس فإنّ منفعتة المقصوده هو الأكل و المنفعه التّبادره لا- عبره بها عند العقلاء و الشّرع فى اعتبار ماليتة و هذا حرام ببيع و الثّانى ما لا يكون منفعتة المقصوده حراما لنجاسته كالكثير الجوامد من غير المأكول كالفضّه مثلا اذا تنجّس و هو مائع ثمّ حمد فإنّ المنفعه المقصوده منها حاصله بدون التّطهير مضافا الى امكان تطهير ظاهرها و هذا جائز ببيع و اختار بعض جواز بيع بعض المائعات المتنجّسه كماء الورد و الخلّ و غيرهما ممّا لا يقبل التّطهير بقبولها له بالاستهلاك عند المزج بالماء المطلق العاصم و فيه نظر واضح فإنّ صيرورتها ماء ليست من المنافع المقصوده منها

[و أمّا المستثنى من الأعيان المتقدّمه]

[يجوز المعاوضه على غير كلب الهراش فى الجملة]

قوله (و ان كان الاقوى بحسب الادله و الاحوط)

لما عرفت من أنّه الاوفق بالعمومات المتقدّمه المانعه و أمّا ما يظهر من ترتّب آثار الملك على هذه الكلاب كاجارتها و هبتها و وقفها و الوصيه بها و كونها مهرا للنّكاح و عوضا للخلع و غير ذلك ففيه أنّه لم يظهر ذلك من كلمات

القدماء بل الظاهر أنّ القول بجواز هذه التصرفات مخصوص بالقائل بجواز البيع كما في الاجاره ففي اجاره المبسوط اجاره الكلب للصيد و حراسه الزرع و الماشيه صحيحه لانه لا مانع يمنع من ذلك و لأنّ بيع هذه الكلاب يصحّ و ما صحّ بيعه صحّ استيجاره انتهى و في شرح القواعد و اذا جاز بيعها جاز الاكتساب بها و المعامله عليها و جازت اجارتها و رهانتها و اهدائها و هبتها و تربيتها الى غير ذلك ممّا يتبع ملكها ملكيتها الخ هذا مضافا الى امكان ان يق انّ المنع عن البيع بسبب النصوص الحاصره لما يجوز بيعه في الصيد لا ينافى جواز سائر التصرفات

[يجوز المعاوضه على الدهن المتنجس]

اشاره

قوله (فقد صرح جماعه بعدم اعتبار قصد الاستصباح)

منهم شارح القواعد الشيخ جعفر ره و منهم صاحب الحدائق ره و الظاهر أنّ المشهور هو القول الثاني و هو كفايه القصد و مختار المصنّف في جميع الصور عدم اعتبار الاشتراط و القصد لعدم دليل صالح على اشتراط احدهما و ذكر الاستصباح في النصوص غايه للاعلام فانّ المسلم اذا اطّلع على نجاسته اشتراه للإسراج و بيان لوجه الاستثناء من حكم العامّ و هو حرمة بيع النجاسات و المتنجسات الغير القابله للطهاره و قد حكم ببطلان البيع في خصوص ما لو كان الاستصباح من المنافع النادره للدّهن و قصد المتبايعان المنافع المحرّمه له و احتمال الصحه فيما لم يلتفتا الى المنافع اصلا و لكنّ الإنصاف البطلان في هذه الصوره و لزوم اشتراط قصد الاستصباح فيما كان من المنافع النادره و تفصيله على وجه الاجمال أنّه اذا كان الاستصباح كذلك فان قصده فلا اشكال للنصّ و ان قصد غيره من المنافع المحرّمه فلا اشكال في البطلان و كذا ان قصده مع غيره لما ذكره المصنّف فيما لو كان الاستصباح منفعه مقصوده متساويه لمنفعه الأكل المحرّم و كذا ان لم يقصد شيئا من المنافع فانّ ما ذكره أولا من أنّ مآليه الشئ ء أنّما هي باعتبار منفعه المحلّله المقصوده منه لا باعتبار مطلق الفوائد الغير الملحوظه في مآليته هو الحقّ المذى لا محيص عنه و الكلام في المقام بالنسبه الى صور المسأله يحتاج الى بسط لا يسعني الوقت

قوله المطلق المنصرف الى الفوائد المحرّمه فافهم)

توطئه لما سيذكره من امكان الصحه في صوره عدم الالتفات الى المنافع و عدم قصدها

قوله (بإزاء ثمنه هو النفع المحرّم فافهم)

توطئه لامكان القول بالبطلان بمجرد القصد

قوله وجوب الاعلام فهل يجب مط أم لا)

فى المسأله اقوال فعن العلامه فى مطاعم القواعد كما فى الشرائع و إىضاح النافع و جماعه اخرى و جوب الاعلام و جوبا

نفسياً قبل العقد او بعده و عن السِّرائر و الخلاف و الدُّروس و مجمع البرهان و جوب الاعلام شرطياً و المحكّي عن صاحب الحدائق الميل الى عدم الوجوب مط لا شرطياً و لا نفسياً و عن كشف اللثام التفصيل بين ما كان المشتري مسلماً فلا يجوز البيع بدون الاعلام و ما كان كافراً فيجوز و عن حواشى الشَّهيد أنّه فرّق بين ما يكون الكافر محترم المال و عدمه حتّى يدخل الذمّي و يخرج الحربى و ذهب جماعه منهم المصنّف ره الى وجوب الاعلام شرطياً بناء على القول باعتبار اشتراط الاستصباح او قصده و نفسياً بناء على عدمه قبل العقد او بعده و هو حسن متين لأنّ جملة من الاخبار المتقدّمة و غيرها ظاهره فى وجوب اعلام نجاسه الدّهن المتنجّس حال البيع و ادّله أصل البيع غير مقيدة باخبار المشتري و ادّله الاعلام أيضاً لا تقييد فيها بأنّه شرط فى الصّحّة و الاطلاق يقتضى الوجوب التّفسى لأنّ الوجوب الغيرى يحتاج فى افادته الى مئونه زائده فى الكلام و هو التّقييد و ليس الغرض من الاطلاق المستفاد منه الوجوب التّفسى هو اطلاق الهيئه حتّى يستشكل بأنّ مفادها معنى حرفى و ليس قابلاً للإطلاق و التّقييد بل الغرض هو التمسّك بإطلاق مجموع المادّه و الهيئه و المجموع معنى اسمى فاصاله الاطلاق فى الدّليلين يقتضى الوجوب التّفسى و أنّ الامر بالاعلام ليس لبيان اشتراط الصّحّة به بل لبيان ان لا يأكله هذا بالنّسبه الى الاعلام فى بيع الدّهن المتنجّس و امّياً فى بيع غيره من المتنجّسات من مأكول أو ملبوس او غيرهما ممّياً يباشره المشتري برطوبه فيقع فى الحرام الواقعى فالظاهر وجوب الاعلام فإنّ من باع التّجس او اعاره مع عدم الاعلام فقد اوقع المشتري الجاهل فى الحرام و استناد الفعل الى السّبب اقوى و لذا يستقرّ الضّمان عليه

مضافاً الى أخبار كثيره دالّه على حرمة تغيير الجاهل بالحكم او الموضوع فى المحرّمات و امّياً من لم يكن منه تسبب كما لو راي نجسا فى يد غيره يريد أكله فالظاهر عدم وجوب الاعلام للاصل و للاخبار التّاهيه عن امثال ذلك المحموله على الكراهه بل و كذلك لو اخذه من يده اخذ او من بيته من دون ان يكون هو الدّافع الّا فى مواضع خاصّه قد علم تعلق نظر الشّارع بوجوب حفظها على كلّ احد كالتّفس المحترمه و التصرّف فى الفروج و الأموال بغير حقّ

قوله (و فيه مع أنّ وجوب الاعلام على القول به

و مع أنّه لو كان كذلك لزم عدم الوجوب فى صوره البيع باسقاط جميع الخيارات و ما ذكره المصنّف فى الجواب من أنّ التّجاسه لا يكون عيباً الّا اذا ثبت كونها منكراً

واقعيًا وقييحا و مع ثبوت ذلك حرم اللقاء فيه مع قطع النظر عن مسئله وجوب اظهار العيب جيّد متين و قد تقدّم في المتن اثبات ذلك و أنّه لو لم يكن أكل الحرام و شربه من القبيح و لو في حقّ الجاهل لا- يكون الاحتياط مطلوبًا مع الشكّ و كذا حرمه اللقاء فيه و مع ذلك كلّ العمده في اثبات وجوب الاعلام هو التّعبد و الأخبار و لو كان الوجه كون النّجس قبيحا واقعيًا و يحرم اللقاء فيه لكان اللّازم التّفصيل بين صورته علم البائع بأنّ المشتري لا يستعمله فيما يكون مشروطًا بالطّهاره و غيرها

قوله و الاتّفاق المحكّي لكن لو سلّم الانجبار)

انّ نفس الشّهرة في الفتوى و ان كانت محقّقه كما لا تكون حجّه فكذلك لا تكون جابره لضعف الرّوايه ما لم يعلم استنادهم إليها

قوله (لإبائها في انفسها عنه و اباة المقيّد عنه)

أمّا إبائها في أنفسها فلما مرّ من أنّها على كثرتها و ورودها في مقام البيان ساكنه عن هذا القيد و قد تقرّر في محلّه أنّ تقديم القيد على المطلق أنّما هو بحسب النوع لأقوائيه ظهور القيد في التقييد من ظهور المطلق في الاطلاق و الّا فاقوائيه ظهور المطلق يبطل حكم حمل المطلق على المقيّد و أمّا اباة المقيّد عنه فلعدم تصوّر وجه لتقييده الّا القول بنجاسه دخانه و صيرورته سببا لتنجّس السيّقف و نجاسته الدّخان الاصل عدمها و نقل الاجماع على طهاره دخان الاعيان النّجسه و التعليل بتصاعد شىء من اجزاء الدّهّن مع الدّخان واضح الضّعف لعدم العلم به و لو سلّم نجاسته الدّخان لذلك فغاياته تنجّس السّقف و ذلك لا يستلزم تحريم الاسراج تحته اذ لا دليل على حرمه تنجيسه و منع المالك عن تنجيس ملكه

قوله (اقول و الرّوايه إشاره الى ما عن الرّاوندى)

و هي ضعيفه السّند و لا جابر لها لمخالفتها للمشهور بل عن مفتاح الكرامه أنّه لم يثبت صحّحه الاعتماد على الكتاب الّذى ذكرت فيه

[بقي الكلام في حكم نجس العين، من حيث أصله حلّ الانتفاع به في غير ما ثبتت حرمة، أو أصله العكس.]

قوله (أمّا آيات التّحريم و الاجتناب و الهجر فلظهورها)

فيه منع هذا الظهور و لذا قال العلّامة في التذكرة و الاعيان لا يصحّ تحريمها و اقرب مجازاتها جميع وجوه الانتفاع ه و خصوص لفظ الهجر لا يمكن هذه الدّعوى فيه اصلا فأنّه بمعنى التّبعيد و مقابله الوصل و مع اطلاق الهجر من دون تقييده بشىء لا ريب في ظهوره في التّرك و التّبعيد من جميع الوجوه و في تفسير القمّي عن الباقر (ع) بعد ذكر الخمر و الميسر و الأنصاب و الأزلّم و بيانها قال (ع) كلّ هذا بيعه و شراؤه و الانتفاع بشىء من هذا حرام من الله محرم

قوله (وَأَمَّا رِوَايَةُ تَحْفِ الْعُقُولِ فَالْمُرَادُ بِالْأَمْسَاكِ)

كَانَ فِيهَا بَعْدَ ذِكْرِ التَّنْجِيسَاتِ لِأَنَّ

ذلك كله منهى عن اكله و شربه و لبسه و ملكه و امساكه و التقلب فيه فجميع تقلبه فى ذلك حرام و آباء هذه العبارة عن الحمل على ما ذكره ره ظاهر و الاتفاق المدعى على جواز امساك نجس العين لبعض الفوائد ممنوع على اطلاقه

قوله (بظهور كلمات كثير منهم فى جواز الانتفاع)

لا- يكون الدليل مختصاً بالاجماع حتى يضرب به مخالفه البعض بل قد مرّ ظهور الآيات و الاخبار فى ذلك هذا مضافا الى منع ظهور بعض العباثر المحكيه فى المدعى و هو اصاله حلّ الانتفاع بالنجس فى غير ما ثبت حرمة فانّ منها عباره المبسوط و لا يستفاد منها ذلك بل غايه ما يستفاد منها هو عدم الخلاف فى جواز الانتفاع بها فيما ذكره و جواز الانتفاع بها فى ذلك بالاجماع و النصّ لا- ينافى كون الأصل و القاعده هو حرمة الانتفاع كما أنّ جواز بيع كلب الصّيد بالاجماع و النصّ لا ينافى اصاله حرمة البيع و النصّ فى المسأله هو روايه عبد الله بن جعفر فى قرب الاسناد عن جعفر بن محمد عن أبيه عن عليّ عليهم السلام أنّه كان لا- يرى بأساً أن يطرح فى المزارع العذره انتهى و الظاهر أنّ لفظ العذره يعمّ غير عذره الإنسان من سرجين ما لا يؤكل لحمه و خراء الكلاب و لهذا منعوا من بيع مطلق العذره تمسّكا بروايه يعقوب بن شعيب ثمن العذره سحت و منها عباره التذكره و العبارة المحكيه فى المتن نقل بالمعنى و اصالها هكذا و يحرم اقتناء الاعيان النجسه الّا لفائده كالكلب و السّرجين لتربيته الزّرع و الخمر للتّخيل انتهى و مثلها عباره القواعد و هذه أيضا لا يستفاد منها ذلك لاحتمال ان يكون المراد بالفائده فيها هى الفائده الشرعيّه و ما رخصها الشّارع و يؤيده أنّه مثّل بالكلب و السّرجين و الخمر و الظاهر أنّ استثناء الثّلاثه للنصّ امّا و ورود النصّ فى اقتناء السّرجين للتسميد و الخمر للتّخيل فواضح و امّا وروده فى اقتناء الكلب ففى موضع اخر من التذكره يجوز اقتناء كلب الصّيد و الزّرع و الماشيه و الحائط دون غيره لقوله (ع) من اتّخذ كلبا الّا كلب ماشيه او صيد او زرع نقص من اجره كلّ يوم قيراط و منها عباره المختلف فى باب الاطعمه و لا يخفى أنّ خروج شعر الخنزير للنصّ لورود اخبار كثيره فيها منها خبر برد الاسكاف و ان استدللّ العلّامه بانّ نجاسته لا يمنع الانتفاع به لما فيه من المنفعه لكن هذا الاستدلال منه بعد ورود النصّ و الّا فمن اين علم بوجود المنفعه الخاليه عن ضرر عاجل او آجل

قوله (كما يدلّ عليه وقوع السّؤال فى بعض الرّوايات عن الجصّ)

عن محمد بن الحسن

باسناده عن الحسن بن محبوب قال سألت أبا الحسن (ع) عن الجصّ يوخذ عليه بالعدره و عظام الموتى ثم يجصص به المسجد و يسجد عليه فكتب (ع) إلى بخطه أنّ الماء و النار قد طهّراه و انت ترى أنّ مورد السؤال ليس هو جواز اصل الفعل و عدمه بل مورده أنّما هو السجده عليه و سكوت الامام (ع) عن اصل جواز الفعل و عدمه لا اشعار فيه بالتقرير اصلا لما عرفت من أنّ مورد السؤال لم يكن هو جواز ايقاد العذره و لعلّ السائل كان عالما بحرمه هذا الفعل و حجّيه التقرير أنّما هي في مورد علم بجهل الفاعل او السائل للحكم المقرّر عليه فلا دلاله و لا اشعار في الروايه على جواز استعمال النجس اصلا ثم أنّ الجواب يحتمل فيه وجوه من المعنى الاول و هو الأظهر ان يكون المراد بالماء المطر الذي يصيب أرض المسجد المجصص فكأنّه كان غير مسقف و بالنار الرماد الحاصل من اجزاء العذره و العظام المختلطه بالجصّ فإنّها تظهر بالاستحاله قال في الوافي و الغرض أنّه ورد على ذلك الجصّ امران مطهّران و هما النار و الماء و لم يبق ريب في طهارته فلا يرد السؤال بأنّ النار اذا طهّرته أوّلا فكيف يحكم بتطهير الماء ثانيا اذ لا يلزم من ورود المطهّر الثاني تاثير في التطهير انتهى الثاني ان يكون المراد بالماء ما هو الممزوج بالجصّ فيكون من قبيل رشّ الماء على المظنون النجاسه الثالث ان يكون المراد بالتطهير المستند الى الماء و النار مطلق التنظيف الّا أنّ قيامه بالنار باحاله النجاسه رمادا او دخانا و قيامه بالماء بنظر العرف من حيث خلط الماء بالجصّ و لا يخفى بعد الاخيرين

قوله (و اما حمل الحرام على النجس كما في كلام بعض)

هو صاحب الحدائق و الظاهر أنّ ما ذكره هو الصواب لأنّ ما يتوهم كونه محذورا هو تلوّث البدن و الثياب بالنجس و التلوّث بغيره و لو كان قدرا عرفا ليس بحرام قطعاً

قوله (و لا يبعد جواز هبتها لعدم المانع مع وجود المقتضى)

فيه أوّلا أنّ الظاهر عموم حرمة الاكتساب بها و لا خصوصيّة للبيع لوحده المناط فيحرم الهبه و الصلح عنها و الوصيه و الصدقه بها و ثانيا أنّ النسبه بين الملكيه و المائيه عموم من وجه فقد يكون الشئ ملكا و لا يكون مالا كحبه الحنطه و الماء على الشاطى فإنّ مناط المائيه هو بذل المال بإزاء الشئ و هذان لا يبذل بإزائهما مال و قد يكون الشئ مالا و لا يكون ملكا كالكلّى قبل استقراره فى الذمه فإنّه يبذل بإزائه المال و كالأموال المباحه و الاعيان النجسه اذا كانت لها منفعه محلله بحيث يجعلها مالا لا يثمر فى جواز هبتها فإنّ الهبه تملك العين و هذه بعد تسليم مائيتها لا دليل على كونها مملوكه

قوله (و الظاهر ثبوت حق الاختصاص فى هذه الامور الناسى)

لا اشكال فى عدم ثبوته بناء على

اصاله حرمة الانتفاع بالاعيان التجسه أآ ما ثبت خروجه و اما بناء على ما اختاره المصنّف من اصاله الجواز فيمكن منع ثبوته أيضا فأنه كما ترى استدلل على ذلك بامرین الاول انّ الحيازه سبب لثبوت حق الاختصاص لقوله (ع) من سبق الى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو احقّ به كما هو المعروف او من سبق الى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له كما ذكره في الجواهر لاثبات ملك الماء باحرازه في آنيه او موضع مثل الحوض و الزوايه و ان كانت مرسله و ضعيفه لكنّ الاصحاب تلقّوها بالقبول و عملوا بها في موارد كثيره و لا- يشترط في جبر ضعف الزوايه عملهم بها في خصوص المسأله اذ يحتمل عدم التفاتهم الى انّ المسأله من مصاديق الزوايه او أنهم فهموا بحسب انظارهم لها معنى اوجب عدم تمسكهم بها فيها نعم اذا علم انّ عدم عملهم بها في خصوص المورد لوجود قرينه فيه بالخصوص مانعه عن التمسك بها لا يكون ضعفها ح مجبوره فأنه اذا كشف عدم عملهم كذلك عن ثبوت خصوصيته لا- يكون ح ملاك حجيتها موجوده فيه لما تقرّر في محلّه من انّ ملاك الجبر و حجيه الخبر الضعيف امران الاول انّ موافقته مع الظنّ بالواقع بحيث ظنّ بصدوره للظنّ بمضمونه لموافقته مع الشّهره العمليه يوجب شمول ادلّه الحجيه له لأنّ المدار في حجيه الخبر هو حصول الوثوق و الاطمينان بصدوره سواء كان الوثوق من جهه الزاوى او من جهه خارجيه كالشّهره و القياس بالاولويه الثّاني هو بناء العقلاء و هو العمده في اثبات حجيه الخبر و كلاهما غير جاريان في الصّوره المفروضه و أآ فمجرد عدم عملهم بالزوايه في مورد لا- يمنع من الجبر بعد ثبوته بعملهم بها في موارد اخرى و حصول الظنّ و الاطمينان بالصدور من اجل ذلك الثّاني استصحاب بقاء الاختصاص الذي هو قدر مشترك بين الملكيه و حقّ الاختصاص الثّابت في حال الملكيه و هذا من القسم الثّالث من استصحاب الكلّي

و الانصاف منع هذين الدليلين اما الاول فلانّ مفاد الزوايه و ما قام الاجماع عليه هو تحقّق الملك او حقّ الاختصاص بالحيازه و لا اشكال في توقّفها على قابليه المحلّ لها و القابليه لا تحرز بدليل شرعيّه الحيازه و لا بدّ من احرازها بدليل آخر لانّ دليل شرعيّه الحيازه ليس ناظرا الى بيان ما هو قابل لها و ذلك ظاهر و اما الثّاني فقد قرّرنا في محلّه المنع من استصحاب الكلّي في القسم الثّالث منه و هو ما علم وجود الكلّي في ضمن فرد خاصّ و شكّ في بقائه بعد القطع بارتفاع ذلك الخاصّ من جهه الشكّ في وجود فرد آخر سواء كان الشكّ من جهه احتمال وجوده مع الفرد المرتفع أم من جهه حدوثه حين انعدام الاول و ذلك لانّ وجود الطّبيعي و ان كان بوجود افراده أآ

انّ نسبه الى الافراد كنسبه الآباء الى الابناء لا كنسبه الأب الواحد إليهم الا اذا كان الشئ ء بوجوده الاخر بالنظر العرفي عين وجوده الاوّل بان يعدّ العرف تعدّد افراده كالواحد المستمرّ سواء كان كذلك أيضا بالدقه العقليه أم لا فانّ قضيه دليل الحجيّه من جهه اطلاقها هي ان يكون رفع اليد عمّا تيقن وجوده في السابق مع الشكّ بنظر العرف نقضا و ان لم يكن كذلك بحسب الدقه فالسواد الضّعيف المذى يترقى الى القويّ و السواد الشديّد المذى يتنزّل الى الضّعيف يجوز استصحابه بخلاف أوّل مرتبه الحمره او الكدوره المترقى الى السواد او السواد المتنزّل الى أوّل مرتبه الحمره و الكدوره فانّ المناط في بقاء الموضوع لو كان على المداقه جاز استصحاب الكدوره في المثال الاوّل و استصحاب السواد في المثال الثاني و ان كان المستصحب في زمان الشكّ في غايه المرتبه الرّاقيه او النّازله فانّ الوجود في جميع المراتب المتبدله شدّه و ضعفا شئ ء واحد شخصيّ ما دام متّصلا و لم يتخلّل في البين عدم و انتزاع الهيئات المتفاوته و الانواع المختلفه لا يضّرّ بوحده الوجود حيث أنّه واحد شخصيّ يتحرّك بهذه الحركات و اما لو كان المناط هو النّظر العرفي فالعرف يرى موضوع الكدوره و الحمره غير ما هو موضوع السواد الضّعيف بالشديّد فانّه يعدّهما امرا نقضا عرفيا بخلاف ما اذا شكّ في تبدّل السواد الضّعيف بالشديّد فانّه يعدّهما امرا واحدا فيجرى فيه الاستصحاب و لاجل هذا نمنع من استصحاب الطّلب عند ارتفاع الايجاب و الشكّ في الاستصحاب فانّهما و ان كانا فردين من الطّلب الا انّ العرف يراهما شيئين متعدّدين لا شيئا واحدا مختلف الوصف نعم اذا شكّ في تبدّل الايجاب الضّعيف بالقويّ و بالعكس او تبدّل الاستصحاب كذلك حكم ببقاء الطّلب و الظاهر انّ الملكيه و حقّ الاختصاص بنظر العرف امران متغايران سواء كانا متّصلين بالجعل أم منتزعين من التّكليف

قوله (و الخمر المحترمه لثبوت الاختصاص فيها)

المراد بالخمر المحترمه هي المتخذة للتّخليل

قوله (و الظاهر انّ مراده بغير الارث الصّالح النّاقل)

لا ظهور فيه اصلا و إرادته اليد الحادّته بعد اعراض اليد الاولى ليست بعينه و يصحّ اطلاق الانتقال عليها لانه ليس الا دخول الشئ ء في محلّ بعد كونه في محلّ اخر و عدم صحّه اطلاق النّقل عليها لا يلزم عدم صحّه اطلاق الانتقال عليها أيضا كما انّ الارث انتقال قهريّ و ليس فيه نقل و يحتمل ان يكون المراد من الانتقال بغير الارث هو بذل حقّ الاختصاص للغير فينتقل الحقّ إليه

قوله (ثمّ أنّه يشترط في الاختصاص بالحيازه)

لا وجه لهذا

الشَّروط اصلا و مرادهم فى مثل الماء و الكلاء هو اشتراط قصد الانتفاع فى قبال العبث كما ذكره قدس سرّه و اين هذا من إرادته
قصد الانتفاع من العين دون ثمنها بل الغالب فى موارد الحيازه هو قصد الحائز الانتفاع بثمن ما حازه لا بعينه كالاحتطاب مثلا

[النوع الثانى ممّا يحرم التكبّب به ما يحرم لتحرّيم ما يقصد به]

[القسم الأوّل ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاصّ إلّا الحرام]

[منها: آلات القمار بأنواعه]

قوله (فكلّ ما أعدّ لها بحيث لا يقصد منه الخ)

كقطع الأَس و الكنجفه و آلات النرد و الشطرنج و أمّا ما ليس معدّا لذلك كالجوز و البيض فهو خارج عن محلّ البحث

[منها اوانى الذهب و الفضة]

قوله (و منها اوانى الذهب و الفضة اذا قلنا)

و أمّا اذا قلنا بجواز عملها و اقتناؤها كما هو الصواب و فاقا لجماعه للأصل مضافا الى قوله تع قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ و عدم ثبوت
ما يصلح دليلا على الحرمة فى غير استعمالها فى الأكل و الشرب فان كان منفعتها الغالبه هى الأكل و الشرب حرم بيعها و ان
كانت غيرهما او كانت المنفعة المحلّله مساويه لمنفعه الاكل و الشرب جاز

[منها: الدراهم الخارجة المعموله لأجل غشّ الناس]

قوله (و هذا الكلام مطّرد فى كلّ قيد فاسد)

اي بطلان العقد و فساد المعامله مطّرد فى كلّ مقام كان القيد جزء عقليا و راجعا الى العنوان و هذا لا يكون من باب الشّروط
الفاسد حتّى يبتنى بطلان العقد على أنّ الشّروط الفاسد مفسد أم لا

[القسم الثانى ما يقصد منه المتعاملان المنفعة المحرّمه]

[فهنا مسائل ثلاث:]

[المسأله الأولى بيع العنب على أن يُعمل خمراً، و الخشب على أن يُعمل صنماً]

قوله (يطرح ظاهر كلّ بنصّ الاخر فتأمل)

إشاره الى منع كون خبر جابر نصًا فيما نحن فيه و ظاهرا في غيره عكس الصّحيحه هذا مضافا الى أنّه لو سلّم ذلك فهو من حيث أنّ ما نحن فيه هو المتيقّن من خبر جابر و ما اذا اتّفق الحمل من دون ان يؤخذ شرطا في العقد هو المتيقّن من الصّحيحه و يمكن ان يقال أنّ النصّ هو ما دلّ على معنى من دون احتمال الخلاف و تيقّن الإراده لا يجعل الكلام نصّا في المراد حتّى يكون حمل الاخر على غيره من الجمع العرفى المقبول و من باب حمل الظاهر على النصّ فدعوى وقوع التّعارض بين الخبرين قريبه جدّا

[المسأله الثانيه يحرم المعاوضه على الجاريه المغنيه، و كلّ عين مشتمله على صفه يقصد منها الحرام]

قوله (لا ما كان على وجه الدّاعى

بان كان بذل الثّمن بتمامه فى مقابل العين فأنّه لا اشكال ح فى الجواز و الصّحّه و لا يقاس بهياكل العباده و آلات القمار و اللّهُو فانّ الموصوف فيها لا ينفكّ عن الصّيفه و يعدّ المادّه و الهيئه شيئا واحدا و لا يزول عنها الصّيفه الّا بعد كسرهما و انعدامها و هذا بخلاف المقام فانّ صفه التّعنى و الكهانه و المقامرّيّه امور خارجه عن الذات و جودا و مع قطع النّظر عنها لا يكون الموصوف معدوما و ذلك ظاهر

قوله (و روايه ابى كهمش سئل رجل أبا عبد الله (ع)

و مثله روايه فضاله عن رفاعه بن موسى قال سئل ابو عبد الله (ع) و انا حاضر عن بيع العصير ممّن يخمره قال حلال ألسنا نبيع تمرنا ممّن يجعله شرابا خبيثا

قوله (الى غير ذلك

مما هو دونهما في الظهور)

منها ما عن محمد بن الحلبي قال سألت أبا عبد الله (ع) عن بيع عصير العنب ممن يجعله حراما فقال لا بأس به تبعه حلالا ليجمعه حراما و منها ما عن ابي بصير قال سألت أبا عبد الله (ع) عن ثمن العصير قبل ان يغلى لمن يبتاعه ليطبخه او يجعله خمرا قال اذا بعته قبل ان يكون خمرا و هو حلال فلا بأس و منها ما عن ابي نصر قال سألت أبا الحسن (ع) عن بيع العصير فيصير خمرا قبل أن يقبض الثمن فقال لو باع تمرته ممن يعلم أنه يجعله خمرا لم يكن بذلك بأس فاما اذا كان عصيرا فلا يباع الا بالتقدي

[المسألة الثالثة يحرم بيع العنب ممن يعمله خمرا بقصد أن يعمله]

قوله (فالاولى حمل الاخبار المانعه على الكراهه)

و هذا أيضا بعيد و ان ذهب إليه الاكثر فإن اخبار استشهاد الامام على الجواز يكون عملهم على ذلك في تمرهم ربما ينافي هذا الحمل هذا مضافا الى عدم قبول خبر جابر لهذا الحمل كما ان التزام الحرمة في بيع الخشب ممن يعمله صليبا او صنما و العمل في مسئلة بيع العنب و شبهها على الاخبار المجوزة لا يتم في اجاره البيت و السفن للخمر فإن خبر جابر الوارد في اجازة البيت قد اشتمل على حرمة الاجره و مصححه ابن اذينة الوارده في اجاره السفينة قد اشتمل على عدم البأس و احسن وجوه الجمع هو حمل الاخبار المانعه على صورته العلم بصرف عين المبيع في المحرم و الاخبار المجوزة على العلم بكون المشتري عمله ذلك من دون علم بتخميره عين المبيع بان يكون الضمير راجعا الى مطلق العصير و التمر لا الى المبيع و لو لم يقبل هذا الجمع فمقتضى القاعدة هو الجواز لتقديم اخباره على اخبار المنع من حيث كثرتها و قوه سندها و ظهور دلالتها و مع عدم الترجيح كان المرجح عمومات الصحة هذا كله مع قطع النظر عن دليل الاعانه و مع النظر إليها فالانصاف كما سيجي ء من المحقق الأردبيلي و شيخنا عدم صدقها الا اذا قلنا بان شرط الحرام حرام و الأقوى عدم حرمة و ان مقدمه الحرام ليس حراما الا اذا كان سببا يترتب عليه فعل الحرام

قوله (فقال أنه جيد في حد ذاته لو سلم من المعاوضه)

كما لا تصح إباحة الشارع ظلما او معصيه بعنوان التخصيص فكذلك الاعانه على الظلم فإنها مع تسليم كون الفعل اعانه لا يمكن تخصيصها في مورد و هي من العناوين الغير القابله للتخصيص في حد ذاتها و الصواب ان يقال ان من اخبار جواز بيع العنب ممن يعمله خمرا نستكشف أنه ليس اعانه لا أنه منها موضوعا و خرج حكما

قوله (و لقد دقق النظر حيث لم يعلق صدق الاعانه الخ)

و ما قاله هو الصواب و كذا ما ذكره من الفرق بين اعطاء السوط للظالم و بيع العنب ممن يعمله خمرا بصدق الاعانه في الأول

دون الثّانى و المصنّف و ان دقّق النّظر فى عدم الفرق بينهما من حيث أنّ كلّاً من البيع و الاعطاء اعانه على مقدّمه الحرام الّا أنّه يعترف اخيراً بالفرق من حيث الصّدق العرفى بقوله ثمّ أنّه يمكن التّفصيل فى شروط الحرام المعان عليها الخ قوله (محلّ تأمل الّا ان يريد الفحوى)

وجه التأمّل هو ما اشار إليه من أنّ محلّ الكلام فى الاعانه المحرّمه هو ما يعدّ شرطاً للمعصيه الصادره عن الغير و لا يكون فى مسئله ترك بذل الطّعام لخائف التّلف غير يصدر عنه المعصيه و ليس ترك بذل الطّعام شرطاً لتحقّق التّلف بل هو بمنزله السّبب له نعم اذا كانت الاعانه بشطر كلمه محرّمه فترك البذل الذى هو بمنزله السّبب للتّلف يكون حراماً بالاولويه القطعيّه قوله من يجبى لهم الصّدقات)

من الجبايه بمعنى الجمع و مثلها الجباوه

قوله مدفوع بأنّ ذلك فيما كان محرّماً الخ)

لا اشكال فى أنّ وجوب النّهي عن المنكر مقيد بصوره التأثير للنصوص الكثيره منها روايه مسعده قال و سمعت أبا عبد الله (ع) يقول و سئل عن الحديث الّذى جاء عن النّبى (ص) أنّ افضل الجهاد كلمه عدل عند امام جائر ما معناه قال (ع) هذا على ان يأمره بعد معرفته و هو مع ذلك يقبل منه و الّا فلا و نتيجه هذا التّقييد فى المقام بعد تسليم أنّ رفع المنكر كدفعه واجب هو كون وجوب ترك بيع العنب مجموعيّاً لأنّ وقوع المنكر يتحقّق ببيع واحد على البذل فتأثير التّرك أنّما هو فى صورته ترك الجميع نعم لو كان وجوب ترك البيع استقلالياً على كلّ احد كان البيع حراماً كذلك و ليس الغرض من كون وجوب ترك البيع مجموعيّاً هو إنشاء وجوب كذلك من الشّارع حتّى يشكل بأنّ الواجب ح ليس مقدوراً لكلّ واحد من المكلّفين بل الغرض أنّه لما كان دفع المنكر قائماً بالمجموع كان ترك البيع من كلّ واحد دفعاً للمنكر فى صورته عدم قيام اخر بالبيع

قوله (كما لا يخفى لكن فى الدّلاله تأمل)

لا- اشكال فى أنّ النّهي فى باب المعاملات لو تعلّق بآثار المعامله كالتّصرف فى الثّمن و المثلث يقتضى الفساد عقلاً فإنّ حرمة الآثار مترتبه على فساد المعامله و حرمتها و حرمة الثّمن و قوله ثمن العذره سحت مثلاً لا يجتمع مع صحّه المعامله و لو حصل الملكيه لما كان وجه لحرمة الثّمن فهذا النّهي بالالتزام يدلّ على عدم حصول الملكيه بهذه المعامله و هذا الاخفاء فيه و كذلك لا اشكال فى أنّه لو تعلّق بما هو خارج عن المعامله كالاعانه على الاثم لا يقتضى الفساد فإنّ المنهى عنه امر خارج عن المعامله و هو ايجاد الالفاظ بقصد توصل الغير بها الى المحرّم و المصنّف ره بعد ما ذكر أنّ الحرمة فى المقام لا يقتضى الفساد لتعلّق النّهي بامر خارج

احتمل الفساد من اجل روايه التحف بناء على أنّها مسوقه لبيان الفساد لأنّها لمّا كانت فى مقام تقسيم معايش العباد فلا بدّ من ان يكون المراد من الكسب فيها هو المال المكتسب لا- اصل الاكتساب و يكون الغرض بيان ما يكون من اقسام المال حلالا و ما يكون حراما و سيصرّح المصنّف بظهور الرّوايه فى بيان المكاسب الصّحيحه و الفاسده و قد عرفت أنّه لو كان متعلّق الحرمة هو المال فهى تدلّ على الفساد و لكن يدفع هذا الاحتمال امور الاول أنّ كون الرّوايه فى مقام تقسيم المعاش لا دلالة فيه و لا قرينه على ان يكون المراد من الكسب فيها هو المال المكتسب و الظاهر أنّها فى مقام بيان اصول الاكتساب و وجوه المعاش لا فى بيان ما هو حلال من المال و ما هو حرام منه حتّى يكون الحرمة فيها متعلّقه بالاثر الثّانى أنّه لو سلّم كون الرّوايه مسوقه لبيان الفساد لا- دلالة فيها على فساد ما كان النّهى لاجل كون البيع اعانه على الاثم فإنّ قوله (ع) و كلّ بيع ملهوّ به و كلّ منهى عنه لا يشمل ما كان النّهى متعلّقا بالبيع فإنّ المراد من الجملتين هو المبيع و ما تعلّق به البيع و بيع العنب للتخمير ليس نفس المبيع فيه حراما الثّالث لو سلّم شمولها للبيع المنهى عنه بضرب من التّأويل فالمتيقّن هو إرادته البيع الذى تعلّق به النّهى بالذّات و اما شمولها للبيع المنهى عنه بوصف خارج عن المعامله متّحد معها غير معلوم الرّابع ما ذكره بعض السّاده الاعاظم من أنّه لا يمكن الأخذ بظواهرها حيث أنّه يستلزم الحكم ببطلان كلّ معامله محرّمه من أى وجه كان و لا يمكن الالتزام به و دعوى الالتزام بالتخصيص كما ترى

قوله (و لو تمّت لثبت الفساد مع قصد المشتري)

هذه جمله مستقلّه و لا مدخلية لها فى دلالة روايه التحف على الفساد و عدمها و الظاهر أنّ ذكرها لمجرّد التّنبيه على أنّ القائل بحرمة الشّراء بقصد التّخمير لا- بدّ ان يلتزم بفساد المعامله من الطرفين بناء على تمامية الدّلاله و الّا فقد عرفت فيما مرّ منه فى الكتاب ان لا دليل على فساد الشّراء فإنّ الحكم بحرمة الاتيان بشرط الحرام توصّلا إليه قد يمنع و مقدّمه الحرام ليست محرّمه و لا يدخل فى عنوان التجزى للزوم التسلسل و لا الاعانه على الاثم لانحصار موردها باعانه الغير

[القسم الثالث ما يحرم لتحرير ما يقصد منه شأنًا]

قوله ع (انتم اليوم بمنزله اصحاب)

يحتمل ان يكون المخاطب بانتم مجموع أهل الحقّ و أهل الشّام و يكون الغرض تنزيلهم بمنزله اصحاب رسول الله (ص) فى أنّهم و ان لم يكونوا متوافقين فى الواقع و كان فيهم جماعه من اهل التّفاق و المعاداه و لكنّهم كانوا جميعا فى الظّاهر متعاضدين و اخوه مسلمين و اشدّاء على الكفّار أوّداء متوافقين و يحتمل ان يكون المخاطب خصوص اهل الحقّ و يكون الغرض تنزيلهم بمنزله الباقيين على صحبه رسول الله (ص) و دينه بعد وفاته و اما المخاطب بأنكم فى هدنه اى سكون من الفتنه فهو خصوص أهل الحقّ

قوله

كالمجنّ و الدّرع و المغفر)

جنّ بالبناء على المفعول و اجنّ استتر و الجنّه بضمّ الجيم السّتره و الجمع جنن بضمّ الجيم و النّون و المجنّ و المجنّه بكسر الميم و فتح الجيم و النّون كلّ ما وقى من السيّاح و الدّرع معروف و الغفاره بكسر الغين و المغفر و المغفره قسم من الدّرع يلبسه المحارب تحت القلنسوه و فى القاموس الكنّ بالكسر و قاء كلّ شىء و ستره كالكنّه و الكنان بكسرهما و البيت جمع اكنان و اكنّه و كنه كنيّا و كنونا و اكنّه ستره و فى الصّيحاح الكنّ السّتره و الجمع اكنان قال تع وَ جَعَلْ لَكُمْ مِنَ الْجِبَالِ أَكْنَانًا و الأكنّه الاغطيه

قوله (فلا دلالة لها على المطلوب)

مضافا الى أنّ الرّاوى و هو محمّد بن قيس مشترك بين الثّقه و غيره

قوله (و هذا غير مقصود فيما نحن فيه)

فإنّ المقصود فى المقام هو ما يكون الطّرف الاخر مهدور الدّم

قوله (فلعلّه يشمل ذلك و فيه تأمل)

لامكان ان يراد من الحقّ الدّين و من الباطل الكفر و فيه أنّه لا ينحصر وجه الاستفاده من هذه الرّوايه بذلك فإنّ قوله (ع) أو شىء يكون فيه وجه من وجوه الفساد يشمل ذلك كما أنّ الظّاهر من الاخبار المذكوره بملاحظه فهم المناط منها هو استفاده التعدّى من موردها

قوله (ثمّ النّهى فى هذه الاخبار لا يدلّ على الفساد)

و اختار جماعه دلالة اخبار المسأله على الفساد مع قطع النّظر عن روايه التّحرف بوجوه متقاربه يرجع كلّها الى أنّ النّهى متعلّق بنفس المعامله فمضافا الى الحرمة يستفاد منه المانع منه فعن شرح الارشاد للاردبيلي ره و الظّاهر أنّه على تقدير التّحريم لو بيع لم يصحّ البيع لما تقدّم و لأنّ الظّاهر أنّ الغرض عن النّهى هنا عدم التّمليك و عدم صلاحية المبيع لكونه مبيعا لا مجرد الاثم فكانّ المبيع لا يصلح لكونه مبيعا لهم كما فى بيع الغرر انتهى و فى المسالك لو باع هل يصحّ و يملك الثّمّن أم يبطل قولان اظهرهما الثّانى لرجوع النّهى الى نفس العوض انتهى و عن بعض اخر اختيار البطلان لأنّ النّهى راجع الى احد المتعاقدين قال و الّا فالعوض من حيث هو صالح للنّقل انتهى و التّحقيق عدم دلالة الاخبار فى المقام على الفساد لما عرفت من أنّ النّهى راجع الى امر خارج و لو سلّم تعلق النّهى بنفس المعامله فالظّاهر عدم الفساد أيضا و توضيح الحال أنّ النّهى المتعلّق بالمعامله يتصوّر على وجوه الاوّل ان يكون النّهى متعلّقا بالسّيب و ان شئت قلت بوجهه الانشاء و هذا على قسمين الاوّل ان يكون جهه الحرمة دخول السّيب تحت احد العناوين المحرّمه كالاغانه على الاثم و تقويه الكفر فإنّ حرمة المعامله فى هذا القسم ليس من حيث أنّ العقد آله لايجاد الملكيه بان يكون هذه

الحيثية بما هي هي جهة للحرمة بل من حيث انطباق وصف خارج محرّم عليه الثّاني ان يكون جهة الحرمة مزاحمه وقوع العقد لواجب مضيق او اهمّ كالبيع وقت النّداء الثّاني ان يكون النّهي متعلّقاً بمضمون المعامله بما هو فعل بالتسبب بان يكون النّهي عن نفس المسبّب و يكون الفعل منهياً غيرياً لانه مقدّمه سببياً و مولده للمسبّب و هذا أيضاً على قسمين الأوّل ان يكون جهة الحرمة عدم كون احد العوضين مالا و لا حقاً و عدم مالئته امّا عرفاً كالحشرات او لسلب الشّارع جهة مالئته كالخمر و الخنزير الثّاني ان يكون جهة الحرمة مبعوضيه ايجاد المسبّب و المضمون عند الشّارع كالنّهي عن بيع المصحف للكافر و كتحريم الظّهار فانّ نفس الايجاب و القبول في الأوّل و الايقاع في الثّاني ليس بذاته حراما بل لكونه سببا لتملك الكافر المصحف و لحرمة وطى الزّوجه

لا يقال انّ النّهي عن المضمون و المسبّب غير مقدور و لا بدّ في متعلّق النّهي ان يكون مقدورا للعبد حتّى يصير النّهي زاجرا له عن الاتيان به

فانه يقال المقدور بالواسطة مقدور و التمكن المعتبر في المتعلّق هو كون الفعل مقدورا و لو بها و هذا المقدار كاف في تحقّق الشّروط في الامر بالمسبّبات و في المقام لَمّا كان المكلف متمكّنا من ايجاد السبب بحيث له ان يفعله و يأتي به او يتركه فهو بمنزله تمكّنه من المسبّب و ايجاده بايجاد سببه و تركه بتركه ثمّ ان جعل الحرمة في هذا القسم متعلّقاً بالمسبّب اولى من جعله متعلّقاً بالمنشأ لوضوح انّ المنشأ لا ينفكّ عن الانشاء في جميع الموارد و الاقسام سواء وقع صحيحا أم فاسدا بمعنى انّ الشّارع المذموم يكون جعل اعتبار المسبّب بيده امضى هذا الاعتبار او ألغاه و ما هو من الامور الاعتباريه و يمكن ان يقال فيه مع النّهي بالفساد لانه يسقط عن الاعتبار بالغاء من بيده اعتباره و يخرج عن سلطنه المالك و لا يقدر على ايجاده مع النّهي انما هو المسبّب لا المنشأ الثالث ان يكون النّهي متعلّقاً بالتسبّب و ان لم يكن السبب بما هو فعل من الافعال و لا المضمون و المسبّب بما هو فعل اختياري محرّما فلو اوجد السبب من غير قصد الى حصول مضمونه او اوجد المسبّب بغير هذا السبب كالبهه مثلا فيما كان البيع ممنوعا لم يكن محرّما و يكون المنهى عنه في الحقيقه قصد ترتّب المسبّب على هذا السبب الخاصّ كالنّهي عن العقد الفارسي بقصد ترتّب الملكيه عليه بحيث كان ايجاد العقد الفارسي من حيث انه فعل غير محرّم و كذلك حصول الملكيه و لكن حصولها من هذا السبب حرام و لو حصلت من غيره لم يكن حراما و كالنّهي عن البيع وقت النّداء بناء على عدم كون حرمة من جهة مضادته لواجب بل لكونه متعلّقاً للنّهي الاصلّي الدالّ على انّ قصد حصول التملك بالبيع يكون محرّما في هذا الوقت و كحرمة الظّهار بناء على انّ النّهي ليس متعلّقاً بالمضمون بان يقال انّ ايقاع الظّهار بما هو فعل غير محرّم و كذلك

وطى الزوجه بما هو مسبب كما فى الطلاق و اما الحرام حصوله من الظهار الرابع ان يكون النهى متعلقا بترتيب الآثار بحيث لو لا فساد المعامله لما كان للنهى موقع كالتهى فى بيع عن اكل الثمن او المثلن

اذا عرفت هذه الصور فاعلم ان فى غير الصوره الاخيره لا يقتضى النهى بذاته الفساد بناء على اقتضاء النهى الحرمة الذاتيه لعدم الملازمه فى باب المعاملات لغه و لا عرفا بين حرمتها و فسادها اما فى الصوره الاولى فعدم الاقتضاء فى القسم الاول منها واضح و اميا فى القسم الثانى فلان المعصيه تجماع ترتب الاثر كما نشاهد فى النهى عن الاسباب العقلية بالنسبه الى آثارها العقلية و الشرعيه كالتهى عن الخمر فانه لا- يوجب عدم ترتب آثاره لو شربه من السكر و الحد و الفسق و لا مانع من ان يكون ايجاد السبب بما هو فعل من الأفعال حراما ذاتا و لكنّه اذا اتى به اثر أثره و يكون التلفظ بالايجاب و القبول وقت النداء حراما مثلا مثل شرب الخمر لمكان تراحمه مع واجب و لكنّه اذا تلفظ بهما و اتى بما هو المعتبر فيهما كان موجبا للنقل و الانتقال فان غايه مدلول النهى هو كون العقد حراما ذاتا و ذلك لا ينافى الصحه و ترتب الأثر و اما فى الصوره الثانيه ففى القسم الاول يقتضى الفساد بلا اشكال لان قوام المعامله بثبوت العوضين و البيع بلا ثمن او الشراء بلا مثلن لا معنى له ففى الحقيقه هذا القسم راجع الى الصوره الرابعه و اما القسم الثانى فلا ملازمه أيضا بين كون المسبب حراما و عدم الصحه و لا مانع من ان يكون ايجاده منهيًا عنه تكليفا و مع ذلك لو أتى بسببه ترتب عليه و ذلك من دون فرق بين كون الاسباب فى باب المعاملات اسبابا عقليه او أنها مخترعات شرعيه تابعه لمصالح خفيه

لا- يقال نعم على تقدير كون الاسباب الناقله من المؤثرات الواقعيه التى اطلع الشارع عليها و كشفها لنا من دون تصرف زائد فالامر كما ذكرت لمعلوماته ان الآثار الذاتيه لا- تنفك عن اسبابها و لو تعلق بها النهى و اما على تقدير كونها من المجعولات الشرعيه فمع تعلق النهى بمضمون المعامله و كونه مبغوضا عند الشارع فبعيد فى الغايه ان يوضع له السبب فالملازمه ثابتة عرفا و ان لم تكن لغه و لا عقلا

فانه يقال هذا الاستبعاد فى غير محلّه فان مفاد النهى لغه و عرفا ليس الا الحكم التكليفي و لا يجتمع المصلحه و المفسده فى شىء واحد و يصح اجتماع المعصيه مع ترتب الأثر لجواز ان تكون المفسده المقتضيه للحكم التكليفي حاصله من جهه خارجيه لا من مفسده فى ترتب المسبب و المضمون على السبب فعلى كلا- الوجهين لا- تلازم بين الحرمة التكليفيه و الفساد الوضعي و يمكن ان يكون السبب مؤثرا ابدا بالذات او بالجعل و يكون ايجاد المسبب مبغوضا لدى

الشّارع و يستظهر ذلك من جواز تصريحه بأنّ الايقاع يؤثّر ابدا و لا توقعه في الظّهار لمبغوضيّه ترك وطى الزّوجه مع أنّه لو اوقعت تقتضى المصلحه حرمه وطيها هذا مضافا الى ما قيل من أنّ النهى الحقيقى عن معامله كالأمر بها لا يصحّ الا اذا كانت مؤثّره لاشتراط القدره في التّكليف و جعل متعلّق النهى هي المسبّبات العرفيه و هي ممّا توجد عند تحقّق أسبابها فهي بعد نهى الشّارع باقيه على صفه المقدوريّه كلام خال عن التّحصيل

لا يقال من المسلم أنّ مقدّمه الحرام اذا كانت على وجه لو أتى بها لما كاد أن ينفك عنها وجود ذى المقدّمه كالافعال التّسبيبيه كانت محرّمه كذبيها لانيّ المفروض كونها علّه تامّه أو جزء اخيرا لها في تحقّقه بحيث يرتفع مع وجودها الاختيار ففي المقام لو كان وجود السّبب غير منفكّ عن وجود المسبّب فهو أيضا محرّم من باب المقدّمه و تكون المقدّمه مع ذبيها محرّمتين و مع هذا هل يمكن القول بالصّحّه

فأنّه يقال الامر كما ذكرت من أنّ السّبب أيضا لكونه مقدّمه حرام و لكن مع ذلك لا يقتضى النهى الفساد لما عرفت من أنّ غايه مدلول النهى هي الحرمة الذاتيه و هي تجتمع مع ترتّب الاثر ثبوتا فكما أنّه لو نهى عن الاحراق المستلزم للنهى عن ايجاد النّار و اوجد النّار المنهية عنه لم يتخلّف عنه الاحراق فليكن المسبّبات التشريعيّه أيضا كذلك و أمّا في الصّوره الثالثه و هي النهى عن التّوصل الى المسبّب بهذا السّبب الخاصّ فعدم الاقتضاء أيضا لجواز اجتماع النهى مع ترتّب الاثر و للمولى ان يحكم بالحرمة و يترتّب الأثر من دون تناقض في ذلك و دعوى استلزام ذلك لاجتماع المصلحه و المفسده في مورد واحد لاستلزام الحرمة المفسده و استلزام الصّحّه المصلحه مدفوعه بأنّ المصلحه في تأثير هذا السّبب مع وجوده و المفسده في التّوصل به و هل المصلحه الا في ترتّب الأثر على هذا السّبب و المفسده في التّسبب به و جعله وسيله الى هذا الأثر و بعبارة اخرى المفسده قائمه بالنّسبه الى الحكم التّكليفي و المصلحه مترتبه على الحكم الوضعيّ فاين اجتماعهما مضافا الى ما مرّ من أنّ اعتبار القدره في متعلّق النهى يوجب الصّحّه فأنّه لو لم يؤثّر العقد الفارسى اذا قصد ترتّب الملكيه مثلا عليه و كذلك الظّهار لما تعلّق به النهى فإنّ التّسبب لو لم يكن مقدورا له و غير حاصل له لما امكن ان يتعلّق به النهى و أمّا في الصّوره الرّابعه فلا اشكال في اقتضاء النهى فيها للفساد لدلاله ذلك النهى بالالتزام على عدم حصول الملكيه بهذه المعامله و أنّه لو كان العقد صحيحا لما كان وجه لحرمة الآثار المطلوبه منه هذا كلّه لو قلنا بدلاله النهى على الحرمة في باب المعاملات و لكنّ الظاهر كما افاده جمع من الاساتيد أنّ النهى في المعامله بالمعنى الاخصّ اذا كان متعلّقا بها من حيث هي معامله يستفاد منه الفساد عرفا لظهوره في الطّلب الارشاديّ فإنّ الغرض الاصلى في المعاملات بيان الصّحّه و الفساد و حال النهى فيها حال النهى الصّادر عن الطّيب بالنّسبه الى

المريض في الارشاد الى ما يتعلّق بدفع مرضه نظير التّواهي الصّادره من الشّارع المتعلّقه بالعبادات حيث أنّها ارشاد الى المانعيه كالتكتّف و الضّحك و الكلام و الاستدبار و نحوها و كذلك الاوامر المتعلّقه باجزاء العبادات و شرائطها المسوقه لبيان الجزئيه و الشّروطيه من دون دلالتها على ايجابها و استحبابها فانّها للطلب الارشادي من دون افاده حكم مولويّ في تلك الخطابات هذا مضافا الى أنّه لا اشكال في أنّ امر الشّارع بمعامله يكون ظاهرا في الارشاد الى صحّتها معلومته أنّه لم يامر على سبيل الالتزام او التّدب بايجاد المعامله من البيع و الصّيلح و نحوهما و يكون معنى امره بمعامله نظير امره بالوفاء بالتّذر و قوله المؤمنون عند شروطهم فانه لا يمكن ان يكون المراد من الاوّل الاّ تحقّق التّذر و حصول مضمونه و لا من الثّاني الاّ انّ ما شرطه المؤمن على نفسه انعقد و تحقّق و اذا تحقّق التّذر و الالتزام فالحاكم في باب الاطاعه يحكم بلزوم الاتيان بالمنذور و ما التزم به فالامر بالمعامله أيضا يكون عباره عن صحّتها و تحقّق مضمونها و اذا تحقّق السّبب و المضمون فالعقل يحكم بوجود ردّ مال الغير بالنسبه الى كلّ من البائع و المشتري بل بعض الاوامر المتعلّقه بالمعاملات كالأمر بالوفاء بالعقد يكون مثل الامر بالوفاء بالتّذر في أنّه لا يمكن ان يكون الامر للطلب الحقيقي فليحمل بقرينه المقابله نهيه أيضا على ذلك و يكون المراد من نهيه عدم ترتّب الاثر على هذه المعامله و هو عين الفساد فاقْتضاء الفساد في العقود و الايقاعات يكون من هذه الجهه لا من جهه دلالة النّهي على الحرمة و المبعوضيه و امّا في المعامله بالمعنى الاعمّ المقابل للعباده فالمعول هو ملاحظه القرائن في خصوص المقامات و مع عدمها فلا محيص عن الاخذ بما يكون النّهي ظاهرا فيه و هو الحرمة و قد عرفت أنّها غير مستتبعه للفساد لا لغه و لا عقلا و لا عرفا

فان قلت المشهور بين الاعلام و ما يظهر من كلماتهم هو ارجاع قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و نظائره الى الحكم التّكليفى و هو وجوب الوفاء بالآثار المطلوبه من العقود المترتبه عليها و ما وجه العدول عن هذا المعنى الى ما اشترتم إليه من الارشاد الى الصّحه

قلت انّ الوفاء لا يكون بمعناه اللّغوى و العرفى حقيقه الاّ في الامور الاختياريّه و امّا في الامور القهريّه الخارجه عن الاختيار بحيث يستحيل انفكاكها عن اسبابها فلا معنى للوفاء بها و لا يصحّ الأمر بالوفاء فيها و أنّما يصحّ الامر بالوفاء بمعناه الحقيقي في البيعه و العهد و الوعد لانه فيها اختياريّ و يمكن بعد وقوعها الوفاء بها و عدمه و لا يمكن إرادته الوفاء بهذا المعنى في مثل قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم و قوله ف بنذرك فانّ ما وجد بانشاء العقد و صدر من العاقد هو التّملك و التملّك او ثبوت المنذور على التّاذر و كلّ واحد منهما ممّا لا يكاد ان يتعلّق به قدره و الاختيار فانّ العله لحصول الملكيه و لثبوت ما جاء من قبل التّاذر عليه امّا وجدت أم لا و على الاوّل فهما متحقّقان

حاصلان و يلزم من الأمر بالوفاء بهما تحصيل الحاصل و على الثّانى يلزم التّكليف بغير المقدور و اذا تعذّر المعنى الحقيقي فلا بدّ من تصرّف يصحّ معه الأمر بالوفاء و المشهور زعموا أنّ الوفاء متعلّق بالآثار الثّابتة للعقود بعد تحقّق مضمونها و يكون المراد من هذا الحكم التّكليفى و جوب الوفاء بآثار العقد من تسليم المبيع الى المشتري و الثّمن الى البائع و هما فعل اختياريّ يمكن للعاقده تسليمه و عدمه و يكون التّسليم و فاء بالعقد و عدمه عدم الوفاء كما عرفت فى الوعد و اخويه و يكون الآيه عندهم نظير لا يحلّ مال امرئ مسلم الاّ عن طيب نفسه و هذا يدفع المحذور المذكور و لكنّه موجب للوقوع فى محذور اخر و هو ارتكاب الاضمار و هو مضافا الى أنّه مخالف للاصل لا يمكن ان يكون مقصودا لأنّ المضمّر و ما يقدر متعلّقا للوفاء ليس من مقتضيات العقد فانّ اثر العقد و مقتضاه هو حصول الملكيه لا تسليم المبيع و الثّمن لعدم صدور ذلك عن العاقده و ما هو الواقع من قبل انشاءه و الصّادر عنه بعقده هو كون المال له بالعوض و بعد تحقّق مضمون العقد و صيروره المبيع ملكا للمشتري و الثّمن ملكا للبائع يكون وجوب التّسليم من مقتضيات حرمة التصرّف فى مال الغير لا- من مقتضيات العقد فالوجه ما عرفت من أنّ الآيه الشّريفه سيقت لبيان الامضاء و تكون فى مقام جعل الصّحّه للعقود بان يكون المراد هو إنشاء الطّلب الايجابى بالوفاء بالعقد كما هو الظّاهر منها و لكنّ الدّاعى الى إنشاء هذا الطّلب هو الارشاد الى تحقّق مضمون العقد فيكون ايجاب الوفاء بالعقود كناية عن صحّتها و تحقّق مضمونها بمعنى أنّ ما قصد من العقد صار متحقّقا و يكون صحيحا شرعا يترتب عليه ماله من الآثار الدّائيه و المجموعه و بالجملة العمل و الوفاء بمقتضى العقد خارج عن قدره المكلف لأنّ العقد اما وقع مؤثرا حين وقوعه أم لا و الحكم بانّه يجب ترتيب الآثار عليه غير وجيه فانّ حرمة التصرّف فى مال الغير لا ربط له بمقتضى العقد و لا يكون اوف بالعقد الاّ من قبيل اوف بالتّذر الّذى معناه أنّ ما وقع نذر و ممضى و مجعول و ليس معناه أنّه يجب ان يعطى الصّيدقه المنذوره لمستحقّها و بالقياس الى ما ذكر يعرف المقصود من قوله تع احلّ الله البيع و حرّم الرّبا و قوله لا- تبع بيع المنابذه فانّ المراد من الاوّل هو امضاء البيع و نفوذه و تحقّق مضمونه و من الأخير خلافه

فان قلت أنّ محذور الاضمار و ان اندفع بجعل ايجاب الوفاء بالعقد كناية عمّا ذكر و لكن اصل الاشكال باق و هو كون متعلّق الوفاء امرا غير مقدور

قلت اشتراط قدره و الاختيار فى متعلّق الاوامر و النّواهي يختصّ بما كان الدّاعى الى الانشاء البعث و الزّجر حقيقه حيث أنّه لا يكاد يحصل البعث فى نفس المكلف او الزّجر الاّ فى الامور الاختياريّه و أمّا اذا كان إنشاء الطّلب بغير داعى البعث و التّحريك فليس ذلك شرطا فيه كما فى إنشاء الطّلب تعجيزا او سخرّيّه فانّه من الطّلب حقيقه مع أنّ

متعلّقه غير مقدور ففي المقام أيضا كذلك فإنّ تحقّق مضمون العقد و ان كان خارجا عن اختيار المكلّف و لكنّه يصحّ تعلق الطلب به ارشادا و لا يلزم ان يكون متعلّق الوفاء مقدورا لما عرفت من أنّ الدّاعي الى إنشاء هذا الطلب الايجابي هو الارشاد الى تحقّق ما قصد من السبب الكذائي فيكون متعلّق الوفاء هو نفس العقود لا الآثار و يكون المراد من طلب الوفاء بها هو نفوذ تلك العقود و تحقّق مضمونها

فان قلت استعمال الصّيغه في الارشاد و في غير معناها الحقيقي اى الحرمة يوجب كونه مجازا و انتم دفعتم محذور الاضمار و وقعتم في محذور التجوّز

قلت الاصحّ أنّ صيغه الطلب من الامر و النهي موضوعه للانشاء البعثى الايقاعى الّذى هو من مقوله الفعل و هى مستعمله فى جميع الموارد فى إنشاء الطلب البعثى و لو كان الدّاعي إليه غير البعث و التّحريك من الارشاد و التّحكّم و الانذار و نحوها و لا يوجب اختلاف الدّواعى تعدّد المعنى و استعمال الصّيغه فى غير إنشاء الطلب فلو دعى الارشاد او التّحقير و التّعجيز او غيرها من المعانى إنشاء الطلب فهو كما لو دعى الطلب التّفسانى فى أنّ الصّيغه مستعمله فى إنشاء الطلب فالموضوع له و المستعمل فيه فى جميع الموارد معنى واحد و اختلاف الدّواعى لا يوجب كثره الوضع او تعدّد المعنى خصوصا فيما هو محلّ الكلام الّذى هو من باب الكنايه و لا اشكال فى أنّ اللفظ فيها مستعمل فيما وضع له و النّجاه و ان عدوّا للصّيغه معانى متعدّده و لكنّ الظاهر أنّها غفله صدرت من جهه اشتباه المصداق بالمفهوم و كذا الكلام فى لفظ الامر و النهي و الالفاظ الموضوعه بمادّتها او هيئتها للاستفهام و التّمنى و التّرجى

فان قلت قد ذكرتم أنّ بعض الاوامر المتعلّقه بالمعاملات مثل الأمر بالوفاء بالعقد لا يكون ألبان الوضع و بعضها الاخر كالأمر المتعلّق بنفس العقد من البيع او الاجاره مثلا و ان امكن ان يكون للطلب الحقيقى لكنّه ظاهر فى الارشاد لمعلوميّه أنّ الشّارع لم يأمر على سبيل الاّزام او التّدب فى باب المعاملات و على هذا فالغرض من كلا نحوى الامر شىء واحد و هو بيان جعل الصّحّه و تحقّق المضمون و لو كان الامر كذلك فما الوجه فى اختلاف التّعبير عن بيان هذا الحكم الوضعى بقوله بع بيع كذا تاره و بقوله اوف بالعقد اخرى

قلت أنّ اختلاف الانشاء أنّما هو من جهه فرض تحقّق السبب تاره و عدم تحقّقه اخرى و لا يكاد يصحّ الانشاء بقوله بع مع فرض تحقّق السبب كما لا يخفى فاختلفت الموارد اقتضت اختلاف الإنشاءات بحيث لا يصحّ التّعبير باحدهما فى مورد الاخر

و بالجمله فالنّهى فى باب المعامله بالمعنى الاخصّ ظاهر فى الارشاد الى المانعيه او الفساد

بقرينه ظهور الامر فى الارشاد الى الصّحّه

و مع ذلك كلّه ففى بعض المقامات بملاحظه القرائن الخاصّه يمنع عن هذا الظهور و يكون حاله حال المعامله بالمعنى الأعمّ من حمل النهى على ظاهره من الطلب التحريمى و قد عرفت أنّه لا يقتضى الفساد و من جملتها ما هو محلّ الكلام فإنّ ظاهر الأخبار و كلمات الاصحاب كون البيع فى المقام مبعوضا و محرّما و عليه فلا يكون النهى فيها للارشاد الى الفساد و ما ذهب إليه المحقّق الاردبيلى قدّس سرّه من استفاده الارشاد مضافا الى التّحريم و الاثم فيه أوّلا أنّ استعمال الصّيغه فى الطلب المولوى و الارشادى كليهما يكون نحو استعمال اللفظ فى معنيين محالا

فان قيل قد ذكرتم أنّ الصّيغه مستعمله فى جميع الموارد فى إنشاء الطلب البعثى و اختلاف الدّواعى لا يوجب تعدّد المعنى و عليه فالمستعمل فيه فى هذه الاخبار هو طلب التّرك و الارشاد و المبعوضيه يكونان من الدّاعى لا المستعمل فيه

قيل لا نضائق من اجتماع جهتين او ازيد فى مقام الداعويّه و لكنّا نمنع فى خصوص الطلب المولوى و الارشادى امكان اجتماع جهتيهما و ان لم يكونا من المستعمل فيه فإنّ الأوّل من الطلب النفسى و الثّانى من الطلب الغيرى فى الحقيقه و كيف يمكن اجتماع النفسيه و الغيريه و لو فى مقام الداعويّه و ثانيا أنّه لو سلّم امكان ذلك ثبوتا فلا بدّ من دلالة عليه اثباتا و المسلّم فى المقام هو ظهور الصّيغه فى التّحريم و لا جهه تقتضى افادتها الارشاد الى الفساد من قرينه عامّه او خاصّه نعم مقتضى الاصل فى صوره الشّكّ فى الدّلاله على الفساد اصاله الفساد و عدم ترتّب الأثر و لكنّه كلام اخر فتفطن

[النوع الثالث ممّا يحرم الاكتساب به ما لا منفعه فيه محلّه]

قوله (النوع الثالث ممّا يحرم الاكتساب به ما لا منفعه فيه محلّه)

الأنسب ذكر هذا النوع فى باب شروط صحّحه البيع و فى عداد ما يوجب فساده كما صنعه الشّهيد فى اللّمعه و لا فرق بين اشتراط وجود منفعه محلّه معتدّ بها عند العقلاء و سائر شروط الصّحّه ككون المبيع مالا للبائع و قد اشار به الى هذا بقوله و التّحريم فى هذا القسم ليس الا من حيث فساد المعامله و عدم تملك الثّمن

قوله (لأنّ المصلحه المقصوده منه و هو حفظ المتاع نادر)

و هذا هو المشهور و روى مسمع عن ابى عبد الله (ع) قال إنّ رسول الله (ص) نهى القردان يشترى و ان يباع و عن جماعه جواز بيعه و شرائه كصاحب مجمع البرهان و الكفايه و الرياض و الجواهر مجيبا عن الرّوايه بالضعف و التّنزيل على حال عدم الانتفاع المعتدّ به او المحرّم كاللّعب به و المعتمد هو القول الأوّل

قوله (و اخرى الى قلته كجزء يسير من المال)

او كثرته كالماء على الشّاطى و الثلج فى الشّتاء فانه كالجزم اليسير من المال يكون ملكا و لا يكون مالا لعدم منفعه معتدّ بها له

بحیث یقابل عرفا بمال

قولہ (خلافاً)

للتذكركه فلم يوجب شيئاً)

و اختار عدم الضمان في صورته التلف كالقيمي و لا وجه لتضعيفه بان اللّازم ح عدم الغرامه فيما لو غصب صبره تدريجا لما ذكره من انه يمكن ان يلتزم فيه بما لا- يلتزم في القيمي فكما ان في القيمي يفرق بين القليل في حد ذاته و في ضمن الكثير و يلتزم بالضمان اذا بلغ حد المائيه فكذلك في المثلي يلتزم بعدم الضمان اذا كان قليلا و لم يبلغ حد المائيه لعدم الفائده في توجيه الخطاب برّد المثل و بالضمان اذا بلغ ذلك الحد و فرق المصنّف فيما يملك و ليس بمال لقلته بين المثلي و غيره و اختار الضمان في الأوّل دون الثاني و لعل وجهه هو انّ الثابت في مقام البدليه هو المثل في الأوّل و ذلك ممكن و اما القيمي فالثابت هو القيمه و القليل التالف لا- قيمه له فلا- يمكن الحكم بالضمان لكنّ القول بثبوت الضمان في القيمي أيضا لا- يخلو عن قوه لعموم ادله الضمان و ثبوت العوض و اذا كان التالف ملكا يحكم بثبوت العوض لكفايه صلاحيه التالف لذلك من دون اعتبار كونه مالا

[النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملاً محرماً في نفسه]

[تدليس الماشطه المرأه التي يراد تزويجها أو الأمه التي يراد بيعها]

قوله (خصوصا مع صرف الامام للنبوي الوارد)

من الظاهر انّ صرف الامام للنبوي عن ظاهره لو كان الى امر مكروه كان مؤيّدا للحمل على الكراهه لاتحاد السياق و لكنّ الصّرف الى القيادة المحرّمه اجماعا يقتضى لاتحاد السياق حرمة سائر ما ذكر في النبوي

[في تزيين الرجل بما يحرم عليه من لبس الحرير و الذهب]

قوله (و في دلالاته قصور لانّ الظاهر الخ)

الانصاف ظهور النبوي بنفسه فيما هو المشهور من حرمة التشبه بالمعنى المتقدّم و يؤيده لفظ المتشبهين و المتشبهات فانهما من الجمع المحلي باللام و هما و ان لم يدلّا على العموم من حيث افراد التشبه و لكن في إرادته العموم من كلّ متشبهه ايماء الى ذلك و لا ينافيه خبر العلل لانّ الامام عليه السلام استشهد لخروج الرجل بالنبوي و ذلك لا يقتضى صرفه عن عمومه اصلا نعم روايتا يعقوب و ابي خديجه صارفتان لعمومه الى خصوص التخثّ و المساحقه و لكن حصر الحرمة فيهما ينافي ما يدلّ عليه الزوايه الأخيره

و اما المعنى الّذي ادعى المصنّف ره ظهوره فيه و هو تأنث الذكر و تذكّر الانثى سواء كان باللباس او بغيره بان يدخل نفسه في عدادهنّ او تدخل نفسها في عدادهم الّذي هو اعمّ من مدلول روايتي يعقوب و ابي خديجه و اخصّ من مدلول النبوي الّذي عليه المشهور فلا شاهد عليه اصلا

قوله (بأنّ الظاهر عن التشبه صورته علم المتشبهه)

قال بعض المحشّين ان كان ذلك من جهة اعتبار القصد في صدقه فلازمه عدم الحرمة مع العلم أيضا اذا لم يكن من قصده التشبه ولا يلتزم به وان لم يعتبر في صدقه القصد فلا وجه للقصر على صورته العلم وفيه أنّ الوجه هو كون الحرمة على القول بها معلقه على عنوان التشبه و

تحقق هذا العنوان و صدقه موقوف على علمه بكونه انثى حتى يكون مع تلبسه بلباس الرجال متشبهًا بهم او بكونه ذكرا حتى يكون مع لبس الخلخال مثلا متشبهًا بالنساء و الحاصل ان الخثى مع جهله بكونه ذكرا او انثى لا يتحقق في حقه عنوان التشبه فلا تغفل

[التشبيب بالمرأه المعروفه المؤمنه المحترمه]

قوله (ان في اطلاق الحكم نظر)

لمنع كونه فحشا مطلقا و لو لم يكن بعنوان التعشيق

[تصوير صور ذوات الأرواح]

قوله (هو قضاء العرف فتأمل)

الظاهر أنه إشاره الى عدم الفرق بين الواجب و الحرام و قضاء العرف به ممنوع فان متعلق النهى كمتعلق الأمر هو الشيء بتمامه من غير فرق بين ان يكون امرا شرعيا او موضوعا عرفيا و عدم الاتمام كاشف عن عدم اشتغاله بالواجب او الحرام نعم كان متجزيا من حيث اشتغاله ببعض مقدمات الحرام بقصد تحققه

قوله (ع) (اهدى إلى طنفسه من الشام)

هي نوع من البساط و في القاموس الطنفسه مثلثه الطاء و الفاء و بكسر الطاء و فتح الفاء و العكس واحده الطنفس البسط و الثياب و كحصير من سعف عرضه ذراع و في بعض النسخ قطيفه

قوله (نعم يمكن ان يق ان الحصر وارد الخ)

غرضه اثبات الحصر الحقيقي بملا-حظه أنه في مساق التعليل و اعطاء الضابطه فيستلزم حرمة الاقتناء و لا يخفى ان الاستدلال المتقدم لا- ينافي ان يكون الحصر اضافيا اذ الروايه حاكمه بحرمة الصيانه التي لا- يترتب عليها الحرام و هذا كاف في الاستدلال فتدبر

[في حرمة التطفيف]

قوله (الخامسه التطفيف حرام)

و هل الحرمة من حيث أنه عنوان مستقل من العناوين المحرمة او من حيث أنه داخل في عنوان اكل المال بالباطل قد يقال ان الظاهر من الاخبار و كلمات الاصحاب هو الثاني و لكن الصواب هو الاول لظاهر الآيه و يؤيده ان التطفيف بنفسه كذب و خيانه و يظهر الثمره فيما لو طفف و لم يتصرف في العوض فعلى الاول فعل حراما بمجرد التطفيف و على الثاني لم يفعل حراما الا اذا

قلنا بحرمة مقدّمه الحرام

[في حرمه كتب الضلال]

قوله (نعم يوجب الضلاله لليهود و النصارى قبل نسخ دينها)

قال بعض الاعاظم لا وجه لهذا التقييد اذ ايجابها الضلاله لا يختص بما قبل النسخ ه و لا يخفى ان بعد النسخ يكون التزامهم بالدين المنسوخ سببا لضلالتهم لا العمل بكتبهم المحرفه

قوله (قال ره في ط في باب الغنيمه)

قال بعض الاعاظم سياق الكلام يقتضى كون هذا الثقل من جهه كونه موافقا لما اختاره المصنّف مع أنّه ليس كذلك اذ الشيخ يصرّح في اخر الكلام بوجوب تمزيق التوريه و الإنجيل فكان الانسب ان يقول و قال في المبسوط الخ ليدلّ على كونه مخالفا ه و الموجود في بعض النسخ الصحيحه و لكن قال ره الخ و الظاهر أنّه الصواب

قوله و اما حرمه اتلافها فلا دليل عليه)

من الواضح انّ الصواب في حقّ العبارة

ان يكون و اما وجوب اتلافها

[في الرشوه]

قوله (نعم لا يختص بما يبذل على خصوص الباطل)

هذا مختاره في الرشوه و هو الاظهر و المشهور بين الاصحاب و ان لم يمكن الوصول الى الحق بدونها فالاقرب انه يجوز الدفع و ان حرم الاخذ ثم ان الاجره ما يؤخذ بآزاء الحكم سواء كان من المتخاصمين او من غيرهما و الجعل هو الأجره المأخوذه من خصوص المتخاصمين او من احدهما على الحكم بحسب المقاوله قبل الشروع فى سماع الدعوى و الفرق بينه و بين الرشوه انها ما يؤخذ على الحكم لصاحبها فيكون الرشوه فى مقابله الحكم و اما الجعل فهو لا يتعلق باحدهما بالخصوص بل من اصاب له الحكم على الوجه المعبر يكون الجعل عليه و هذا لا تهمه فيه اصلا

قوله (و منه يظهر حرمه اخذ الحاكم للجعل)

الى هنا كان الكلام فى مفهوم الرشوه و حكمها و اما الجعل فالمختار عنده هو الحرمه مع تعيين الحكومه عليه و الاظهر كما هو المشهور الحرمه مط لاطلاق روايه عمّار بن مروان و لا يعارضها روايه حمزه بن حمران الآتيه لانها اصحّ سنداً و اوضح دلالة و امّا الاستدلال على الحرمه بانه تكسب بما يجب فعله عيناً او كفايه فيتضح الحال فيه بعد ذلك فى تلك المسأله إن شاء الله تعالى

قوله و اما الارتزاق من بيت المال)

القاضى اما ان يتعين عليه القضاء بتعيين الامام او بالانحصار او لا يتعين عليه و على التقديرين اما ان يكون له كفايه أم لا فان لم يكن متعيناً عليه و كان غير ذى كفايه جاز الارتزاق بلا خلاف فان بيت المال للمصالح و هذا منها و كذلك الحكم مع الكفايه و ان استحّب له عدم الارتزاق لما عرفت مضافاً الى ما سيجى ء من الاخبار الوارده فى مصارف الاراضى الخراجيه بل فى محكى ط و جواز الرزق للقضاء اجماعى لان بيت المال للمصالح و هذا منها و ان كان متعيناً عليه و كان ذى كفايه فالمشهور المنع مستدلين عليه بحرمه التكسب بما يجب فعله على الإنسان عيناً و فيه ان الارتزاق ليس من باب الجعل و الاجره على العمل حتى ينافيه و وجوب الفعل لو سلم المنع عن التكسب بما يجب بل هو بذل من الوالى لمصالح المسلمين و وجوب الفعل على القاضى لا يخرج عن كونه من المصالح و اما مع عدم الكفايه فالمشهور الجواز و ذهب بعض الى الجواز مط لاطلاق مرسله حماد بن عيسى عن بعض اصحابنا عن العبد الصالح (ع) فى حديث طويل فى الخمس و الانفال و الغنائم قال و الارضون التى اخذت عنوه فهى موقوفه متروكه فى يد من يعمرها و يحييها ثم ذكر الزكاه و حصه العمال الى ان قال (ع) و يؤخذ الباقي فيكون بعد ذلك ارزاق اعوانه على دين الله و فى مصلحه ما ينوبه من تقويه الدين فى وجوب الجهاد و غير ذلك ممّا فيه المصلحه العامه و ما عن الدعائم عن على (ع) انه قال لا بدّ من أماره و رزق للامير و لا بدّ من عريف و رزق للعريف و لا بدّ من حاسب و رزق للحاسب

و لا بدّ من قاض و رزق القاضى و كره ان يكون رزق القاضى على الناس الذين يقضى لهم و لكن من بيت المال و مع ذلك كلّه فالمنع فيما اذا كان القاضى متعيّنا عليه القضاء و كان ملثما غير محتاج اظهر فانّ دعوى كون المتيقّن من ادلّه جواز الارتزاق هو صورته الحاجه غير بعيدة و يمكن ان يستدلّ على المنع بما كتبه أمير المؤمنين (ع) إلى مالك الاشر بعد ذكر صفات القاضى من قوله (ع) و اكثر تعاهد قضائه و افسح له فى البذل ما يزيح علته و تقلّ معه حاجته الى الناس فأنّه اذا دلّ على المنع من الزائد عمّا يزيح علته كان دالّا على المنع أيضا فيما لم يكن له علّه فت

قوله (و للزّوايه توجيهات تكون الزّوايه الخ)

فيحتمل ان يكون المراد من القضاء الحكم و من الحاجه الخصومه و يكون ثمّ للترتيب فى الاخذ و ان وقع المقاوله قبل ذلك و يحتمل ان يكون ثمّ للترتيب فى الاخذ و المقاوله معا و يحتمل ان يكون للترتيب فى الاخذ من دون مقاوله اصلا و على كلّ من هذه الاحتمالات الثلاث يسمّى المدفوع باسم الهدية و يصوّر بصوره البرّ و الصله و لا اشكال ح فى التّحرّيم لكونه رشوه و يحتمل ان يكون المراد من القضاء و الحاجه هو المعنى المعهود منهما غير الحكم و الخصومه و لا اشكال ح فى الجواز و تكون الزّوايه للمبالغه فى رجحان التجنّب

قوله (فيكون الحرمة هنا لاجل الفساد)

فانّ المبدول لم يكن مشمولاً لاحد الاسباب الشرعيه و العناوين الناقله و لم يصحّ كونه من الجعل فأنّه يمكن اذا كان العمل المعوّض عليه حلالاً

قوله (يشتركون منّا القرب و الاداوى)

القرب جمع القربه و هى ما يستسقى فيه الماء و الاداوى جمع الاداوه و هى المطهره

قوله (و فى فساد المعامله المحابى فيها وجه قوى)

لا اشكال فى هذا فى غير الصّوره الاخيريه و اما فيها فيمكن ان يق انّ حرمة المعامله مسلّمه لما ذكره من كونها رشوه او بحكمها بتنتييح المناط و امّا فسادها فلا- وجه له لانّ حصول الرّشوه و صدقها او حصول مناطها و هو التّوصّل الى الحكم يكون عنوانا خارجا عن ذات المعامله و وصفا متّحدا معها فى الوجود و ذلك لا يقتضى الفساد الاّ انّ الاقوى صحّه ما ذكره فانّ الرّشوه و التّوصيل الى الحكم و ان كان خارجا عن حقيقه المعامله الاّ انّ العرف فى المقام يحكم على المبدول بانه رشوه و لا يعدّ هذه المعامله معامله اصلا و هذا بخلاف سائر المعاملات التى ينطبق عليها عنوان محرّم خارج عنها كبيع العنب ممّن يعمله خمرا و بيع السلاح لاعداء الدّين فأنّه بيع حقيقه و لكنّه اعانه على الاثم او تقويه للكفر فتدبّر

قوله (على حرمة الاخذ لا على الضّمان)

اشار سابقا الى أنّ في بعض الاخبار كون هدايا العمّال سحت و لا بدّ من التصرّف فيه امّا بحمل الموضوع على ما كان رشوه في الحقيقه و امّا بحمل المحمول على مجرد حرمه الاخذ

قوله (لو ادّعى الدّافع أنّها

هديه ملحقه بالرشوه)

يحتمل ان يكون المراد بالهديه الملحقه بالرشوه هي الملحقه بها موضوعا و اما ما كان هديه محضه بان لم يقصد منها المقابله بل اعطى مجانا ليكون داعيا على الحكم فقد مر منه ان الظاهر عدم ضمانه و يحتمل ان يكون المراد بها الملحقه حكما و لكن الفرع فى المقام يكون مبتيا على ما اختاره بعض من الضمان فى جميع الهدايا المحرّمه لظاهر اطلاق السيحت عليها فى بعض الروايات

قوله (و لاصاله الضمان فى اليد)

التقييد بعد التلّف للاشاره الى ان معنى الضمان هو لزوم التدارك و هذا معنى لا يتحقّق الا بعد التلّف باداء المثل او القيمه و اما لو كان معناه العهده شمل صورته بقاء العين و تلفها و لكن الظاهر من قوله (ص) على اليد ما اخذت حتى تؤدى بناء على دلالتها على الحكم الوضعي انما هو إرادته الاستقرار فى العهده و شموله لصورته بقاء العين لأن ظهور الاداء فى ردّ العين قرينه على ثبوت العهده و الحكم بها فى صورته بقاء العين و يمكن ان يق ان النبوي لا يراد منه الا الضمان بمعنى التدارك و المراد منه هو التزام عهدته العين على تقدير التلّف الى ان يردها الى مالكيها فاذا ردها ارتفع الضمان الثابت معلقا على التلّف و لكن لا يخفى بعده و تمام الكلام فى معنى الضمان موكول الى محلّه و الغرض هو الاشاره الى ان التمسك باصاله الضمان بناء على ان معناه التدارك يختص بصوره التلّف

قوله (و يحتمل العدم اذ لا عقد مشترك)

فى الفرع السابق لم يكن اشكال فى جريان اصاله الصحه سواء اريد بها اصاله الصحه فى فعل الغير أم اريد اصاله الصحه فى العقد و اما هنا فحيث انه لا عقد مشترك فيه يمكن المنع عن جريانها بوجهين الاول ان اصاله الصحه لا يحرز العنوان فهى تقتضى عدم فعل الدافع حراما و انه لم يدفع رشوه و اما كون المقبوض هبه صحيحه فلا و هذا كما لو شك فى ان من مر به و تكلم بكلام هل سلم عليه او شتمه كان مقتضى هذا الاصل عدم وقوع الشتم فلا يحكم بفسقه و انه فعل حراما و اما اقتضائه لوجوب ردّ السلام فلا الثانى انه لو استند فى قاعده اصاله الصحه فى خصوص العقود الى الاخبار الداله على حمل فعل المسلم على الصحه فلا يختص موردها بما اذا كان هناك قدر مشترك و كان جاريه فى الفرعين و لو استند فيها الى الاجماع و السيره فالمتيقن منهما هو الحمل على الصحه فيما كان هناك قدر مشترك و ذلك لعدم وجود اطلاق لفظي يشمل غيره فيختص جريانها بما هو المتيقن و عليه فالدافع منكر لاصل العقد الذى يدّعيه القابض لا لصحته فيحلف على عدم وقوعه و ليس من مورد التّداعى حتى يعارض اصاله عدم وقوع العقد الذى يدّعيه القابض باصاله عدم العقد الذى يدّعيه الدافع فان مورده هو خصوص ما لو كان كل منهما مدّعي الامر اثباتي بعد تسالمهما على

وجود متعلق صالح لكل منهما هذا مضافا الى ان الضمان لا يترتب على وجود العقد الذي يدعيه الدافع كى يرتفع باصالة عدمه بل هو من آثار عموم اصالة الضمان فى اليد اى قاعدتها

قوله (أقواهما الاوّل لأنّ عموم خبر على اليد)

لا اشكال فى انّ الشارع جعل اليد سببا للضمان الا اذا كان التسليط من المالك مجانا و اذا ثبت عدمه بالاصل اقتضى اليد ثبوت الضمان و ان شئت قلت انّ التسليط المجانى مانع من الضمان و اذا وقع الشك فى تحقّقه فى الخارج كان استصحاب عدمه كافيا فى جريان العموم و بعبارة اخرى موضوع الضمان مرّكب من ثبوت اليد على مال الغير و عدم التسليط مجانا و الاوّل محرز بالوجدان و الثانى بالاصل فلا يتوهم انّ العمومات لا يكون لها قوه على رفع الشبهة عن الموضوع الخارجى لأنّ التمسك بالعام فى امثال المقام انما هو بضميمة الاصل المحرز لحال الموضوع الخارجى و ممّا ذكرنا تقدر أيضا على دفع ما توهمه بعض المحشّين من انّ اصالة عدم التسليط مجانا لا يثبت انّ اليد الخارجيه ليست مجانيه و قاس المقام على اصالة عدم وجود الكرّ فى الاناء فى عدم اثباتها لأنّ الماء الموجود فيه غير كزّ و على اصالة عدم وجود الهاشمى فى الدار فى عدم اثباتها كون المولود فيها غير هاشمى

و الحاصل انّ عموم على اليد بضميمة الاصيل الموضوعى حاكم على اصالة عدم سبب الضمان

[فى سبب المؤمنين]

قوله (و فى مرجع الضمائر اغتشاش)

صحيح الزوايه كما فى الوسائل و الوافى قال (ع) البادى منهما اظلم و وزره و وزر صاحبه عليه ما لم يعتذر الى المظلوم و على هذا فلا اغتشاش و المراد يكون كما ذكره

قوله (و اما الوالد فيمكن استفاده الجواز)

الظاهر انه اراد التمسك بقولهم (ع) انت و مالك لايبك منضمّا بالفحوى التى تمسك بها للجواز فى قول السيد فى مقام التأييد و اما فمن الواضح انّ مجرد الملكيه لا يفيد الجواز و يدفع هذا الاستدلال أولا بانّ قول المولى جاز فى مقام التأيد بفحوى جواز الضرب و فى غير التأيد تقتضى العمومات عدم الجواز و ثانيا بكون اللام للاختصاص لا للتملك و الا لجاز بيع الولد و عتقه فالجمله داله على كون الولد من نعم الله تع التى انعم بها على الوالد و ينتفع بها و هذا لا يدلّ على جواز السب و الايذاء نعم يدلّ على جواز الانتفاع به و بماله بل الظاهر من مجموع الاخبار عدم جواز الانتفاع بماله الا بقدر الضروره

قوله (او اقسام و عزائم)

العزيمه الرقيه و عزمت عليكم اى اقسمت عليكم و الرقيه بضمّ الزاء العوده

قوله (و باظهار الشىء على خلاف جنسه كبيع المموه)

وقد يكون بغير ما ذكر من الاقسام الاربعه كوضع الحرير فى المكان البارد ليكتسب ثقلا و البيع تحت الظلال او فى الظلمه و يمكن ان يرجع الاوّل الى مزج غير المراد بالمراد فانّ بسبب بروده المكان يمتزج الحرير باجزاء من الرطوبه و يكون من قبيل مزج اللبن بالماء و يرجع الثانى الى اظهار الصّفه الجيده المفقوده واقعا بعد تعميم

الغش بما يشمل اخفاء العيب فإنّ اظهار المعيوب على نحو الصّحيح يكون من اظهار صفه جيّده و هى الصّحّه مفقوده واقعا و على اى حال فالحكم بحسب كلّ من الصّور و الاقسام ما سيذكره من العمل على ما يقتضيه القاعده عند تبين الغشّ

قوله (كما يشهد به العرف و الشّرع)

أما العرف فلأنّه لا يرى الصّحيح و الفاسد من المتباينين بحسب الحقيقه و أنّما يراهما من المتخالفين فى الخصوصيّات الشخصيه و أما الشّرع فلعدم حكمه بفساد ما ظهر معيوباً مع حكمه بفساد ما ظهر كونه مخالفا للمبيع فى الحقيقه

قوله (ثمّ أنّه قد يستدلّ على الفساد كما نسب الخ)

ما يستدلّ به على الفساد وجوه الاوّل ما نقله عن جامع المقاصد الثّانى و الثّالث ما نسب الى المحقّق الاردبيلى ره من النهى المتعلّق ببيع المغشوش و النهى عن الغشّ المتّحد مع البيع الرّابع الامر باللقاء فى البالغه فى روايه موسى بن بكير فأنّه يدلّ على أنّ بيعه لا يفيد النّقل و الانتقال و يكون أكلا- للمال بالباطل الخامس أنّ النهى عن الغشّ للارشاد الى فساد البيع و يرشد إليه التّعبير بعدم الصّحّه لاجه فى روايتى الحلبي فأنّ قوله (ع) لا- يصلح إشاره الى عدم اقتضاء البيع لترتيب ما قصد منه من الاثر و الجميع منظور فيه أمّا الاوّل فبما ذكره من أنّ وصف الصّحّه ملحوظ على وجه الشّروطيه فلا يوجب الّا الخيار و أمّا الثّانى فبأنّه لم يوجد فى خبر و أمّا الثّالث فبما مرّ سابقاً من أنّ النهى المتعلّق بوصف متّحد مع البيع لا يوجب الفساد قطعاً و أمّا الرّابع فبعد الغشّ عن ضعف سند الرّوايه فأنّ موسى بن بكير على ما فى كتب الرّجال واقفيّ و ضعّفها المجلسى ره فى حواشى الكافى لذلك بانّ الامر المذكور أنّما يدلّ على كون الالقاء مقدّمه لعدم وقوع بيع المغشوش و هذا كما يمكن ان يكون من جهه فساد البيع يمكن ان يكون من جهه أنّ بيعه حرام و القائه كذلك منع عن وقوع الحرام و دفع للمنكر و لو سلّم أنّه من جهه فساد البيع و عدم ترتّب الاثر فالفساد ح كما فى المتن من حيث أنّه لا يقصد منه الّا المنفعه المحرّمه فان التّطبيع و الالقاء فى البالغه لا وجه له الّا بحمل الدّينار على المضروب من غير جنس التّقدين فأنّه لو كان مغشوشاً بالخلط بالجنس لما جاز القاؤه فيها لعدم سقوطه عن المائيه بذلك و لا اشكال فى أنّ المضروب من غير جنس التّقدين لا يقصد منه الّا الحرام و التّعليل المذكور فى الرّوايه يساعد الجواب الاوّل كما لا يخفى و أمّا الخامس فبمنع ظهور النهى المتعلّق بالغشّ الخارج عن ذات المعامله و المتّحد معها وجوداً فى الدّلاله و الارشاد على الفساد و التّعبير بعدم الصّلاحيّه لا يتبادر منه الّا الحكم التّكليفيّ و إرادته غيره منه بلا قرينه ممنوع جدّاً

قوله (و ان كان من قبيل التّراب الكثير فى الحنطه)

و حكم تبعض الصّيفه هو بطلان البيع بالنّسبه الى التّراب الزّائد و يتخبر المشتري بين فسخ البيع رأساً و امضاء البيع فيما هو واجد لشرائط الصّحّه

بما يخصه من الثمن الموزع عليه و يكون بطلان البيع بالنسبه الى التراب الكثير كبيع الحر من حيث عدم قابليته للملكيه و لو كان فقدان البعض لشرائط الصحه من جهه عدم كونه ملكا للبائع كبيع عبده و عبد غيره وقف على اجازة المالك فان لم يجز تخيير المشتري بين الفسخ راسا و الامضاء فيما يصح بيعه بقسطه من الثمن و لو كان الغش بشىء متمول فالحكم أيضا هو تبعض الصيغه فانه يبطل البيع بالنسبه الى الممزوج و يتخير المشتري بالنسبه الى الباقي و الفرق بين الصورتين هو ما اشار إليه فى المتن من نقص الثمن بمقدار التراب الزائد فان التقييد بالزائد للاشاره الى ملاحظه تنقيص الثمن بالنسبه الى المقدار الزائد على المقدار المذمى لا تخلو الحنطه عنه على ما هو المعتاد فان ذلك يحسب بحساب الحنطه و لا اشكال فى صحه البيع و عدم حرمة بالنسبه إليه فانه لا يكون من الغش و هذا بخلاف الصوره الثانيه فانه يبطل البيع بالنسبه الى الممزوج بتمامه فانه ليس مما يعتاد وجوده فى الحنطه مثلا و اما مجرد كون الخليط فى احدهما متمولا دون الاخرى فلا يوجب فرقا

[فى الغناء]

قوله (بظهور الطائفه الاولى بل الثانيه)

الوجه فى هذا التعبير هو ان الخدشه فى الطائفه الثانيه مبنيه على ان يكون لهو الحديث من اضافته الصيغه الى الموصوف و اما ان اريد منه نفس الوصف بان يكون المذموم هو ايجاد الكلام على وجه اللهو من حيث لهويته كان دالا على ذم الكيفيه و لا يكون الغناء ح من مقوله الكلام

قوله (و روايه محمد بن ابى عباد و كان مستهترا بالسمع)

فى نسخه الوسائل المصححه و كان مستهترا بدل و كان مشتهرا و فى المجمع و فى الدعاء المستهترون بذكر الله اى المولعون به و فلان مستهتر بالشراب اى مولع به لا يباليه

قوله (و الاحسن من الكل ما تقدم من الصحاح)

حيث قال و الغناء بالكسر من السماع و سيأتى أيضا فى المتن ما نصه و لقد اجاد فى الصحاح حيث فسّر الغناء بالسماع و هو المعروف عند اهل العرف

قوله (و ما ثمنها الا كثمان الكلب فتأمل)

يمكن ان يكون اشاره الى ان قوله (ع) قد يكون للرجل الجاربه تلهيه يدل على حرمة اللهو و الالتها و لو لمولاهها و لا يدل على حرمة الغناء المجرد عن اللهو و الاقتران بالملاهى و هذا يوافق القول بان الحرام ما يقترن بالغناء من المحرمات لا نفسه و لا يخفى ان هذه الروايه بناء على تماميه دلالتها على حرمة غناء المغنيه و لو لمولاهها انما تفسد فى رد القول باباحه الغناء الخالى عن اقتران الملاهى و لمعارضه ما يشعر به روايه ابى بصير من كون المحرم هو المذمى يدخل فيه الرجال على المغنيات و اما مجرد القول باباحه غناء المغنيه فى الاعراس كما سيأتى فلا ينافى هذه الروايه و لا تعارضه و ذلك واضح

قوله (بعض من متأخري المتأخرين)

هو التراقي في المستند

قوله (و فيه ان ادله

المستحبات لا تقاوم الخ)

يُتَّضَحُ الكَلامُ ببيانِ امرينِ الاوَّلُ انَّ الدَّلِيلينِ المتنافيين ان علم اجمالاً بخروج ما تصادقا فيه من تحت اطلاق احدهما او عمومه بحيث علم بعدم ارادته من عمومه او اطلاقه و يكون احدهما كاذبا في ظهوره كان التنافي من حيث الدلالة و الكشف و لا محاله يقع بينهما التعارض و لا يكون في المتعلق الا ملاك واحد و لا بد في مقام العلاج من الرجوع الى الترجيح بالدلالة او السند لو كان و الا فالتوقف و التخيير على الخلاف في العامين من وجه و من هذا القبيل يستحب اكرام العلماء و لا تكرم الفساق حيث ان الامر و النهى واردان على كل واحد من الافراد لانه متعلقهما من العام الاستغراقى و الفرد الذى تعلق به الاستحباب تعلق به الحرمة أيضا فيكون المنهى عنه ذات ما تعلق به الامر الاستحبابى من غير اعتبار جهه فيه اصلا بمعنى ان المنهى عنه هو تمام هذه الحصة و يكون الحصة بتمامها مبغوضه ذاتا و مع ذلك لا يعقل كونها ذات مصلحه أيضا كما لا يعقل تعلق الحكم الاستحبابى بها فيكون النهى عنها مانعا من الامر و من جهته المقتضيه له و هذا هو المنافات بين الجعلين و العلم بكذب احدهما بماله من الظاهر و ان علم بدخول ما تصادقا فيه تحت عموم كل منهما او اطلاقه بحيث يعلم كونه مرادا من كل منهما كان من باب التزاحم و لا يعامل معهما معامله التعارض و كان فى المتعلق ملاكان و المرجع هو المرجحات الاقتضائية و من هذا القبيل مسئلة اجتماع الامر و النهى فيها يكون كل من الطبيعه المأمور بها و المنهى عنها مشتمله على ما هو مناط الحكم حتى فى مورد الاجتماع و يكون المقتضى لكليهما موجودا فى مورد الاجتماع بحيث لا يكون من هذه الجهه تفاوت بين هذا الفرد منها و سائر الافراد و ليس التنافي فيه من التنافي بين الجعلين و النهى وارد على الجهه الموجوده فى الفرد و هى جهه الغصبيه و لايتمها مبغوضيه تلك الجهه وحدها و اميا مبغوضيه جهه اخرى موجوده معها فى تلك الصيلاه فلا و بناء على امتناع الاجتماع يكون النهى مانعا عن الامر مع بقاء الجهه و الملاك الثانى ان عنوان المستحب ان كان من العناوين الاوليه كاستحباب غسل الجمعة فلا يخلو تعارضه مع الحرام اميا ان يكون من باب اجتماع الامر و النهى و اما من باب التعارض المصطلح ففى الاول لا اشكال فى تقديم دليل الحرام لعدم المنافاه بين كون الفعل من جهه مشتملا على مصلحه غير ملزمه و من جهه اخرى مشتملا على مفسده ملزمه و لَمَّا كان اللّازم هو الرجوع الى اقوى الجهتين فلا شك فى ان دليل المستحب بسبب وجود مصلحه غير ملزمه لا يقاوم دليل الحرام المشتمل على مفسده ملزمه على الترك و ادله الاحكام من الواجبات و المحرمات و المستحبات و غيرها انما تدل على كون الفعل لو خلى و طبعه مع قطع النظر عن امور طاربه عليه حكمه كذا و ذلك لا ينافى طرؤ عنوان يفيد حكما آخر و يكون اقوى تأثيرا

خصوصا فى الاحكام الثلاثه اعنى الاباحه و الاستحباب و الكراهه فانّ جهاتها لا- يزاحم جهه الوجوب او الحرمة فدلّيل الاستحباب لا ينافى طرؤ عنوان من الخارج يوجب لزوم فعله او تركه كما اذا صار مقدّمه لواجب او صادفه عنوان اخر و ليس له قوّه لرفع الحرمة عن العنوان الطارئ بل الامر بالعكس و ذلك واضح و التقييد الواقع فى المتن فى الفعل المستحب بقوله لو خلى و طبعه ليس للاحتراز عن الوجوب و الحرمة و ليس لهذه الجملة مدخلية فى تغليب جانب الحرمة كما يوهمه ظاهر العبارة فانّ كلّ حكم أنّما يعرض موضوعه كذلك و التقييد أنّما هو لبيان عدم مقاومه دليل الاستحباب للدليل الازامى و فى القسم الثانى لا اشكال فى الرجوع الى قواعد التعارض اذ لا- فرق بين قول القائل يجب اكرام العلماء و قوله يستحبّ اكرامهم فى معارضته مع قوله يحرم اكرام الفسّاق و ان كان عنوان المستحبّ من العناوين الثانويّه كإجابته دعوه المؤمن و ادخال السّرور عليه فلا اشكال أيضا فى عدم مقاومه دليله لدليل الحرمة سواء كانت للشىء بعنوانه الاوّلّى او الثانوى و ذلك لانّ الاستحباب بالعنوان الثانوى أنّما يستدعى محلّا مباحا و لا يعقل رغبه الشارع و طلبه لامر يكون ذا مفسده و مبغوضا عنده و أنّما المعقول هو عروض الصّيفه المحسّنه بالعنوان الطارئ لامر خال عن المصلحه و المفسده الذاتيتين او العرضيتين و السّر فى ذلك هو ما عرفت من انّ التنافى الواقع يكون من باب التّزاحم و يرجع دليل الاستحباب الى استحباب ايجاد الشىء بسببه المباح لا بسببه المحرّم و بعد ذلك كلّه فنقول انّ المستدلّ توهم كون التنافى بين حرمة الغناء و عمومات أدلّه الابكاء من باب التعارض و التّرجيح لادله الابكاء كتوهم ذلك بينها و بين عمومات قراءه القرآن بالصّوت الحسن مع انّ التنافى فى كليهما راجع الى التّزاحم اما فى الابكاء و الرّثاء فهو من باب توقّف المستحبّ على مقدّمه محرّمه و امّا فى قراءه القرآن فالدليلان من باب اجتماع الامر و النهى و على اى حال لا اشكال فى تقديم جهه الحرمة ثمّ انّ المميّز بين التعارض و التّزاحم فى تشخيص الصّغريات يطلب فى الاصول

قوله عدا روايه نبويّه)

و رد مرسلاته (ص) قال لعبد الله بن رواحه حرّك بالتّوق فاندفع يرتجز و كان عبد الله جيّد الحداء و كان مع الرّجال و كان انجشه مع النّساء فلمّا سمعه تبعه فقال (ع) لأنجشه رويدك رفقا بالقوارير و انجشه بفتح الهمزه و الجيم من خدام رسول الله (ص) و كان معروفا بالمهاره فى سوق الابل بالحداء و فى دلالتها و سندها ضعف اما من حيث السّند فلا رسالها و دعوى انجبارها بعمل الاصحاب غير مسموع لعدم تحقّق الشّهرة الجابره و اما من حيث الدّلاله فلانّ تجويزه (ص) حداء عبد الله بن رواحه لا يدلّ على كون الحداء الواقع منه كان على صفه الغناء فلعلّه لم يكن كذلك ثمّ على تقدير العمل بها فهل يتعدّى الى غير موردها من سوق الخيل و البغال و الحمير و جهان الاقوى

العدم فإنَّ الحكم على فرض ثبوته مخالف للقواعد و في المجمع و حدا بالابل حدوا و حداء مثل غراب اذا زجرها و غنّى بها ليحّتها على السّير و منه زاد المسافر الحداء ه و قولهم زاد المسافر الحداء روايه عامّيه

[في الغيبه]

قوله (و يحتمل ان يراد بالموصول نفس الكلام)

و تظهر الثّمرة بين هذا الاحتمال و ما تقدّم من إرادته نفس التّقصّ الذي فيه فيما لو ذكر الشّخص بعيب ظاهر مذمّه و استهزاء كذكره بصفاته الظّاهره مثل الاعمش و الاعرج في مقام المذمّه فإنّه غيبه على الثّاني لصدّق الذّكر بالسّوء عليه دون الأوّل و ذلك لظهوره و عدم خفائه فليس فيه اظهار امر يكرهه

قوله (دلّ العقل او الشّرع على كونها اعظم)

هذا التّعبير احسن من تعبير جامع المقاصد حيث يقول و امّا ما كان لغرض صحيح فلا يحرم فإنّ الغيبه كسائر المحرّمات أنّما يجوز اذا زاحمها مصلحه كانت اهمّ منها و لا وجه لجوازها لمطلق غرض صحيح

قوله (دلّ على ترتّب حرمة الاغتيا ب)

تمسّك أوّلا بما وقع في الجزاء و ترتّب قبول الشّهاده على كونه من اهل العداله و حرمة غيبته على كونه من اهل السّتر ثمّ تمسّك ثانيا بمفهوم الجملة الشرطيّه حيث أنّ كلمه من الموصوله متضمّنه لمعنى الشّروط و يكون الجزاء المرتّب على الشّروط و هو عدم رؤيته بالعين مرتكبا للذّنب و عدم شهادته الشّاهدين عليه امورا أربعه كونه من اهل العداله و كونه من اهل السّتر و قبول شهادته و حرمة غيبته فمفهوم الجملة بتمامها أنّ من رأيتّه بعينك يرتكب ذنبا أو شهد عليه شاهدان انتفى عنه الاحكام الاربعه الّتي كان اخرها حرمة غيبته و لَمّا كان المفهوم اعمّ من المتجاهر و غيره كان غير المتجاهر خارجا عنه بالدليل و بقى المتجاهر محكوما بالحرمة و مرادا من المفهوم

و توهم أنّ قوله (ع) و من اغتابه الخ جمله مستأنفه غير معطوفه على الجزاء فلا يفيد ما ذكر لأنّه ح كلام مبتداء و جمله شرطيّه مستقلّه و مفهومها أنّ من لم يغتبه بما فيه لم يكن خارجا عن ولايه الله تعالى و هذا غير مرتبط بما يراد في المقام خلاف الظّاهر و يمكن المناقشه فيما افاده ره من خروج مطلق غير المتجاهر عن المفهوم فإنّ المستفاد من مفهوم قوله (ع) من عامل النّاس فلم يظلمهم الخ أنّ الظّالم و الكاذب لم يحرم غيبته و خلف الوعد لو كان حراما كما هو الاصحّ فلا اشكال في دلالة المفهوم على عدم حرمة غيبته المخلف و لو لم يكن حراما فالحقّ بالظّالم و الكاذب منطوقا و مفهومها غير ضائر هذا مضافا الى ما دلّ على عدم حرمة مطلق الفاسق بل روى مرسلا عن النّبىّ (ص) أنّه لا- غيبه للفاسق الا ان يقال أنّ مفهوم قوله (ع) في روايه هارون بن الجهم اذا جاهر الفاسق بفسقه فلا- حرمة له و لا غيبه و كذا مفهوم قوله (ع) من القى جلباب الحياء فلا غيبه له و مفهوم قوله و الفاسق المعلن بفسقه مخصّص لعموم مفهوم الرّوايه الاولى و الانصاف أنّ المستفاد من مجموع الرّوايات منطوقا و مفهومها هو

حرمة غيبه غير المتجاهر و الّا ففى دلاله كلّ

واحد منها عليها تأمّل و ذلك لقوّ احتمال ان يراد من قوله (ع) من القى جلباب الحياء هو القائه من الله تعالى بكثرة الفسق و المعصيه و لو لم يكن متجاهرا لا ان يكون المراد هو خصوص غير المستور و اما قوله (ع) و الفاسق المعلن بفسقه فالتمسك به مبنى على الاخذ بمفهوم الوصف و هو غير ثابت

قوله (نعم تقدّم عن الشّهد الثّانى احتمال)

قد تقدّم فى حرمه سبّ المؤمنين نقل ذلك عن الرّوضه

قوله (و كذلك النصّح من غير استشاره)

لا يخفى أنّه اما ان نقول بوجوب النصّح من غير استشاره و اما ان نقول باستجاباه و أنّه من قبيل قضاء الحاجه و اكرام الضّيف و على كلا التقديرين فاما ان يتعلّق بامر الدّنيا او الدّين فالصّور اربع و على القول بوجوبه فلا اشكال فى الرّخصه اذا كان مصلحه النصّح اهمّ من مصلحه السّتر على المغتاب من غير فرق بين ما كان النصّح متعلّقا بامر الدّين او الدّنيا و اما على القول باستجاباه فلو كان متعلّقا بامر الدّين و كان تركه مستلزما لوقوع المنصوح فى معصيه الله تعالى فالظاهر جواز الغيبه بناء على انّ دفع المنكر كرفعه واجب و لو لم يكن كذلك فلا وجه للجواز و هتك عرض المغتاب و المستحبّ لا يزاحم الحرام

قوله (و يمكن الاستدلال عليه بحكايه هند)

وجه التّعبير بالامكان هو احتمال وقوع الاشتكاء منها فى مقام التظلم لا الاستفتاء كما انّ الوجه فى التّعبير بذلك فى صحيحه ابن سنان هو أنّها ليست ظاهره فى كونها فى مقام الاستفتاء لاحتمال انّ الرجل أراد بيان العلاج من النّبى (ص) و عليه فيكون داخلا فى احد العناوين الاخر و العمده فى الدّليل هو مزاحمه مصلحه الاستفتاء لمصلحه السّتر

قوله (بروايه الفاسق اعظم من مفسده شهادته)

اي شهاده الجارج بالجرح

قوله (فقد ورد انّ السّامع للغيبه احد المغتابين)

هذه الجملة مضمون روايتين إحداهما ما ورد مرسلا عن النّبى (ص) المستمع احد المغتابين و الثّانيه ما عن امير المؤمنين (ع) السّامع للغيبه احد المغتابين

قوله (و يمكن القول بتعدّد العقاب)

ظاهر العبارة ثبوت عقابات ثلاثه الاوّل للكذب و الثّانى للغيبه و الثّالث للمركّب منهما و فيه انّ الفرد الخارجى محصّل للعنوانين و المركّب منهما ليس شيئا غيرهما و ليس مغايرته لهما الاّ بالاعتبار و لا وجه لثبوت عقاب زائد غير ما يترتّب على العنوانين

قوله (ع) (و يغفر زلته و يرحم عبرته)

غفران زلته هو العفو عن خطائه و ان لم يظهر شيئا من الندم او المعذره و اقاله عشرته هو الصّبح عن خطائه اذا اظهر الندامه

قوله (ع) اخوان الثّقه و اخوان المكاشره)

بالشّين المعجمه من كاشره اذا تبسّم في وجهه و انبسط معه

[في القمار]

قوله (ع) عن ياسر الخادم عن الرّضا (ع)

الحرمة التّكليفية في المقام على وجهين الاوّل هي الحرمة الابتدائية اللاحقه للفعل بنفسه الثّاني الحرمة التّابعه للحكم الوضعي و هو الفساد و البطلان

و الحرمة على الثانی لا اشكال فيها كما ستعرفه من كلام المصنّف ره فانّ التصرف في كلّ مال فاسد بسبب انتقاله حرام قطعا و لم يخالف فيه احد و أنّما المقصود في المقام هو اثبات الحرمة على الوجه الاوّل و هذه الرواية و ما يتلوها من الروايتين غير ظاهره في الدلالة عليها فانّ كون النفل او المقامر عليه ميسر لا يدلّ على حرمة الفعل نعم لا اشكال في دلاله الروايتين السابقتين على حرمة نفس الفعل لانّ الزهان اسم للفعل لا للمال المراهن به

قوله (مع فساد المعاملة حرام أيضا فتأمل)

لا اشكال في أنّ حرمة التصرف في المال من لوازم البطلان فحكمه (ع) بالبطلان كاف في حرمة التصرف و لا حاجة الى بيانها و هذا بخلاف اصل الفعل فانّ حرمة ليست من لوازم البطلان فعدم الردع عنه ربما يوجب ظهور الرواية في عدم حرمة

قوله (و ما ورد من قىء الامام (ع) البيض)

روى عبد الحميد بن سعيد قال بعث ابو الحسن عليه السلام غلاما يشتري له بيضا فاخذ الغلام بيضه او بيضتين فقامر بها فلما اتى به اكله فقال له مولى له انّ فيه من القمار قال فدعا بطشت فتقيأ فقاءه

قوله (و قد عرفت انّ العوض غير مأخوذ فيه فتأمل)

يمكن ان يكون إشاره الى تضعيف ما ذكره من أنّ اطلاق آله القمار موقوف على عدم دخول الآله في مفهوم القمار بانّ المأخوذ في مفهومه هو الآلات الخاصّة و ما يضاف إليه في اطلاقهم آله القمار يراد به المفهوم على وجه كلّى فهو من اضافه الجنس الى ما هو مقتيد بنوع منه هذا مضافا الى شيوع اضافه الجزء الى ما هو المركّب منه و من غيره و يمكن ان يكون إشاره الى تضعيف ما ذكره من أنّ العوض غير مأخوذ في القمار فانّ جمعا من اللغويين صرحوا بأنّه الرهن على اللّعب بشىء من الآلات و استعماله احيانا في مطلق المغالبه مجاز بالقرينه

[في القيافه]

قوله (حائل اللّون)

اي متغيّر اللّون و اسوده يقال حال لونه اذا تغيّر و اسودّ

قوله (فقال (ع) ابعثوا انتم إليهم و اما انا فلا)

هذا هو محلّ الاستشهاد للانكار على انّ رسول الله (ص) قضى بالقيافه و انت ترى انّ هذه الرواية تدلّ على الجواز بوجهين الاوّل أنّهم لمّا دعوا الامام (ع) الى حكم القيافه اجابهم الى ذلك و لو كان حراما لمنعهم و لم يجبهم الثانی انّ ظاهر الرواية أنّهم لمّا قالوا انّ رسول الله (ص) قضى بالقيافه قرّره على ذلك و لم يكذبهم و الظاهر انّ قوله (ع) ابعثوا انتم إليهم و اما انا فلا لم يكن من حيث أنّه حرام و لم يرض (ع) بان يكون الدّاعي لهم لحرمة بل أنّما كان قوله (ع) ذلك لدفع التّهمه عنه لانّ اعلامه بذلك

ربما يكون قرينه على الحاق ابي جعفر الجواد (ع) به و هذا بخلاف ما لو انفردوا بالبعث إليهم و احضارهم فعدم بعثه (ع) ابلغ في تمام الحجّه عليهم و على اى حال فالرّوايه لا- دلالة فيها على جواز ترتيب الآثار على قول القافه خصوصا مع كون الرّواى مجهولا و لا على انكار الامام (ع) و الاقوى ما

تقدّم في المتن من تقييد الدّروس و غيره حرمتها بما اذا ترتّب عليها محرّم فإنّ الحاق شخص بآخر و ترتيب آثار عليه كحلّ النّظر و الميراث و حرمة النّكاح و غيرها من دون دليل شرعيّ حرام

[في اللهو]

قوله (لا خلاف ظاهرا في عدم حرمة على الاطلاق)

فإنّ الاخبار المتقدّمة الظّاهره في حرمة منصرفه الى الملاهي المعتاده كالعود و الطنبور و نحوهما لا مطلقا اما ما تقدّم في روايه تحف العقول من قوله (ع) و ما يكون منه و فيه الفساد محضا الخ فظهوره فيما يكون معدّه للهو لا سبيل الى انكاره و اما روايه الاعمش فكذلك فإنّ الملاهي المذكوره فيها و ان لم يؤخذ من الملاهي الآله و هي لفظ عامّ و المثال لا يكون مخصّصا الا انّ الرّوايه ظاهره في التعميم لما هو من قبيل المثال من الغناء و ضرب الاوتار لا مطلق اللّعب و اما ما دلّ على انّ اللهو من الباطل فالظاهر أنّه لم يرد منه اللهو بمعنى مطلق اللّعب مضافا الى انّ حرمة الباطل على اطلاقه ممنوعه و اما روايه سماعه فغايه محموله على ما يؤخذ في القمار بقريته السّؤال و الاستثناء مضافا الى انّ الرّوايه اجنبيّه عن اثبات الحرمة و اما روايه سماعه فغايه مدلولها الكراهه و بالجمله ما دلّ على حرمة اللهو و اللّعب فهو ظاهر في اللّعب المعتاد و الملاهي التي تكون كذلك دون ما سواه كالملاعبات بالابدان و اللهو و الآله انما ينصرفان الى ما شاع منهما و لا اشكال في انصراف المطلق الى الفرد الشائع فلا عموم و لا اطلاق يصلح للحكم بالحرمة هذا كلّه مضافا الى روايات دالّه على جواز اللّعب منها ما عن علاء بن سيابه عن ابي عبد الله (ع) قال سمعته يقول لا بأس بشهاده الذي يلعب بالحمام و في الوسائل باب في قبول شهاده اللّاعب بالحمام و منها ما ورد في لعب الحسنين عليهما السّلام مع النّبي (ص) بحمله (ص) لهما و الحركه العنيفه و في ذلك اخبار كثيره و منها ما ورد في مغالبه الحسنين عليهما السّلام بمحضر من النّبي (ص) و منها لعب الامير عليه السّلام مع الاطفال الايتام و الفعل و الترخيص نصّ في الجواز فيحمل الظاهر في الحرمة لو سلّم على الكراهه

[في النجش]

قوله (الثالثه و العشرون النّجش الخ)

و هنا مسائل الاولى حرمة النّجش بالتفسير الاول هل يتوقّف على شراء الغير بالزّائد او أنّه حرام مطلقا فان كانت الحرمة من اجل قوله (ع) لا تناجشوا فهو حرام من غير فرق بين ان يشتري به الغير بالزيادة أم لا و اما النّبويّ المشتمل على لعن النّاجش فلا يصحّ الاستناد إليه لانه غير مذکور في كتب الحديث و الاجماع لا- يكون جابرا لضعفه فإنّ المجمعين على حكم الحرمة لم يعلم استنادهم إليه و كذا ان كانت لاجل كونه كذبا فهو حرام مطلقا بل و كذا لو كانت من اجل كونه اغراء و غشا و تدليسا فإنّ الظّاهر انّ هذه صفات قائمه بفعل الغازّ و الغاشّ و المدلّس و لو لم يحصل بها اثر في الغير و ان كانت من اجل كونه اضرازا كانت متوقّفه على حصول الضرر و هو شراء الغير بازيد من قيمه الثانيه الظّاهر صحّه البيع بلا خلاف فإنّ التّهيّ متعلّق بامر خارج و لعن الفاعل أيضا لا يدلّ على الفساد نعم اذا حصل بسبب الغشّ و الغرر و التّدليس ضرر على المشتري كان ذلك

سببا لرفع اللزوم لا- للبطلان لا- الضرر ناش عن اللزوم الثالثه اذا كان البيع صحيحا فهل يثبت الخيار للمشتري مط او لا مط او يفصل بين صوره الضرر و الغبن و غيرها او بين صوره المواطاه و عدمها اقول و الاقوى التفصيل بالغبن و عدمه فيتخير فى الاول لدليله من غير فرق بين ان يكون السبب فى غبنه هو البائع أم لا و ينفى فى الثانى لان مقتضى العمومات و الاطلاقات هو اللزوم و لعل من قال بالعدم مط كما عن المبسوط و غيره اراد بالإطلاق فى مقابل من قال بالثبوت مع المواطاه لا فى قبال الغبن الرابعه هل يعتبر فى مفهوم النجش ان يزيد الرّجل زياده على قيمتها اللائقه بها أم هو الزيادة فى السّلعه ممّن لا يريد شرائها و لو بادون من ثمن تسوى بها ظاهر بعض اللغويين كالمصباح الاول حيث قال نجش الرّجل نجشا من باب قتل اذا زاد فى سلعه اكثر من ثمنها و ليس قصده ان يشتريها بل ليغزّ غيره فيوقعه فيه ه و يستفاد هذا أيضا من كلام بعض الفقهاء كما عن ط و ظاهر جماعه كالمصنّف فى المتن الثانى الخامسه الظاهر عدم الفرق فى حرمه النجش بين ان يكون ذلك فى بيع من هو فى مقام الشراء او يكون فى غيره بان يساوم النّاجش البائع فى السّلعه بازيد من قيمتها بمرئى من الطالب لها ليغزّه فيوقعه فى شرائها السّادسه هل يلحق بالنّجش ترك الزيادة فى السّلعه ليشتريها بالثمن القليل أم لا قولان الاقوى الثانى السّابعه الظاهر جريان النّجش فى ساير المعاوزات تنقيحا للمناط

قوله (بشرط المواطاه مع البائع او لا بشرطها)

و ربما يستند الى النبوى المشتمل على لعن النّاجش و المنجوش على اشتراطها و فيه ان اللّعن على المنجوش لا- يتحقّق الا فى صورته المواطاه و هذا لا يدلّ على ان لعن النّاجش أيضا موقوف عليها مضافا الى ما مرّ من عدم صحّه الاستناد إليه

[فى الولاية من قبل الجائر]

قوله (قبل الاجماع انّ الولاية ان كانت محرّمه لذاتها)

لقد احسن فيما افاد قدّس سرّه من انّ الولاية من قبل الجائر ان كانت محرّمه لاستلزامها الظلم على الغير و فرض عدم تحقّقه فلا اشكال فى الوجوب اذا كان فيها مصلحه ملزمه من الامر بالمعروف و القيام بمصالح العباد و ان كانت محرّمه من حيث أنّها لا تنفك عن المعصيه كما يشير الى ذلك صحيحه داود بن زربى المتقدّمه قال اخبرنى مولى لعلّى بن الحسين (ع) الخ او كانت محرّمه لذاتها كما هو ظاهر روايه الثّحف و كان هناك مصلحه ملزمه فى الدّخول فيها فان لم يكن من قبل تلك المصلحه او دفع المفسده و جوب فعلّى كما اذا لم يكن هناك معروف متروك يجب فعلا الامر به او منكر مفعول يجب التّهى عنه كذلك بل يعلم بتحقّق مورد هما بعد ذلك فلا اشكال فى عدم الوجوب بل الظاهر حرمه الولاية و عدم وجوب تحصيل مقدّمه الامر بالمعروف و التّهى عن المنكر قبل تحقّق مورد هما و ما يذكره المصنّف من الاستحباب فيما اذا لم يكن هناك معروف متروك يجب فعلا الامر به أنّما هو توجيه لكلام القائلين باستحباب الولاية و ان كان من

قبلها وجوب فعلي كانت المسأله من باب تراحم الحقيين و لا بد من ملاحظه جهه المصلحه المزاحمه مع مفسده الولايه او مفسده ما لا ينفك عنها و تقديم الاهم منهما

قوله (سبعين خريفا)

الخريف الزمان المعروف من فصول السنه و قيل المراد سبعين خريفا سبعون سنه لأن الخريف لا يكون فى السنه الا مره واحده فاذا انقضى سبعون خريفا فقد مضت سبعون سنه و فى المجمع فى معانى الاخبار الخريف سبعون سنه و فى مواضع من كتب الحديث الخريف الف عام و العام الف سنه و قال بعض شراح الحديث العرب كانوا يؤرخون اعوامهم بالخريف لأنه كان اوان جذاهم و قطفهم و ادراك غلاتهم و كان الامر على ذلك حتى ارخ عمر بن الخطاب سنه الهجره

قوله (محمد بن اسماعيل بن بزيع عن ابى الحسن (ع)

هو على بن موسى الرضا (ع) فعن الشيخ الطوسى ره ان محمد بن اسماعيل بن بزيع ثقه صحيح مولى المنصور قال الكشى كان محمد بن اسماعيل من رجال ابى الحسن موسى (ع) و ادرك ابا جعفر الثانى (ع) قال حمدويه عن اشياخه انه و احمد بن حمزه كانا فى عداد الوزراء و كان على بن نعمان وصى بكتبه لمحمد بن اسماعيل بن بزيع قال له الرضا (ع) ان لله تبارك و تعالى بابواب الظالمين من نور الله به البرهان الى اخر الروايه انتهى

قوله (و اما الاستحباب فيستفاد من خبر محمد بن اسماعيل)

لا يخفى ان خبر محمد بن اسماعيل اشتمل على الامر بالدخول فى ابواب الظلمه لادخال السيور على الشيعة و دل على الحث على الدخول لاصلاح امور المسلمين و المدلول اعلم من الاستحباب فلا يفيد بالخصوص و اصل عباره الجواهر هكذا و اما الاستحباب فيستفاد ح من ظهور الترغيب فيه فى خبر محمد بن اسماعيل و غيره

قوله (فلا ينظر بعد ذلك فى ادله التحريم بل لا بد الخ)

فى المقام ربما يتوهم ورود اشكال على المصنف و بيانه موقوف على ذكر مقدمه و هى انه اذا كانت النسبه بين المتعارضات مختلفه كما اذا ورد عامان من وجه و خاص مط بالنسبه الى احدهما لا اشكال فى تقديم ما حقه التقديم فالخاص مط يقدم على ما هو اخص منه قبل ملاحظه النسبه بين العامين من وجه ثم انه قد تنقلب النسبه بين دينك العامين و قد لا تنقلب فاذا انقلبت فهل يلاحظ النسبه بين العام المخصيص و العام الآخر بالنسبه الحاصله للاول بعد التخصيص أم بالنسبه التى كانت قبله صرح المصنف فى الأصول بالاول و لنا فيه بحث لا يناسبه المقام و اذا لم تنقلب فلا بد من الرجوع الى القواعد المقرره لتعارض العامين من وجه و جعل العامين متعارضين لا جعل المتعارضين هو الخاص مط و العام من وجه اذا تمهدت هذه فيقال ما الوجه فى عدم النظر الى عموم ادله التحريم بعد تخصيصها باستحباب الولايه لادخال السيور على الشيعة المستفاد من خبر محمد بن اسماعيل مع ان مقتضى المخصص هو اخراج نوع من حكم عموم الحرمة

و اثبات الاستحباب فى ذلك النوع و يبقى للعام نوع اخر و هو ما لا يكون متضمنا لمفاد المخصيص و النوعان صالحان للوقوع مقدمه للامر بالمعروف الواجب و النسبه بين كل من العام المراد به ما بقى بعد التخصيص و المخصيص و ادله الامر بالمعروف هى العموم من وجه و ما السبب فى قوله فلا ينظر بعد ذلك فى ادله التحريم بل لا بد بعد ذلك من ملاحظه النسبه بينه و بين ادله وجوب الامر بالمعروف و يدفع بان مقصوده ره من عدم النظر بعد التخصيص فى ادله التحريم انما هو عدم النظر إليها فى خصوص هذا الخاص اى النوع الذى حكم باستحبابه لا عدم النظر إليها مطلقا و ما ذكره متين جدا اذ ليس غرضه قبول وقوع التعارض بين الادله حتى يرد عليه الاشكال لما سبق من ان التنافى فى المقام انما هو من باب التزاحم و انما الغرض هو توجه الاشكال على توجيه القول بالاستحباب بان بعد القول به لدليل التخصيص و هو خبر محمد بن اسماعيل لا وجه لجعل المعارضه بين ادله الحرمة و ادله الامر بالمعروف و الجمع بينهما بقول مطلق بل لا بد بعد التخصيص من عدم النظر الى ادله التحريم فى خصوص ما حكم باستحبابه و خرج عن حكم العام و ملاحظه النسبه بينه و بين ادله وجوب الامر بالمعروف و من المعلوم المقتر ان دليل استحباب الشئ لا تعارض ادله الوجوب من باب المقدمه للواجب لان دليل الاستحباب مسوق لبيان حكم الشئ فى نفسه مع قطع النظر عن الملزومات العرضيه كصيورته مقدمه للواجب هذا مضافا الى توجه اشكال آخر على الموجه للاستحباب بعد فرض التعارض و هو ان دليل الاستحباب لا يفيد مطلقا بل هو مخصوص بمورد خاص و الحاصل ان رفع اليد عن دليل الوجوب فى جميع موارد دليل الحرمة بدليل الاستحباب لا وجه له لما ذكرنا من ان دليل الاستحباب لا يعم جميع موارد دليل الحرمة و لما ذكره المصنف ره من ان بعد تخصيص عموم الحرمة بالاستحباب فى مورد لا يلاحظ دليل الحرمة فى ذلك المورد بل لا بد من ملاحظه دليل الاستحباب و دليل الوجوب و من المعلوم عدم التنافى بينهما

قوله (الاستحباب العينى الذى لا ينافى)

لعل وجه الاستحباب مع انه واجب كفايى دخوله فى عنوان المسابقه و المسارعه الى الخير

قوله (ع) (فانك شاحط بدمك)

اى متخبط فيه و مضطرب و متمرغ

قوله (الا لدفع ضرر النفس)

اى دون المال و العرض و يقابل الوجه ما ستعرفه فى وجه التأمل و يحتمل ان يريد بقوله فى وجه جواز دفع ضرر النفس فى خصوص الصوره التى كان الدفع بغير الضرر بنفس اخر

قوله (اذ لا يعادل نفس المؤمن شئ فى فت)

وجه التأمل ان هذا التعليل يلزمه ان كل ما لا يعادله شئ فى اخر يجوز الاضرار لاجله بذلك الشئ فى الاخر و هذا ينافى ما سبق منه من عدم جواز الاضرار بمؤمن

و لو لدفع الضّرر الاعظم من غيره و يحتمل ان يكون الامر بالتأمل إشاره الى أنّ تخصيص كلامهم بإرادته الخوف على خصوص نفس بعض المؤمنين خلاف ظاهر اطلاق كلامهم

قوله (و الثاني ان كان متعلّقاً بالنفس)

اراد بالنفس ما هو اعمّ من نفس الدافع و غيره و اراد بكلّ محرّم ما عدا النفس و لم يصرّح بالتعميم فى الأوّل و التخصيص فى الثاني اتكالا على ما تقدّم منه

قوله (استقرار الضمان عليه اذا تحقّق سببه)

و اما ادّله نفى الضّرر فلا يدلّ على رفع الضمان

قوله (و كأنّ منشأ زعم الخلاف ما ذكره فى لك)

لا بدّ فى توضيح ما افاده من بيان امرين الأوّل أنّ الشّهد استظهر من عبارته يع أنّ عدم القدره على التفصّي بمعنى كونه مضطراً الى الامتثال و العمل بما يأمره شرط فى جواز الامر الثاني و هو العمل بما يأمره فخالفه فى ذلك و اختار أنّ عدم القدره عليه بالمعنى المذكور ليس شرطاً و أنّه لو قدر على المخالفه مع خوف الضّرر جاز امتثال ما يأمر به الجائر و قال المصنّف أنّ هذا الاستظهار فى غير محلّه و أنّ ما اختاره ليس مخالفاً لعبارته يع فأنّه اعتبر عدم القدره على التفصّي شرطاً فى العمل بما يأمر به الجائر كما استظهره و لكن ليس المراد من التفصّي فى عبارته هى المخالفه مع تحمّل الضّرر بل المراد هو امكان التفصّي اذا لم يكن حرجاً و لم يتوقّف على ضرر بتلبّيس الامر و المخالفه واقعا و دعوى الامتثال ظاهراً فإنّ المراد بالولاية المذكوره فى يع محموله على ما هو الغالب من امر الوالى باعمال محرّمه و امكان مخالفه بعضها فما نفاه الشّهد هو اشتراط عدم القدره على التفصّي بتحمّل الضّرر و ما اثبتته يع غير ذلك الثاني أنّ منشأ زعم الخلاف يمكن ان يكون عبارته لك و لا بدّ من نقل جمله منها حتّى يتبين ذلك قال بعد هذه العبارة المنقوله فى المتن و قد صرّح به الاصحاب فى كتبهم فاشتراط العجز عن التفصّي غير واضح الا ان يريد به اصل الاكراه ما هذا لفظه فيكون التعبير بذلك غير حسن فتبين أنّ كلّ واحد من الشرطين غير جيّد لمشروط ان جعلنا المشروط متعدّداً و ان جعلناه متّحداً مركّباً من الامرين بمعنى جواز الولاية و العمل بما يامر به مع الاكراه و عدم القدره على التفصّي حسن قيد الاكراه و غير ما سبق لكن يبقى الكلام فى الشرط الثاني فإنّ الاكراه مسوغ لامتثال الامر و ان قدر على المخالفه مع خوف الضّرر المتقدّم انتهى ما اردنا نقله و كأنّ زعم الخلاف فى المسأله و استظهار الاقوال الثلاثة منشأ ما فى لك من كون المشروط فى عبارته يع متعدّداً و أنّ الاكراه شرط لاصل قبول الولاية و الثاني شرط للعمل بما يأمره و احتماله اخيراً كون المشروط متّحداً مركّباً من الامرين فتخيّل من استظهر الاقوال أنّ كلّاً من المعنيين قول فى المسأله و أنّ ما اختاره لك قول ثالث الأوّل اشتراط العجز عن المخالفه فى اصل الولاية المحرّمه و فى غيرها من المحرّمات التى يقع الامر بها من الجائر ضمن الولاية المحرّمه و هذا مأخوذ عن احتمال لك كون المشروط فى عبارته مركّباً من الامرين

الثاني ما اختاره الشهيد فيها من عدمه مط الثالث التفصيل بين اصل الولاية و المحرمات التي يأمر بها الجائر في ضمنها و هذا مأخوذ من استظهار الشهيد أولا- كون المشروط في العبارة مختلفا و غير خفي ان الاحتمال الواقع في تفسير العبارة لا يقتضى وجود القول على طبقه

قوله (عن الزوضه و المصاييح و الرياض)

و في الجواهر بعد حكاية الحاق الجرح بالقتل عن الشيخ ما هذا نصه الا ان لزوم الاقتصار في الخروج عن العمومات المجوزه لفعل المحرمات بالاكراه على المتيقن المتبادر من الاطلاق و هو القتل يقتضى المصير الى جواز الجرح الذي لم يبلغ حدّه كما هو الاشهر بل لعلّه المشهور بل ينبغي القطع بخلافه اذا كان الخوف بتركه على النفس نعم الا-حوط اجتنابه حيث لا يعارضه الاحتياط من جانب آخره

قوله (ع) (حاطك الله بصنعه و لطف بك بمئه)

في المصباح حاط يحوط حوطا رعاه و فيه كلاءه الله يكلؤه مهموز بفتحيتين كلاءته بالمدّ و الكسر حفظه

قوله (ع) (و انت تقبل منهم صرفا و لا عدلا)

الصرف التوبه و العدل الفديه و فيه عطف الجملة على الجملة و التقدير و لا اراك الله يوما و ليله و انت تقبل منهم عدلا

قوله (ع) (و الاحفاد)

الخدم و الاعوان جمع حافد و الشرط اعوان السيلطان و الولاه و أول كتيبه تشهد الحرب و تتهيأ للموت الواحده شرطه كغرف و غرفه و الخميس الجيش

قوله (ع) (و من فضل تمركم و رزقكم و خلقكم و خرقكم)

اي من فضل خلقكم و خرقكم من خلق الثواب اذا بلى فهو خلق بفتحيتين و الخرق بكسر الخاء و فتح الراء جمع خرقه

قوله (ع) (فشبهتها ببئنه)

هي بضمّ الباء و فتح الثاء المثلثة و الياء الساكنه و النون المفتوحه كجهينه

قوله (ع) (عروف من الدنيا)

غرف من الشىء ء غرfa من باب ضرب و قتل انصرف و الجنادل جمع جندل كجعفر بمعنى الحجار و الطوائل جمع طائل بمعنى النفع و الفائدة فيوم قيمه يطالبون بالفوائد التي كانت تحصل من الخزائن كالبديل على الفقراء و المساكين و غير ذلك من

الخيرات و الغوائل جمع غائله بمعنى الفساد

قوله (ع) (و حشره على صوره الذر)

الذر صغار النمل و المعنى أنه بجميع أعضائه يحشر على صوره نمله صغيره واحده

قوله و هو القذف على كراهه

لا يخفى أنّ قوله (ع) الكفّ عنهم اجمل يدلّ على أنّه اولى و خلاف الاولى قد يكون مباحا و لا ملازمه بينه و بين الكراهه

[النوع الخامس ممّا يحرم التكبّب به ما يجب على الإنسان]

اشاره

قوله (الخامس ممّا يحرم التكبّب به ما يجب على الإنسان)

فى المسأله اقوال احدها أنّ اخذ الاجره على الواجب حرام مط سواء كان نفسيا او غيريا عيبيا او كفائيا تعديدا او توصييا دون المستحب و هذا يظهر من جماعه منهم المحقق فى يع حيث قال الخامس ما يجب على الإنسان فعله كتغسيل الموتى ه و العلامه فى عد حيث قال الخامس ما يجب على الإنسان فعله تحرم الاجره عليه كتغسيل الموتى ه و مثله قال فى يق و قال التراقي

في المستند المشهور أنه لا يجوز اخذ الاجره على ما يجب فعله عينا او كفايه ه و مثله قال الاردبيلي في شرح الارشاد ثانيها ما نقل عن فخر المحققين من التفصيل بين التعدييات و التوضيحات عينا او كفايه و يمكن استناد هذا القول الى كل من قال بجواز اخذ الاجره على القضاء مط حتى لو كان واجبا عيتيا بل الى كل من استند ان اخذ الاجره مناف للاخلاص ثالثها ما نسب الى علم الهدى من الجواز في الكفائي كتجهيز الميت و ان كان تعدييا و في النسبه ما ذكره المصنف من أنه مخالف في مسئله اخرى و هي ان التجهيز ليس واجبا ألما على الولي و مع فقدته يجب على غيره فعلى هذا هو مخالف في الموضوع لا- في اصل الحكم رابعها ما حكاه في المتن بعد ذلك عن فخر المحققين من التفصيل بين الكفائي التوضيحي فيجوز ألا بنص الشارع على تحريمه كالدفن و في غيره فلا يجوز خامسها ما عن الشيخ جعفر قدس سره في شرح القواعد من أنه قال ما يجب على الإنسان فعله وجوبا مطلقا او مشروطا بغير العوض و قد تحقق شرطه لتعلق ملكك او حق مخلوقى او خالقى يحرم الاجره عليه و الجعل و ساير الاعراض عينا كصلاه الفريضة و صوم شهر رمضان او كفائيا كتغسيل الموتى و تكفينهم و تحنيطهم و الصلاه عليهم و حفر قبورهم و دفنهم و حملهم الى محالها و نحوها من الاعمال اللآزمه التى تتعلق بالمال الاصلى كما مرّ او عارضى بنذر او عهد او نحوهما و سيجى ء حكايه تتمه كلامه فى المتن سادسها ما عن بعضهم كالرياض و مفتاح الكرامه من التفصيل بين الواجبات العيتيه او الكفائيه المقصوده لذواتها كاحكام الموتى و تعليم الفقه و ما يجب لغيره كاكثرو الصناعات الواجبه كفايه توضيحا الى انتظام امر المعاش و المعاد سابعا ما يظهر من المصنف من التفصيل بين العيني التعييني و الكفائي التبعدي فلا يجوز و الكفائي التوضيحي و التخييري التوضيحي فيجوز و التردد فى التخييري التبعدي ثامنها ما اختاره صاحب العروه فى الحاشيه من جواز اخذ الاجره و ان كان تعدييا عيتيا نعم لو فرض استفاده المجائيه من دليله لا يجوز اخذ الاجره عليه و لا يخفى عدم اختصاص النزاع بعقد الاجاره كما يتوهم من اخذهم الاجره فى عنوان المسأله بل يعم سائر عقود المعاوضات مما وقع بذل المال فيه بدلا و عوضا عن الواجب بعنوان المعاوضه و المعامله عليه نعم لا يشمل ما لو كان البذل لاجله بنحو العطيّه و شبهها و ان وجب البذل بسبب كما لو نذر ان يعطى درهما لمن صلى الفريضة فانه يجوز اخذ المنذور ح بلا اشكال

و الاقوى ما هو المشهور من عدم جواز الاجاره فى الواجبات مط و جوازها فى الصناعات التى تتوقف النظام عليها و يجب كفايه لوجوب اقامه النظام و ان تعين بعضها على بعض عند انحصار القادر فيه و بيان ذلك فى طي امرين الاول لا اشكال فى أنه لا يعتبر فى متعلق الاجاره ان يكون العمل اللذى يأخذ الاجير او العامل بإزائه الاجره او الجعل مملوكا له و لكن من الواضح أنه لا بد ان يكون ممّا يمكنه تمليكه و يكون له السلطنه على

تمليك العمل للغير و ان لم يكن مملوكا له فعلا فعمل الحرّ ليس مملوكا لنفسه و يجوز ان يكون اجيرا للغير و يكون العمل ملكا للمستأجر و هذا كما في بيع الكلّي فانّ البائع لا يملك شيئا بالفعل و يملك الغير بما في ذمته و لا اشكال أيضا في أنّه يكفي في صحه الاجاره حصول غرض عقلائيّ للمستأجر و لو كان النفع عائدا الى الغير و لا يعتبر انتفاع شخص المستأجر بذلك العمل و لكن قيد الانتفاع جار في كلّ معاملة و لا اختصاص له بالاجاره و حاصله ان لا تكون المعاملة سفهيه و لكن مجرد هذا القيد لا يكفي و لا- بدّ ان يعلم أنّ المستأجر لا- بدّ و ان يمكنه مالكيه العمل الّذي يبذل بإزائه العوض بمعنى ان يكون العمل ممكن الحصول له و يكون له السّيطنه عليه بحيث يكون له اجبار الاجير عليه و ابرائه اذا علمت هذا فقد ينتفى كلا الشرطين كاستيجار من يجب عليه صوم شهر رمضان او الحجّ في سنه الاستطاعه فانّ الاجير ليس مالكا لعمله و لقد احسن من قال أنّ التّنافي بين صفه الوجوب و التّمكك ذاتي و اذا كان العمل واجبا لله تعالى فليس للمكّلف تركه او نقله الى غيره و المستأجر أيضا لا يمكنه التّمكك لانّ المفروض كون العمل واجبا عليه أيضا بالمباشرة و قد ينتفى الشرط الاوّل كون الاجير من يجب عليه العمل بالمباشرة و المستأجر من يجب عليه ايجاد العمل و لو بالاستتابه و قد ينتفى الشرط الثاني ككون المستأجر من يجب عليه العمل بالمباشرة من دون ان يكون واجبا على الاجير و ما ذكرنا من المنافات بين وجوب العمل و جعله متعلّقا للاجاره و أنّ الوجوب يقتضى خروج العمل عن كونه مملوكا للعبد بحيث يتصرّف فيه ما شاء في الواجبات العينيّه في غايه الظهور و كذا الكفائيّه فانّ مناط المنع و هو التّنافي جار فيها فانّ فيها يتعيّن العمل لما يجب على الاجير فلا يمكن ان يدخل في ملك الغير ثمّ أنّه لا اشكال في كون التّسليم و القدره عليه شرطا في الاجاره و ان كان تسليم كلّ شيء بحسبه كما فضّل في مقامه و العمل الواجب على العبد الواقع له كيف يمكنه التّسليم الى غيره هذا كلّه مضافا الى الاجماع المنقول على التّحو الكلّي فعن مجمع البرهان بعد قول المصنّف الخامس الخ الظاهر أنّه لا خلاف في عدم جواز اخذ الاجره على فعل واجب على الاجير سواء كان عينا او كفايّا فكان الاجماع دليله ه و عن الرياض بعد قول المصنّف السادس اخذ الاجره على قدر الواجب من تغسيل الاموات الخ و نحوها الواجبات الاخر التي تجب على الاجير عينا او كفايّا وجوبا ذاتيا بلا- خلاف بل عليه الاجماع في كلام جماعه ه و عن بعض الاساطين في شرح القواعد و في الاجماع المنقول عن جماعه على المنع في خصوص ما ذكر في المتن كفايه و يفهم العموم من تعليلهم ذلك بالوجوب الكفائي و دعوى المحضّل غير بعيدة عند المحضّل ه و الاجماع المنقوله ظاهرا او صريحا عن بعض منهم ط و الخلاف و التّحرير و جامع المقاصد في بعض الموارد الجزئيّه كالتّضاء و الشّهاده و الاذان و تعليم صبيغه التّكاح و القائنها على المتعاقدين بل دعوى انصراف الادلّه و عمومات المعاملات عن امثال هذه المعاوضات قريبه جدّا و لا

اقلّ من الشكّ و الاصل في باب المعاملات هو الفساد الثّاني الوجوب قد يتعلّق بالعمل بالمعنى المصدرى و قد يتعلّق به بالمعنى الاسم المصدرى و الواجب فيما يتوقّف عليه النّظام كالطّبايه هو الأوّل و هو بذلّ العمل و لا ينافى ذلك كون العامل و الاجير مالكا لعمله و السرّ في عدّ ما يتوقّف عليه النّظام من القسم الأوّل هو أنّ وجوب العمل ناش من وجوب حفظ النّظام و من المعلوم أنّ ما يتوقّف عليه ذلك هو بذلّ العمل لا العمل مجّانا بحيث لا يملك العامل نتيجته عمله و ان شئت قلت أنّ كلّ واجب استفيد من الطّلب المتعلّق به أنّ المصلحه الملزمه أنّما هي في الاتيان بالفعل على وجه الاطلاق من دون ان يكون للمجّانيه و كونه بلا عوض دخل فيها جاز اخذ الاجره عليه فان قلت لا يصحّ التفكيك بين الفعل بالمعنى المصدرى و الاسم المصدرى و جعل اثر الفعل متعلّقا للاجازه فأنّه ليس فعلا للاجير يعنى امرا قائما به و أنّما هو امر يترتّب عليه قهرا و ما يصحّ ان يبذلّ الاجره بإزائه أنّما هو فعل الاجير و ما يكون بنفسه عملا له و هو في ذاته و ان لم يكن له مائته لكنّه باعتبار ترتّب الأثر عليه يعدّ مالا قلت لا اشكال في أنّ العمل و أثره ليسا من الافعال التّوليديه و الاسباب و المسبّبات الخارجيه بحيث يكونان متغايرين في الوجود الخارجى فهما متّحدا خارجا و أنّما التّغاير بالاعتبار و هو كاف في التّفكيك المذكور و أنّما يحتاج فهمه و تشخيص مورده الى لطف قريحه و لا- ضير في تفكيك الشّارع بينهما بوجوب العمل بالمعنى الأوّل و جواز اخذ الاجره بالمعنى الثّانى فأنّه امر جائز عقلا و عرفا و ليس التّكليف المتعلّق بالاعمال الّا كالتّكليف المتعلّق بالاموال و انت ترى أنّه قد يتعلّق تكليف او وضع بتمليك المال كوجوب بيع الطّعام في المخمسه و قد يتعلّق بنفسه المال كوجوب الزّكاه فلا يجوز اخذ العوض في مقابله و لعلّ بعض التّفاسيل المتقدّمه راجعه الى ما ذكرنا و كأنّهم يخرجون مورد الجواز عن تعلّق الوجوب بالعمل بالاعتبار الثّانى و يمكن ان يقال في وجه جواز اخذ الاجره على الواجبات الصّناعيه أنّ وجوبها أنّما هو لحفظ النّظام و أنّما يستقيم النّظام بالتكسّب بها و اخذ العوض عليها و التبرّع بها يوجب الاخلال به دون حفظه و هذا الكلام جار في الطّبايه أيضا حتّى في صورته تعيينها بالانحصار فإنّ الانحصار يوجب انقلاب ما وجب كفايه الى الوجوب عينا و الواجب كفايه هو التكسّب بها و للمصنّف ره في جواز اخذ الاجره على الطّبايه وجه اخر و هو أنّ الجمع بين الطّبيب و المريض واجب كفائى بينه و بين اولياء المريض و يجوز الاستيجار على الواجب الكفائى و سيجى ء هذا فى المتن

[حرمة التكسب بالواجبات]

قوله المخالف فى وجوب تجهيز الميّت

بل الظاهر أنّ دعوى الشّهرة فى لك راجعه الى اصل المسأله لا الى خلاف السّيد فإنّ فى لك بعد قول المصنّف الخامس ما يجب على الإنسان كتغسيل الموتى و تكفينهم الخ قال هذا هو المشهور بين الاصحاب و عليه الفتوى و ذهب المرتضى الى جواز اخذ ذلك لغير الولّى بناء على اختصاص الوجوب به و هو كما ترى

قوله (و اعلم أنّ موضوع المسأله)

الوجه فى تقييد موضوع المسأله بهذا القيد مع أنه غير مذكور فى كلام الاكثر هو أنه اذا كان الواجب ممّا لا ينتفع به المستاجر كان اخذ العوض عنه ممتنعا و كان خارجا عن عنوان المعاوضه لأنه ح كالجعم بين العوض و المعوّض

و فيه أولا- أنّ هذا شرط عقليّ فى الموضوع لتحقق المعاوضه و لا- فرق فيه بين الواجب و المستحبّ و المكروه و المباح فإنّ المستحبّ أيضا اذا كان ممّا لا يرجع نفعه الى الغير كالوضوء و الغسل المستحبين اذا لم ينتفع به الغير لا يصحّ دفع العوض عنه و لا وجه لتخصيص القيد بالمقام و ثانيا أنّ هذا الشرط لا يوجب تخصيص عنوان المسأله فإنّ ما هو محلّ الكلام هو صحّحه الاجاره و عدمها من حيث تعلّق الوجوب و هذا لا ينافى وجود جهه اخرى فى بعض الموارد كعدم حصول منفعه للمستاجر مثلا و ثالثا أنّ ما هو شرط عقليّ فى تحقق موضوع المعاوضه أنّما هو ان يكون للعمل نفع عقلائيّ يصحّ بذل المال فى عوضه حتّى لا تكون المعامله سفهيه و امّا اشتراط كون النّفع عائد الى الباذل فلا- وجه له لجواز دفع الشّخص عوضا فى مقابل ما ينتفع به صديقه كالاستيجار لكنس داره او يكون قصده من دفع العوض عن العباده مجرّد ان يكون الله مطاعا و نحو ذلك من الاغراض العقلانيه و رابعا لو سلّمنا اشتراط كون النّفع عائد إليه فمن الجائز ان يكون فى فعل الشّخص صلاه الظّهر عن نفسه منفعه يعود الى الغير كان يكون الرّجل جاهلا بعدد ركعات صلاه الظّهر او افعالها و كيفيتها فيستاجر غيره ليصلّى صلاه نفسه حتّى يتعلّم منه

قوله (فالاجره فى مقابل النّيايه)

قال صاحب العروه فى حاشيه المكاسب فى المقام ما هذا لفظه فيه أولا- أنّ هذا خلاف الواقع فى الخارج كيف و العالزم الاستحقاق للاجره من دون العمل أيضا اذا قصد النّيايه و لم يفعل شيئا و ان اراد من ذلك النّيايه فى العمل التى لا تتحقق فى الخارج العالما به فرجع الى اخذ الاجره على العمل اذ ليست النّيايه شيئا و العمل شيئا اخر الخ و ثانيا أنّ هذا لا ينفذ فى تحقق الاخلاص المعتبر فى العبادات على مذهبه فانه يقول لا بدّ ان يكون الحامل له على الفعل هو القربه و الاخلاص من غير مشاركة شىء و من المعلوم أنّ الحامل على العمل فى المقام أنّما هو اخذ الاجره و دعوى أنّه بعد تنزيل نفسه منزله المنوب عنه ينوى التقرب اعنى تقرب المنوب عنه فهو فى النّيايه غير قاصد للقربه الاّ أنّه فى العمل قاصد لها من حيث أنّه فى العمل كانه هو المنوب عنه ففعله من حيث النّيايه فعل له و لا قربه فيه و من حيث الصّلاه فعل للمنوب عنه فينوى قربته مدفوعه بانّ ذلك لا يتصور الاّ من حيث الاخطار و العالما فالدّاعى على العمل بالوجدان ليس العالما اخذ الاجره فكما أنّ كون فعله فعلا للمنوب عنه تنزيلّى فكذا يتّته للقربه أيضا صوريّ و لا- حقيقه له ه ما اردنا نقله و من احاط بكلام شيخنا قدّس سرّه علم ان ليس الغرض وقوع الاجاره بإزاء قصد النّيايه من دون العمل بل لّمّا كان الفعل الخارجيّ الصّادر من الثّائب له جهتان جهه النّيايه و الفعل من

هذه الجهة فعل للنائب و جهه وقوع العمل عن الغير و الفعل من هذه الجهة فعل للمنوب عنه بعد عدم اعتبار المباشرة بالدليل المجوّز للنيابة و تحقّق النيابة عن النائب اى تنزيل نفسه منزله المنوب عنه فى هذا الفعل كان الاجره بإزاء العمل بالاعتبار الاوّل و التقرب بالاعتبار الثانى و يكون الحاصل وقوع الاجره بإزاء اتيان العمل بالامر المتوجّه الى المنوب عنه الا عمّر من المباشرة و الاستنابه و ثبوت الجهتين فى الفعل الخارجى و اجتماع العنوانين فى ذلك المصداق لا يبتنى على مسئلة اجتماع الامر و النهى حتّى يمنع عن حصولهما بناء على الامتناع لأنّ داعى الاجره واقع فى طول داعى القربه و ما ذكره المحشّى من أنّ الحامل على الفعل العبادى لا بدّ و ان يكون هو القربه و الحامل عليه فى المقام أنّما هو اخذ الاجره فيه أنّ الحامل على العمل من جهة النيابة هو الاجره و الحامل عليه من جهة المنوب عنه بعد حصول النيابة هو الامر المتوجّه الى المنوب عنه بالامر الاعمّ و ما يعتبر فيه الاخلاص هو الامر المتوجّه الى المنوب عنه لا- الامر الاجارى المتوجّه الى النائب الّذى هو توصّلى و الاجره لا تقع فى سلسله داعى المنوب عنه و أنّما هى بإزاء قصد النائب النيابة فى عمله بحيث لو قصد النائب اتيان العمل للاجره او قصد اتيان العمل بداعى امره سبحانه بإزاء الاجره لم يقع للمنوب عنه فكما أنّ المتبرّع اذا قصد الامر المتوجّه الى المتبرّع عنه يقع عنه و الّا فلا و ليس داعيه فى سلسله داعى المنوب عنه فإنّ داعى المتبرّع هو الامر الاستجابى و داعى المتبرّع عنه هو امره الخاصّ المتوجّه الى الفعل كذلك الاجير ليس داعيه فى النيابة الّا اخذ الاجره و الاتيان بالفعل القربى للمنوب عنه فالاجره بإزاء ايقاع العمل عنه لا بإزاء ما هو مناط العباده و الحاصل أنّ النيابة فى العمل غير نفس العمل المنوب فيه الّذى يوجب فراغ ذمّه المنوب عنه و تحقّق الثانى لا يكون الّا بعد حصول الاوّل و سيجى ء فى توضيح الوجه زياده بيان فى المتن

فان قيل بناء على هذا فلا بدّ من تعدّد الجعل و التّنزيل من النائب

قيل اللّازم أنّما هو جعل واحد و هو تنزيل نفسه مقام نفس المنوب عنه فى هذا الفعل و صيروره الفعل فعلا له من آثار هذا الجعل و لا يحتاج الى جعل اخر

فان قيل لو كانت النيابة عباره عن تنزيل النائب نفسه منزله المنوب عنه و الاتيان بالعمل متقرّبا بعنوان أنّه المنوب عنه لكان اللّازم على الفقهاء ان يتّبها على ذلك و من الظاهر أنّ النائب لا يلتفت غالبا الى التّنزيل المذكور

قيل انّ لفظ النيابة كافيّه فى افاده ذلك و التّنزيل المذكور اى قيام الإنسان نفسه مقام غيره فى هذا الفعل مرتكز فى ذهن كلّ نائب

فان قيل لو كانت النيابة عباره عن التّنزيل المذكور فلا يصحّ ايقاع الفعل العبادى عن الغير فى زمان حياه المنوب عنه اذا كان مشتغلا بالعباده اذ لا يتصوّر تعلق امرين الى مكلف واحد فى زمان واحد مع أنّ الاصحاب صرّحوا بجواز اتيان النائب العبادات

المستحبّه عن المنوب عنه حين اشتغاله بالفعل العبادى

قيل أنّ العبادات على قسمين الأوّل ما لا يصحّ الاتيان به فى زمان واحد أأ واحدا كالأصلوات اليوميّه لما فيها من الترتيب الموجب لذلك والثانى ما يصحّ الاتيان به فى زمان واحد ازيد من واحد كالحجّ والزياره وقراءه القرآن اذ لا مانع من اتيان المنوب عنه فى زمان واحد ازيد من واحد أأ عدم تمكّنه على الاتيان كذلك و أأ فلو فرض تمكّنه عليه لتعلّق الامر بالجميع فى زمان واحد و حيث أنّ فعل النَّائب كفعله كان له التمكّن من ذلك

فان قيل أنّ كون المتقرّب بالفعل فى الحقيقه هو المنوب عنه مخالف لظاهر روايه عبد الله بن سنان عن ابى عبد الله (ع) فى خصوص استيجاره رجلا ليحجّ عن ابنه اسماعيل حيث قال (ع) فى ذيل الروايه يا هذا اذا أنت فعلت هذا كان لاسماعيل حجّه بما انفق من ماله و كان لك تسع بما اتعبت من بدنك و مثله قوله (ع) فى روايه اخرى و لك تسع و له واحده فانّ ظاهرهما أنّ العامل هو المتقرّب بالعمل و أأ لم يكن للرجل تسع من الثواب

قيل قد بيّنا فى بعض كتبنا أنّ الخبرين ساكتان عن كيفيه اتيان العمل و أنّه على وجه التّنزيل او أنّ النَّائب يتقرّب بنفسه و يأتى للمنوب عنه و قوله (ع) كان لك تسع لا يدلّ على أنّ العامل هو المتقرّب و لو كان الثّواب دليلا على كون المثاب هو المتقرّب فقد اشتمل الحديث أيضا على أنّ واحده لابنه فيلزم ان يكون اسماعيل هو المتقرّب مضافا الى ظهور الخبر فى أنّ له تسع حجّات لا تسعه اجزاء من حجّه واحده و كون ذلك من باب التفضّل

قوله (حسن فى بعض موارد المسأله و هو الواجب التّعبدى فى الجملة)

لعلّ هذا التقييد إشاره الى ما سيجى ء فى كلامه من التردّد فى التخييرى التّعبدى

قوله (لكنّ الانصاف أنّ هذا الوجه أيضا لا يخلو عن الخدشه)

قد عرفت أنّ الفعل اذا كان مستحقا لله تعالى و مطلوبا ايجاده منه بطلبه الحتمىّ فلا يمكن ان يتعلّق حقّ بايجاده و هذا من غير فرق بين ان يكون ملكيه المستاجر فى طول طلب الشّارع و استحقيقه بان يستأجره للعمل الواجب عليه من الله ان يأتى به لله او يكون فى عرضه بان يستأجره للعمل كذلك ان يأتى به له لا لله لأنّ مناط المنع المتقدّم و هو أنّ العمل الواجب لكونه واجبا على الاجير لا يمكنه تمليك الغير جار فيهما

قوله (ثمّ أنّ هذا الدليل باعتراف المستدلّ)

ليس فى كلامه ما يدلّ على اختصاص الدليل بالواجب العينى و المنقول عنه بعد الدليل المتقدّم هكذا و هو فى العينى بالاصل او العارض واضح و اما الكفائىّ فلأنّه بفعله يتعيّن له فلا يدخل الخ و أنّ الفعل يتعيّن له فلا يدخل فى ملك اخر راجع الى الدليل السابق و هو التّنافى بين الوجوب و التملك

منع وقوع الفعل له بعد اجاره نفسه)

لم يبين ره وجه المنع و ما ذكره من ان آثار الفعل ح ترجع الى الغير عين الدعوى و قد اتفق اصحابنا على ان الواجب الكفائي هو ما يجب على الجميع كالواجب العيني و يشتغل ذمتهم به و انه نسخ من الوجوب له تعلق بكل واحد من المكلفين بحيث لو اخل بامثاله الكل عوقبوا على مخالفته جميعا و لو اتى به الجميع دفعه امثل الكل و استحقوا للمثوبه و ان سقط بفعل البعض لحصول الغرض و على هذا فالعمل يتعين لما يجب على الاجير من قبل الله تعالى و ليس له تركه او نقله الى غيره و لا يمكن ان يدخل في ملك الغير نعم نقل عن بعض الشافعيه ان الوجوب في الكفائي يختص بواحد مبهم غير معين لكنه باطل قطعاً لان الوجوب فيه لو كان كذلك لما استحق الجميع العقاب على المخالفه و يستحيل تائم احد بترك ما لا يكون واجبا عليه و اتفقوا أيضا على انه لو اتى الجميع بالواجب استحقوا الثواب

قوله (اما الحكايه فقد نقل المحقق و العلامة ره و غيرهما)

اعلم ان الظاهر ثبوت الاتفاق على حرمة اخذ الاجره على القضاء فعن الخلاف الاجماع عليه و عن المبسوط لا يجوز عندنا بحال و ادعاه أيضا في جامع المقاصد و عن الكشف ان تعين للقضاء او كان مكنتيا بما له فعلا او قوه او بما يرزق من بيت المال لم يجز له اخذ الجعل قولاً واحداً و عن الكفايه عدم معرفته الخلاف بين الاصحاب مع وجود الكفايه من بيت المال و عن التحرير دعوى الاجماع على حرمة اخذ الاجره سؤال تعين عليه او لم يتعين و سواء كان ذا كفايه او لا- و يحتمل في كلام بعض المجوزين ارادتهم لبعض صور الاحتياج الموجب لسقوط التكليف بالقضاء الذي هو المانع عن اخذ الاجره فاذا استوجر له و جب لذلك و عاد الوجوب الساقط بسبب الضروره و يحتمل اراده الارتزاق من كلام آخرين و لا- اشكال في ان الوجوب على القاضى متعلق بالقضاء بمعنى الاسم المصدرى و هو فصل الخصومه فاخذ الاجره عليه حرام مط بخلاف الوجوب الناشى من حفظ النظام فان الوجوب هناك متعلق بالمعنى المصدرى كما مرّ و سيجى ء

قوله (او اسقاطه به او عنده)

قال السيد صاحب العروه ره في الحاشيه اما الامثال فكما اذا استاجره لدفن الميت عن نفسه فدفنه كذلك و اما الاسقاط به اى بالفعل فكما اذا استاجره للدفن نيابه عنه فانه لو اتى به عنه يسقط عنه الوجوب بسبب هذا الفعل و اما السقوط عنده فلم افهم المراد منه ه و يمكن ان يكون المراد منه مثل ما لو كان الدفن واجبا على شخص و لو كفايئاً فاستاجره اخر للنقل الى مشهد مثلا فان وجوب الدفن فعلا يسقط لمصلحه النقل و كذا لو نذر احد انه لو لم يقرأ مقداراً من القرآن يوم الخميس صام فى غده فاستاجره شخص لقراءته يوم الخميس فان عدم وجوب الصوم ح من باب سقوط الواجب

بناء على ارجاع الواجب المشروط الى المعلق كما هو مختاره قدس سره فلا يقال ان عدم وجوب الصوم ح من باب عدم حصول شرط الوجوب و يحتمل ان يكون إشاره الى التردد في ان وجوب الواجب الكفائي هل هو بملاك واحد امر بملاكات متعدده بحسب افراد المكلفين و على الاوّل يكون اسقاط الايجاب المذكور بذلك الفعل و على الثاني يكون عنده و يبعده ان الظاهر عدم الاشكال في ان الوجوب فيه انما هو بملاك واحد

قوله (و اما الواجب التخييري فان كان توصليا)

التخير في الواجب قد يكون عقليا و قد يكون شرعيا فان كان عقليا كالدفن الذي مثل به في المتن فصريح العبارة انه لا مانع من اخذ العوض على حفر موضع بخصوصه اذا كان فيه مزيه اذا الواجب مطلق الدفن لا الفرد الخاص نعم اذا تساوت الافراد في متعلق اغراض العقلاء كان بذل المال ح بإزاء خصوصية الفرد سفها و الصواب ان التخير العقلي بين افراد الطبعه المطلوبه من شخص معين لا يوجب خروج الفرد المختار من كونه هو المطلوب منه و المستحقّ عليه سؤال جعل الاجره في مقابل نفس الفرد او في مقابل اختياره لانّ تشخص الطبعه الساريه طور من اطوار وجودها و شأن من شئونها غير مباين لها و لا ممتاز عنها الا بخصوصية التطور الغير الموجب لخروجه عن كونه هو المستحقّ عليه و لذا كان الموجد له ممثلا لما امر به وفي الدين الكلي الثابت في الذمه وفاء له و ليس الا لكونه عين المطلوب منه و المشغوله به ذمته نعم لو كان للخصوصية عنوان مستقل يتحد مع الطبعه في الوجود مره و يفترق عنها اخرى كالكون في المسجد من حيث هو كون فيه جاز بذل العوض بإزاء ذلك العنوان بخصوصه و ان اتحد مع الطبعه المطلوبه في الوجود و لكنّ المعوض عنه فيما نحن فيه هو من قبيل الصلاه في المسجد لا نفس الكون فيه المتحد معها في الوجود فلا فرق في عدم جواز اخذ الاجره بين ما اشتمل على مزيه زائده و غيره

هذا مضافا الى انه لو جاز البذل على الخصوصية في التخير العقلي لم يشذ واجب تعييني عن جواز المعاوضه عليه و لو باعتبار خصوصية من خصوصيات التشخص و كان اللّازم عليه ره قصر المنع على الواجب التعبدي و ان كان التخير شرعيا فالامر اوضح لما تقرّر في محله من عدم تعلق الامر فيه بالقدر المشترك و تعلقه بكل واحد من افراد التخير و ان اختلفوا في كفيته و ان الواجب هل هو كل واحد من الامرين بنحو من الوجوب و هو انه واجب جاز تركه الى بدله أم هو كل واحد منهما مشروطا بعدم الاخر أم هو كل واحد منهما على وجه البدليه ثم ان الواجب التخييري اذا كان تعبديا فمضافا الى المنع من جهه التنافي بين كون العمل مستحقا لله تعالى و اخذ العوض كما بنينا عليه يجرى المنع من حيث قصد الاخلاص لما عرفت من عدم تعلق الامر بالقدر المشترك و لو سلم فاتحاده مع الخصوصية مانع عن التفكيك بينهما في القصد و كفايه الاخلاص بالقدر المشترك فيما كان ايجاد خصوص بعض الافراد لداع غيره لا وجه

لها

قوله (لا على التّيابه فيما هو واجب على المستاجر فافهم)

لعلّه إشاره الى أنّ ما سبق من بعض امثله التّيابه فى ذيل قوله و الذى ينساق إليه النّظر و كذا قبله فى ردّ كلام بعض الاساطين فى الواجب الكفائى لم يكن ذكره مقصودا بالاصاله من محلّ الكلام

قوله (ثمّ أنّه قد يفهم من ادّله وجوب الشّيء)

لما ذكر أنّ الواجب الكفائى ان كان توصّليا يمكن اخذ الاجره عليه استدركه بهذا الكلام و الانصاف أنّ الفرق بين كون العمل متعلّقا لحكم من الله تعالى او كونه حقّا لمخلوق تحكّم لا دليل عليه و قد عرفت فيما سبق أنّ الوجوب من قبله تعالى مانع عن جواز اخذ الاجره

قوله (لتأخّر الوجوب عنها و عدمه قبلها)

اى لتأخّر الوجوب عن الاجاره او الجعاله ضروره تقدّم الشّروط على المشروط و هذا واضح

قوله (لأنّه لاقامه النّظام من الواجبات المطلقه

و اقامه النّظام من الواجب المطلق دون المشروط و ما يجب مقدّمه لها يتبع وجوبها فى الاطلاق و التّقييد و يمكن ان يقرّر الوجه السادس على نحو لا يرجع الى الواجب المشروط و يتمّ حتّى على تقدير كون اقامه النّظام من الواجبات المطلقه و هو أنّ ما يجب لاقامه النّظام هو خصوص العمل بالاجره لا العمل مط فيجاب ح بأنّ بعض الصّينائع ممّا يتوقّف عليه بقاء الحياه واجبه بالضروره بذل له العوض أم لا

قوله (السّابع أنّ وجوب الصّناعات المذكوره)

الظاهر أنّ هذا الجواب هو ما ذكرناه سابقا من أنّ الواجب هو بذل العمل و ذلك لا ينافى مالكيه العامل لعمله و الاجره تقع بإزاء نفس العمل الّذى هو مناط مالئيه المال و ما اورده المصنّف على هذا الوجه من أنّه اذا فرض وجوب احياء النّفس و وجوب العلاج كونه مقدّمه له فاخذ الاجره عليه غير جائز ه ممنوع اذ لا يثبت ذلك وجوب العلاج و العمل ممّانا

قوله (و أنّما وقع الخلاف فى تعيينه)

و ذهب بعض الى أنّه مقدار الكفايه و بعض اخر الى أنّه أقلّ الامر من اجره المثل و من مقدار الكفايه

قوله (و أنّما باذل المال للمضطرّ فهو أنّما يرجع)

هذا هو الوجه الذي تسمي كنا به في جميع الواجبات التي يتوقف عليها النظام على ان البذل للمضطرر انما يجب لدفع الضرر عنه و البذل مجاناً ضرر على البازل و لا يدفع الضرر بالضرر و الجمع بين احترام المال و دفع الضرر عنه هو البذل بالعوض لا مجاناً

قوله (و من هذا الباب اخذ الطيب الاجره على حضوره)

فيه ان مقتضى ذلك عدم جواز اخذ الاجره اذا لا- يمكن نقل المريض إليه و تعين الجمع أيضا بحضوره و هو خلاف اطلاق كلماتهم في الجواز و ان تعين عليه

قوله (هذا تمام الكلام في اخذ الاجره على الواجب)

و قد علم انه قد يتوهم التقتض في المسأله بموارد بعضها على القول بمنافاه اعتبار الاخلاص لاخذ الاجره عليه ذاتا و بعضها على القول بمنع الاجره على

الواجبات مط بل و على القول بقصر المنع على العينى منها فمن القسم الاوّل العبادات المأتى بها لحصول المطالب الدينويّه كداء الدّين وسعه الرّزق و غيرهما من الحاجات الدينويّه و منه العبادات المستاجر لل قضاء عن الميّت و من القسم الثّانى الصّيناعات التى تتوقّف النظام عليها و منه الاجره على الطّبايه التى هى أيضا من الواجبات الكفائيّه و منه وجوب بذل الطّعام للمضطرّ مع جواز اخذ العوض و منه اخذ الام المرضعه بعوض ارضاع اللبأ مع وجوبه عليها و منه جواز اخذ الوصى الاجر على عمل الوصايه مع وجوبه عليه عينا و تبين فى خلال البحث الجواب عن ذلك كلّه و اورد بعضهم على المشهور النّقص بالجهاد الواجب كفايه مع جواز الثّيبه فيه و اخذ الاجره عليه حتّى أنّ فى محكى الجواهر نسبه الى ظاهر الفتاوى حيث قال بل ظاهر الفتاوى عدم الفرق فى الثّائب بين كونه قادرا بنفسه على الغزو من دون حاجه الى الجعل و غيره ممّن لم يكن قادرا و لا ينافى ذلك كونه واجبا على الاوّل بعد ان كان مختيرا بين فعله لنفسه و بين فعله عن غيره كما أنّ الجاعل مختير بين فعله بنفسه و بين الثّائب عنه و من ذلك يعلم ما فى تقييد بعضهم الثّائب فى المسأله السّابقه بكونه غير واجب الجهاد لفقره ه و الجواب أنّ ما هو المسلّم عندهم بل ادعى عليه الاجماع كما فى المنتهى و غيره تخيير من وجب عليه الجهاد بين ان يجاهد بنفسه او يستنيب غيره عنه و ذلك لعدم وجوب المباشره و اما تخيير من وجب عليه بين ان يجاهد لنفسه او يصير نائبا عن غيره فممنوع و صرح بذلك فى ير و هى فى الاوّل و لا يجوز لمن وجب عليه الجهاد ان يجاهد عن غيره بجعل فان فعل وقع عنه و وجب ردّ الجعل الى صاحبه و فى الثّانى لا يجوز لمن وجب عليه الجهاد ان يجاهد عن غيره فان فعل وقع عنه و وجب ردّ الجعل الى صاحبه لانه قد تعيّن عليه فلا يجوز ان ينوب عن غيره فيه كالحجّ ه

قوله (و اما الحرام فقد عرفت عدم جواز اخذ الاجره عليه)

و السرّ فيه أنّ الأجير لا يملك عمله و لا يمكنه تملكه بحكم الشّرع و هو مسلوب الاختيار بالتحريم الشّرعى و غير قادر على فعله

[أما المكروه و المباح و المستحب]

قوله (و اما المكروه و المباح)

اذا كان فى الفعل منفعه تعود الى المستاجر و لو بنوع من الملاحظه بحيث تكون ممّا يتعلّق به غرض عقلايى

قوله (مع أنّ ظاهر ما ورد فى استيجار مولانا)

فى الوسائل مسندا عن عبد الله بن سنان قال كنت عند ابى عبد الله (ع) اذ دخل عليه رجل فاعطاه ثلثين دينارا يحجّ بها عن اسماعيل و لم يترك شيئا من العمره الى الحجّ الا اشترط عليه حتى اشترط عليه ان يسعى فى وادى محسّر ثمّ قال يا هذا اذا انت فعلت هذا كان لاسماعيل حجّه بما انفق من ماله و كان لك تسع بما اتعبت من بدنك و ظهور الزوايه فى اشتراط الافعال ابيه عن وقوع الاجاره على المقدمات

[عدم جواز إتيان ما وجب بالإجاره عن نفسه]

قوله (وقال في لك هذا

إذا كان الحامل متبرعا بالخ)

و هذا هو الاقوى و حاصله الفرق بين ما لو استاجره ليحملة حين طوافه لنفسه و ما لو استاجره للحمل مط ففى الصوره الاولى يصح الاحتساب لأن ذمه الموجر لم تكن مشغوله بشىء غير طواف نفسه و ما استوجر له لا ينافى طوافه بخلاف الثانيه فانّ ذمته مشغوله بالاجاره للغير و لا يمكنه قصد الطواف لنفسه

لا يقال انّ ما اشتغلت به الذمه فى الصوره الثانيه شىء غير الطواف و قصده للطواف لا يكون منافيا لما استوجر له و هل هو الاّ مثل من كان اجيرا لمحافظة بيت فاشتغل فى اثناء مدّه الاجاره بالصّلاه الغير المنافيه لها و بعبارة اخرى الحركة المخصوصه للحامل ليس نفس ما استوجر له اى الحمل كما انّ تلك الحركة ليست نفس الطواف بل الحركة مقدّمه و محصّله لهما و لاجل هذا فلو حملة فى طوافه من غير اجاره او صار اجيرا لحملة فى طوافه لم يكن الحركة المخصوصه طوافا لخصوص من حملة او صار اجيرا لحملة و يجوز أيضا عندهم حمل شخص شخصين للطواف و كذا ركوبهما حين الطواف على دابّه واحده

فانه يقال لا اشكال فى انّ الحركة المخصوصه ليست نفس الحمل و لا الطواف و فى أنّها سبب لحصولهما و فى صحّه اشتراك حصول طوافين او ازيد بمقدّمه واحده و حركه خاصه و أنّما الكلام فى أنّه لو كان اجيرا للحمل استحقّ المستاجر الحركة الخاصه فلا- يجوز صرفها الى نفسه بجعلها وسيله الى طواف نفسه و كون الطواف غير الحركة أنّما هو بالاعتبار و الاّ فليس الطواف امرا خارجيا يمتاز عن تلك الحركة فتّ جيدا فانه دقيق

[أخذ الأجره على الأذان]

قوله (و فى روايه زيد بن علىّ عن ابيه)

لا- يخفى عدم ظهور الزوايتين فى الحرمة و أنّ مفادهما اعمّ منها و من شدّه الكراهه مضافا الى أنّ اقتران الاجر فى الاذان باخذ الاجر على تعليم القرآن فى روايه زيد أماره على الكراهه لعدم حرمة الثانى و استدلال المشهور أيضا بصحيحه محمّد المرويه فى كتاب الشّهادات من الفقيه لا- تصلّ خلف من يبغى على الاذان و الصّلاه بين الناس اجرا و لا تقبل شهادته و بما روى عن امير المؤمنين (ع) أنّه قال اخر ما فارقت عليه حبيب قلبى ان قال يا على ان صلّيت فضّل صلاه اضعف من خلفك و لا تتخذنّ مؤذنا يأخذ على اذانه اجرا و بما روى عن دعائم الاسلام عن امير المؤمنين عليه السلام من السّحت اجر المؤذّن يعنى اذا استوجره القوم و قال لا بأس بان يجرى عليه من بيت المال و لا يخفى أنّ الظاهر من الاخبار المذكوره هو اذان الاعلام و اذان الصّلاه و اما اذان المكلف لصلاه نفسه فهو كالاقامه يمكن دعوى الاولويه فيه و لكنّ الاشكال فى أنّ مفاد الصّحيحه أيضا اعمّ من الحرمة و ذلك لما نرى من الزوايات النّاهيه عن الصّلاه خلف من يرتكب منافيات المرويه و عن شهاده السائل بالكفّ مع أنّ شيئا منهما ليس بحرام شرعا فالصّحيحه أيضا لعلّها من قبلها و اما ما بعدها فسياقها سياق بيان ما يترجّح فعله او يترجّح تركه و لهذا

قال فيها فصلّ صلاه اضعف من خلفك و اما روايه الدّعائم فهي ممّا لا يعتمد عليه الاصحاب و كون القول بالحرمة مشهوره بين الاصحاب لا يصير سببا لجبر ضعف الزوايه فانّها من الموافقه في المضمون و أنّما الجابر لضعف الزوايه هو عمل المشهور بها بحيث يعلم استناد قدماء الاصحاب في فتاويهم إليها و من اين يعلم ذلك في المقام فالعمده في اثبات الحرمة هي ما اشار إليه المصنّف من مطابقتها لقاعده عدم جواز الاستيجار على المستحبّ اذا كان من العبادات ثمّ أنّه اذا فعل حراما و اخذ الاجره و بدا له فأذن بقصد القربه لا بداعى الاجره كان اذانه صحيحا و ترتّب عليه اثر الاذان المأمور به و اما لو أذن بداعى الاجره فان كان اذان الصّلاه كان محرّما لأنّ الاذان على هذا الوجه غير مشروع و كان فاسدا لأنّ الاذان عباده و ان كان اذان الاعلام كان محرّما أيضا لما ذكرنا من غير فرق بين القول باشتراط التيه فيه و عدمه و هل يكون فاسدا فلا يترتب عليه احكام الأذان من الاجتزاء به و استحباب حكايته و نحو ذلك أم لا و جهان مبتيان على أنّ الاعلام بدخول الوقت المستحبّ كفايه هل يتأتى بالاذان المحرّم و الذي لا يتقرّب به أم لا و هو محلّ تردّد و دعوى ظهور الادله في ترتبها على خصوص الاذان المحلّل ممنوعه

[أخذ الأجره على الإمامه]

قوله (من حرمة اخذ الاجره على الامامه)

ان كان وجه الحرمة الاخبار الوارده في الاذان فقد عرفت الاشكال في دلالتها و ان كان الوجه فيها القاعده المتقدمه فاعتبار القربه في إماميه الامام في الجماعه مضافا الى القربه في اصل الصّلاه لا دليل عليه و الظاهر كفايه القربه في اصل الصّلاه في الصحّه و لأجل هذا ينعقد الجماعه و لو لم ينو الامام الامامه و الجماعه نعم عباديتها و ثوابها موقوفه على تحقّقها بداعى الاخلاص و اما الاحتياط في التجنّب عن اخذ الاجره فلا اشكال في حسنه و لزومه

[ثم إنّ من الواجبات التي يحرم أخذ الأجره عليها عند المشهور تحمّل الشهاده]

قوله (كما هو احد الاقوال في المسأله)

و هو المشهور و ثانيها عدم الوجوب و هو المنقول عن ابن ادريس و ثالثها التفصيل بين من له اهليه الشّهاده فيجب التحمّل و غيره فلا- يجب نقل عن الشيخ في النهايه و جماعه و على القول الاوّل فوجوب التحمّل و كذا الاداء ان كان عيتيا فحرمة اخذ الاجره عليه واضحه و ان كان كفاثيا فجعل المصنّف حرمة الاجره من حيث أنّ التحمّل و الاداء حقّ و فيه أولا ما مرّ من أنّ مطلق الوجوب مانع عن جواز اخذ الاجره و لا يختصّ في الكفائي بما كان حقّا لمخلوق و ثانيا الحكم اما تكليف يتعلّق بافعال العباد أولا- و بالذّات من حيث المنع عنها و الرّخصه فيها و اما وضع لا يتضمّن المنع و الرّخصه و لا يتعلّق بالافعال ابتداء و ان كان له نحو تعلّق بها باعتبار ما يستتبعه من التّكليف و الحقّ قد يطلق في مقابل الملك و قد يطلق فيما يرادفه و هو بمعنييه سلطنه مجعوله للإنسان من حيث هو على

غيره و لو بالاعتبار من مال او شخص او هما معا كالعين المستأجره فان للمستأجر سلطنه على المجر في ماله الخاص و هو اضعف من مرتبه الملك او أول مرتبه من مراتبه المختلفه في الشده و الضعف و يختلف بحسب الاحكام و الآثار فكما ان منه ما يمتنع فيه السقوط و الاسقاط و النقل الاختياري كالصالح و الانتقال القهري كالارث و ذلك كحق الابوه و ولايه الحاكم و حق استمتاع الزوج بالزوجه و منه ما يمكن فيه جميع ذلك كحق الخيار المطلق و حق التحجير و منه ما يجوز سقوطه بالاسقاط و لا يجوز نقله كحق الخيار المجمعول لصاحبه بشرط مباشرته للفسخ و منه ما ينقل مجاناً لا بعوض كحق القسم بين الزوجات بناء على عدم مقابله بالاعواض فكذلك لا ضير ثبوتاً ان يكون منه ما يمتنع ان يكون بعوض و منه ما يكون مع العوض فالحق بما هو حق يختلف من حيث ثبوته بعوض و عدمه و سقوطه بالاسقاط و عدمه و نقله الى غيره مجاناً او بعوض و عدمه و انتقاله قهراً بالارث و عدمه الى اقسام متعدده و تمييز القسم الخاص اثباتاً و تعيين جميع آثاره و احكامه انما هو بحسب ما يستفاد من دليله كما ان تمييزه عن الحكم انما هو بحسب ما يستفيده الفقيه من الادله و ما يقال في طريق تشخيصه عن الحكم بالرجوع الى ثبوت النقل و السقوط و عدمه فهو فاسد لان الحكم لا يسقط و لا ينقل فلو دل دليل على السقوط او النقل علم منه كون الشئ حقاً و ليس كل ما لا يسقط و لا ينقل حكماً لما عرفت من ان بعض اقسام الحق أيضاً لا يسقط و لا ينقل و لو شك في شئ بين كونه حكماً او حقاً او شك فيما علم كونه حقاً في شئ من آثاره من كونه مع العوض أم لا او كونه قابلاً للمعامله و النقل بعوض أم بدونه فالمرجع ما يقتضيه العمومات و الاصول و بالجملة الحق امر ذو مراتب قابل للتشكيك و لا يقتضى مجرد اطلاق الحق على شئ من كونه بلا- عوض و عدم قابليته للنقل و الانتقال معلوميه اختلاف الحقوق شرعاً في الآثار فما ذكره المصنف ره من كون الموجود في الخارج من الشاهد حق للمشهود له و لا- يقابل بعوض أول الدعوى و كونه اكلاً للمال بالبطل ممنوع الا اذا ثبت كون هذا الحق مجعول على وجه المجرانيه و أمياً اذا كان الحق هو التحميل و الاداء و لو بقصد العوض فلا يكون كذلك بل يمكن دعوى ان خلافه باطل لانتفاع المشهود له بعمل الغير الذي هو محترم بلا دفع عوض و هو يعد من الأكل بالبطل اذ الأكل في كل شئ بحسبه فالجمع بين الحقين احدهما الحق الثابت من الشارع على الشاهد لحفظ اموال الناس و حقوقهم و ثانيهما الحق الثابت منه لحفظ احترام الاعمال هو ان يؤدي الشهاده و يأخذ الاجره فان ظهر من دليل تحمّل الشهاده انه لا بد ان يكون بلا عوض لا يصح اخذ العوض عليه و الا جاز و ان لم يدل دليل خاص على الجواز فان ذلك مقتضى قاعده احترام عمل المسلم الا ان يمنع مانع و المفروض عدمه و ان ابيت عمّا ذكرنا فهل تأبى اطلاق الحق على شئ من باب التسامح و التوسعه

كحقّ الجار على الجار و حقّ المسلم على اخيه مع أنّ اطلاق الحقّ عليهما لا يقتضى شيئا من ذلك بالضروره ثمّ أنّ هذا كلّ مع قطع النظر عمّا هو الصّواب من أنّ الوجوب مط مانع عن اخذ الاجره

[خاتمه تشتمل على مسائل]

[الأولى فى حرمه بيع المصحف]

قوله (ع) أنّما كان يوضع عند القامه)

اى حائط المسجد لانه قائم او أنّ حائط مسجد رسول الله (ص) كان قدر قامه

قوله (و مثله روايه روح بن عبد الرحمن)

فيه سهو من القلم فانّ فى كاو فى وثل روح بن عبد الرحيم

قوله (و لكن هكذا كانوا يصنعون)

اى كانوا يكتبون بانفسهم فى الصّدر الاوّل

قوله (بقى الكلام فى المراد من حرمه البيع)

و الحقّ فى الجواب ان يقال أنّ النقوش ان لم تعدّ من الاعيان المملوكه لا تقابل بالمال و لكنّها ملحوظه فى البيع و يكون زياده الثمن فى مقابل الورق بلحاظها كالصّيد ياغه التى تقع فى مقابل زياده الثّقدين و يخرج البيع بسببه عن كونه ربويًا و كالكتابه فى العبد الكاتب فانّ كونه كاتبًا يوجب زياده قيمه العبد مع أنّ الثمن لا يقع بإزائها و الشّارع قد نهى عن هذا اللّحاظ كما هو المرسوم فى سائر الكتب و من ذلك يعلم أنّ قول المصنّف فلا حاجه الى التّهى عن بيع الخطّ فى غير محلّه اذ بعد نهى الشّارع لا يقصد المشتري العالم بالتّهى جعل الثمن فى مقابل الورق بلحاظ التّقش على حدّ سائر الاوصاف الملحوظه فى المبيع بل يختار طريقًا جائزًا للبيع لا مانع منه و هو جعل الثمن بإزاء نفس الورق كما أنّ من يريد التخلّص عن الرّبا لا يدفع بقصد الزيادة العوضيه بل يدفع بالتبرّع او بغيره ممّا جعلوه طريقًا للتخلّص عن الحرام و توهم أنّ عدم قصد جعل الثمن بإزاء الورق المبيع بلحاظ وصف التّقش غير مقدور لأنّ المشتري لا يريد الا شراء المصحف لا الورق و يمتنع انقلاب قصده مدفوع بمنع الملازمه بين قصد تملك شىء و وقوع البيع عليه فقصد اتّصاف الورق بالخطّ قهرى يمتنع عدمه و لا يلزمه جعل الثمن بلحاظه و نهى الشّارع لا ينافى ما هو مقصود المتبايعين فانّ المقصود هو تملك المصحف و هذا يحصل بغير الطّريق المنهى فمجرد التّهى لا يوجب اشكالًا و أنّما هو فيما لم يكن طريق اخر لتملك المصحف و ان عدّت من الاعيان المملوكه فبعد نهى الشّارع عن جعلها جزء للمبيع لا بدّ من قصد بيع الجلد و الورق و تمليك الخطّ مجّانًا او تبعا و بالجملة لو لا التّهى كانت النقوش اّمّا ملحوظه فى الثمن و اّمّا واقعه جزء للمبيع بل كانت هى المقصوده بالاصاله من المعامله و كان غيرها تابعا و بملاحظه التّهى ينعكس الامر و التبعيه امر يمكن قصده

من المتبايعين في مقام التملك او لتملك كيف و تكون جمله من الاعيان المملوكة خارجه عن المبيع و لا تقابل بشى ء من
المال في المعاملات و تكون من

التّوابع و لأجل التّبعيّه يوجب فواتها الخيار لا تبعض الثّمن

قوله (مع أنّ هذا كالترام)

خبر أنّ مجرّد تكليف صورى

قوله (و لأجل ما ذكرنا التجاء بعض)

و قد يتوهم الحمل على الكراهه من حيث أنّ الاخبار التّاهيه ظاهره فى الحرمة لاحتمال إرادته الكراهه و اخبار الجواز نصّ فى ذلك و فيه ما ذكره المصنّف من أنّ اخبار الجواز ليست فى مقام بيان الحكم حتّى يؤخذ بمدلولها بل فى مقام اظهار رغبه النّاس فى الصّيد الأوّل على كتابه القرآن بحيث يضعون الورق فى محلّ ضيق لعدم حصول التّزاحم و التّدافع و يكتبون سوره فسوره هذا مضافا الى اعراض الأصحاب عنها و ذلك يدلّ على ضعف فيها و ليس ألاّ ما عرفت

[التّانيه جوائز السلطان و عمّاله]

قوله (و ارتفاعها مع الاخبار فتأمّل)

الظاهر أنّه إشاره الى أنّ الكراهه لو كانت شرعيّه و بسبب دليل خاصّ يختصّ بما اذا كان الظّالم مظنّه الظّلم و الغصب كان تقييد رفعها بما اذا كان مأمونا فى خبره متّجهاً ألاّ أنّه لم يتم دليل عليها بالخصوص و ان كانت ارشاديّه فهى أنّما ترتفع فيما اذا كان المجيز مأمونا فى خبره بالحليّه بمرتبتها الشّديده و هى ما كان الموجب كون الظّالم مظنّه الظّلم و الغصب لا مطلقاً فإنّها لمجرّد احتمال الحرمة غير مرفوعه قطعاً و يحتمل ان يكون إشاره الى أنّ تقييد ارتفاعها بما ذكر ينافى كلماتهم بارتفاعها باخبار المجيز بالحليّه مط من دون تقييد نعم قيد الاردبيلى ره بذلك فى اخبار و كيله و هو أيضاً لا يدلّ على التّقييد فى اخباره بنفسه فعن شرح الارشاد الظّاهر أنّه يجوز قبول ما لم يعلم كونه حراماً على كراهيّه و ان علم كونه حلالاً فلا كراهه و لا يبعد قبول قوله فى ذلك خصوصاً مع القرائن بان يقول هذا من زراعتى او تجارتي او أنّه اقترضت من فلان و غير ذلك ممّا علم حليّته من غير شبهه و قول و كيله المأمون حين يعطى و غير ذلك ه

قوله (نعم يمكن الخدشه فى اصل الاستدلال)

فيه أولاً- أنّ هذا الكلام يجرى فى الاصل و هو المختلط بالحرام يقينا أيضاً فيما لو كان مقدار الحرام فى الواقع اكثر من الخمس المدفوع منه فإنّ الزائد عليه ح من قدر العين المفروض تطهيره أيضاً بذلك و ثانياً أنّه لا يجرى فى المقام و هو المال المحتمل لكونه بنفسه حراماً فيما لو كان الاحتمال ثلاثياً مردّداً بين كونه حلالاً- او حراماً او مشتتلاً عليهما و اولى منه فى عدم جريان الخدشه ما لو كان الاحتمال ثنائياً مردّداً بين كونه حلالاً او مشتتلاً على الحلال و الحرام

قوله (و هى عدّه اخبار المذكوره فى محلّها)

منها ما رواه عدّه من اصحابنا عن احمد بن محمد بن عيسى عن يزيد قال كتبت جعلت لك الفداء تعلمنى ما الفائدة و ما حدّها
رأيتك ابقاك الله ان تمنّ علىّ بيان ذلك لكى لا اكون مقيما على الحرام لا صلاة لى و لا صوم فكتب (ع) الفائدة ممّا يفيد
أليك فى تجاره من ربحها و حرث بعد الغرام او جائزه و منها

ما عن ابن ادريس فى اخر السِّرائر نقلا عن كتاب محمّد بن على بن محبوب عن ابى بصير عن ابى عبد الله (ع) قال كتبت إليه فى الرّجل يهدى إليه مولاة و المنقطع إليه هديّه تبلغ الفى درهم او اقلّ او اكثر هل عليه فيها الخمس فكتب ع الخمس فى ذلك و لكنّ الظاهر عدم صحّحه الاستدلال بهذه الاخبار فإنّ التمسك بإطلاقها فى المقام أنّما يصحّ اذا كانت فى مقام البيان و كلّها فى مقام بيان حكم اخر و هو ثبوت الخمس فى الرّبح و أنّما يمكن التمسك بإطلاقها فيما وردت لاجله ثمّ لا يخفى أنّ استحباب اخراج الخمس لا ينافى كراهه التصرف فى الباقي

قوله (و طرح قاعده الاحتياط فى الشبهه المحصوره)

اعلم أنّه لا كلام فى خروج جوائز السِّلطان و ما الحق به عن حكم الشبهه المحصوره فى الجملة فيجوز تناول ما يعطيه و المعامله معه عليه اجماعا للنصوص المستفيضه بل المتواتره معنى الصّيريه فى ذلك و أنّما الكلام فى خروج المقام عن حكم الشبهه المحصوره مط او فى خصوص ما اذا حصل من الجائزين تصرف خاصّ كاعطاء و بيع و نحو ذلك او فى خصوص ما اذا كان غير الجائزه من اموالهم مثلا خارجا عن ابتلاء المجاز و يحمل النصوص المشار إليها عليهما و بناء على حمل النصوص على احد الوجهين لا- يكون المقام خارجا فى الحقيقه عن حكم الشبهه المحصوره من وجوب الاجتناب عن اطرافها بعد تنجز الخطاب بالاجتناب عن الحرام منها و اما بناء على خروج المقام عن حكمها مط كما هو المشهور بل ادعى عليه الاجماع فحيث أنّه مبنى على قيام الادله الخاصه يكون خروج المقام لحكومته ادله الترخيص على قاعده الاحتياط فى الشبهه المحصوره و صريح المصنّف فى الكتاب أوّلا عدم تماميه دلالة النصوص على الخروج مط و ثانيا لو فرض نصّ مطلق فى حلّ هذه الشبهه مع قطع النظر عن التصرف و عدم الابتلاء بكلا المشتبهين لم ينهض للحكومته على قاعده الاحتياط فى الشبهه المحصوره ثمّ لا يخفى أنّ بناء على تخصيص الجواز باحد الوجهين و عدم خروج المقام عن المحصوره مط لو فرضنا موردا خارجا عن الوجهين كما اذا اراد اخذ شىء من ماله مقاصه او علم أنّ المجيز قد اجازته او اذن له فى الأخذ من امواله على سبيل التّخيير كالاشاره الى صرّه من الصّيرر المتعدده المشتبهه حلالها بحرامها حرم الاخذ منها من دون فرق بين ان يحمل نصوص الجواز على مورد عدم ابتلاء المجاز بجميع الاطراف و حملها على حصول التصرف من المجيز نعم لو علم المجاز باقدام المجيز على المشتبهه عنده فبناء على حمل النصوص على عدم الابتلاء جاز الاخذ منه بخلاف الوجه الاخر و هو حملها على حصول التصرف فلا تغفل ثمّ أنّ صاحب الجواهر ره قد اصّر بخروج المقام عن المحصوره موضوعا و أنّه من الشبهه الغير المحصوره بملاحظه كلّى الظالم و صنفه من كلّ ذى مال مختلط حرامه بحلاله كالعشّار و السّارق و المربى و المرتشى و من لم يخرج الحقوق و نحوهم المذمى منه الجائر فإنّ ما فى ايدي كلّ واحد من هؤلاء و ان كان من المحصوره

لو اشتبه الحرام منه بالحلال إلا أنّ المجموع من حيث المجموع الملحوظ بلحاظ الوحده صنفا مخرج لها عنها و فيه أنه ح يكون من شبهه الكثير في الكثير الملحق بالمحصوره حكما مضافا الى أنّ فتح هذا الباب يلزمه سدّ باب الشبهه المحصوره غالبا

قوله (و اما روايه محمّد بن مسلم و زراره عن ابي جعفر (ع)

الانصاف أنّ الرّوايه كغيرها من الرّوايات التي اشار إليها ما تقدّم من عباره لك ظاهره في الحليّه و عدم البأس من حيث نفس الاشتباه لا- من جهه كون الشبهه غير محصوره او الاستناد الى اليد او التصرف او أنّ تردّد الحرام بين ما ملكه الجائر و ما بقي تحت يده تردّد بين ما هو محلّ للابتلاء و غيره و ليست الرّوايه كاخبار كلّ شىء لك حلال في امكان حملها على غير المحصور او الخارج عن محلّ الابتلاء لوجهين الاوّل اطلاق الرّوايه بالنسبه الى جميع صور الاشتباه لو لم يقبل ظهورها في المحصوره بخلاف تلك الاخبار فانّها مغياه بمعرفه الحرام و الثّاني أنّ تلك الاخبار معارضه بالاخبار الدالّه على وجوب الاجتناب مط و مقتضى الجمع هو حمل الاخبار المجوّزه على الشبهه الغير المحصوره و المانع على المحصوره و ليس الاخبار الوارده في جوائز السّليطان و المال المأخوذ منه مجانا او بعوض كذلك نعم في المقام أيضا جمله من الاخبار الظّاهره في وجوب الاجتناب في صورته اختلاط الحلال بالحرام و لكنّها لا تقاوم الأدلّه المجوّزه لكثرتها و قوّه دلالتها و موافقه المشهور لها فلا بدّ من حملها على الاستحباب او على صورته المزج و من جمله اخبار المقام التي تكون ظاهره في الجواز مع كون الشبهه محصوره روايه اسحاق بن عمّار قال سألته عن الرّجل يشتري من العامل و هو يظلم قال يشتري منه ما لم يعلم أنّه ظلم فيه احدا فانّها صريحه في الجواز ان لم يعلم بأنّ فيما اخذه حراما و منها موثقه سماعه التي ذكرها المصنّف ره في باب الاشتغال من الرّسائل و صرح بأنّه لا يجوز حملها على غير الشبهه المحصوره لأنّ مورده فيها و هي هكذا قال سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل اصاب مالا من عمّال بني اميه و هو يتصدّق منه و يصل قرابته و يحجّ ليغفر له ما اكتسب و يقول إنّ الحسيّات يذهبن السيّئات فقال (ع) إنّ الخطيئه لا تكفر الخطيئه و أنّ الحسنه تحطّ الخطيئه ثمّ قال (ع) اذا كان خلط الحرام حلالا فاختلطا جميعا فلم يعرف الحرام من الحلال فلا بأس و الرّوايات الظّاهره في الحليّه و عدم البأس في عنوان المسأله من حيث نفس الاشتباه حاكمه او وارده على قاعده الاحتياط لأنّ حكم العقل به في الشبهه المحصوره أنّما هو في صورته عدم اذن من الشّارع بالارتكاب

قوله (لكنّ الظّاهر أنّ هذه الخدشه غير مسموعه)

الانصاف أنّها في محلّها فإنّ بناء على الاكتفاء باحتمال صدور الصّحيح و لو لداع اخر يلزم الحمل على الصّحيح مع اقدمه على التصرف في الحرام عنده لاحتمال كون المقدم عليه حلالا- في الواقع فإنّ العبره ح في الحمل على الصّحيح هو مجرد احتمال المطابقه للواقع

فان قلت أنّ بين المقيس و المقيس عليه فرق و هو احتمال قصد الصّحيح في المقيس و

لو لداع غير التورّع عن الحرام و هذا الاحتمال لا- يجرى فى المقيس عليه و من اجل هذا الفرق يحمل الفعل على الصحّ فى الاول دون الثانى

قلت كيف يكون العبره فى الحمل على الصّحيح هذا الاحتمال الجارى فى الاول مع العلم بعدم اعتناء الظالم المتصرّف بهذا القصد و تصرّفه فى جميع ما هو فى يده من دون فرق بين ما كان حلالا او حراما او مشتبه و يمكن ان يكون الامر بالتأمل إشاره الى هذا

قوله (و اوضح ما فى هذا الباب من عبارات الاصحاب)

فأنه صريح فى حليّه ما اذا كان المأخوذ من الجائر مشتبه بالشبهه المحصوره و يريد المصنّف من كلامه فى المقام أنه لم يثبت فى مفروض المقام من النص و لا فتوى الاصحاب ما يكون صريحا فى عدم وجوب الاجتناب الاّ عباره السّرائر و هى غير قابله للاعتناء بها و التكلّم فيها لأنّ الحلى ره استند فيها الى ما زعمه من القاعده و لا يخفى عدم تماميتها الاّ ان يريد به الشبهه الغير المحصوره بقربنه الاستهلاك و من الواضح عدم ارادته لها بالخصوص فانّ الاستهلاك لا يستلزم عدم انحصار الشبهه و التعليل بعدم القدره على ردّها بعينها يجرى أيضا فى المحصوره و غيرها و عباره بمجموعها صريحه فى الحكم بالحليّه فى مورد العلم الاجمالى و لا وجه رأسا لحملها على غير المحصوره و الامر بالتأمل إشاره الى ما ذكرنا

قوله (و التقيّه تتادى بقصد الردّ)

فان اخذه بقصد الردّ الى مالكة مع التمكن منه و التصدّق عنه مع عدمه كان محسنا و يكون امانه فى يده لا يضمنها الاّ مع التعدى او التفريط فانّ اخذه ح من حيث الحدوث كالعدم و من حيث البقاء لا يقتضى الضمان مع قصد الردّ و لو اخذه لا بقصد التملك و لا بقصد الردّ الى مالكة فظاهر المتن حيث حصر عدم الضمان فيما لو اخذه بتيه الردّ هو الضمان و لكنّ الاصحّ عدمه لمنع شمول اطلاق على اليد لهذا الاخذ و كون الاخذ بغير تيه الردّ تصرّف لم يعلم رضا صاحبه به لا يثبت الضمان لأنّ هذا التصرف حيث كان عن تقيّه كان كالعدم ثمّ أنه لو اخذ بقصد الردّ حدوثا ثمّ قصد التملك بقاء فان استمرّ على قصده و لم يندم فلا اشكال فى الضمان و ان ندم ففى المسأله قولان و الاوجه أنه يرجع الى عدم الضمان نظير ما اذا قصد الودعى تملك الوديعه ثمّ تاب او فرّط فيها باخراجها من الحرز ثمّ اعادها إليه

و ما يقال من أنه بعد ان استولى على ما الغير بغير اذنه فراجع ضمانه امّا الاداء او ما يلحق به كالإذن الجديد من المالك فى التصرف و مجرد الندم ليس رافعا له فمدفوع بانّ فى مرتبه البقاء لم يحدث استيلاء جديدا او الواقع منه ليس الاّ مجرد قصد التملك و من الواضح انّ القصد المحض من دون حصول استيلاء منه لا يوجب الضمان

قوله (و ان اخذه بتيه الردّ كان محسنا

فلا سبيل عليه و كان القبض ح لرعايه مصلحه المالك و عدم تضرّره و الحكم بالضمان يكون من رفع الضرر بالضرر المساوى

له في رتبه الملاحظه بل يكون القبض مستحبًا لأنه حسبى بامر الشارع

قوله (و يحتمل

قويًا الضمان هنا)

لما حكم أولاً بأنه ان كان العلم بحرمة ما اخذه بعد وقوعه في يده فهو مثل ما لو علم بحرمة قبل وقوعه في يده فان حفظه متى ما علم بقصد الرد كان محسنا و ان قصد التملك كان غاصبا رجع عنه بتقويه احتمال الضمان و على اى حال فهنا مسألان الاولى انّ الاخذ بتيه التملك مع عدم علمه بكون المال للغير يوجب الضمان أم لا- و الثانيه انّ بناء على الضمان فبعد علمه لو نوى الحفظ و الرد الى مالكة هل يرتفع الضمان أم لا و احتمال المصنّف قويا الضمان فى المسألتين و ظاهر لك عدم الضمان فيهما و الاقوى هو الضمان لعموم على اليد و قد اخذه بتيه التملك و لمصلحه نفسه و على كون المال له و ليس يده و استيلائه عليه عند القبض امانه فانه لم يأخذه بتيه الرد و الحفظ و قد اطلقوا القول بالضمان فيهما و الاقوى هو الضمان لعموم على اليد و قد اخذه بتيه التملك و لمصلحه نفسه و على كون المال له و ليس يده و استيلائه عليه عند القبض امانه فانه لم يأخذه بتيه الرد و الحفظ و قد اطلقوا القول بالضمان فى مسئلة تعاقب الايدى من دون فرق بين العلم بالغصب و الجهل به مستمرًا كان الجهل به أم لا و رجوع المالك الى من شاء منهم نعم بناء على عدم عموم على اليد و اختصاصها بما اذا كان الاخذ عن قهر و استيلاء على المالك لا مجرد الوصول و لو مع الجهل يكون المتجه عدم الضمان و لكنّ الظاهر انّ الفتاوى على خلافه

فان قيل سلّمنا ثبوت الضمان فى المسألة الاولى و هو حال الاخذ و لكن عند العلم بالحرمة و قصد ردّ المال الى مالكة يحكم بسقوط الضمان لانّ القبض ح يكون مأذونا فيه من الشارع و يكون القابض مع هذا القصد محسنا فاليد تنقلب من كونها ضمانيا الى كونها امانه شرعيه و هى من مسقطات الضمان

قيل انّ القصد و ان كان مأذونا فيه لكنه غير كاف فى اسقاط الضمان و تقليب اليد الى كونها امانيه و ذلك لانه بناء على بقاء الاكوان و عدم احتياج الباقي الى المؤثر فالقبض المستمر قبض واحد و قد كان مضمونا عليه فيستصحب الضمان و اما بناء على عدم بقائها و انّ القبض ينحل الى قبوضات متعدده فغاياته انّ القبض حال العلم و قصد الرد لا يوجب ضمانا و هذا لا ينافى ثبوته بالقبض السابق و من الواضح انّ كون القبض المتجدد المقرون بالاذن غير موجب للضمان لا يلزم اسقاط الضمان السابق و التمسك بقاعده الاحسان فى غير محلّه اذ المراد بالمحسن من حصل منه الاحسان لا من قصده من دون حصول له

قوله (و ليس هنا امر مطلق بالتصدّق ساكت)

قد يستشكل بانّ الامر بالتصدّق فى الاخبار الوارده فى المقام مطلق و ساكت عن ذكر الضمان و يمكن ان يقال انّ المطلق اذا تقيّد بدليل منفصل لا يكون ساكتا عن القيد و يكون كما اذا تقيّد بدليل متصل و المطلق انما يكون ساكتا عنه و يصحّ التمسك بإطلاقه اذا لم يقيّد اصلا و أما اذا تقيّد و لو بالمنفصل كان دليل التقيّد كاشفا عن عدم إرادته الاطلاق من المطلق و فى المقام يكون مرسله السرائر مقيدا لما اطلق فيه الامر

قوله (و ايجابه للضمان مراعى بعدم اجازة المالك)

و ذلك لظهور دليل الاتلاف فى كونه علّه تامه من دون توقّف على شىء و الفرق بين هذا

و ما سيذكره من احتمال كون التصدق مراعى كالفضولى واضح فان الغرض هنا ان يكون صحه التصدق قطعيا و الضمان مراعى بعدم الاجازه و الاحتمال الآتى هو كون صحه التصدق مراعى بالاجازه

قوله لكن الاوجه الضمان مط

لا اشكال فى ان استصحاب الضمان فى صورته التملك من الجائر ثم العلم بكونه مغصوبا لا مانع منه و اما التمسك بضميمه عدم القول بالفصل لثبوت الضمان فى صورته اخذ المال من الغاصب حسبه فيه ما لا يخفى لان المعبر هو القول بعدم الفصل لا عدم القول بالفصل فان حجيه الاجماع المركب انما هى بسبب رجوعه الى البسيط و ذلك لا يكون الا مع القول بعدم الفصل اى الاجماع على عدم الفرق و نفى الثالث و ليس المقام كذلك لعدم ثبوت نفى الثالث منهم هذا مضافا الى ان التمسك بعدم القول بالفصل انما يتم بالنسبه الى الحكم الواقعى لا- بالنسبه الى مجارى الاصول و لا ضير فى العمل بكل من الاستصحاب و البراءة فى مورده و حكمه الاستصحاب على البراءة انما هى فيما تعارضا فى موضوع واحد لا- فيما كانا فى موضوعين مع ان لقائل ان يقول استصحاب عدم الضمان فى صورته اخذ المال حسبه يقتضى بضميمه عدم القول بالفصل عدمه فى صورته يد الضمان و كذا لا اشكال فى التمسك للضمان مط بالمرسله المتقدمه عن السرائر المجبوره بالشهره المحققه بل ادعى شارح القواعد عدم وجود مخالف فى الحكم المذكور و كذا فى استفاده ذلك من روايه حفص بن غياث و وجهها ان المستفاد منها هو ان المناط فى التصدق على وجه الضمان فى اللقطه بعد تعريفها سنه هو انه يحصل اليأس من المالك و هذا المناط موجود فيما نحن فيه و ان لم نتعد عن موردها المشتمل على تحديد الفحص بالنسبه إليه و العجب من السيد الطباطبائى ره حيث يقول فى الحاشيه فى رد التمسك بمرسله السرائر انه يحتمل كونها مضمون روايه حفص و من العجب تمسك المصنف بها فى المقام مع انه حكم فى السابق بعدم التعدى عن مورد الزوايه و جعل المرسله إشاره إليها و فى الحاشيه للمرحوم العلامة الحاج شيخ موسى الخوانسارى طاب ثراه المقرر لبحث الاستاد الثائنى قدس سره و اما مرسله السرائر فالظاهر انها روايه حفص الوارده فىمن اودعه رجل من اللصوص دراهم و قد تقدم منه قدس سره انه لا وجه للتعدى منها الى غير مورد السرقة ه مع ان صريح عبارته السرائر هو تغاير الروايتين حيث يقول أولا و قد روى اصحابنا انه يتصدق به عنه و يكون ضامنا و هذا هو المراد بالمرسله المستند إليها فى المقام ثم يقول و قد روى انه يكون بمنزله اللقطه و الظاهر ان المراد بهذا هو روايه حفص فراجع

قوله (و لو مات المتصدق فرد المالك فالظاهر

و يحتمل العدم و تعين قبول الاجر و الثواب عليه خصوصا على القول بثبوت الحق للمالك بظهوره

او بمطالبتة لا عند التصدق به كما عليه جماعه و تفصيل المسأله محلها في كتاب اللقطه

[الثالثه ما يأخذه السلطان المستحل لأخذ الخراج و المقاسمه من الأراضى باسمهما و من الأنعام باسم الزكاه]

قوله (و منها صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج)

و الاستدلال بها مبنى على كون الطعام المشتري من الحقوق المضروبه على الاراضى و الزراعه و لكنّها ليست ظاهره فى ذلك و لا يبعد كون اللّام فيها للعهد و المعهود من غيرها و الامر سهل لأنّ الاخبار المتقدمه كافيه فى الدّلاله على الجواز

قوله (و الظاهر من الاصحاب فى باب المساقات)

و الظاهر مبتداء و الخبر اجراء ما يأخذه الجائر و توضيح مراده يتوقف على تقديم امور الاوّل أنّ الاراضى الخراجيه ملك للمسلمين فلا بدّ لها من اجره تصرف فى مصالحهم الثّانى أنّ الاجره تثبت فى ذمّه مستعمل الأرض الثالث ستسمع فى التّنبيه الآتى أنّ ظاهر جماعه عدم جواز التصرف فى الاراضى و فى خراجها الا باذن السّيلطان الجائر و أنّ ما يأخذه بمنزله ما يأخذه العادل اذا عرفت هذا فقولهم أنّ خراج السّيلطان على مالِك الأشجار يفيد براه ذمّه مستعمل الأرض عن حقّ الخراج باداء غيره الذى هو مالِك الاشجار فإنّ ادائه أنّما هو من باب البدليه عن المستعمل لأنّ تقبّل المالك من السّيلطان لا يؤثّر فى صرف حصّه الخراج عن ذمّه المستعمل فيكون كلامهم شاهدا على جواز المعاضه على الخراج قبل اخذ السّيلطان بل ثبوت الخراج على المالك حين مواضعته مع المستعمل يكون كعامله على الخراج قبل قبض السّيلطان و قد اعترض بعض المحشّين فى المقام على المصنّف بما ليس له حاصل

قوله يشكل توجيهه من جهه عدم المالك)

الظاهر أنّ مرادهم من المالك من بيده الارض

قوله (اذا علمت حراما بعينها فافهم)

إشاره الى دقّه التوجيهين

قوله (مثل صحيحه زراره اشترى ضريس)

و فى بعض النسخ ازارا بدل ارزا و كان هبيرة من عمّال بنى اميه و قدم هؤلاء يعنى بنى العباس

قوله (الحمل على وجوه الظلم المحرّمه مخالف لظاهر العام)

المراد من العام هو اموال الشّيعه و ليس المراد من الاحتمال الثّانى هو خصوص الخراج و المقاسمات و الزّكوات كما يوهمه

ظاهر العبارة بل المراد هو مطلق ما يؤخذ من الشيعة فيكون وجوه الظلم المحرّمه أيضا داخله فيها لكنّ الاولويّه أنّها هي بالنسبه الى غير الزّكاه اى لشمول وجوه الخراج و المقاسمات فإنّها لم تكن مراده بناء على الاحتمال الأوّل و اختصاص الاموال بوجوه الظلم المحرّمه و اما الزّكاه فهي مراده و لو بناء على الاحتمال الأوّل لأنّها من وجوه الظلم خصوصا بناء على عدم الاجتزاء بها عن الزّكاه الواجبه فان بناء على الاجتزاء يكون اخذ الجائر للزّكاه ظلما على فقراء الشيعة و بناء على عدم الاجتزاء يكون ظلما على من اخذ منهم أيضا

قوله (لبعض مصالحي المسلمين فلا يخلو عن اشكال)

و ذلك للاشكال في نفوذ تمليك الجائر للارض

التي هي للمسلمين و لكنّه ضعيف لأنّ السّليطان العادل اذا راى مصلحه في تملك رقبه الارض كان له ذلك و الجائر مثله بعد عموم التنزيل

قوله (و كذا ما تقدّم فيها من التّقيح)

فانّ بعد اباحتهم (ع) للشّيعه التصرف في الانفال يكون التصرف في الارض لمن هي بيده تصرفاً مأذوناً فيه من المالك قبل تصرف الجائر باخذ الاجره

قوله (نعم لو فرض أنّه ضرب الخراج على ملك غير الامام)

كاراضى الكفر التي فتحت في عصر الغيبه و ضرب السّليطان الجائر المخالف عليها الخراج يزعم أنّه وليّ الامر او فرض انّ الجائر ضرب الخراج على الانفال لا بعنوان الامامه و أنّه وليّ الامر من دون فرق بين كونه مسلماً أم كافراً

قوله (فلا بدّ اما من الحكم بحلّ ذلك كلّه لدفع الحرج)

و كذلك يلزم الحكم بحلّ ما يأخذه من تسلط على قريه او بلده خروجاً على سلطان الوقت و يأخذ من المسلمين حقوقهم مع أنّه لا ريب عندهم في عدم جريان الحكم و لا يخفى على المتأمل ان لا وجه للتمسك في المقام بلزوم الحرج اصلاً لأنّ نفي الحرج قاعده تفيد رفع الاحكام الثابته و لا تثبت حكماً يلزم من عدمه الحرج التّوعى و هذا ظاهر في محلّه

قوله (بنفي السّبيل للكافر على المؤمن فتأمل)

إشاره الى انّ التمسك بذلك انما يصحّ لو اريد اثبات استحقاق الجائر و الكافر و أنّه وليّ التصرف و ليس الغرض ذلك بل الغرض أنّه هل يحلّ للمسلم ما يأخذه الكافر من الخراج كحليّه ما يأخذه من السّليطان المخالف أم لا و لا ملازمه بين جواز الاخذ للاخذ و جواز التصرف للجائر

قوله (نعم الاصل عدم تملك غيرهم أيضاً)

الّا اذا كان المتصرف في الارض مدّعياً لملكيتها فانّها ح تكون محكومه بمقتضى دليل اليد بملكيتها

قوله (ع) (من ارض السّواد شيئاً الاّ من كانت له ذمّه

فانّ الترام الذمى باحكامها يوجب صيانته امواله و منها الارض التي كان يملكها فبعد فتح ما جاور ارضه عنوه لا يجرى عليها حكم البقيه

قوله (مع أنّه لا دليل على وجوب حمل الفاسد الخ)

غرضه من عدم الحمل على الأقل فسادا اذا لم يتعدّد العنوان هو عدم تعدّد عنوان الفساد عند الفاعل لا في الواقع و ذلك واضح لأنّ المناط في الحمل المذكور ليس الّا ذلك و فيما نحن فيه ليس العنوان عنده الّا واحدا فإنّ الجائر لا يفرّق في اخذه للخراج بين كون الارض خراجيّة و عدمه

قوله (تقليدهم لمن يرى تملك الارض الخراجيّة)

لوضوح أنّ مع عدم علمهم بالموضوع لم يكن التقليد المذكور مثبتا لكون الارض خراجيّة

قوله (من ايديهم لا من يد السلطان

فإنّ اتصاله الصحّة في فعل شخص أنّما تفيد صحّة فعله لا صحّة فعل غيره

قوله (يمكن الاكتفاء عن اذن الامام المنصوص)

و فيه أنّ المدار لو كان على مطلق الرضا من دون

اعتبار لخصوص الاذن لما بقى مورد لاعتبار هذا الشرط الا نادرا لان الفتوحات لا تنفك عن الاذن ح و مع عدمه لا غنيمه حتى تكون من الأنفال

قوله (معارض بالعموم من وجه لمرسله الوراق)

فان الطائفه الاولى من الاخبار المذكوره تقتضى بالمفهوم و الثانيه منها بالمنطوق على ان ما اخذت بالسيف من الاراضى فهو للمسلمين سواء كان باذن الامام (ع) أم لا و المرسله تقتضى ان الغنيمه مط ارضا كانت أم غيرها اذا اخذت بالسيف من دون اذن الامام (ع) فهو له و مادّه الاجتماع هى الارض الماخوذه عنوه و بالسيف من دون اذنه و يرجع فيها الى عموم الآيه الداله على ان الخمس منها للامام (ع) و الباقي اميا يكون لخصوص المقاتله و لا- قائل به فهو للمسلمين و لكن لا- يخفى أولا- ان المرسله المنجبره بعمل الاصحاب تقدم على الاخبار المذكوره لانها اقوى دلالة منها و ليس للاخبار ظهور فى كون الارض للمسلمين على وجه يشمل مادّه الاجتماع بخلاف المرسله فانها كالصريحه فى ان مادّه الاجتماع للامام (ع) بل دعوى حكومه المرسله عليها بان يقال ان تلك الاخبار فى مقام بيان ان ما اخذت عنوه فهى للمسلمين و المرسله فى مقام بيان انه يشترط فى كون الغنيمه للمسلمين اذن الامام (ع) غير بعيده و بالجمله لا- اشكال فى رجحان المرسله دلالة و اقوائيه ظهورها على تلك الاخبار و مع الغض عن ذلك فهى تخصصها و عموم الآيه بمرجحات كثيره منها انجبارها بعمل الاصحاب و الشهره المستفيضه بل عن لك ان المعروف من المذهب مضمون المقطوعه الآتية لا نعلم فيه مخالفا و منها تايد المرسله و تقويتها بالحسنه براهيم بن هاشم عن معاويه بن وهب و فيها السريه يبعثها الامام فيصيبون غنائم كيف يقسمون قال (ع) ان قاتلوا عليها مع امير أمره الامام (ع) اخرج منه الخمس لله و للرسول و قسم بينهم اربعة اخماس و ان لم يكونوا قاتلوا عليها المشركين كان كلما غنموا للامام (ع) يجعله حيث احب و منها تايدها بالعمومات الداله على ان الارض كلها للامام (ع) المخصيه به بما علم خروجه الى غير ذلك من المرجحات التى تعلم بالرجوع الى اخبار الانفال و ثانيا ان الكلام فى الشبهه المصداقيه و اما الحكم الكلى لمورد الاجتماع فقد مر منه البناء على كون المفتوح مال الامام و لا اشكال فى ان الرجوع فى المتعارضين الى عام آخر انما هو فيما كانت الشبهه حكميه و ان شئت قلت ان كلامه ره انما هو فى وقوع الفتح عن اذن الامام (ع) و هو لا- يثبت بهذا الدليل و ما يثبت به بعد الاغماض عما عرفت أولا هو كونها للمسلمين و ذلك اعتم من تحقق الاذن او عدم اعتباره و العام لا يدل على تحقق الخاص

قوله (و يخرج منها الخمس أولا على المشهور)

و هو الاقوى و يستدل عليه بعد عموم الآيه بجمله من الاخبار التى تدل على وجوب الخمس فى هذه الاراضى بالعموم او الاطلاق منها روايه ابى حمزه ان الله جعل لنا اهل البيت سهاما ثلاثه فى جميع الفىء الى ان قال (ع) و قد حرّمناه على جميع الناس

ما خلا شيعتنا و الله يا أبا حمزه ما من ارض تفتح و لا خمس يخمس فيضرب على شىء الا كان حراما على من يصيبه فرجا كان او مالا- و منها روايه ابى بصير عن الباقر (ع) كل شىء قوتل عليه على شهاده ان لا إله الا الله و ان محمدا رسول الله فان لنا خمسه و لا- يحل لاحد ان يشتري من الخمس شيئا الا ان يصل إلينا حقا و منها قوله (ع) فى مرسله احمد الخمس من خمسه اشياء من الكنوز و المعادن و الغوص و المغنم الذى يقاتل عليه و منها قوله (ع) فى روايه عمر بن يزيد أ و ما لنا من الأرض و ما اخرج منها الا الخمس ان الأرض كلها لنا و لا تعارضها الاخبار المستفيضه الداله على كون الأرض المفتوحه عنوه للمسلمين و ان كانت اخص مط من الاخبار المذكوره و القاعده يقتضى حمل العام على الخاص و المطلق على المقيّد و الوجه فى كون اخبار الأرض المفتوحه عنوه اخص مط هو أنّها مختصه بالاراضى و غير المنقول من الغنائم و اخبار الخمس كعموم الآيه شامله بعمومها او اطلاقها للاراضى و غيرها من منقول الغنائم و قد يتوهم انّ النسبه بينهما عموم من وجه فانّ اخبار الأرض المفتوحه عنوه اعّم أيضا من جهه و هى أنّها مطلقه بالنسبه الى جميع الأرض او الباقيه بعد اخراج الخمس منها الا انّ الترجيح لاخبار الخمس لموافقته الكتاب و مخالفه العامه كما عن المستند و فيه انّ اخبار الأرض المفتوحه عنوه بإطلاقها اخص من اخبار الخمس و الخاص المطلق و ان كان بالنسبه الى ما هو مندرج فيه مطلقا او عامّا مقدّم على العام المطلق الشامل له و لغيره و ذلك واضح و الوجه فى العمل باخبار الخمس و عدم وقوع المعارضه هو انّ الاخبار الوارده فى حكم الاراضى المفتوحه عنوه من أنّها للمسلمين و يكون فيئنا لهم أنّما هى فى مقام دفع ما يتوهم من كونها مختصه بالمقاتلين منهم و لا معارضه بينها و بين عموم الآيه و الأخبار الداله على الخمس بعد ان كان موردها بحسب السياق مختصا بغير الخمس منها فتدبر و فى حاشيه السيد الطباطبائى ره فى المقام بعد نقل الاخبار المتقدمه ما هذا لفظه فى المسأله اشكال و لذا حكى عن الحدائق أنّه انكر ذلك على الاصحاب و قال أنّه لا- دليل عليه سوى ظاهر الآيه التى يمكن تخصيصها بظاهر ما ورد من الاخبار فى هذا المضممار من قصر الخمس على ما يحول و ينقل من الغنائم دون غيره من الاراضى و المساكن كصحیح ربعى و غيره ممّا اشتمل على القسمه اخماسا او اسداسا عليهم و على الغانمين الذى لا يتصور بالنسبه للارض ضروره عدم استحقاق الغانمين ذلك فى الأرض اذ هى للمسلمين كافه الى يوم القيامه و امرها بيد الامام (ع) بل ملاحظه الأخبار الوارده فى بيان حكم الأرض المفتوحه عنوه خصوصا ارض خيبر و بيان حكم الخراج ممّا يشهد لذلك لخلوها جميعا عن التعرض فيها للخمس مع تعرض بعضها للزكاه انتهى و قد عرفت امكان الاستدلال على ما ذكره المشهور بالاخبار المذكوره مضافا الى الآيه و ما ذكره من ظهور القصر فى غير الاراضى من اخبار القسمه محل منع الا انّ الانصاف تماميه ما ذكره اخيرا من شهاده اخبار الاراضى الخراجيه من جهه خلوها عن

التعرض لخمس الارض كما لا يخفى على من سبرها و منها الاخبار الكثيره الوارده فى ارض السّواد فأنّه لا إشاره فى شىء منها الى خمس الأرض و لا- خمس الارتفاع و قد عرفت صحيحه محمّد بن مسلم الدالّه على أنّ جميع ما فتحت بعد النّبي (ص) حكمه حكمها انتهى عباره الحاشيه و قد عرفت ممّا ذكرناه عدم تماميه ما ذكرناه

فان قلت كيف ينسب وجوب اخراج الخمس من هذه الاراضى الى المشهور بل فى كلام جماعه منهم صاحب الحدائق نسبته الى ظاهر الاصحاب بل فى كى فى شرح قول المصنّف فى تعداد ما يجب فيه الخمس الاوّل غنائم دار الحرب ممّا حواه العسكر و ما لم يحوه من ارض و غيرها ما لم يكن غصبا من مسلم او معاهد قليلا كان او كثيرا قال هذا الحكم مجمع عليه بين المسلمين و فى الجواهر بعد نسبته الى ظاهر الاصحاب كأنّه من المسلّمات عندهم مع أنّ المصرّح به بالخصوص ليس الاّ بعض الاصحاب و ذلك يظهر بالرجوع الى كتب الفقه

قلت لعلّ منشأ جميع ذلك اطلاق كلامهم فى كتاب الخمس بوجوبه فى الغنائم الشّامل للمنقول منها و غيره

فان قلت كيف يصحّ النسبه بظاهر الاطلاق مع اطلاق كلامهم فى كتاب الجهاد فى مقام بيان خصوص حكم الأرض المفتوحه عنوه بأنّها للمسلمين من غير تقييد باخراج الخمس منها

قلت لو لم يكن الخمس واجبا فى الاراضى المذكوره لما صحّ اطلاقهم بثبوتها فى الغنائم من دون تخصيص لها بالمنقول منها فى كتاب الخمس المتكفّل لما يجب فيه و المقرّر عندهم لبيان ذلك و لو كان الوجوب مختصّا ببعضها لزم ذكره و بيانه فى ذلك المقام و هذا بخلاف كتاب الجهاد و احياء الاموات فأنّه متكفّل لبيان حكم الأرضين من حيث أنّ المفتوحه عنوه تكون للمسلمين و لم تكن مخصوصه بالمنقول بالمقاتلين فاطلاق كلامهم فى هذا المقام اتكالا على بيان الخمس فى محلّه لا يظهر منه نفيهم له فيها ثمّ لا- يخفى أنّ الخمس يخرج من ارتفاع الارض بناء على كون الأرض المفتوحه عنوه للمسلمين على وجه الاختصاص لا الملكيه و اما بناء على الملكيه فهل يخرج من العين او من ارتفاعها او يتخيّر بينهما وجوه

قوله (و مع الشكّ فيها فالاصل عدم)

سواء علم بالحياه و شكّ فى تقدّمها على الفتح او حدوثها بعده او لم يعلم بها اصلا الا اذا علم كونها معموره قبل الفتح و شكّ فى خرابها قبله او بعده كان مقتضى الاصل بقاء الحياه الى ما بعده فيكون للمسلمين و ان لم يثبت به عنوان الموات بعده

قوله (نعم ما وجد منها فى يد مدّع للملكيه حكم بها له)

لامكان انتقالها إليه من أهل الذّمّه بالارث او الشّراء و لو بالواسطه بل امكان تملكها و ان علم كونها من المفتوحه عنوه بوجوه من الصحّه منها تملكه بالاحتساب عليه من الخمس او الشّراء من المستحقّ المحتسب عليه خمسا او من طرف حصّه الامام منه المباح للشيعة

قوله (بين الامام لكونها تركه من لا وارث له)

او كونها ممّا انجلى عنها أهلها

قوله و بين غيره)

كما عرفته فى الحاشيه السابقه

قوله (ثم اعلم انّ ظاهر الاخبار تملك المسلمين)

و ينبغى التنبيه على امور الاول انه لا كلام فى انّ الأرض المفتوحه عنوه باذن الامام (ع)

المحياه حال الفتح هي للمسلمين قاطبه و لمن يدخل في الاسلام و لمن يوجد بعد ذلك بالسويّه من غير تفاضل بينهم فضلا عن التخصيص بالمقاتله منهم للاجماع و الاخبار المستفيضه و لكنّ الكلام في أنّ كونها لهم هل هو على جهه الملكيه او أنّ لها نوع اختصاص بهم و لو من جهه صرف منافعها في مصالحهم صرح بعض بالاول و هو الظاهر من عباره المتن و صرح بعض بالتاني و هو المنقول عن المستند و قال الأكثر أنّها لهم من دون تعرّض لاحد الوجهين و يستدلّ للملكيه بمكان اللأم و الاضافه الظاهرتين فيها و التحقيق منع الدلاله على الزائد من حقّ الاختصاص لصدق الاضافه بادنى الملاسه و اللأم حقيقه في مطلق الاختصاص المذى هو القدر المشترك بين جهاته من الملكيه او الاستحقاق او الاختصاص الخاصّ و يفيد في كلّ مقام معنى ففى مثل المال لزيد تكون اللأم ظاهره في الملكيه و فى مثل الجلل للفرس تكون ظاهره في الاختصاص المحض و انسباق الملكيه الى الذهن منها ممنوع بل الانصاف أنّ دعوى انسباق الاختصاص منها فى المقام و لو من جهه اختصاص ارتفاع الأرض بهم لكونه يصرف فى مصالحهم كدعوى أنّ الملكيه لا يمكن ان تكون لغير المعين لا لأنها من الصّيفات اللّازم قيامها بالذات و هذا فى الكلى قبل تشخّصه فى الخارج لم يكن حاصلًا بل و ان قلنا بكونها اعتباريّه من جهه صعوبه تصوير اعتبارها كذلك عند العرف غير بعيد و قد يتوهم أنّ الملكيه عباره عن اعتبار العلقه الخاصه الحاصله بين المالك و المملوك و كما يصحّ ان يكون المملوك كليا و فى الذمّه فكذلك يصحّ ان يكون المالك كليا و قد وقع ذلك فى الشرع أيضا كالخمس و الزكاه بعد التّعيين و قبل القبض و الوقف على العناوين العامه كالمشتغلين بناء على أنّه ملك للموقوف عليه مط و لكنّ التأمل يقتضى خلافه فإنّ الصّحّه اذا كان المملوك كليا أنّما هي باعتبار تشخّصه فى الخارج بعد ذلك فهو متمول باعتبار ما يثول إليه و يصحّ تعلق الملكيه به و العنوان العامّ فى الوقف يكون مصرفا لا مالكا و لا محذور فى بقاء رقبه العين بلا مالك كما فى الزكاه قبل تسليمها الى مستحقّها فتأمل و الحاصل أنّ المتيقّن من اخبار الباب هو كون منافع الأرضين للمسلمين و ربما يرشد إليه قوله (ع) موقوفه فى مرسله حمّاد الطويله ثمّ أنّ على كلّ من تقدير الملكيه و الاختصاص فهل هي لهم على نحو الاستغراق الافرادى او على نحو الجنسيّه و النوعيه الكليتين كما فى الخمس و الزكاه ظاهر بعض الاخبار و معقد الاجماع و ان اقتضت كونها لاحادهم الموجب لاختصاص صرف نمائها فى المصالح العامه الاّ أنّ اخبار حليّه اخذ جوائز السّيلطان الشّامله بإطلاقها لما كان المأخوذ من الخراج و المقاسمه من دون تقييد فيها بكونها من غيرهما بل بعضها صريح فى كون المأخوذ منهما تصرف تلك الادله عن ظاهرها و تكون قرينه لحملها على إرادته النوع و النسبه الى جميع المسلمين أو لكافّتهم او قاطبتهم أنّما تكون لافاده عدم الاختصاص ببعض منهم دون الاخر الاّ ان يقال أنّ النصوص

الوارده فى بيان المصرف و كذا كلمات الاصحاب انما تدلّ باختصاص منافعها بالمصالح العامه و حليه أخذ الجوائز لا تصلح لان تكون قرنيه لصفها عن مفادها فانّ الجوائز أيضا من المصالح العامه لكونها تعدّ من مؤنه الولاه القائمين بامور المسلمين فت و على اى حال فتظهر الثمره فى ارتفاعها فبناء على الوجه الاوّل كان نمائها التابع لها لاحادهم أيضا و حيث يتعدّر التوزيع على الكلّ تعين صرفه فى المصالح العامه المستويه فيها آحادهم كمعونه الغزاه و مؤنه الولاه و القضاء و مطلق ما يرجع الى تقويه الدّين و مصالح قاطبه المسلمين كبناء المساجد و القناطر و ان لم يتفق لكلّ واحد منهم فعلية الانتفاع و بناء على الوجه الثّانى جاز دفع نمائها للبعض الثّانى ما يفتح من الأراضى عنوه فى زمان الغيبه بالجهداء دفاعا اذا استلزم ذلك كان للمسلمين لأنّه من الاغتنام باذن الامام (ع) بالاذن العامّ فانّه لا- اشكال فى وجوب الدّفاع ح و اّما الجهداء ابتداء من دون ان يكون عن دفاع ففى كونها للمسلمين او للامام و جهان من امكان دعوى العلم برضاه (ع) بشاهد الحال و قد مرّ فى المتن امكان الاكتفاء عن اذن الامام بالعلم بشاهد الحال و من لزوم الاذن منه (ع) و لم يعلم ذلك فى عصر الغيبه على الجهداء ابتداء الثّالث هل يجوز التصرف فى الأرض المفتوحه عنوه بالبيع و الشّراء و المعاوضه و الهبه و الوقف و الارث أم لا يجوز مط أم يفصل بين جواز بيعها تبعاً للآثار بناء على أنّها تملك تبعاً لها فيدخل فى المبيع بالتبعيه او الجزئيه أم يفصل بين زمانى الحضور و الغيبه اقوال استدللّ للقول الاوّل بالاخبار الدّالّه على جواز شراء تلك الأراضين منها دلالة الاستثناء فى ذيل صحيحه الحلبي أنّه سئل أبو عبد الله (ع) عن ارض السّواد ما منزلته فقال هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن يدخل فى الاسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد فقلنا الشّراء من الدّهاقين قال لا يصلح الا ان يشتري منهم على ان يجعلها للمسلمين فان شاء ولّى الامر ان يأخذها أخذها قلنا فان اخذها منه قال يرّد إليه رأس ما له و له ما اكل منها و منها صحيحه محمّد بن مسلم قال سألته عن الشّراء من ارض اليهود و النّصارى فقال ليس به بأس و قد ظهر رسول الله (ص) على اهل خيبر فخارجهم على ان تترك الارض فى ايديهم يعملونها و يعمرونها و ايما قوم احيوا شيئاً من الأرض او عملوه فهم احقّ بها و منها صحيحه محمّد بن مسلم قال سألته عن شراء ارضيهم فقال لا بأس ان تشتريها فتكون اذا كان ذلك فتؤدى فيها كما يؤدّون فيها و منها روايه ابى بصير قال سألت أبا عبد الله عن شراء الارضين من اهل الذّمه فقال لا- بأس ان يشتري منهم اذا عملوها و احيوها فهى لهم و قد كان رسول الله حين ظهر على خيبر و فيها خارجهم على امر و ترك الأرض فى ايديهم يعملونه و منها روايه محمّد بن شريح سألت أبا عبد الله (ع) عن شراء الأرض من ارض الخراج فكرهه و قال انما ارض الخراج للمسلمين فقالوا له فانّه يشتريها الرّجل و عليه خراجها فقال لا بأس

الآن ان يستحي من عيب ذلك و منها روايه محمّد بن مسلم عن ابي عبد الله (ع) قال سألته عن ذلك فقال لا بأس بشرائها فإنها ان كانت بمنزلتها في ايديهم يؤدّى عنها كما تؤدّى عنها و منها روايه ابراهيم بن ابي زياد قال سألت أبا عبد الله (ع) عن الشراء من أرض الجزية فقال اشترها فإن لك من الحق ما هو اكثر من ذلك و منها خبر حريز عن ابي عبد الله (ع) قال سمعته يقول رفع الى امير المؤمنين رجل مسلم اشترى ارضا من اراضى الخراج فقال (ع) له ما لنا و عليه ما علينا مسلما كان او كافرا له ما لاهل الله و عليه ما عليهم و منها روايه اسماعيل بن الفضل الهاشمي عن رجل اشترى ارضا من اراضى الخراج فبنى بها او لم يبن غير ان اناسا من اهل الذمه نزلوها ا له ان يأخذ منهم اجره البيوت اذا أدوا جزية رءوسهم قال يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال و منها صحيحه صفوان قال حدّثني أبو بردة قال قلت لابي عبد الله (ع) كيف ترى في شراء ارض الخراج قال و من يبيع ذلك و هي أرض المسلمين؟ قال قلت يبيعها المذى هي في يده قال و يصنع بخراج المسلمين ما ذا؟ ثم قال لا بأس ان يشتري حقّه منها و يحول حق المسلمين عليه و لعلّه يكون اقوى عليها و املاء بخراجهم منه

و لا يخفى مضافا الى ان الارض لو فرض خلّوها عن الآثار لا يملكها احد بالخصوص حتّى يمكن نقلها الى غيره ان هذه الاخبار اكثرها في أرض الجزية فإن من اقسام ارض الصّليح ما تسمى بارض الجزية و هي التي صلح اهلها على ان يكون الأرض لهم و عليهم كذا و كذا من المال او الثلث او الربع او نحوهما من حاصل الأرض و هي على وجهين الاول ان يكون الجزية على الرءوس و ان كانت مقدّره بنصف الحاصل او ثلثه او نحوهما و لازمه أنّهم لو باعوها من مسلم او كافر ان يكون الجزية عليهم لا على المشتري الثاني ان يكون الجزية من باب حقّ في الأرض بحيث لو باعوها كانت على المشتري فمن جمله ما فيه الخراج الارض المذكوره و لا اشكال في ان الأرض تكون لأربابها و يجوز بيعها و سائر تصرّفاتها و مع ذلك يكون فيها حقّ الخراج للمسلمين فيحتمل قريبا ان يكون الارض التي جاز بيعها من هذه الاراضى و ان سميت بالارض الخراجيه لكون الخراج للمسلمين و لو سلّم فهي لا تدلّ على ملكيتها مط حتّى مع خلّوها عن الآثار فيحتمل قريبا أنّها عند الشراء كانت مشغوله بالآثار التي يملكها البائع و لو سلّم ظهور بعضها و لو بالإطلاق في الارض الخاليه عن الآثار فيحتمل ان يراد من الشراء مجرد الصّوره برفع اليد عنها و تفويضها الى الغير دون الشراء الحقيقي و استدللّ للقول الثاني بوجوه الاول أنّه لا يبيع الا في ملك و تلك الاراضى لا يملكها احد بالخصوص حتّى يصحّ بيعه الثاني الاخبار الناهيه عن شراء الاراضى الخراجيه و هي كثيره الثالث دعوى الاجماع على ذلك من جماعه فعن المحقّق الكركي في قاطعه اللجاج ما هذا نصّه قال الشيخ في ط و يه و كافّه الاصحاح لا يجوز بيع هذه الأرض و لا هبتها و لا وقفها ه

و استدلل للقول الثالث بأنه مقتضى الجمع بين الأدله و فيه انّ الجمع لا بد له من شاهد و هو فى المقام مفقود و دعوى السيره على بيعها و شرائها سيمّا الدّور و العقارات و وقفها مدارس و مساجد و غيرها غير وافيه سيمّا فى المزارع و نحوها بعد العلم بانّ الارض للمسلمين و لا- يملكها احد بالخصوص فالحقّ المذى لا محيص عنه هو عدم ثبوت ازيد من حقّ الاختصاص و اولويّه التصرفّ فى الارض لمن له الآثار فيها فاذا باع من يملكها لحق المشتري ما كان للبائع فى نفس الارض من الاختصاص و اولويّه التصرفّ و استدلل للقول الرابع بانّ فى زمان الحضور للامام و السّيلطان العادل ان يملك نفس الأرض اذا راه مصلحه بل قد عرفت فيما سبق انّ للجائر أيضا ذلك لعموم ادله التّزليل

[فى البيع]

[فى المعاطاه]

اشاره

قوله (اعلم انّ المعاطات على ما فسره جماعه)

اختلف الاصحاب فى تأثير اللفظ فى البيع و لزومه و عدمه على اقوال الاوّل عدم اعتباره و عدم ثبوت تأثير له حتّى فى اللزوم و هذا منسوب الى المفيد فى المقنعه كما ستعرفه الثّانى اعتبار مطلق اللفظ الدالّ على التّراضى من دون تقييد فيه بان يكون بصيغه خاصّه و نسبه فى الحدائق الى جماعه و عليه فيختصّ المعاطات بما كان التّراضى بالفعل الثّالث اعتبار الصّيغه الخاصّه فى حصول الملك و التّقل الرابع عدم اعتبار الصّيغه الخاصّه فى حصول الملكيه و اعتبارها فى لزوم البيع فالمعاطاه بناء على القولين يعمّ ما كان التّراضى بالفعل و ما كان بلفظ غير الصّيغه الخاصّه و لا- بأس بذكر ما يبتنى عليه هذه الاقوال و ما هو بمنزله الاصل للاختلاف فى المسأله و هو انّ البيع لم يرد من الشّارع كلام فى بيان حقيقته و مفهومه و عليه فامّا ان يثبت له معنى عند العرف العامّ و اللّغه بحيث يتبادر منه عند الاطلاق أولا- و على الأوّل فامّا ان نعلم بالدليل اعتبار الشّارع فيه و فى ترتيب الأثر عليه امرا زائدا على ما هو السّبب عند العرف أولا- و على الأوّل يقتصر على ما علم اعتباره شرعا و ما شكّ فى اعتباره كان المرجع هو اطلاق ادله البيع و نحوه اذ المفروض انّ الموضوع فى الاطلاقات هى المعاملات المؤثّره عند العرف و عليه يتّجه القول باعتبار مطلق اللفظ من دون تقييد بصيغه خاصّه بدعوى انّ المتيقّن شرعا اعتبار وقوع البيع باللفظ الدالّ على التّراضى و غير ذلك ممّا شكّ فى شرطيته فالاصل العدم و على الثّانى فيكفى فى تحقّقه و ترتيب الآثار عليه شرعا ما صدق عليه البيع عرفا الا ما نهى عنه الشّارع كبيع الحصاه و الملامسه و المنابذه و عليه يتّجه ما اختاره جماعه و نسبه الى المقنعه أيضا و على الثّالث و هو عدم ثبوت معنى للبيع عند العرف و عدم بيان من الشّارع فى حقيقته و ما هو المؤثّر منه عنده لزم الاقتصار فى تحقّقه على ما هو المتيقّن منه و هو الواجد لجميع ما يحتمل اعتباره فيه و ذلك لاصاله عدم ترتّب الاحكام الشرعيّه الا على ما كان كذلك و ما ذهب إليه المشهور من اعتبار الصّيغه الخاصّه و العربيّه و الماضويّه و تقديم الايجاب على القبول و الموالاته بينهما و غير ذلك يمكن ابتناؤه على هذا التّقدير و هو عدم ثبوت

معنى للبيع عند العرف وابتناؤه على التقدير الأول وهو ثبوت معنى للبيع عند العرف أو اللغه غير أنّ الشارع اعتبر في ترتيب الاثر عليه شرطاً فيه و تقريره بعد تسليم ما تقدّم من أنّ اللّازم ح هو الاقتصار على ما علم اعتباره شرعاً و ما شكّ فيه كان المرجع هو المطلقات بمفهومها العرفي و عموم احلّ الله البيع و أوفوا بالعقود أنّ دعوى كون المتيقّن شرعاً هو اعتبار وقوع البيع باللفظ الدالّ على التراضي منظور فيه لادّ اعتبار وقوع البيع باللفظ شرعاً اتمّ ثبت بالاجماع و من اتفاهم على عدم كفايه الفعل في لزوم المعاطاه و هذا الاجماع دليل لثبي لا يستفاد منه كفايه مطلق اللفظ و ليس من الاجماع القائم على لفظ حتّى يؤخذ بإطلاقه عند الشكّ و كونه المتيقّن من الشرط المعتبر ممنوع لأنّ الشرط الذي احرز بالاجماع المذكور يكون مجملاً و مردّداً بين المتباينين و ليس له متيقّن و هذا الاجمال يسرى الى العامّ و يمنع من التمسك به من هذه الحثيه فالمتيقّن من الاطلاق و العموم هو ما اشتمل على الصيغه الخاصه لا مطلق القول الدالّ على التراضي نعم لو شكّ في اعتبار شرط اخر في البيع غير ما يرجع الى شروط الصيغه كان المرجع العمومات و تفصيل الكلام في هذه الاقوال يعلم بعد ذلك إن شاء الله

قوله (و يردّ الاول بامتناع خلق الدافع عن قصد)

فانّ التسليط الذي هو اعمّ من الاباحه و التملك بمنزله الجنس لهما و يمتنع عقلاً تحقّقه في الخارج من غير فصل و لا بدّ للدافع من قصد عنوان من العناوين الخاصه و لذا ذكروا أنّه لا يمكن إنشاء الطلب في الذهن مجرداً عن خصوصيه الوجوب و الندب اذ لا شىء من افراده الا و هو متقوم باحدى الخصوصيتين و يمتنع تحقّقه بدون واحد منهما و ان كان استعمال صيغه الطلب في القدر المشترك امراً جائزاً و اذا تعلّق الغرض بافاده احدى الخصوصيتين له ان يفيد بقرينه خارجيه من لفظ او غيره

فان قلت انّ التسليط المطلق فصله امر عدمي و هو عدم فصلى الاباحه المالكيه و التملك او عدم قصد قطع اضافه الملك عن نفسه و التسليط المقيد بهذا الفصل العدمي نتيجته التسليط الاباحي فالاباحه تاره يقصد بعنوانها و تاره يتحقّق بقصد التسليط مع الفصل العدمي و مطلق التسليط قدر مشترك بين ما يكون فصله وجودياً و هو الاباحه و التملك و ما يكون عدمياً و يكون جنساً للثلاثه فما يمتنع تحقّقه في الخارج هو مطلق التسليط المجرد عن جميع القيود و اما التسليط المطلق المقيد بقيد عدمي فيوجد في الخارج و يصحّ انشائه و تحقّقه و كما ذكروا أنّ عدم امكان إنشاء مطلق الطلب خالياً عن خصوصيه الوجوب و الندب أنّما هو بالنسبه الى الملتفت الى الترك لا مطلقاً فانّ الغافل عن ملاحظه الترك يمكنه الإراده المجرده عن القيدان فانه غافل حين ارادته الفعل عن حاله الترك حتّى يريد المنع عنه او لا يريده فكذلك يمكن وقوع التسليط المطلق عند

الدفع مع الغفلة عن العناوين الخاصه من الاباحه و التمليك باقسامهما بحيث لا يكون شىء منها ملتفتا إليه و هذا ظاهر بالوجدان الا سبيل الى انكاره و ان شئت قلت ان مع الدفع غفله اما ان يتحقق شىء أو لا و الثانى باطل لتحققه بالوجدان و على الاول فاما ان يتحقق الاباحه او التمليك او لا- يتحقق شىء منهما و الاول باطل لعدم قصد شىء منهما فتعين الثانى و هو المطلوب اى التسليط المطلق و متى امكن وقوعه فى صورته الغفله امكن فى غيرها فان الدليل العقلى لا يتخصص و ادل دليل على امكان الشىء و وقوعه

قلت اما الطلب الملحوظ فى الذهن و كذا الطلب المنشأ بالصيغه فليس اختلاف افرادهما اختلافا بالتوع توضيح ذلك ان الايجاب و كذا الندب معنى بسيط و انما يكون اختلافهما فى المرتبه لانهما من افراد طبيعه واحده و هى مطلق الطلب الا ان الاول هو المرتبه القصوى منه فى الشده و هذه مرتبه لا يتطرق عليها العدم و الترك اصلا و الثانيه هو المرتبه التنازله التاليه لتلك المرتبه و يتطرق عليها العدم بوجه و نحن لم نمثل لهما بالوجود و صدقه تشكيكا على وجود المبدأ عز اسمه و على الممكن على اختلاف مراتبه بانه تعالى فى الوجود فوق ما لا يتناهى بما لا يتناهى لان الوجود اشد بساطه من الماهيات البسيطة القابله للتشكيك بل معنى الوجود امر فوق ادراك العقل بل نمثل لهما بالماهيات البسيطة التى يكون ما به الاشتراك فيها عين ما به الامتياز و لا تكون مركبه من جنس و فصل و لا مادّه و صورته كالبياض و السواد فكما ان مراتب البياض من الشديده و الضعيفه و المتوسّطه مشتركه فى حقيقته واحده بسيطه فكذلك مراتب الطلب و فى مقام تحديد المرتبه من الطلب الذى هو امر بسيط يعبر عن الوجوب بطلب الفعل مع المنع من الترك و عن الندب بعدمه و ليس ذلك تحديدا للوجوب او الندب بل هو تحديد للمرتبه و مقوم لها بمعنى ما ليس بخارج عنها فالمنع من الترك و عدمه ليسا من مقومات الوجوب و الندب او المرتبه بمعنى الجزئيه بل هما من خواص الوجوب و الندب و لوازمهما و لذلك يمنع دلالة الامر بالشىء على النهى عن الضد بان النهى عن الترك ليس عين الوجوب و لا جزء منه و مع ما عرفت من ان الوجوب و الندب معنى بسيط نقول انه يمتنع إنشاء القدر المشترك اذ لا شىء من افراد الطلب الا و هو مقوم باحدى الخصوصيتين و الضروره قاضيه بتوقف حصوله على تشخصه و صيرورته فردا و المفروض انه لا فرد منه الا و هو مقوم باحدهما فيمتنع حصول القدر المشترك خاليا عنهما لضروره توقف ما يتوقف على شىء اخر على ذلك الشىء و لكن هذا بالنسبه الى الملتفت الى الترك حين الطلب فانه يمتنع طلبه بدون الرضا بالترك او عدمه و اما الغافل فهو ينشأ طلبه مجردا عن القيدى لكنّه فى حاق القلب اميا راض بالترك او لا فلا يكون الطلب أيضا خاليا عن القيد فان الفعل الاختيارى لا بد و ان يكون منبعثا عن إرادته فعليه مسببه عن تصوّره و تصوّر ما يترتب

عليه من المصلحه و المقدمات التي يحتاج إليها صدور الفعل الاختياري يحتاج إليه الامر و الطلب في مرحله صدوره عن الامر و الطالب و نشاهد من انفسنا في افعالنا الاختياريه الغفله في ابتدائها او في اثنائها عن وجوها و مشخصاتها و ليس ذلك الا من جهه الجرى على ما هو محفوظ في الخزانة و هذا هو السير في الاكتفاء في تيه العبادات بالاستدامه الحكيمه و اما جواز استعمال الصيغه في القدر المشترك فذلك لان الهيئه تدل على النسبه الايقاعيه من دون ان يكون الهيئه مستعمله في الطلب او التهديد او غير ذلك من الدواعى و لأجل هذا لا- تصلح صيغه افعل لان تقع اخبارا لانه ينافى الايقاع و هذا بخلاف صيغه الماضى و المضارع فأنهما يصلحان لكل من الانشاء و الاخبار نعم ان كان ايقاع النسبه الذى هو مدلول الصيغه بداعى البعث وجد مصداق كلى الطلب عند استعمال الصيغه و ايقاع النسبه و قد ذكرنا في بعض فوائدها ان الطلب المنشأ بالصيغه ليس من مقوله الإراده بل من مقوله الافعال فانه ليس الا تحريك الأمور بآليه هذه الصيغه الى الأمور به و قد يتأكد هذا التحريك بحيث يفهم منه الحتم و الالتزام فيكون وجوبا و قد يقام القرينه على الاذن في الترك فيكون ندبا و قد يخلو عن كلا- الامرين بحيث ليس الموجود بالصيغه اما مجرد التحريك من دون شىء من الأمرين و توهم ان قوام القدر المشترك اما هو باحدى الخصوصيتين بحيث يمتنع تحققه في الخارج بدونهما مدفوع بان كل كلى يتحقق في الخارج بوجود فرده لا- محاله و الممتنع وجوده من غير فرد اصلا و افراد القدر المشترك فيما نحن فيه انما هي الحصص الموجوده منه في الخارج المتشخصه بخصوصيات الأمرين و الأمورين و الافعال الأمور بها فما لم يتشخص بهذه التشخصات يمتنع وجوده في الخارج و اما تشخصه من حيث التأكد او الضعف فليس من مقوماته و يجوز انفكاكه عنه في الخارج كان امر من غير دلالة على الحتم او الاذن في الترك و كيف كان فافراد هذا القدر المشترك ليست منحصره في الوجوب و التدب بل له فرد ثالث و هو العارى عن اعتبار الامرين بل اذا كان القدر المشترك تقومه بحصه من الحصص المتشخصه بخصوصيات الامرين و الأمورين و الأفعال الأمور بها يكون الوجوب و التدب اعنى قيدهما و هو الحتم و عدم الالتزام من أحوال تلك الحصص لا من افراده فينعكس الامر فان وجود عوارض الشىء يتوقف على وجود ذلك الشىء بحيث يمتنع تحقق العارض بدونه و اما المعروض فلا يتوقف وجوده على وجود العارض نعم لو كان العارض و المعروض متساويين في الصيغه امتنع انفكاك المعروض عنه في الخارج و هو غير التوقف و التقوم به و نحن ندعى ان المعروض الذى هو حصه من حصص الطلب و تشخصه يكون بالخصوصيات المذكوره هو اعم من العارض الذى هو قيد الوجوب و التدب هذا و اميا التسليط فمضافا الى ان التسليط المطلق ليس جنسا للتلميك و الاباحه حتى يتفصل تاره بامر وجودى و اخرى بامر عدمى بل هو لازم

اعمّ للتّملك و لانشاء الترخيص فهو كما ذكره المصنّف يمنع تحقّقه خاليا عن كيفيّه خاصّه من تلك العناوين لانه لا يكون الا منبعثا عن إرادته فعليّه مسببه عن تصوّره و تصوّر ما يترتب عليه من المصلحه المحرّكه للميل و الشوق المحرّك لتلك الإراده المحرّكه للاعضاء على الدّفْع و عمل التّسليط كما هو الشأن في صدور جميع الافعال الاختياريّه و لا ينفك ذلك التّصوّر عن تصوّر كيفيّه خاصّه من تلك العناوين المذكوره قولكم يمكن وقوع التّسليط المطلق عند الدّفْع مع الغفله عن العناوين الخاصّه ان اردتم منه الغفله عن نفس الدّفْع مع تحقّقه فهو ليس بتسليط و لا- يكون الا كدفع التّائم و ان اردتم الغفله عن قصدي الاباحه و التّملك فذلك لا ينافي تحقّق القيد او الفصل في موطنه و هو حاقّ القلب كسائر ما هو محفوظ فيه من المشخصات التي دعت الى صدور الفعل فتدبر

قوله (و الثاني بما تقدّم في تعريف البيع من ان التّملك الخ)

نقل في الجواهر ان من الوجوه المتصوّره بحسب قصد المتعاطيين قصد الملك المطلق و المعاوضه بالعينين من دون نظر الى خصوص عنوان البيع و اورد عليه المصنّف بمنع اعميّه ذلك اي الملك المطلق و تملك العين بالعوض من مفهوم البيع حتّى يمكن تصوير ما يكون قسيما للبيع و يكون قصدهما التّملك بغير التّقل البيعي من صور التعاطي و لا- بأس بذكر امور حتّى يتّضح الوجه الرابع و جواب المصنّف عنه الاول ان الاقسام المتصوّره لأصل المعاطاه و هي اعطاء كلّ منهما الاخر ماله كثيره و لعلنا نتعرّض لها عند تعرّض المصنّف لاقسامها و لكنّ الذي يلزم بيانه اجمالا ان المعاطات اذا كانت تملكيه لا بعنوان الاباحه يكون بحسب قصد المتعاطيين تاره على نحو المقابله بين التّملكين فيقصد كلّ منهما تملك الاخر ماله بإزاء تملك ماله اياه فيكون تملك بإزاء تملك و سيجيء البحث عنه في التّبيه الرابع و تاره على نحو المقابله بين المالين بان يقصد كلّ منهما تملك ما له بمال الاخر و هذا هو المقصود بالبحث عنه في المقام الثاني انّ المتيقّن من المبادله بين المالين بعنوان البيع هو ان يكون المبادله بتمخّض المعوّض و المبيع في إنشاء التّملك على وجه التّبديل و تمخّض العوض و الثّمن بكونه على وجه البدييه فانشاء التّبديل من البائع انما يكون على وجه الاصاله و هو المعطى أولا و المشتري هو التّالي و التّابع له في قبول انشائه و ينشأ كلّ منهما امرين احدهما بالمطابقه و ثانيهما بالالتزام و من قصد تملك ماله من غيره بعوض كان هو البائع و من قصد تملك مال غيره بعوض كان هو المشتري و الموجب ينقل ماله الى ملك المشتري مطابقه و يتملك مال المشتري عوضا عن ماله التّراما و القابل بعكس ذلك و المتيقّن من التّعاطي البيعي هو ما لو قصد المتعاطيان كذلك الثالث انّ القسم الثاني من المعامله التّملكيه اي ما كان على نحو المقابله و المبادله بين المالين بان يقصد كلّ منهما تملك ماله بمال الاخر يتصوّر على وجهين الاول ما عرفته من انه المتيقّن من عنوان البيع الثاني ان ينشئ كلّ من المتعاملين تملك

ماله بإزاء مال الآخر و يكون قصدهما مجرد المبادله و المعاوضه من غير ان يكون تمليكا بعوض على وجه يكون احدهما بايعا و الآخر مشتريا و لا- يكون هناك تمليك اصلي من احدهما و ضمنى من الآخر كان يقول تبادلنا نظير التفاسخ الحاصل من المتعاملين بقول كل منهما تفاسخنا و فى المعاطاه يعطى كل منهما ماله فى مقابل الآخر بل الغالب فى المعاطاه ذلك اذا كان كل من المالىين من التقود او العروض اذ لا- يكون هناك ايجاب و قبول و لو فعليًا بل التعاطى من كل منهما يكون على نحو الاستقلالته فى الانشاء الرابع ان الوجه الثانى من القسم الثانى اى ما كان المقصود به مجرد المقابله بين المالىين من دون قصد الى خصوص البيع بل الى مطلق التملك فظاهر المصنف ره بل صريحه فيما مرّ فى ذيل تعريفه البيع على ما اختاره من انه إنشاء تمليك عين بمال حيث قال و اما الهبه المعوضه الى ان قال فقد تحقق ممّا ذكرنا ان حقيقه تمليك العين بالعوض ليست الا البيع الخ انه من اقسام البيع و ليس قصد مطلق تمليك العين قسيما له فراجع و احتمال بعض بعد الاشاره الى ما اختاره المصنف و الاشاره الى ما ذكره كاشف الغطاء ره تنزيله على الصلح او الهبه المعوضه او انه معاوضه مستقله و اختار جماعه فيه البطلان و استدّلوا بأنه لم يثبت شرعيه مثل هذه المعامله لعدم دليل على ذلك فانّ الثابت من العمومات و الادله أنّها هى الاشاره الى العنوانات الخاصه المعهوده و ظاهر الأصحاب انه لا بدّ من قصد العنوان فى جميع اقسام المعاوضات ففى البيع لا بدّ من قصد البيع و فى الاجاره لا بدّ من قصدها و هكذا فلا يقع المعامله الا بعد قصد نوع بخصوصه و هذا ان لم يقم عليه دليل بخصوصه كدعوى الاجماع او دعوى كونه المتبادر من العمومات فلا اقلّ من كونه المتيقن ممّا ثبت فى الشرع و فى غيره لا بدّ من الرجوع الى اصاله الفساد و الصواب الذى لا محيص عنه انه من البيع و ان تمليك العين بعوض باى نحو كان ليس الا بيعا هذا و لكن لا يخفى انه يظهر من المصنف بعد ذلك فى التنبيه الثالث نوع تأمل منه ثم لا فرق فيما عرفت بين ان تجعل البيع إنشاء تمليك عين بعوض و يكون لازمه التبديل و المبادله كما عليه المصنف ره و ان تجعله مبادله مال بمال او تبديل مال بمال و يكون لازمه ملكيه المشتري كما عليه بعض الاساتذه ره الخامس لا اشكال فى انّ البيع بل كلّ عنوان من عناوين العقود و الايقاعات عنوان بسيط و ليس مركبا من الجنس و الفصل و لكنّ التملك بمنزله الجنس و لا يتعين الا باحد القيود و العناوين و أنّما يكون تعينه بعين ما به الاشتراك و التملك الواقع بعنوان البيع او القرض او الهبه او الاجاره فى كلّ منها بعين كونه بيعا او قرضا و لا يكون التملك جنسا و بيعته فضلا بل هو بيع بعين كونه تمليكا و لا يمكن إنشاء التملك المطلق خاليا عن جميع القيود السادس يظهر لك ممّا تقدّم فى بيان حقيقه البيع انّ ما يتعارف من قصد المتعاطيين بناء على الملك و بناء على عدم خروج المعاطات عن المعاملات المعهوده اى عدم كونها معاوضه مستقله لا يخلو من انحاء ثلاثه فانّ الاعطاء اما ان يكون

من الطرفين او من طرف واحد و على الاول فاما ان يكون اعطاء احدهما مترتبا على اعطاء الاخر او يكون فى عرضه فان كان بين الطرفين و كان طوليا فهو بيع و ان كان اعطاء من الطرفين و كان عرضيا فلو تسالما على ان يكون تمليكا بازاء تمليك فهو مصالحه او معامله مستقلة و ليس بيعا لان البيع هو التبدل بين المالكين لا التملكين و لو قصد التبدل بين المالكين فهو بيع و ان كان الاعطاء من طرف واحد فهو هبه معوضه و قد ظهر مما قدمنا انه ان اريد من الملك المطلق إنشاء القدر المشترك و قصد تحقق التمليك من دون احد القيود و المشخصات فهذا غير ممكن و ان اريد منه التمليك بالعوض و المبادله بين المالكين من دون نظر الى خصوصية البيع فهو لا غير

فان قيل انه اذا قصد المتعاطيان التمليك بعوض و المبادله بين المالكين مع القصد الى انه لا يكون تمليكا بيعيا فكيف يكون بيعا قيل ان المبادله المذكوره ان كانت بيعا فلا يكون قصد التمليك بغير البيع قسيما للنقل البيعى لتحقيقه به قهرا اذا لا ينفك قصد التمليك بعوض عن قصده و ان لم تكن بيعا كانت معاوضه مستقلة قهرا من غير مدخلية للقصد فيها فان قيل لو قلنا باعتبار لفظ مخصوص فى حقيقه البيع شرطا او شطرا لم يكن قصد التمليك بمجرد بيعه و الظاهر ان مختار المصنف ره فى البيع ذلك

قيل ان بناء عليه فقصد المبيعه فى المعاطات لا يكون قسيما لاقبالا لقصد التمليك المطلق مع ان القائل قد تصور الصورة الثانية أيضا اعنى التمليك البيعى للمعاطات الخاليه عن اللفظ فلا نسلم أيضا ترييع الاقسام قوله (و لا بدّ أولا من ملاحظه ان النزاع

لا اشكال فى عدم ترتب اثر من الآثار على مجرد التيه من دون ضمّ شىء اخر خلافا للمحكى عن الشيخ فى التدور و الصدقات و كذا لا اشكال فى عدم اعتبار الرضا القلبى و ان نسب الى بعض كفايته فى تحقق البيع و كذا لا اعتبار بغير التقابض و التعاطى من الافعال الخارجيه بلا خلاف كالمنايذه و الملايمه و المراماه بالحصاه و ان توهم بعض انه بيع فاسد و اما المعاطات ففيه خلاف و يمكن ان يكون النزاع فيها فى ان التعاطى مط بيع أم لا و يمكن ان يكون فى انه يوجب إباحه التصرفات مط حتى فيما يستلزم الملكيه كالوطى و النقل أم لا و يمكن ان يكون فى انه يوجب الملك من دون ان يكون معنونا بعنوان من البيع و الصلح او غيرهما أم لا و يمكن ان يكون فى اللزوم بمعنى انه يفيد الملك و هل هو على وجه اللزوم أم لا و الظاهر ان النزاع المشهور هو الاول و هو كونه بيعا أم لا- كما ان الظاهر كون محل النزاع ما قصد به التمليك و توهم ان النزاع صغروى و كل من قال بالإباحه قال حيث يقصد الاباحه و كل من قال بأن المعاطه بيع قال حيث يقصد البيع بعيد جدا

قوله (و دلالتة على قصد المتعاطيين للملك لا يخفى من وجوه)

و هى و ان كانت ظاهره و لكن لا بأس بالاشارة إليها فمنها قوله لا بدّ منها اى من الصيغ و تفريعه على ذلك فلا يكفى التعاطى و من الواضح ان اللابديه من الصيغ انما هى

فيما قصد التملك ومنها المثالان المذكوران فأنهما صريحان في قصد التملك و منها أنّ التمسك باصالة بقاء الملك أنّما يصحّ فيما قصد التملك و الّا فلا شكّ في عدم حصوله و منها قوله و قصور الافعال عن الدّلاله على المقاصد فإنّ من الواضح عدم قصورها عن الدّلاله على الاباحه فهو دليل على عدم دلالة التعاطي على الملك

[في نقل الأقوال في المعاطاه]

قوله (اللزوم مط كما هو ظاهر المفيد)

الانصاف عدم الظهور في كلامه و ان اوهم اطلاق عبارته ذلك فعن المقنعه و البيع ينعقد على تراضى بين الاثنين فيما يملكان التبايع له اذا عرفاه جميعا و تراضيا بالبيع و تقابضا و افتراقا بالابدان ه و سيجى ء في المتن أنّه يحتمل قويا ارادته من ذلك بيان الشرائط لصحّه العقد و لزومه لا إرادته تحقّق البيع بذلك من دون صيغه و يكون تركه لذكر الصيغه اتكالا على معلوميه اعتبارها فيه كتركه على المحكى لا اعتبار الصيغه في النكاح و الطلاق أيضا مع اعتبارها فيهما من دون خلاف و لا اشكال

قوله (لكن في عدّ هذا من الاقوال في المعاطاه تأمل)

لايّ القول بكفايه مطلق اللفظ في اللزوم كما قدّمنا نقله عن بعض ليس في الحقيقه من القول في حكم المعاطاه بل هو خلاف في موضوعها

قوله (و لم يقتصر على ذلك حتّى نسبه الى الاصحاب)

و ممّا يقوى تنزيل الاباحه في كلامهم على الملك الغير اللّازم و نسبته إليهم مضافا الى ما سبق نقله عنه في المتن هو التأمّل في معنى الملكيه و أنّها ربط خاصّ بين المالك و المملوك موجب لسلطنته عليه او هي نفس السلطنه عليه و يختلف هذا الربط شدّه و ضعفه و كما أنّها تنقسم الى ملكيه العين و ملكيه المنفعه و ملكيه الانتفاع و يعدّ الاخيران من مراتبها الضعيفه مع أنّها ليست فيهما الّا مجرد الاباحه من جهه خاصّه فكذلك الاباحه المطلقه لجميع التصرفات لا تكون الّا من مراتب الملكيه توضيح ذلك أنّ من المسلّم عندهم من دون اشكال أنّ الملكيه في اى مرتبه لا يكون الّا سلطنه متعلّقه بالشئ ء غير أنّها ان احاطت بجميع جهات العين عبر عنها بملك الرقبه و ان اختصّت بجهه من جهاتها فان كانت مع الاستقلاله فيها من تلك الجهه عبر عنها بملك المنفعه و ان كانت لا مع الاستقلاله فيها عبر عنها بملك الانتفاع و هذا قد تكون شرعيه كحقّ المارّه و الصلاه في الاراضى المتسعه فإنّ التعبير بملكيه الانتفاع فيهما ليس الّا من جهه أنّ الشجره او الأرض مملوكه للمباح له من جهه الانتفاع الخاصّ بها و قد تكون مالكيه كالعاريه و فيها أيضا تكون العين المستعاره مملوكه للمستعير من جهه المنفعه المباحه له و ان كانت مملوكه للمعير بالملكيه القويّه التّامه المحيطه بجميع جهاتها و الملكيه الّتى تكون محيطه بجميع جهات العين قد تكون ناقصه في حدّ ذاتها كالملكيه على وجه الشّر كه على ما نسب الى بعض فإنّ كلّ

شريك يملك تمام المال ملكيه ناقصه منبسطة على تمامه و التعبير باحد الكسور التسعه إشاره الى تلك المرتبه الناقصه بالنسبه الى تمام المال و بالقسمه يتم النقص من الجبهه المذكوره اى من جهه المتعلق و هو الكلّ و تكون القسمه افراز حقّ لا معاوضه و ملكيه جديده و يصحّ اطلاق الملكيه أيضا على السيلطنه المتعلقه بالأفعال كالخيار المتعلق بفسخ العقد فاذا صحّ اعتبار الملكيه و اطلاقها على جميع هذه المراتب و ليست ملكيه المنفعه او الانتفاع ألا مجرد الاباحه فالاباحه المطلقه لجميع التصرفات أيضا ليست ألا ملكيه تجامع عدم اللزوم و قد قصدها المتعاطيان و امضاها الشارع و من ذلك قولهم (ع) ما هو لنا فقد ابحنه لشيئتنا و جاز لاجل ذلك جميع التصرفات فى ذلك حتّى المتوقفه على الملك بل الظاهر عدم الخلاف فى ملكيه الشيئعه بجعل اليد على ما اباحوه عليهم السيّلام لهم و قد عبّر الاصحاب عن جواز انتفاع الزوج بالزوجه بملكه لبضعها مع أنّها حرّه و لا معنى لمالكيته لبضعها ألا ذلك

[القوى حصول الملك]

[الاستدلال بآيه أحل الله البيع]

قوله (و يدلّ عليه أيضا عموم قوله تع و احلّ الله البيع)

قد يناقش فى الاستدلال بعموم الآيه بأنّ مع تسليم ثبوت معنى للبيع عند العرف و اللغه و صدقه على المعاطاه اعتبر الشارع قطعاً فى هذا الموضوع العرفى مطلق اللفظ او الألفاظ الخاصه و لكن لم يعلم أنّه اعتبر ذلك شرطاً فى الملك او فى اللزوم فالعامّ مخصّص بامر مجمل و هذا الاجمال يسرى الى العامّ و يمنع من التمسك به من هذه الجبهه و الجواب أنّ فى دوران الامر بين التخصيص و عدمه لا بدّ من التمسك بالعامّ فى مورد الشكّ و المقام من هذا القبيل لأنّ الشرط المذكور اذا كان معتبراً فى الملك كان تخصيصاً و اذا كان معتبراً فى اللزوم لم يكن تخصيصاً فلا بأس بالتمسك بالعامّ و الحكم بعدم اعتبار قيد فى صحه البيع المذكور بل لما كان اصاله العموم من الاصول اللفظيه و هى حجّه فى مثبتاتها كان اللّازم من التمسك بعموم الآيه فى ثبوت الملك و صحه المعاطاه كون الشرط الثابت بالدليل اللبى معتبراً فى اللزوم و قد يناقش فيه بأنّ الآيه لا عموم لها بالنسبه الى حلّيه افراد البيع فإنّ دلالة المفرد المعرف باللام على العموم وضعا محلّ منع فإنّ الجمهور لما رأوا أنّه قد يطلق و يراد به نفس الماهيه و الحقيقه من غير نظر الى مصاديقها و يسمّى بتعريف الجنس و قد يطلق و يراد به حصّه معيّنه من المصاديق التى ينطبق عليها الحقيقه و يسمّى بالعهد الخارجى و قد يطلق على حصّه غير معيّنه و يسمّى بالعهد الذهنى و قد يطلق على كلّ الافراد و يسمّى بالعموم الاستغراقى ذهبوا الى أنّ المفرد المعرف فى الاطلاقات المذكوره يكون على نحو الاشتراك لفظاً او معنى و المعروف عندهم أنّ اللّام يكون موضوعه للتعريف و للاشاره الى المدخول و مفيده للتعين فى غير العهد الذهنى و على هذا فاللام غير صالحه لافاده العموم لأنّها عندهم موضوعه للاشاره الى ما عين فان كان المعين هو الاستغراق كان مشاراً إليه بها و ألا فلا و استفاده الخصوصيات المذكوره

عندهم لا- بدّ و ان يكون بالقرائن التي لا بدّ منها لتعيينها و الّا فالمفرد المعرّف بنفسه لا يفيد احدها فليس موضوعا لخصوص العموم عندهم و ذهب المحقّق صاحب كفايه الاصول الى انّ مدخول اللّام كغيره من اسماء الاجناس موضوع لنفس المفهوم و صرف المعنى اى الطّبيعه المهمله اللّابشرط المقسمى و هو المستعمل فيه فى جميع الموارد و الدّلاله على واحد من المعانى أنّما يكون بدالّ اخر من حال او مقال فإنّ اللّام لو كانت موضوعه للتّعريف و الاشاره الى المعنى المتعيّن بنفسه من بين المعانى بان يكون مقصود المتكلّم هو افهام المخاطب المعنى المقيّد بكونه مشارا إليه فى الذّهن لزم ان لا يصحّ حمل المعرّف باللّام على الافراد او الحمل عليه بما هو معرّف فأنّه مع كونه معرّفا و متعيّنا فى الذّهن غير قابل لان يحمل عليه ما هو من المحمولات الخارجيه الّا بالتّجريد فأنّه بما هو كذلك من الموجودات الذهنيه و ما لم يتّحد الموضوع مع المحمول خارجا لا يصحّ حمله او الحمل عليه مع أنّا نرى فى القضايا المتعارفه صحّحه الحمل فى المفرد المعرّف من دون التّجريد

نعم لو كانت اللّام للاشاره على المعنى على نحو الاشاره التي تكون فى اسماء الاشاره صحّح الحمل لأنّها بألفاظها تشير الى المعنى الّذى يكون محمولا- او موضوعا فى القضايا المتعارفه و المتكلّم يعيّن بتلك الاشاره نفس المعنى و كذا لو كانت على نحو حكاية اللفظ عن المعنى حيث انّ المتكلّم يعيّن باللفظ نفس المعنى الّذى يحمل على الافراد الخارجيه فى القضايا المتعارفه فإنّ فى هاتين الاشارتين تكون الاحكام مترتبه على نفس المعنى الّذى اشير إليه او حكى عنه اللفظ و الفرق بينهما انّ فى باب الالفاظ تكون المعانى متعيّنه بها لكونها حاكيه عنها و مرآه لها على نحو يعدّ اللفظ نفس المعنى و لذا ربما يترتب على اللفظ بعض ما هو من خواصّ المعنى و بالعكس و فى باب اسماء الاشاره تكون المعانى متعيّنه بالاشاره و من المعلوم عدم افاده اللّام الاشاره على احد الوجهين فإنّ المفروض وجود اللفظ الحاكي للمعنى و هو اسم الجنس المدخول لها فلم يبق الّا الاشاره باللّام الى المعنى المتعيّن او المعهود المراد من المدخول و لا تكون لهذه الاشاره التي اريد منها افهام المخاطب المعنى المقيّد بكونه مشارا إليه فى ذهن المتكلّم فأنّه هذا المعنى الّذى عيّن باللّام غير مترتب عليه الاحكام المذكوره اذ لا- موطن له الّا فى الذّهن و يمتنع الاتّحاد معه بما هو ملاك الحمل الّا بالتّجريد و لو سلّم كون اللّام للاشاره فهى لا تفيد الّا الاشاره الى مدخولها و المدخول لا- يفيد الّا الماهيه الملحوظه باعتبار تعيّن الجنىسى فمجموع اللّام و مدخولها فى قولنا اكرم الإنسان او احلّ البيع لا يقتضى الّا وجوب اكرام هذه الطّبيعه المعيّن جنسها المبهم مدلولها القابله للتّقييد بقيود كثيره و لذا لا- يكون تجوّزا لو قيد المدخول بالوصف و قيل اكرم الإنسان العالم فإنّ المدخول لم يستعمل الّا فيما وضع له و الخصوصيه قد استفيدت من

دالّ اخر على أنّ استفادة الخصوصيات كما عرفت أنّما تكون بالقرائن التي لا بدّ منها لتعيينها على كلّ حال و لو قيل بافاده اللّام الاشارة الى المعنى و مع الدّلاله عليه بتلك الخصوصيات لا حاجة الى تلك الاشارة لو لم يكن مخله و قد عرفت اخلاها فالحقّ أنّ تعريف المفرد المعرّف باللّام لفظي و الخصوصيات المذكوره في الاقسام أنّما تستفاد من دوالّ آخر لا من نفس المدخول حتّى يكون من باب وحده الدالّ و تعدّد المدلول و يلزم الاشتراك او المجاز و اللّام للتزيين كما في الحسن و الحسين و دعوى وضع المفرد المعرّف للعموم و ان كانت بمكان من الامكان أنّما عهدها على مدّعيها و أنّي له باثبات ذلك و الحاصل أنّ المفرد المعرّف باللّام بنفسه لا يفيد العموم نعم يمكن ان يفيد العموم بقريته الحكمة او غيرها من قريته حاليه او مقالته و لا قريته في الآيه تقتضى العموم أمّا غير مقدّمات الحكمة فعدمه واضح و أمّا هي فاجرائها موقوف على احراز كون المطلق في مقام البيان و هو غير معلوم في المقام بل الظاهر أنّ الآيه سيقّت لمحض بيان مشروعته البيع و حليته في الجملة نحو قوله تعالى اقيموا الصّلاه فهى مهملة من هذه الجهة و الشكّ في كون المطلق في مقام البيان أم لا كاف في عدم جواز التمسك به و الجواب بعد تسليم منع كون المفرد المعرّف عامّا اصوليّا و أنّه لو دلّ على العموم فهو من الاطلاق الشمولى بالغضّ عن ظهور المفرد المحلى باللّام بنفسه في العموم من جهة انصرافه إليه او من جهة وضع اخر للهيئه غير وضع مفرداتها او من جهة وضع اللّام فيه لعموم المدخول و لا يكون تجوّزا لوقيد المدخول بالوصف كما في مثال اكرم الإنسان العالم كما هو كذلك في كلّ رجل فانّ لفظه كلّ وضع لافاده العموم لما يراد من مدخوله فلو قيد مدخوله بقيود كثيره لم يكن منافيا لوضع هذه الكلمه و لا يوجب تفاوتًا بين قولنا اكرم كلّ رجل و اكرم كلّ رجل عالم أنّه لا مانع من التمسك بالإطلاق في الآيه و أنّها تفيد حليته جميع افراد البيع و هى ظاهره في كونها في مقام البيان بقريته المقابله لحرمة الرّبا و لاجل الظهور المذكور استدللّ الاصحاب بعمومها في مواضع عديده

قوله (بأنّ الآيه دالّه عرفا بالمطابقه على صحّحه البيع)

فانّ تعلق الحلّ بنفس البيع الّذى هو فى معنى الحمل عليه ظاهر فى إرادته الحكم الوضعى فتكون الصحّحه مدلولًا عليها بالمطابقه عرفا و بيعيّده مقابلته لحرمة الرّبا فانّ الظاهر منها هو إرادته الحرمة التكليفيّة و ان امكن إرادته الوضع منها بان يقال أنّ الرّبا بمعنى الزّيادة فمتعلّق الحرمة هو المال الماخوذ على وجه الزّيادة

قوله (و دعوى أنّ البيع الفاسد عندهم)

لَمّا كان التمسك بكبرى الآيه الشّريفه و كذلك بالسّيره موقوفًا على اثبات الصّغرى اراد دفع ما يتوهم منه منع ذلك لأنّ المعاطاه بيع لغه و عرفا و لا يكون للشّارع عرف خاصّ فى مفهوم البيع

[الاستدلال بحديث السلطنة و المناقشه فيه]

قوله (أمّا اذا قطعنا بأنّ سلطنه خاصّه

لأنّ العموم المستفاد من ظاهر الزّوايه بالظهور الاطلاقى كما ذكره أنّما هو بحسب انواع التصرف و أمّا بحسب الكيف فهى مهملة و ليست مسوقه لبيان الاسباب الموجبه لتحقق ما للمالك سلطنه على ايجاده و دعوى

أَنَّ السَّيْلَطَنَةَ عَلَى أَنْوَاعِ التَّصَرُّفِ يُلْزِمُهَا السَّيْلَطَنَةُ عَلَى إِجَادِ السَّبَبِ بَأَيِّ نَحْوِ ارْتَادٍ وَتَرْتِيبِ الْآثَارِ عَلَيْهِ أَلَّا فِي السَّبَبِ الْعَدَى مَنَعَهُ الشَّارِعُ خَالِيَهُ عَنِ التَّحْصِيلِ لَا يَلْتَفِتُ إِلَيْهَا

[المناقشه في دلاله السيره]

قوله (فهو كسائر سيراتهم الناشئه عن المسامحه)

الانصاف أَنَّ السَّيْرَةَ فِي الْمَقَامِ سَيْرُهُ قَطْعِيَّةٌ جَارِيَةٌ بَيْنَ الْعَوَامِ وَالْخَوَاصِّ خَلْفًا عَنِ سَلْفٍ مَعَ بَنَائِهِمْ عَلَى حَلِيَّةِ الْمَعَامَلَةِ بِالْمَعَاوَاهِ بِقَصْدِ التَّمْلِيكِ وَالتَّمْلِكِ وَصَحَّتْهَا وَلَيْسَتْ مَنبَعْتُهُ عَنِ عَدَمِ الْمَبَالَاتِ وَ لَمْ يَرُدَّ الشَّارِعُ عَنْهُ فَيُكْشَفُ عَنْ تَقْرِيرِهِ وَرِضَاهِ

لَا يُقَالُ أَنَّ هَذَا الدَّلِيلَ يَتِمُّ بِمَقْدَمَتَيْنِ الْأُولَى ثُبُوتُ السَّيْرَةِ وَالثَّانِيَةُ احْرَازُ عَدَمِ رَدِّ الشَّارِعِ عَمَّا هِيَ عَلَيْهِ فَإِنَّ اعْتِبَارَهَا أَنَّمَا هُوَ مِنْ حَيْثُ كَشَفَهَا عَنْ تَقْرِيرِ الشَّارِعِ وَامْضَائِهِ وَ ذَلِكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ

فَأَنَّهُ يُقَالُ لَوْ رَدَّ الشَّارِعُ عَنْهَا لِاشْتِهَارِهَا وَبِأَنَّ تَوَفُّرَ الدَّوَاعِي عَلَى نَقْلِهِ وَحَيْثُ لَمْ يَنْقَلِ وَ لَمْ يَشْتَهَرْ فَلَا رَدَّ وَ يُكْشَفُ ذَلِكَ عَنْ تَقْرِيرِهِ

لَا- يُقَالُ الشَّرْطُ فِي حُجَّتِهِ السَّيْرَةَ هُوَ احْرَازُ عَدَمِ الرُّدْعِ مَعَ تَمَكُّنِ الشَّارِعِ مِنْهُ وَ هُوَ غَيْرُ مَعْلُومٍ وَ ذَلِكَ لِاحْتِمَالِ وَجُودِ مَنَاعٍ لَمْ يَتِمَّكَنْ لِأَجَلِهِ مِنْهُ وَ احْرَازُ عَدَمِهِ بِالْأَصْلِ غَيْرُ مَجْدٍ لِأَنَّ حُجَّتَهُ السَّيْرَةَ أَنَّمَا هِيَ مِنْ حَيْثُ الْقَطْعُ بِالْكَشْفِ

فَأَنَّهُ يُقَالُ أَنَّ مَعَ الشُّكِّ فِي التَّمَكُّنِ مِنَ الرَّدْعِ لَا- مَنَاعٍ مِنْ إِصَالِهِ عَدَمَهُ كَمَا يَجْرِي فِيمَا لَوْ شُكَّ فِي وَجُودِ الْمَنَاعِ دُونَ أَصْلِ الْمَقْتَضَى وَ هُوَ مِنَ الْأَصُولِ الْعَقْلَانِيَّةِ وَ لَا- يَنَافِي قَطْعِيَّةُ الْكَشْفِ عَنِ الْإِمْضَاءِ وَ أَلَّا لَمْ يَبْقَ مُورِدٌ لِلتَّمَسُّكِ بِالسَّيْرَةِ مِثْلًا إِلَى أَنَّ الْمَدَارَ فِي حُجَّتِهَا هُوَ عَدَمُ وَصُولِ الرُّدْعِ وَ لَوْ كَانَ لَهَا الْفَرَادَعُ فِي الْوَاقِعِ وَ لِهَذَا لَا يَصِحُّ مِنَ الشَّارِعِ الْمُؤَاخَذَةِ مِمَّنْ عَمِلَ عَلَى طَبَقِ مَا عَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ مِنْ حَيْثُ تَدَيُّنُهُمْ لَا مِنْ حَيْثُ عَدَمُ مَبَالَاتِهِمْ فِي الدِّينِ مَعَ اعْتِرَافِهِ بِعَدَمِ وَصُولِ الرُّدْعِ إِلَيْهِ فَالسَّيْرَةُ بِنَفْسِهَا مَعَ عَدَمِ وَصُولِ الرُّدْعِ حُجَّةٌ نَاهِضَةٌ مِنَ الْحُجَجِ اللَّيِّئَةِ وَ لَا يَعْتَنِي بِالْإِحْتِمَالِ الْمَذْكُورِ كَمَا لَا يَعْتَنِي بِإِحْتِمَالِ كَوْنِ السَّيْكُوتِ عَنِ الرُّدْعِ لِمَصْلَحَتِهِ اخْتِصَتْ إِخْفَاءُ الْحُكْمِ الْإِلَهِيِّ وَ تَأْخِيرُ بَيَانِهِ

لَا يُقَالُ مَا دَلَّ عَلَى تَوَقُّفِ بَعْضِ التَّصَرُّفَاتِ عَلَى الْمَلِكِ كَالْبَيْعِ وَ الْعَتَقِ وَ الْوَقْفِ وَ الْوَطَى يَكُونُ كَافِيًا فِي الرُّدْعِ

فَأَنَّهُ يُقَالُ أَوْلَا أَنَّ تِلْكَ الْأَدْلَةَ مَسْوُوقَةٌ لِإِفَادَةِ الشَّرْطِيَّةِ وَ السَّيْرَةِ الْمَفِيدَةِ لِلْمَلِكِ مُحَقَّقَةٌ لِلشَّرْطِ الْمَذْكُورِ وَ ثَانِيًا أَنَّ الرُّدْعَ بِهَا لَا يَكُونُ أَلَّا عَلَى وَجْهِ دَائِرٍ لِأَنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَى عَدَمِ حُجَّتِهِ السَّيْرَةَ الْمَفِيدَةَ لِلْمَلِكِ وَ حَلِيَّةِ التَّصَرُّفِ وَ هُوَ يَتَوَقَّفُ عَلَى الرُّدْعِ الْحَاصِلِ بِهَا وَ ثَالِثًا أَنَّ الرُّدْعَ الْمَعْتَبَرَ عَدَمَهُ فِي كَشْفِ الْعَمَلِ عَنِ الْإِمْضَاءِ إِنْ كَانَ وَجُوبُهُ مِنْ بَابِ النَّهْيِ عَنِ الْمُنْكَرِ فَالْمَأْزَمُ هُوَ الرُّدْعُ عَنِ خُصُوصِ الْعَمَلِ بِمَا عَلَيْهِ السَّيْرَةُ وَ لَا تَصْلُحُ الْعُمُومَاتُ لِذَلِكَ وَ إِنْ كَانَ مِنْ بَابِ الْإِرْشَادِ فَالْعُمُومَاتُ وَ إِنْ كَانَتْ كَافِيَةً لِلْإِرْشَادِ وَ الْمَنَعِ عَنِ الْعَمَلِ الْعَدَى لَمْ يَرْضَهُ الشَّارِعُ أَلَّا أَنَّ صِلَاحِيَّةَ الْعُمُومَاتِ الْمَذْكُورَةِ لِلْإِرْشَادِ إِلَى الْمَنَعِ عَلَيْهِ السَّيْرَةَ مِنْ إِفَادَةِ الْبَيْعِ عَلَى وَجْهِ

المعاطاه الملكيه و إباحه التصرفات الموقوفه عليها ممنوعه لوضوح عدم القطع ببطلان المعاطاه و عدم افاده الملكيه و كما يحتمل عدم تحقّق الملك بالمعاطاه يحتمل تحقّقه بذلك فقوله لا وطى الأ في ملك مثلاً

كما يمكن ان يكون ردعا عن المعاطاه يمكن ان لا يكون كذلك لتحقق شرط الوطى و هو الملك و مع قيام الاحتمالين كيف يمكن ان يقال ان تلك الادله و العمومات كافيه فى الردع فافهم

[الأولى فى الاستدلال على المختار]

قوله (و الديون و النفقات و حق المقاسمه)

الظاهر ان غرضه ان تعلق حق الديان بالمأخوذ بالمعاطاه و وجوب الانفاق منه على من يجب الانفاق عليه كيف يصح مع عدم الملكيه فلا تغفل

قوله (و لا رجوع الى قيمه المثل حتى يكون له الرجوع)

فان القاعده ان العين المضمونه بالمسمى اذا لم يسلم ضمانها به كانت مضمونه ببديلها الواقعى من المثل او قيمه و مقتضى ذلك بناء على الاباحه المجزئه ان يكون تلف احدى العينين موجبا لجواز رجوع مالك العين الموجوده إليها و الغرامه لصاحبه بدل التالف من المثل او قيمه كما فى المقبوض بالعقد الفاسد لا سببا لدخول المسمى فى ملك من فى يده

قوله (نعم اذا دل الدليل على ترتب اثر عليه)

لما كان مخالفه القول بافاده الاباحه لقاعده تبعية العقود للمقصود تنحل الى امرين الاول عدم وقوع المقصود و الثانى وقوع غير المقصود و اجاب عن الاول اراد الجواب عن الثانى بان وقوع غير المقصود ليس مسببا عن تلك المعامله الفعلية كى يخالف ما وقع من الاباحه لما قصد من التملك بل السبب لما لم يدل دليل على صحته و لم يحكم بترتب الاثر المقصود عليه لزم الرجوع الى حكم الاصل و لو فرض ثبوت دليل على ترتب اثر عليه حكم به و ان لم يكن مقصودا فان وقوع السبب غير مؤثر لا يمنع عن ثبوت اثر آخر بدليل خاص و دعوى القائل بالاباحه ان التملك الفعلى لا يؤثر فى النقل الا انه ثبت بالدليل الخاص حصول الاباحه و هو السيره الممنوعه بما تقدم من قيامها على الملكيه مضافا الى الاذن الضمنى الموجود فى المعاطاه

قوله بانه لم يذكر هذا الوجه الا بعضهم)

فيه ان الظاهر كون دليل الضمان بالمثل او قيمه ليس الا اليد و تعليههم باقداهما على الضمان ليس من اجل خصوصيه فى الاقدام لوضوح انهما لم يقدمتا على ضمان القيمه بل انما هو لاجل دفع توهم عدم الضمان بكون اليد مقرونا باذن المالك و تسليطه بان الاذن و التسليط لم يكن مجانيا فثبوت ضمان التالف بالمثل او القيمه فى المقبوض بالعقد الفاسد ليس نقضا لعموم القاعده و انما هو لئلا يلد عند بطلان المسمى و بقيه النقوض ستعرف سلامه القاعده عنها أيضا

قوله (فهو استبعاد محض و دفعها بمخالفتها للسيره)

الظّاهر أنّ المراد من العبارة أنّ القائل بالإباحة يلتزم بعدم تعلّق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاه و عدم تعلّقها مع كون المتعاطيين قاصدين للتّملك لا ضير فيه إلّا مجرد الاستبعاد و دعوى أنّ عدم التعلّق مخالف للسّيره يلزمها التزام القائل بالإباحة بالتعلّق لوجود الدّليل و هو السّيره و الحاصل أنّه اذا ثبت كون السّيره على تعلّق المذكورات بالمعاطاه يلتزم به القائل بالإباحة لوجود الدّليل و ان لم يثبت يلتزم بعدم التعلّق فهو على اىّ تقدير يلتزم بما اقتضاه

الدليل و ان اعترضت بان مجرد كون السيره دليلا لا يكفى فى دفع الاشكال اذ ليس الكلام فى وجود الدليل و عدمه بل الغرض ان بعد وجود السيره يلزم ما ذكر من اجراء حكم الملك على ما ليس بملك يقال ان اللّازم هو متابعه الدليل و اذا اقتضى فى مورد خاص غير ملك اجراء بعض احكام الملك فأتى اشكال يكون واردا و هذا نظير الجواب عن الاشكال بوقوع غير المقصود بان الاباحه و ان لم تكن مقصوده لكن الدليل و هو السيره قام على ذلك كما عرفت من المتن حيث قال نعم اذا دلّ الدليل على ترتب اثر عليه حكم به و ان لم يكن مقصودا ه و يحتمل عندى قويا ان يكون معنى العبارة هكذا و دفع عدم التعلق بمخالفتها للسيره حيث أنها قائمه على التعلق رجوع الى السيره و قد تقدّم حالها فى ادله القائلين بالملك و ان دعوى قيام السيره المستمره على معامله المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك فى التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطى و الايصاء و توريثه و غير ذلك من آثار الملك فهى كسائر سيراتهم الناشئه عن المسامحه و قله المبالاه فى الدين

[هل المعاطاه لازمه أم جائزه]

قوله (و الحاصل ان الحكم باللزوم فى مطلق الملك و فى خصوص)

قد عرفت ان غايه ما يمكن ان يكون دليلا للحكم باللزوم فى مطلق الملك هو احد امرين اما ثبوت الوحده فى حقيقه الملك و اما جريان الاستصحاب فى الكلى بناء على عدمها اما الاول فيمكن منعه بوجوه منها ان الانصاف كون الملك اللّازم و الجائز عند العرف حقيقتين مختلفتين و منها ان حقيقه السبب المملك مختلفه سواء كان فى البيع و الهبه مثلا او فى البيع اللّازم و الجائز كما اعترف به فى المتن و ذلك موجب لاختلاف حقيقه المسبب الّما اذا كان بين السببين جامع لاستحاله ان يكون حقيقه واحده مسببه عن حقيقتين مختلفتين فان الواحد لا يصدر الا عن الواحد و قد اشرنا الى ذلك فى انكار ما ذكره ره من ان انقسام الملك الى المترزل و المستقرّ انما هو باعتبار حكم الشارع بان اختلاف الاسباب اذا لم يوجب اختلافا فى المسببات فإيجابه الاختلاف فى الاحكام ممنوع و وجود الجامع بين السببين بحيث يكون هو المؤثر حقيقه و ان كان ممكنا الّما انه لا بد من احرازه حتى يحكم بوحده المسبب كما قد يحرز ذلك من العلم خارجا باتّحاد حقيقه المسبب و لا فرق فيما ذكرنا من اختلاف حقيقه الاسباب و كذا المسببات فى الملكيه بين ان يكون اللّزوم و الجواز من المشخصات النوعيه للملك بحيث يكون اختلافه نوعا بنفس اللّزوم و الجواز او يكونان من احكام احدهما فان الاختلاف فى الحكم كاشف عن اختلاف الموضوع هذا كلّه مضافا الى ما عرفت من اننا نرى الملكيه من الامور الاعتباريه الّتى لها مراتب بحسب الشده و الضعف و امّا الثانى فيمكن منعه بان استصحاب كلى الملك لاثبات جواز تصرف من انتقل اليه فانه من آثار الاعم من اللّازم و الجائز و ان كان صحيحا الا ان استصحاب بقاء علقه المالك الاول حاكم عليه لان الشك فى بقاء الملكيه لمن انتقل اليه و جواز تصرفه بعد الرجوع مسبب عن الشك فى بقاء علقه المالك الاول و سلطنته و ذلك لوضوح ان السبب المملك يكون تاره مؤثرا على نحو اللّزوم و يكون موجبا لقطع سلطنه المالك الاول و

و اخرى يكون مؤثرا على نحو الجواز و مع الشك فالمرجع هو اصاله بقاء العلقه للمالك الاوّل و قد اعترض بعض الاساتيد على الاصل السببي المذكور بانّ علقه المالك الاوّل قد انقطع يقينا و الاضافه التي كانت بينه و بين الملك ارتفعت بنقله الى غيره و لم يكن هناك اضافه اخرى يستصحب فالشك في حدوث علاقه اخرى له غير العلقه المالكيه لا في بقائها و هو في غير محلّه فانّ كون السبب مختلفا في التّأثير و كون اللزوم و الجواز من احكامه و آثاره ليس ألّا من حيث الاختلاف في قطع الاضافه بالكلّيه و عدمه و لا اشكال في أنّ جواز الرجوع من الاحكام لأنّه من آثار الاضافه و السّيلطنه السّابقه و ليس من الحقوق و من باب احداث سلطنه جديده و من هنا يظهر أنّ ما ذكره قدس سرّه من الادله اللفظيه على اللزوم محلّ منع

[تنبيهات المعاطاه]

[أنّ المعاطاه قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع]

قوله (امكن خلوّ المعاطاه من الاعطاء)

و هل يعتبر في المعاطاه حدوث القبض و ان اكتفينا باستدامته فيما يعتبر فيه القبض كالزهن و غيره او يكفي فيها استدامته فلو كان مال كلّ منهما عند صاحبه امانه و وقعت المعامله بينهما بالمعاطاه عليهما يتوقّف تحقّق موضوع المعاطاه على الرّدّ و حدوث الاعطاء من الجانبين او من احدهما بناء على كفايه الاعطاء من جانب واحد أم لا امكن بناء المسأله على القول ببقاء الاكوان و عدم احتياج الباقي الى المؤثّر و القول بعدم بقائها و لكنّ الظاهر هو الاوّل و ان قلنا بعدم بقائها و احتياج الباقي الى المؤثّر لظهور أنّ المناط هو تحقّق التعاطي عرفا

[في تميز البائع من المشتري في المعاطاه الفعلية]

قوله (ففي كونه بيعا و شراء بالنسبه الى كلّ منهما)

لا يخفى أنّ البيع المشتمل على الايجاب و القبول يمتنع فيه ان يكون الموجب قابلا و القابل موجبا و لا ينافي ذلك صدق البائع و المشتري على كليهما باعتبار بعض المعاني المنقوله فانّ الصّيدق كذلك اجنبيّ عمّا هو محلّ الكلام و كيف يمكن ذلك مع أنّ الموجب من يقصد تمليك ماله بعوض و القابل من يقصد تملك ذلك المال بعوض و اذا وقع الايجاب كذلك امتنع ان يكون الموجب قابلا في تلك المعامله و قد عرفت في أوّل المعاطات أنّه لو قصد المتعاطيان الملك المطلق فهو عند المصنّف بيع لا غير و عليه فالمفروض في المقام بيع من دون تعيين لكون احد المتعاطيين بايعا و الاخر مشتريا و اما بناء على أنّ البيع هو المبادله بانشاء تمليك المبيع على وجه التبديل و تمخّضه لذلك و تمخّض العوض بكونه على وجه البدئيه فلا يصحّ فيه هذا الوجه و قد مرّ أنّ جماعه اختار البطلان من دون ان يكون معاطات مصالحه او معاوضه مستقله فراجع و الحقّ أنّ المفروض بيع من دون تعنون احد المتبادلين بكون بايعا و الاخر بكونه مشتريا و لا يترتب عليهما الاحكام و الآثار الخاصه للبائع و المشتري لانصراف ادلتها الى من اختصّ بصفه البيع او الشراء

[في أنّ أصل المعاطاه يتصوّر بحسب قصد المتعاطيين على وجوه]

قوله (يتصوّر بحسب قصد المتعاطيين على وجوه)

لا- يخفى أنّ الصّور كثيره و جملتها بحسب الاجمال هي أنّه إمّا ان يكون المعاطاه بقصد التّملك او الاباحه بالتصرّف من الجانيين و كلّ منهما إمّا ان يكون على نحو المقابله بين

المالين بتمليك المعوض بتملك العوض على ان يكون المقابل لتمليك المعوض هو ملكيه العوض او باباحه التصرف في المعوض بالإباحه على ان يكون المقابله بين المباحين و امّا ان يكون على نحو المقابله بين الفعلين بتمليك المعوض المقابل بتمليك العوض على ان يكون تمليكا بإزاء تمليك او الاباحه المقابله بالإباحه بالمعنى الفعلى و امّا ان يكون على نحو المقابله بين المال و الفعل بتمليك العين على ان يكون المقابله بين المال و فعل التمليك او العكس و مثله الكلام فى الاباحه و امّا ان يكون المعاطات مع اختلاف القصد من الجانبين كالاباحه بالتمليك او العكس و هذا أيضا يتصور فيه الاقسام المذكوره ثم مع كون العوض فى الطرف الاخر فعلا- سواء كان إباحه او تمليكا قد يكون ذلك بعنوان العوضيه و المقابله و قد يكون بعنوان الاشتراط ثم ان صور الاباحه ينقسم الى قسمين لانه متعلقها امّا مطلق التصرفات حتى المتوقفه على الملك او التصرف الغير المتوقع عليه كما هو احد الاقوال فى المعاطاه ثم بناء على امكان تحقق التسليط المطلق و اعني مطلق التمليك من البيع تجرى الصور المذكوره فى هذين القسمين أيضا و لا يخفى ان ذلك كله مجرد تصوير عقلى و ما هو المتعارف من قصد المتعاطيين و يصح البحث عنه هو الاربعه السابقه و محل النزاع هو ما قصد المتعاطيان الملك مع قصد عنوان البيع و المختار فيه هو افاده الملكيه جواز او المشهور هو افاده الاباحه

قوله (و ربما يستعمل فى المعامله الحاصله بالفعل)

إشاره الى ما ذكره سابقا من انه ربما يدعى انعقاد المعاطات بمجرد اىصال الثمن و اخذ المثلن كاخذ الماء مع غيبه السقاء

قوله (امّا إباحه جميع التصرفات حتى المتوقفه على الملك)

اعلم ان الثمره فى قصد الملك او الاباحه فى المعاطاه تظهر فى امور و سيتعرض المصنف قدس سره لجملة منها و نحن نذكر فى المقام جمله اخرى و نتعرض لما يقتضيه القاعده فيها

فمنها نماء العين الذى سبق فى المتن الاشاره إليه و لا- يخفى انه امّا ان يكون منفصلا عن العين او متصلا بها و على تقدير الانفصال فاما ان يكون تالفا حقيقه او حكما أم لا ثم البحث عن هذه الفروض تاره يكون مع عدم رجوع المالك بالعين و اخرى مع الرجوع كذلك و ينبغى التنبه على حكمه على هذه التقادير فى صورتى قصد التمليك فى المعاطاه و القول بافادتها الملك او الاباحه المجزده و صوره قصد الاباحه فاما التمامات المنفصله فان فرض وجودها فبناء على افاده المعاطات ملكيه العين كان التمام ملكا للآخذ لوضوح تبعيته لها و الظاهر ان المالك لو رجع بالعين ليس له الرجوع بنمائها فان جواز الرجوع فى العين كان ثابتا بالاجماع او باصالة عدم اللزوم و امّا التمام فعلى تقدير القول باصالة اللزوم فى الملك فواضح و انما خرج عنها فى العين بدعوى الاجماع و هو مفقود فى المقام و على تقدير القول باصالة الجواز فقد سبق ان ذلك

من جهة حكومه اصاله بقاء علقه المالك الاول على اصاله بقاء الملك للثاني و النماء قد حدث فى ملك الثانى و لم يكن مسبقا بملكه المالك الاول له حتى يستصحب بقاء علقته

فان قلت ان ملكيه النماء منبعثه عن ملكيه العين فيكون تابعا لها فى اللزوم و الجواز

قلت مجرد التسبب فى الملكيه لا يكون مفيدا لتبعيه المسبب للسبب و اتحادهما فى كيفيتها بعد ما كان مقتضى الدليل ثبوتها على نحو التزلزل فى احدهما و اللزوم فى الاخر خصوصا بناء على ما عرفت فيما مر من انا نرى الملكيه من الامور الاعتباريه ذات حقيقه واحده و لها مراتب بحسب الشده و الضعف نعم بناء على ان الملك المتزلزل و المستقر حقيقتان مختلفتان كان لهذا الاشكال وجه بدعوى استحاله تولد ماهيه من ماهيه تخالفها و لكنها خاليه عن التحصيل لما نرى من اشتراك الحركه و الشمس و النار فى السخونه مضافا الى النقص بنماء المبيع الخيارى فان ملكيته على نحو اللزوم بخلاف اصله و دعوى ان التزلزل فى المبيع الخيارى ليس ناشيا من سببه البيع بل انما هو بسبب امر خارج كالشرط او العيب و هذا بخلاف سببه المعاطاه فانها بنفسها تقتضى الجواز كما ترى و بناء على افادتها الاباحه فان كانت ملكيه كان النماء ملكا لملك العين و يباح للاخذ التصرف فيه للاذن الضمنى و لشاهد الحال و ان كانت شرعيه فالمتيقن من ادله القائلين بها هو اباحه العين لا نمائها فالنماء لا يكون ملكا للاخذ و لا يجوز له التصرف فيه الا ان يدعى قيام السيره القطعيه على كونه كاصله يكون مباح التصرف له و ان فرض كونها تالفه فليس للمعطى الرجوع ببدل التالف على الاخذ الا اذا كانت الاباحه شرعيه و اما بدل المنافع المستوفاه فعدم الرجوع به مط ظاهر و اميا النماءات المتصله فهى تابعه للاصل فى الملكيه المتزلزله او الاباحه المجزده و كذلك فى جواز الرجوع و يحتمل الفرق فى المتصله فى جواز الرجوع بين ما يصدق عليه انه جزء من العين كالسمن و الشعر و الصوف فيجوز و ما لا يصدق عليه الا كونه نماء العين كالثمره على الشجره فلا يجوز بناء على ما قدمناه من ثبوت الملكيه المتزلزله فى الاصل و اللازمه فى النماء

و منها ما هو مذکور فى المقام من التصرفات الموقوفه على الملك كالباع و وطى الأمه و العتق و مقتضى القاعده فى الاول هو الصحه على القول بالملكيه و يقع باطلا او للمالك اما لازما بناء على ان قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثر او موقفا على الاجازه بناء على ان المالك لم ينو تملك الثمن على القول بالاباحه و الأقوى هو الأخير

فان قلت مقتضى قولهم ما صحح بالاجازه صح بالاذن لانه لو اثر الاجازه اللاحقه يؤثر الاذن السابق بطريق اولى هو وقوعه للمالك لازما لتحقق الاذن الضمنى او بشاهد الحال لوقوع التسليط منه عليه و هو و ان كان بقصد التملك الا ان الملكيه منتفيه بعدم الامضاء فيبقى الاذن المطلق فان انتفاء القيد و هو قصد التملك لا يوجب انتفاء المقيّد و هو كاف فى الصحه و يخرج البيع عن كونه فضوليا لسبقه بالاذن هذا بناء على الاباحه الشرعيه و اما بناء على الاباحه

المالكيه فتحقق الاذن ظاهر

قلت لم يقع فى السّابق حال المعاطاه ألّا إنشاء واحدا و هو التّمليك و هذا المقدار لا- يوجب بقاء الاذن الحاصل فى ضمن التّمليك بعد فرض انتفاء التّمليك و الاذن الحاصل من شاهد الحال لا يترتب عليه أثر المعاطاه و مرجع قولكم الى أنّه لا يشترط فى البيع و اللّزوم إنشاء التّمليك بالقول او الفعل بل يكفى وصول كلّ من العوضين الى مالك الاخر و كفايه الرضا الشّانى لأنّ ما كان موجودا بالفعل من الاذن و الرضا قد ارتفع بانتفاء القيد و كذا لو كان الواقع هو الاباحه المالكيه فانّ الاذن الفعلى فيها مقيد ببيع الأخذ لنفسه و يستحيل تفكيك هذا الاذن عن قيده و قد اوضحنا فيما سبق استحاله بقاء الجنس و القدر المشترك بعد انتفاء الخصوصيه و القيد بل التّحقيق أنّ الرضا امر بسيط و ليس من الجنس المتقوم بفصول مختلفه و مع الغضّ عن هذا فقولهم أنّ ما صحّ بالاجازه صحّ بالاذن أنّما هو فيما كان موردهما واحدا و فى المقام ليس كذلك فانّ الاذن الواقع كان متعلّقا ببيع الأخذ لنفسه لا لمالكه

فان قلت كيف يصحّ وقوع البيع عن المالك مع الاجازه و المفروض وقوعه من البائع لنفسه فالواقع لم يصحّ و الصّحيح لم يقع

قلت ستعرف فى بيع الغاصب لنفسه و وقوعه للمالك مع الاجازه أنّه لا يعتبر فى صحّحه البيع قصد من له البيع ثمّ لا يخفى أنّ بناء على وقوع البيع للمالك لازما يقوم ثمنه المملوك له مقام المثلن فى جواز التصرف فيه مط فلاأخذ التصرف فيه و لو بيّعه أيضا و يقوم ثمنه كذلك مقامه و هكذا مع كون الابدال للمالك ثمّ أنّ الوجوه الثلاثه أنّما هى لو لم يكن اجماع على صحّحه البيع و وقوعه للبائع و ألّا فلا بدّ من الالتزام بدخول المبيع انا ما فى ملك البائع للجمع بين الادله فتعدم الثمره ح حكما لا موضوعا و مقتضاها فى الثّانى هو الجواز على الملكيه و عدمه على الاباحه بناء على القول باعتبار الصّيغه فى التّحليل ألّا ان يكون هناك اجماع على الحلّيه فلا بدّ أيضا من الالتزام بالدخول فى الملك أنا ما كلّ ذلك من حيث قيام الدليل القطعى على أنّ الواطئ لا بدّ ان يكون مالكا للوطى اما بملكه الرّقبه و اما بالزّوجيه او التّحليل و لا بدّ فى الأخيرين من تحقّق الفاظ خاصه و مجرد الاذن و الاباحه من المالك لا يكفى فى الجواز و مقتضاها فى الثّالث الصحّحه على الملكيه و يقع باطلا على الاباحه و اذا كان هناك دليل على صحّته فلا- بدّ من الالتزام بالدخول فى ملك المعتق أنا ما و احتمال وقوعه عن المالك لازما بناء على أنّ العتق كالبيع و قصد المعتق وقوعه لنفسه غير مؤثر غير جار و ذلك لدليل اعتبار قصد القربه فى العتق و الحال أنّ المعتق غير مالك و المالك غير متقرّب نعم لو قلنا بعدم اعتبارها فيه و أنّ ما دلّ عليه اريد منه نفى الكمال دون الصحّحه كان له وجه كما أنّ احتمال وقوعه عنه موقوفا على الاجازه ينافى ما ذهب إليه المشهور من بطلان العتق الفضولى

و منها جواز التصرف و عدمه عند موت المتعاطيين او احدهما فمع موتهما ينتقل ما كان بيد كلّ واحد منهما الى وارثه بناء

على الملكيه و الى وارث المالك بناء على الاباحه و ينقطع إباحه التصرف أمّا بناء على الاباحه المالكه فظاهر و اما بناء على الاباحه الشرعيه فلأنّ المتيقن هو الاباحه للأخذ لا لغيره و مع موت احدهما ينتقل ما كان بيده بالارث الى وارثه على الملكيه و فى ايجابه اللزوم كالتقل الاختيارى وجه قوى و لا يجوز للحى التصرف فيما بيده بناء على الاباحه أّا بتجديد المعامله بينه و بين الوارث المالك او اذن جديد منه و كذلك لا يجوز لو ارث الميت التصرف فيما بيده من مال المالك الحى لأنّ اباحته للتصرف فى ماله كان فى مقابل إباحه الميت له التصرف فيما له و مع انقطاعها ينقطع مقابلها أيضا لا محاله

و منها أنه لو رجع احدهما بعين ماله لا- يرجع الاخر بنفقتها عليه على الملكيه لوضوح أنّ بذلها كان فى ملكه و يرجع بها على الاباحه مع عدم التبوع

و منها وجوب الخمس و الزكاه على الاخذ بناء على الملكيه لو قلنا بعدم اشتراط لزوم الملك فى وجوبهما و عدم الوجوب على الاباحه و لو قلنا بوجوب الخمس بمجرد صدق الفائده و الغنيمه بالمعنى الاعمّ التى هى اعمّ من الملكيه فلا يبعد ثبوت الفرق بين الزكاه و الخمس بالفرق المذكور حكما فى الاول المشروط وجوبه بالملك و الوجوب و لو على الاباحه فى الثانى و على اى حال فعلى الاباحه ان قام دليل من اجماع او سيره على وجوب الزكاه على الأخذ يلتزم بدخول الماخوذ فى ملكه آنا ما قوله (بحصول الملك القهرى انا ما فتأمل)

قد يقال أنّ دعوى التمسك بعموم دليل السيلطنه غير بعيد فانّ من افراد سلطنه المالك تسليط الغير على التصرفات المتوقفه على الملك و اعتبار الامكان الشرعى يوجب تقييد جواز التصرفات بالجائزه و لكنّه لا يوجب حكومه تلك الأدله على دليل عموم السيلطنه بل هو باق على صلاحيته للتمسك به على الجواز و تكون النسبه بينهما عموما من وجه و لو بعد التقييد فانّ مقتضى دليل السيلطنه جواز جميع التصرفات و مقتضى تلك الأدله توقّف بعض التصرفات على الملك و لا وجه لتحكيم تلك الأدله على دليل السيلطنه فى مورد الاجتماع بعد امكان اثبات الامكان الشرعى بدليل السيلطنه و ح يقع التعارض و يمكن تخصيص كلّ منهما بالآخر و لا- بدّ فى المقام من التأمل التامّ و ترجيح تلك الأدله بأنّها ابيه عن التخصيص معارض بترجيح دليل السيلطنه بالشهره الفتوائيه على جواز التصرفات مط فى المأخوذ بالمعاطاه بل السيره قائمه عليها مط و يكون من قبيل قيام الدليل الخاص على جواز التصرف الموقوف على الملك

فان قيل أنّ بناء على منع الحكومه و ثبوت التعارض بالعموم من وجه بحيث امكن تخصيص كلّ منهما بالآخر فلا بأس بالجمع بينهما بحصول الملك القهرى آنا ما قبل التصرف

قيل أنّ بناء على التعارض و عدم المرجح فاللزام هو التوقف فى مادّه التنافى و الرجوع الى الاصول و مجرد امكان الجمع كذلك لا يفيد لعدم شاهد عليه نعم لو دلّ دليل خاصّ على صحّحه إباحه التصرف الموقوف على الملك على نحو ما ثبت فى العمودين كان له وجه و بعد ذلك كلّه فالأمر بالتأمل يمكن ان يكون إشاره الى منع كون المقام من قبيل حكومه دليل عدم جواز عتق

مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالتذير و كون النسبه بين الدليلين عموما من وجه بالتقريب المذكور و يمكن ان يكون إشاره الى منع ما ذكره من امكان الجمع بحصول الملك القهرى انا ما بناء على التعارض بانّ بناء عليه فالوجه هو التّرجيح بما عرفت و يمكن ان يكون إشاره الى ما ذكرنا اخيرا من أنّ بناء على التعارض و عدم المرجّح فاللّازم هو التوقّف لا الجمع المذكور و يمكن ان يكون إشاره الى أنّ مقتضى دقيق التأمل كون فرض التعارض لا- يجتمع مع اعتبار الامكان الشرعى كالعقلى فى موضوعات الاحكام

[فى حكم جريان المعاطاه فى غير البيع من العقود و عدمه]

قوله (فى حكم جريان المعاطات فى غير البيع)

الحقّ فى المقام ان يق أنّ الاصل الاوّل فى ابواب العقود و الايقاعات يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتّب الاثر المقصود من المعاطات عليها ألّا أنّ فى بعضها يصدق على المعاطات فيه عنوان ذلك العقد او الايقاع المعلق عليه فى التّصوص احكامه و يدخل المعاطاه فيه فى مسماه عرفا فيحكم بالخروج عن الاصل المزبور و ان لم يصدق على معاطاته اسم العقد فكلّ عنوان كان نصوصه الخاصّه شامله بعمومها او اطلاقها للاسباب الفعلية لصدق الاسم كالعاريه و الوديعه و الوكاله بغير جعل و الجعاله و المضاربه و الصّيدقه و الهديه و الهبه الغير المعوّضه و الشّفعه و الاقاله و الفسخ و الاجازه و الرّجوع فى العده و البذل الموجب لتحقق الاستطاعه و المزارعه و المساقاه و القسمه المشتمله على الرّدّ و نحوها كانت المعاطاه فيه على طبق القاعده ألّا اذا قام الاجماع على عدم صحّتها فيه و لزوم الصّيغه الخاصّه كما فى اليمين او مانع اخر غير الاجماع كالاشكال المذكور فى المتن بالنسبه الى الرّهن و الوقف من أنّ جريان المعاطات و عدمه يتبع لحقوق الجواز و عدمه للاجماع على اعتبار اللفظ فى اللزوم و الجواز فى الرّهن مناف لحقيقته عرفا و فى الوقف غير معروف من الشّارع فاللّازم ح هو الوقوف على الاصل الاوّل و كلّ عنوان شكّ فى صدقه على المعاطاه كالاسقاط و الابرء و الكفاله و الحواله فالمرجع هو الاصل ألّا مع قيام السّيره على جريانها و كذا لو علم بعدمه كالعتق و الطلاق و الظهار و اللعان و الايلاء و الوصيه تمليكيه كانت او عهديه و التّحليل و التّدبير و الضّمان و نحو ذلك حيث أنّ الضّروره قاضيه باختصاص الاسم فيها بما وقع منها باللفظ و عدم وجود فعل يكون مصداقا لهذه العناوين و لا تنشأ ألّا بالقول فانّ اطلاق العبد عن الخدمه بقصد العتق و القاء القناع على الزّوجه او اخراجها من الدّار بقصد بينونه ليس مصداقا للعتق و الطلاق بل هما و امثالهما من الافعال من آثارهما و كذا انتقال الدّين من ذمه الى اخرى لا يمكن ان يتحقق بالفعل و كذا الملكيه او القيمومه بعد الموصى و اولى من جميع ذلك فى عدم كون الفعل مصداقا للعنوان هو باب النّكاح فانّ مضافا الى الاشكال المذكور فى المتن فى الرّهن و الوقف و كون المرجع أصاله الفساد و اصاله حرمة الفروج يقال أنّ النّكاح اذا كان حقيقه فى الوطى فأمّا ان يراد من الفعل المذمى به يتحقق المعاطاه الوطى الاوّل و أمّا ان يراد منه التّمكين و سائر المقدمات الفعلية فعلى الاوّل يلزم اتّحاد السّبب و المسبّب و كون الشّيء مؤثرا فى نفسه مع أنّ المسبّب الذى هو الاثر المقصود من العقد

من الملكيه و جواز التصرف لا بدّ و ان يكون متأخراً عن الفعل الذي يتحقق به المعاطاه و يكون سببا لترتب ذلك الأثر و على الثاني فلا اشكال في خروج المقدمات من التمكين و غيره عن حقيقه النكاح و عدم كونها مصداقا له و اذا كان حقيقه في العقد فخرج المعاطاه عنه ظاهر و على أي حال فلا ريب في عدم جريان المعاطاه في النكاح لثبوت الاجماع بقسميه على ذلك و عدم تحقق مصداق الضدّ النكاح و هو الزنا الباطل في صورته الاكراه ثم لا بأس بايراد بعض الكلام في العقود التي اشار إليها في المتن على الترتيب فالأول الاجاره و الظاهر صحّه المعاطاه فيها لشمول اطلاقات نصوصها عليها مضافا الى قيام السيره على المعاطات فيها فان كانت الاجاره متعلقه بالاعيان ملك الموجد الاجره بتسليم العين للمستأجر متزلزلا فانّ قبض العين قبض لمنفعتها عرفا و ان كانت متعلقه بالاعمال ملك الاجره بعد تمام العمل الا اذا كان المتعلق عمل المملوك فانّ الاجاره ح تكون من المتعلقه بالاعيان لمنفعتها و يكون قبضه قبضا لعمله و ما ادّعاه بعض الاصحاب من قيام الاجماع على اعتبار اللفظ في العقود اللّازمه فقد مرّ أنه محمول على إرادته اعتباره في اللزوم دون الصحّه و الثاني الهبه الغير المعوّضه فالظاهر أيضا صحّه المعاطاه فيها كالصدقه و الهديه للسيره القطعيه و التعارف قديما و حديثا التصدّق و التهادى بالافعال من دون اقتصار على بعض التصرفات بل يترتبون آثار الملكيه على تلك الاعيان مط بل يمكن ان يق بافاده المعاطاه فيها الملكيه على وجه اللزوم فيما كان معوّضا بالقربه كالصدقه و ذلك لعموم ما دلّ عليه و عدم الرجوع فيما اريد به وجه الله و الثالث الرهن و في جريانها فيه الاشكال المذكور في المتن و الرابع الوقف اما الخاصّ منه و كذا التحسيس و السيكنى و العمرى و الرقبى فالظاهر عدم جريان المعاطاه فيها للشكّ في صدق عناوينها بالمعاطاه و ليست السيره قائمه على جريانها فيها و المرجع هو الاصل الاوّل و اما الوقف العامّ كبناء المساجد و تعمير المشاهد و المدارس و ما يوضع فيها من الفرش و المعلقات و نحوها فيمكن ان يدعى صدق الاسم على ما كان منها بمجرد الفعل من دون الصيغه فيشملة اطلاقات ادله الوقف بل يدعى قيام السيره عليه الا انّ ظاهر الاجماع المحكيه هو اتفاقهم على اعتبار الصيغه فيه و عدم صحته بمجرد الفعل فكلّ ما كان من هذا القبيل و ما يدخر للمشاهد و الضرائح المقدّسه من الاموال الثمينه ان علم إرادته الواقف منه بمجرد الفعل من دون الصيغه ففيه اشكال قويّ و ان علم إرادته الاباحه المالكيه للجبهه الخاصّه فيبقى على ملك المالك و ينتقل بعده الى وارثه و لا يجوز التصرف فيه مع الشكّ في رضاه و ان علم إرادته التملك فان كان بعنوان الهبه فقد مرّ انّ الظاهر صحّه المعاطاه فيها و ان كان بعنوان تملك الجبهه و قلنا بصحّته فيبتنى على جريان المعاطاه و حصول السبب المملّك بالفعل و هو في غايه الاشكال فاللّازم هو الوقوف على اصاله الفساد و ان شكّ في الكيفيه كان المرجع اصاله الصحّه

قوله (موضع نظر لأنّ فساد المعامله لا يوجب منعه عن العمل)

لا يخفى أنّه لو اراد المحقق من كلامه عدم جواز العمل بعنوان الاجاره كان حسنا نعم منع المصنّف ما ذكره من أنّه لم

يستحقّ اجره مع علمه بالفساد فى محلّه لأنّ الاجاره الفاسده مضمونه فانّ صحيحها مضمون و ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده ألما ان يقال أنّه قيّد عدم الاستحقاق بصوره العلم بالفساد و لا وجه للضمنان ح لأنّ مع العمل بعنوان الاجاره و علمه بفسادها و المفروض عدم اذن اخر للعمل لا حرمه لعمله و مجرد عدم قصد التبرّع لا يوجب اجره المثل و على اى حال فاذا امره بعمل على عوض معيّن فعله فان قلنا بأنّه اجاره كما عرفت فلا اشكال فى استحقاقه اجره المسمى و ان قلنا بعدم جريان المعاطاه فى الاجاره استحقّ اجره المثل و يحتمل ح ان يكون من باب الجعالة فانّ وقوع العمل الغير العامل مستحقًا للاجره يتحقّق بأمرين الاول استدعاء الغير و الثانى قصد العامل بعمله كونه له مضمونا عليه غير مبدول مجاناً و الظاهر اتّفاقهم على جريان المعاطاه فيها و قيام السيره القطعيّه عليها ممّا لا ينكر و لا تكون من العقود اللّازمه الّتى ادعى بعضهم قيام الاجماع على اعتبار الصّيغه فيها و يحتمل ان يكون من قبيل رجوع الضّامن على المضمون عنه بما دفع الى المضمون له اذا كان الضّمان بامره و لم يكن متبرّعا و من قبيل ضمان المتاع فيما لو قال التى متاعك فى البحر و على ضمانه فانّه يصحّ بلا خلاف بينهم و قد يستشكل فى كون المقام من باب الضّمان تاره بأنّه يتضمّن التعليق على العمل و هو ينافى التّنجز المعبر فى صحّه الضّمان و تاره بأنّه من ضمان ما لم يجب و يدفعهما بعد صدق الضّمان و شمول العمومات أوّلا بأنّه لا دليل على بطلان التعليق و عدم صحّه ضمان ما لم يجب من نصّ او اجماع و ثانيا بتحقّق الضّمان منجز او كون الوفاء معلقا على العمل لصدق اصل ضمان العمل على نحو الضّمان فى الاعيان المضمونه اذ حقيقته قضيه تعليقيه و ثالثا بالحكم بثبوت الاجره لصدق الضّمان بمعنى التّعهد بعوض العمل و شمول العمومات له و ان لم يكن من الضّمان المصطلح عندهم

قوله (بجريان المعاطاه فى مثل الاجاره و الهبه و القرض)

قال فى محكيّ كتاب القرض من جامع المقاصد ظاهر عباراتهم أنّه لا بدّ من الايجاب القولى و عبارته التّذكرة ادلّ على ذلك و يرد عليه أنّه قد سبق فى البيع الاكتفاء بالمعاطاه الّتى هى عبارته عن الاخذ و الاعطاء فاذا اكتفى فى العقد اللّازم بالايجاب و القبول الفعلين فحقّه ان يكتفى بهما هنا بطريق اولى و ليس ببعيد ان يق انتقال الملك الى المقترض بمجرد القبض موقوف على هذا لا إباحه التصرف اذا دلّت القرائن على ارادتها و فرّق بين المعاطاه فى القرض و بينها فى البيع بافادتها الاباحه فى الاول و الملك فى الثانى فى محكيّ صيغ العقود حيث قال فى القرض أنّه لا يكفى الدّفْع على جهه القرض من غير لفظ فى حصول الملك نعم يكون ذلك فى القرض كالمعاطاه فى البيع فيشمر إباحه التصرف فاذا تلف العين و جب العوض و الّذى ينساق إليه النّظر انّ المعاطاه فى البيع يشمر ملكا متزلزلا و يستقرّ بذهاب احدى العينين او بعضها و مقتضى هذا انّ التّماء الحاصل فى المبيع قبل تلف شىء من العينين يجب ان يكون للمشتري بخلاف الدّفْع للقرض فانّه لا يشمر الا محض الاذن فى التصرف

و اباحته فيجب ان يكون نماء العين للمقرض لبقائها على الملك ه و في الجواهر بعد نقل عباره صيغ العقود للمحقق الكركي ما لفظه و هو صريح في الفرق بين المعاطاه فيهما و لا يخفى عليك صعوبه اثبات ذلك عليه ضروره اشتراك الجميع في الادله كما عرفته ه و من هذا كله يعلم انه جزم بجريان المعاطاه في القرض كما في المتن الا انه ذهب الى افاده المعاطاه فيه مجرد الاباحه لا الملك مع ان الظاهر انه يصدق على المعاطاه فيه اسمه و عنوانه فهو كسائر العقود اللازمه التي تدرج المعاطاه فيها تحت اطلاق اخبارها و غايه ما ينساق اليه النظر في توجيه الفرق المذكور ان يق ذلك يبتنى على امرين الاول كون القرض من العقود اللازمه و مفاده تمليك العين مضمونه على المقرض و لذلك ذهب المشهور الى ان الزام المقرض بارجاع المقرض العين المقبوضه في صوره بقاتها لا- يوجب عليه رد العين و لو كان عقدا جائزا كان للمقرض استرداد العين فعدمه من جهه تمليك العين ملكا لازما بالقرض و كون وجوب البدل من باب الغرامه و التعويض لا من باب المعاوضه نعم للمقرض ردها لان الثابت في ذمته بعد القرض هو عنوان كلى منطبق على العين المقبوضه و يصدق الوفاء بردها حقيقه بل هي اولى بصدق الوفاء و الظاهر ان من عبر بكونه عقدا جائزا اراد بذلك جواز مطالبه المقرض متى شاء الوفاء و ان كان مؤجلا فان شرط التأجيل فيه لا يلزم الا اذا اشترط ذلك في عقد لازم غيره الثاني انه قد مر في المتن ما لفظه و عن جامع المقاصد يعتبر اللفظ في العقود اللازمه بالاجماع فالاجماع قائم عنده على اعتبار الصيغه في صحه العقود اللازمه مط و لازمه كون القرض المجرد عنها عقدا فاسدا و لكن الاذن الضمني و شاهد الحال يثمر ان الاباحه المالكه و الاذن في التصرف و اباحته و اما البيع فحيث ان الاجماع قائم على صحه المعاطاه فيه و افادتها الاباحه الشرعيه التي نزلها ره على الملك المترزل فلا بد من صرف الاجماع المتقدم الظاهر في كون الصيغه شرطا في الصحه الى كونها في البيع شرطا في اللزوم و اما في غيره من العقود اللازمه فحيث لا اجماع على صحه المعاطاه فيه يبقى اعتبار الصيغه الثابت بالاجماع على ظاهره من اعتبارها في الصحه و لا قرينه تصرفه الى اعتبارها في اللزوم كما في البيع

و فيه ان من الواضح ارادته من معقد الاجماع المدعى امرا واحدا و هو اعتبار الشرط المذكور في جميع العقود اللازمه لا امورا متعدده بحيث يكون هناك اجماعات عديده قائمه في كل عقد بالاستقلال و عليه فإرادته الصحه في بعض العقود و اللزوم في بعض اخر يكون من باب استعمال اللفظ في معنيين و هو كما ترى

[في ملزمات المعاطاه على كل من القول بالملك و القول بالاباحه]

قوله (فاعلم ان تلف العينين ملزم اجماعا)

لا- خلاف في ذلك بل الاجماع عليه كما هو صريح المتن و جماعه منهم الشيخ الاكبر في شرح القواعد و لكن قد يقال ان ذلك على خلاف القاعده بناء على القول بالاباحه و اما خرج عنها للاجماع و ذلك لان اخذ العين حال التعاطى كان بعنوان الضمان بالبدل الجعلى و حيث لم يمضه الشارع رجع الضمان الى البدل الواقعى و هو المثل

او قيمه فان القبض لم يكن بعنوان المجانيه و من اول الامر كان التعاطى على وجه الضمان غايه الامر عدم سلامه المجعول بدلا لا سقوط اصل الضمان نعم لو كانت الاباحه مجانيه لا على وجه المعاطات التي هي من المعاولات لم يكن ضمان و كذا لو كانت المعاطاه على وجه المعاوله بين الاباحتين بالمعنى الفعلى لا- بين العينين بل و كذا لو كان من قصدهما التملك بالتمليك فان الملكيه ح تكون مجانيه و اما لو كانت على ما هو الغالب من قصد المتعاطيين و هو التعاطى على وجه المقابله بين المالين سواء كان بتمليك المعوض بتمامك العوض على ان يكون المقابل لتمليك المعوض هو ملكيه العوض او كان باباحه التصرف فى المعوض باباحه العين على ان يكون المقابله بين المباحين و قلنا باباحه الشرعيه فى صوره قصد التملك فالمعاوله انما هى بين العينين و مقتضاه الضمان بالبدل الواقعى و يعد دفعه دفعا للتالف نعم على القول بالملك فالحكم على طبق القاعده لان المال قد تلف فى ملك من انتقل إليه و لا معنى لجواز الرجوع فى العين بعد تلفها و لا ببدلها الواقعى اى المثل او قيمه لانقطاع استصحاب علقه المالك الاول فى العين بعد تلفها و الرجوع ببدل التالف من المثل او قيمه فى تلف المبيع فى البيع الخيارى انما هو من جهه كون الرجوع فيه من احكام العقد الخيارى و اما فى المقام فلم يعلم كونه كذلك كما فى المتن

قوله (و منه يعلم حكم ما لو تلف احدى العينين)

هذا بناء على القول باصالة اللزوم فى الملك فان مقتضاها عدم جواز الرجوع لكل واحد منهما و قد خرج عنها بالخصوص بجواز الرجوع فى صورته بقاء العينين و اميا بناء على ما قدمنا من قوه احتمال اصالة الجواز فيمكن ان يقا الحكم باللزوم على خلاف القاعده و ذلك لان استصحاب بقاء علقه المالك الاول للعين الموجوده يقتضى جواز رجوعه بها و حيث كانت العين التالفه مضمونه عليه قبل التالف كان رجوعه موجبا لرجوع صاحبه عليه ببدل التالف من المثل او قيمه و يمكن دفعه بان محل الكلام ما هو الغالب من قصد المتعاطيين و هو تملك العين بتملك الاخرى على ان يكون المقابله بين العينين فبناء على القول بالملك اقتضت المعاطاه بدليه كل من العينين عن الاخرى و مقتضى اصالة الجواز و كون الملكيه مترزله هو صحه ابطال كل من المتعاطيين تلك البدليه بالرجوع بما كان له و ارجاع العين الاخرى الى صاحبه فالابطال يتعلق بموضوع التراد الذى لا يتحقق الا مع بقاء العينين و اذا تلف احدهما فى ملك ماله لا يمكن رجوعه الى ملكه السابق لفوات الموضوع هذا على القول بالملك و اميا بناء على القول بالاباحه فالاقرب تبعا للمسالك هو جواز الرجوع لملك العين الموجوده بها لكونها باقيه على ملكه و ضمان التالف ببدله معلوم و لا دليل على وجوب الالتزام بالبدل الجعلى بعد عدم امضاء الشارع تلك البدليه بالفرض فالوجه هو الغرامه من التالف ببدله الحقيقى اعنى المثل او قيمه نعم لو كان قصد المتعاطيين الاباحه بالاباحه

كان لمالك العين الموجوده الرجوع بها من دون ضمان ببدل التالف لأن التعاطى ح لم يكن بقصد المعاوضه بين العينين قوله (او بعضها على القول بالملك)

صرح جماعة في تلف بعض العينين باللزوم و منهم جامع المقاصد و شارح القواعد و يمكن ان يستدل له بالسيرة القطعية و بدليل نفى الضرر و توهم اللزوم بالنسبة الى التالف و الجواز في الباقي يدفعه عدم الدليل عليه و بناء على ان تلف البعض من الملزمات لو تعلق الخمس او الزكاه بالعين المأخوذه بالمعاطاه على الاخذ لا يبعد تحقق اللزوم بذلك على القولين من الملكيه او الاباحه لكونه بحكم تلف بعض العين او نقله فلا يجوز الرجوع بالباقي

قوله (باخذ بدله الحقيقي و هو المثل او قيمه فتدبر)

لعل الامر بالتدبر إشاره الى خصوص الوجه الأخير بان عموم السلطنة يدل على صحه المعاوضه لا على ثبوت البديل بعد التلف قوله (و الظاهر أنه في حكم التلف لأن الساقط لا يعود)

قد يخلج في الذهن ان لازم ذلك لغويته الخيارات فيما لو كان احد العوضين دنيا و الخيار لصاحب العين بان يبيع الدين على من في ذمته كذلك لانتفاء فائده الخيار بعد عدم عود الذمه الا ان يقال ان على القول بالاباحه تكون المعاطاه شبيهه بالوفاء نظير ما عن الشهيد في الدروس في الوفاء بغير الجنس من انه وفاء شبيهه بالمعاطاه و اما على القول بالملك فلا وجه لذلك اصلا فان الدين ح من باب العوض في العقد و لو كان بيع الدين على من في ذمته سببا للسقوط لم يتخلف في البيع بالخيار و من التخلف في ذلك المقام يستكشف عدم كونه سببا للسقوط و لكنّه واضح الدفع فان بيع الدين على من في ذمته سبب للسقوط في المقامين لكن لما كان جواز الفسخ بالخيار من احكام العقد و كان سقوط الدين بحكم التلف كان عود الذمه من باب الرجوع الى المثل بخلاف المقام فان جواز الرجوع متعلق بموضوع التراد و حيث ارتفع الموضوع بالسقوط امتنع جواز الرجوع

قوله (و كذا على القول بالاباحه اذا قلنا باباحه التصرفات الناقله

هذا بناء على وقوع العقد له بان يكون التصرف من الناقل كاشفا عن سبق الملكيه له آنا ما و يصير العوض له و ينقطع استصحاب الجواز بامتناع التراد و أما اذا قلنا بوقوعه للمالك فان قلنا بوقوعه فضوليا و موقوفا على اجازته فلا اشكال في امكان التراد مع عدم الاجازه فيجوز الرجوع و ان قلنا بخروجه عن الفضولي لسبق الاذن منه فكذلك لان مالك العين الموجوده و هو الناقل يجوز له الرجوع الى عين ماله لان لا يزم كون عوض المنقول للمبيح كون العين الموجوده باقيه على ملك مالکها و الا يلزم الجمع بين العوض و بدل المعوض في ملكه و متى جاز للناقل الرجوع الى ماله جاز لمالك العين المنقوله أيضا الرجوع الى ماله ثم ان القول بوقوعه للمالك لا ينافي مع القول باباحه التصرفات الناقله اذ يقع العقد صحيحا و للمباح له التصرف في العوض

على كونه ملكا للمبيح

قوله (اجودهما ذلك اذ لم يثبت في مقابله اصاله اللزوم)

بل الظاهر ذلك بناء على اصاله الجواز أيضا لاستصحاب اللزوم المتحقق بالثقل ولا وجه لاستصحاب الجواز لانقطاعه بذلك و كان امكان التراد موضوعا للحكم بالجواز وقد انقطع بالثقل لا عله له حتى يكون الجواز و عدمه دائرا مداره

قوله (بل الحكم هنا اولى منه على القول بالملك)

قد تقدم منا الاشكال في هذا التفكيك نعم يمكن ان يقال بالاولويه لا من الجهه المذكوره بل من جهه احتمال كون المناط في جواز الرجوع هو عنوان الاباحه لا عنوان الملكيه و عليه فالمناط في جواز الرجوع اذا تبدل بالملكيه لا يمكن استصحابه فتدبر

قوله (كما تقدم استظهاره عن جماعه)

كقطب الدين و الشهيد رهما حيث استظهر منهما في باب بيع الغاصب ان تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن و الاذن في اتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئا و انه يملك الثمن بدفعه اليه فليس للمالك اجازة هذا الشراء و استظهر أيضا من محكي المختلف فيما لو اشترى جاريه بعين مغصوبه ان له و طى الجاربه مع علم البائع بغصبيه الثمن و لكن الوجهين في غايه الضعف اما الاول فلان العقد ان كان مؤثرا في الثقل من حينه فقد اوجب اللزوم المنقطع به الاستصحاب و كان هو المستصحب و ان لم يؤثر كذلك فلا وجه لعود العين بفسخ او تقايل كما هو المفروض و اما الثاني فلان مقتضى العوضيه قيام العوض مقام المعوض و يستحيل كون العوض لغير من له المعوض و كون العوض للبائع لا يمكن الا بكشفه عن سبق ملكيته للمعوض

قوله (و لو كان الناقل عقدا جائزا)

توضيحه ان بناء على الملكيه صارت المعاطات لازمه و لم يكن لمن بيده العين الباقيه الرجوع على الناقل و الزامه بالرجوع على ما نقله سواء كان الثقل بمعاوضه كالبيع الخيارى او بالمعاطاه مره اخرى او مجانا كالهبه الغير المعوضه لعدم امكان التراد فعلا و تحصيله و لو كان ممكنا بواسطه الرجوع غير واجب لان الظاهر ان وجوب ارجاع ما اخذه بعد الرجوع عليه من الواجب المشروط لانه مستفاد من دليل لبي و مع عدم امكانه فعلا لا يجب تحصيل مقدماته نعم لو كان مستفادا من دليل لفظي كان مقتضى اصاله الاطلاق كونه من الواجب المطلق و حيث لم يكن في المقام دليل كذلك فالاصل عدم الوجوب و لا رجوعه بنفسه على من انتقلت اليه العين لعدم ثبوت خيار له يقتضى ذلك و اما بناء على الاباحه فان كان الثقل بمعاوضه كان حكمه ما ذكر لكون المعاوضه كاشفه عن سبق الملك للناقل انا ما من حيث ان العوض لا يمكن ان ينتقل الى غير مالك المعوض و ان كان مجانا فالمعاطاه باقيه على حكم الجواز لان الثقل ح قد وقع عن المالك المبيح و لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض لغير من له المعوض و يمكن المناقشه في هذا التفصيل بان الثقل الجائز المجاني كالهبه ان لم يكن بحكم التلف فلا فرق بين القول بالملكيه و الاباحه في جواز الرجوع

لامكان الترادد و ان كان اتلافا و بحكم التلف كما هو الظاهر فلا فرق فيه أيضا من حيث القول بالملكه او الاباحه فان وجه اللزوم فى الاول ان كان هو الثقل الى غير من بيده من حيث انه يقطع موضوع الترادد فهو حاصل فى الثانى أيضا و مجرد مالكيه الواهب المفروض فى المعاوضه و المفقود فى غيره من حيث توسط احد المتعاطيين فى الاول حيث انه ينتقل إليه أولا و منه الى غيره دون الثانى حيث انه ينتقل من المالك الاصلى إليه من دون توسط لا يوجب فرقا فكما قررتم انه لا يجب على الناقل الرجوع على الثالث لو رجع إليه من بيده العين الباقية بناء على الملكيه لا- يجب أيضا على المالك الذى وقع الثقل عنه الرجوع على الثالث لو رجع الناقل إليه بالعين الباقية بناء على الاباحه الا ان يق ان جواز الترادد الثابت فى العينين بسبب المعاطاه يتأكد بحدوث سبب اخر فى الثقل المجانى بناء على الاباحه فلا مانع من استصحاب الجواز بعد الثقل بخلاف البناء على الملكيه فان الجواز فيه ح حكم اخر حدث للواهب و قد انقطع جواز المالك الاول و فيه ان التمليك للتالث و لو بوقوع الثقل عن المالك من دون توسط الناقل سبب اخر للحكم بالجواز و لو كان موافقا للسبب السابق فى الأثر و الفرض ان التمليك اتلاف فيه ينقطع موضوع الحكم السابق بالجواز فلا- فرق بين القول بالملكه و الاباحه لاتحاد المناط فى الصورتين و عليه فلو رجع الناقل على المالك الذى وقع الثقل عنه بالعين الباقية لا يجب عليه الرجوع الى العين الموهوبه و على اى حال فالقول باللزوم فى الهبه الغير المعوضه بناء على الملك و الجواز على الاباحه أم القول باللزوم فى الصورتين أما هو فى الهبه بعد الاقباض و اما لو وهبه و لم يقبض و قلنا ان القبض شرط فى الصحه فالظاهر عدم اللزوم لان القبض ح جزء السبب المملك

لا يقال هذا ينافى لما اطبق عليه الاصحاب فى الخيارات من أن من له الخيار لو ارد البيع سقط خياره لان ذلك رضا منه باللزوم فانه يقال الخيار حق يسقط بكل فعل يدل على الرضا و منه التعرض للبيع و اما جواز الرجوع فى المقام حكم يحتاج سقوطه الى دليل فافهم

قوله و لو باع العين ثالث فضولا)

الظاهر صحه الاجازه من كل واحد من المتعاطيين من دون فرق بين القول بالملك و القول بالاباحه و متى صححت الاجازه صح الرد أيضا على اختلاف فى التأثير كما ستطلع عليه و على هذا فلو وقعت الاجازه من دافع العين نفذ اما على الاباحه فواضح و اما على الملك فلان الاجازه تكشف عن الرجوع فى المعاطاه و تؤثر فى فسخها و الا لغت الاجازه و لو وقعت من قابضها نفذ أيضا اميا على الملك فواضح و اميا على الاباحه فلان الاجازه تكشف عن سبق الملك آنا ما مثل البيع و المفروض إباحه انواع التصرفات فالاجازه من الدافع او القابض واقعه من المالك على القول بالملك او الاباحه و توجب لزوم الفضولى و وقوعه عن المجيز و اميا الرد فيصح أيضا من كل منهما و يؤثر فى بطلان الفضولى مط و اما فى المعاطاه فلو كان من الدافع اثر فى فسخها بناء على الملك بالملازمه كما عرفت من ان

الاجازة ح تكشف عن الرجوع فيها و لو كان من القابض لا تأثير له فيها مط اما على الملك فلا يوجب الرد لزوم المعاطاة لبقاء موضوع التراد و اما على الاباحه فلعدم توقف الرد على الملكيه حتى يكشف عن سبق الملك و يكفي في صحه ابطاله للفضولى كونه من التصرفات المباحه له و لو وقعت الاجازة من كليهما فان اتحد زمان الاجازتين قد مر اجازة الدافع سواء قلنا بالملك او الاباحه و ذلك لان الثقل من القابض بنفوذ اجازته لا يتحقق الا بان يكون العين مباحه التصرف له في زمان الاجازة و لا تكون كذلك مع الفرض فان اجازة الدافع مقارنة لاجازته يكشف عن منع اباحه تصرف القابض في زمان اجازته مضافا الى ان الرجوع في المعاطاة المنكشف باجازة الدافع و ان اقترنت مع الاخرى زمانا لما انه سابق بالطبع عن اللزوم المسبب عن الثقل الحاصل بالاخرى و التقدم بالطبع من اقسام السبق بالذات فالرجوع الموجب للانفساخ سابق على الثقل الموجب للزوم بالطبع فان اجازة القابض متى اثرت في صحه الفضولى تحقق الثقل و بتحقيقه لزم المعاطاة و اميا اجازة الدافع فتكشف عن الرجوع أولا و ما لم يتحقق الرجوع لا تؤثر الاجازة في صحه الفضولى و في المسألة احتمالات اخر ضعيفه

منها سقوط الاجازتين لانه من تعارض السببين المتضادين في الأثر و لا ترجيح لاحدهما و فيه ما عرفت من ثبوت الترجيح في اجازة الدافع

و منها سقوطهما في تأثير الفسخ او اللزوم في المعاطاة للتعارض و اما التأثير في صحه الفضولى فالأثر من حيث انه واحد لا مانع من اشتراكهما في ذلك و فيه المنع من وحده الأثر لوضوح تغاير الأثرين في الفضولى فان متعلق الاجازتين ليس بواحد و اجازة الدافع انما هو بمعنى وقوع البيع له و اجازة الاخر أيضا انما هو بمعنى وقوعه له لا للدافع و اذا تغاير الأثران تغاير المؤثران و لا جامع بينهما

و منها تقديم اجازة المالك فعلى القول بالملكيه يقدم اجازة القابض و على القول بالاباحه يقدم اجازة الدافع و ذلك لان مالك العين اقوى بالرد و الاجازة من مالك التصرف و فيه منع واضح بعد فرض كون التصرف الناقل مباحا لغير المالك

و منها تقديم اجازة المالك بناء على الكشف دون الثقل لان اجازته كاشفه ح عن نفوذ الفضولى من حين العقد و اجازة الاخر كاشفه من حينها لانها يستلزم الفسخ او الملكيه آنا ما فلا تكشف عن نفوذ الفضولى قبل ذلك و فيه ان الكلام في نفوذ الاجازة من حيث تقارنها مع الاخرى و ان شئت قلت ان اجازة المالك لو نفذت و أثرت لكان مقتضاها صحه الفضولى من حين العقد و الكلام في وجود المانع عن نفوذها و ان اختلف زمان الاجازتين فمن الواضح ان الاجازة السابقة تؤثر في صحه الفضولى مط و في فسخ المعاطاة ان كانت من الدافع و في لزومها ان كانت من القابض من غير فرق بين القول بالملكيه او الاباحه و لو وقع الرد منهما فان اتحد زمان الردين لا اشكال في عدم صحه الفضولى كما لا اشكال في عدم تأثير رد القابض في

المعاطاه اصلا و يؤثر ردّ الدّافع فى فسخ المعاطاه على القول بالملك لو قلنا بانّ الردّ كالا اجازه فى الكشف عن الرجوع و لا يتوهم المعارضه بردّ القابض كما كان فى الاجازه لانّ ردّه لا يوجب نقلا و لا تأثيرا فى المعاطاه و هل يؤثر ردّ الدافع فى فسخها على القول بالإباحه الظاهر العدم و ان اختلف زمان الردّين فالردّ السابق يؤثر فى بطلان الفضولى مط و ان كان الردّ السابق من الدّافع فقد عرفت أنّه يؤثر فى فسخ المعاطاه على القول بالملك لو قلنا بانّ الردّ كالا اجازه فى الكشف عن الرجوع و لو وقع الاجازه من احدهما و الردّ من الاخر و اتحد زمانهما فان كانت الاجازه من الدافع صحّ الفضولى و انفسخت المعاطاه و ان كان الردّ منه فحكمه ما تقدّم فى اتحد زمان الاجازتين و يجرى فيه الاحتمالات المذكوره و ان اختلف زمانهما فان كان السابق هو الاجازه اثر فى صحّحه الفضولى مط و فى فسخ المعاطاه ان كانت من الدافع و فى لزومها ان كانت من القابض و ان كان هو الردّ اثر فى بطلان الفضولى مط و فى فسخ المعاطاه ان كان من الدافع على القول بالملك

قوله (لم يبعد كون اجازته رجوعا كبيعه)

يظهر من هذا التعبير التأميل فى كونها رجوعا و نظره فى ذلك الى ما ذكره سابقا فى التنبيه الرابع فى بيان عدم جواز التصرف الموقوف على الملك لغير المالك فى المقام لا بدّ من سبق ما يدلّ على الفسخ حتّى يصحّ للاوّل نقله الى ثالث او سبق ما يدلّ على ملكيه الثانى بناء على الاباحه اذ لا- يصحّ النقل الا من المالك و لا- وجه لجواز الاجازه حتّى تكون رجوعا او دالا على الملكيه و يق فى الجواب انّ الاصحاب اطبقوا على أنّ التصرفات التياقله من ذى الخيار رجوع و لا- فرق بينها و بين المقام فكما يكون بيع ذى الخيار رجوعا يكون الاجازه رجوعا و وجه المصنّف ره بيع ذى الخيار بانّ مناط الفسخ و الامضاء هو الرضا الباطنى المستكشف بالتصرف و كأنه يريد انّ تيه الفسخ كافيه فيه اذا كان لها كاشف فيكون التصرف واقعا فى ملكه حقيقه لحصول الفسخ قبله بالتّيه و قال أيضا فى التنبيه الرابع فيما اذا باع الواهب عبده الموهوب او اعتقه بحصول الملك الحقيقى له قبل البيع و العتق من جهه كشف البيع عن الرجوع قبله فى الآذن المتّصل و لا- اشكال فى جريان هذا الكلام فى المقام أيضا و وجه السيّد الطباطبائى قدّس سرّه المقامين فى الحاشيه بانّ المعتبر فى صحّحه البيع أنّها هو كون البائع مالكا له و لا يعتبر كونه مالكا للمال و الاولى ان يق انّ الرجوع كما يحصل بالفعل كذلك يحصل بالقول الدالّ عليه بالمطابقه او الالتزام و كما يصحّ الفضولى و يقع عن المجيز لو فسخ المعاطاه أوّلا ثمّ أجاز فكذلك لو أجاز من غير سبق الفسخ فانّ الاجازه بنفسها تتضمّن الرجوع و تدلّ على الفسخ بالدلاله الالتزاميه و الاّ لزم لغويّتها الاّ ان يدعى بانّ الترتيب الزمانى معتبر فى امثال هذه الموارد و قد خرجوا عنه فى بيع ذى الخيار بالاجماع حيث اکتفوا فيه بالترتيب الطبعى و هو دعوى بلا برهان

قوله فان جعلنا الاجازه كاشفه لغى الرجوع)

من دون فرق بين القول بالملك

او الاباحه وجه الفرق ان الاجازه تكشف عن تأثير العقد الفضولى السابق على الرجوع و فيه ان كشف الاجازه عن ترتب الأثر من حين العقد مشروط بعدم تحقق مانع عنه الى حين وقوعها و المفروض تحقق المانع و هو الرجوع السابق فالانصاف لغويّه الاجازه اللأحقه كاشفه كانت أم ناقله

قوله (سقط الرجوع على القول بالملك)

ان كان الامتراج على وجه يتميز و يمكن الافراز فلا اشكال و ان كان على وجه يلحق بالاتلاف فلا اشكال أيضا فى جريان حكم التلّف عليه و أنّما الكلام فيما لو كان على وجه لا- يتميز او يتميز و لكن لا- يمكن الافراز و الاقوى فى ذلك هو اللزوم مط من دون فرق بين القولين لانّ التراد ان كان ممتنعاً كما اعترف به على الملكيه سقط الرجوع على الاباحه أيضا لتوقف الرجوع مط على التراد الممتنع بالفرض و ان كان ممكناً فلا يسقط الرجوع و لو على الملكيه و لا فرق فى اللزوم فى الصوره المفروضه بين المزج بالاجود او بغيره من المساوى او الاردى و يظهر من محكى عباره المسالك احتمال التفصيل بين المزج بالاجود و غيره حيث نقل أنّه قال لو اشتبهت بغيرها او امتزجت بحيث لا يتميز فان كان بالاجود فكالتلف و ان كان بالمساوى او الاردى احتمال كونه كذلك لامتناع التراد على الوجه الاوّل و اختاره جماعه و يحتمل العدم فى الجميع لاصاله البقاء ه و قد يعلّل بانّ فى الحكم بالشركه فى المزج بالاجود ضرر منفى و ذلك للزوم ملاحظه القيمه و النقص بحسب الوزن و الجواب انّ فى المزج بالاردى ضرر أيضا على الشريك الاخر

قوله (فلا لزوم على القول بالاباحه)

الظاهر انّ نظره الى انّ بناء على الاباحه لا جهه تقتضى خروج المال عن ملك مالكة بهذا التصرف المباح و اللزوم بالنقل من جهه كشفه عن سبق الملك آنا ما و على الملك ففى اللزوم و الجواز و جهان مبيتان على جريان استصحاب جواز التراد و عدمه و يمكن ان يكون معنى العبارة انّ منشأ الاشكال هو انّ الموضوع فى استصحاب جواز التراد ان كان عقلياً حقيقياً لم يجر الاستصحاب لتبدل الموضوع حقيقه و ان كان عرفياً كان استصحاب الجواز منوطاً به فقد يصدق عرفاً على العين بعد تغيير الصوره أنّها هو السابق و قد لا يصدق و يمكن ان يكون المعنى انّ الموضوع فى الاستصحاب المذكور ان كان ذات الشىء و حقيقته جرى استصحاب الجواز فكما انّ الملكيه متعلقه بالعين و كلّما كانت باقيه و لو بتبدل الصور كانت الملكيه ثابتة فكذلك كلّما كانت العين باقيه و لو تغيرت بالصوره كان استصحاب الجواز باقياً و ان كان الموضوع عرفياً فقد يرى العرف الشىء عند تغيير الصوره غيره و لا- يخفى انّ الشك فى بقاء جواز التراد ان كان من حيث الشك فى بقاء التراد بعد التصرف نظير ما ذكره فى التلّف من انّ الاصل على القول بالملك اللزوم و المتيقن من مخالفه الاصل جواز تراد العينين كان لما ذكره من التفصيل

بين القول بالإباحه و القول بالملك و الفرق بينهما وجه بناء على ما اختاره من اصاله اللزوم فى الملك و أنّ جواز الرجوع قد ثبت بالاجماع و أمّا بناء على ما احتملناه من اصاله الجواز فيه فلا فرق بين القولين من حيث جواز المعامله و استصحابها و من حيث حدوث ما يكون قاطعا له لأنّ متعلّق الملك على القول بالإباحه و متعلّق العلقه على القول بالملك شىء واحد و هو ما تعاطياه من العينين و اذا كان التصرف فى إحداهما بتغيير الصوره قاطعا لتعلّق العلقه بها و مخرجا لها عنه كما فى الملك كان مخرجا عن تعلّق الملكيه بها أيضا و ذلك لأنّ على الفرض ليست العلقه على الملك علقه جديده حادثه للمالك الاوّل بل هو من آثار الملكيه السابقه و من مراتبها و على هذا فابتداء جريان الاستصحاب و عدمه على كون الموضوع حقيقيا او عرفيا يجرى على كلا القولين و ان كان الشك فى بقاء جواز الترادّد من حيث الشكّ فى أنّ مع التصرف المغير للصوره هل يعدّ العين تالفه أم لا- كما هو المتفاهم من العبارة فلا- فرق أيضا فى الابتداء على أنّ موضوع الاستصحاب عرفي أم حقيقي بين القول بالملك و الاباحه و كيفما كان فالاقرب بالنظر هو لزوم المعاطاه بالتصرف فى العين بتغيير الوصف و الصوره و عدم الفرق بينه و بين المزج و ذلك لأنّ الاباحه الحاصله بالمعاطاه ليست كإباحه الطعام كما هو مختار صاحب الجواهر و يظهر من المصنّف بل هو تسليط مالكى و تضمين معاوضى و يمتنع الترادّد بمعنى ردّ كلّ مال الى صاحبه مع تغيير الصوره لأنّ طرف المبادله لم يكن العين بجزئها المادى فقط و كان الملحوظ المركّب من المادّه و الصوره مع أنّ السيره قائمه على اللزوم و لو ردّ احد المتعاطيين المتاع الذى فصّله او صبغه مثلا لم يقبل عند سيره المتشرعه و ينكرون عليه ذلك و لو فرض الملحوظ بدلا حال المعاطاه ذات الشىء مع اى صوره كانت لا- بأس ببقاء الجوزاء كما احتملناه فى معنى عبارته المتن ثمّ على تقدير الرجوع هل يرجع بالوصف الفاتت وجهان الاقوى عدمه فانّ قضيه للوصف قسط من الثمن و لحاظه فى البدليه و ان كان هو الرجوع الى الغرامه الا أنّ الاجماع القائم فى المعاطات على عدم الرجوع فى التالف عينا و منفعه و صفه يقضى بالعدم

[مقدمه فى خصوص ألفاظ عقد البيع]

اشاره

قوله (من عدم اعتبار اللفظ فى طلاق الاخرس)

قد دلّ النصوص المستفيضه فى مقامات عديده منها الصيلاه و منها النكاح على كفايه إشاره الأخرس و لا يخفى أنّ من تمسك باصاله عدم وجوب التوكيل كالحلّى و الشهيد أنّما تمسكوا بها بعد الاستدلال بانّ إشاره الأخرس يشمله الاطلاقات فيصحّ اشارته و لا يجب التوكيل لاصاله البراءه فالتمسك بالاصل بعد شمول الاطلاقات فى محلّه نعم لو تمسك به بدون ضميمة الاطلاق كان الاصل هو الاشتراط و اصاله الفساد

[ثمّ الكلام فى الخصوصيات المعبره فى اللفظ:]

قوله (تاره يقع فى موادّ الالفاظ

ما ذكره ره من الاقسام الثلاثة راجع الى جهه العقد و هناك جهتان اخريان راجعتان الى قصد اللفظ و الى حيثه الخطاب و لا بأس بالتعرض لهما على وجه الاجمال اما الجهه الاولى فيشترط ان يكون قاصدا للفظ بخصوصية فلو قصد الفعل و تلفظ بيعت مثلا لم ينعقد و كذا لو قصد غير اللفظ الصريح و تلفظ بالصريح و كذا لو قصد الانشاء بلفظ صريح خاص و تلفظ بغيره سهوا كما لو قال ملكت بدل قصد الانشاء بلفظ بعث و كذا لو قصد الانشاء باحد اللفظين مرددا و تلفظ باحدهما و كذا لو تلفظ بألفاظ متعدده و لم يعين انشاءه فى واحد منها بشخصه كما لو قال بعث و ملكت فى مقام البيع و زوجت و انكحت فى مقام التكاكح سواء قصد الانشاء بجنس ما يقع به البيع او التكاكح اى قصد الانشاء الكلى الصادق على كل من اللفظين او قصد الانشاء فى ضمن واحد مردد منهما لا- على التعيين او قصد الانشاء بما هو المؤثر منهما عند الله تع و ان لم يكن معينا عنده او قصد الانشاء بهما منضمما بان يكون كل واحد منهما جزء للعقد نعم لو قصد الانشاء بكل منهما مستقلا لغى الثانى و لكن يكون فاصلا بين الايجاب و القبول او بين اجزاء الايجاب و هو خلاف الاحتياط و كذا لو قصد الانشاء بالأول مستقلا و ذكر الثانى احتياطا جاء الاشكال المذكور من لزوم الفصل و لو قصد الانشاء بالثانى مستقلا لغى الاول و صح العقد باعتبار اللفظ الاخير و قبوله المتصل به و كذا ينعقد بالثانى لو ذكر الاول توطئه له و لو جمع بين الالفاظ بان قصد إنشاء الايجاب باحد اللفظين و وقع القبول بعده متصلا ثم قصد الايجاب بالآخر و وقع القبول كذلك و هكذا صح العقد الاول و لغى الثانى لأن تأثيره يكون من تحصيل الحاصل و لو قصد بالعقد الثانى الاحتياط بعد قصد الانشاء بالأول جازما من دون تردد كما هو الشأن فى جميع الاحتياطات فلا بأس و اما الجهه الثانيه فهى أنه لا بد من قصد مخاطب خاص مستقلا فلو قال بعث من غير قصد مخاطب و سمع واحد ذلك فقال قبلت لم يصح و كذا لو قصد مخاطبا لا على وجه التعيين و قال بعث او قال بعث احدكما و قال احد المخاطبين قبلت و كذا لو قصدهما فى إنشاء واحد على سبيل الاستقلال و ان قال احدهما قبلت نعم لو قصدهما على سبيل الاشتراك صح و وقع البيع مشتركا

فان قلت كما يصح الانشاء الطلبي المتعلق باحد الشخصين كما فى الواجبات الكفائيه او باحد الفعلين كما فى الواجبات التخييريّه فما وجه الامتناع فى الانشاء العقدى

قلت يمتنع تعلق الانشاء الايجادى بالمبهم فى حال صدوره و تحققه فانّ الانشاء الايجادى لا بد له من متعلق يقوم به حال صدوره لانّ الايجاد المعبر فى العقود غير الايجاد الحاصل فى سائر الانشائيات و ذلك لانّ الهيئه فى غير العقود من الانشائيات

موضوعه لايجاد النسبه و بايجاد النسبه اذا كان المتكلم فى مقام البعث يتحقق مصداق للامر و التخيير الحاصل بين فردى المكلف او المكلف به ائما يحصل بعد ايجاد النسبه الذى هو مدلول الهيئه و اما الهيئه فى العقود الانشائيه فهى موجدته للنسبه و الماده و ان شئت قلت ان الانشاء فى العقود نظير الإراده التكوينيته حيث انها علمه لايجاد المراد و يستحيل تعلقها بالكلى او بامر مبهم مردد و اما الطلب الانشائى و الإراده التشريعيه فحيث انه من الصفات الحقيقه التى تكون لها ما بحذاء فى الخارج و لها نوع اضافه بمتعلقها كالعلم و الوصيّه لا ضير فى تعلقه بامر مردد و كما يصح العلم بنجاسه احد التوبين باعتبار ان معلومه مردد بينهما يصح تعلق الطلب بامر كلى كالصيلاه الغير المقيده بزمان او مكان و بامر مردد بين شيئين و ذلك لان الموضوع بهذا الوصف صار معروضا للطلب و المطلوب فى الواقع ليس الا ذلك و اما البيع المنشأ بالعقد فهو كالاراده التكوينيته و حيث ان المراد يوجد معها و لا ينفك عنها فلا بد ان يكون معيناً حتى يوجد فى الخارج

قوله (اما الكلام من حيث الماده فالمشهور)

هذا احد الأقوال فى المسأله و ثانيها الحصر فى لفظ بعث و هو المنقول عن ابن ادريس و ابن سعيد فى الجامع ثالثها الحصر فى بعث و شريت و ملكت كما عن ظاهر جامع المقاصد رابعها ما يدل على البيع بالدلاله اللفظيه الوضعيه سواء كان الدال نفس اللفظ الصريح او القرينه اللفظيه الصريحه كاعطيتك بناء على انه بيع و هو الظاهر من المتن خامسها انعقاده بكل لفظ مجازا كان او حقيقه و هو المنقول عن جماعه منهم شيخنا الشهيد فى لك سادسها الصحه بالمجازات القريبه دون البعيده منها سابعها الصحه بالمجازات القريبه اذا كانت القرينه فيها لفظيه بخلاف البعيده و القريبه التى كانت القرينه فيها حالتيه

قوله (و لعل الاحسن منه ان يراد باعتبار الحقائق)

حاصله ان اللفظ الذى ينعقد به العقد لا بد ان يكون حقيقه او مجازا و القرينه لفظيه فالمجاز الممنوع ما كان مقرونا بالقرائن الحائيه بعيده كانت او قريبه و المجوز ما كان مقرونا بالقرينه اللفظيه و لو كانت بعيده و فيه أولا ان هذا الجمع ليس له شاهد و هو مجرد استحسان لا دليل عليه و ثانيا انه خلاف ما نقله من كلماتهم الداله على وقوع البيع بكل لفظ يدل عليه مثل ما حكى عن المحقق ان عقد البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص و مثل ما حكى عن الاكثر من تجويز البيع حالا بلفظ السلم اذ لا ريب فى ظهور امثال هذه العبائر فى تجويز البيع بكل لفظ او بلفظ السلم و تعميمها من حيث القرائن الحائيه و اللفظيه و كيف يصح حملها على خصوص ما كان مقرونا بالقرينه اللفظيه و ثالثا انه ان اراد تحقق الانشاء بلفظ المجاز و الاثيان بالقرنيه اللفظيه للتصريح و تعيين العنوان من انه بيع او صلح مثلا فلا فرق فى كون المصرح و المعين لفظا او شيئا خارجا و ان اراد ان الانشاء يتحقق فى المركب من القرينه و

و ذبها بحيث يكون القرينه جزء للفظ و يكون المجموع بمنزله بعت فهذا خلاف البدايه و القواعد العربيه فان قصد الانشاء انما يتحقق بذي القرينه و تكون هي كاشفه و مبتيه لما اريد منه و رابعا ان بناء على ما ذكره فلا وجه للاشكال في الاقتصار على المشترك اللفظي او المعنوي اتكالا- على القرينه الحائيه بل اللآزم ح هو الحكم بالبطالان و هذا خلاف ما اطبقوا عليه فان الظاهر اكتفائهم بالالفاظ المشتركه مط و لو كانت القرينه فيها حائيه كالانشاء ببعث في بيع السلم و القرينه حائيه و على اى حال فان ارادوا من الصيراحه ما كان صريحه بحسب الوضع انحصر العقد في الالفاظ الحقيقيه و يدخل فيه المشتركات و لو كانت القرائن المعينه حالها و ان ارادوا و امنها ما كان صريحا اى معتبرا عند العرف بحيث يعتنون بها في بيان مقاصدهم و ابراز مطالبهم انحصر العقد في الحقائق مختصه او مشتركه لفظا او معنى و ما يقرب منها من المجازات القريبه سواء كانت القرينه لفظيه او غيرها دون البعيده منها و ان ارادوا منها ما لا يكون مجعلا في اداء المراد شمل الصيريح كل لفظ كان كذلك حتى المجازات البعيده و الاقرب عندي بالنظر هو اشتراط الصراحه بالمعنى الثانى و وجهه ما او مانا إليه

[في ذكر ألفاظ الإيجاب و القبول:]

قوله (ذكر العوض افاد المجموع المركب)

و فيه منع كونه مشتركا بين البيع و الهبه معنى بل هو مشترك بينها و بين سائر المعاوضات من الهبه المعوضه و الصلح و البيع و الاجاره فمجرد ذكر العوض لا- يصير العقد بيعا نعم بعد ذكر القرينه كان يقول ملكتك على ان يكون بيعا يصير بيعا و ان قلنا بعدم الجواز في غير مادّه التملك كما عن كاشف الغطاء في شرح القواعد ان البيع لا ينقد بذكر الالفاظ مقيد بالبيع كان يقول اعطيتك على ان يكون بيعا لوضوح الفرق بين مادّه التملك و غيرها فان الظاهر كون الاولى مشتركا معنويا دون غيرها فالقرينه فيها معينه و في غيرها صارفه

قوله (مع ان المحكى عن جماعه من اهل اللغه اشتراكه)

و على هذا ففي صورته الاشتباه لو قال احدهما أولا بعت و قال الاخر ثانيا اشترت يحكم بكون الاول بايعا لظهور لفظ بعت في كون المتكلم به بايعا و لظهور كون السابق بايعا و لاصاله الحمل على الصخه بناء على اشتراط تقديم الايجاب على القبول و كذا لو قال الثانى أيضا بعت و لو قال الاول شرى و الثانى بعت يمكن الحكم بالتحالف و عدم ترتيب آثار البائعيه و المشترئيه على واحد منهما لتعارض الامارتين و هي غلبه الوجود من جهة كون المقدم بايعا و غلبه الاستعمال و هو استعمال بعت في البائع و شرى في المشترى و يمكن الحكم بكون الاول مشتريا بترجيح غلبه الاستعمال على غلبه الوجود و في الحقيقه ترجيح من حيث الدلاله اللفظيه و هذا بناء على عدم اشتراط تقديم الايجاب على القبول

قوله

المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضويّه)

اعلم أنّ لصيغه الماضى بحسب الوضع اللغوى معنى يلازمه التّحقّق و الثّبوت و أنّما قلنا يلازمه التّحقّق لما قد بين في محلّه أنّ دلالة الماضى على الزّمان ليست بالوضع اى اقترانه بالزّمان ليس جزء من المعنى الموضوع له بان يكون لمعناه جزءان احدهما نسبه الفعل و الثّانى اقتران الزّمان بل دلالته على الزّمان بالملازمه فانّ معنى الماضى بحسب الوضع معنى يلزمه الاقتران بالزّمان السابق و اذا كان كذلك فدلالته على التّحقّق و الثّبوت بالملازمه و اذا استعمل خبرا كان الغرض الاخبار عن نسبه متحقّقه و اذا استعمل إنشاء كان الغرض ايجاد المادّه و هو النّسبه المتحقّقه بهذه الهيئه الماضويّه فمعنى الماضى كان خبرا او إنشاء معنى يلازمه التّحقّق و الثّبوت و امّا معنى صيغه المضارع بحسب الوضع هو التلبّس اى تلبّس الفاعل بالفعل و تلبّسه ملازم لتحقّقه و المضارع بالمعنى الاصلى الموضوع له لا يدلّ على التّحقّق بل دلالته عليه بملازمه دلالته وضعا على التلبّس فانّ معنى المضارع اسناد التلبّس كاسم الفاعل و ان كان بينهما تعاكس فى النّسبه الابتدائيّه فانّ اسم الفاعل وضع لنسبه الفاعل بالفعل و فعل المضارع لنسبه الفعل بالفاعل و امّا معنى صيغه الامر بحسب الوضع هو طلب الفعل او القاء نسبه المادّه الى الفاعل و لا مدخلية للتّحقّق او التلبّس فى معنى الطّلب اذا عرفت هذا فاعلم أنّ قصد الانشاء بصيغه الماضى هو عين معناه الحقيقى فانّ معناه التّحقّق و المنشئ قصد بانشائه هذا ايجاد النّسبه المتحقّقه و بعبارة اخرى المنشأ قصد ايجاد النّسبه المتحقّقه بما هو آله له من صيغه الماضى لما بينا أنّ معناه هو النّسبه المتحقّقه الى الفاعل فإيجاد النّسبه المتحقّقه اى تحقّق المنشأ بهذه الهيئه اى الماضويّه حقيقى فأنّه عين معناه المطابقى و امّا قصد الانشاء بالمضارع فلا يكاد يصحّ لما عرفت أنّ معناه الحقيقى هو التلبّس و لذا كان معناه الحقيقى مجردا عن القرينه هو المعنى الحالى و اذا اريد الاستقبال لزمه القرينه من سين او سوف و اذا كان كذلك لا يمكن قصد الانشاء اى ايجاد النّسبه المتحقّقه بهذه الهيئه لانه بحسب الوضع لا يدلّ على التّحقّق نعم يلزم التلبّس التّحقّق فدلالته على التّحقّق ليست بالوضع فليس صريحا فيه فإرادته التّحقّق ليست معنى حقيقيا و قصد الانشاء به لما يلزمه من التّحقّق دائر مدار القول بالكنايات و استعماله فى العقود غير متعارف بين الاصحاب و امّا الامر فهو أسوأ حالا من المضارع لما عرفت أنّ حقيقه معناه هو طلب الفعل فقط من دون جزئيه التّحقّق او التلبّس فاذا قصد الانشاء يصير طلبا و استدعاء للايجاب لا أنّه ايجاب و اذا اردت الايجاب ممّا لا يدلّ عليه بالحقيقه و لا بالالتزام فعليكم باثبات صحّه الكنايات فى باب العقود و امّا الاخبار الوارده المتضمّنه للقبول بلفظ الامر فهى ليست فى مقام الايجاب و

القبول بل فى مقام ذكر المقدمات من الخطبه و غيرها ثم ان ادعاء جعل الشارح صيغه المضارع و الامر آله للانشاء و الايجاب و لو لم يدلًا بحسب الوضع اللغوى على التحقق و بسبب جعله آله يدلًا عليه تحكّم محض

قوله (و لعلّه لاطلاق البيع و التجاره و عموم العقود)

استشكلوا فى التمسك بايه الوفاء بوجه الاول ما عن العلّامه من ان مفادها لزوم الوفاء بالعقد على حسب ما يكون مؤداه ان جائزا فعلى حسب جوازه و ان لازما فعلى حسب لزومه و لا يمكن التمسك بالآيه الا بعد معلوميه لزوم العقد او جوازه و فيه ان اللزوم و الجواز من احكام العقد و لزوم الوفاء انما هو بالنسبه الى ما يقتضيه العقد مضافا الى ان هذا الوجه يقتضى عدم التمسك بها فى اثبات لزوم عقد و هذا لا يمنع من التمسك بها لاثبات الصحه عند الشك فى الصحه و الفساد الثانى ان العقود مفسره بالعهود المأخوذه فى خصوص خلافه امير المؤمنين عليه السلام و هى كانت فى عشره مواطن و لا بد ان يحمل عليها و لا يتعدى عنها و فيه ان مع التسليم لا وجه لاختصاص الآيه بتلك العهود بل الظاهر منها شمولها للعهود و العقود المتعارفه أيضا الثالث ان الخطابات مختصه بالمشافهين و الآيه نزلت فى سنه حجه الوداع بعد نزول معظم الآيات فى زمان كاد ان ينقطع الوحي فيحمل على العقود الصادره الواقعه من المخاطبين الى حين صدور الخطاب و عن عوائد التراقي ره ان سبق العقود على الآيه يصلح ان يكون قرنيه لصرف الآيه إليها و فيه ان الحمل على خصوص الصيادره مع ان الحكم محمول على الطيبه لا وجه له و هذا من الوضوح بمكان و هل يصح حمل قول الشارح الكلب نجس مثلا على خصوص الكلاب الموجوده فى زمان صدور الخطاب الزايع انه لو سلم كون الصيغه الفاقده لبعض الخصوصيات كالماضويه و غيرها من الشرائط المشكوكه عقدا و سلمنا كون الجمع المحلى بالعام مفيدا للعموم لغه لا يمكن التمسك بعموم الآيه من حيث خروج اكثر العقود منها بالاجماع كالعقود الجائزه و اغلب العقود الفاسده و من الواضح ان يازاء كل عقد صحيح مشتمل على شرائط معلومه عقودا فاسده لان بانتفاء كل شرط يصير العقد فاسدا فلا بد بعد الاجماع المذكور و لزوم تخصيص الاكثر من حمل العقود المأمور بالوفاء بها على العهود المتعارفه فى زمان الخطاب و دخول ما يتمسك كون له بها غير معلوم و فيه ان لزوم تخصيص الاكثر انما يكون بناء على حمل العقود على عموم الافراد و اما لو حمل على عموم الانواع فلا توضيحه ان العموم بالنسبه الى العقود يتصور على وجه ثلاثه احدها العموم بحسب الافراد الخارجيه ثانيها بحسب الاصناف كالبيع العربيه و التى سبق ايجابها على القبول و التى كانت بصيغه الماضى و نحوها و ثالثها بحسب الانواع كالبيع و الصلح و الاجاره و غيرها و لزوم تخصيص الاكثر فى الوجه الاول انما هو بخروج اكثر الافراد و ان كان الخارج بعنوان صنف او نوع واحد جامع لها كما

لو قال يجب الوفاء بكل عقد ألما ما كان غير عربى و كان اكثر الافراد المتحققه فى الخارج على غير وجه العربيه و فى الوجه الثانى ألما هو بخروج اكثر الاصناف و ان كان خروجها بعنوان او احد نوعى جامع لها و لا مدخليه لاكثرية الافراد و اقليتها فى ذلك و فى الوجه الثالث ألما هو بخروج اكثر الانواع و لا مدخليه لاكثرية الاصناف و الافراد و اقليتها فى ذلك و اذا كانت الآيه مسوقه لعموم الافراد امكن ان يقال بخروج اكثر الافراد بالتقريب المتقدم و لكن الظاهر و لو بقريته تمسك الاصحاب قديما و حديثا بها هو الحمل على العموم باعتبار الصنف او النوع و كون الخارج باحد الاعتبارين أيضا اكثر ممنوع جدا هذا مضافا الى ان عمومها لو كان بحسب الافراد فكون الخارج اكثر ممنوع أيضا لانه المراد من الافراد ألما هو الافراد المتحققه الواقعه فى الخارج لا الافراد الممكنه و الافراد المتحققه فى الخارج من العقود اكثرها صحيحه لا فاسده و كذا لا يتجه الايراد بالعقود التى لم يمضها الشارع فان الافراد المتحققه منها فى الخارج و ان كانت كثيره ألما أنها ليست باكثر من الباقي تحت العموم و المدار فى الاستهجان العرفى ألما هو بالاكثرية لا بالكثير و على اى حال فالظاهر ان الآيه مسوقه لبيان انواع العقود دون افرادها و عليه يصح الاستدلال بها للصحة بل اللزوم فى كل ما شك من افرادها و اصنافها كما انه يصح لمن ذهب الى أنها مسوقه لعموم الانواع المتعارفه الاستدلال بها فى كل ما شك فيه من افراد الانواع المتعارفه و اصنافها دون غيرها الخامس انه اذا كان صحه عقد معلوما لا شك فيها صح التمسك بالآيه لاثبات اللزوم و أما اذا شك فى صحه عقد و فساده لا يصح التمسك بها لاثبات الصحه لأنها ليست فى مقام بيان أصل الصحه بل هى وارده لبيان حكم اخر و هو بيان لزوم ما هو صحيح و فيه ما تقدم ان اللزوم و الجواز من احكام العقد و الآيه فى مقام بيان لزوم الوفاء بمؤدى العقد و هذا معنى الصحه السادس ان الآيه لا عموم لها لانصرافها الى العقود و العهود المتعارفه و العقد المنشأ بغير لفظ الماضى و ما كان فاقدا للموالاه بين الايجاب و القبول و نحو ذلك لم يعلم دخوله فى الآيه حتى يتمسك بها لصحته و فيه ان الظاهر من الآيه هو العموم و الشمول لكل عقد سواء كان الشك راجعا الى ناحيه السبب كالامثله المذكوره او كان راجعا الى ناحيه المسبب فلو فرض مسبب لم يكن متعارفا فى السابق و فى زمان الشارع و صار متعارفا بعده من استيفاء مال او عمل و كان صادقا عليه عنوان المعامله و لم يصدق عليه احد العناوين الفاسده جاز التمسك لصحته بعموم الآيه و لا وجه لدعوى إرادته العهد من اللام او انصراف مدخولها اصلا السابع ان بعد قيام الاجماع على اعتبار الايجاب و القبول اللفظيين و اعتبار بعض الخصوصيات فى العقد فى الجملة لا يمكن التمسك بالعموم لان ما قام عليه الاجماع مردد بين مطلق اللفظ الصادق على الكل و المعهود الذى هو بعض معين و حيث انه دليل لئبى لا بد من الأخذ بالمتيقن فى مواضع الخلاف نعم لو كان المقام من اجمال المخصص المنفصل

و دورانه بين الاقل و الاكثر لزم العمل بالعام في مورد الشك و لكنّه ليس كذلك بل من التقييد بالمجمل المرّد بين المتباينين و ليس من باب اللفظ حتّى يؤخذ بعمومه او اطلاقه فاللزام هو الاحتياط عند الشك في شروط اللفظ من العريّه و الماضويّه و غيرها مؤيدا ذلك بالاصل المؤسس في ابواب المعاملات و هو اصاله الفساد

[مسأله في شرطيه الترتيب بين الإيجاب و القبول]

قوله (و التّحقيق أنّ القبول أمّا ان يكون الخ

اعلم أنّ العقود باسرها على قسمين الأوّل العقد المعاوضى و هو ما يتضمّن الاعطاء و الأخذ من الطرفين و يتوقّف على الالتزام و الالتزام من الموجب و القابل كالباع فانّ الموجب ينشئ امرين احدهما نقل ماله الى المشتري و الثّانى تملك مال المشتري عوضا عن ماله و كذا القابل ينشئ امرين احدهما ملكيته للمبيع و انفاذ ما اوجده الباع و الثّانى تمليك ماله للبائع عوضا عن تملكه للمبيع فكلّ منهما يخرج ماله الى صاحبه و يدخل مال صاحبه فى ملكه الا أنّ الادخال فى الايجاب مفهوم من ذكر العوض و فى القبول مفهوم من نفس الفعل و الاخراج بالعكس فكلّ منهما ينشئ امرين احدهما بالمطابقه و الثّانى بالالتزام و الموجب يخرج و ينقل ماله الى المشتري مطابقه و يدخل مال المشتري بتملكه عوضا عن ماله التزاما و القابل يخرج بتمليك ماله عوضا عن تملكه التزاما و يدخل بتملك المبيع مطابقه و حقيقه جميع العقود المعاوضيه التّمليك من الطرفين بان يملك كلّ منهما صاحبه عوضا عمّا يتملكه الثّانى العقود الغير المعاوضيه و هو على قسمين الأوّل ما يتضمّن الاعطاء من طرف و الأخذ من الاخر و ذلك بتحقيق الانشاء من الموجب و القبول من الاخر كالزهن و الهبه و القرض و الثّانى العقود الاذنيه التى لا تحتاج الى الانشاء و لا يثبت القابل فيها اعتبارا ازيد من الرضا بالايجاب كالوكالة و العاربه و الوديعه أمّا الاخير و هى العقود الاذنيه فيجوز تقديم القبول فيها على الايجاب مط باى لفظ كان من قبلت و رضيت و غيرهما لأنّ فيها يكفى من القابل مجرد الرضا الباطنى بل يعقد عقدها و لو لم ينشئ الناقل على طبق رضاه لفظا لما عرفت من كفايه الرضا الباطنى فالعقود الاذنيه و هى التى لا تحتاج الى خلع و لبس و لا يعتبر فيها الادخال و الاخراج يجوز تقديم قبولها على الايجاب مط كما أنّه لا يعتبر فيها الموالاه بينهما و أمّا القسم الأوّل من العقود الغير المعاوضيه و كذلك العقود المعاوضيه كالباع و الاجازه و المزارعه و ما يشبه العقد المعاوضى كالنكاح و الخلع لما عرفت أنّ فى قبولها امرين ايجاد لما انشأه الموجب و انفاذ له و ايجاد لتمليك العوض فمن حيث أنّ القبول فيها يتضمّن انفاذ ما انشأه الموجب كان حكمها حكم العقود الغير المعاوضيه ففيهما تفصيل و هو أنّ القبول أمّا ان يكون بلفظ قبلت و رضيت و أمّا ان يكون بغيرهما من الهيئات الواردة على مادّه تناسب بابها نحو ابتعت و اشتريت و تملكّت و تزوّجت و ارتهنت

و هكذا و امّا ان يكون بصيغه الامر كان يقول القائل بعنى فيقول البائع بعتك فاذا كان بلفظ قبلت لا يجوز تقديمه لأن هذه اللفظه فرع الايجاب و هى انفاذ لما اوجده الموجب و لا يعقل تقدّمه عليه و ليس المراد من القبول فى القسمين مجرد الرضا بالايجاب حتّى يقال انّ الرضا بامر ليس تابعا لتحقق ذلك الامر فى الخارج و لا تابعا لرضا الموجب بل المراد منه ما هو تابع لما اوجده البائع و مطاوعه له على وجه يتضمّن إنشاء نقل ما له فى الحال الى الموجب على وجه العوضيه و هذا لا يتحقق الا مع تأخره اذ مع تقدّمه لا يتحقق الثقل فى الحال و لا يمكن قبول ما ينشاه الموجب فى المستقبل فانّ ايجاد القبول فى الحال مع كون الايجاب يوجد فى المستقبل عين ايجاد المتناقضين و من قبيل الاضمار قبل ذكر المرجع و لا يخفى انّ ما ذكرنا من العله لعدم جواز التقديم ينحلّ الى جهتين الاولى كون الثقل الحاصل منه بالرّضا امّا يكون على وجه المطاوعه و لازمه عدم تحقّقه الا حين تحقّق الايجاب و الثانيه وجوب كون الثقل حاصلًا حين القبول و ذلك لا يمكن الا مع تأخره اذ فى صورته التقدّم يلزم التناقض و لا يتوهم انّ اللّازم فى المطاوعه كونها اضطراريّه كالانكسار المترتب على الكسر و القبول امر اختياريّ فلا يعقل فيه المطاوعه و ليس امّا مجرد الرضا بالايجاب لانّها فى الامور الخارجيه لا تكون الا كذلك و امّا فى الامور الاعتباريه كاعتبارها فى الانشاء فلا بأس بان تكون اختياريّه و لا يقاس القبول بانشاء الاجاره الرّاجعه الى السنه الآتيه مثلا فانّ هناك ليس تعليقا لا فى الانشاء و لا فى المنشأ و الملكيه تحصل فى زمان الانشاء و المتأخّر هو المملوك كما انّ فى السّلم أيضا تحصل الملكيه بنفس الانشاء و المملوك متأخّر و لا يقاس أيضا بالوصيه و التّديبير فانّهما من باب التّعليق فى المنشأ الّذى هو نظير الواجب المعلق و لا مانع منه عقلا و امّا لا يصحّ التّعليق فى البيع و شبهه للاجماع و هذا بخلاف التّعليق فى الانشاء فانّه محال لما عرفت من انّ الايجاد فعلا يناقض الايجاد على فرض وجود شىء اخر سواء كان المعلق عليه معلوما او مشكوكا و ظهر ممّا ذكرنا انّ القبول بلفظ الامر لا يصحّ لأنّ الامر بعد تجريده عن الالزام لا يدلّ الا على استدعاء المعامله و طلب المعاوضه و هذا ليس قبولا لأنّ غايه الامر دلالة طلب المعاوضه على الرضا بها و لكن لم يتحقّق بمجرد الرضا بالمعاوضه المستقبليه نقل فى الحال الى البائع و دعوى منع الصّغرى تاره بانّ القبول ليس ايجاديا و منع الكبرى اخرى بانّ ايجاد الامر المتأخّر لا محذور فيه ناش عن عدم معرفه حقيقه القبول فى العقود المعاوضيه و اذا كان بغير لفظ قبلت من الهيئات الوارده فينبغى تحرير الكلام فى مقامين الاول فيما ينعقد القبول فيه بهذه الهيئات و ما لا ينعقد امّا بلفظ قبلت و الثانى فى جواز التقديم فيما ينعقد القبول بها امّا المقام الاول فالعقود الغير الاذنيه على قسمين احدهما ما يكون بين الموجب و القابل تفاوت بحسب المنشأ كالبيع فانّ البائع ينشأ التّملك و المشتري ينشأ التملك و ثانيهما ما لا يكون بينهما تفاوت كذلك و ينحصر هذا القسم مصداقا فى الصّالح فانّ المنشأ فى كلا الانشائين واحد و كلّ منهما ينشأن التّسالم

على العوضين ولا بدّ ح من مميّز يفترق به الموجب عن القابل اذ لو وقع الانشاء من القابل بلفظ صالحت او تسالمتا او تصالحتا او غير ذلك من الهيئات الواردة على مادّه تناسب الصّليح لم يعلم أنّه قابل أم موجب لصحّه إنشاء المتسالم عليه ابتداء من كلّ منهما ولا يحصل التّمييز الا بان يكون القبول بلفظ قبلت و رضيت

فان قيل اذا إنشاء بلفظ الصّليح او التسالم يحصل التّمييز بكون البادى منهما موجبا لصدقه عليه عرفا

قيل انّ القبول في الصّليح لا- بدّ و ان يكون انفاذا لما انشاءه الموجب كما تقدّم وجهه و اذا إنشاء كلّ منهما بلفظ صالحت يلزم تركيب العقد من ايقاعين لا يرتبط احدهما بالآخر و ارتباط الانشاء الثّاني بالاول ليكون انفاذا له ينحصر في قبلت فالعقد الغير الاذنى اذا لم يكن بين جزئيه تفاوت بحسب المنشأ ينحصر قبوله في قبلت و رضيت و لا يجوز بلفظ آخر يناسبه ثمّ أنّه يجب تأخير القبول فيه من ايجابه لما سبق انّ في مادّه القبول خصوصيّة لاجلها لا يصحّ إنشاء النّقل به الا اذا وقع متأخرا و ما يكون فيه تفاوت بين الموجب و القابل ينعقد القبول فيه بجميع الهيئات المناسبة و اما المقام الثّاني فيجوز التّقديم في غير لفظ قبلت لانّ تلك العقود ليست حقيقتها قائمه بعنوان المطاوعه كى لا تتحقّق الا بتقديم الايجاب بل العقد فيها عبارته عن إنشاءين مرتبطين عند المتعاملين بحيث يخرج عن ايقاعين و مفهوم مادّه الاشتراء مثلا ليس كما مادّه القبول الّذى لا يمكن الانشاء به الا بعد وقوع الايجاب من الموجب بل الاشتراء و البيع مفهومان متغايران او إنشاءان مستقلّان نعم يلزم الارتباط بينهما حذرا من خروجهما عن عنوان العقد و كذا لا- مانع من تقديم ارتهنت و اتّهبت و صيغ الافتعال و التّفعل و المفاعله ليست كصيغه الانفعال متضمّنه للمطاوعه دائما نعم تفيد المطاوعه اذا تأخّرت عن الايجاب و الا فنفس الهيئه لا تدلّ الا على إنشاء الارتهان و اخذ المرهون رهنا و الموهوب هبه و لكنّ المصنّف قدّس سرّه ذهب الى عدم جواز تقديم القبول و ان كان بلفظ اتّهبت و افترضت و ارتهنت مستدلّا بانّ العناوين المطلوبه في هذه العقود اعنى الاتّهاب و الاقتراض و الارتهان لا تتحقّق بمجرد القبول الّذى فيه الالتزام بشىء بل لا- بدّ فيها من الرّضا بفعل الموجب فلا ينفكّ عن المطاوعه و الترتّب و يلزمه تأخر القبول و التّحقيق أنّه لا فرق بين العقود المعاوضيّة كالبيع و الغير المعاوضيّة كالرهن في عدم اعتبار المطاوعه فيها فالهبة المعوّضه يمكن فيها ايجاد معنى الاتّهاب ابتداء بجعل نفسه متملكا للموهوب ابتداء كالاقتراض و القرض اما أنّه معاوضه بالمثل او قيمه و اما أنّه عقد يفيد التّملك بالضمان اى مضمون على المقرض بغرامه بدله و معنى ضمانه كونه غير مجانى و على الثّاني فأى مانع من إنشاء المقرض التّملك على هذا النّحو ابتداء و على الاول فلا اشكال في امكان انشاءه ابتداء كالشّراء و اما الرهن فهو عقد يحدث به للمرتهن حقّ فى المرهون و الظاهر أنّه لا يعتبر في قبوله الا إنشاء

الرّضا بالايجاب فلا مانع من تقديم القبول بلفظ ارتهنت فتلخص انّ العقود على قسمين الاول ما يتضمّن التملك و التملك من الطرفين و الثاني ما لا يكون كذلك و الاول على قسمين احدهما ان يكون الالتزام الحاصل من القابل نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالصّيح و الثاني ما لا يكون كذلك كالبيع و الاجاره و الثاني أيضا على قسمين احدهما ما يحتاج الى إنشاء من القابل كالرهن و الهبه و القرض و الثاني ما لا يكون كذلك و لا يعتبر فيه سوى الرضا بالايجاب كالوكاله و فى الصّيح لا يجوز القبول بغير لفظ قبلت و لا يجوز تقديمه و فى غيره ممّا يتضمّن التملك و التملك لا يجوز التقديم اذا كان بلفظ قبلت و يجوز بغيره و كذا فيما يحتاج الى إنشاء من القابل و فى الاخير و هو كلّ عقد اذنى لا ينشأ فيه الاّ الاباحه او التسليط على التصرف او الحفظ لا فرق فى قبوله بين لفظ قبلت و غيره فى جواز تقديمه

[و من جمله شروط العقد: الموالاه بين إيجابه و قبوله]

قوله (و لعلّ هذا موهن اخر للزوايه فافهم)

يمكن ان يكون إشاره الى أنّه كيف يجعل هذا موهنا للزوايه مع عدم قيام دليل معتبر على الموالاه فلم لا تجعل الزوايه بناء على ما فهمه الجماعة دليلا على جواز الفصل و عدم لزوم الموالاه و حقّ المسأله ان يقال انّ العقود المعاوضيه و ما يشبهها كالنكاح يجب فيها الموالاه و ذلك لأنها تتضمّن خلعا و لبسا كما تقدّم بيانه فلا بدّ منها و الاّ لزم كون الملك بلا مالك فى زمان الحيلولة مضافا الى انّ حقيقه العقد تقتضى الموالاه لأنها امر وحدانى متحصّل من الايجاب و القبول و مفهوم يحصل من الارتباط بين إنشاء احد المتعاقدين بالانشاء الاخر و الامر الوحدانى المتحصّل شيئا فشيئا اذا كان له صورته اتصاليه لا بدّ فى ترتب الحكم المعلق عليه فى الشرع من اعتبار تلك الصوره فلو تخلّل بين الانشائين شىء و انفصل كلّ عن الآخر لم يحصل ذلك الامر الوحدانى بل كانا اشبه بايقاعين فوجوب الوفاء المدلول المدلول عليه بالآيه الشريفة لا يكون الاّ مع الاتصال لعدم كونهما امرا وحدائيا و عقدا شرعيّا الاّ مع الاتصال

فان قلت لزوم المعاوضه بمقتضى آيه الوفاء يتوقّف على عنوان العقد و قد ذكرتم أنّه غير حاصل الاّ بالموالاه و اما صحّه المعاوضه فلا تتوقّف على ذلك لانّ ادلّه صحّه عناوين المعاوضات لا تنحصر بالآيه حتّى يقال بانّ المعاوضه الفاقد للموالاه لا يكون عقدا بل و احلّ الله البيع و تجاره عن تراض دليلان على الصحّه فالإنشاء المنفصلان بيع صحيح و ان انفكّ عن اللزوم و كذا الكلام فى ادلّه سائر المعاوضات و ما يشبهها

قلت قد اجاب بعض المحشّين بما هذا لفظه ليس البيع و التجاره و الصّيح و النكاح الاّ العقود المتعارفه مع انّ هذا النحو من المطلقات ليس فى مقام البيان من جميع الجهات هذا مضافا الى عدم امكان التفكيك بين اللزوم و الصحّه الاّ بدليل خارجى من الاجماع و نحوه من جعل الشارع الخيار للمتعاقدين او جعلهما لانفسهما او للأجنبي و الاّ فكلّ ما يقع صحيحا و يؤثّر فى

الثقل لا ينقلب عمدًا وقع عليه ألبمقلب خارجي فما أثر يؤثر دائما و هو معنى اللزوم انتهى و فى الكل نظر فان الحمل على العقود المتعارفه مع ان الحكم محمول على الطبيعه لا وجه له و قد سبق منا الكلام فى ذلك فى طي الاشكالات على آيه الوفاء حيث حملها بعضهم على العقود المتعارفه و اما نفى كون هذه المطلقات فى مقام البيان من جميع الجهات فان اراد منه ان كون المطلق فى مقام البيان من جهه لا- ينافى ابهامه او اجماله من جهه اخرى فهو صحيح و لكنّه لا- يفيد نفى جواز التمسك بالمطلقات المذكوره كأحلّ الله البيع لاثبات الصّحه فى العقد الفاقد للموالاه بين جزئيه و ان اراد نفى كونها فى مقام البيان من الجهه المذكوره اى عدم اشتراط الموالاه فهو دعوى بلا برهان و الظاهر من اكثر ادلّه عناوين المعاوضات كونها فى مقام البيان و لاجل ظهورها فى العموم او الاطلاق تمسك الاصحاب بعمومها او اطلاقها فى مواضع عديده و اذا كانت مجمله من الجهه المذكوره لم يبق لها جهه تكون لاجلها فى مقام البيان و يصحّ التمسك بإطلاقها من تلك الجهه ثم لا يشترط فى صحّ التمسك بالإطلاق احراز كون المتكلم فى مقام البيان بالقطع بل لو شكّ فى ذلك و لم تكن قرينه توجب صرف الكلام الى مقام التشريع يحمل على الاطلاق لائن المرجع فى هذه المسأله كمسأله ظواهر الالفاظ فهم اهل المحاوره لانها من مسائل ظواهر الالفاظ و اذا راجعناهم نريهم يحكمون بالارسال و لا يعثون باحتمال الخلاف اذا لم تكن قرينه موجهه للابهام او الاجمال بحيث يصحّ عندهم ان يحتجّ العبد بالإطلاق على مولاه و يذمّ عندهم العبد على ترك العمل بالإطلاق او التوقف كما هو دأبهم فى سائر الاصول اللفظيه و اذا كان بنائهم على ذلك نستكشف ان اللفظ الموضوع للمبهم القابل لان يتشكّل باشكال مختلفه ظاهر عند عدم احتفائه بقرينه صارفه فى هذا الشكل و بهذا يوفق بالجمع بين ما نسب الى المشهور من ان المطلق موضوع لما قيد بالارسال و ما نسب الى السيلطان من انه موضوع لنفس المعنى بلا لحاظ شىء معه حتى لحاظ كونه كذلك كيف و لو لم يكن وجه النسبه ما يتراءى من سيره المشهور من التمسك بالمطلق مع عدم احراز كون المتكلم بصدد البيان الزم ان يكون ذكر المطلق فى مقام الابهام او الاجمال مجازا مع انهم يحكمون فى بعض المطلقات انها ممخضه لاصل الجعل و التشريع من غير التزام بمجازيتها و لزم أيضا ان يكون ذكر المطلق فى مقام إرادته الفرد او إرادته العموم الاستيعابى مجازا أيضا مع انهم لا يلتزمون بذلك بل قضيه الحكمه فى المطلقات تختلف بحسب اختلاف المقامات فربما يقتضى الحمل على خصوص فرد معين و عدم إرادته الشيع كما فى صيغه الامر فان اطلاقها بواسطه قرينه الحكمه يحمل على الوجوب التعيينى العينى النفسى و ربما يقتضى الحمل على العموم الاستيعابى كما فى احلّ الله البيع و ربما يقتضى الحمل على العموم البدلى كما فى جئنى برجل فليس للنسبه الى المشهور وجه الا ما يرى من تمسكهم بالمطلقات مع عدم احراز كونها فى مقام البيان و غفلوا عن ان هذا منهم ليس من

جهه كون المطلق موضوعا عندهم للارسال بل من جهه ما يرون من سيره اهل المحاوره فلا تغفل و اما حديث عدم امکان التفكيك بين اللزوم و الصحه فيه أولا- ان هذا يؤكد التمسك بالإطلاقات لنفى وجوب الموالاه و ثانيا قد تقدم منا فى تأييد المحقق الثانى حيث حمل قول المشهور بالإباحه فى المعاطاه على الملك المترزل قوه احتمال ان يكون الاصل فى العقود عدم اللزوم فالصواب ان يقال لو سلمنا كون عناوين العقود تصدق عرفا على ما وقع بالصيغه الفاقده للموالاه فان اعتبار وقوع البيع و غيره من العقود المعاوضيه باللفظ قد ثبت بالاجماع و من اتفاقهم على عدم كفايه الفعل فى لزوم المعاطاه و هذا الاجماع دليل لئى لا يستفاد منه كفايه مطلق اللفظ بل يكون الشرط المعتبر به مجملا و مرددا بين المتباينين و لاجله يمنع من التمسك بالعموم او الاطلاق و المتيقن هو ما اشتمل على الصيغه الخاصه نعم لو شك فى اعتبار شرط اخر فى البيع غير ما يرجع الى شروط الصيغه كان المرجح هو العموم او الاطلاق و كذا الكلام فى العقود الغير المعاوضيه كالزهن العدى يكون من طرف الزهن لازما و من طرف المرتهن جائزا و الهبه التى ليس فيها الا التملك من طرف واحد لما عرفت من ان العقد امر وحدانى متحصّل من اتصال الانشائين و امّا العقود الاذنيه كالوكاله و العاريه و الوديعه فلا تعتبر فيها الموالاه لأنها ليست عقودا حقيقيه و اطلاق العقد عليها مسامحه و يكفى فيها كلّ ما يدل على الرضا و ليس فيها أيضا خلع و لبس فينحصر اعتبار الموالاه فى كلّ عقد مركّب من إنشاءين سواء كان معاوضيا أم لا

[و من جمله شروط العقد: التطابق بين الإيجاب و القبول]

قوله (فلو اختلفا فى المضمون إشاره الى ان المقصود هو التطابق فى ذلك لا التطابق بين لفظى الايجاب و القبول و هذا واضح

[و من جمله الشروط فى العقد: أن يقع كل من إيجابه و قبوله فى حال]

قوله لو اختلف المتعاقدان اجتهادا او تقليدا)

اعتقاد كلّ منهما ببطلان فعل الاخر على قسمين احدهما ان يكون اعتقاد الفساد بنحو القطع و الثانى ان يكون ناشيا من اصل او أماره قامت عنده لا اشكال فى خروج القسم الاول عن محلّ الكلام فانه من فروع التخطئه و التصويب لا من فروع الاجزاء حتى يكون من محلّ الخلاف و ان حكمه القضاء او الاعاده فيما كان عباده و ترتيب آثار الفساد فيما كان معامله ثم اعلم ان فى تبدل الرأى قام الاجماع على الصحه اذا كان الفعل عباده فمن اعتقد صحه عباده ثم عدل و اعتقد فساده لا يجب عليه و لا على من قلده القضاء او الاعاده و كذا لا اشكال فى معامله التى تكون صحيحه باعتقاد شخص و فاسده باعتقاد اخر و لم يكن هناك اثر مشترك بينهما فى الجملة اى فى بعض الموارد فان من اشترى مالا و اوقع الصيغه بالفارسيه فليس للمجتهد الاخر المعتقد فساده شرائه من مالكة الاصلى و ترتيب آثار الفساد على تلك معامله بالاجماع و كذا فيمن تزوج امرأه و اوقع الصيغه بالفارسيه او قدّم القبول على الايجاب معتقدا صحته و اما فيما كان الاثر مشترك كما هو مفروض المقام فيه اشكال لعدم ثبوت اجماع على عدم جواز ترتيب الفساد على معامله لمن اعتقد فساده

قوله (ممّا لا قائل بكونه سببا فى الثقل)

اي يحصل من ذهاب كل منهما الى مختاره عقد لا يقول بسببته واحد منهما و ليس المقصود من التفصيل اعتبار عدم كون العقد المركب ممّا لا قائل اصلا بكونه سببا فى التقل بان يكون خلاف الاجماع فانه لو حصل عقد على خلاف الاجماع فهو فاسد قطعاً

[مسأله أحكام المقبوض بالعقد الفاسد]

[الأول ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]

إشارة

قوله (لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد)

الكلام فى ذلك يقع تاره فى الحكم التكليفى و اخرى فى الحكم الوضعى اما الاول فالظاهر عدم جواز التصرف فى ذلك اذ الجواز فرع الملكيه و عدمها مقتضى فرض الفساد

لا يقال ان فساد المعامله لا يوجب ذهاب الاذن و الرضا بالتصرف الذى كان فى ضمن العقد لان الجنس لا يتقوم بفصل خاص

لأننا نقول الرضا امر بسيط و ما به الامتياز فيه عين ما به الاشتراك و ليس من الجنس المتقوم بفصول مختلفه حتى يبتنى على تلك القاعده و ليس الرضا الحاصل من المالك من حيث الاذن كالرضا الحاصل من حيث ان المقبوض ملك للقابض للجهل بالفساد او للبناء على الصحه تشريعا او عرفا التى لا تناط بالصحه الشرعيه كما فى بيع المقام و الظلمه و السراق و اذا كان ما به الاشتراك فى الرضا عين ما به الامتياز فان اراد المتوهم من الرضا ما يكون من القسم الاول فهو يوجب جواز التصرف بلا كلام و لكنّه خلاف الفرض لان المفروض عدم حدوث اذن من المالك قبل العقد الفاسد او بعده سوى الرضا الحاصل فى ضمن العقد و ان اراد منه الرضا الحاصل بسبب العقد فالمفروض حكم الشارع بفساده و عدم ترتب الاثر عليه و اما الثانى فالكلام فى جهتين الاولى عدم الملك لانه مقتضى فرض الفساد و توهم كونه من باب المعاطاه و ان القول الفاسد لا يفسد التعاطى فاسد فان ما حكم بصحته فى المعاطات هو إنشاء التمليك و المعامله بنفس الفعل و التعاطى الحاصل فى المقام انما يكون من باب الايفاء بالمعامله القولىه فلا وجه لهذا التوهم اصلا و الثانى ثبوت الضمان و يدل عليه الحديث المشهور المنجبر ضعف سنده بتلقى الاصحاب له بالقبول و استدلالهم به عليه فى كثير من الموارد و دعوى ظهور لفظه على فى الحكم التكليفى فلا يدل على الضمان ضعيفه جدا بيان ذلك بعد الغض عن فهم الاصحاب و كونه كاشفا عن قرينه خفيت علينا ان على اليد متعلق بمحذوف هو خبر للموصول المتأخر و المحذوف ايا من افعال العموم كالثبوت و الكون او من افعال الخصوص كالوجوب و اللزوم و لا اشكال فى ان المراد من الموصول هو الاموال و الاعيان الخارجيه و هى لا تصلح لان تكون مبتداء للخبر المتقدم فلا بد من تقدير مضاف يمكن تعلق الحكم الشرعى به و يكون تعلق المال و الذات الخارجى باليد المراد منها صاحبها باعتبار الاستيلاء باعتبار ذلك المقدّر كالحفظ و الضمان فان كان هو الضمان و العهده كان المتعلق من افعال العموم نحو ثابت و يكون المراد ثابت على اليد ضمان ما اخذت و ان كان غير الضمان كان المتعلق من افعال الخصوص نحو واجب او لازم و يكون المراد

واجب على اليد حفظ ما اخذت فلا كلام فى الاحتياج الى التقدير و الحذف و انما الكلام فى تعيين الفعل المقدر و المضاف

المحذوف و الظاهر بحسب المتفاهم عند العرف انّ مدخول كلمه على لو كان من الاعيان كان المقدّر هو الضمان و ما يناسبه و لو كان من الافعال كان هو التّكليف مع انّ الانسب فى خصوص المقام هو تقدير الوضع فانّ وجوب الحفظ حكم بديهيّ مضافا الى انّ حمل الحديث على الحكم التّكليفى يستلزم خلوه عن بيان حكم الماخوذ بعد التّلف بل يمكن ان يق انّ الجملة متى كانت لبيان الحكم الوضعى لم يحتج الى الحذف و التّقدير اصلا فانّ كلمه على الموضوعه للضرر تدلّ على الضمان و العهده كدلاله اللام على الملك عند الاطلاق فكما انّ اللام موضوعه لمطلق الاختصاص و تنصرف عند الاطلاق الى الاختصاص المطلق الملازم للملكيه فكذلك على تنصرف عند الاطلاق الى التضرر المطلق المساوق للضمان او ملازم له فكما انّ ليد ما اخذت يدلّ على الملكيه من دون حذف و تقدير فكذلك على اليد ما اخذت يدلّ على الضمان كذلك و هل عموم على اليد يقتضى شموله لكل يد عدوانا أم غير عدوان أم يختصّ باليد العدوانى و تظهر الثّمرة فى تسليط المالك فى التصرف و الاذن منه مجانا المعلوم عدم الضمان ح بسبب ادله معلومه فبناء على الشّمول مط يكون خروج ما علم عدم الضمان فيه بالتّخصيص و بناء على عدمه يكون خروج ذلك بالتّخصيص و الظاهر هو الأوّل لانّ كلمه على فى الحديث كما فى سائر موارد استعمالها ظاهره فى العلوّ و التّفوّق و المتعلّق و المورد يتفوّق على مدخول الظرف و يكون المدخول بمنزله المركوب و متعلّق الظرف هنا جملة ما اخذت و من الواضح انّ كلمه الموصول عمومه باعتبار صلته و الاخذ عامّ يشمل كلّ ما يستولى الأخذ عليه و لو من دون عدوان فالحديث شامل بإطلاقه لانواع اليد الّا ما خرج عنه بالدليل كيد الامانه بالمعنى الاعمّ مالكيه كانت و شرعيّه و لذا علل المعصوم (ع) الحكم بعدم الضمان فى الامانات بكونه امينا و مؤتمنا و جعل ذلك عذرا لنفى الضمان فانه كالتصريح فى انّ الحكم بعدم ضمان الامين انما هو من جهة وجود المانع و هو كونه امينا لا من جهة عدم المقتضى و لو كان عدم الضمان من جهة عدم المقتضى لم يكن وجه للتعليل بذلك و بعبارة اخرى يدلّ على عموم على اليد مضافا الى ظهور الجملة بنفسها ادله عدم الضمان فى الامانات فانّها ظاهره لمن راجع إليها فى انّ حكمها من جهة وجود المانع و من هنا استدلّ كثير من الاصحاب بعموم على اليد فى مواضع كثيره منها فى يد الامانه بعد الخيانه و منها فى يد الجاهل و التّاسى مع أنّه لا يعقل فيهما الظلم و المكافاه و مدعى الاختصاص باليد العدوانى لم يستدلّ الّا بانصراف اليد فى الحديث الى اليد العاديه دون العادله خصوصا بلحاظ تقارنها مع لفظ الاخذ فكأنّه فى مقام افاده مكافئه عمله بالضمان و فيه ما عرفت من انّ المقتضى للاطلاق موجود و لا وجه للانصراف و على مدّعيه الاثبات و اتى له بذلك و بالجملة فالظاهر من الحديث حيث علّق حكم الضمان على اليد أنّها بمجرد ما مقتضيه للضمان و لا يشترط فى سببيتها له شىء اخر و هذا واضح لا ستره عليه و ليكن هذا بالبال لعلّه ينفعك فيما يأتى من المقال و يدلّ على الضمان أيضا قوله (ع) فى الامه المبتاعه

و لا- يتوهم أنّ الضمان في الزوايه من باب استيفاء المشتري المنفعه و من المعلوم أنّ كلّ من استوفى منفعه فهو ضامن كانت العين مضمونه أم لا و ذلك لأنّ الاستيلاء ليس استيفاء و ما استوفاه المشتري هو الوطى و المفروض أنّ قيمه لم تجعل عوضا له بل للولد و ليس الولد من المنافع المستوفاه و لا- من قبيل الاتلاف على المالك أيضا بل هو بمنزله التّلف السّماوى كالدّابه المستاجر بالاجاره الفاسده لو نقضت الدّابه فإنّ الدّابه المستاجر كذلك قد يستوفى المستاجر منفعتها بان يركب عليها فهو مستوف و متلف و قد يحبسها فيتلف الحابس منفعتها على المالك فهو متلف على المالك و ليس بمستوف و قد تنقض الدّابه او لا يمكن الرّكوب عليها لخوف فهو تالف لا استيفاء و لا اتلاف و الظاهر فى المقام كون الولد من قبيل التّلف السّماوى فضمّانه يدلّ على ضمان العين بطريق اولى و لا بأس فى المقام بالاشاره الى امرين الاوّل أنّ حديث على اليد يدلّ على العموم الازمانى بالضمان من زمان الاخذ الى زمان الاداء بالوضع المستفاد من التّقييد بالغايه و عليه فلو لم يثبت الضّمان حين الاخذ من حيث كون اليد امانتيا ثمّ طرأ الشّك فى ثبوت الضّمان من حيث عروض ما يوجب الشّك فى مفهوم الامانه كان اللّازم التمسّك بالعموم الازمانى فى الحكم بالضّمان و الشّك فى بقاء الحكم المخصّص يرجع الى الشّك فى زياده التّخصيص و لا يعارضه استصحاب حكم المخصّص لوضوح أنّ الاصل اللفظى مقدّم على الاصل العملى و هذا هو الوجه فى حكمهم بالضّمان فى صورته التّعدي و التّفريط نعم لو كان هناك اصل موضوعى كاستصحاب عنوان المخصّص لا استصحاب الحكم قدّم على العامّ فدلّيل على اليد شموله للافراد و لانواع الاخذ بالإطلاق و دليل الحكمه و للازمان بالعموم و هذا بخلاف آيه الوفاء بالعقود فإنّ شمولها للافراد بناء على المشهور من كون دلالة الجمع المحلّى باللّام على جميع الافراد بالوضع يكون بالعموم و للازمان بالإطلاق فلو علم عدم وجوب الوفاء بعقد فى زمان ثمّ شكّ فيه فى زمان آخر كما لو علم بالغبن فى بيع ثمّ شكّ فى كون الخيار الثّابت به هل هو على الفور أم لا كان اللّازم استصحاب حكم المخصّص و هو ثبوت الخيار و عدم اللّزوم و وجوب الوفاء لأنّ الشّمول للازمان بالإطلاق أنّما يتمّ مع عدم البيان و الاستصحاب المذكور صالح لان يكون بيانا فلا يتمّ التمسّك بالإطلاق و لكنّ الاشكال فى صحّحه الاستصحاب فإنّ تعدّد الزّمان يوجب تعدّد الموضوع و تمام الكلام فى محلّه الثّانى قد يتوهم أنّ دعوى دلالة حديث على اليد على الحكم الوضعى دون التّكليفى لا يجتمع مع دعوى كون الحكم الوضعى منتزعا من التّكليف و ليس هو بنفسه قابلا- للجعل كما هو مختاره قدّس سرّه و الجواب أنّ التّزاع فى الجعل أنّما هو فى مرتبه الثّبوت لا فى مقام الاثبات و التّزاع فى أنّ الحكم الوضعى هل يحصل و يتحقّق بمجرد انشائه بعد ما لم يكن كالوجوب العدى يحصل بمجرد انشائه او أنّه لم يكن صالحا للتّحقّق بالانشاء و المنكرون لا ينكرون

صدور قضايا لفظية ظاهرها جعل الحكم الوضعي و لكنهم يقولون ان المفهوم المدلول عليه بتلك القضية اللفظية امر اعتباري و المنشأ حقيقه هو حكم تكليفي انتزع منه هذا المفهوم الملقى باللفظ و لا ضير عندهم في قول الشارع مثلا دلوك الشمس سبب لوجوب الصيلاه كناية عن وجوب الصيلاه في هذا الحال او ان الحيض مانع عنها كناية عن حرمتها كذلك و يرون انه ان صدر من الشارع بالنسبه الى الحكم الوضعي ما ظاهره تعلق الجعل به كقوله جعلت الشىء الفلانى سببا او من اتلف مال الغير فهو له ضامن الى غير ذلك فلا بد من صرفه عن ظاهره و جعله اخبارا عن جعل حكم تكليفي ينتزع منه مفهوم يسمى بالحكم الوضعي و يكون مدلولاه عليه باللفظ و بالجملة لا نزاع في تغاير المفهومين من الحكم الوضعي و التكليفي و قابليه كل منهما للدلاله عليه باللفظ و محل النزاع انما هو قابليه الحكم الوضعي للانشاء مستقلا في عالم الجعل و التشريع لا في مقام الاثبات و دلاله اللفظ

[قاعده ما يضمن بصحيحه و عكسها]

[البحث في قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده]

اشاره

قوله (من جزئيات القاعده المعروفه)

لما حكم بثبوت الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد و كان هذا بإطلاقه منافيا للقاعده المعروفه لشمول ما ذكره أولا ما لم يكن مضمونا بصحيحه كالعاريه بل و سائر التملكيات المجائيه اراد تحقيق الكلام في القاعده اصلا و عكسا و بيان مدركها حتى يتبين حقيقه الحال و يرتفع الاجمال

قوله (ان المراد بالعقد اعم من الجائز و اللازم)

و المذكور في اغلب عبارات الفقهاء هو لفظ ما و كلما و يريدون به الكنايه عن المقبوض باعتبار القبض او ما بحكمه من الاستيفاء للعمل و التعبير بالعقد كما في بعض العباثر لانه يوجب الضمان بواسطه ما يترتب عليه من القبض و ما عتر به الاغلب احسن من التعبير بالعقد لوجوه منها ان القبض بنفسه موجب للضمان و سبب له بلا واسطه بخلاف العقد فانه سبب بواسطته و بشرط تحققه و منها ان كلمه ما يشمل العقد و الايقاع بل الاحكام كاللقظه و الشفعه و منها ان العقد انما يكون سببا و لو بالواسطه في الصحيح فقط و اما الفاسد فلا مدخله له في الضمان اصلا

قوله (و المراد بالضمان في الجملتين)

الضمان في اللغه مأخوذ من ضمن المال بكسر العين بمعنى التزم به و في الاصطلاح قد يراد به المعنى المصدرى كما في قاعده الخراج بالضمان خلافا لابي حنيفه حيث حملة على معنى الاسم المصدرى فافتى في قضيه كراء البغله بعدم وجوب شىء على

الرّآكب زائدا على ما تراضيا به و سيأتى تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى و قد يراد به الاسم المصدري و هو الحاصل من الضمان بالمعنى المصدري و الظاهر ان ليس لفظ الضمان فى القاعده أآ بمعناه اللغوى فكان الضامن يجعله الضمان او يجعل الشارع ذلك ملتزم بالمال و متضمّن له و المال مندرج فى ذمته و صائر فى عهده فمعنى الضمان هو تعهد المال فى الذمه و اندراجه فيها و هذا معنى واحد يقتضى آثارا مختلفه حسب اختلاف المقامات و ليست تلك

الأثار جزء من معناه و ليس حقيقه الضمان ما ذكره قدس سره من كون درك المضمون عليه بمعنى كون خسارته و دركه عليه فان كون الغرامه و الخساره على الضامن من لوازم معنى الضمان و كذا كون تلفه في ملكه فيدخل المال في ملكه آنا ما فيكون المضمون به تالفا في ملك الضامن كما احتمله العلامة و تبعه صاحب المقاييس و يعطيه بعض العبائر من قولهم لو تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال البائع و مضمون عليه و عليه يلزم دخول المغصوب في ملك الغاصب فان الضمان في بعض المقامات يقتضى الدخول في الملك آنا ما لدليل خارجي مضافا الى أنه لا معنى لكون الإنسان ضامنا لمال نفسه كما ان الخروج من عهده المضمون به يختلف باختلاف المقامات فقد يقتضى العوض المسمى و قد يقتضى العوض الواقعي و قد يقتضى اقل الامرين و ليس مقتضى الضمان بقول مطلق لزوم تداركه بعوضه الواقعي كما في المتن و لا- العوض المسمى نظير الضمان في العقد الصحيح كما عن جمع من الاعلام فان الضمان في الصحيح و الفاسد بمعنى واحد و هو ما عرفت من التعهد و الاندراج في الذمه و لزوم المسمى في الصحيح أما ثبت بدليل خارج و هو امضاء الشارع الخروج عن التعهد به و ليس لذلك مدخله في معناه حتى يقتضى التفكيك في القاعده في معنى الضمان و مثله الضمان بالعوض الواقعي فانه يستفاد أيضا من دليل خارج و منشأ الضمان في الكل عدم حصول رافعه مع ثبوت مقتضيه بمقتضى اليد كما ان عدمه بحصول الزافع و هو اقدم المتقابضين على المجاتيئه مضافا الى ان الضمان بالمسمى يخرج العقد من فرض الفساد فان عدم الملكيه في الفاسد أما هو لعدم امضاء الشارع جعل المسمى عوضا فكيف يعقل صيرورته عوضا بالتلف و ما ذكره في المتن من أنه يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكة و ان كان عند تلف احدهما يتعين الآخر للعوضيه نظير المعاطاه على القول بالإباحه لا محصل له لظهور الفرق بينهما في الغايه فان المعاطاه تفيد الإباحه و التسليط على وجه صحيح شرعي و اذا تلف احد العوضين و دخل التالف في ملك من بيده آنا ما صار الآخر قهرا عوضا عن التالف و لا تلازم بين عدم الملكيه و الفساد و عدم الملكيه اعم منه و عدم الملكيه فيها ليس لاجل الفساد و هذا بخلاف المقام فان الشارع اذا لم يمض المسمى في المقبوض بالعقد الفاسد و حكم بفساده و كان عدم الملكيه لاجله كيف يمكن صيروره المسمى عوضا بالتلف و لعل قوله فافهم إشاره الى هذا و بالجملة ما يضمن بصحيح العقد او القبض يضمن بفساده أيضا بمعنى واحد و ان اختلف الضمان فيهما بحسب الكيفيه من المسمى في الاول و الواقعي من المثل او القيمه في الثاني

قوله (و اما مجرد كون تلفه في ملكه)

اي كل ما يقتضى صحيحه ان يكون المقبوض لو تلف تلف في ملكه ففساده أيضا كذلك و عليه فالهيه الغير المعوضه الفاسده تدخل في الكليه الايجابيه فان صحيحها عند التلف يقتضى التلف في ملك المتهب ففسادها أيضا

كذلك و على مختار المصنّف يدخل فى العكس كما هو المسلّم عندهم و ان كان التّلف فى ملك المتهب بل عليه يعمّ العقد فى الكليه الايجابيه سائر العقود التمليكيه من المعاوضات و المجائيات و يختصّ فى السلبيه بغير العقود التمليكيه كالعاريه و الاجاره بالنسبه الى العين دون المنفعه و الوديعه و سائر الامانات ممّا لا يكون العقد فيه مملكا و على مختاره ره يختصّ العقد فى الاولى بعقود المعاوضات و يعمّ فى الثانيه سائر العقود التمليكيه من غير المعاوضات من الوقوف و الصّيدقات و غير ذلك من العاريه و نحوها و يكون موافقا لما يظهر من استدلالهم بعدم الضّمان فى العقود المجانيه الفاسده بالكليه السلبيه و يكون الكليتان مطردتين فلا اشكال فى بطلان ان يكون معنى الضّمان كون تلفه فى ملكه و ان عرفت المناقشه فى معناه أيضا فلا تغفل

قوله (فالمتمعن بمقتضى هذه القاعده الضّمان)

يمكن ان يقال لا اشكال فى ذلك مع إرادته العموم باعتبار الصّنف و كان المثالان من باب البيع و الاجاره ألا انّ الظاهر منهما هو إرادته التمليك المجانى كالهبة و نحوها بقريته القيد فان كان الصّحيح منها غير مشروط بلفظ خاصّ او صيغه خاصه كان قول القائل اجرت بشرط ان لا اجره او بعث بلا ثمن هبه صحيحه و ألا كانت هبه فاسده و هى غير مضمونه صحيحه كانت أم فاسده و يؤيد ذلك انّ العوضيه مأخوذه فى حقيقه البيع و ارادته مع عدم العوضيه ممتنعه لأنها من الجمع بين المتضادين ألا ان يقال انه لو اراد إنشاء البيع الشرعى كان محالا- كما ذكرت فلا بدّ من صرفه الى الهبه اما لو اراد التّسليط المجانى بعنوان البيعه ادعاء و كانت الحيثيه الادعائيه تقييديه لا تعليليه انتفى المقيّد بانتفاء جهته التقييديه فلا تملك مجانا حتى يكون هبه فتأمل

قوله (لكنّ الكلام فى معنى القاعده لا فى مدركها)

انّ هذا العجيب فانّ اللّازم كون معناها مطابقا لمدركها و ما ذكروا لها من التّعليل و ليست وارده فى الاخبار حتى يمكن التكلّم فى معناها مستقلا و ما ذكروا لها من التّعليل و هو الاقدام على الضّمان او المجانيه بالتّقريب الآتى مقتضاه عدم الضّمان فيما لو استأجره بشرط عدم الاجره او باع بلا ثمن فانه اقدم على المجانيه لا على المعاوضه و مقتضى التّعليل هو العموم باعتبار الافراد لا باعتبار الانواع و الاصناف و المعنى انّ كلّ عقد صحيح صدر على وجه التّعويض فالفساد منه يوجب الضّمان و ما صدر الاذن فى صحيحه مجانا فالفساد منه لا يوجب الضّمان ففى كلّ شخص من العقود الفاسده لا بدّ من فرضه صحيحا فان كان موجبا للضّمان لكونه من العقود المعاوضيه فالفساد منه أيضا يوجب الضّمان و ان لم يوجب لكونه من العقود المجانيه فالفساد منه أيضا كذلك و بهذا المعنى يطرد القاعده اصلا و عكسا و لا يفتقر الى خروج ما كان موجب الضّمان فى صحيحه هو الشرط دون العقد و لا فرض الوجود بالفعل للصّحيح و الفاسد و يدلّ على هذا المعنى ظاهر كلمه ما و كلّ

فى جميع موارد استعمالتهما فإنه ليس الما فى الافراد فما صدر مجاناً كالهبة الغير المعوضه و الصيلىح فى مقام الابراء فاسده و صحيحه لا يوجبان الضمان و كذلك الاستيجار او البيع بالشروط المذكور فإنه و ان لم يكن لهما فرد صحيح فعلا و لكن لو فرض الفرد بالخصوص صحيحا كان لا يضمن فكذلك الفاسد و ان كان مجىء الفساد من نفس الشرط و هذا أيضا هو مقتضى التعليل و لو اريد العموم باعتبار النوع او الصينف كان اللآزم لو لم يصرفا عن ظاهرهما الضمان فيهما لاقتضاء نوع صحيح الاجاره و البيع او صنفهما ذلك بخلاف إرادته الفرد فإن لازمه عدم الضمان و لو لم يكن له فرد فعلى ثم ان الظاهر من اطلاق كلماتهم عدم الفرق فى الفاسد بين كون الفساد من جهه نفس العقد او فوات ما يعتبر فى المتعاقدين منهما او من احدهما او فى العوضين كذلك او فوات نفس العوض على اشكال فيه و سواء كان المتعاقدان عالمين بالفساد او جاهلين به او كان احدهما عالما و الاخر جاهلا

[فى بيان مدرک القاعده]

قوله (اللهمّ الا ان يستدلّ على الضمان فيها بما دلّ)

فانّ المسلم محترم فى نفسه و عرضه و ماله و حرمة ماله كحرمة دمه و عمله محترم أيضا بالضرورة من الدين و يدلّ عليه الكتاب و السنّه و اجماع المسلمين و عدم الضمان فى العقود الفاسده المضمونه فى صحيحها بالعوض منافع للاحترام المجعول شرعا فى مال المسلم بعد ان كان التعاطى بين المتعاقدين على تبادل مال بمال فانّ غايه ما اوجب فساد العقد عدم سلامه المسمّى لا سقوط احترام ماله و هذا بخلاف ما اذا كان القبض مجاناً بان يكون التملك للغير تبرّعا او تسليطه على الانتفاع له بما او تنزيله منزله نفسه فى اعماله كذلك فانّ عدم الضمان ح لا ينافى دليل الاحترام

فان قيل انّ مدلول دليل الاحترام هو حرمة اخذ مال المسلم من دون اذن منه و الاستيلاء عليه قهرا و مزاحمته فى ماله و اين هذا من الحكم الوضعى الذى هو محلّ الكلام و هو الضمان بعد التلّف

قيل لا اشكال فى انّ المدلول هو حرمة المزاحمه حدوثا و بقاء و يجب الرّفْع بعد الحدوث و مع بقاء العين رفع المزاحمه انما هو برّد العين و بعد تلفها يصدق عرفا ردّها بتأديه بدلها الواقعى من المثل او قيمه

فان قيل الضروره قضت بوجوب احترام ماله و حرمة مزاحمته فيه و لا مال بعد التلّف حتى يجب احترامه و يحرم مزاحمته

قيل لّمّا حرم المزاحمه حدوثا و بقاء يرى العرف عدم رفع الحادث بالتدارك مع قدره عليه بقاء لها

قوله (ثمّ انه لا يبعد ان يكون مراد الشيخ و من تبعه)

هذا هو الصواب الذى لا محيص عنه فانّ عموم على اليد ما اخذت يقتضى الضمان فى جميع ما يدخل تحت اليد و لكنّ الشّأن فى انّ الاقدام على المجايبه يكون مانعا عن ذلك فتسلّم العين و المنفعه اللذين تسلّمهما الشّخص ان كان مجاناً و تبرّعا فلا

يقضى احترامهما بتداركهما بالعوض فأنهما اقدا على العقد

بدون الضمان و ان كان على وجه العوضيه يقتضى احترامهما بتداركهما بالعوض فأنهما اقدما على العقد كذلك فيضمن و من هنا يعلم أنه يشترط فى مجرى دليل الاقدام امور ثلاثة الاول ان يكون مقبوضا بالعقد فأن غيره لم يكن مشمولاً لدليل اليد الثانى ان يكون الاقدام على وجه المجانيه او العوضيه بنفس العقد لا ما اذا كان التسليط المجانى او جعل الضمان على القابض بشرط خارجى الثالث ان يكون المسلط عليه هو المصب للعقد بحيث كان مورداً له لا ما كان مصب العقد شيئاً و حكم الشارع فيما هو خارج عنه بتبعيته له و بما ذكرنا يظهر عدم تماميه النقوض المتقدمه اما الاول و هو أنهما أنما اقدما و تراضيا بالعقد الفاسد على ضمان خاص لا الضمان بالمثل و القيمه يقال ان المراد بالضمان فى القاعده هو الضمان الواقعى اى المثل او القيمه فى الصحيح و الفاسد لان الكلام فى المقبوض بالعقد الفاسد و الضمان بعد القبض هو ذلك فى جميع الموارد و يدللك على ذلك كلام الشهدى فى س من ان بالقبض ينتقل الضمان لو لم يكن خيار بيان ذلك ان كلاً من العوضين قبل القبض مضمون بالضمان المعاوضى و هو المسمى فلو تلف احدهما رجع الباقي الى مالكة لا أنه يبقى على ملك من انتقل إليه و يجب عليه اداء قيمته الى مالكة و اما بعد القبض فلو لم يكن خيار ينتقل الضمان و ليس الغرض من انتقاله ان المنتقل إليه ضامن لما انتقل إليه بل الغرض أنه لو انفسخ العقد قهراً او اقبل يرجع قيمه التالف الى ملك من انتقل عنه فاذا تلف المبيع عند المشتري و لم يكن له خيار و اقال البيع و ارجع الثمن الى ملكه يحكم بوجود رد القيمه الى البائع لان معنى انتقال ضمان المبيع عن عهده البائع الى المشتري و جوب دفع القيمه لو تلف فى يده و الحاصل ان الضمان قبل القبض أنما هو بالمسمى و الضمان بعد القبض هو المثل او القيمه و الضمان فى القاعده هو الضمان بعد القبض لان الكلام فى المقبوض و ليس دليل ضمان المثل او القيمه هو الاقدام بل هو عموم على اليد مع عدم تحقق المانع من الاقدام على وجه المجانيه و اما الثانى و هو أنه قد يكون الاقدام موجوداً و لا ضمان كما قبل القبض فلان الاستدلال بالاقدام أنما هو لبيان عدم المانع عما يقتضيه اليد و المبيع قبل القبض لم يتحقق فيه مقتضى الضمان لعدم دخوله تحت اليد و اما الثالث و هو أنه قد لا يكون اقدام فى العقد الفاسد مع تحقق الضمان كما اذا شرط فى عقد البيع ضمان المبيع على البائع اذا تلف فى يد المشتري فلمنع عدم الاقدام على الضمان و ذلك لان الضمان قد تعلق فى اصل المعامله بالعوض و أنما كان شرط ضمان المبيع على البائع و عدم اقدام المشتري على الضمان و تدارك الخساره الوارده عليه بشرط خارج عنها فالاقدام على الضمان موجود اذا المفروض أنه باع بالثمن غايه الامر أنه شرط فى ضمن العقد شرطاً فاسداً و هو أنه لو تلف عند المشتري كان ضمانه على غيره و من الواضح أنه غير الاقدام على المجانيه فى اصل العقد و اما الرابع و هو ما اذا قال بعتك بلا ثمن او اجرتك بلا اجره

فقد مرّ الكلام فيه و له تتمه لعلها يأتي إن شاء الله تعالى و أما الخامس و هو أنّ مورد اليد مختصّ بالاعيان فلا يشمل المنافع و الاعمال المضمونه فى الاجاره الفاسده فاعلم أولاً أنّه يشترط فى ضمان الاعمال المذكوره امور ثلاثه الاول ان لا يكون سبب الفساد كون العمل ممّا لا يرجع نفعه الى المستاجر كما لو استأجر احدا ليصلّى ما هو الواجب على نفسه فإنّ فى ذلك لم يضمن المستاجر شيئاً و مثله ما لو استأجره للسّبق و الرّمايه الثّانى ان لا يكون العامل مبتدأ بالعمل اى بلا تحقّق عقد اجاره و لا صدور امر من المستأجر الثّالث ان لا يكون العامل قاصدا للتبرّع فاذا تحقّق العقد المعاوضى و عمل الاجير وفاء لا تبرّعا لا اشكال فى الضّمان ثمّ انّ المنافع على قسمين الاول منفعه الاموال و الثّانى عمل الحرّ و الاول على قسمين قسم يستوفيه المستأجر بنفسه كسكنى الدّار و الرّكوب على الدّابه و قسم يستوفيه المالك و المستاجر كما لو اجر الدابّه للحمل و باشره بنفسه بحمل المتاع عليها و التوجّه الى حيث ما امره و القسم الاول و هو المنفعه الّتى يستوفيه المستاجر بنفسه فالظاهر دخوله فى القاعده و شمول اليد له نعم دخول المنافع تحت اليد أنّما هو بتبع العين فإنّها و ان لم تدخل تحت اليد مستقلاً و فى عرض الاعيان لكنّها تدخل فى طولها و بتبعها و لا- وجه لتخصيص ما الموصول بخصوص الاعيان و اما القسمان الآخران و هو المنافع الّتى باشر فى استيفائها المالك و عمل الحرّ فلا- يشملهما حديث اليد و لكن دليل الضّمان لا ينحصر بها و قاعده الاتلاف و ما دلّ على حرمة مال المسلم و عمله كاف فى الاقتضاء و اما صدق عنوان القبض المأخوذ فى القاعده فهو غير مختصّ بدخول المنفعه تحت اليد بل القبض المعنون فى العقد الفاسد عباره عمّا هو فى سائر المقامات و هو مجرد التّخليه و عدم منع المالك من التصرّف فاذا تحقّق مقتضى الضّمان و هو القبض المعترف فى جميع العقود و هو التّخليه لأنّ القبض فى كلّ بحسبه و لم يتحقّق ما يرفعه من الاقدام و التّسليط المجّانى اثر المقتضى اثره من غير فرق بين المنافع و الاعيان و اما السّادس و هو مسئلة السّبق فى المسابقه الفاسده فهو خارج عن القاعده رأساً بمقتضى الشّروط الاول فإنّ السّبق و الرّمايه لا يدخلان تحت اليد و لا يكونان مقبوضين بل هما خارجان عن باب العقود المعاوضيه لعدم رجوع نفع الى الشّارط و لذا يفسدان لو وقعا بعنوان الاجاره و هما مراهنتان شرعيتان ليس فيهما قبض و لا تسليط حتّى يضمن بفاسده ما يضمن بصحيحه هذا و ممّا ذكرنا تعلم أيضا عدم الاشكال على اطّراد القاعده فى البيع فاسدا بالنّسبه الى المنافع الّتى لم يستوفها فإنّه خارج عن القاعده بمقتضى الشّروط الثّالث لأنّ مورد العقد و مصبّه فيه هو العين لا المنافع و استحقاق المشتري للمنافع بالحكم الشّرعى الدالّ على تبعيتها لمورد العقد فلو قيل بضمانها فى الفاسد كان بدليل اخر خارج عن القاعده و الحاصل أنّ دليل الاقدام فى كلامهم يرجع الى وجود المقتضى للضّمان و هو اليد و عدم المانع من الاقدام على وجه المجّائيه و عدم الاقدام كذلك

و ان كان كافيا فى عدم المانع الا انّ الواقع فى المقبوض بالمعاوضه لما كان هو الاقدام لا على وجه المجانيه و كان هذا اكد فى عدم المانع عبروا عن عدم المانع بالاقدام ثمّ انه قد ظهر ممّا اوضحناه انّ الباء فى بصحيحه و بفساده اما بمعنى فى و اما للسببيه و انّ القبض هو السبب للضمان مع عدم الزافع و هو الاقدام على وجه المجانيه و انّ العقد منشأ للقبض و انه لا فرق فى ضمان الصّحيح و الفاسد و لا فى المنافع و الاعيان فانّ القبض فى كلّ بحسبه

[و أما عكسها، و هو: أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده]

قوله (و اما عكسها و هو انّ ما لا يضمن بصحيحه)

و المدرك فى عدم الضمان هنا اما فى صحيحه فعموم ما دلّ على انّ من لم يضمنه المالك سواء ملكه اياه بلا عوض كما فى الهبه او سلطه على العين مجاناً للانتفاع بها فهو غير ضامن كما فى الوديعة و العاربه و الاجاره و الشارح قد امضى ذلك و اما فى فاسده فما ذكر من الملاك لعدم الضمان فى صحيحه من تسليط المالك للقبض بلا عوض يجرى فى فاسده أيضا بل فى الهبه يمكن ان يقال انّ عدم الضمان فى موارد الاستيمان مع عدم تمليك العين يقتضى ذلك فى اقباضه بقصد التمليك المجانى بطريق اولى

قوله (ثمّ انّ مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستاجر)

اعلم انه لما كانت العين فى الاجاره من حيث دخولها تحت اليد على اقسام ثلاثه الاول ما لا يمكن تحصيل المنفعه الا بدخولها تحت اليد كسكنى الدار و اجاره الدابه للركوب الثانى ما يكون تحصيل المنفعه بالنسبه الى دخول العين تحت اليد لا اقتضاء كاجاره الدابه او السفينه للحمل فانّ المنفعه تستوفى تاره بدخول العين تحت اليد و اخرى بعدمه الثالث ما لا يمكن فيه دخول العين تحت اليد كعمل الحرّ و اجاره منافعه وقع النزاع فى انّ مصبّ عقد الاجاره هل هو العين او المنفعه فذهب بعض كصاحب الرياض الى الثانى و يلزمه صحه شرط ضمان العين على المستاجر لانّ شرطه لا يكون منافيا لمقتضى العقد فانّ العقد غير متعرّض لها و عليه فضمن العين فى الاجاره الفاسده ليس فيه نقض على قاعده ما يضمن لما عرفت من انها مخصوصه لبيان حكم مورد العقد و المفروض انّ العين على هذا القول خارجه عنه و يكون عدم ضمانها فى الصّحيح لاجل انها امانه مالكيه و شرعيه نظير الحمل فى البيع الصّحيح و ضمانها فى الفاسد لانّ يد القابض عليها يكون كالغصب يد من غير استحقاق فيضمن و عللوا ما ذهبوا إليه من كون مصبّ العقد هو المنفعه بانّ الاجاره لا بدّ و ان تكون حقيقه واحده ساريه فى جميع مواردّها و كونها كذلك لا- يجتمع مع تعلقها بالعين لانّ العين لا- يمكن دخولها تحت اليد فى اجاره الحرّ و يكون الاجاره لا اقتضاء فى اجاره الدابه للحمل فلا- بدّ من الالتزام بان يكون المتعلّق و المصبّ هو نفس المنفعه فى جميع الموارد لكى لا- يلزم التفكيك فى المتعلّق و ذهب بعض كالعالمه الى الاول و عليه فلا- ضمان فى صحيح الاجاره و فاسدها بالنسبه الى العين و عللوا ذلك بانّ الاجاره تتعلّق بالعين و انّ الاجاره اضافه خاصه

حاصله من العقد توجب تاره تملك المنفعة و اخرى تملك الانتفاع و المنفعة عباره عن امر وحدانى اعتبارى عقلائى و الانتفاع عباره عن امر تدريجى الحصول بتعاقب الآتات فهو كنفس الزمان ينصرم فى كل ان و يتحصّل له وجود آخر و لاجل هذا يستحقّ الاجره فى مورد تملك المنفعة تماما بمجرد القبض و يستحقّها انا فانا فى تملك الانتفاع و ما كان من قبيل سكنى الدار كان من تملك المنفعة و ما كان من قبيل عمل الحرّ كان من تملك الانتفاع و ما كان من قبيل عمل الدابّه فان كانت الاجاره على نحو يلزمها كون العين فى يد المستاجر كان من تملك المنفعة و الّا كانت من تملك الانتفاع و ليس المنفعة و الانتفاع الّا امرين اعتباريين و الجامع بينهما على نحو الاشتراك المعنوى امر واحد و هو ما يقابل العين مثلا و يوجد هما حقيقه واحده و هى اجاره العين ليستوفى منها احدهما فالاجاره اضافه خاصّه و حقيقه واحده تتعلّق بالعين و هى اى الاجاره قدر جامع بين ما يقتضى دخول العين تحت اليد و ما لا يقتضيه و مصبّ العقد فى الصورتين هى العين و اجاره الدار معناها ان يكون الدار تحت اليد و اجاره الحرّ معناها كون عمله مستحقّا للغير و يدلك على هذا عدم صحّه اجراء الصّيغه متعلّقه بالمنفعه او الانتفاع كان يقول اجرت سكنى الدار او اجرت عملى و على هذا القول يكون العقد متعرّضا لعدم الضمان بالنسبه الى العين فيما يقتضى دخولها تحت اليد و تكون من قبيل العين المرهونه و كون المستاجر مستحقّا لوقوعها تحت اليد بإزاء اجرتة و هى الضمان بالمسمى ينافى ان يكون ضامنا لها بغيره أيضا لاستحاله تعلّق ضمانين بشىء واحد و هذا من دون فرق بين الصحيح و الفاسد لأنّ التسليط على العين جار فى الفاسد أيضا و قد دخل على عدم الضمان بهذا التسليط و لو لا ذلك لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن لأنّ استيلائه بغير حقّ و هو باطل و اذا اقتضى نفس العقد عدم الضمان لم يصحّ شرط الضمان و اما فيما يكون العقد لا اقتضاء كاجاره الدابّه للحمل فلا ينافى ذلك شرط الضمان على المستاجر و كذا على الاجير كمن دفعه المستاجر الثوب للخياطه او الصّيغ فانّ الاجاره و ان تعلقت بالعين و لكنّ الاجره انما تكون فى مقابل العمل لا فى مقابل كون العين فى يده و الفرق بين ما يقتضى العقد دخولها تحت اليد و ما يكون لا اقتضاء فى صحّه الضمان و عدمه انما هو فى صوره الشرط و اما اطلاق العقد فمقتضاه عدم الضمان مطا فى الاول فواضح فانّ شرط الضمان مناف لمقتضى العقد فكيف بالإطلاق و اما فى الثانى فلانّ شرطه و ان لم يكن منافيا لكنّه مناف لاطلاقه فانّ عدم الشرط مع التسليط على العين يقتضى بحسب العرف و العاده ان تكون العين امانه من دون فرق بين الاموال و الاعمال و انك بعد الاحاطه بما ذكرنا تعلم انّ النزاع فى الضمان و عدمه فى المسأله صغروى و لا نقض على القاعده على كلا القولين اما

على القول الثانی فلخروج العين عن مصب العقد و قد علم فيما مرّ أنّ القاعدة تجرى فيما هو مصب العقد و يدخل في متعلقه اصله كنفس المبيع في البيع او تبعا كاللبن و الصوف و السمين بخلاف مثل الحمل و اللبن المحلوب و لا يجرى في غيره و اما على القول الاول فواضح لان مقتضى اطلاق العقد عدم الضمان مط في صحيحه و فاسده و كانت الاجاره مما يقتضى دخول العين تحت اليد أم لا ثم لا يخفى ان اللّازم بناء على القول الاول و ما ذكرنا من الفرق بين اجاره ما يقتضى دخوله تحت اليد فلا يصح شرط الضمان و ما لا يقتضى ذلك فيصح الشرط هو ثبوت الضمان مع الدخول بشرط الضمان مط اما فيما يصح شرطه فظاهر و اما فيما لا يصح فلاّنه و ان كان الشرط فاسدا لمنافاته لمقتضى العقد و لكن يلزم من فساد الشرط فساد العقد و اذا فسد العقد لم يستحق المستاجر لدخول العين تحت يده و لم يكن يده عليها امانه و لم يدخلها على عدم الضمان

قوله (و الاقوى عدم الضمان)

وجه الاقوائيه ما سيذكره عن قريب بقوله قلت ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها الخ و هو موافق لما فصلناه آنفا

قوله (و منها الصيد الذي استعاره المحرم)

اعلم أنّ من احرم و معه صيد وجب عليه ارساله و هل يزول ملكه عنه بالاحرام المشهور على ذلك و هو احوط و الاقوى العدم لعدم دليل صالح عليه و الاستصحاب يقتضى خلافه و تظهر الفائدة فيما لو جنى عليه جان فعلى المشهور لا ضمان بخلاف المختار و فيما لو ارسله المحرم و اخذه اخذ في الحلّ فانه يملكه الاخذ على المشهور بخلاف المختار و لو مات حتف انفه فضلا عما لو اتلفه قبل ارساله الممكن له لزمه الفداء لله تعالى و لا يجوز للمحرم قبض الصيد من البائع او الواهب و نحوهما فان قبض و تلف في يده فعليه الجزاء لله تعالى و قيمه للمالك البائع و نحوه لكونه مقبوضا بالبيع الفاسد و الظاهر انه لا قيمه عليه للواهب لانه اباحه فلا- يضمن اذا تلف و لو قبضه من المعير و نحوه ففيه قولان الاول وجوب الارسال تغليا للاحرام و الثاني الرد الى المالك او وليه تقدما لحقه و هو الاقوى و احوط الفداء لله تع فان فيه جمعا بين الحقيين و ما في حاشيه بعض الفضلاء الاعلام ره تقريراً من انه يمكن استفاده خروج الصيد عن ملك مالكة من مسئلة من احرم و معه صيد فانهم اتفقوا على ان الصيد الذي معه يخرج عن ملكه و يجب عليه ارساله و ان لم يفعل فمات يجب عليه الفداء و خروج ما معه عن ملكه و ان لم يلزم خروج ملك غيره لو استعار منه الاّ انه يمكن ان يستفاد من مجموع ما ورد في باب الاحرام ان كلّ ما وقع من الصيد تحت يده و ان كان ملك غيره يخرج عن المملوكيه ه يرده عدم دليل صالح لذلك في المقيس عليه و لم نجد في مجموع ما ورد في باب الاحرام ما يدل على ذلك اذا علمت هذا فالجواب أولا ان النقص مبنى على القول بوجوب الارسال و الغرامه للمالك و اما على القول بوجوب رده الى المالك و الفداء لله تع فلا وجه للنقض اصلا و ثانيا بما ذكره المصنّف من انه مبنى أيضا

على الضمان مط و لو بالتلف قبل الارسال و هو ممنوع و حكمهم بالضمان هنا للاتلاف المنبعث عن وجوب الارسال و هو من اسباب الضمان مط فى صحيح العاربه و فاسدها فالكلام منهم مسوق لبيان حكم الاتلاف بالارسال دون التلف دفعا لما يتوهم من عدم الضمان مط و لو بالارسال معللا بان المالك لما اقدم بهذه العاربه الواجب على المستعير اتلافها فهى تالفه عليه و عليه فلا نقض أيضا لعدم الضمان مع التلف لكونها عاربه فاسده و صحيحها غير مضمون و الضمان مع الاتلاف بالارسال و صحيحها مضمون بالاتلاف

فان قيل ان على ما ذكرتم من كون الضمان من جهه الاتلاف فاللغزم هو الفرق بين صورتى جهل المعير و علمه و الحكم بالضمان فى صورته جهله بان المستعير محرم لقاعده الاتلاف دون صورته علمه بذلك لان المعير ح هو المقدم على الاتلاف

قيل لو لم يكن بين السبب و الاثر المترتب عليه فعل اختيارى من غير موجد السبب توسط بينهما تم الفرق المذكور لنسبه الفعل الى السبب فى صورته العلم و أميا اذا توسط بينهما فعل اختيارى كذلك فلا فرق لان الفعل فى صورته العلم منسوب الى المباشر أيضا و المقام من هذا القبيل فان اعاره المعير سبب و اخذ المستعير واسطه و الاثر يستند إليه فانه لو لم يأخذ و ان امره المالك الف مره لم يترتب عليه الأثر الا ان يقال ليس المقام من باب السبب و المباشر و ليس الغرض تشخيص استناد الفعل الى احدهما بل الغرض هو دعوى عدم الضمان فى صورته علم المعير من حيث الاقدام و انه دخل على عدم الضمان فت و لا يخفى ان بناء على خروج الصييد عن ملك المعير لا نقض أيضا لان عدم الضمان فى الصحيح من حيث كونه عاربه و صحيحها غير مضمون و الضمان فى الفاسد من حيث خروجه عن العاربه لخروجه عن ملك مالكة بمجرد اخذه و لا يصدق عليه ح عنوان العاربه و سبب الضمان يكون هو الاتلاف و الحاصل انه على القول بخروج الصييد عن ملك المعير بمجرد قبض المستعير يخرج عن عنوان العاربه و ان قلنا ببقائه على الملك فان قلنا بوجوب الارسال كان الضمان من حيث قاعده الاتلاف لا التلف و ان قلنا بوجوب رده الى المالك فلا شىء على المستعير سوى الفديه و لا نقض على كل حال و قد يقال فى توجيه الضمان مط بدعوى انتقال القيمة الى ذمه المحرم بمجرد اخذه له من المحلل و ان كان عاربه لوجوب الاتلاف عليه اما بخروجه عن ملك مالكة بذلك فتكون القيمة ح بدلا عن العين و ان لم يملكها المحرم او بدلا عن الحيلولة مع بقائها على ملك صاحبها مط او الى زمان الارسال لان الممتنع شرعا كالممتنع عاده و ان جاز للمحل صيده بعد الارسال على التقديرين او بدعوى كونها مضمونه عليه مط و لو بالتلف من دون انتقال القيمة بمعنى كونه فى عهده لانه اقدم على ما هو فى عرضه الاتلاف فبقبض المستعير يثبت الضمان عليه بالتلف او الاتلاف و هو كما ترى خال عن الوجه ثم ان الشهيد فى لك

ناقش في فساد عاريه الصّيد الذي استعاره المحرم مع عدم الشبهه في حرمتها بعدم الملازمه بين حرمة المعامله و فسادها كما أنّه ناقش أيضا من جهه أنّ صحيح العاريه لا يضمن في الضمان على تقديري صحّح العاريه و فسادها اما على تقدير الصحّح فواضح لأنّ صحيح العاريه لا يضمن و اما على تقدير الفساد فلاّ صحّحها لا يضمن و يجاب بأنّ الحرمة تجتمع مع الصحّح لو لم يتعلّق النهى بجهه المعامله و أما اذا تعلّق بها كالتّهي عن العاريه فلا يجتمع مع الصحّح

قوله (بالنسبه الى المنافع التي لم يستوفها)

و فيه أنّ الكلام في ما هو مصبّ العقد و مورده و هو نفس العين و المنافع خارجه عنه و لم يجعل بإزائها شىء من الثمن و الثماء غير ملحوظ فيه انتقاله بالعقد من المالك الأوّل حتّى يصحّ اتّصافه بكونه مضمونا او غير مضمون في العقد الصّحيح و ان شئت قلت أنّ جعل القاعده لبيان الرّافع من الضمان اصلا و عكسا لا لبيان ما يقتضى الضمان و الحكم بضمانيها في الفاسد بسبب الاتلاف و عدم الضمان في الصّحيح لكونها من نماء ملك المشتري ثمّ أنّهم قد اختلفوا في ضمان المنافع المستوفاه في البيع الصّحيح و على القول بعدم ضمانها يتوهم النقص على القاعده أيضا و الجواب ما عرفت

قوله (نقض القاعده أيضا بحمل المبيع فاسدا

اعلم أولا- أنّ التّوابع من حيث دخولها في المبيع عرفا و خروجها عنه كذلك على اقسام ثلاثه الأوّل ما هو من الكيفيات و لا يمكن انفكاكه عن المبيع كالسمن في الشاه المبيعه و الثّاني ما يكون المبيع بالنسبه إليه لا اقتضاء فيدخل حيث يشترط الدّخول و يخرج حيث يشترط الخروج كالصّوف و اللّبن و لا- يبعد ان يكون مقتضى ظاهر الاطلاق و عدم الاشرط في هذا القسم هو الدّخول الا ان يشترط الخروج و الثّالث ما يكون خارجا عن المبيع الا مع شرط الدّخول كالحمل و ثانيا أنّ وجه الفرق عند القائل به هو أنّه لو لم يشترط دخول الحمل في المبيع كما هو المفروض كان امانه مالكيه و شرعيّه في العقد الصّحيح لأنّ العقد وقع على الحامل دون الحمل و ليس من التّوابع التي تدخل في المبيع و حيث كان امانه و غير داخل في المبيع لم يتحقّق ما يوجب ضمانه و اما في الفاسد فحيث أنّ الشّارع لم يرض العقد لا يكون الحمل ح امانه و مقتضى قاعده اليد ضمانه لعدم تحقّق رافع الضمان و ان كان نفس المبيع مضمونا عليه بالمسمّى في الصّحيح و بالقيمه في الفاسد و ليس الحمل مصبّا للعقد حتّى يكون التفصيل بالنسبه إليه نقضا للقاعده فالضمان و عدمه في المسأله يدور مدار الامانه و عدمها لا صحّح العقد و فساده لأنّ الحمل كما عرفت خارج عن مصبّه و بالجمله القاعده وضعت لبيان رافع الضمان و في صحيح العقد حيث كان امانه تحقّق الرّافع فلا ضمان و في فاسد حيث لم يكن امانه لم يتحقّق الرّافع فيضمن و ثلثا أنّ الاقوى عدم الضمان في الحمل في فاسد البيع مثل صحيحه لكونه امانه مالكيه بيده في صحيح البيع و فاسده و سيصرّح المصنّف

فى جواب الاشكال الآتى بما هذا لفظه قلت ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفسادها و هى عموم ما دلّ على أنّ من لم يضمّنه المالك الى قوله فالدليل المخصّص لقاعده الضمان عموم ما دلّ على أنّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن بل ليس لك ان تتهمه انتهى و قول الشيخ بالضمان فيه كما عن المبسوط مبنى على اصله من دخول الحمل فى المبيع كالجزم و قول المحقق بذلك فى الشرائع منزّل على الدخول بالشرط كما فى لك

فان قيل كيف يكون امانه فى فاسده مع ان الاذن من المالك فى الفاسد انما هو من جهة اعتقاد كون المبيع مستحقاً للمشتري فالاذن مقيد بجهه الاستحقاق و مع انتفاء القيد ينتفى المقيد فلا اذن فى البيع الفاسد حتى يكون امانه

قيل ان اعتقاد الاستحقاق من حيثيه كون المقبوض امانه مالكيه ليس من مشخصات الموضوع لانه جهه تعليليه لا تقيديّه و لا مانع من شمول ادله الامانات بعمومها للمقام و ستعلم ان نهى الشارع عن المعامله الفاسده لا يرفع جميع الآثار بل انما يرفع جواز التصرف و لزوم العقد و ما يترتب عليه شرعا ثم ان هذا كله فيما لم يشترط دخول الحمل فى المبيع و الا فيحكم بالضمان فى صحيحه و فاسده

قوله (على ما صرح به فى ط و يع)

فانهم صرحوا بالضمان فعن المبسوط من غضب جاريه حاملا ضمنها و حملها معا و ولد المشتراه شراء فاسدا مثل ذلك و فى الشرائع و غضب الامه الحامل غضب لولدها لثبوت يده عليها و كذا يضمن حمل الامه المبتاعه بالبيع الفاسد و المقبوضه على وجه السوم لان يده على الام و الولد معا

قوله (فلا اولويه)

يمكن ان يكون مراد الشيخ ره فى ط من كلمه كيف الاولويه بالتقريب المذكور فى المتن و يمكن ان يكون المراد منها التعجب فقط دون الاولويه بان الصيحيح و الفاسد مشتركان فى عدم عله الضمان او عله عدمه و حكم الشارع بإلغاء العقد فى الفاسد لا تأثير له فيما هو عله للضمان و ما هو السبب لعدمه فى الصيحيح جار فى الفاسد أيضا فان عله الضمان اما اقدام المالك او حكم الشارع به و كما انهما منتفیان فى الصيحيح منتفیان فى الفاسد أيضا فاذا كانت العين فى صحيح الاجاره مثلا غير مضمونه فكونها فى فاسدها مضمونه مع اشتراكهما فى العله محلّ التعجب ثم انه لا بأس بالتنبيه على امور الاول انه قد يتخيل النقض أيضا فى موارد اخر الاول النقض على الاصل بالبيع من الصبي و المجنون و السفيفه المحجور عليه لو تلف المبيع فى يده مع كون القبض باذن البائع فانهم حكموا بفساد البيع و عدم تحقّق الضمان عليهم فالبيع هنا غير مضمون مع كون صحيحه مضمونا و النقض على العكس فى هبتهم و عاريتهم فان الاصحاب حكموا بالضمان على المتّهب و المستعير مع ان صحيح الهبه و العاربه غير مضمون و فيه ان ذلك خارج عن القاعده فان الكلام فى المقبوض بالعقد الفاسد و ما انشأه هؤلاء ليس بعقد اصلا و المراد من الاقدام فى العقد او العهد هو الاقدام التام المؤثر و مع عدم الاهليه للعهد يكون الاقدام كالعدم تكوينيا

و الحكم فى الضمان من جهة ضعف المباشـر و قوّه السبب و هو المشتري الذى دفع المال إليهم او المتّهب و المستعير الذى اخذه عنهم فالمقام خارج عن المعاهده و الضمان على السبب القوي لا على المباشـر الضعيف الثانى النقض على العكس فى تلف الاوصاف و الشـروط فانّ صحيح العقد لا يقتضى ضمانها لعدم جعل العوض فى مقابلها و قد حكموا بضمانها فى الفاسد كما لو زال وصف الكتابه و فيه أنّه و لو لم يجعل للوصف او الشـرط قسط من الثمن فى الصّحيح لكنّ لما كان سببا لمزيد قيمه يحكم بضمانه فلو تلف نفس المبيع او احدهما قبل القبض لم يضمن و لو تلف بعده بان تلف العبد الكاتب بيد المشتري ثمّ انفسخ العقد بموجب قهرى او اختيارى او اقاله فلا اشكال فى الضمان الواقعى اى ضمان قيمه العبد الكاتب بوصف الكتابه كما فى الفاسد و لو زال عند المشتري وصف الكتابه فأنّه يلزمه ضمان قيمه وصف الكتابه كما فى المقبوض بالعقد الفاسد بلا تفاوت اصلا و كذا الشـرط فلو اشترى الثوب من مالـكه بعشره دراهم و شرط الخياطه على المالك و تلف الثوب بعد القبض و انفسخ العقد يلزم المشتري اداء قيمه الثوب المخيط من دون فرق بين صحيح العقد و فاسده و لو سلّم عدم الضمان فى الصّحيح فلا نقض أيضا لأنّ الكلام فى القاعده أنّما هو فيما كان مصبّا للعقد و المفروض أنّه نفس العين و الاوصاف و الشـرائط خارجتان عنه و لم يجعل بإزائها شىء من الثمن الثالث أيضا على العكس بعامل القراض اذا اخذ المال قراضا و كان عاجزا عنه مع جهل المالك به بناء على فساد المضاربه ح كما فى الجواهر و هو الاقوى فإنّهم حكموا بضمان المال عليه مط او على التفصيل المذكور فى محلّه مع أنّها مضاربه و صحيحها غير مضمون و فيه أنّ الضمان فى مفروض المسأله أنّما هو بسبب التعدى بوضع يده على المال على الوجه الغير المأذون فيه و لذا قال بالضمان أيضا من هو قائل بصحّه المضاربه كما فى لك و غيرها و لا تنافى بين الضمان و صحّه المضاربه كما لو عيّن المالك جهه خاصّه و خالفها العامل فانّ المضاربه صحيحه و الرّبح بينهما على الشـرط مع كون المال مضمونا عليه بالتعدى الرّابع أيضا فى بيع ما لا يصحّ الانتفاع به و ما لا يعدّ من الاموال كالحشرات بناء على ما تقدّم من كون معنى القاعده أنّ كلّ شخص من العقود يضمن به لو فرض صحيحا يضمن به لو كان فاسدا فانّ فرض صحّته يلازم مجرّائته لانه دفع للثمن بإزاء ما لا ينتفع به و لا يعدّ ما لا فيكون كالهبة و التسليط المجانى و لا ضمان مع أنّ فى فاسده يحكمون بالضمان و اما بناء على ما اختاره المصنّف غفر له فى معنى القاعده فلا نقض لأنّ صحيحه يكون من البيع أيضا و البيع ممّا يضمن بصحّحه و فاسده و فيه أنّ فرض صحّته على المعنى المتقدّم ليس جعله هبه و تسليطا مجانيا بل أنّما هو بفرضه ممّا يعدّ مالا- و يمكن الانتفاع به و ليس الصحّحه فى الفرض كالصحّحه فى بعثك بلا ثمن حيث أنّه يكون من الهبه بيان الفرق أنّ ثمه لم يجعل بإزاء المبيع شيئا بخلاف المقام فأنّه إنشاء العقد المعاوضى و جعل كلّ من العوضين بإزاء الاخر غايه الامر يكون احد العوضين ما لا يعدّ ما لا فلا نقض

الخامس التّقص على الاصل بالتّكاح دواما و انقطاعا الفاسد فانّ الزّوج لا يضمن مهر المثل اذا دخل بها جاهلا بفساد العقد و كانت الزّوجه عالمه به مع أنّ الصّحيح منه يوجب الضّمان بالمسمّى و أنّما جعلنا مورد التّقص صورته الدّخول مع عدم الضّمان و المهر مع فساد العقد فى صورته عدم الدّخول أيضا لأنّ مجرى القاعده كما تقدّم أنّما هو فى المقبوض و ما لو تسلّم العوض و فيه أنّ الفرض خارج عن القاعده لأنّ مجريها أنّما هو فى ضمان اليد و العقود المعاوضيّة لا- فى الضمان مط و لو بجعل من المتعاقدين من غير عنوان المعاوضه كما عرفت الاشاره إليه آنفا فى تقرير التّقص من أنّها تجرى فى المقبوض و يؤيّد ذلك أنّ لفظ العقد لم يذكر الّا فى عبارته التّذكيره و المذكور فى عبارات الاصحاب هو ما او كلّما و قد تقدّم أنّ القاعده لبيان الرّافع عن الضّمان اصلا و عكسا لا لبيان ما يوجب الضّمان و يقتضيه مع أنّ عدم الضّمان فى الفرض لدليل خارجيّ و هو عدم الاحترام شرعا لبضع من علمت بفساد العقد لكونها بغيا و ذلك لا ينافى اقتضاء العقد له و لذا لو كانت جاهله بفساد العقد كان لها المهر و الضّمان على الزّوج السّادس أيضا فى الخلع فانّ صحيحه يضمن به بمعنى أنّ الزّوجه تضمن الفديه المسّماه للزّوج و فاسده لا يضمن لأنّه غير موجب لبذلها بنفسها و لا لبذل بدلها قال العلّامة فى محكّي القواعد و لو خالعتها و الاخلاق ملثمته لم يصحّ الخلع و لم يملك الفديه و لو طلقها ح بعوض لم يملكه و وقع رجعيّاه و مثله غيره و فيه أنّ ذلك خارج أيضا عن مجرى القاعده و ان عمّمها المصنّف ره فيما مضى فى معنى الفاظها بالتّسبه الى التّكاح و الخلع السّابع أيضا على الاصل ببيع الغاصب مال الغير فأنّه لا يضمن الثّمّن للمشتري عند الكلّ او الجلّ مع أنّ صحيح البيع يوجب الضّمان و فيه أولا أنّه عقد صحيح فضوليّ موقوف على اجازة المالك و لو أمضاه اثر اثره فلا يصحّ ان يقال أنّه عقد فاسد و ثانيا أنّ الغاصب بايع مال الغير بمال الغير فليس هو الطّرف فى العقد حقيقه و الطّرف كذلك هو المالك فانّ المشتري دفع الثّمّن فى مقابل المبيع و المفروض أنّه للمالك و الكاف فى قوله اشترت منك خطاب مع المالك حقيقه و تعهّد الغاصب ليس على وجه الضّمان بعنوان العقد المعاوضيّ لما عرفت من تعهّده مال الغير بمال الغير و ذلك ليس اقداما على الضّمان فى المعاوضه و لا اشكال فى أنّ المالك الّذى عرفت أنّه الطّرف ضامن للثّمّن لو اجاز العقد فمن هو طرف فى العقد ضامن و من ليس بضامن لا يكون طرفا فلا نقض الثّامن التّقص على العكس فى استعاره العين المغصوبه من الغاصب فانّهم حكموا بلا خلاف بضمان المستعير للعين و المنفعه و قرار الضّمان عليه لو تلفت فى يده مع علمه بالغصب مع أنّ العاربه الصّحيحه غير مضمونه و امّا مع جهله فان رجع المالك عليه بالعين و ما استوفاه من المنفعه رجع بهما على المعير الغاصب و يكون قرار الضّمان عليه فلا نقض و فيه أنّ قواعد العاربه و احكامها و كذا العناوين الّتى تكون مثلها كالوديعة أنّما تجرى فيما كانت العين مقبوضه من المالك و كذا قاعده ما يضمن

و ما لا يضمن أنما تجرى فيما كان كذلك و المفروض خارج عنها و لو سلم مع القطع بالخلاف شمول القاعده لما يستعار من الغاصب فوجه الفرق بين صورتى علم المستعير و جهله أنه لعلمه بالغصب اقدم على الضمان فإن الشارع قد حكم بضمان العاربه المغصوبه فى صوره علم المستعير كما حكم به فى صوره الاشتراط و فى الذهب و الفضة و قد علم فيما سبق أن العموم فى عنوان قاعده ما يضمن ليس باعتبار النوع ليكون افراده مثل البيع و الاجاره و العاربه بقول مطلق بل اما ان يكون باعتبار الصنف كما اختاره المصنف قدس سره فيشترط فى المقيس و المقيس عليه من عقدى الصحيح و الفاسد ان يكونا متحدين صنفا بمعنى ان يكون صنف واحد له فردان صحيح و فاسد و يقاس الفرد الفاسد بالصحيح من ذلك الصنف فى الضمان و عدمه كعاربه الذهب و الفضة او المشروطه حيث يقاس فاسدهما بصحيح الصنف فى الضمان لا بغيرهما من صنوف العوارى التى لا ضمان فيها و لو اخذ العموم باعتبار الصنف فالاقوى أنه لا يعتبر وجود فرد صحيح لذلك الصنف و دعوى ظهور الفاظ القاعده فى إرادته ذلك ممنوعه بل يكفى اخذ وجود الصيحيح فرضيا بمعنى أن كل صنف من العقد لو فرض صحيحا اقتضى الضمان يقتضى فاسده الضمان أيضا و هكذا فى طرف العكس و اما ان يكون باعتبار الشخص كما قويناه و عليه فعدم النقص فى صورته الفرض اوضح الثانى اختلفوا فى أن قول القائل اجرتك بلا اجره او بعثك بلا ثمن هل يقتضى الضمان أم لا و على القول بعدم الضمان قد يعد ذلك من النقوض على اصل القاعده و قد مرّ بعض الكلام فى ذلك و يتبغى توضيح المرام بما يكشف نقاب الابهام عن وجوه المقال فى المقام و من الله التوفيق و به الاعتصام قال فى الشرائع و كل موضع يبطل فيه عقد الاجاره يجب فيه اجره المثل و قد استثنى الشهيد ره فى محكي حواشيه من الكليه المذكوره ما اذا كان فساد الاجاره بواسطه اشتراط عدم الاجره كما اذا قال اجرتك بلا اجره او عدم ذكر الاجره كما اذا قال اجرتك فيحكم بعدم الضمان فى الصورتين من حيث اقدام المالك او العامل على بذل المال و العمل مجانا و من المعلوم أن ادله الضمانات لا يشمل الفرض و قد استحسنته المحقق و الشهيد الثانى فى صدك و لك و صاحب ض لكنّ الاوّل فصل فى ذلك بين العمل و المنفعه فحكم بصحته فى الاوّل دون الثانى حيث قال فى محكي صد بعد ما حكى الاستثناء من الشهيد أنه صحيح فى العمل لا فى مثل سكنى الدار التى يستوفىها المستأجر بنفسه فإن اشتراط عدم العوض أنما كان فى العقد الفاسد الذى لا اثر لما تضمنه من التراضى فحقه وجوب اجره المثل و مثله ما لو باعه على ان لا ثمن له و امّا لو كان مورد الاجاره منفعه الاجير فيعمل بنفسه مع فسادها فوجه عدم استحقاقه شيئا ظاهرا لأنه متبرع بالعمل و هو المباشر لاتلاف المنفعه و الثانى فصل فى ذلك بين صورته اشتراط عدم الاجره و صورته عدم ذكر الاجره فحكم بالصحة فى الاوّل دون الثانى و دفع ما عرفته من المحقق الثانى فى لك بما حاصله أن مرجعه فى مثل سكنى الدار الى العاربه و ان عبر عنها بلفظ الاجاره لأن التصريح بعدم الاجره اقوى من الظهور المستفاد من

لفظ الاجاره و النص مقدّم على الظاهر فيحكم بأنها عاريه اذ هي لا تنحصر في لفظ بل يكفي فيها كلّ ما دلّ على التبرّع بالمنفعه مضافا الى اعتضاد ذلك باصل البراءه ثم اعترض على ما ذكره المحقق الثاني اخيرا بأنه قد لا يكون متبرّعا كما لو امره المستاجر فان مقتضى الفساد عدم تأثير ما وقع من اللفظ و ح فلا يتحقّق التبرّع الا مع عمل الاجير من غير سؤال و الا فينبغي مع عدم ذكر الاجره القول بثبوت اجره المثل كما هو شأن الأمر لغيره بعمل من غير عقد ثم قال فان قلت اى فائده في تسميه هذا عقدا فاسدا مع ثبوت هذه الاحكام و اقامته مقام العاريه قلت فساده بالنسبه الى الاجاره بمعنى عدم ترتّب احكامها اللّازمه لصحيح عقدها كوجوب العمل على الاجير و نحوه لا مطلق الاثره و فى الجواهر بعد ما حكى عن ثانى المحققين و الشّهيدين ما عرفت ما هذا لفظه قلت هذا كما يرد عليه يرد على الشّهيد أيضا الّذى قد استحسن كلامه أولا فانّ مدركه ذلك بل هو اولى به منه لظهور كلام الكركى فى اشتراط عدم الاجره فوجود الامر ح و عدمه على حدّ سواء لا فيما اذا لم يذكر اجره بخلاف كلام الشّهيد مع أنّه يمكن دفعه عنه أيضا أولا- بانّ محلّ كلامه العمل من حيث العقد ففرض الامر خروج عن البحث و ثانيا بانّ الامر بالعمل من حيث العقد لا يجدى اذ هو ح من توابع العقد الفاسد الّذى فرض عدم الاجره فيه لو اوقع العقد بعنوان أنّه مقتضاه بل قد يناقش فى دفعه الاول مع أنّه لا يتمّ فيما لم يذكر الاجره بانّ محلّ البحث ما علم قصد الاجاره منه و لو للجهل بانّ العوض من مقوماتها او للابداع او لغير ذلك لا ما اذا ذكر ذلك و لم يعلم قصده مع أنّ تنزيله على العاريه على هذا الفرض ليس باولى من حمله على التجوّز باستعمال لفظ الاجاره الموضوع لتمليك المنفعه بعوض فى تملكها بغير عوض و يكون عقدا فاسدا او غير ذلك ممّا هو محتمل و اصل الصّحّه و ان نفى احتمال إرادته الفاسد لكنّ الصّحيح غير منحصر فى العاريه و مع فرضه و قلنا بالحمل عليها للاصل المزبور لا- يحمل عليه كلام الشّهيد ضروره ارادته الاستثناء من كليته الاصحاب المزبوره و لا يتمّ الا بجعله عقدا اجاره فاسده لا عاريه كما هو واضح ه اذا تمهّد ما اردنا نقله فاعلم أولا انّ قول القائل بعتك بلا ثمن و اجرتك بلا اجره يحتمل خمسّه معان احدها ان يكون المراد من البيع هو التّملك مجانا فيكون منه كما حكى عن ثانى المحققين فى كتاب البيع و من الثانيه العاريه كما ذكره ثانى الشّهيدين باستعمال اللفظ الموضوع للمبادله الحقيقيه المأخوذه فى حقيقتها العوضيه على وجه التملك سواء كان موضوعا لخصوص مبادله العين بغيره عينا او منفعه كما فى لفظ البيع او موضوعا لخصوص مبادله المنفعه بغيرها عينا او منفعه كما فى الاجاره فى غير ما وضع له و هو التّملك مجانا فى الاول و إباحه التصرفات و الانتفاعات فى الثاني بقريه قوله بلا- ثمن و بلا- اجره الظّاهرين فى كون اصل المنشأ بلا عوض و لا اشكال ح فى عدم الضّمان سواء قلنا بكون الهبه و العاريه الواقعتان بلفظ

البيع و الاجاره صحيحتان لأنهما من العقود الجائزه و لم يستشكلوا فى الاكتفاء فيها بكل لفظ او قلنا بفسادهما فان صحيحهما لا يقتضى الضمان فكذلك فاسدهما ثانيها ان يكون المراد من بعثك بلا ثمن تمليك العين مجاناً و من اجرتك بلا اجره تمليك المنفعه مجاناً و لا اشكال ح فى عدم الضمان أيضاً مط سواء كان هبه صحيحه أم فاسده ثالثها ان يكون المراد من كل منهما التملك مع العوض و يكون المراد من قوله بلا ثمن و بلا اجره عدم العوض المسمى و المعين فى ضمن العقد لا مطلق العوض و هذا المسمى بالنسبه الى قوله بلا اجره و ان كان بعيداً الا أنه بالنسبه الى قوله بلا ثمن ليس بذلك البعيد حيث ان الثمن ظاهر فى العوض الماخوذ فى العقد لا- فى مطلق القيمه و لا اشكال ح فى الضمان رابعها ان يكون المراد من كل منهما التملك مع العوض أيضاً و يكون المراد من قوله بلا- ثمن و بلا- اجره اسقاطهما و الالتزام بالتجاوز و عدم استحقاقهما من المشتري و المستأجر و هذا هو محل الاشكال فى ان مقتضاه عدم الضمان أو لا و المشهور الضمان و الاقرب العدم أما وجه الضمان فهو قولهم كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده بناء على جعل عموم القاعده اصلاً و عكساً باعتبار الصنف و فعلية الفرد الصحيح لا فرضه فان عقد الاجاره صحيحه يقتضى الضمان ففساده أيضاً كذلك و أما وجه العدم فهو ما ذكره مدركا للضمان فى الفاسد و هو الاقدام على الضمان فى التصرف من غير المالك سواء جعل الضمان من مقتضيات الاقدام عليه و جعل التصرف شرطاً فيه او جعل الضمان من مقتضيات التصرف و اليد و جعل الاقدام على الضمان مانعاً من المانع و هو الاقدام على عدم الضمان هذا مضافاً الى نفس التبانى على دخول المال فى ملك غير المالك بلا عوض فان اليد المؤتمنه اذا لم تقتض الضمان فاليد المقرونه بالاذن فى الاتلاف لا- تقتضيه بالاولويه القطعيه و على هذا فلياً كان المفروض اقدام المالك على تمليك المستأجر بعقد الاجاره مع عدم الاجره كان مقتضاه عدم الضمان كما ان مقتضاه الضمان فى عكس المسأله و هو شرط الضمان فيما لا يقتضيه الصحيح من العقد و قد تقدم الكلام فى ذلك فى مسئله اشتراط ضمان العين المستأجره فان مقتضى عكس القاعده و ان كان هو عدم الضمان على بعض التقادير المتقدمه من حيث ان صحيح الاجاره ح كان غير مقتض لضمان العين المستأجره الا ان مقتضى ما ذكره مدركاله و هو الاقدام على عدم الضمان و الاذن فى التصرف مجاناً كان غير جار بالنسبه إليه و كان مقتضى ما جعل مدركا للاصل هو الحكم بالضمان

فان قلت ان نهى الشارع عن الاقدام المذكور من حيث كونه عقداً فاسداً عنده يجعل الاقدام على المجانيه لغواً و مقتضى القواعد و عموم ما دل على سببته اليد و الاتلاف هو الضمان و المفروض عدم المانع أيضاً بحكم الشارع فالوجه هو الضمان فى المقام و عدمه فى عكس المسأله كما عليه المشهور

قلت ان بنى على ان نهى الشارع يرفع جميع الآثار حتى ما يترتب من الاحكام الوضعيه على طيب نفس المالك و اذنه

فالألزام هو الحكم بالضمان في جميع العقود الفاسده التي لا يقتضى صحاحها ذلك كالعاريه والهبة والمضاربه والوديعة والمساقات ونحوها من حيث أنّ وجه عدم الضمان فيها هو الاتيان والاقدام على عدم الضمان في صحاحها وفاسدتها و اذا بنى على أنّ فساد العقد والمعاهده عند الشارع يوجب لغويّه اذن المالك مطلقا لزم الحكم بالضمان في الفاسده منها بمقتضى القواعد والعمومات المذكوره كما حكى الالتزام به عن بعض المتأخرين كالمحقق الاردبيلي ره وان بنى على أنّ نهى الشارع لا يرفع الا جواز التصرف ولزوم العقد وما يترتب عليه شرعا من حيث صحه العقد بمعنى كون العقد الصحيح موضوعا له كانتقال كلّ من العوضين في ضمن العقد الى الاخر ونحو ذلك كما هو الظاهر فاللزام الحكم بعدم الضمان في المقام لعدم اقتضاء النهى رفع تأثير الاذن والاقدام بالضمان في عكسه ولكن لا يخفى أنّ النقض على القاعده بناء على عدم الضمان أنّما هو لو كان عمومها باعتبار الصنف واما بناء على المختار من كونه باعتبار الشخص فلا نقض على تقدير إرادته هذا الوجه وخامسها ان يكون المراد منهما هو البيع الشرعى والعرفى والاجاره كذلك ولو للجهل بأنّ العوض من مقوماتها او للابداع تشريعا او لغير ذلك كما ذكره في الجواهر بالنسبه الى مثال الاجاره ولا اشكال ح في عدم الضمان وليس فيه نقض على القاعده وان اراد البيع والاجاره لانه ان كان العموم في القاعده باعتبار الصنف فهو أنّما يكون كذلك في الصحيح والفاسد ممّا يسمّى اجاره شرعا وعرفا لا فيما قصده القائل ولو لم يصدق عليه مسمّى العقد الكذائى شرعا او عرفا فما قصده خارج عن البيع والاجاره بصحيحهما وفاسدهما وان كان العموم فيها باعتبار الشخص فواضح لأنّ هذا القصد الواقع لو فرض صحيحا لم يكن فيه ضمان ولا اشكال بحسب الظاهر في أنّ مراد الشهيد من الاستثناء هو الاحتمال الرابع لوجوه الاوّل استثناءه الفرض من الاجارات الفاسده ومن الواضح أنّ حمل الاستثناء على المتصل اولى من حمله على المنقطع والحمل على العاريه ونحوها يستلزم حمل الاستثناء على المنقطع وهو خلاف الظاهر الثانى تصريحه في مقام الاستثناء بما اذا كان فساد الاجاره بواسطه اشتراط عدم الاجره الثالث أنّه استثنى من كليه قول المحقق وكلّ موضع يبطل فيه عقد الاجاره يجب فيه اجره المثل مثاليين وسوى بينهما في الحكم ومن الواضح عدم صحه الحمل على العاريه ونحوها في المثال الثانى وهو قول القائل اجرتك من دون ذكر الاجره ومجرد لزوم اللغويّه والفساد لو لم يحمل الثانى أيضا على العاريه لا يوجب رفع اليد عن ظهور اللفظ الرابع دليله المحكّي عنه فإنّ الظاهر منه عدم فرضه الكلام في العاريه ونحوها والا لاقتضى نحو اخر في الاستدلال وكان عليه الاستدلال بمثل الشهيد الثانى الا ان يقال أنّ غايه ما تدلّ عليه الجهات المذكوره هي كون المثاليين من الاجاره الفاسده واما كون المراد من القيد هو اسقاط الاجره والالتزام بالتجاوز عنه فلا دلالة في كلامه عليه فلعله اراد من الاستثناء صورته شرط

عدم الاجره لا سقوطها و كان فساد الاجاره عنده من حيث الشرط المذكور المنافي لمقتضى العقد و بالجمله الظاهر ان مراد الشهيد من الاستثناء هو صورته إرادته عقد الاجاره و ليس مراده ما ذكره الشهيد الثاني كما ان فرضه الامر بالعمل من المستأجر فى اجاره الاعمال فى رد المحقق الثاني لا اشكال فى عدم وروده عليه كما عرفته فى كلام صاحب الجواهر من ان محل كلامه انما هو العمل بمقتضى عقد الاجاره و فرض الامر خروج عن محل كلامه كما ان ما ذكره من الاعتضاد باصل البراءه لا وجه له أيضا و ليس مراده أيضا ثالث الاحتمالات لما عرفت من ان إرادته عدم العوض المسمى من هذه الجملة بعيده جدا فى نفسها مضافا الى ان استدلاله المحكى على عدم الضمان و هو اقدم المالك او العامل على بذل المال و العمل مجانا صريح فى إرادته عدم الاجره رأسا لا خصوص المسمى و ذلك واضح فلا وجه لحمل الاستثناء فى كلامه على هذا الوجه اصلا و مع الغض عن ظهور كلامه فى إرادته ما ذكرنا فلا يبعد حمله على خامس الاحتمالات كما فى الجواهر خصوصا الوجه الثاني و هو إرادته عقد الاجاره بطريق الابداع و التشريع و اعلم ثانيا ان ما ذكرنا هو حكم القضيتين بعد تشخيص المراد منهما و لو لم يعلم ذلك يقع الكلام فى ظهورهما فى اى من الوجوه المتقدمه و اصله الصحه لا مدخلية لها فى ظواهر الالفاظ المتبعه فى كشفها عن المراد و الظاهر هو الحمل على الوجه الثاني و قد مر فى بعض الحواشى السابقه لا يق لو سلمنا صحه إنشاء العناوين بالمجازات فلا نسلم صحته بامثال هذه الالفاظ التى تناقض القرينه فيها صريحا مع ذى القرينه و الا لم يتحقق مصداق للعقد الفاسد اذ كلما فرض فيه الفساد فهو اما من جهه عدم ذكر العوض او اشتراط ما يخالف السنه او نحو ذلك من الشروط الفاسده و امكن ادراجه فى عقد صحيح اخر فانه يق مع التصريح بإرادته عدم العوضيه يكون إرادته العقد المعاوضى من الجمع بين المتضادين و هو محال فلا بد من صرف لفظ بعث و اجرت بحملهما على ما لا ينافى المجائيه كالبه و نحوها و اين هذا من الحمل على عقد من دون جهه الا امكان ادراجه و لهم محامل اخر منها حمل القضيتين على البيع الفاسد و الاجاره الفاسده و يستدل له بانه إنشاء ما هو صريح فى عنوان البيع و الاجاره و تعقيبه بما ينافى صحتهما يوجب الفساد و الشرط فاسد و مفسد اما فساد الشرط فلكونه منافيا لمقتضى العقد لان البيع و الاجاره من عقود المعاوضات المأخوذه فى ذاتها المعاوضه و اشتراط عدم العوض مناف لذواتها و اما كونه مفسدا فلان التحقيق وفاقا لجمع من الاساطين هو فساد العقد بفساد الشرط اذا كان منافيا لمقتضاه و ان لم نقل بالتلازم بينهما فى جميع المقامات ثم بناء عليه اختلفوا فى الضمان و عدمه بما تقدم من كون عموم القاعده باعتبار الصنف فهما داخلان فى الاصل او الشخص فهما داخلان فى العكس لان البيع و الاجاره بلا عوض لو فرض صحيحا كان الاقدام مجانا فلا ضمان و الجواب أنك حفظت شيئا و غابت عنك اشياء و ذلك لأن خصوص

صيغته لانشاء ليس عقدا بيعيًا فأن العقد هو المتحصّل من المجموع و المتحصّل منه فى المقام ليس بيعا لأن البيع تبادل مال بمال و تمليك مع العوض و مثله الاجاره و الفاسد منهما لا بدّ و ان يفرض فيما كان الاختلال من غير جهة راجعه الى حقيقتهما و منها حمل البيع بلا- ثمن على الهبه الصحيحه لأنّ التسليط على العين مجّانا ليس ألّا هبه و الاجاره بلا اجره على العاربه الصحيحه ان كانت متعلّقه بمنفعه الاموال و على التبرّع فى العمل ان كانت متعلّقه بمنفعه الاجير لأنّ التسليط على منفعه المال او ايجاد العمل مجّانا ليس ألّا عاربه او تبرّعا فى العمل و منها حملهما على ما ذكر مع كونهما هبه و عاربه فاسدتين و الحكم بالفساد من حيث عدم ايجاد العنوانين بالصّيغه الخاصّه لهما و منها حمل البيع بلا ثمن على البيع الفاسد و ثبوت الضّمان و التفصيل فى الاجاره بلا اجره بحمل الاجاره فى الاموال على الاجاره الفاسده و ثبوت الضّمان و الاجاره فى الاعمال على التبرّع و عدم الضّمان و ذهب الى هذا التفصيل صاحب المقاصد كما تقدّم نقله و فيه أوّلا ما تقدّم من ضروره صرف لفظ بعت و اجرت الى ما لا ينافى ذيل الكلام من التصريح بإرادته عدم العوضيه و ثانيا ما تقدّم أيضا من أنّ نهى الشّارع و الحكم بفساد العقد لا يرفع جميع الآثار حتّى ما يترتب على طيب نفس المالك و اذنه فكما أنّ المباشر هو المقدم لاتلاف منفعته فكذلك البائع و الموجز فى اجاره الاموال قد اقدم على التّمليك مجّانا و ثالثا أنّ المباشر فى اجاره الاعمال لم يقدم على العمل ألّا بناء على الوفاء بالمعامله و لم يقدم عليه ابتداء من دون عقد و لا- امر معامليّ فاذا قلنا بالضّمان فى اجاره الاموال فلا بدّ من القول به فى اجاره الاعمال و منها عدم دخولهما فى عناوين العقود المعهوده اصلا لا الفاسده و لا الصّحيحه و يستدلّ له بأنّ المنشئ بعد ما نقض انشائه بالتقييد بعدم العوض فقد ابطل ما انشائه و صار كأنّه لم يصدر منه عقد فتندرج المسألتان فى قاعده اليد و مقتضاها الضّمان ثمّ قد علم من ذلك كلّ ان لا نقض على القاعده على جميع الوجوه و الاقوال من المحامل المذكوره لأنّ القول بالضّمان اما ان يكون من جهة اليد و قاعده الاتلاف و خروج المثالين عن القاعده اصلا و عكسا و اما من جهة دخولهما فى الاصل حيث أنّ صحيح البيع و الاجاره يوجبان ضمان المبيع و المنافع فكذلك الفاسد منهما و القول بعدم الضّمان من جهة دخولهما فى العكس فإنّ صحيح الهبه و العاربه لا- يوجبان الضّمان فكذلك الفاسد منهما او من جهة حملهما على البيع و الاجاره الفاسدين و جعل العموم فى القاعده باعتبار الشّخص لا الصّنف و من فضل بين البيع بلا ثمن و الاجاره فى الاموال و قال بالضّمان فيهما و الاجاره فى الاعمال و قال بعدم الضّمان فيه فهو من جهة دخول الاولين فى البيع و الاجاره الفاسدين فيدخلان فى الاصل و دخول الاخير فى التبرّع و خروجه عن القاعده رأسا نعم بناء على الوجه الزّابع من الوجوه المتقدّمه أوّلا فى تشخيص المراد بان علم

كون مراد المتعاملين في كل من المثالين هو التملك مع العوض بعنوان عقد البيع او الاجاره و يكون المراد من قول الموجب بلا ثمن و بلا اجره اسقاطهما و عدم استحقاقهما من المشتري و المستاجر و القول بعدم الضمان و جعل عموم القاعده باعتبار الصنف يجرى النقض على الاصل و لكن الشأن كما عرفت هو كون العموم باعتبار الشخص و يكون معنى القاعده ان كل عقد لا يضمن به على فرض صحته لا يضمن به مع فساد و شخص هذا البيع و الاجاره لو فرض صحتهما لا ضمان فيهما فلا ضمان في فاسدهما و لا وجه لاختد العموم باعتبار النوع او الصنف لان القاعده وضعت لبيان اشخاص العقود التي يفرض وقوعها في الخارج و بناء عليه فلا نقض لدخول المثالين ح في العكس الثالث قد ظهر ان بناء على كون عموم القاعده مأخوذا باعتبار الشخص كانت تامه بحسب الاصل و العكس و اما بناء على اعتبار الصنف فتخلفها في بعض الموارد انما كان لدليل خاص و ذلك لا ينافي تأسيس الاصحاب لها و جعلها ضابطه لما لم يقم دليل على خلافها من موارد الشك و تكون كالعالم المخصص و ليست قاعده عقليه حتى تاتي عن التخصيص هذا مضافا الى عدم نقض معلوم متفق عليه و كانت النقوض المذكوره جاريه على بعض التقادير و الاقوال الرابع قد يق ان قاعده ما يضمن يشمل بحسب الاصل صورته علم البائع بالفساد مع جهل المشتري و الحال ان مقتضى قاعده الغرور فيها عدم الضمان و سقوط احترام ماله و الجواب انهم يلتزمون بالضمان فيها جريا على طبق القاعده و ذلك من جهه ان دخول المشتري و اقدمه ليس مسببا عن علم البائع بالفساد و غروره بل السبب جهله و تقصيره في تعلم الاحكام الشرعيه الخامس قد يقال ان فساد العقد المعاوضي اذا كان من جهه اللفظ فالغايه عدم الاعتبار بالعقد الواقع لفساده و لكن القبض و الاقباض الواقعين بعده يدخلان المعامله في المعاطاه و تكون معاطاه صحيحه و اللزام ح هو الضمان بالمسمى مع انهم يجرون عليه حكم القاعده بحسب الاصل و يعدونه من المعامله الفاسده و يحكمون بضمان البديل الواقعي و الجواب ان الايجاب و القبول المتضمن لانشاء التملك و التملك و قصدهما لا اشكال في اعتبارهما في المعامله و الفرق بين العقد و المعاطاه هو حصولهما باللفظ في الاول و يكون القبض و الاقباض ح من الآثار المترتبه على المنشأ و حصولهما بالفعل اي بنفس القبض و الاقباض في الثاني و في العقد الفاسد يكون الانشاء و القصد به لا بالقبض الواقع عقبيه و عليه فما قصد به التملك لم يقع و ما وقع من القبض لم يقصد به التملك فليس عقدا صحيحا و لا معاطاه بل الواقع انما هو عقد فاسد و لا يكون الضمان ح بالمسمى بل بالبديل الواقعي من المثل او قيمه

قوله (عموم ما دل على ان من استأمنه المالك على ملكه)

ليس الغرض من الاستيمان المالكى هو الاستنابه في الحفظ فانها منحصره بالوديعه بل الغرض منه هو التسليط الناشى عن الرضا و الاذن العقدي فاليد مأذونه لا عدوانيته و ستعرف ان الاذن العقدي في مقام التسليط حيثه تعليقه

[الثانى من الأمور المتفرّعه على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد، وجوب ردّه فوراً إلى المالك.]

قوله (الثانى من الامور المتفرّعه على عدم تملك المقبوض)

قد قدّمنا الكلام فى الحكم التّكليفى فى صدر المبحث و عرفت أنّ جواز التصرّف فرع الملكيه و مقتضى الفساد هو عدم الملكيه و ذلك يقتضى حرمه التصرّف فى مال الغير و توهم أنّ الاذن المالكى الذى كان فى ضمن العقد كاف فى جواز التصرّف فى غير محلّه لأنّ الاذن الذى يرفع حرمه التصرّف هو الاذن بتصرّف القابض فيما هو ملك للدافع و المفروض عدم حدوث اذن كذلك من المالك قبل العقد الفاسد او بعده و الاذن الضّمنى الحاصل بسبب العقد قد حكم الشارع بفساده و قد كان من المالك بعنوان العقد الواقع فى ضمنه و امّا التّسليط الواقع عقيب العقد فقد كان من باب الوفاء بالمعامله جهلا او تشريعا فى صوره العلم بالفساد لا بعنوان التّملك البدوى حتّى يكون متضمّنا للاذن فى التصرّف

فان قلت أنّ حرمه التصرّف فى الكليه الايجابيه لا اشكال فيه و امّا حرمة فى الكليه السلبيه فلا وجه لها لأنّ التّسليط مجانا اذا كان مؤثرا فى رفع الضّمان و الحكم الوضعى فهو رافع أيضا لحرمة التصرّف و الحكم التّكليفى

قلت عدم الضّمان فى الفساد من العقد الذى يقتضى صحيحه عدم الضّمان لو كان من جهه تأثير العقد الفاسد فى مقتضاه كتأثير الهبه الفاسده فى ملكيه المتهب لكان ملازما لجواز التصرّف و امّا لو كان من جهه التّسليط على المال مجانا و اقدام المالك على ذلك من دون ضمان فلا وجه لجواز التصرّف و لا ملازمه بين تأثير التّسليط فى رفع الضّمان و تأثيره فى الجواز لأنّ المفروض عدم اقتران التّسليط الواقع بعد العقد باذن جديد و قد كان التّسليط مبثبا على الوفاء بالعقد جهلا او تشريعا و قد عرفت أنّ الاذن العقدى قد كان من المالك مقيدا بعنوان العقد الواقع و العنوان العقدى قد كان جهه تقييديه للاذن الواقع فى ضمنه و قد حكم الشارع بفساده و لا ينافى ذلك كون العقد المتضمّن للاذن جهه تعليليه للتّسليط الواقع بعده و الحاصل أنّ مقتضى التّسليط المذكور فى العقد الفاسد هو أنّ العين لو تلفت من دون تفريط لا يضمنها القابض و اين هذا من جواز تصرّفه فيها مع فرض عدم ملكيته لها و بقائها على ملك الدافع فلا مانع من شمول الاخبار الدالّه على حرمه التصرّف فى مال الغير الا باذنه و طيب نفسه للمقبوض بالعقد الفاسد و لو كان ممّا لم يضمن

قوله (الا ان يقيّد بغيرها بادلّه نفى الضرر)

التّحقيق أنّ مئونه الردّ على القابض لوجوب ما لا يتم الواجب الا به سواء كان المالك و القابض فى بلد القبض بلا- نقل من القابض للمبيع او مع نقل منه الى بلد اخر او كان المالك منتقلا الى بلد اخر و الواجب هو الردّ الى بلد القبض حتّى فى الأخير لا الردّ الى ما انتقل إليه المالك لامكان الردّ الى بلد القبض بالتّسليم الى وكيله لو كان و الا فالى الحاكم لا يق لو افتقر الردّ الى مئونه كثيره

فمقتضى قاعده لا ضرر عدم وجوب مئونه الردّ على القابض لأنه يق ادله نفي الضرر حاكمه على ما لا يقتضى فى طبعه الضرر و الحكم الشرعى بوجوب الردّ ممّا يقتضى فى طبعه الضرر فهو حاكم عليها و مخصّص لها لحكومته كلّ حكم مجعول فى موضوع يقتضى فى طبعه مقدارا من الضرر عليها نعم لا بأس بالتمسك بادله نفي الضرر فيما لو احتاج الردّ الى مئونه زائده عن المتعارف بحيث يصدق عليه الاجحاف و يمكن القول بالفرق فى صورته الاجحاف بين علم القابض بالفساد و جهله فيحكم بعدم الضمان و عدم وجوب الردّ اذا استلزم مئونه زائده على ما يقتضيه الردّ بطبعه فى الثانى و بالضمان و وجوب الردّ فى الاول لأنّ مع علم القابض كان هو المقدم على الضرر على نفسه

[الثالث أنه لو كان للعين المبتاعه منفعه استوفاه المشتري قبل الردّ، كان عليه عوضها على المشهور]

قوله الثالث أنه لو كان للعين المبتاعه منفعه)

منافع العين المبتاعه بالعقد الفاسد متلفه أمر تالفه اى استوفاه المشتري أم لم يستوف مضمونه و حيث كان ضمان المستوفاه منها اظهر من غيرها قدّم الكلام فيها و ما يق من عدم صدق المال على المنفعه فلا وجه للاستدلال بعموم قوله (ع) لا يحلّ مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه لا وجه له فانّ المال عباره عن امر اعتبارى عقلائى يبذل بإزائه و هذا المعنى اعمّ من المنافع و الاعيان و لذا يجعل المنافع ثمنًا فى البيع و صداقا فى التّكاح هذا مضافا الى عموم قاعدتى اليد و الاتلاف و قد استدلل المخالف فى الوسيه بالنبوى المرسل المتلقّى بالقبول بين الاصحاب و لا بدّ أولا من بيان معنى الزّوايه و الظاهر أنّ المراد من الخراج المنافع كما يق خراج الأرض للإمام (ع) و الباء للسببيه او المقابله و المراد من الضّمان اما الحاصل من المصدر و هو كون المال فى عهده الضّمان سواء كان بجعل منه او من الشّارع كجعله عهده مال المغصوب على الغاصب و اما المعنى المصدري و هو جعل الضّمان و المعنى ح انّ تملك المنافع و استحقاقها بسبب التعهّد بالعين و تعهّد ضمانها سبب لاستحقاق المنافع و على الثانى اما ان تكون السببيه من الطرفين اى كما انّ جعل الضّمان يكون سببا لكون المنافع له يكون قصد تملك المنافع سببا لجعل الضّمان فكون المنافع له سبب لجعل الضّمان و جعل الضّمان سبب لكون المنافع له و اما من طرف واحد و هو الضّمان فالمعنى جعل الضّمان سبب لان تكون المنافع له ساكتا عن الدّلاله على انّ قصد تملك المنافع أيضا سبب للضّمان أم لا و الظاهر من الزّوايه بمناسبه الحكم و الموضوع إرادته المعنى المصدري لانّ كون المنفعه بإزاء الضّمان أنّما يناسب المقابله للضّمان الجعلى لا القهرى كما فى قضيه من عليه الغرم فله الغنم و هذا من المرتكزات التى لا تقبل الخدشه و التّرييد و التّقبل بتعهّد شىء يلزمه كون منافعه له و لاجل ذلك كان فتوى ابي حنيفه المطابق لمعنى الاسم المصدري سببا لمنع السّيماء مطرها و حبس الارض بركتها و من هنا يعلم انّ المناسب أيضا هو المعنى الاول من المعنى المصدري لأنه المناسب لجعل الضّمان بحسب الارتكاز فانّ الضّمان اذا كان سببا

لان تكون الخراج له فقصد تملك المنفعة أيضا سبب للضمان و هذا المعنى مستنبط من اخبار كثيره متفرقه مثل قوله (ع) فى مقام الاستشهاد على كون منفعه المبيع فى زمان الخيار للمشتري ألا ترى أنها لو احترقت كانت من مال المشتري فانّ الاستفادة من كلامه (ع) هو أنّ كون المنافع له أنّما هو بإزاء تلف المبيع فى ملكه فالتزام كون المبيع تالفا فى ملكه يناسب ان يكون بإزاء ما قصد من تملك المنافع و على ما بيّننا ينحصر مفاد الروايه بالضمان فى العقود الصّحيحه من البيع و نحوه و لا ينتقض مفادها بالعاريه المضمونه فانّ الالتزام فيها خارج عن معناها لأنّ الالتزام فى العاريه ليس بإزاء تملك المنافع بان يكون قصد تملك المنافع سببا للالتزامه و لعلّ الامر بالتأمل مضافا الى ما ستعرفه إشاره الى ما ذكرنا هنا و الحاصل أنّ الظاهر من الروايه هو أنّ جعل الضمان سبب لان تكون المنافع له بإزاء جعل ضمانه و قصد تملك المنافع أيضا سبب لجعل الضمان مع عدم منع الشارع اذا تمهيد هذا فالجواب عن ابن حمزه ره أنّه ان اختار المعنى الاسم المصدري و وافق أبا حنيفه فهو خلاف ظاهر الروايه و ان اختار المعنى المصدري فالضمان المبحوث عنه فى المقام ليس ممّا تقبله المشتري بإزاء تملك المنافع مع امضاء الشارع لأنّ الضمان المجعول و ان كان من قبل المشتري لكنّ الشارع منع عنه و لذلك لم يكن مؤثرا فى تملك المنافع لا يق أنّ الالفاظ موضوعه للمعاني النفس الامرّيه و هى اعمّ من الصّحيح و الفاسد فأنّه يق ليس الغرض من عدم تأثير الضمان المجعول لمنع الشارع أنّه يصير فاسدا بسبب منعه و الفاسد لا يؤثّر بل الغرض أنّ منع الشارع عن هذا الفرد من الضمان يخرجّه عن المفهوم النفس الامرّى فانّ منع الشارع عباره عن تخطئه العرف فى تطبيق المفهوم على هذا المصداق لا-الحكم بالفساد و اذا اخرج الشارع فردا من مصاديق الضمان فلا وجه لكون المنافع بإزاء الضمان المجعول و الضمان الموجود اى ضمان المثل او القيمه هو امر قهرى حكم به الشارع كما حكم بضمّان المقبوض بالسّوم و المغصوب و هو لا-يكون سببا لان يكون المنافع له كما أنّ تقبل الضمان لا بقصد تملك المنافع كما فى العاريه المضمونه ليس سببا لكون المنافع له و كذا تضمين غير المالك كما فى شراء الجاربه المسروقه ليس سببا لكون المنافع للضامن فما ورد فى هذه المسأله من ضمان منافع الجاربه لا يكون ردّا على الوسيله لأنّ الضمان فى هذه المسأله من باب التصرف فى مال الغير و الكلام فى المنافع المستوفاه فى البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين و كذا تضمين المالك بلا امضاء من الشرع ليس سببا لان يكون المنافع له

قوله و الحاصل أنّ دلالة الروايه لا تقصر عن سندها)

كأنه اعتراف باجمال الدلاله و قد بيّننا ظهورها فيما عرفت و أمّا السّند فهى و ان كانت مرسله لكنّها من القواعد المتلقاه بالقبول عند علمائنا اجمع نعم لو فرض اجمالها أمّا باحتمال إرادته المعنى الاسم المصدري و أمّا باحتمال ان يكون المراد بالخراج ما يتقبل فى الاراضى الخراجيه فتكون اجنبية عن المقام اصلا لا يترك لاجلها

عموم دليل احترام مال المسلم و لا يجوز تخصيصه بالزوايه كما لا يجوز تخصيصه بقاعده كَمَا لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده لو منع أنّ القاعده تجرى فيما هو مصبّ العقد و مورده و هو نفس العين دون المنافع و أنّ جعل القاعده لبيان الرافع من الضمان لا لبيان ما يقتضى الضمان و لكن قد مرّ أنّ جعل القاعده لبيان ذلك و يختصّ بمورد العقد و الحكم بضمان المنافع فى البيع الفاسد حكم شرعى ثبت بالدليل و هو قاعده ضمان مال المسلم

قوله (و على هذا فالقول بالضمان لا يخلو عن قوه)

قد عرفت أنه الاقوى لثبوت المقتضى و هو عموم اليد و توهم عدم صدق الاخذ بالنسبه الى المنافع لا وجه له لأنّ الاخذ كناية عن الاستيلاء و ليس بمعنى القبض و كما أنّ قبض المنفعه يتحقّق بقبض العين كذلك اخذها و ما يتحقّق به القبض فى المنافع و هو تسلّم العين يتحقّق به الاخذ و التفكيك بينهما فى غايه السقوط نعم قد يكفى التخليه فى القبض و لكن لا بمعنى أنّها قبض حقيقه و ليست باخذ بل بمعنى أنّها قبض حكما و بالجمله العقود المتعلقه بالمنافع كالاجاره يتحقّق قبضها و اخذها بتسليم الموجر العين و تكون المنافع مقبوضه و مأخوذه بتبع الاستيلاء على العين و دعوى تحقّق الرافع مستدلًا بقاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده فإنّ صحيح البيع لا يوجب ضمانا للمشتري للمنفعه لأنّها له مجانًا و لا يتسوّط الثمن عليها و ذلك يقتضى الحكم بعدم الضمان مط كما عن الايضاح كدعوى تحقّقه فى خصوص صوره علم البائع كما عن بعض من كتب على بيع مستدلًا بأنّ البائع لما علم بفساد البيع و عدم تملك المشتري للمبيع فهو المقدم على استيلاء المشتري على المنافع لا يلتفت إليها امّا الاولى فلما عرفت من خروجها عن مورد القاعده و كون المنفعه تابعه لحكم العين أنّها هو لحكم شرعى تابع لصحّه العقد و ليس ممّا اقدم عليه البائع مجانًا و لو اقتضى القاعده عدم الضمان فيها فلا بدّ من اقتضاءها ذلك فى المستوفاه أيضا و توهم أنّ ضمانها مع الاستيفاء لاجل الاتلاف لا للقاعده لأنّها بالنسبه الى التلّف غير وجيه فإنّ الاقدام بالمجانته كما يرفع الضمان الناشى عن قاعده اليد كذلك يرفع الناشى عن قاعده الاتلاف و ليس الضمان فى المستوفاه الا لعدم اقدام المالك مجانًا فيدخل فى قاعده الاتلاف و اليد و الضمان فى الفائته أيضا كذلك و لا وجه للتفكيك و بالجمله مورد القاعده اصلا و عكسا أنّها هو فيما وقع عليه العقد امّا اصاله كنفس المبيع و امّا تبعا كالاوصاف دون ما لا يكون كذلك و امّا الثانيه فلوجوه منها أنّ مقتضى ذلك التفصيل فى المستوفاه أيضا و منها أنّه لا ينافى العلم بالفساد البناء على الصحّه تشريعا و الاستيلاء الرافع للضمان هو الاستيلاء المالكى بان يكون ملكا للمالك و يأذن للقباض فى التصرف لا البناء على ان يكون ملكا للقباض تشريعا و منها أنّ الاقدام على المجانته فى صوره العلم بالفساد أنّها هو بالتسليط و الاستيلاء على العين لا على المنفعه و بالفرض ليس للمالك نظر إليها و من الواضح أنّ التمسك بدليل الاقدام يتبع نظر المالك فان كان نظره تسليط المنفعه مجانًا بالنظر الاستقلالى بان

تكون المنفعة موردا للعقد و كان التسليط على العين مقدّميا لكان للتمسك بدليل الاقدام مجال فانّ التسليط على المنافع ان كان على وجه التعويض فهو اجاره و ان كان على وجه المجانيه فهو عاريه و اما ان كان نظره تسليط العين مجّانا بالنظر الاستقلالي فلا مجال للكلام فى تحقّق الضمان و عدمه بالنسبه الى المنافع لانه ان تحقّق التضمين فهو بيع و الا فهبه و لم يتحقّق تسليط مجّانى على المنافع حتّى يبحث انه رافع للضمان أم لا

[الرابع إذا تلف المبيع، فإن كان مثليا وجب مثله]

قوله (و ح فينبغى ان يق كلّما كان مثليا)

الظاهر انه لا اعتبار بالاجماع المدعى فى المقام على انّ المثلى يضمن بالمثل و القيمى بالقيمه حتّى يتمسك به فى موارد الشك لوجهين الاول انّ الظاهر عدم وصول حكم تعيّد من الشارح إليهم بالنسبه الى اللفظين و انما عنوانها بعد حكمه بالضمان فمدرک المجمعين هو ادله الضمانات و تقسيمهم الضمان إليهما و تعيين مواردهما انما هو من حيث ما هو المرتكز فى الأذهان العرفيه و ذلك لانّ نفس العين كانت فى الذمه و العهده و وجب الخروج عن عهدها لكن لما لم يمكن ردّ نفسها وجب دفع عوضها فهى باقيه فى العهده الى حين الاداء و ردّ البديل انما يكون من باب الوفاء و بعد استفاده ذلك من ادله الضمان فلو تلف المأخوذ يكون ادائه بما يعدّ اداء له بالعرف و العاده و الظاهر عند العرف و المرتكز فى اذهانهم هو اداء المثل فيما يروونه مثليا و اداء القيمه فيما يروونه قيميا و بردّ كلّ فى مورده يرون صدق ردّ العين المستقره فى الذمه و الى ما ذكرنا ينظر ما ذكره المصنّف ره بقوله و لكن يمكن ان يقال انّ القاعده المستفاده من اطلاق الضمان فى المغصوبات الى اخر كلامه الرّاجع الى تعيين ما هو المتعارف عند العرف من البديل و لكنّ الفارق هو انه ره جعل المثل اصلا بدعوى انه اقرب الى التالف و خلاصه ما ذكرنا هو التنوع بنظر العرف و انّ المرتكز فى اذهانهم فى باب الضمانات هو وجوب اداء التالف بالمثل لو كان عندهم مثليا و بالقيمه لو كان قيميا من دون ان يرون ردّ المثل اصلا فى الخروج عن عهده العين فلا تغفل الثانى انه لم ينعقد على مفهوم مبين حتّى يكون النزاع فى مورد الشك نزاعا صغوريا و اختلافا فى تطبيق المفهوم المبين على المشكوك بل انعقد على مفهوم مجمل كما يظهر ذلك من كلمات المصنّف قدّس سرّه و على ما ذكرنا من كون مدرّكهم هو ادله الضمان و تقسيمهم بالنظر الى ما هو المتعارف عند العرف من البديل يمكن كون شىء فى زمان او بلد مثليا او قيميا بهذا اللحاظ و فى زمان او بلد اخر يكون على خلافه

قوله (و لكن يمكن ان يقال انّ القاعده المستفاده)

ينبغى فى المقام التنبيه على امرين احدهما انّ الظاهر من قوله (ص) على اليد ما اخذت حتّى تؤدى بقرينه الدليل و هو حتّى تؤدى انّ ما يمكن ادائه يتعلّق بالذمه و تشتغل به و ما لا يمكن ادائه لا يتعلّق بها و لا يستقرّ فيها و الا يلزم عند الاداء تعدّره فيسقط الضمان و اشتراط كونه ممكن الاداء

عاديّ اى يمكن ادائه بحسب العاده لا عقلى فلو لم يوجد المثل الا عند من لا يبيعه أم عند قليل من الناس و فرد نادر منهم بحيث لا يكون مبذولا يكون المضمون ملحقا بالقيميّ ثانيهما أنّ الموصول فى قوله (ص) على اليد ما اخذت اما ان يكون هو المبتدأ و اما ان يكون المبتدأ مضافا مقدرا و يكون تعلق العين و الذات الخارجى باليد المراد منها صاحبها باعتبار الاستيلاء باعتبار ذلك المقدر كالعهد و الدرّك و الخساره فعلى الاوّل يكون المستقرّ فى الذمّه نفس العين و على الثانى يكون دركها و خسارتها و لاجل هذا الاختلاف قد يقال أنّ بناء على الاوّل يكون الاصل فى موارد الضمان هو الضمان بالمثل الا ما خرج بالدليل من اجماع و نحوه لانّ المستقرّ ح فى الذمّه هو نفس العين بجميع خصوصياتها و اذا تلفت و لم يمكن اداء الخصوصيه العيئيه سقطت لما تقدّم من أنّ ما لا يمكن ادائه لا يستقرّ فى الذمّه و لكنّ الخصوصيه النوعيه و المائيه باقيه فى الذمّه و ذلك يقتضى الخروج عنها باداء المثل و بناء على الثانى يكون الاصل هو القيمه لانّ مفاد الرّوايه ح أنّ الخساره مضمونه على اليد و ليست هى الا المائيه و هى القيمه فقط لا الصّيفات و الخصوصيات بل قد عرفت فيما مرّ بعد اثبات ظهور الجمله فى افادتها لبيان الحكم الوضعى من حيث أنّها اذا دلّت على الحكم التّكليفى فمعناه و جوب الحفظ و هو بديهى و حملها على و جوب ردّ العين غير و جيه لمكان جعل الاداء غايه مضافا الى أنّ حمل الرّوايه على الحكم التّكليفى يستلزم خلوّها عن بيان حكم المأخوذ بعد التّلف أنّها متى كانت لبيان الحكم الوضعى لم يحتج الى الحذف و التّقدير اصلا فانّ كلمه على الموضوعه للضرر تدلّ على الضمان و العهده كدلاله اللّام على الملك عند الاطلاق فكما أنّ اللّام موضوعه لمطلق الاختصاص و تنصرف عند الاطلاق الى الاختصاص المطلق الملازم للملكيه فكذلك تنصرف عند الاطلاق الى التضرّر المطلق المساوق للضمان و الخساره او ملازم له و ليست هى الا المائيه و هى القيمه و ان شئت قلت أنّ بناء على الوجه الاوّل و كون المستقرّ فى الذمّه نفس العين يكون مفاد الرّوايه هو ضمان المائيه و استقرارها فى الذمّه و يكون الاصل ح أيضا هو ضمان القيمه لا المثل اذ لا وجه أيضا لدخول الصّيفات النوعيه و الصنفيّه تحت الضمان حتّى يقتضى كون الاصل هو الضمان بالمثل فانّ الصّيفه لو لم يوجب تفاوتاً فى المائيه فهى تابعه للعين و اذا سقطت شخص العين بتلفها عن الذمّه سقطت ما كانت من الصّفات لا توجب تفاوتاً فى المائيه و اقتضاء بعض الصّفات النوعيه او الصنفيّه تفاوتاً فى الرّغبه من دون تفاوت فى المائيه لا اثر له بعد سقوط العين عن الذمّه و لكنّ الانصاف عدم تماميه ما ذكر و عدم دلاله الرّوايه على الضمان بالمثل او القيمه اصلا فانّ بناء على التّقدير الثانى و هو كون المبتدأ مضافا مقدرا لا وجه لتعيين الضمان بالقيمه لانّ خساره كلّ شىء و دركه الثابت بالرّوايه قد يقتضى اداء المثل و قد يقتضى اداء القيمه و هذا أمر

يساعده العرف و لو كان تقدير خساره او التّيدارك او ثبوت العين في الذّمّه مقتضيا لضمان المائيه فقط لكان الجائز مع بقاء العين و عدم تلفها كفايه اداء المائيه برّد القيمه كما أنّ بناء على التّقدير الأوّل فمجرّد كون المبتدأ هو نفس العين المأخوذه و استقرارها في الذّمّه لا- يقتضى تعيين الضّمان بالمثل و كونه الاصل في ضمان العين لما عرفت من أنّ استقرار نفس العين في الذّمّه لا يقتضى استقرار الصّفات النوعيه او الصنفيّه فيها و دخولها تحت الضّمان في عرض استقرار العين بل دخولها أنّما هو من حيث تبعيتها للعين و اذا سقطت شخص العين بتلفها عن الذّمّه سقط استقرار تلك الصّفات و كون المثل اقرب الى التّالف لا يوجب تعيينه ما لم يساعده العرف على أنّ تاديته اداء للعين التّالفه و كذا الكلام في استقرار المائيه في الذّمّه فإنّها على الفرض أنّما دخلت في الضّمان بتبع دخول شخص العين و تعلقها بالذّمّه و الحاصل قد تقدّم أنّ النبويّ معناه على عهده اليد ما اخذت حتّى تؤدّي و يشمل بعمومه صورته بقاء العين و تلفها فإنّ العهده صادقه على تلف العين و الاداء و ان كان بنفسه ظاهرا في ردّ العين فيقتضى ثبوت العهده في صورته بقاء العين و لكنّ الظهور العرفي يقتضى التّوسعه في الاداء و كما يحكم العرف بأنّ ردّ العين في صورته بقائها يكون اداء لها كذلك يحكم بأنّ ردّ المثل او القيمه في صورته التّلف اداء لها و ان شئت قلت أنّ مقتضى الظهور العرفي هو عموم الضّمان لصوره التّلف و يكون اعتبار تعيين احدهما بدليل خارج و هو حكم العقل فإنّا لمّا رأينا أنّ الشّارع لم يبيّن ما يعيّن المضمون به عرفنا أنّه احوال هذا الامر الى العرف و من هنا تعلم أنّ مع التّلف كلّ ما صدق عرفا أنّه اداء للعين و به يخرج عن عهدها هو الذي يتعلّق به الضّمان و هو يختلف باختلاف الموارد ففي بعضها صدق الاداء برّد المثل و في بعضها برّد القيمه و كذا الكلام في الآيه الشّريفه فإنّ بعد تسليم ظهورها في اعتبار المماثله في الاعتداء و المعتدى به لا دلالة فيها على تعيين المثلي و القيميّ الاّ بالاتّكال على العرف و حيث لم يكن اصل لفظيّ من قاعده اليد و الآيه يتمسّك به لتعيين المثل او القيمه في الموارد المشكوكه لا بدّ من الرجوع الى الاصول العمليه

قوله (ففي موارد الشّك يجب الرجوع الى المثل بمقتضى الدّليل)

خلاصه القول في ذلك أنّه قد يقال الاصل هو الاحتياط لأنّ العين بنفسها مستقرّه في الذّمّه بمقتضى النبويّ المرسل و ذلك يقتضى ضمان العين بجميع خصوصياتها و اداء القيمه غير معلوم أنّه مسقط لما في الذّمّه و قد يقال أنّ الاصل هو البراءه لأنّ المبتدأ في النبويّ مقدرّ و مفاده أنّ خساره العين التّالفه مضمونه عليه و الخساره الزّائده على المتيقّن و هو القيمه غير معلوم فالاصل البراءه و يردّان بأنّه لو علم مفاد على اليد ما اخذت حتّى تؤدّي بالنّسبه الى المثل و القيمه لم يبق شكّ حتّى يقال بأنّ الاصل

هو البراءة او الاحتياط مضافا الى ما عرفت سابقا من بطلان هذا البناء و أنّما الكلام بعد الفراغ عن عدم استفادته شىء من خصوص المثل او القيمة عن دليل الضمان و عدم دلالة على خصوصيته المضمون به و الاوجه فى النظر هو تخيير الضامن لا لاصاله براءة ذمته عمّا زاد على ما يختاره لما ذكرنا من كون المقام من دوران الامر بين المتباينين لا من الاقل و الاكثر و لا لانه من باب تخيير المجتهد فى الفتوى فانه فى تعارض الخبرين و كذا لا- من باب التخيير بين الاحتمالين المذى هو رابع مراتب الامتثال فانه فيما لا- يمكن الاحتياط بالجمع بينهما بل لما عرفت الاشارة إليه من أنّ العلم الاجمالي و الاشتغال اليقيني لا يؤثر عندهم فى وجوب الاحتياط فى المائيات لقاعده الضرر و ان ابيت عن كون الضرر مانعا عن وجوب الاحتياط بدعوى عدم الفرق بين المقدمه العلميه و المقدمه الواقعيه و قد اتفقوا على عدم مانعيته و وجوب تحمله فيما كان من قبيل الثانيه يقال انه كما يعلم الضامن باشتغال ذمته باحد الامرين من المثل و القيمة كذلك يعلم المالك بانه يحرم عليه اخذ الزائد من احدهما فيتراحم حقهما و اذا لم يمكن الموافقه القطعيه للعلم الاجمالي فيكفى الموافقه الاحتماليه و نتيجه تخيير الضامن باحدهما و اما تخيير المالك باستصحاب الاشتغال فيجاب عنه مضافا الى دعوى الاجماع على عدمه بانّ المتيقن غير معلوم و القدر المشترك اى العين لا يثبت استصحاب بقائه تعيين المثل او القيمة حتى يمكن استصحاب الاشتغال بعد اداء القيمة و يمكن ان يقا انّ ما ذكر من عدم الوجه للرجوع الى اصاله البراءة لاثبات تخيير الضامن أنّما يتم بناء على القول بقيمه يوم القبض او يوم التلف او اعلى القيم لانّ العلم الاجمالي ح يكون من المتباينين و ذلك لانّ بناء عليها تستقر العين فى الذمه مقدّره بمقدار خاص من المائيه سواء كان بالمقدار الخاص المذى يسوى العين فى يوم القبض او يوم التلف او اعلى القيم و لا- يتساوى دائما قيمه المثلى يوم الاداء و المقدر فى يوم القبض او يوم التلف او اعلى القيم بل قد يكون قيمه المثلى اقلّ فلا يفيد اصل البراءة عن خصوصيه و اما بناء على القول بقيمه يوم الاداء فلا مانع من اجراء البراءة و ذلك لانّ بناء عليه تستقر العين فى الذمه غير متقدّره بمقدار من المائيه الى يوم الاداء و يوم الاداء لو قدر بالمائيه يشكّ فى انّ الواجب هو دفع هذا المقدار من المال المشترك بين ان يكون العين قيمه او مثليه لانّ القيمة فى القيمي و المثلى يوم الاداء متساويه لا- محاله او انّ الواجب اداء المقدار من المال فى ضمن خصوصيه المثليه و مرجع الشكّ الى الاقلّ و الا- كثر بل يمكن ان يتميّك لاثبات التخيير بالاستصحاب مط بان يقال اصل المائيه المشتركه بين المثل و القيمة متيقنه و القيمة ليست امرا مابينا لمائيه المثلى بل القيمة عباره عن المائيه و عدم خصوصيه العينيّه و عباره اخرى المثل له خصوصيه وجوديه و القيمة ليست الا المركب من المائيه و الامر العدمى و هو عدم خصوصيه و القيد الوجودى و هو المائيه

ثابت على اى حال و العدم محرز بالاصل و هو استصحاب عدم تعلق الخصوصيه بالذمه و اذا انتفت الخصوصيه بالاصل و كان قيمه عباره عن المائيه مع عدم الخصوصيه احرز تمام قيديه بالوجدان و الاصل المائيه بالوجدان و عدم الخصوصيه بالاصل و بالجمله على تقدير كون المرجع هو اصل البراءه كان اجرائها منحصر بالقول بقيمه يوم الاداء و على تقدير كونه هو الاستصحاب اى استصحاب عدم اشتغال الذمه بالخصوصيه المثلثه مع العلم باشتغالها باصل المائيه كان جاريا مطلقا من غير فرق بين القول بقيمه يوم الاداء و غيره و لا يعارض استصحابه باستصحاب عدم اشتغال الذمه بالقيمه لأنها ليست الآ المال مع عدم الخصوصيه و لا- تشتمل على خصوصيه وجوديه حتى يقع طرفا فى العلم الاجمالى بل ليست قيمه الآ مترتب على عدم ثبوت المثل فان منشأ الشك فى كون التالف قيميا او مثليا هو الشك فى ان الذمه اشتغلت بالمثل أم لا و اذا استصحاب عدم اشتغالها به بالتقريب المذكور ارتفع الشك عن المسبب و تعين القيمه و هذا الترتب شرعى لان المدعى كون الشارع رتب القيمه على عدم الضمان بالمثل لان عموم على اليد ما اخذت اثبت الضمان فى كل مأخوذ مثليا او قيميا و اوجب ادائه و من آثار اداء المأخوذ اذا لم تستقر الخصوصيه العينيّه و الصفات المتقاربه اداء مائته فرتب اداء المائيه و هى القيمه على عدم تعلق الصفات بالذمه فبعدم تعلقها بالذمه يترتب تعلق القيمه بها

فان قلت لا اشكال فى ان قبض العين تستقر بالذمه بخصوصيتها العينيّه و صفاتها المطلقه و مع تلفها تقطع بارتفاع الخصوصيه العينيّه الشخصيه و اما صفاتها النوعيه و الصنفيه فمقتضى الاستصحاب بقاء الاشتغال بها

قلت نعم لا اشكال فى ان مع بقاء العين يجب رد شخصها و لكن المدعى هو ان حين التلف استقرارها فى العهده بخصوصيتها الصنفيه و صفاتها المطلقه غير معلوم و المتيقن هو استقرارها بمائيتها فالمتيقن من الضمان و ما استقر فى الذمه حين التلف هو نفس المائيه و استقرار الخصوصيات مشكوكه من اول الامر و لم يعلم تعلق الصفات فى الذمه حينها ما حتى يستصحب فالمتيقن المعلوم ليس الآ المائيه و القيمه ليست الآ المائيه مع عدم الخصوصيه و بعباره اخرى لا علم باستقرار الصفات المطلقه فى العهده حين تلف العين حتى يستصحب لان الضمان الثابت بدليل على اليد ليس الآ بما يمكن ادائه و ذلك لجعل الاداء غايه للضمان و الخصوصيه الشخصيه لا يمكن ادائها فلا تستقر فى الذمه و الخصوصيات الاخرى التى لا تتفاوت بها المائيه تابعه للعين و لا دليل على ثبوتها و ان امكن ادائها غير دليل ثبوت العين نعم لو قام دليل على استقرارها فى الذمه كما اذا احرز أنها مثليه فلا اشكال و بالجمله قد ظهر أنه لا بأس بدعوى

اصاله القيمه بعد اثبات مقدمتين الاولى عدم العلم باستقرار مطلق الصيغيات في الذمه و الثانيه كون القيمه مترتبه على المثل و واقعه في طوله لا في عرضه و مع فرض عدم تماميه المقدمتين فمقتضى العلم الاجمالي بالمتباينين تعارض الاصل من الطرفين و لا مناص الا بالصلح

[الخامس ذكر في القواعد: أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل، ففي وجوب الشراء تردّد]

قوله (لعين ما ذكر في الصوره الاولى)

و هو عموم النص و الفتوى و الاقرب عدم وجوب الشراء و كفايه دفع القيمه لما عرفت من ان من قيود المثلى كون المثل كثيرا مبذولا و قد استظهرنا هذا القيد من امكان الاداء عاده و لا فرق في ذلك بين التعذر ابتداء و عارضا و كما ان تعذر المثل بحسب العاده في الابتداء موجب لعدّ العرف دفع القيمه اداء للعين فكذلك في صورته طرؤه لعارض

[السادس لو تعذر المثل في المثلى، فمقتضى القاعده وجوب دفع القيمه مع مطالبه المالك]

اشاره

قوله (السادس لو تعذر المثل في المثلى)

الحق كما عليه المشهور و ستسمعه في المتن هو ضمان قيمه المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع و اثباته يتوقف على امرين الاول ان تعذر المثل في المثلى هو يوجب الانقلاب بمعنى سقوط المثل عن الذمه و اشتغالها حين التعذر بالقيمه أم يبقى المثل في الذمه الى زمان المطالبه فينقلب حينها أم الى الاداء فلا ينقلب اصلا و أما يؤدى القيمه بدلا عنه نظير الوفاء بغير الجنس و تظهر الثمره في انه هل للضامن الزام المالك باخذ القيمه بمجرد التعذر أم له الصبر الى زمان يوجد فيه المثل و الظاهر هو الاخير لعدم دليل على الانقلاب بعد ان كانت العين مثليه و تلفت سواء في ذلك انقلاب العين او المثل و الحاصل انه لا اشكال في ان للمالك القاء الخصوصيه المثليه و المطالبه بالقيمه و اما ان للضامن الزام المالك باخذ القيمه فلا دليل عليه و الثاني ان القاء الخصوصيه المثليه و التجاوز عن الصيغيات هل هو بمنزله اسقاط العين في انها بمجرد الاسقاط و البراء تسقط أم لا بل تبقى الخصوصيه الى ان يتحقق مصداق الاداء و تظهر الثمره فيما لو وجد المثل بعد المطالبه بالقيمه و قبل الاداء فبناء على سقوط الخصوصيه ليس للمالك مطالبه المثل ثانيا بخلاف البناء على عدمه و الظاهر هو الاخير لان الصيغيات و الخصوصيات لم يتعلّق بها ضمان مستقلا بل هي تابعه للعين و من كفيّاتها و ليست من كمياتها القابله للبراء و الاسقاط مستقلا نعم بعد اداء القيمه يسقط حق المالك عن المثل و لو وجد بعده لتحقّق مصداق الاداء باداء ما جعله المالك مصداقا لوفاء حقه و الحاصل لا اشكال في ان للمالك الرضا بالتناقص اى الفاقد للخصوصيه المثليه و قبل الاداء يكون المثل باقيا في الذمه بجميع خصوصياتها و بعد الاداء تسقط بجميع خصوصياتها لما ثبت من الخارج ان ما رضى به المالك اداء لما له يتحقّق به الاداء كما في القرض للمالك القاء الخصوصيه و الاكتفاء بغيرها او ابقائها في ضمان الضامن من تبعا لضمان العين كما

فى البيع فلو اشترى مثلا عبدا موصوفا بصفه كذا و سلمه البائع بغير هذه الصيغه فللمشترى الرضا بالفاقد بدلا عن ماله و له الخيار بالنسبه الى الصيغه اى تبديل العبد بالعبد الموصوف لا الخيار فى أصل العقد لأن المائيه التى هى الركن فى البيع لم تتخلف و أما تخلف الوصف الذى لم يتعلق به البيع ففقده لا يوجب خيارا فى اصل البيع بالنسبه الى الوصف

قوله (و حاصل جميع الاحتمالات فى المسأله مع بيانها)

لا- بد من الكلام فى مقامين الاول فى التعذر الطارئ فاعلم انه اما ان نقول بالانقلاب و اما ان نقول بعدمه و على الثانى فالقيمه المتعينه بعد المطالبه اما قيمه يوم المطالبه بناء على سقوط الخصوصيه باسقاطها او قيمه يوم الاداء بناء على عدم سقوطها او الا على من يوم تلف العين الى يوم المطالبه او الى يوم الاداء و ذلك لان مبدأ اعلى القيم فى المقام بناء على عدم الانقلاب هو تلف العين فانه أول وقت تعلق الضمان بالمثل فيوم تلف العين بمنزله يوم الغصب فى القيميات اما على القول ببقاء القدر المشترك فان مبدئه ح يوم اخذ العين كما ستعرفه و على الاول اى الانقلاب من جهه ان ظاهر على اليد ما اخذت حتى تؤدى هو امكان الاداء دائما فلو تعذر فى وقت انقلب الى قيمه و ليكن التعذر بمنزله الموضوع حتى لا ينافى الانقلاب الرجوع الى المثل بعد وجوده ثانيا فاما ان نقول بانقلاب المثل الى قيمه من جهه ان العين كانت مثليه و بتلفها انتقلت الى مثلها فالمضمون به بعد تلف العين هو المثل فاذا تمكن منه يجب رده و اذا تعذر يجب قيمته لأن مقتضى قاعده على اليد ما اخذت هو ضمان المال بخصوصيه العييه و الصيغات و المائيه و اذا تعذر خصوصيه العين تعين ما هو مثلها فى الصيغات و المائيه و انتقل ضمان العين الى ضمان ما هو مثلها فى الصيغات و المائيه و اذا تعذر المثل يجب اداء قيمته لا قيمه العين لأنها بعد تلفها لم يتعلق بها الضمان حتى يجب اداء قيمتها و اما ان نقول بانقلاب العين الى قيمه بدعى ان الاقرب الى التالف متعين فى الضمان فالعين اذا وجد مثلها يكون هو الاقرب إليها و أما اذا لم يوجد فقيمه العين اقرب للتالف من قيمه المثل و لكن دعوى كون قيمه اقرب الى التالف بعد تعذر المثل ممنوعه لأن الاقرب الى التالف ما هو المشابه له بحسب النوع فى الصيغات ان لم يوجد المشابه فى الصفات ثم المشابه فى الجنس مع انه لا دليل على ان الاقرب إليه هو المتعين فى الضمان و اما ان نقول بانقلاب القدر المشترك بدعى ان ذلك لازم القول بضمان اعلى القيم فى القيميات بالبيان الآتى فى المتن بقوله قدس سره و لو قلنا بضمان

اعلى القيم من حين الغصب الى حين التلّف كما عليه جماعه من القدماء توجه ضمانه الخ و حاصله أنّه لو قلنا بضمان اعلى القيم من حين الغصب الى حين التلّف كان اللّازم فى المقام بناء على الانقلاب ضمان اعلى القيم من حين قبض العين الى زمان اعواز المثل و هذا هو ضمان القدر المشترك و ذلك لانه لا اشكال فى انّ فى القيميّ و لو بناء على القول بضمان اعلى القيم و استقرار ارتفاع القيمة السوقية فى الذمه يسقط الضمان باداء نفس العين فكذلك لا بدّ فى المقام من سقوط الضمان برّد العين او المثل و اما مع عدم ردّ احدهما التّعذر المثل بعد تعذر ردّ العين كان اللّازم بناء على القول باعلى القيم هو استقرار ارتفاع القيمة السوقية الجامعه بين قيمتى العين و المثل و على القول بانقلاب المثل الى القيمة فلو قلنا فى القيميّات بضمان قيمه يوم الدّفْع فالقيمة هنا أيضا قيمه المثل يوم الدّفْع و كذلك بناء على القول بانقلاب العين او القدر المشترك و لو قلنا باعلى القيم فسيجىء حكمه و لو قلنا فيها بقيمه يوم التلّف يلزم فى المقام قيمه يوم الاعواز اذ هو يوم تلف المثل و لو قلنا فيها بقيمه يوم القبض يلزم فى المقام قيمه يوم تلف العين لانه يوم الانتقال الى المثل فاؤل ضمان المثل هو يوم تلف العين و يوم تلفه يوم اعوازه و على القول بانقلاب العين الى القيمة فلو قلنا فى القيميّات بقيمه يوم الدّفْع يلزم هنا قيمه يوم الدّفْع أيضا و لو قلنا باعلى القيم فسيجىء حكمه و لو قلنا بقيمه يوم التلّف يلزم فى المقام قيمه يوم تلف العين لا- اعواز المثل اذ المفروض انّ العين انقلبت قيميا و يوم تلف القيميّ فى المقام هو يوم تلف العين و لو قلنا بقيمه يوم القبض فيمكن ان يقال فى المقام بقيمه يوم تلف العين لانّ العين ما دامت موجوده يجب ردها و معنى ضمانها أنّها لو تلفت يجب ردّ مثلها او قيمتها و قبل تعذر المثل يكون المضمون به هو المثل لانّ العين مثليه و مبدأ ضمان القيمة فى المثلى المتعذر هو تلف العين و يمكن ان يقال انه لو قلنا فى القيميّات بقيمه يوم القبض يلزم فى المقام قيمه يوم القبض أيضا بنحو الشرط المتأخر بان يكون ضمان قيمه العين يوم القبض مشروطا بتلفها و تلف مثلها و لكنّ الانصاف هو القول بقيمه يوم القبض فى المقام على تقدير القول المذكور لا من حيث من ذكر إذ لا دليل على ثبوت الضمان بنحو الشرط المتأخر بل من جهة انّ العين اذا قبضت تحقّق ضمانها بماليتها و صفاتها النوعية و الصنفيّة و الشخصيّة فاذا تلفت و لم يمكن اداء شخصها ينتقل الضمان الى مثلها لو كانت مثليه و الى قيمتها لو كانت قيمية ففى حين ضمان الشخص يندرج ضمان المثل و المائيه تحت الضمان فى المثلى و المائيه وحدها فى القيميّ و فى عرض ضمان الشخص ضمان المائيه

ثابت أيضا فاللزام هو الحكم باداء قيمه يوم الضمان و على القول بانقلاب القدر المشترك من حيث القول بضمان اعلى القيم فى القيميات ستعرف حكمه و اذا علمت الوجوه المبتيه على غير القول باعلى القيم فى القيميات فاستمع للوجوه المبتيه على القول بذلك مستدلا عليه بانّ القيمة السوقيه بمنزله الصّفات فكما أنّ الصّفات لو تغيرت عند الغاصب كأن كان المغصوب كاتباً او صار عند الغاصب كذلك ثم زال وصف الكتابه عنده يضمن الغاصب هذه الصّفه كذلك يضمن ارتفاع قيمه المال فاذا كان فى زمان الغصب يسوى قيمه العين عشره ثمّ صارت قيمتها عنده عشرين ثمّ عاد الى العشره يضمن العشرين و لكن ضمان ارتفاع القيمة مشروط بتلف العين اذ لو ردّ العين لا- اشكال فى عدم ضمانه شيئاً الا اذا صارت العين مسلوبه القيمة فانّها ح فى حكم التّلف كما سيظهر فى محلّه إن شاء الله تعالى و تفصيل ذلك أنّ الوجوه فى المقام تختلف بناء عليه لأنّ فى المقام اما ان نقول بالانقلاب أم لا و على الانقلاب فاما ان نقول بانقلاب المثل او العين او القدر المشترك و على عدم الانقلاب فاما ان نقول ببقاء المثل بخصوصيته فى الذمه و اما ان نقول ببقاء القدر المشترك و على كلّ منهما فاما ان نقول باسقاط الخصوصيه حين المطالبه أم لا- و لا- بدّ ان يعلم أولاً أنّ القول باعلى القيم فى القيميات لا يكون الا على وجه واحد و هو الاعلى من يوم الغصب الى يوم التّلف و لا- وجه لملا- حظه القيمة بعد ذلك اذ بعد ما فرض كون العين قيمته فبتلفها صارت قيمتها فى عهده الضامن و تعينت القيمة الخاصه يوم التّلف و لا يعقل ضمان ارتفاعها بعده اصلا لا بالتّسبه الى يوم المطالبه و لا بالتّسبه الى يوم الدّفع و اما فى المقام فعلى القول بانقلاب المثل فاللزام الاعلى من يوم التّلف الى يوم الاعواز لوضوح أنّ مبدأ ضمان المثل يوم تلف العين و منتهاه يوم اعوازه و على القول بانقلاب العين فاللزام الا- على من يوم القبض الى يوم التّلف و على القول بانقلاب القدر المشترك فاللزام الاعلى من يوم القبض الى يوم الاعواز و على القول بعدم الانقلاب و بقاء القدر المشترك من المثل و العين فى الذمه فاللزام الاعلى من يوم القبض الى يوم دفع القيمة بناء على عدم اسقاط الخصوصيه حين المطالبه و الاعلى من يوم القبض الى يوم المطالبه بناء على الاسقاط حينها و على القول بعدم الانقلاب و بقاء المثل بخصوصيته فى الذمه فاللزام الاعلى من يوم تلف العين الى يوم الدّفع بناء على عدم اسقاط الخصوصيه حين المطالبه و الاعلى من يوم تلف العين الى يوم المطالبه بناء على اسقاط الخصوصيه حين المطالبه و خلاصه ما ذكر من الوجوه الصحيحه و الاحتمالات المشره اثنا عشر وجهاً خمسه منها بناء على عدم القول باعلى القيم فى القيمى و سبعة منها بناء عليه و الخمسه المذكوره يكون

اثنان منها بناء على عدم الانقلاب و ثلاثة منها بناء عليه و السبعة أربعه منها بناء على عدم الانقلاب و ثلاثة منها بناء عليه و بناء على القول بقيمه يوم الدَّفْع فى القيميَّات لا- فرق فى المقام بين القول بالانقلاب و عدمه و على الانقلاب بين انقلاب المثل او العين او القدر المشترك و بناء على القول بقيمه يوم التَّلْف او القول بقيمه يوم الغصب فى القيميَّات لا يجرى القولان فى المقام بناء على عدم الانقلاب بل لا بدّ من البحث فى أنّ الخصوصيَّه المثلّيَّه تسقط بالمطالبه حتّى ينقلب حينها أم لا تسقط فلا تنقلب كذلك و لا- بأس باعاده بيان الوجوه المذكوره للتّوضيح أمّا الخمسه المبيّته على غير القول باعلى القيم فالأول منها قيمه يوم المطالبه بناء على عدم الانقلاب و سقوط الخصوصيَّه حين المطالبه الثّانى قيمه يوم الاداء بناء على عدم الانقلاب و عدم سقوطها حينها الثّالث قيمه يوم الاعواز و تعذّر المثل بناء على انقلاب المثل و القول بيوم التَّلْف فى القيميَّ الرّابع قيمه يوم التَّلْف بناء على انقلاب المثل او العين و القول بيوم الضّمان فى القيميَّ و لكنّ المصنّف قدس سرّه اختار بناء على القول بانقلاب العين و القول بيوم الضّمان فى القيميَّ قيمه يوم تعذّر المثل حيث يقول فالقيمه قيمه المغضوب من حين صار قيميا و هو حال الاعواز الخ و ستعرف ما فيه الخامس قيمه يوم القبض بناء على انقلاب العين و القول بيوم القبض فى القيميَّ و أمّا السّبعه المبيّته على القول باعلى القيم فالأول منها الا على من يوم القبض الى يوم الدَّفْع بناء على عدم الانقلاب و عدم سقوط الخصوصيَّه و القول ببقاء القدر المشترك الثّانى الا على من يوم القبض الى يوم المطالبه بناء على عدم الانقلاب و سقوط الخصوصيَّه حين المطالبه و القول ببقاء القدر المشترك الثّالث الا على من يوم التَّلْف الى يوم الدَّفْع بناء على عدم الانقلاب و عدم سقوط الخصوصيَّه و بقاء المثل بخصوصيَّه فى الذّمه الرّابع الا على من يوم التَّلْف الى يوم المطالبه بناء على عدم الانقلاب و سقوط الخصوصيَّه بالمطالبه و بقاء المثل بخصوصيَّه فى الذّمه الخامس الا على من يوم التَّلْف الى يوم الاعواز بناء على انقلاب المثل السّادس الا على من يوم القبض الى يوم التَّلْف بناء على انقلاب العين و بناء على ما اختاره المصنّف ره من القول بقيمه يوم الاعواز بناء على انقلاب العين لا- بدّ من القول بالا على من يوم القبض الى يوم الاعواز و على مختاره فالوجوه على القول بالا على تكون سنّه اذ الفرض يوافق مع الوجه الآتى السّابع الا- على من يوم القبض الى يوم الاعواز بناء على انقلاب القدر المشترك هذا تمام الوجوه الصحيحه و احتمال الا على من يوم التعذّر الى يوم الدَّفْع او الى يوم المطالبه لا وجه له فانّ المثل ثابت فى الذّمه قبل يوم التعذّر و لا وجه لاعتبار الا على بعد زمان الثبوت بل اللّازم اعتباره من حين ثبوته و هو يوم التَّلْف او قبله كما

بيّنناه و اما احتمال الا على من يوم المطالبه الى يوم الدفع فواضح بطلانا و اما المقام الثاني و هو الكلام فى التعذر البدوى فسيأتى قوله (الّا ان يقول أنّ ادلّه و جوب المثل ظاهره)

و بعباره اخرى ليس القيمى خصوص ما كان قيميا فى اصله بل كلّ ما لا يوجد له مماثل حين تلفه فهو قيمى سواء كان عديم المثل ذاتا او حين تلف العين و ما يوجد له مماثل فهو مثلى و لو تعذر بعده

قوله (و لا اظنّ احدا يلتزمه و فيه تأمل)

لا- بدّ ان يعلم أنّ فى التعذر الطارئ كما يكون التعذر موضوعا لثبوت القيمه بناء على الانقلاب بان يكون الانقلاب دائرا مدار التعذر فكذلك يكون موضوعا فى البدوى و عليه فلا يرد على المحقق القائل بالانقلاب فى البدوى ما ذكر من اللّازم لأنّ على الانقلاب يكون التعذر سببا لتعيين القيمه حدوثا و بقاء ما دام التعذر فاذا وجد المثل قبل ردّ القيمه تعين المثل للبدليه لأنّ ثبوت القيمه أنّما كان للتعذر و اذا ارتفع تعين المثل و التعذر لم يؤخذ فى موضوع دليل حتّى اذا شكّ بعد وجود المثل فى تعيينه او تعين القيمه يستصح بقاء الحكم الناشى منه و هو الانتقال الى القيمه بل الحكم بالقيمه فى مورد التعذر أنّما هو من جهه أنّ ظاهر على اليد ما اخذت حتّى تؤدّى امكان اداء المأخوذ بجميع خصوصياتها الصنفيّه دائما فلو تعذر فى وقت وجب المصير الى القيمه و لو ارتفع التعذر عاد ضمان الخصوصيه المثلّيه لا لكشف العود عن عدم الانقلاب بل للانقلاب الحاصل ما دام التعذر و ان شئت قلت تعين القيمه معلق على عدم وجود المثل فلو ارتفع المعلق عليه و وجد المثل ارتفع الحكم التعليقى و توهم أنّ لازم ذلك و جوب ردّ المثل بعد اداء القيمه أيضا فاسد لما تقدّم من أنّ تعين القيمه بعد الاداء و عدم وجوب ردّها لو وجد المثل أنّما هو من حيث أنّ بالقيمه يتحقّق مصداق الاداء فانّ للمالك القاء الخصوصيه و الاكتفاء بالماليه و اذا اخذ ما هو العمده فى المضمون به و هى الماليه تحقّق الوفاء و لا- وجه لعود المثل بعد سقوطه عن الذمه و ليست القيمه من قبيل بدل الحيلولة و الحاصل أنّ القائل بالتفصيل بين التعذر الطارئ و البدوى كجامع المقاصد لا يلزمه الالتزام بعدم جواز مطالبه المثل لو ظفر به قبل اخذ القيمه حتّى يرد عليه بانّ و جوب ردّ المثل ح مفروغ عنه كما يظهر ذلك من كلام التذكره و الايضاح فى قولهما الا ترى أنّه لو صبر المالك الى وجدان المثل استحقّه و كلامهما و ان كان فى مقام بيان عدم الانقلاب بمجرد التعذر الّا أنّه يظهر منهما أنّ بعد وجود المثل يستحقّ المالك المطالبه به مطلقا و وجه عدم اللزوم ما عرفته من أنّ التعذر ليس علّه لكون المال قيميا بل يكون موضوعا لذلك فهو قيمى ما دام التعذر و ذلك لا ينافى جواز مطالبه المثل بعد وجوده فالظاهر أنّ التأمل المذكور فى المتن إشاره الى عدم الملازمه المذكوره فانّ له ان يقول بالانقلاب الى

القيمة ما دام متعذراً لا دائماً ولا يتوهم أنه إشاره الى أنه لا مانع من الالتزام بما ذكر اذ الظاهر وقوع الاتفاق بين الاصحاب على وجوب المثل ح و بالجمله لا فرق بين التعذر الطارئ و البدوى فيما مرّ من الاحكام نعم قد يقال بثبوت الفرق بينهما من حيث جريان الاستصحاب فى مورد الشك بانّ فى التعذر الطارئ يجرى الاستصحاب للعلم باشتغال الذمه بالمثل فى برهه من الزمان بخلاف التعذر البدوى فلا يجرى لعدم العلم باشتغال الذمه بالمثل اصلا و لا وجه له لما تقدّم بيانه

قوله (و زاد فى لك قوله ممّا ينقل عاده منه إليه)

هذا هو الصواب و قد ظهر لك فى معنى المثلى و القيمى و من القيود الاربعه الماخوذه فى المثلى أنه لا بدّ و ان يكون ممكن الاداء بحسب العاده و انّ المتيقن من القيمى هو العين اللمدى لا يوجد لها مثل فى الصّيفات اصلا كالحوانات او يوجد و لكن لا يكون مبذولا بحيث يكون عزّه وجوده سببا عند العرف و العاده لان يعدّ كالمعدوم و انّ كلّ ما كان كذلك جاز للمالك مطالبه القيمة و هذا هو الميزان فى المقام أيضا فما هو الضابط للحكم بانّ المأخوذ مثلى أم قيمى هو الضابط فى تعذر المثلى و جواز مطالبه القيمة من غير فرق بين التعذر البدوى و الطارئ و هذا هو الميزان أيضا فى باب القرض و السلم و على هذا فلا يجب عند اعوازه فى البلد و ما حوله و ما ينقل عاده منه إليه تحصيله من البلاد البعيده و الاماكن الّتى لم تجر العاده بنقل ما فيها إليه و لو امكن نقل المال ممّا ينقل منه عاده فالمثل موجود و لم يجز للمالك مطالبه القيمة و ان كان صبره الى حصول المثل ضررا عليه فلو تحقّق التعذر بهذا الميزان و قلنا بالانقلاب ليس للمالك الا القيمة و لو قلنا بعدمه كان له الخيار فى الصبر الى وجود المثل و المطالبه بالقيمة

قوله (ثمّ انّ فى معرفه قيمه المثل مع فرض عدمه اشكالا)

و فى الحاشيه التقريريّه لبحث الاستاد غفر له ما مفاده انّ الوجوه فى معرفه قيمه المثل مع فرض عدمه من فرض وجوده و لو فى غايه العزّه او فرض وجوده كثيرا مبذولا او المتوسّط بينهما أنّما هى بناء على عدم الانقلاب سواء فى ذلك وجوب قيمه يوم المطالبه أم يوم الاداء أم الا- على من يوم الضمان الى يوم المطالبه أم الا- على الى يوم الاداء و امّا بناء على الانقلاب بالقيمة بالتعذر فالقيمة معلومه سواء قلنا فى القيمى بيوم الضمان أم يوم التّلف أم يوم الدّفْع أم اعلى القيم من يوم الضمان الى يوم التّلف و سواء قلنا بانقلاب العين أم المثل أم القدر المشترك فانّ فى جميعها مقدار القيمة المضمونه معلومه لانّ العين او المثل فى يوم الضمان او يوم التّلف او يوم الاعواز اما موجود او كان موجودا ثمّ تلف او اعوز فلا تخفى قيمته فى اليوم اللمدى انتقل الى القيمة و لا- يخفى ما فيه لانّ بناء على الانقلاب يجرى الكلام فى انّ العبره فى القيمة الّتى ينتقل المثل إليها هل هى القيمة المتوسّطه أم غيرها مثلا لو

قلنا بالانقلاب و كان المثل يوم تلف العين في غايه العزّه و عند شخص خاص لا يبيعه الا باضعاف قيمته فهل العبره بتلك القيمه
 أم تنتقل العين او المثل الى القيمه التي تفرض متوسّطه و كذا لو قلنا بالانقلاب و الاعلى من يوم التّلف الى يوم الاعواز بناء على
 انقلاب المثل او الاعلى من يوم القبض الى يوم التّلف بناء على انقلاب العين فهل العبره في الاعلى بتلك القيمه أم لا و الحاصل
 أنّ كلّ موجود لا يقدر وجوده في صدق التّعذر فلا عبره بفرض وجوده في التّقويم عند عدمه سواء قلنا بالانقلاب أم لا

قوله (و ليس في باب الضّمان ما يوجب هذا الانصراف)

و دعوى أنّ المتفاهم عرفا من ادّله الضّمانات هو اعتبار قيمه بلد التّلف خلاف الوجدان و ليست وارده لبيان هذه الجهه و الا
 وجهان يقال لو صادف المالك المتلف في غير بلد التّلف و اراد المطالبه فالعبره ببلد المطالبه لا من حيث ظهور ادّله الضّمانات
 في ذلك فانّ دليل السّيلطنه عمومها باعتبار انواع السّيلطنه على المال فهو أنّما يجدى فيما اذا شكّ في أنّ هذا النوع من السّيلطنه
 ثابتة للمالك و ماضيه شرعا في حقّه أم لا- و اما باعتبار السّيلطنه على الاشخاص و الاموال الثّابته في الذّمه فهي مهمله ليست
 مسوقه لبيانها و كذلك ادّله الضّمانات كعموم على اليد لا تدلّ الا على وجوب اداء المضمون به الى مالكة و اما وجوب ردّه إليه
 في اى مكان شاء فليست لها دلالة على ذلك و لا- يكون اطلاقها واردا لبيان هذا الامر بل من حيث أنّ المثل باق في ذمّته و
 للمالك مطالبته به لانّ الحقّ له و الزّمان و المكان سواء في ذلك فكما أنّه متى شاء المطالبه كان العبره بزمان الدّفْع فكذلك
 اينما شاء يكون العبره بذلك المكان

قوله (و يحتمل اخر مكان او زمان سقط المثل فيه عن المائيه)

فيه أنّ خصوصيّة المكان او الزّمان لو كانت موجبه لتفاوت مائيه المال و جب ردّ جميع هذه الخصوصيّة و اللّازم ح لحاظ قيمه
 الماء في تلك المفازة و لو لم تكن كذلك بل كانت نظير تفاوت الرّغبات فلا يجب الا ردّ العين او المثل فلا وجه لهذا الاحتمال

[فرع لو تمكّن من المثل بعد دفع القيمه]

قوله (فرع لو دفع القيمه في المثليّ المتعذر مثله)

اعلم أنّه قد اوضحنا سابقا أنّه لو لم يدفع القيمه و تمكّن من المثل و جب اداء المثل سواء قلنا بالانقلاب و عدمه و سواء كان
 التعذر طاريا او بدويّا امّا بناء على عدم الانقلاب فواضح و امّا بناء عليه فلما عرفت من أنّ التعذر موضوعيّ حتّى على قول
 المحقّق الثّاني القائل بالانقلاب في التعذر البدويّ و اما لو دفع القيمه بدلا عن المثل المتعذر ثمّ تمكّن من المثل فالحقّ عدم
 وجوب ردّ المثل ثانيا مط سواء قلنا بالانقلاب أم لا و على الانقلاب قلنا بانقلاب العين او المثل اما بناء على عدم

الانقلاب فلما ذكره في المتن من أنّ المثل كان دينا في الذمّه و بدفع عوضه مع التراضى سقط فلا يعود و أمّا بناء على انقلاب العين فلما ذكره أيضا من أنّها كانت مثليه حين وجود المثل و صارت قيميه بتعدّره و لا وجه لانقلاب ما في الذمّه الى المثل بعد دفعه و أمّا بناء على انقلاب المثل فلانّ المفروض سقوط المثل عن الذمّه و انقلابه الى القيمه و بدفعها سقط ما في الذمّه فلا يعود و دعوى أنّ السقوط مادامى قد عرفت الجواب عنه فيما سبق و لا يقاس المقام ببطل الحيلولة اذ لنا في ذلك حكمان وضعى و تكليفى و الساقط أنّما هو الحكم التكليفى و أمّا الوضعى فهو باق من جهة أنّ العين هناك بفقدتها او بوقوعها فى البحر لا تخرج عن ملك مالكة و اذا سقط الحكم التكليفى و هو وجوب ردّها لتعدّره و لم يسقط الحكم الوضعى ثم وجدت و تمكّن من ردّها و جب ردّها الى مالكة و هذا بخلاف المقام فانّ تعدّر المثل صار سببا لذهاب حقّ المالك عن الخصوصيه المثليه و لم تبق له ألبا المائيه و اذا اديها الضامن لم يبق للمالك حقّ اصلا و بقاء الخصوصيه المثليه حقا للمالك خلف مع أنّه خلاف فرض الانقلاب مضافا الى أنّ بناء على الانقلاب لا وجه للفرق بين انقلاب العين او المثل لانّ المدفوع ان كان نفس ما فى الذمّه فقد سقط رأسا و لم يبق اشتغال فيها و لو كان بدلا عن المثل ما دام التعدّر على تقدير انقلاب المثل فكذلك يكون بدلا عنه ما دام المثل متعدّرا على تقدير انقلاب العين

[السابع لو كان النالف المبيع فاسداً قيمياً]

[ضمان القيمي بالقيمه فى المقبوض بالعقد الفاسد، و الدليل عليه]

قوله و كيف كان فقد حكى الخلاف فى ذلك)

اذا كان مقتضى الأدله العامه الوارده فى الضمانات هو الرجوع فى القيمي بحسب المتعارف و الارتكاز الذهنى الى القيمه مضافا الى الأخبار الخاصه الداله على وجوب القيمه فى العبد و الغنم و نحوهما فلا اشكال فى وجوب القيمه فيما كان قيميا بحسب العاده و المتفاهم عند العرف و يكون القيمي مضمونا بالقيمه و لو وجد له مثل فى غالب الصّيفات فضلا عمّا وجد له مثل فى بعضها ألبا اذا ورد دليل خاص يقتضى خلاف ذلك فى مورد نعم لو وجد للقيميّ مثل فى جميع الصّيفات بحيث لم يحسب التالف قيميا عرفا و جب اداء المثل و لكنّه من باب أنّه ح مثليّ لما مرّ أنّ المماثل لا ينحصر فيما كان كذلك بالخلقه الاصليه بل لو كان للشىء مثل بالخلقه الخلقيه كالمكايين الموجوده فى هذه الاعصار و الثياب المنسوجه بها عدّ مثليا أيضا و المخالف فى باب القرض لو كان كلامه صريحا فى ذلك لم يعبا به

قوله (ثم أنّهم اختلفوا فى تعيين القيمه فى المقبوض)

الى اقوال الاوّل قيمه يوم التلف و هو المحكى عن الشّيخين و اتبعهما و ربما ينسب هذا القول الى الاكثر كما عن س و ما عن الشّهيد الثّانى فى لك من اعلى القيم من حين القبض الى حين التّلف بشرط ان يكون التّفاوت بسبب نقض فى العين او زياده فلو كان باختلاف السوق

لم يضمن و اعتبر قيمه العين يوم التّلف فليس قولاً- على حده لما سيجى ء فى المتن فى اخر البحث من أنّ جميع ما ذكرنا من الخلاف أنّما هو فى ارتفاع قيمه السّوقيه و أمّا اذا كان حاصلًا من زياده فى العين فالظاهر كما قيل عدم الخلاف فى ضمان اعلى القيم الخ الثّانى قيمه يوم القبض و هو مختار الشّرائع و ينسب الى الاكثر أيضا كما عن التّحرير و عن الدّروس و الرّوضه و غايه المراد أنّه المشهور و لعلّ الجمع بين نسبه كلّ من القولين الى الاكثر اختلاف العصرين الثّالث اعلى القيم من يوم القبض الى يوم التّلف و هو المحكّى عن ابن ادريس و جماعه و سيجى ء فى المتن أنّه لا- عبره بزياده قيمه بعد التّلف على جميع الاقوال الا أنّه تردّد فيه فى الشّرائع الخ و عليه يكون الاعلى من يوم القبض الى يوم الدّفع و جها على حده الرّابع قيمه يوم الدّفع و الاداء و المنقول عن سيّد مشايخنا الميرزا الشّيرازى ره تقويته لو لا الخوف عن مخالفه المشهور الخامس ما عن المفيد و القاضى و الحلبي فى خصوص ما لو كان فساد البيع بسبب احواله تعيين الثّمّن الى حكم احدهما ضمان قيمه يوم البيع الا ان يكون الحاكم هو المشتري فيحكم على نفسه بالا- كثر فيجب ح او يكون الحاكم هو البائع فيحكم بالاقبل فيتبع حكمه ح حجّه القول الاوّل أنّ الواجب العين و أنّما تحقّق الانتقال الى قيمه بالتّلف و تفاوت الرّغبات خارج عن عين المضمون فالضمان قبل التّلف امر معلق لا تنجز له و أنّما يتنجز بالتّلف لأنّه يجب الخروج عن عهده العين اذا تلفت و حجّه ما فصّله فى لك واضح و هو أنّ المضمون لا بدّ و ان يكون امرا متأصّلا متسلّطًا عليه و ليس ذلك الاّ الزّيادة العيّه بل هى نازله منزله الجزء الفاءت و اما زياده قيمه السّوقيه فهى امر اعتبارى فلا- تضمن مضافا الى دعوى دلالة صحيحه ابى و لّما د على ذلك حجّه القول الثّانى أنّ يوم القبض وقت تعلق الخطاب بالخروج عن العهده و القبض هو السّبب فى الضّمان فيعتبر وقته و فعلية الضّمان فى ذلك الوقت فانّ مجرد اليد على العين موجب لدخولها فى عهده الضّمان غايه الامر أنّ الضّمان ح مشروط بشرط متأخّر و هو تلفها مضافا الى دعوى دلالة صحيحه ابى و لّاد من حيث عدم القول بالفصل بين مورده الذى يكون من قبيل الغصب و المقام و حاصل الفرق بين القول الاوّل و الثّانى هو الاختلاف فى فعلية الضّمان يوم القبض و تعليقه و القائل بيوم القبض يرى الضّمان فعليًا و القائل بيوم التّلف يريه تعليقيًا حجّه القول الثّالث أنّ الاصل كما يكون مضمونًا فكذلك الزّيادة أيضا مضمونه و مقتضى الاشتغال وجوب الخروج عن العهده و القابض للمبيع بالعقد الفاسد كالمغصب مأخوذ باشقّ الاحوال و اعلم أوّلا أنّ الزّيادات فى قيمه العين على اقسام ثلاثه الاوّل الزّيادة بحسب الصّيفات الحاصله فى نفس العين كالتّسمن و الصّوف و الظّاهر عدم الخلاف فى كونها مضمونه سواء كانت بحسب الخلقه الاصلية الالهيه أم العارضيه الخلقيه

و بفعل الضامن فلو زال السيمن او الكتابه مثلا يكون مضمونا على القابض سواء كان موجودا حين القبض او حصل بعده و زال عند القابض الثاني الزيادة بحسب الاعتبارات التي توجب زياده في مائه المال كالكون في المكان الكذائي او الزمان كذلك و في ضمان هذا القسم خلاف و سيجي ء بعض الكلام في ذلك الثالث الزيادة بحسب الامور الخارجيه كقله المال و كثرته و قلّه الطالب و كثرته و امثال ذلك ممّا لا- يوجب زياده في مائه المال و الحقّ عدم ضمانها لوضوح أنّها خارجه عن مائه المال و ذهب بعض الى ضمانها و لا يخفى أنّ من ذهب الى ضمان الزيادات بحسب الامور الخارجيه قد صرح بانّ ضمانها أنّما هو فيما لم تردّ العين و اما مع اداء نفسها فلا يجب على الضامن اداء قيمه تلك الزيادات و هل هذا الّا تناقض اذ لو كانت تلك الزيادات مضمونه فلا- فرق بين اداء العين و عدمه كما في الزيادات بحسب الصّيفات و القول الثالث مبتن على امور ثلاثه الاول الالتزام بضمان الزيادة بحسب الامور الخارجيه الثاني الالتزام بكلام القائلين بيوم الغصب فانّ القائل باعلى القيم يوافق القائل بيوم الغصب من حيث المبدأ و يرى الضمان حين القبض فعليّا لا- تعليقيًا الثالث الالتزام بانقلاب العين الى قيمه يوم التّلف و امّا احتمال الا-على من يوم القبض الى يوم الدّفْع كما مرّت الاشاره إليه من ترديد المحقّق في باب الغصب فهو مضافا الى الالتزام بالامرین الاولین لا- بدّ من احتمال الالتزام بتحقّق شى ء مضمون به في الذمه غير قيمه الى حين الدّفْع حتّى تلاحظ القيم له و بعبارة اخرى اللّازم عدم الانقلاب بمجرد التعدّر الى قيمه كما هو مبنى القول بقيمه يوم الدّفْع و لو قلنا بالانقلاب حين التّلف الى القيمه لم يبق مضمون به غيرها الى حين الدّفْع فلا- معنى لملاحظه الا-على بعد التّلف فاللّازم على هذا الاحتمال بقاء شى ء مضمون به الى يوم الدّفْع و ذلك على سبيل منع الجمع اما من جهة كون القيميّ مضمونا بمثله و دفع القيمه اسقاط للمثل و اما من جهة بقاء العين بالخصوصيه العييه في الذمه الى حين الدّفْع و اما من جهة أنّ ما به قوام الشى ء و يكون ركنا في ذلك لا بدّ و ان يكون مضمونا و ليس الّا المائيه فالذمه تشتغل بها حين القبض و تبقى غير متقدّره بمقدار خاصّ من المائيه الى حين الدّفْع نظير الكلى الذهنى حجّه القول الرابع احد وجهين الاول أنّ ضمان القيميّ أنّما هو بالمثل ابتداء و بتعدّره عند الاداء ينتقل الى القيمه فلا- بدّ من اعتبار وقت الانتقال الى القيمه الثاني و هو الّذى كان يعتمد عليه على ما حكى سيّدنا المتقدّم ذكره أنّ قوام الشى ء و ما هو الرّكن في شبيئته و الرّكن في ضمانه عند العرف ليس الّا المائيه و خصوصيّاته الشخصيه او المثلثه أنّما تنظر إليها و تلاحظ في خصوص زمان التمكّن منها و المائيه التي هي الرّكن و هي عبارة عمّا يداوى به الالم و ينتفع به كمائيه منّ من الحنطه التي هي عبارة عمّا يشبع به عشره انفس مثلا تبقى في الذمه من حين القبض الى يوم الاداء غير متقدّره بمقدار خاصّ من المائيه و يتعيّن قيمه المنّ يوم الاداء و لا موجب لتقدير

القيمة فى يوم القبض او يوم التلّف حجّه القول الخامس امّا على ضمان قيمه يوم البيع فى غير مورد الاستثناء فهى حجّه القائل بيوم القبض على ما سيجى ء فى المتن من أنّهم لعلهم يريدون به يوم القبض و امّا على وجوب اتّباع حكم المشتري لو حكم بالاكثر و اتّباع حكم البائع لو حكم بالاقلّ فهى أنّ الحقّ إليهما و يصحّ منهما العفو اذا عرفت ما ذكرنا من الاقوال و حججها فاعلم أنّ عمومات ادلّه الضمان كعموم على اليد ما اخذت حتّى تؤدّى لو كانت مطلقه بالنسبه الى تعيين وقت اعتبار القيمة فى القيمة و دلّت صحيحه ابى و لاد على اعتبار قيمه يوم القبض كانت الصّحيحه مبينه لاطلاق الادلّه و الا لزم المصير الى التّظر فى الاستدلالات المذكوره و ملاحظه التّرجيح بينها و لكنّ الانصاف كما ستطلع عليه هو قوّه القول الثّانى و أنّه مقتضى الادلّه و قد يقال كما هو صريح عباره المتن أنّ المستفاد من ادلّه الضّمان منضمّه الى فهم العرف و العاده هو قيمه يوم التلّف اذ لا معنى للتّدارك الاّ هذا فانّ معنى ضمان العين عند قبضه كونه فى عهده و معنى ذلك وجوب تداركه ببدله عند التلّف حتّى يكون عند التلّف كأنه لم يتلف و تداركه ببدله على هذا التّحو بالتزام مال معادل له مقامه و اذا دلّت الصّحيحه على وجوب قيمه يوم الغصب فى المغصوب يلحق به جميع المقبوضات و ذلك لكشف الصّحيحه ح عن عدم اقتضاء اطلاقات الضّمان لاعتبار قيمه يوم التلّف لانه لو دلّت الادلّه على قيمه يوم التلّف فى المضمونات و الصّحيحه على قيمه يوم الغصب فى المغصوب فلا محيص عن احد امرين اما الخروج الحكمى للمغصوب اى تخصيص المغصوب بقيمه يوم الغصب من بين المضمونات و اما التّوسع فى موضوع ما دلّ على قيمه يوم الغصب فى المغصوب بالحاق جميع المضمونات به و ان شئت قلت يكشف ما دلّ على قيمه يوم الغصب فى المغصوب عن تخطئه فهم العرف قيمه يوم التلّف فى المضمونات لا- مجال للاؤلّ و هو اخراج المغصوب عن المضمونات حكما اذ اللّازم منه لو كانت قيمه المغصوب يوم التلّف اضعاف ما كانت يوم الغصب عدم التّدارك عند التلّف لما مرّت الاشارة إليه من أنّ معنى التّدارك بحسب فهم العرف و العاده هو قيمه يوم التلّف و على هذا يصير المغصوب من حيث الضّمان ادون من سائر المضمونات مع أنّه يؤخذ باشقّ الاحوال فاللّازم هو الوجه الثّانى و الحاق الجميع بالمغصوب باعتبار قيمه يوم الغصب و القبض هذا مضافا الى ما ادّعاه الحلّى من دعوى الاتّفاق على كون المبيع فاسدا بمنزله المغصوب الاّ فى ارتفاع الاثم فاللّازم هو البحث عن دلاله الصّحيحه

قوله (فضمن فيه البغل و سقط الكراء)

انّما افتي بذلك بناء على حمله الخراج بالضّمان على معنى الاسم المصدرى كما تقدّم فى قاعده ما يضمن

[الاستدلال بصحيحه أبى و لاد على أنّ العبره بقيمه يوم الضمان]

قوله (بل غير ممكن لأنّ السائل انّما سئل)

يريد من ذلك أنّه لو

لم يكن لفظ القيمة في كلام الامام عليه السلام بعد قوله نعم امكن ما احتمله الجماعه من ان مقصود السائل السؤال عن اصل الضمان و كان الامام بصدد الجواب عن ذلك و اما مع ذكرها في كلامه (ع) فلا مجال لهذا الاحتمال مع ان الظاهر مفروغيه اصل الضمان عند السائل و لذا قال أ رأيت لو عطب البغل الخ و أما اراد السؤال عن مقدار الضمان فالخبر دال على قيمة يوم المخالفه لأن اصل الضمان ثابت بتقرير الامام (ع) بقوله نعم و لا وقع لزيادته (ع) بقوله قيمة بغل يوم خالفته الا لتعيين المضمون به فعلى تقدير كون اليوم متعلقا بنعم يفيد أيضا ضمان قيمة يوم المخالفه فلا ضير في تعلقه بنعم و افاده ذلك كما ان قوله (ع) عليك قيمة ما بين الصبح و العيب يوم تردّه عليه يكون الظرف متعلقا بعليكم و هو بمعنى يلزمك

فان قيل على هذا فما الداعي على استشهاده قدس سره بالوجهين السابقين لتعيين قيمة يوم المخالفه و عدم استشهاده بهذا الوجه له

قيل السير في ذلك ان على الوجهين فدلاله الصيحيحة على قيمة يوم المخالفه بالمطابقه اذ المعنى بناء عليهما يلزمك قيمة يوم المخالفه كما هو واضح و اما على هذا الوجه فدلالته بالالتزام اذ معناه المطابقى ح انه يلزمك يوم المخالفه قيمة البغل من دون دلاله على لزوم قيمته في ذلك اليوم او في يوم التلف او غير ذلك و لكن بالالتزام يدل على قيمة يوم المخالفه اذ لو كان يوم المخالفه يوم تعلق الضمان و فعليته فلا يعقل ان يكون الضمان يوم المخالفه فعليًا و يقدر قيمه ما بعده فلا محاله تقدر قيمه يوم فعليته الضمان نعم و جوب الاداء يمكن ان يكون متأخرًا اما قيمة اليوم المتأخر لا يمكن ان يجتمع مع الضمان المتقدم فاذا دلت على الالتزام بيوم المخالفه دلت بالالتزام على قيمة ذلك اليوم

قوله (و قد اطنب بعض في جعل فقره ظاهره)

و هذا عجيب فقد عرفت تضعيف احتمال تعلق الظرف بلزوم القيمة فكيف بدعوى الظهور مضافا الى كثرة الاحتمالات الموجوده في المقام فان النسخ على ضربين ففي بعضها قيمة بغل يوم خالفته و في بعض نسخ الكافي و الاستبصار قيمة البغل يوم خالفته محلى بالالف و اللام و اليوم على تقدير كون البغل محلى باللام منصوب على الظرفيه بلا اشكال و اما على تقدير عدم اللام فيحتمل فيه وجهان الاول نصبه على الظرفيه و قراءه بغل بالتثوين بدلا عن اللام و الثانى جره على اضافه القيمة المضافه الى البغل إليه ثانيا و قد اوضحناه في شرح عبارته المتن و على النصب فيحتمل ما ذكره المصنف من ان يكون اليوم قيد للاختصاص الحاصل من اضافه القيمة الى البغل و يكون الظرف متعلقا بالقيمة باعتبار تضمينه الفعل بان يراد منها ما يتقوم به و يحتمل ان يكون متعلقا بيلزمك المستفاد من قوله (ع) نعم و قد عرفت انه ح اما يكون ساكتا عن كون المضمون قيمة يوم المخالفه

كما احتمله جماعه و اما ان يكون دالاً بالالتزام على ذلك كما احتمله المصنّف و يحتمل ان يكون اليوم ظرفاً مستقراً كما مرّ و يحتمل ان يكون الظرف متعلّقاً بنعم بتقدير من كما مرّ أيضاً

قوله (فهذا الاحتمال من هذه الجهه ضعيف أيضاً)

فيه منع أولاً بأنّ عدم سقوط ضمان ما حدث و ارتفع ليس مقتضى فتوى الجميع كما أنّ ما ذكره السيد الطّباطبائي ره فى الحاشيه من أنّ سقوط الضّمان مقتضى فتاويهم بقوله و الظاهر أنّ فتواهم أيضاً على هذا لا على ما ذكره المصنّف بل لم اجد من صرح بما ذكره و ان لم اتّبع انتهى محلّ منع أيضاً و المسأله خلافه فقول بسقوط الضّمان مط و قول بعدمه كذلك و قول بالتفصيل بين زواله بفعل الله تعالى او بفعل الغاصب و من بحكمه كالقابض بالعقد الفاسد مطلقاً اى وصف كان و قول بالتفصيل بين وصف الصحّه كما اذا حدثت نقطه فى عين الدابّه المغصوبه و ارتفعت عند الغاصب و سائر العيوب كما اذا زال السّمن او انهزل ثمّ ارتفع و عاد الى الحاله الاولى و فى الحقيقه مرجعه الى التفصيل بين ما كان قابلاً للزيادة كالسّمن و ما لم يكن كذلك كالثّقطه فإنّ وصف الصحّه ليس قابلاً للزيادة بخلاف السّمن فأنه لو لم يحدث الهزال كان الحيوان قابلاً لان يصيرا سمن من الحاله الاولى فاذا زال السّمن و عاد لم يسقط الضّمان و اذا زال وصف الصحّه و عاد سقط الضّمان و هذا النزاع جار أيضاً فى حدوث العيب او الغبن بعد العقد و ارتفاعه قبل القبض او حصوله حال العقد و ارتفاعه قبل القبض فذهب جماعه الى سقوط الخيار مط و جماعه بعدمه كذلك و جماعه الى التفصيل و الغرض أنّه ليس عدم سقوط الضّمان مقتضى فتوى الجميع و لا المعظم و ان كان الحقّ سقوط الضّمان فى باب الغصب لو كان ارتفاع العيب بفعل الغاصب كما لو ردّ الماء الى المفازه بعد اخراجه منها بناء على مدخلّيه المكان فى الضّمان لكن بناء على اعتبار قيمه الدّفْع فى العيب فإنّ بناء عليه يكون دفع العين صحيحه الى المالك بردها الى الصحّه بعمل منه بمنزله تسليم المبيع صحيحاً فإنّ الصحّه و ان حصلت فى ملك المالك الا أنّ الغاصب لمّا كان مأموراً برّد العين الى الصحّه صار عمله محترماً فانتفع بعمله و هذا بخلاف ما لو قلنا باعتبار قيمه يوم تلف وصف الصحّه فإنّ عود العين الى الصحّه و لو كان بفعل من الغاصب لا يقتضى ح خروجه من الضّمان الّذى تحقّق بمجرد حدوث العيب و ارتفاعه حصل فى ملك المالك و لا ينتفع به الغاصب فهو ضامن للعيب و الحقّ فى باب الخيار سقوطه بارتفاع الغبن او العيب لأنّ المدار فى هذا الباب على تسليم المبيع صحيحاً لا العقد على الصّحيح و ثانياً لو سلّم كون الاحتمال مخالفاً للفتوى فلا يوجب هذا ظهور الكلام فى الاحتمال الآخر و الاولى فى ضعف هذا الاحتمال ما قاله بعض الاساتذه الاعلام و هو أنّ العيب بمعناه غير قابل لان يتعلّق به الظرف لأنّ المراد منه

الحاصل من المصدر و هو معنى اسمى و لم يوجد فيه معنى الفعل كما انّ تعلق اليوم بالطرف المستقر باعتبار كون اليوم صفة للعب بان يكون المعنى العيب الثابت يوم الردّ يخالف مقتضى القواعد العربيّة اذ الطّرف المستقرّ ينحصر في أربعة الحال و الخبر و النّعت و الصّيّله و لا- يمكن ان يفرض هنا الا الوصفيّه و ذلك لا يجوز لانّ العيب معرّف باللام و اليوم مجرد عنه و الحاصل انّ الطّرف في قوله (ع) عليك قيمه ما بين الصّحّه و العيب يوم تردّه يحتمل وجوها الاوّل تعلقه بعليّك الثّاني بالقيمه الثّالث بالعب و باعتبار نفس الجملة مع قطع النّظر عن صدر الزّوايه و ذيلها يكون الاوجه هو الاوّل لما عرفت من أنّه اذا كان في الكلام فعل او شبهه فهو اولى بان يكون الطّرف متعلّقا به

قوله (و يؤيّده أيضا قوله (ع) فيما بعد في جواب الخ)

اراد تأييد الوهن في دلالة الفقرة الثّانية على يوم المخالفه بالجملة المذكوره بوجهين الاوّل أنّه لو كان العبره بيوم المخالفه لم يكن وجه لتقديم قول المالك فأنّه خلاف الاصل فكيف يكون اليمين عليه و المالك يكون مدّعا حيث يدعى زياده قيمه في يوم المخالفه و هذا خلاف الاصل و الغاصب يكون منكرا و مقتضى القاعده ان يكون اليمين عليه الثّاني لو سلّم تقرير الدّعى على نحو يكون المالك منكرا فكيف يكون البيّنه عليه و هذا بخلاف ما لو كان الاعتبار بقيمه يوم التّلف فأنّه يمكن فرض كون اليمين على المالك في صورته و كون البيّنه عليه في صورته اخرى امّا الاوّل فبان يحمل توجه اليمين على المالك على ما اذا اختلفا في تنزل قيمه يوم التّلف مع اتّفاقهما على قيمته سابقا و لا- شكّ ح انّ القول قول المالك فانّ المالك يكون منكرا للنقصان و الغاصب مدّعا له و الاصل مع المالك و امّا الثّانية فبان يحمل سماع البيّنه من المالك على ما اذا اتّفقا على عدم تفاوت قيمته السّابقه الى يوم التّلف و لكن اختلفا في السّابقه من حيث الزّيادة و النّقصان و يكون المالك مدّعا للزيادة و الغاصب منكرا فيكون البيّنه على المدّعى و هو المالك و يرد عليه أوّلا- انّ اشكال الجمع بين اليمين و البيّنه على المالك يرد على اى حال سواء كان الاعتبار بيوم المخالفه او بيوم التّلف و حمل كلّ منهما على صورته خاصّه يجرى في كلّ منهما اذ كما يفرض الصّورتان على تقدير يوم التّلف فكذلك يفرض على تقدير يوم المخالفه اما صورته كون اليمين على المالك فهو ما اذا اختلفا في تنزل قيمه يوم المخالفه مع اتّفاقهما على قيمته سابقا كيوم الكراء و لا- شكّ ح انّ القول قول المالك فأنّه منكر للنقصان في يوم المخالفه و امّا صورته كون البيّنه عليه فهي ما اذا اتّفقا على عدم تفاوت قيمته السّابقه الى يوم المخالفه و لكن اختلفا في السّابقه من حيث الزّيادة و النّقصان فالمالك مدّع للزيادة و يكون الغاصب منكرا و الحاصل أنّه لا فرق على كلّ من الاعتبارين فيما ذكر فان قيل باشكل الجمع فهو جار على اى تقدير و ان قيل بالحمل على صورتين فكذلك و ثانيا انّ كون البيّنه على المدّعى فقط

ليس اتفاقاً و جواز جماعه سماع البيئه من المنكر و لهم ادله مذكوره فى محلها و لا بأس بحمل هذه الفقرة على صورته خاصه و هى ما اذا اختلفا فى تنزل القيمه يوم المخالفه مع اتفاقهما على قيمته سابقا و تكون الصيحيحه ح من ادله جواز سماع البيئه من المنكر و يؤيده ان الامام (ع) جعل الوظيفه فى المقام أولا- حلف المالك او رده على الغاصب ثم قال او يأتى صاحب البغل بشهود فيكون المراد الحكم بان يحلف او يرد و لو لم يرد الحلف احتراماً او لم يطمئن بحلف الطرف فعليه البيئه حتى يلزمك القيمه التى يريد اثباتها فى يوم المخالفه و قد يستدل بقوله (ع) فى جواب السؤال عن اصابه العيب عليك قيمه ما بين الصحه و العيب يوم ترده على تعيين قيمه يوم الرد و ذلك بعد تمهيد مقدمتين الاولى ما مر الاشاره إليه من ان ضمان الاوصاف فى تعيين يوم قيمتها تابع لضمان العين و ذلك لان ادله الضمانات لم تنهض مستقلة لضمان الاوصاف حتى يمكن التفكيك بينهما بل ضمانها من باب ضمان اليد و تتبع ضمان العين و الوصف مأخوذ تحت اليد باعتبار اخذ الموصوف كما ان ضمان المنافع أيضا من باب التبعيه و اذا كان ضمانها تابعا لضمان موصوفاتها فللملازمه بين الصيغه و الموصوف بحسب العرف و العاده لا بد ان يكون زمان ضمان الوصف تابعا لزمان ضمان الموصوف الا ان يقوم نص صريح بالتفكيك الثانيه انه لو قلنا بوجود قيمه يوم الرد فالقول قول المالك دائما و لو قلنا بيوم الغصب او يوم التلف او اعلى القيم فالقول قول الغاصب و ذلك لان لازم الاول بقاء العين اما بخصوصيتها الى يوم الرد فى عهده الضامن و اما بماليتها غير متقدره فاذا ادعى المالك زياده قيمه العين أو الوصف يوم الرد فالقول قوله لانه الاصل عدم خروج ذمه الضامن بما يدعيه من القيمه لانه شك فى السقوط بعد ثبوت العين او الوصف بنفسها او بماليتها و اما على تقدير القول بغيره من الأقوال فالاصل عدم اشتغال ذمه الضامن بازيد مما يدعيه لان الشك ح فى الثبوت لا فى السقوط اذا عرفت ذلك فيقال ان قوله (ع) عليك قيمه ما بين الصحه و العيب يوم ترده عليه ظاهر فى اعتبار تفاوت قيمه الصحه و العيب يوم الرد و بالملازمه بين ضمان الوصف و العين يستكشف ان ضمان العين أيضا باعتبار يوم الرد و ذلك لان ظاهر قوله (ع) انت و هو اما ان يحلف الخ بعد سؤال السائل فمن يعرف ذلك ان مورد السؤال انما هو فى صورته التنازع فى الزيادة و فرض الامام (ع) قول المالك موافقا للاصل فى هذه الصوره منحصر فى ان يكون المدار على يوم الرد و حملة على صورته التنازع فى التنزل بعيد جدا لعدم اشعار فى الزوايه عليه فضلا عن الظهور و على هذا يكون الطرف قيدا للقيمه او متعلقا بعليك و على اى تقدير يدل على اعتبار قيمه يوم الرد اما بالصيراحه و اما بالملازمه ثم مع ظهور كون الجملة فى صورته التنازع فى الزيادة و ان الاصل مع قول المالك باعتبار عدم سقوط ما فى ذمه

الضامن بدفع الاقل تحمل البيئه على ما ذكرنا من انه لدفع اليمين و تكون الروايه شاهده للقائل باعتبار البيئه للمنكر و بالجمله قد يدعى ظهور الروايه فى خصوص هذه فقره فى ان المناط فى القيمى بقيمه يوم الرد لما عرفت غايه الامر انه يقع الاشكال من حيث التعارض بين صدر الروايه و ذيلها فان الصيبر كما تقدم لا يخلو عن ظهور فى ان المدار على يوم المخالفه و لكن يمكن ان يقال ان الذيل اظهر فى اعتبار يوم الرد من الصدر فى اعتبار يوم المخالفه و ذلك لامكان كون اليوم فى قوله (ع) يوم خالفته متعلقا بنعم كما استظهره جماعه و كان يوم المخالفه يوم حصول سبب الضمان و هو الغصب لا يوم فعليته و هذا بخلاف يوم تردده فانه لو كان متعلقا بعليكم لكان متعينا لكونه يوم الضمان اذ لا يمكن ان يتحقق سبب الضمان فى يوم الرد و يكون يوم الفعلية مقدما عليه و حمل الذيل على المتعارف فان المتعارف اداء الارش يوم رد العين و ان كان يوم ضمانها قبل هذا اليوم بعيد جدا اذ الظاهر ان الامام (ع) بصدد بيان يوم التيدارك اى العين بجميع اوصافها مضمونه الى يوم ردها فيجب ان يلاحظ تفاوت الصيحيح و المعيب يوم الرد ثم انه قد مر فى المتن فى تأييد استظهار الاعتبار بيوم المخالفه ان الوجه فى التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفه هو التنبيه على سهوله اقامه الشهود على قيمته فى زمان الاكتراء لكون البغل فيه غالبا بمشهد من الناس فتغيير التعبير ليس لعدم العبره بزمان المخالفه بل للتنبيه على سهوله معرفه القيمه بالبيئه و لا يخفى عليك ان هذا التأييد يتم لو كان اعتبار يوم الاكتراء لثلف نفس البغل و الحال ان قوله (ع) او ياتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمه البغل حين اكرى كذا و كذا واقع فى ذيل قوله (ع) عليك قيمه ما بين الصبحه و العيب يوم تردده فاعتبار يوم الاكتراء لاحراز قيمه الصبحه و تعيين ما به التفاوت بين الصبحه و العيب اى اذا اتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمه البغل حين اكرى كذا و كذا فعليكم تفاوت قيمه يوم الاكتراء الذى كان البغل فيه صحيحا و يوم الرد الذى كان فيه معيبا لانه اذا احرز الصبحه فى يوم الاكتراء و علم بقيمته معيبا يوم الدفع و المتعارف عدم تفاوت قيمه الصيحيح للبغل خمس عشر يوما فقد احرز قيمه الصيحيح يوم الدفع و قيمه المعيب معين بالفرض لوجود البغل فى يوم الدفع معيبا فيجب تفاوت الصيحيح و المعيب فى يوم الرد فالعبره بيوم الاكتراء لاحراز قيمه الصيحيح فى يوم الرد و لو علم بقيمه الصيحيح فلا بد من فرض وجوده صحيحا و الامر بالتأمل من المصنف بعد عبارته المتقدمه يحتمل ان يكون مضافا الى ما مر اشاره الى ما ذكرنا و الحاصل ان الامر دائر بين رفع اليد عن ظهور يوم خالفته و رفعها عن ظهور يوم تردده و الاول اولى اذ لا محذور فيه الا مخالفه ظاهر تعلق اليوم بالقيمه و الامر سهل لامكان

التصريف في لفظ القيمة بان يراد منها المائيه اى القيمة الغير المتقدّره و يكون المعنى تجب المائيه الغير المتقدّره بمقدار من القيمة يوم المخالفه و اما تقدير المائيه بقيمه يوم المخالفه فالزوايه تكون ساكته عنه و مع هذا التصريف و ارتكابه يوافق جميع الفقرات اللاحقه و هذا بخلاف التصريف فى يوم تردّه فانّ قيمه يوم الردّ لا يراد منها الا المائيه المتقدّره بمقدار لعدم امكان ان يكون فى يوم الردّ غير متقدّره لعدم زمان بعده حتّى يمكن فرض تقديرها فيه هذا مضافا الى أنّه لو تصريفنا فى يوم الردّ و ارتكبنا فيه خلاف الظاهر لا توافقه الفقرات اللاحقه اذ يردح اشكال فرض المالك منكر لانه لو لم يكن المدار على يوم الردّ فالمالك مدّع للزياده و لكنّ القول بيوم الردّ لو لم يكن مخالفا للاجماع لا يرب فى شدوده و الاصحاب معرضون عن العمل بذيل الصّحيحه حتّى انّ الشّيوخ ره فى ط أنّما عمل بملحقات الذّيل من كون اليمين و البيّنه على المنكر من حيث التّعبد فى خصوص الغضب لكون الغاصب يؤخذ باشقّ الاحوال لا من حيث اعتباره يوم الردّ فى القيميات من المضمونات و قد عرفت فى المقدمه الثّانيه التّلازم بين القول بيوم الردّ و كون المالك منكر نعم ترديد المحقّق و احتماله الا على من يوم القبض الى يوم الدّفع فى باب الغضب كما مرّت الاشاره اليه يمكن ان يكون مستندا الى ظهور الصّحيحه فى انّ مجرد التّلف لا يوجب صيروره التّالف القيمى قيميا فتبقى العين فى الذّمه امّا بشخصيّتها او بماليتها و امّا الاحتمال الأخر الّذى ستسمعه من المتن و هو ان يكون الاحتمال المذكور نظرا الى الانقلاب الى المثل و لو فى القيميات لانه اقرب الى التّالف فهو فى غايه البعد لانّ الاقربيه ليس لها صغرى و لا كبرى فالظّاهر انّ منشأ التّرديد هو ذيل الصّحيحه و لكنّه احتمال فى احتمال و لا يخرج القول بيوم الدّفع عن الشّدوذ و اعراض الاصحاب فظهور الصّدر على تقدير سلامته من المناقشات خال عن المعارض

قوله (و لم اظفر بمن ووجه دلالتها على هذا المطلوب

و توجيهها بان المراد من قوله (ع) يوم خالفته ليس خصوص يوم حدوث المخالفه و مناسبه الحكم و الموضوع تقتضى ان يكون المغصوب فى جميع ايام الغضب و المخالفه فى عهده الغاصب و كلّ يوم فهو يوم المخالفه و لا وجه لتعيين القيمة فى أول يوم من ايامها فالضّمان ثابت ما دامت المخالفه ثابتة و فى كلّ يوم يكون العين بقيمتها فى ذلك اليوم فى عهده الغاصب و اذا فرض قيمه العين فى يوم من ايام المخالفه و الغضب فى اعلى درجات القيمة ضمنه الغاصب و ان تنزلت عنه او لم يكن بهذا المقدار فى يوم حدوث المخالفه و لما امتنع اجتماع الضّمانات لعين واحده يدخل الادنى تحت الاعلى و الاقلّ تحت الاكثر و ينحصر الضّمان بالاكثر فعلى القول

بفعلية الضمان يوم الغصب و امكان الجمع بين ضمان العين و القيمة كما ستعرفه لا- موجب لتقدير القيمة فى يوم حدوث المخالفه خروج عن طريقه الفهم العرفى كما هو واضح ثم انه قد يستدل لهذا القول بما تقدم فى نقل الاقوال من الالتزام بالضمان فى الزيادات بحسب الامور الخارجيه كقله المال و كثرته و قلّه الطالب و كثرته و نحو ذلك مما لا يوجب زياده فى مائته و فيه ما تقدم من المخالفه لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع ردّ العين

[الاستدلال على أعلى القيم بوجه آخر، و المناقشه فيه]

قوله (عدا ما حكاه فى الرياض عن خاله العلامه)

هذا وجه اخر و حاصله انّ عدم ضمان الاعلى ضرر على المالك و الضرر منقضى شرعا و لكن لا بدّ ان يعلم انّ قاعده نفي الضرر حاكمه على الادله المثبتة للتكاليف بإطلاقها فى الموضوعات الضرريه و ليس مثبتا لحكم به يرتفع الضرر و بعباره اخرى مفاد القاعده نفي الاحكام المجعوله الضرريه لا اثبات حكم رافع للضرر و لاجل هذا لم يتمسك احد من الاصحاب بها فى المقام

قوله (لغلبه اتحاد زمان البيع و القبض فافهم)

يمكن ان يكون إشاره الى عدم المحيص أا بالحمل المذكور و يمكن ان يكون إشاره الى بعده لعدم الداعى لهم الى التعبير بلفظ و إرادته غيره ثم أنك بعد الاحاطه بما تقدم تعرف انه لم يبق من الاقوال ما يعتمد عليه أا القولان المشهوران يوم التلف و يوم الغصب و يستدلّ للاول بانّ قضيه كون الشئ على عهده الشخص بحكم الشارع المستفاد من قوله (ص) على اليد ما اخذت حتى تؤدى بعد حصول التعدى و من غيره من ادله الضمانات هو وجوب حفظه عليه و رده الى المالك سليما مهما امكن الردّ و اذا لم يمكن فان كان من جهه حيلولة بينه و بين المالك يجب على المتعدى دفع ما يقوم مقام ماله فى جميع ما كان له بالنسبه إليه من انحاء السيطنه بالبيع و الهبه و الاجاره و الاكل الى غير ذلك مع بقاء ماله على ملكه و ان كان من جهه انعدامه و تلفه عرفا يجب عليه ان يدفع الى المالك ما هو بدله من المثل او القيمة فاشتغال الذمه بها انما يحصل فى زمان تلف المال و أا لم يعقل البدليه فالعهده لها اقتضاءات مختلفه بحسب حالات المال هذا مضافا الى اخبار ظاهره فى اعتبار يوم التلف و هى كثيره المذكوره فى ابواب الضمانات فمن ذلك ما ورد فى باب الرهن ففى الوسائل نقلا- عن كتاب الكافى عن ابي حمزه سألت أبا جعفر (ع) عن قول عليّ (ع) يترادان الفضل فقال كان عليّ يقول ذلك قلت كيف يترادان فقال ان كان الرهن افضل ممّا رهن به ثم عطب ردّ المرتهن الفضل على صاحبه و ان كان لا يسوى ردّ الرهن ما نقص من حقّ المرتهن قال و كذلك كان قول عليّ فى الحيوان و عن اسحاق بن عمار سألت أبا ابراهيم (ع) عن الرجل يرهن الرهن بمائه درهم و هو يساوى ثلاثمائه درهم فيهلك على

الرَّجُلُ ان يردّ على صاحبه مائتي درهم قال نعم لأنه اخذ رهنا فيه فضل و ضيّعه قلت فهلك نصف الرهن قال على حساب ذلك قلت فيترادان الفضل قال نعم فالخبران دالمان على أنّ القيمي بمجرد التلّف ينتقل الى القيمه و يحتسب قهرا في مقابل الدّين و التّهاتر القهري لا يعقل الا بالانتقال الى القيمه يوم التلّف و الا كان على الرّاهن ان يؤدّي الدّين و يأخذ حقّه عن المرتهن اما بقيمه يوم التلّف او يوم الدّفْع او اعلى القيم او يوم التّفريط لو كان غير يوم التلّف و قيل به و حملهما على الاحتساب بالتراضى حمل بلا موجب خصوصا الخبر الأخير و سيّما ذيله فانّ قوله (ع) على حساب ذلك دالّ على أنّ مجرد التلّف يوجب خروج ذمّه الرّاهن بمقدار ما تلف بتفريط المرتهن و تضييعه نعم لا بدّ من حملهما على أنّ الرهن قيمي لا مثليّ و أنّ الدّين من التّقدين كما يدلّ عليه ذيل الخبر الأوّل و كذلك كان قول عليّ (ع) في الحيوان و لو سلّم المناقشه في الخبرين ففي الباب اخبار اخر صريحه في السّيّقوط كقوله (ع) و ان كان الرهن سواء فليس عليه شىء و قوله (ع) و ان كان الرهن يسوى ما رهنه فليس عليه شىء و في خبر اخر و ان كان الرهن يسوى ما رهنه عليه فالرهن بما فيه و الاخير في غايه الصّيراحه في السّيّقوط اى الرهن بدل من الدّين و قد ظهر أنّه لا- حاجه الى خبر يشتمل على لفظ السّيّقوط اذ لو اريد المناقشه امكن فيه أيضا بحمله على السّيّقوط بالتراضى لا بالتّهاتر

فان قلت انّ اطلاق هذه الاخبار يشمل المثلى أيضا

قلت أولا- لا اطلاق فيها بالنسبه الى المثلى للاجماع القائم على خروجه و ثانيا لو سلّم دخوله في اطلاقها فهو خارج عن ظهورها اذ الظاهر منها أنّها في خصوص القيميّات و ذلك مثل الامر فانّ اطلاقه يشمل الوجوب و التّيدب و لكنّه ظاهر في التّيدب و من ذلك ما ورد في باب العتق فعن عبد الرّحمن عن ابى عبد الله (ع) عن قوم ورثوا عبدا جميعا فاعتق بعضهم نصيبه منه هل يؤخذ بما بقى فقال (ع) نعم يؤخذ منه بقيمته يوم اعتق و في معناه روايات اخر و استدللّ أيضا باخبار وارده في باب الاجاره هذا غايه ما يمكن ان يستدلّ به لاعتبار يوم التلّف و فيه منع كون مقتضى الضّمان و العهده المستفاد من قوله (ص) على اليد ما اخذت و غيره من الادلّه و هو اعتبار قيمه يوم التلّف كما ستسمعه و امّا الاخبار المذكوره فلا بدّ من حملها على صوره الاتلاف لعدم ضمان المرتهن عند التلّف لورود اخبار كثيره بذلك و الكلام في التلّف هذا مضافا الى أنّ الغالب في اتلاف الرهن أنّه في يوم التعدّى و التّضييع و هو يوم المخالفه كما أنّ اتلاف العبد على القوم بعق شقص منه الموجب لتقويم قيمته يوم الاتلاف ملازم ليوم المخالفه عاده و الاقوى هو الثّانى لما مرّ من أنّ وقت التعدّى وقت تعلق المتعدّى فيه بعهد

المتعدّي فيجب ان يلاحظ قيمه يوم التعدّي و المتفاهم بحسب العرف من دليل اليد و غيره من ادله الضمانات هو ذلك فان ما نريده لوجوب اعتبار قيمه يوم الغصب و القبض جزءان الاوّل فعليه الضمان و الثّاني تقدّر التعدّي فيه بالمائيه و قيمه حين الضمان و بمجرّد اليد و الاستيلاء على المعين و المتفاهم من الادله هو ذلك و كون اليد و الاستيلاء على العين سببا للضمان و تقدير قيمه و ما تقدّم في تأييد اعتبار قيمه يوم الدّفْع من كون العين بماليتها الغير المتقدّره في عهده الضامن فالانصاف أنّه مجرد احتمال عقليّ و مخالف لما هو المرتكز في الاذهان العرفيه و لا محذور في الالتزام بفعلية الضمان يوم المخالفه على نحو الشرط المتأخّر فانّ حاصل تقييد ضمان القيمه بالتلف يرجع الى لزوم قيمه يوم المخالفه مع كون العين تالفه و هذا امر متّرع مقارن لوقت الضمان و هو وضع اليد و الاستيلاء فمعنى ضمان يوم المخالفه ضمان العين بقيمه يوم المخالفه فعلا مشروطا بتلف العين و هذا المعنى امر اعتباريّ يعتبره العقلاء و لا يلزم أيضا الجمع بين اللّحاظين ضمان العين و ضمان القيمه فعلا فانّ احدهما في طول الاخر لانّ اعتبار قيمه يوم الغصب ليس على نحو الاطلاق حتّى ينافى فعلية ضمان العين بل هو مشروط بتلفها فلو قام الدليل على وجوب ردّ العين ما دامت باقيه و ردّ قيمتها التي كانت لها في يوم الغصب لو تلفت لا محذور فيه اصلا لا عقلا و لا عرفا مع انّ الاحتياج الى تقدير الشرط ثابت على جميع الاقوال فانّ اعتبار يوم التّلف ليس الا أنّه يجب ردّ العين لو كانت باقيه و قيمتها الثّابته يوم التّلف لو كانت تالفه و هكذا بناء على اعتبار قيمه يوم الردّ غايه الفرق انّ على سائر الاقوال لم يؤخذ الشرط متأخرا بل نفس القضيّه شرطيه و أنّها اذا تلفت يجب قيمتها حين التّلف و يؤيّد هذا القول امور منها اجماعهم في مسئله بدل الحيلولة على وجوب قيمه العين على الضامن بمجرد الحيلولة اذ لو لم يكن الضمان فعليا لا وجه لوجوب قيمه العين بمجرد عدم التمكن و لا يمكن الجمع بين عدم فعلية الضمان و وجوب بدل الحيلولة و كون القيمه بدلا عن السّيلطنه الفائته توجيه واقع من المصنّف ره و منها أنّه لو لم يلتزم بقيمه يوم الغصب و ما بحكمه تبقى العين في ذمه الضامن غير متقومه بالمال و بقائها في الذمه غير متقدّره يقتضى ضمان منافعتها مع أنّهم لا يلتزمون به و البراءه من المنافع ملازم لفعلية الضمان بالقيمه يوم وضع اليد على العين و منها اجماعهم في مسئله تعاقب الايادي على العين المغصوبه على جواز مطالبه المالك لقيمه العين من ايّهم شاء مع امكان المطالبه ممّن تكون العين في يده فحكمهم هذا ظاهر في انّ الغصب سبب لتحقّق الضمان فعلا بقيمه المغصوب و الا لم يكن وجه لجواز المطالبه من غير من تكون العين في يده

[تعذر الوصول إلى العين في حكم التلف]

قوله (ثمّ انّ في حكم تلف العين في جميع ما

(ذكر)

اعلم أنه يلزم أولاً- تأسيس الاصل في المسأله ليكون مرجعا عند الشك و حقه ان يقال لو قلنا بفعليه الضمان بالغصب فمقتضى قاعده اليد جواز المطالبه بالبدل مط سواء صدق التعذر أم لا و سواء تضرر المالك من الصبر أم لا و ذلك لأن ما خرج عن هذه القاعده هو صوره رد العين فان فعلية الضمان بالبدل مشروطه بعدم رد العين اجماعا و في غير هذه الصوره لم يعلم بتعليق و لا شرط و بناء عليه فلا حاجه في اثبات وجوب اداء البدل من القيمه او الغرامه باى معنى اريد منهما كما ستعرفه الى قاعده الضرر و صدق التلف و امثاله من التعذر او الخروج عن القيمه مضافا الى ما مر من ان قاعده الضرر ليست مثبتة لحكم بل هو ناف للحكم المجعول الضررى و المسأله ليست لفظيه و ممّا قام عليه ادله بلفظ التعذر حتى ينظر فى صدق التعذر او التلف او عدمهما و الحاصل لو قلنا بفعليه الضمان يوم الغصب فالاصل بمقتضى القاعده جواز المطالبه بالبدل مط و اما لو قلنا بفعليه الضمان بالتلف انعكس الاصل فانّ بناء عليه يكون اغلب موارد المسأله مشكوكه للشك فى صدق التلف و التعذر و الاصل البراءه اذا عرفت الاصل على كل من البنائين ففى صورته تلف العين حقيقه كما فى التالف القيمى او حكما كالغرق و السرقة فى المقام فلا اشكال فى وجوب الغرامه على الضامن اذا حصل الأأس من الوصول الى العين لحصول الشرط بنفس تحقق التلف سواء قلنا باعتبار يوم الغصب او يوم التلف و أمّا اذا لم يكن فى حكم التلف او لم يحصل الأأس بل كان عدم وجوب رد العين للمنع الشرعى كاللوح المغصوب المنصوب على السيفينه اذا خيف من نزع تلف نفس و لو كان نفس الغاصب او تلف مال لغير الغاصب و كذا فيما لا يكون التعذر مسقطا للتكليف بل كان ممكنا بحيث يجب عليه السعى فى مقدماته ففى الانتقال الى القيمه و وجوب ادائها بناء على فعلية الضمان بالتلف كما هو مختار المصنّف قدس سره فانّ كلماته فى المقام مبنيه على الاعتبار بيوم التلف اشكال لما عرفت ان مقتضى الاصل ح هو البراءه و جميع ما يمكن ان يستدلّ به لوجوب اداء القيمه بناء على القول باعتبار يوم التلف فى القيمى امور الاوّل ما ذكره من التمسك بالاجبار الداله على الضمان بالامور المذكوره فى باب الامانات المضمونه و فيه ان مقتضى تلك الادله اذا كان هو فعلية الضمان بالتلف كما هو المبني ففى شمولها للمقام ما عرفت من الاشكال الثانى قاعده الضرر و فيه ما تقدّم الثالث عموم دليل السيلطنه و فيه ان المسلم هو عموم سلطنه المالك على العين و اما على غيرها فهو أوّل الكلام الرابع انّ فى اداء القيمه جمعا بين الحقيين و

فيه أنّ مع بقاء العين و امكان وصولها الى السّاحل مثلا- لا- يثبت حقّ للمالك بناء على الاعتبار بيوم التّلف حتّى يجب على الغاصب و القابض دفع القيمة للجمع بين الحقيين الخامس أنّ الغاصب حائل بين المال و مالكه و فيه ما عرفت من أنّ حيلولة الغاصب ليست بنفسها من موجبات الضّمان ما لم يدخل تحت احد الاسباب كاليّد او الاتلاف السّادس أنّ الغرامه بدل عن السّيلطنه الفائته و فيه أنّ فوت السّيلطنه لو كان مقتضيا لوجوب ردّ العين الى المالك مع القدره الشرعيّه و العقليه فلا بأس و اما كونه مقتضيا لوجوب ردّ قيمتها إليه مع عدم تحقّق ضمان بالقيمه فلا دليل عليه و لكن لا يخفى أنّ مع ذلك كلّ فظاهر اطلاق الفتاوى هو الضّمان بالقيمه مط و ستعرف توجيهه بفوات المائيه و للكلام فى فوات السّلطنه تتمّه

قوله ثمّ الظاهر عدم اعتبار التّعذر المسقط للتّكليف)

قد مرّ الكلام فى هذه المسأله و السّابقه عليها و هى تقييد الحكم بما اذا حصل اليأس او شموله لما لو علم وجدانه فى تأسيس الاصل و الفرق بين المسألتين أنّ النسبه بين اليأس من الحصول و التّعذر المسقط للتّكليف عموم من وجه فإنّ اليأس من الحصول قد لا يوجب سقوط التّكليف لعدم كونه متعذرا عقلا كما أنّ مع العلم بوجدانه فيما بعد قد يسقط التّكليف فعلا لتّعذر الوصول فى هذه الحال امّا للمنع الشرعى الذى هو كالاتناع العقلى كما فى لوح السّفينه و اما للمنع الخارجى فعلى كلّ من صورتى اليأس و العلم بالوجدان يصحّ التقسيم الى التّعذر العقلى المسقط للتّكليف و غيره

[هل يلزم المالك بأخذ البدل؟]

قوله (ثمّ أنّ ثبوت القيمه مع تعذّر العين ليس كثبوتها

يمكن ان يقال أنّ هذا فى غير ما يصدق عليه التّلف عرفا و الّا ففى التّلف العرفى المخرج للعين عن قابليه الملكيه عرفا كالغرق لا يجوز للمالك الامتناع و سيتعرّض المصنّف فى مسئله إباحه المبدول لمالك العين أم ملكيته له أنّ فى التّلف العرفى و جب قيام مقابله من مال الضّامن مقامه فى الملكيه و فى هذا تأييد لكون دفع القيمه حقّا للضّامن كما يمكن ان يق أنّ هذه المسأله اى كون دفع القيمه حقّا للضّامن أم كون مطالبتها حقّا للمالك و المسأله الآتية من أنّ بعد دفع الغاصب القيمه هل يضمن المنافع و الصّيفات الحاصله بعد دفع القيمه و الزّائله قبل حصول العين و دفعها الى المالك أم لا- كلتاها مبتيّتان على أنّه لو قلنا بفعليه الضّمان بالغصب فاللّازم ان يكون دفع القيمه حقّا للغاصب لتحقّق ضمانها بالقيمه و له ان يفرغ ذمّته و لا يجوز للمالك الامتناع فلو امتنع كان له دفعها الى الحاكم او الى عدول المؤمنين و اذا دفعها براء من ضمان المنافع و الصّيفات اذ ليس فى ذمّته الّا القيمه و ما دام التّعذر باقيا لا ضمان له بالنسبه الى العين اصلا و المنافع و الصّيفات تابعه لها فلا وجه

لضمانها نعم اذا تمكّن من العين وجب ردّها للدليل القائم على ذلك و لو قلنا بفعليّه الضمان يوم التلف و أنّ وجوب القيمة فى المقام لتدارك السِّلطنه الفائته فاللّازم عدم كون دفع القيمة حقًا للضامن و كذا لا يبرأ ذمته من ضمان المنافع و الاوصاف فإنّ المضمون ح هو العين لا القيمة و من آثار ضمان العين ضمان المنافع و الاوصاف و لم يتعلّق ضمان فى ذمه الغاصب بالقيمة بدلا عن العين حتّى يكون دفعها حقًا له بل يكون المقام ح نظير المثلى المتعذّر على ما عرفت سابقا من أنّ الحقّ عدم الانتقال الى القيمة بمجرد التعذّر و يكون الحقّ للمالك فيجوز له الصّبر الى زوال العذر و لكنّ التّحقيق ما افاده المصنّف ره من كون ثبوت القيمة حقًا للمالك سواء قلنا بضمان الغاصب بعد دفع القيمة للمنافع و الصّفات أم لا و ستعرف وجهه

[هل تنقل العين إلى الضامن بإعطاء البدل]

قوله (فلا ينتقل العين الى الضامن فهى غرامه لا تلازم فيها)

لا اشكال فى أنّ مقتضى كون المبدول غرامه عدم الملازمه فيها بين خروج المبدول عن ملك الضامن و دخول العين فى ملكه فإنّ هذه الملازمه من لوازم المعاوضه و لكنّ الكلام فى أنّ معنى الغرامه لو كانت قيام المبدول مقام العين فهو عوض عنها و اذا ملك العوض فكيف يصحّ بقاء ملكيته للمعوض و هل هذا ألّا من الجمع بين العوض و المعوض فعلم أنّ التّلازم بين خروج المبدول عن ملك الضامن و دخول العين فى ملكه امر و بقاء العين على ملك مالكها امر اخر و الكلام فى الامر الثّانى و من الواضح أنّ فساد الجمع بين العوض و المعوض لا يختصّ بباب المعاوضات و حيث قد عرفت أنّ مقتضى البدليه عدم بقاء العين على ملك مالكها مع أنّه مال لا بدّ له من مالك فقد يقال بأنّه لا يبعد انكشاف وجوب دفع البدل عن انتقال العين الى الغارم كما اختاره ره فى المسأله التّاليه و هى ما لو لم يفتّ ألّا بعض ما ليس به قوام الملكيه و هنا يختار بقاء العين على ملك مالكها و للفرار عن اجتماع العوض و المعوض يذهب الى أنّ مقتضى ادلّه الضمان كون الغرامه بدلا عن السِّلطنه المطلقه على العين و الفرق بين المسألتين مشكل ثمّ لا اشكال فى أنّ المال المبدول يملكه المالك بلا خلاف و التّحقيق أنّ السرّ فى ذلك هو أنّ الغرامه فى محلّ البحث مط يكون بدلا عن المائيه و يكون الضمان بها مستفادا من قوله (ص) على اليد ما اخذت و مطابقا لقاعده من اتلف مال غيره فهو له ضامن فالضمان هنا هو ثبوت ما يساوى مائيه المغصوب فى عهده القابض تداركا لما فات منها من المالك بسبب الحيلوله و لا اشكال فى كون الفائت هو مائيه العين و كذا فى دلاله على اليد و قاعده الاتلاف على أنّ عهده المائيه على الغاصب و ليس المبدول فى مقابل العين ليكون بدلا عنها و تداركا لها لفرض بقائها

فان قلت أنّ المائيه فى غير ما يكون بحكم التلف غير

قلت أنّ المائيه يختلف ثبوتها وانتفاء بالإضافة الى الأشخاص و لا ينافى سلب المائيه عن عين بالنسبه الى المالك المعزول عنه التصرف فيها ثبوتها للغاصب القادر عليه فالمائيه المطلقه غير منتفيه و المنتفيه المبذول بإزائها الغرامه أنّما هي بالنسبه الى المالك و ليست الغرامه بعنوان المعاوضه حتّى يكون مائيه العين محكومته شرعا بكونها للغاصب كما لا يخفى

فان قلت اذا كانت المائيه مسلوبه عن المالك فلا يصحّ بيعه و عتقه للعين مثلا

قلت من الواضح أنّ امثال هذه التصرفات موقوفه على المائيه المطلقه لا المقيد

فان قلت أنّ قاعده الاتلاف بكليتها المذكوره و هي أنّ من اتلف مال غيره فهو ضامن و ان كانت مشهوره بين الاصحاب و يتمسكون بها في جميع الابواب الا أنّها لم تكن مأثوره في الأخبار

قلت قد استفادوها من اخبار وارده في ابواب متفرقه منها ما ورد من التعليل بالافساد في ضمان من اعتق شقصا من المملوك المشترك ففي الصّحيح عن الصّيادق (ع) عن المملوك بين شركاء فيعتق احدهم نصيبه قال أنّ ذلك فساد على اصحابه لا يقدر على بيعه و لا مؤاجرته قال يقوم قيمه فيجعل على الذي اعتق عقوبه و أنّما جعل ذلك عليه عقوبه لما افسده و في موثقه سماعه سأله عن المملوك بين شركاء فيعتق احدهم نصيبه فقال هذا فساد على اصحابه يقوم قيمه و يضمن ثمن الذي اعتقه لأنّه افسد على اصحابه و منها ما ورد من التعليل كذلك في ضمان واطى البهيمة لمالكها ففي حسن سدير عن الباقر (ع) في الرّجل يأتي البهيمة قال يجامد دون الحدّ و يغرم قيمه البهيمة لصاحبها لأنّه افسدها عليه و منها ما دلّ على تغريم الشهود اذا رجعوا عن الشهاده و بالجملة الامر الفئات في الحقيقه هو مائيه العين عن المالك و المبذول غرامه عنها و يملكه المالك بلا خلاف و اشكال و احتمال كون الغرامه مباحا له إباحه مطلقه لا وجه له اذ لو ثبت حقّ للمالك في اخذه للقيمه فهو ملك له و ان لم يثبت فلا- يباح له أيضا و الالتزام بها من جهة الفرار عن اجتماع العوض و المعوّض في ملك المبذول له لا وجه أيضا لأنّ الغرامه لو كانت بدلا عن العين فهي تكشف عن انتقال العين الى ملك الضامن و ان كانت بدلا عن المائيه او عن السيلطنه الفائته لا عوضا عن العين فبقاء العين على ملك مالكها لا- يقتضى خروج الغرامه عن ملكه و توجيه الاباحه بأنّ ملكيه العين اذا لم تنزل بمجرد التعذّر و كان الفئات من المالك هو آثار الملكيه فانّ بسبب فعل الغاصب صار المالك ممنوعا من تصرفاته في ملكه و جب على الغاصب تدارك ما فاته و وجب عليه بذل ما يجوز للمالك التصرف فيه حتّى الموقوف على الملك كما كان له على عينه و لا يجب عليه بذل الملك فاذا لم يدخل المبذول في ملك المالك و مع ذلك جاز له التصرف فيه بائى تصرف شاء

فلازمه كون المبدول مباحا له نظير الاباحه فى المعاطاه كما افاده المصنّف ره بقوله و ان كان الذّهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه و فوات الانتفاع به فى الوجوه الّتى بها قوام الملكيه و جب قيام مقابله مقامه فى السّيلطنه لا فى الملكيه الخ فيه أولا ما مرّ من أنّ بناء على فعليه الضّمان بالغصب فمقتضى القاعده جواز المطالبه بالبدل و كون المبدول بدلا عن العين فالقائل بيوم الغصب فى الضّمانات لا داعى له الى جعل البدل بعنوان الاباحه و ثانيا أنّ الغرامه بدل عن المائيه كما عرفت و هذا كلّه مضافا الى أنّ السّلطنه ليست امرا تدخل تحت الضّمان مستقّلا كالعين و لا تبعا كالمنافع و الصّفات بل هى امر شرعىّ و من آثار الملك و احكامه و لذا قال المحقّق الثّانى قدّس سرّه القائل باعتبار قيمه يوم التّلف فى القيميّ و جعل القيمه فى مقابله الحيلوله لا يكاد يتّضح معناه فلو سلّمنا كون الغرامه بدلا عن السّلطنه فلا بدّ ان تكون بدلا عن العين بلحاظ السّلطنه الفائتة لا أنّها بدل عن اصل السّلطنه و امّا توهم كون المبدول بدلا عن القدر الفائت من السّيلطنه و فى مقابل المقدار من الحيلوله فضعيف جدّا و بعيد عن ادّله الضّمان غايه البعد هذا و هل يملك الغارم العين المتعدّر الوصول إليها بمجرّد دفع القيمه فبيان ذلك موقوف على الاشاره الى الموارد الّتى يلزم على الغاصب الغرامه و هى أربعه مذكوره فى المتن الاوّل التّلف الحقيقىّ و ما بحكم التّلف و المراد به تلف جميع الانتفاعات كغرق المال و لو فى بعض الازمه كاللّوح المنسوب فى السّفينه الثّانى تلف بعض ما ليس به قوام الملكيه فى جميع الازمه كالبهيمة الّتى وطئها غير المالك و كان المراد منها ظهرها فانه يغرم الثّمن لمالكها و نفى الى غير البلد و بيع فالتّلف هو الانتفاع بها فى بلد الوطنىّ فى جميع الازمه و لا مانع من اخراجها من ذاك البلد و بيعه الثّالث ما خرج عن التّقويم لتلف جميع الانتفاعات فى جميع الازمه مع بقائه على صفه الملكيه كالعبد اذا ذهب عيناه و كالزّجاجه و المرأه اذا انكسرت فانّ الاجزاء باقيه ح و لا قيمه لها الزّابع تلف جميع الانتفاعات فى جميع الازمه و خروج المضمون عن الملكيه مع امكان بقاء حقّ الاولويّه و الاختصاص و فضّيل قدّس سرّه بين غرامه البهيمة الموطوءه و غيرها من الموارد حيث يقول و لو فرض حكم الشّارع بوجوب غرامه قيمه الحيوان ح لم يبعد انكشاف ذلك عن انتقال العين الى الغارم و فيه أنّ وجوب الغرامه بحكم الشّارع لا يوجب خروج العين عن ملك المالك لأنّ المفروض أنّ الغرامه ليست عوضا عنها حتّى لا يمكن دخولها فى ملك مالك المعوّض و لو اقتضى ذلك لاقتضى فى جميع الموارد و التّفصيل لا وجه له و لو سلّم خروجها عن ملك المالك فلا يقتضى ذلك دخولها فى ملك الغارم بل اللّازم ح هو الحكم بالتصدّق بثلث العين كما عليه جماعه لعدم استحقاقهما معا له امّا

المالك فلفرض اخذه قيمه و اما الواطئ فلكونه غير مالك لها فليس الا الصّدقه و فى الحاشيه التقريرية لبحث الاستاد ره ما هذا لفظه الا ان يقال ان تفصيل المصنّف مستفاد من نفس الروايه الداله على غرامه الحيوان فانّ قوله (ع) يغرم ثمنه ظاهر فى انّ الحيوان بالوطئ يدخل فى ملك الواطئ فانّ التعبير بالثمن انما هو لبيان ذلك ه و كأنّ الاستاد ره اخذ هذا من الجواهر حيث يقول فى ترجيح كون ثمن المبيع للوطئ ما هذا لفظه لانه الذى اغرم قيمه بل لعلّ التعبير بالثمن فى الحسن مشعر بصيروره الثمن له ه و يدفعه أولا- انّ روايات المسأله خصوصا حسن سدير عن الباقر (ع) ليس فيها تعبير بالثمن و المذكور فى الحسن هكذا و ان كانت ممّا يركب ظهره اغرم قيمتها و من الواضح انّ غرامه قيمه ليس فيها دلالة و لا اشعار على صيروره العين ملكا للوطئ نعم عثرت على روايه منقوله عن دعائم الاسلام و لم يذكرها فى الجواهر عن ابى عبد الله (ع) انه قال من اتى بهيمه جلد الحدّ و حرم لحم البهيمه و لبنها ان كانت ممّا يؤكل فتذبح و تحرق بالنار لتتلف فلا يأكلها احد و ان لم يكن له كان ثمنها فى ماله و ثانيا انّ ثمن الشئ قيمته لغه لا- خصوصا عوضه فى مقام المبادله و المعاوضه و لا فرق بين ان يقول يغرم قيمته او يغرم ثمنه فى عدم الدّلاله على صيروره العين ملكا للغارم و ترى فى تفاريق الاخبار اطلاق الثمن على قيمه من دون صيروره المثلث ملكا لبازل الثمن منها ما مرّ فى المقام فى موثقه سماعه الوارده فى الجواب عن المملوك بين شركاء فيعتق احدهم نصيبه و مع ذلك كله فالاقوى فى مسئله البهيمه الموطوءه التى يراد منها ظهرها انتقالها الى الغارم بعد دفع قيمه بخلاف غيرها من جميع الموارد و ذلك لظاهر حسن سدير المروى فى كافى و التهذيب و يه عن ابى جعفر (ع) فى الرّجل يأتى البهيمه قال يجلد دون الحدّ و يغرم قيمه البهيمه لصاحبها لانه افسدها عليه و تذبح و تحرق و تدفن ان كانت ممّا يؤكل لحمه و ان كانت ممّا يركب ظهره اغرم قيمتها و جلد دون الحدّ و اخرجها من المدينه التى فعل بها فيها الى بلاد اخرى حيث لا تعرف فيبيعها فيها كيلا يعير بها فانّ ذيل الروايه من قوله (ع) و اخرجها الخ ظاهر فى ذلك فانّ التأمّل فى تمام الدّليل يوجب ظهورا فى انّ البهيمه بعد اعزام قيمه تكون له و يبيعها لنفسه و الفرق بين ما ذكرنا و ما فى الحاشيه التقريرية واضح فانه يدعى الظهور الاطلاقى من جمله و يغرم ثمنه او اغرم قيمتها و نحن ندعى ظهور الفاظ الدّليل و هذا من الظهور بحسب القرائن الجزئيه فانّ ظهور اللفظ مفردا أم مركبا فى معنى قد يكون بالوضع و قد يكون بالإطلاق و ترك التقييد و يسمّى بالتبادر و الظهور الاطلاقى و قد يكون بكثره الاستعمال الغير الواصله الى حدّ الثقل فانّ كثره استعمال اللفظ فى غير ما وضع له ربما يكون بحيث توجب الوضع التعينى و هجر المعنى الموضوع له و ربما يكون

بحيث توجب ظهور المعنى المجازى من اللفظ عند الاطلاق و ربما يكون بحيث يرفع الظهور فى المعنى الحقيقى من دون ان يوجب ظهورا فى المعنى المجازى و ربما يكون بحيث لا يوجب شيئا من ذلك و قد يكون بسبب الاقتران بالقرائن و هذا قد تكون نوعيه كالقرائن المقاميّه التى يعتمد عليها اهل اللسان و قد يكون جزئيه بحسب الموارد و هذه لا ضابط لها و مسئلتان من هذا القسم و قد يكون الظهور بدويًا فى بادية النظر ينساق الى الذهن معنى من اللفظ و لكنّه يزول بعد التأمل فتدبر و قد اختار بعض المحققين دخول العين فى ملك الغارم مط بتوهم ان الضمان يقتضى دخول العين المضمون بها فى ملك الضامن حتى فى مورد التلف الحقيقى فالترم بأنه قبل التلف تنتقل العين التالفه الى ملك الضامن و تنتقل القيمة الى ملك المالك فتتلف العين فى ملك الضامن آنا ما بل حكم فى مثل المرأة و الظروف المكسوره التى تخرج عن قابليه الانتفاع بها مع بقائها على صفه الملكيه بدخولها فى ملك الضامن و الحقّ عدم دخول العين فى ملك الغارم مط آا اذا قام عليه دليل بالخصوص من نصّ او غيره آما فى صورته تلف العين فلاّنه لم يبق عين حتى يقتضى بقائها فى ملك مالکها الجمع بين العوض و المعوّض مع ما عرفت من ان الغرامه ليست من باب المعاوضه بل تدارك لما فات من المالك فلو فات منه نفس العين يجب على الغاصب بذل بدل العين و لو فات منه المائيه او السدّيطنه يجب على الغاصب تدارك ذلك و لو فات منه الاوصاف و الاجزاء فهكذا و اما فى غير مورد تلف العين فاذا لم يخرج المال عن الملكيه فلا موجب لدخوله فى ملك الغارم و اذا خرج عن الملكيه و لم يبق شىء آا حقّ الاختصاص فعلى تقدير بقاء حقّ الاختصاص للمالك فالامر اظهر اذ لا وجه لانتقال حقّ الاختصاص الى الغارم اصلا فانّ المتدارك به لم يكن عوضا عن حقّ الاختصاص بل انما كان عوضا عن المنافع الفائته و على تقدير عدم بقائه للمالك فستعرف أنّه ح لمن اثبت يدا عليه و ليس من باب النّقل ففى جميع موارد الغرامات لا تدخل العين المتداركه لتلفها بنفسها او لنقصان وصف من اوصافها حتى وصف كونها فى مكان خاصّ او زمان خاصّ فى ملك الغارم و دليل الضمان لا يقتضى ذلك اصلا مضافا الى انّ فى مورد التلف الحقيقى لا يعقل دخول العين فى ملك الغارم و للقطع باتّحاد الحكم فى جميع موارد الغرامات لا تخرج العين عن ملك مالکها و لا تدخل فى ملك الغارم فى التلف الحكمى كالتعدّر و فى تلف معظم الانتفاعات أيضا و ذلك لانّ دخول العين فى التلف الحقيقى فى ملك الغارم اما قبل التلف آنا ما اى قبل تعلق الغرامه بذمه الضامن و اما بعد اداء الغرامه فلو كان قبله كالدخول

آنا ما فى باب المعاطاه ففاه ان قبل تحقّق التّلف لا غرامه على الضّامن حتّى ينتقل بدلها إليه سلّمنا امكان دخوله فى ملكه حين التّلف لعدم اقتضاء الملكيه التّقديرية انا زمانيا و كان معناها دخول العين فى ملك الغارم فى المرتبه السابقه على التّلف الاّ أنّه يقتضى تقدير الملك فى التّلف الحكى أيضا فيجب ان يكون نفس التّعذر موجبا لملكه الغارم للعين المتعذر الوصول إليها و لازمه كون منافع العين و النّماءات الحاصله لها ملكا للضّامن قبل اداء الغرامه و لا اظنّ ان يلتزم به احد و لو كان بعد اداء الغرامه فلازمه فرض الوجود للعين فانّ نفسها تالفه و فرض وجودها لا محصّل له و بالجمله لا وجه لصيروره العين ملكا للضّامن لعدم اقتضاء الضّمان المبادله و ليست الغرامه ألما نظير الايقاعات و قوام تحقّقها بشخص واحد و مال واحد فكأنّه ورد على اضافه المالك ثلمه يجب على الغاصب سدّها و الحكم فى جميع موارد الغرامات الاربعه على سياق واحد و لا يمكن التّفكيك بينها لاتّحاد السّياق فلو قيل بانتقال العين الى الغارم فى مورد التّلف حين التّلف كان اللّازم انتقالها إليه فى مورد التّعذر حين التّعذر و يلزمه ان تكون نماءات العين من حين التّعذر الى زمان الاداء للغارم و لو قيل فى مورد التّعذر بعد الاداء كان اللّازم القول بالانتقال فى مورد التّلف الحقيقى بعد الاداء و المعدوم لا يقبل الملكيه و كيف يمكن الانتقال بعد التّلف و يؤيّد عدم ملكيه الغارم للعين ملاحظه باب الضّمان العقدى فانّ من يضمن دينا ثابتا فى ذمّه احد لا يقتضى ضمانه دخول ذلك الدّين فى ملكه و ان كان يلزم على المديون غرامه الضّامن اذا لم يكن ضمانه بالتبرّع و لكنّ الغرض هو ان لا شبهه فى أنّ ضمان الضّامن ليس من باب المعاوضه و الضّمانات القهرية الشرعيه أيضا لا يقتضى دخول المبدل فى ملك الغارم و لا منشأ للكلام فى أنّ زمان الدّخول بعد اداء الغرامه او قبله و لا- للتّفصيل بين التّلف الحقيقى و التّعذر و قد يتوهّم أنّ القول بعدم دخول العين فى المقام فى ملك الغارم ينافى القول بجريان الرّبا فى الضّمانات فانّ لازم جريان الرّبا فى الضّمان و عدم جواز اعطاء عشرين مثقال من ذهب غير مصوغ غرامه لعشره منه مصوغ لو كانت قيمته مساويه لعشرين من غير المصوغ هو دخول العشره التّالفه فى ملك الغارم و استكشاف ذلك من لزوم الرّبا فى اداء عشرين بدلا عن عشره يقتضى دخول المبدل فى ملك الغارم فى جميع ابواب الغرامات و لكنّك خبير بانّ الرّبا لا يختصّ بالمعاوضات و لا يقتضى عدم جواز اداء الزّائد بدلا عن الاقلّ دخول الاقلّ فى ملك الغارم و حكم الرّبا جار حتّى فى الضّمان العقدى على المشهور و لا يجوز ان يصير شخص ضامنا لدين فى ذمّه غيره بازيد ممّا فى ذمّته لو كان

مكيلا و موزونا مع أنّ الدّين لا يدخل في ملك الضّامن و لا معنى لدخوله في ملكه هذا كلّه في أنّ الضّمان و وجوب الغرامه لا يقتضى دخول شىء في ملك الغارم مط و اما حقّ الاختصاص و الاولويّه الّذى هو القسم الرّابع فلا بدّ قبل تحرير محلّ الكلام و بيان الوجوه المذكوره في المسأله و تعقيبها بما يقوى في النّظر من تقديم مقدّمه و هى أنّه لا يضمن الخمر مع تلفها اذا غصبت من مسلم و كان الغاصب مسلما و ان كانت متّخذة للتّخليل لظهور النّصوص و الفتاوى في عدم ملكيه المسلم للخمر و ان سبق ملكه قبل الخمرية و ان كان المتّخذ للتّخليل منها محترما اى يأنم الغاصب و يجب عليه ردّها و كذا لو غصبها الكافر من المسلم كلّ هذا على المشهور بل نفى الخلاف فيه و لو غصب خمرًا متّخذة للتّخليل او عصيرا فصار خمرًا في يد الغاصب و جب عليه ردّه كما عرفت نعم لو كان المغصوب خمرًا متّخذة للتّخليل ليس للمالك تغريم الغاصب ليس للمالك تغريم الغاصب لما عرفت من عدم الضّمان و اما لو كان المغصوب عصيرا ضمن الغاصب و كان للمالك تغريمه قبل التّخمير او بعده و على اى حال اذا تخلّل في يد الغاصب كان ملكا للمالك على المشهور قبل دفع الغاصب الغرامه أم بعده الّا اذا كان المغصوب خمرًا غير متّخذة للتّخليل و قد استشكل بعض في صيروره الخلّ ملكا للمالك منهم صاحب الجواهر حيث يقول ان تمّ الاجماع في ذلك كلّه و الّا فلا يخلو من اشكال ضروره أنّه بصيرورته خمرًا خرج عن ملك المالك و صار في ذمّه الغاصب المثل لآنه تلف او بمنزلته فاذا صار خلّا لا دليل على عوده الى ملك المالك بل يمكن ان يكون من المباح يملكه من يسبق إليه او يكون من هو في يده اولى به و على كلّ حال فلا دليل على عوده الى ملك المالك انتهى اذا عرفت ذلك فاعلم أنّ الاشكال و البحث أنّما هو في أنّ مجرد الملكيه السّابقه مع عدم احراز جديد و قصد جديد للتّخليل هل يوجب اولويّه المالك بالنّسبه الى ذلك الخمر بحيث لا يجوز للغير اخذها منه قهرا و لا اراقتها الّا مع احراز كون قصده الشّرب و لو فرض صيرورتها خلّا في يده او يد غيره او في مكان لا يد لاحد عليها فهى له او لا- و الوجوه المذكوره في ذلك ثلاثه الأوّل ان يكون حقّ الاختصاص و الاولويّه مبينا مع الملك ذاتا و مغايرا له موردا و على هذا لو كان وجوب الردّ ثابتا في ضمن الملكيه و كان ثبوته سابقا لتحققها فلا يثبت وجوبه بعد زوالها الّا على القول بحجّيه الاستصحاب في القسم الثّالث من اقسام الكلّي الثّانى ان يكون حقّ الاختصاص حادثا للمالك بعد زوال الملكيه بالتّخمير لآنه من آثار الملكيه قال بعض الاعلام أنّ من شئون الملكيه لشىء احقيّه صاحبها عند زوالها لمانع مع فرض كون

المحلّ متعلّقاً لغرض العقلاء كما فى المقام حيث أنّ العصور بعد الخمرية أيضا متعلّق لغرضهم ولا يلحق عندهم بالتلف و ان حكم الشّارع عليه بعدم الملكيه فنحن لا- نقول أنّ الحقّ ثابت حال الملكيه و يبقى بعد زوالها حتّى يق لم يكن فى السّابق الّا الملكيه بل نقول أنّه يحدث بعده بدعوى أنّه من آثار الملكيه و أنّما اشترطنا ان يكون المحلّ متعلّقاً لغرض العقلاء احترازا عن مثل الكوز و الكاس و نحوهما اذا كسرت فأنّه لا يبقى للمالك احقّيه بالنّسبه الى مكسورها الّا اذا كانت فى يده و قصد الحيازه فت انتهى و على هذا فلا شبهه فى حدوث حقّ الاختصاص شرعا الّا أنّه لم يقم دليل على هذه الدّعوى و لعلّ الامر بالتأمل إشاره إليه الثّالث ان يكون حقّ الاختصاص من شئون الملكيه و اضافه ضعيفه مندمجه فى القويّه و مندكّه فيها بدعوى أنّ الحقّ عباره عن اضافه خاصّه بين المستحقّ و المستحقّ عليه و هذه الاضافه حاصله للمالك و محفوظه فى جميع الحالات و هى كالهيولى لا تزول بزوال الصّوره النوعيه فاذا صار الخشب رمادا لا- تزول اضافه المالك بتغيير الهيئه لانيّ الاضافه كانت لذات الشّيء لا للصّوره و اذا ارتفعت المرتبه القويّه تتحقّق المرتبه التّمازله و تصير فعليه لانيّ جنسها ليس الّا المادّه الهولائيه و هى محفوظه و قد كانت موجوده بالوجود الاندكاكى و فصلها ليس الّا عدم المرتبه القويّه فحدّ المرتبه التّمازله ليس الّا عدم المرتبه القويّه و حفظ المادّه الهولائيه و المفروض زوال المرتبه القويّه شرعا و بقاء المادّه المشتركه فى جميع الاحوال فالحقّ الثّابت للمالك فى ضمن الملك قوّه تتحقّق و صار فعليا و فيه أنّ كلّا من الملكيه و حقّ الاختصاص كغيرهما من الحقوق يكون امرا بسيطا غير مشتمل على الجنس و الفصل و المرتبه القويّه من الحقّ بمعنى اعتبار الاضافه و الرّبط الّتى ليس فوقها مرتبه تسمّى ملكا و اطلاق الحقّ على الملكيه و حقّ الاولويّه ليس من اجل وجود جامع بينهما بل من حيث أنّ الحقّ امر مقول بالتشكيك بحسب اختلاف مراتبه فمرتبه منه يسمّى ملكا و مرتبه اخرى منه يسمّى حقّا و كلّ من المرتبتين يغير الاخرى بتمام ذاتيهما و ليست المرتبه القويّه الّتى هى الملكيه مشتمله على المرتبه الضّعيفه الّتى تسمّى حقّا و كيف يمكن القول ببقاء الجنس و المادّه الهولائيه بعد انتفاء المرتبه القويّه و لو فرضنا أنّ الملكيه تشتمل على جنس و فصل و هذا نظير الوجوب و الاستحباب فإنّ معنى كون الطّلب جامعا بينهما هو أنّهما مرتبتان من الطّلب و كلّ منهما مغاير للآخر لا أنّ الطّلب قدر مشترك بمنزله الجنس او أنّ الاستحباب مرتبه ضعيفه من الطّلب ثابتته حال الوجوب فكما أنّ مع نسخ الوجوب لا

يكون استحباب فكذا مع رفع الملكيه لا يكون حقّ يسمّى بالاختصاص او الاولويّه و فى الحاشيه التقريرية ما هذا لفظه و لا يصحّ قياس الملك و الحقّ على الوجوب و الاستحباب لأنّهما متغايران بالملاك و لكلّ منهما مصلحه مستقلّه فاذا نسخ الوجوب لانتفاء مصلحته فلا تبقى مرتبه ضعيفه من الطلب حتّى يبقى الاستحباب فأنّه يحتاج الى ملاك مستقلّ و الجامع الطلبى لا يكفى للحكم بالاستحباب و لذا عدّا حكيمين متضادّين نعم لو احرزنا ملاك الاستحباب فى ضمن ملاك الوجوب لقلنا ببقائه بعد نسخ الوجوب ه و نزيدك توضيحاً فى تضعيف هذا الكلام و اثبات كون الملك و حقّ الاختصاص من قبيل الوجوب و الاستحباب أنّ الحقّ و ان كان بحسب مفهومه اللغوى ما يساوق الثبوت و لذا يطلق على الله تعالى و قد يطلق أيضاً بهذا المعنى على الملك و لكنّه فى الاصطلاح اعتبار من الاعتبارات يعتبره المعبر سواء كان هو الشارح او غيره و حقّ الاختصاص و الاولويّه ربط خاصّ و اضافته خاصّه اعتباريه بين شخص و شىء بمرتبه من المراتب الضعيفه للملكيه و الملكيه ربط خاصّ و اضافته خاصّه اعتباريه بين شخص و شىء بالمرتبه القويّه و نحن و ان تقدّم منّا فى اوائل بحث المعاطاه أنّ الملكيه ربط خاصّ بين المالك و المملوك و يختلف هذا الربط شدّه و ضعفاً و أنّها ان احاطت بجميع جهات العين عبّر عنها بملك الرقبه و يصحّ اطلاق الملك على إباحه التصرفات بل يصحّ اطلاق الملك على حقّ الاختصاص و حقّ الاولويّه ألاّ أنّ الغرض الآن هو أنّ الملك بمعنى ملكيه العين هو اضافته خاصّه غير الاضافه التى تسمّى بحقّ الاختصاص و كلّ منهما بسيط و عباره عن مرتبه خاصّه و ربط خاصّ يغير الاخرى و لا جامع بينهما فالملكيه و حقّ الاختصاص امران متباينان و متضادّان بتمام ذاتيهما و لو سلّم أنّ لهما جنسا و فصلا و الحقّ بالمعنى العامّ اى مطلق الربط يكون جنسا لهما لا معنى لبقاء الجنس بعد انعدام الفصل لكونه علّه لوجوده و مع انتفاء العلّه ينتفى المعلول ألاّ اذا قام فصل اخر مقامه فليسا ألاّ من قبيل الوجوب و التّدب فانّ الوجوب أيضا ليس مركّبا و ليس له جزان جنس و فصل و أنّما هو مرتبه اكيده من الطلب فحقيقته ليست ألّا الطلب الشّديد و انتفائه ليس ألّا انتفاء تلك الحقيقه البسيطة نعم قد يفسّر تلك المرتبه بما هو من لوازمها و هو المنع من التّرك و هذا لازم تلك المرتبه لا أنّه من مقوماتها و لو سلّم أنّ للوجوب جنسا و فصلا لا معنى لبقاء الجنس بعد انعدام الفصل لما عرفت من أنّه علّه لوجوده فالوجوب و التّدب متباينان بل الاحكام باسرها متباينات و متضادّات و لا يكاد يوجد

واحد منهما بعد ارتفاع الاخر فى مورده الّا بدليل ثمّ أنّه كما قد تحقّق فى محلّه امتناع اجتماع الوجوب و التّذب العيّيّن بان يكون الشىء بعينه مطلوب الفعل تاره على وجه الوجوب و اخرى على وجه التّذب من حيث قيام الطّلبين بنفس الطّالب و من حيث الخصوصيّة المميّزه بينهما من غير فرق بين تعلق الاحكام بالطّبايع او الافراد و سواء فسّرنا الطّلب و الإراده باعتقاد النّفع الرّاجع الى العلم او قلنا بمغايره الإراده و العلم بان كانت الإراده كيفيّة اخرى غير العلم و سواء كانت الإراده عين الطّلب او غيره نعم الظاهر أنّ اختلاف الطّلب الوجود مع الاستجابى عند عدم رجوع الطّلب الى الإراده و عدم رجوعها الى العلم يكون من قبيل اختلاف العلم و الظنّ فإنّ اختلافهما بنفسهما لا باختلاف المعلوم و المظنون و على اىّ حال فاذا اجتمع ملاك الوجوب و التّذب بان تعلق الوجوب بعين ما تعلق به الاستجاب لا يتّصف الفعل الّا بصفه الوجوب لما عرفت من امتناع اجتماعهما و اشتراك الفعل ح بين الوجوب و الاستجاب أنّما يكون بالقوّه لا بالفعل و اذا ارتفع الوجوب لا ضير فى ثبوت التّذب لبقاء ملاكه فلو نذر صلاح اللّيل تبدّل الامر الاستجابى بالامر الوجوبى و يكتسب الامر الوجوبى التّعديديّه لأنّ الامر الوجوبى الّذى جاء من قبل التّذر و ان كان توصلنا الّا أنّه لّمّا تعلق بموضوع عبادىّ اكتسب التّعديديّه و بعد انقضاء التّذر يبقى ملاك الاستجاب فكذلك من المحقّق امتناع اجتماع الملك بما هو اضافه خاصّه و مرتبه قويّه مع حقّ الاختصاص بما هو ربط خاصّ و مرتبه ضعيفه من حيث إنشاء الاعتبار و قيام الانشائين بنفس المعتر و من حيث الخصوصيّة المميّزه بين الملك و الحقّ فإنّ كلّا منهما اضافه خاصّه غير الاخرى و لكلّ منهما ملاك خاصّ و مصلحه خاصّه اقتضت إنشاء اعتباره و اذا اجتمع ملاكهما لا يتّصف العين الّا بصفه الملكيه و اذا ارتفعت لا- ضير فى ثبوت حقّ الاختصاص لبقاء ملاكه و مع ارتفاع الملكيه من دون ثبوت ملاك الحقّ لا وجه للحكم بثبوتيه كما لا وجه للحكم بثبوت التّذب من دون ملاكه حين ارتفاع الوجوب فانكار قياس الملك و الحقّ على الوجوب و الاستجاب غير وجه ثمّ أنّ الّذى يختلج فى الدّهن و يقوى فى النّظر فى تايد و اثبات ما ذهب إليه المشهور من أنّ الخمر المتّخذة للتّخليل يعود ملكا للمالك بعد التّخليل هو أنّ الخمر حين ما كانت عصيرا كان ملكا له و اذا صارت خمرا فلا دليل على خروجها عن الملكيه بقول مطلق و أنّما الثّابت خروجها عنها حين الخمرية و اما الملكيه بعد ما تصير خلّا فهى ثابتة و ليس وجه لسلبها و ذلك لأنّ المتيقّن من رفعها هو فعليّه الملكيه لوجود المانع و لا وجه لرفع اصل

الملكيه و الحكم فعلا- حين الخمرية بثبوت الملكييه بعد ما تصير خلأ و يكون المرتفع هو فعلية الملكييه لا فعلية الحكم بالملكيه فيما بعد على تقدير صيرورتها خلأ و مضافا الى ان ذلك هو المتيقن من رفع الملكييه حين الخمرية يستكشف ذلك من مناسبه الحكم و الموضوع و من الحكم بوجوب الرد فان حكمهم بوجوب الرد و ان كان يمكن ان يكون من حيث ذهابهم الى حق الاختصاص الا انه قد عرفت ان الملكييه و حق الاختصاص امران متغيران لا يجتمعان و لا يثبت الثاني بعد ارتفاع الاول الا بدليل و قد تقدم منا في بحث المعاطاه ان الملكييه ربط يختلف شدته و ضعفا و اضافه يختلف بحسب الاعتبار و منها ملكيه الانتفاع و ملكيه المنفعه و يكون منها الملكييه التقديرية و هذا كما في بيع السلم فان البائع ليس له مال مملوك فعلا و انما يملك الآن ما يوجد في المستقبل و اللمازم في البيع تعلق الثقل بما هو ملك حال الثقل بمعنى ثبوت الملكييه حال الثقل و ان كان المملوك استقباليا و كما في نقل المنفعه في الاجاره سيما اذا لم يكن مبدئها متصلا بالعقد و كما في الواجب المعلق حيث ان الوجوب حالي و الواجب استقبالي و كما في الامكان الاستقبالي و هو سلب الضرورات الست حتى الضروره بشرط المحمول فان الامكان فيه حالي و المحمول امر استقبالي و هو الوجود او العدم في المستقبل فان مرادهم منه هو الامكان الثابت للشئ في الحال بل ازلا و يكون المحمول الثابت له بالامكان و هو الوجود او العدم في الاستقبال و كون الملكييه امرا بسيطا ليس له جنس و فصل و يكون كل نحو من انحائه مميذا بخصوصية خاصه من دون وجود جامع بينها لا ينافي عند التأمل ما ذكرنا فان المقصود هو سلب تلك المرتبه الخاصه المحيطه بجميع جهات العين عنها في قطعه من امتداد الزمان و قد علم منا ذكرنا ان الخل المغصوب لو صار خمرا فمن حيث الحكم الوضعي لا- يمكن اثبات حق الاختصاص في حال الخمرية لعدم ثبوته في حال الملكييه و عدم حدوثة في حال ارتفاعها و ان الثابت هو الملكييه التقديرية و استصحاب الحق بالمعنى العام الصيادق على الملكييه و حق الاختصاص لاثبات حق الاختصاص في حال الخمرية من القسم الثالث من استصحاب الكلّي و اما من حيث الحكم التكليفي مع قطع النظر عن ثبوت حق الاولويه او الملكييه التقديرية فالظاهر عدم الاشكال في صحه استصحاب وجوب الرد الثابت حال الملكييه و ستسمع بيانه في شرح عباره المتن

قوله (وجب ملكيته للمبذول تحقيقا لمعنى التدارك

لا- يخفى ان ملكيه المبذول و ان اقتضاها التصرف الموقوف على الملك كالعق و الوطى و البيع الا ان توقفها على الملكييه لا يقتضى اثبات الملكييه الحقيقيه الحاصله قبل التصرف من باب المقدميه بل يكفي الملكييه التقديرية الحاصله حين التصرف آنا ما كما في المعاطاه

[التفصيل بين فوات معظم المنافع أو بعضها]

مع بقاء العين على ملك المالك)

و توهم أنّ القيمة بدل عن العين بلحاظ الاوصاف و الاجزاء التي خرجت العين لفواتها عن التّقويم فلا تبقى على ملكه لا وجه له لما عرفت من أنّ الغرامه بدل عن المائيه و صدق التّلف عرفا على العين الخارجه عن التّقويم رأسا لا- يقتضى خروجها عن الملكيه و كون الغرامه بدلا عنها

[خروج العين عن التّقويم]

قوله (كما في الرّطوبه الباقيه بعد الوضوء)

اعلم أنّ التّلف أمّا حقيقيّ و قد تقدّم الكلام فيه و أمّا حكميّ و هو على أربعة اقسام يجمعها التّعذر الأوّل ان يكون التّعذر لسرقه المال المغصوب او لابق العبد كذلك و نحو ذلك ممّا يكون المال المغصوب ممكن الاداء في ذاته و لكن يتعذر ردّه من القابض او الغاصب لمانع خارجيّ الثّاني ان يكون التّعذر لعدم التّمكّن من ردّ المغصوب ذاتا كالرّطوبه الباقيه على اعضاء الوضوء الثّالث ان يكون لخروج المال بالردّ من المائيه كالخيط المغصوب الّذى خيط به الثّوب فإنّ ردّه مفض الى تلفه الرّابع ان يكون لخلط المال المغصوب بمال اخر و الخلط على اقسام لأنّه قد يكون بالجنس و قد يكون بغيره و الاول اما بما يساويه في الصفات و اما بالأردإ و اما بالاجود و الثّاني و هو الخلط بغير الجنس أمّا بما يستهلك في المغصوب و أمّا بالعكس و أمّا بما يساويه في المقدار و بدل الحيلولة الّذى هو المقصود بالبحث هو القسم الأوّل من الاقسام الاربعه المذكوره في المتن التي يلزم فيها على الغاصب الغرامه و القسم الأوّل من اقسام التّعذر و مرجعه الى ما كانت العين باقيه على حالها من دون نقص في قيمتها او تغيير في صفتها و أنّما امتنع ردّها لعدم قدره الغاصب عليه فعلا و مرجع الباقي الى تعذر الردّ من كلّ احد لا خصوص الغاصب أمّا لعدم امكانه ذاتا كالرّطوبه الباقيه على اعضاء الوضوء و أمّا لعدم امكانه شرعا كمسأله الخيط و أمّا لعدم امكانه مع بقاء العين على ما هي عليه كمسأله الخلط و تفاصيل هذه المسائل موكوله الى محلّها

قوله (كيف و لم تتلف هي)

و الوجه كما عرفت أنّ الغرامه بدل عن المائيه لعدم فوات العين حقيقه و لكن في النّفس شىء من صدق التّلف عرفا و معه فلا مانع من كون القيمة بدلا عنها و لعلّ الامر بالتأمّل إشاره الى هذا

[خروج العين عن الملكيه مع بقاء حق الأولويه]

قوله و من أنّ الموضوع في المستصحب ملك المالك)

فيه أنّه لو سلّم كون الموضوع لوجوب الردّ في لسان الدليل هي الملكيه ألما أنّ الموضوع واقعا ما يكون كذلك بنظر العرف و

العرف يترتب وجوب الردّ على ذات الموضوع لا على وصفه العنواني فإنّ الوصف في المقام عنده من قبيل الواسطه في الثبوت و ان كان بظاهر الدليل من قبيل الواسطه في العروض نظير التغيّر المأخوذ موضوعا في الحكم بالنّجاسه فأنّه و ان ورد الدليل على أنّ المتغيّر نجس و لكن بنظر العرف يكون التغيّر علمه لعروض النّجاسه على الماء و المعروف هو ذات الماء و لا- يرى أنّ المعروف هو المتغيّر و الماء لاّتحاده مع المعروف يعرضه العارض بالتّبع حتّى يكون التغيّر واسطه في العروض و بالجمله الاوصاف العنوائيه

المأخوذة فى موضوعات الاحكام تاره تكون هى بنفسها موضوعه لها كما اذا قيل اعط الفقير الدرهم او قلّم المجتهد العادل و تكون الموصوفات و المعنونات معروضه للاحكام ثانياً بواسطة اتّحادها مع الموضوعات الحقيقيه من دون فرق بين ان يكون الدليل بلسان اذا كان زيد مجتهداً فقلّمه او قلّم المجتهد و هو زيد للعلم بانّ المناط و الموضوع الواقعى هو الاجتهاد فلو زال الوصف انتفى الموضوع و فى هذا القسم لا- مجال للاستصحاب و تاره تكون هى وسائط للاثبات كما اذا ربّ النَّجاسه على الماء المتغيّر او وجوب الردّ على الخلّ او العصير المملوك فانّ الموضوع حقيقه هو ذات الماء و الخلّ لا الوصف العنوانى من دون فرق بين ان يؤخذ الوصف العنوانى فى لسان الدليل موضوعاً كان يق المتغيّر نجس او الخلّ يجب ردّه او يؤخذ الذات موضوعاً فيق الماء المتغيّر نجس او هذا مشيراً الى الخلّ يجب ردّه و ح فزوال الوصف لا يضرّ باستصحاب الحكم المترتب على الذات فلا مانع من استصحاب وجوب الردّ و لا فرق فى صحّته و جريانه بين القول بكون الحكم الوضعى و هو الملكيه متأصلاً فى الجعل او منتزعا من الحكم التّكليفى ثم لا- يخفى انّ الاستصحاب أنّما هو فى صورته الشكّ و اما على الوجه الثّانى و هو انّ من آثار الملك ثبوت حقّ الاختصاص و وجوب الردّ كما هو مختار السيّد الطّباطبائى ره او الثّالث و هو انّ مع ارتفاع الملكيه يتحقّق حقّ الاختصاص و يصير فعلياً او الزّابع و هو الحكم بثبوت الملكيه فى المستقبل فالحكم بوجوب الردّ لا- يتوقّف على الاستصحاب كما هو واضح

قوله (ردّت الى المالك بلا خلاف ظاهر)

اعلم أنّه قد استشكل جماعه فى وجوب الردّ اذا كان العود خللاً بعد دفع البدل الّا ان يكون غرض المصنّف عدم الخلاف فى ذلك اذا كان العود قبل دفع البدل و على اىّ حال فالوجه فى جعل هذا الاجماع تاييداً لا دليلاً أوّلاً هو امكان ان يكون الاجماع على الردّ بعد صيرورته خللاً تعديداً و لا ينافى الخلاف فى ثبوت حقّ الاختصاص قبل ذلك و ثانياً هو عدم الملازمه بين الاجماع المذكور و ثبوت حقّ الاختصاص فى حال الخمرية كما هو المختار

[حكم ارتفاع قيمه العين بعد دفع بدلها]

قوله (و عن التذكرة و بعض اخر)

الظاهر انّ الوجه عندهم هو بقاء العين على ملك المالك و قد دفعه المصنّف بعد تسليم ذلك بانّ مقتضى صدق الغرامه خروج الغارم عن عهده العين فبدفع البدل خرج عن عهده جميع ما يتحمّله العين

فان قلت مقتضى صدق الغرامه هو الخروج عن عهده العين و ماليّتها و امّا التّماءات و ماليّتها فحيث أنّها ملك المالك تكون عهدها كعهده العين و لم يحصل ما يوجب الخروج عنها

قلت بعد صدق الغرامه عن العين لا محصل لهذا الكلام اذا التّماءات و ماليّتها من توابع ماليّته العين و ليست فى مرتبتها و ليس ما ذكر الّا مساوياً للقول بلزوم غرامه اخرى عند تلف العين هذا غايه المقال فى هذا المجال و لكن

قد عرفت فيما تقدم ان بادي النظر يقتضى ابتناء المسأله كون دفع قيمه حقاً للضامن أم كون مطالبته حقاً للمالك و مسأله ضمان المنافع و الصيغيات على ان الضمان يتحقق بالغصب او بالتلف و على هذا فلو قلنا بتحقيق الضمان بمجرد الغصب فاما ان نقول بان وجوب الغرامه على الضامن من باب تدارك السيلطنه كما هو ظاهر المتن فيما تقدم حيث قال فيه و لو لا ظهور الاجماع و ادله الغرامه فى الملكيه لاحتملنا ان يكون مباحا له إباحه مطلقه ه و اما ان نقول بان السيلطنه من احكام الملك و لا تشملها ادله الصّمانات و مجرد الحيلوله بين المال و مالكه لا يوجب ضمان السيلطنه و وجوب الغرامه على الضامن انما هو من باب تدارك ماليه المال بعد سقوط الخصوصيه الشخصيه بالتعدّر مثل وجوب اداء قيمه فى المثلى المتعدّر مثله فان قلنا بالاول و هو ان الغرامه لتدارك السيلطنه الفائته فاللزام هو ثبوت الضمان للمنافع و التّماءات و ارتفاع قيمه كما انه كذلك بناء على تحقق الضمان بالتلف و ذلك لانه و لو قلنا بتحقيق الضمان بالغصب و لكنّ المال المغصوب فى عهده الضامن بشخصيتها و سلطنتها و منافعها و نماءاتها و ماليتها و اذا ارتفع ضمان الشخصيه بالتعدّر و ضمان السيلطنه بتداركها بالغرامه تبقى منافعها و نماءاتها و قيمتها المرتفعه الى حال الاداء فى عهده الضامن و لا يرتفع ضمانها باداء الغرامه بدلا عن السيلطنه الفائته و لازم هذا القول أيضا كون المطالبه حقاً للمالك لانّ له اسقاط سلطنته و التجاوز عن حقه و على الثانى و هو كون السيلطنه من احكام الملك و لا تدخل فى ادله الصّمانات فاللزام سقوط ضمان المنافع و التّماءات و ارتفاع قيمه سواء قلنا بانّ المنافع و الصيغيات تدخل فى عموم على اليد بتبع الاعيان و يتعلّق الضمان بها مستقلاً او قلنا بانّ ضمانها تبع لضمان الاعيان و ذلك لانّ بعد سقوط ما فى ذمه الضامن باداء المائيه و لو سقطا موقّتا كما سيجىء يبرأ من ضمان المال مط و يكون من هذه الجبهه نظير اداء قيمه فى المثلى المتعدّر حيث لا يدخل المنافع تحت الضمان و لازم هذا القول أيضا ان يكون الدّفع حقاً للضامن لانّ بعد تعلّق قيمه بذمته بمجرد الغصب له ان يبرأ ذمته من الضمان و ان كان التعلّق مشروطا بتلف العين او تعدّر الردّ و بالجمله بعد سقوط خصوصيه المال بالتعدّر و تعلّق الضمان بماليتها فلو لم يدفع مالته المال تدخل هى و جميع مراتبها من المنافع و الصيغيات و الارتفاعات فى الذمه و امّا بعد دفع الغرامه بدلا عن المائيه تسقط جميع ذلك ثمّ ليعلم ثبوت الفرق بين ضمان الارتفاع و ضمان المنافع و التّماءات بانّ الارتفاع مضمون بناء على القول باعلى القيم لو تلف العين و لو ردّت فلا ضمان بخلاف المنافع و التّماءات فانّهما مضمونتان و لو مع ردّ العين دفع اشكال و رفع اجمال اما الاشكال

فاعلم أنّ بناء على ما تقدّم من ابتناء القول ببراءة ذمّة الضّامن من المنافع و التّماءات و ارتفاع قيمه الحاصله بعد دفع الغرامه على القول بأنّ دفع الغرامه كان لتدارك العين بماليتها و القول بعدمها على القول بأنّ دفعها كان لتدارك السّيلطنه يرد محذور لا محاله و ذلك لأنّه لو اخترنا أنّ الغرامه من باب تدارك السّيلطنه فلازمه عدم عود الغرامه الى الغارم بعد التّمكّن من العين و ردّها الى المالك لأنّ السّيلطنه الفائته اذا تداركها الغارم بدفع البديل عنها لا تعود الى المالك حتّى تعود الغرامه الى الغارم بل يكون حال السّيلطنه الفائته حال المنافع فى أنّها اذا تلفت حال التّعذر بعد اداء الغرامه عنها لا تعود الغرامه عنها الى الغارم

لا يقال أنّ الغرامه تدارك للسّيلطنه الفائته فهى لا تكون الا غرامه لها حال فواتها لا غرامه لها مط حتّى لما تكون بعد ردّ العين و بعبارة اخرى أنّ الغرامه بدل عن السّيلطنه المنقطعه لا عن اصل السّيلطنه

فأنّه يقال ليست السّيلطنه امرا مثليا حتّى يغرم لها باء بدل و هو السّيلطنه على مال اخر بل لو كانت واجبه التّدارك كانت قيمه و الحاصل أنّه لو قلنا بأنّ من احكام ضمان العين الضّمان على السّيلطنه كضمان المنافع فلا وجه لعود الغرامه الى الغارم بعد ردّ العين مع أنّهم لا يلتزمون به و لو اخترنا أنّ دفع الغرامه لتدارك العين بماليتها فهذا لا يخلو من وجهين احدهما ان يكون وجوب الغرامه بدلا عن المالىه لا عن اصل العين من باب اعتبار امكان الاداء الدائمى فى باب الضّمانات و أنّ ما لا يمكن ادائه دائما و ان امكن ادائه فى الجملة لا- يدخل تحت الضّمان و لاجل ذلك اى اشتراط استمرار امكان الاداء فى تعلق الضّمان يكون الضّمان فى المقام متعلّقا بالمالىه و يكون الغرامه بدلا عنها و على هذا الوجه فاللّازم عدم وجوب ردّ العين مع التّمكّن منها بعد اداء الغرامه كما فى المثلى المتعذر لأنّ الشخصيه العييه اذا سقطت بعدم التّمكّن من ردّها و ادائها ينتقل الضّمان الى قيمه و لازمه كون الغرامه بدلا عن العين حقيقه و كون العين داخلا- حقيقه فى ملك الغارم فبعد عودها لا- يجب ردّها الى المالك مع أنّهم لا يلتزمون به ثانيهما أنّه لو قلنا بكفايه امكان الاداء فى الجملة لتعلق الضّمان بنفس العين فلازمه عدم وجوب الغرامه على الغاصب فيما لو علم بامكان ردّ العين بعد سنه مثلا فلا وجه لبديل الحيلولة كما لا يخفى فعلى كلّ من المبنيين يلزم محذور ثمّ اعلم ثانيا أنّ ما مرّ من المتن فى صدر العنوان يناقض بحسب الظّاهر ما ذكره هنا حيث يقول ثمّ أنّ مقتضى صدق الغرامه على المدفوع خروج الغارم عن عهده العين و ضمانها الخ فإنّ الظّاهر من عبارات الصّدر

أنّ الغرامه بدل عن السّيلطنه و ظاهر عبارته هنا أنّ الغرامه بدل عن العين و ألّا لم يكن وجه لتفريع البراءه عن ضمان المنافع و ارتفاع قيمه كما أنّ ما اختاره ره في صدر العنوان من أنّ اخذ البدل حقّ للمالك لا أنّ دفعه حقّ للضّامن و ما اختاره هنا من البراءه من ضمان المنافع لا يجتمعان مع ما ذكرنا من أنّ بادي النّظر يقتضى أنّ القائل يكون اخذ البدل حقّاً للمالك يلزمه القول بعدم البراءه عن المنافع و تنقيح مرامه و توضيح كلامه زاد الله في علوّ مقامه هو أنّ حال العين المغصوبه و المقبوضه بالعقد الفاسد لا- يخلو من اقسام ثلاثه لأنّها أمّا تالفه حقيقه او في حكمها كما اذا عرفت العين بحيث لا يمكن اخراجها من الماء ابدًا و أمّا باقيه موجوده و هي على قسمين لأنّ الغاصب أمّا متمكّن من ردها الى مالكيها على ما هي عليه و أمّا متعذّر من ردها كذلك و التّعذّر على اقسام لأنّه أمّا لا باق العبد او لسرقته من يد الضّامن و أمّا لخروجه بالردّ عن المائيه كالخيط و أمّا لعدم امكان جمع المال كالماء على اعضاء الوضوء و أمّا لخروجه عن المائيه عرفًا كالانوانى المكسوره او لخروجه عن المائيه و الملكيه شرعا كصيوروه الخلّ المغصوب خمرًا أمّا القسم الأوّل و هو صورته التّلف و ما بحكمه فلا اشكال في أنّ الغرامه بدل عن مائيه المال لانتقاله الى قيمه بمجرّد التّلف سواء قلنا باعتبار قيمه القيميّ بيوم الغصب او يوم التّلف او اعلى القيم فإنّ على اى تقدير لا يقتضى الضّمان الثّابت بمقتضى على اليد أدا قيمه المال لعدم التمكن من ردّ نفسه و الخصوصيه العيئيه ساقطه و لذا يثبت الحقّ للمالك و الضّامن كليهما و أمّا القسم الثّاني و هو صورته بقاء العين فلا اشكال أيضا في أنّه ليس للمالك و لا للضّامن اداء قيمه ألبالمبادله الصّحيحه و المعاوضه الشّرعيّه و أمّا القسم الثّالث و هو صورته التّعذّر فما هو المقصود بالبحث من اقسامها هو الأوّل منها المسمّى ببذل الحيلولة و ليس الغرامه و تدارك المال فيه لانتفاء السّيلطنه و ليس من احكام ضمان المال الضّمان على السّيلطنه كما هو ظاهر بعض عبائر المتن بل وجوب الغرامه و ثبوت بدل الحيلولة على الضّامن أنّما هو لعدّد العرف المال المتعذّر رده الى مالكيه في حكم التّلف ما دام متعذّرًا فإنّ حقيقه المائيه اعتبارا عبارته عمّا يمكن لمالكيه من انحاء التقلّبات فيه و المال بحسب العرف و العاده ما كان لمالكيه التصرف فيه كيف شاء فنفس كون المال تحت يد المالك و في حيطه تصرفه امر يجب تداركه في صورته الفوت ما دام فائتا و متعذّرًا بنفس ادلّه الضّمانات و هذا هو مراد المصنّف قدّس سرّه من انحاء عباراته في بدل الحيلولة كما اشار إليه بقوله أنّ تحقّق ملكيه البدل او السّيلطنه المطلقه عليه مع بقاء العين على ملك مالكيها أنّما هو مع فوات معظم الانتفاعات به ه

فمقصوده أنّ فوات معظم الانتفاعات ممّا يجب تداركه ما دام فائتاً فإنّ فوت معظم الانتفاعات فى قطعه من الزّمان المعتدّ به بمنزله تلف العين فى تلك المدّة وصرّح به بقوله ثمّ أنّ مقتضى صدق الغرامه على المدفوع خروج الغارم عن عهده العين و ضمانها ه و ما ذكرنا من أنّ الغرامه بدل عن اصل مالّيه العين لكن ما دامت متعذّره هو المراد أيضا من قوله و على الثّانى السّيلطنه المطلقه على البديل بدل عن السّيلطنه المنقطعه و ذكرنا أنّ غرضه البديل عن اصل السّيلطنه لا المقدار المنقطع و اذا اتّضح لك ما تقدّم دريت أنّه لا فرق بين القول باعتبار يوم الغصب او يوم التّلف او على القيم فإنّها متّفقه على وجوب التّدارك يوم التّلف أمّا بقيمه يوم الاخذ او يوم التّلف او بالاعلى من يوم الاخذ الى يوم التّلف و الفرض أنّ فوت كون المال تحت اليد بمنزله فوت عين المال و ان كان بينهما فرق من جهه اخرى و هى الانتقال الى قيمه بالفوت دون التعذّر إلّا أنّ وجوب تدارك المال بمقتضى على اليد و ادلّه الضّمّانات ثابت فى الصّورتين و من الواضح أيضا أنّ الغرامه و وجوب التّدارك اذا كان بدلا عن كون المال تحت اليد ردّ المتدارك به الى الغارم بعد ردّ العين او التّمكّن منه كما سيجى ء فإنّها كانت غرامه عن فوت كون العين تحت اليد ما دام الفوت لا دائما و كذا الاشكال فى بقاء العين على ملك مالكها و لو مع اخذ الغرامه لأنّها لم تكن تالفه حتّى تنتقل الى قيمه و لم تكن من قبيل المثلى المتعذّر لأنّ المثلى امر كلّى ثابت فى الذّمّه و اذا اسقط المالك الخصوصيه المثليه و ادى الضّامن المالىّه يصير ما اذاه مصداقا لما فى ذمّته حقيقه فلا وجه لثبوت حقّ للمالك بالمثل بعد التّمكّن و هذا بخلاف المقام فإنّ العين موجوده بالفرض و ليست الغرامه مصداقا لمالّيه العين بل هى بدل عنها ما دام التعذّر لأنّ الخصوصيه هنا ساقطه بالتعذّر لا باسقاط المالك فيمكن ردّ العين بعد التّمكّن من الخصوصيه العيئيه و لا يمكن ردّ الخصوصيه وحدها فيجب ردّها فى ضمن المالىّه فيجب ردّ العين و كذا لا اشكال فيما اختاره المصنّف قدّس سرّه من البراءه من المنافع كلّها بعد اداء البديل و ما اختاره من أنّ حقّ المطالبه ثابت للمالك لا للضّامن لأنّ كون الحقّ للضّامن أيضا يصحّ لو كان البديل عوضا عن مالّيه العين على نحو انتقال العين الى قيمه كما فى مورد التّلف لا فى مثل المقام فقد عرفت أنّ مع بقاء العين و تعذّر الضّامن من ردّها لا موجب للانتقال كما لا موجب له فى المثلى المتعذّر و ما سبق ممّا من أنّ القائل بكون اخذ البديل حقّا للمالك يلزمه القول بعدم البراءه عن المنافع فاسد من حيث المبنى فتدبّر جيّدا و بالجمله يعلم احكام بدل الحيلوله ببيان امور الاوّل لا اشكال فى أنّ مقتضى

على اليد ما اخذت حتى تؤدى و كذا مفاد ادلّه الضمانات هو ان يكون عهده المال على القابض و لا يوجب التعذر سقوط ما فى عهده بحيث لا يكون عليه شىء و ضعاً و تكليفاً و ليس معنى ضمان المال هو وجوب ردّ العين بل يمكن ان يقال انّ مورد ادلّه الضمانات ما لا تكون العين موجوده امّا للتلف و امّا للتعذر و الغرض من هذا الامر هو بيان ثبوت حقّ للمالك على عهده الضامن فى صورته التعذر بالضروره مثل ثبوت الحقّ عليه فى صورته التلّف الثانى انّ بمقتضى على اليد و سائر الادلّه لا يوجب مجرد التعذر انتقال ضمان العين الى قيمه و خروجها عن العهده و ذلك لانّ ما كان موجوداً و باقياً على ما هو عليه من قابليته تعلق جميع آثار الملكيه به قابل لتعلق الضمان به و ليس كالتلف الذى لا يمكن فى مورده تعلق الضمان بنفس العين لعدم بقاء آثار الملكيه فيها و نتيجه هذين الامرين تخيير المالك و انّ ما فى عهده الضامن ليس خصوص قيمه العين فانّ بالامر الاول يعلم بثبوت حقّ للمالك على الضامن فى الجملة و بالامر الثانى يعلم عدم سقوط العين عن الذمّه بمجرد التعذر و نتيجه الجمع بين الامرين هو ما ذكر نافله الصبر و مطالبه قيمه بعد سقوط الخصوصيه بالتعذر و اذا ادى الضامن المائيه يبرأ من المنافع أيضاً لانّ ضمانها كانت تابعه للعين و مع اداء المائيه لا يمكن بقاء العين فى الذمّه ما دام متعذر العدم امكان اجتماع ضمانين على شخص لشىء واحد فالمالك مخير بين الصبر و اخذ الغرامه كما هو كذلك فى المثلى المتعذر الثالث بدليه الغرامه بعد المطالبه بمقتضى على اليد ليست دائميّه بل هى بدل ما دام التعذر و اذا ارتفع تعلق الضمان بنفس العين فيجب ردّها و ليس المقام كالمثلى المتعذر الذى لا يجب فيه دفع المثل بعد التمكن

[حكم ارتفاع قيمه بعد التعذر و قبل الدفع]

قوله (لكن مقتضى القاعده ضمانه له)

قد عرفت الكلام فيما يقتضيه القاعده فى ضمان المنافع و الصفات الحاصله بعد دفع قيمه الى زمان ردّ العين او تلفها و عدمه و اما الحاصله بعد التعذر و قبل دفع قيمه فلا اشكال كما ذكره فى ثبوت الضمان بهما و لو قلنا بتحقق ضمان قيمه بالغصب لانه مشروط بالتلف و يوم الغصب مبدأ زمان الضمان على القول باعلى القيم لا يوم الانتقال الى قيمه و الانقلاب إليها و لذا لو كانت العين باقيه يجب ردّها مع منافعها نعم لو تلفت العين تقوم بقيمه يوم الغصب الى يوم التلّف او الى يوم الدّفْع و بعبارة اخرى ثمره القول بيوم الغصب تقدير قيمه فى ذلك اليوم لا الخروج من ضمان المنافع مطلقاً و لو قبل دفع البدل و لا الخروج من ضمان ارتفاع قيمه من زمان التعذر الى يوم اداء البدل للقطع بثبوت الضمان بالنسبه الى المنافع و الصفات الحاصله بعد

التعذر و قبل دفع الغرامه و ارتفاع قيمه السوقيه بعد التعذر و قبل الدفع حكمه حكم المنافع و يتعلق به الضمان لو تلفت العين و الفرق بين ارتفاع قيمه و المنافع الحاصلين بعد التعذر و قبل الاداء لا يتصور له وجه كما ان الارتفاع بعد الاداء و قبل التلف حكمه حكم المنافع و ما استظهره المصنف من عطف التعذر على التلف فى كلام بعضهم من اقتضاء ذلك عدم ضمان ارتفاع قيمه السوقيه الحاصل بعد التعذر و قبل الدفع ممنوع لان عطف التعذر على التلف ليس بمعنى ان حكم التعذر حكم التلف فى ان ارتفاع قيمه غير مضمون بل الظاهر ان معناه كون حكمه حكم التلف فى وجوب رد قيمه المال الى مالكة

[إذا ارتفع التعذر وجب رد العين]

قوله و دفع البدل لاجل الحيلولة أما افاد خروج الغاصب)

و كذلك بناء على القول بكون البدل عوضا عن العين و ذلك لان سقوط وجوب الرد هنا كان للعدر العقلى المرتفع بالتمكن و على القول بالمعاضه القهرية فهى ماداميه اى معاوضه ما دام التعذر باقيا و لو تلفت لا انه بعد التمكن تكون الغرامه أيضا بدلا و عوضا و النزاع فى ان البدل بدل عن العين أم عن السلطنه و المائيه لا يفرق فى معنى الضمان و الخروج عنه و أما يفرق فى بقاء العين على ملك مالكةا او انتقالها الى القابض و اذا افاد دفع البدل الخروج بالمعنى المذكور و للفرار عن محذور الجمع بين العوض و المعوض افاد ملكيه القابض للعين كان اللآزم هى الملكيه الماداميه و لكن لا يخفى ان بناء على ملكيه الغارم للعين ما دام التعذر اذا افاد ارتفاع تعذرها صيرورتها للمالك الاصلى كان اللآزم عود ملكيه الغارم للغرامه بمجرد طرؤ التمكن و بالجمله لا يقاس المقام بالمثل المتعذر بعد دفع قيمه فى انه لا يجب رد المثل بعد التمكن و ذلك لما عرفت فى بحث المثل المتعذر مثله ان المثل لا يسقط عن الذمه بمجرد التعذر نعم للمالك القاء الخصوصيه و المطالبه بالمائيه و بعد القاء الخصوصيه لا يبقى فى ذمه الضامن الا المائيه و اذا اداها الى المالك لا يبقى له حق اصلا فلو تمكن من المثل لا وجه لردّه بعد سقوطه عن الذمه فان سقوط الخصوصيه المثلبيه باسقاط المالك و اداء ما كان مصداقا لما فى الذمه اى المائيه موجب لبراءه الذمه عن المثل ابدأ و هذا بخلاف المقام فان العين موجوده و خصوصيتها لم تسقط باسقاط المالك بل سقطت للتعذر فاذا ارتفع التعذر و تمكن الغارم من ادائها وجب ردّها و حيث لم تكن قابله للرد الى مالكةا وحدها بل فى ضمن المائيه وجب رد العين و غرامه المائيه المدفوعه لم تكن مصداقا لما فى الذمه و حاصل الفرق

بين الخصوصيّه المثليه و العيّيّه أنّ سقوطها فى الاولى كان باسقاط المالك فلا تعود و فى الثانيه بالتعذر فتعود بزواله

قوله (و استلزم ذلك)

الضمير فى استلزم يعود الى دفع البدل و المشار إليه هو خروج الغاصب عن الضمان

و هل الغرامه المدفوعه تعود ملكه إلى الغارم بمجرد طرؤ التمكّن،

قوله (للمالك فتأمل)

الظاهر أنّه إشاره الى أنّ مبدل الغرامه ليست هى السلطنه الفعلية حتّى يقال أنّها ما لم تتحقّق لم يعد البدل الى الغارم بل المبدل هو اصل السلطنه الفائته و قدره الغاصب على العين كافيّه فى عودها الى المالك و الدليل على أنّ المبدل هو اصل السلطنه لا الفعلية منها و جوب ردّ العين و عدم الانتقال الى قيمه فى غير الحيلولة ممّا كان المغصوب بعينه موجودا

قوله (و لذا لا يباح لغيره)

اى لاجل عدم كون الغرامه عوضا عن مطلق السلطنه

[ليس للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل]

قوله (اللهم ألا ان يقال)

لا يتمّ هذا إلا على الوجه الذى اشرنا إليه فى وجه الامر بالتأمل فتدبر

[الكلام فى شروط المتعاقدين]

[مسأله من شروط المتعاقدين البلوغ]

اشاره

قوله (سواء كان مميّزا او لا فى جميع التصرفات إلا ما استثنى كعباداته و اسلامه)

اعلم أنّ تصرفات الصبى و افعاله على قسمين لأنها امّا من العبادات او من المعاملات و الكلام فى الثانى من حيث الحكم التكليفي خارج عن المقام و اما الحكم الوضعى فهو على قسمين لأنه اما لا يعتبر فيه القصد كالضمان و الملكيه و لا كلام فى

ثبوت ذلك بالنسبه إليه او يعتبر فيه ذلك كالبيع ونحوه و هو المقصود بالبحث فى المقام اى عدم صحه تصرفاته من حيث الاحكام المعاملية الوضعيه التى يعتبر فيها القصد و لو كان مميزا و قد عرفت عدم الاشكال من حيث نفي الصحه الفعلية و ان البلوغ شرط عندهم و الدليل عليه قوله تعالى وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَ الْآيَةَ تَحْتَمِلُ مَعْنِيَنِ الْاَوَّلِ اَنَّهُ امْتَحَنُوهُمْ قَبْلَ الْبُلُوغِ اِلَى زَمَانِ الْبُلُوغِ فَاِنْ رَايْتُمْ الرُّشْدَ مِنْهُمْ فِى ذَلِكَ الزَّمَانِ اِى قَبْلَ الْبُلُوغِ فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ اَمْوَالَهُمْ بَا نَ يَكُونُ الْفَاءُ فِى فَا نَ اَنْسْتُمْ تَفْرِيعًا عَلٰى اِبْتَلُوا لَـ عَلٰى حَتَّى اِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ الثَّانِى اَنَّهُ امْتَحَنُوهُمْ قَبْلَ الْبُلُوغِ فَاِنْ اَنْسَدْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فِى زَمَانِ الْبُلُوغِ بَا نَ يَكُونُ الْفَاءُ فِى فَا نَ اَنْسْتُمْ تَفْرِيعًا عَلٰى حَتَّى اِذَا بَلَغُوا وَ عَلٰى الْمَعْنَى الْاَوَّلِ فَمَجْرَدُ الرُّشْدِ كَافٍ فِى سُلْطَنَتِهِمْ وَ انْقِطَاعِ سُلْطَنَةِ الْاَوْلِيَاءِ عَنْهُمْ لَكِنَّ الظَّاهِرَ مِنَ الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ هُوَ الْمَعْنَى الثَّانِى لِأَنَّهُ سَبَحَانَهُ فَرَعَ الْاِنْسَ بِالرُّشْدِ وَ الْعِلْمَ بِهِ عَلٰى الْوَصُولِ بِمَرْتَبَةِ الْبُلُوغِ وَ لَوْ كَانَ مَتَفَرِّعًا عَلٰى مَجْرَدِ الْاِمْتِحَانِ وَ الْاِبْتِلَاءِ فَلَا وَجْهَ لَذِكْرِ جَمَلِهِ حَتَّى اِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ كَمَا اَنَّ جَعْلَ الْبُلُوغِ غَايَةً لِلْاِمْتِحَانِ شَاهِدٌ عَلٰى اَنَّ مَجْرَدَ الرُّشْدِ غَيْرُ كَافٍ فِى سُلْطَنَتِهِمْ عَلٰى اَمْوَالِهِمْ هَذَا مُضَافًا اِلَى اَنَّ الْمَعْنَى الثَّانِىَ مُؤَيَّدٌ

باخبار كثيره و ظهور الآيه في أنّ مجرد الرشد من دون البلوغ غير كاف لا- يحتاج الى تجسّم بيان و تقريب الاذهان نعم على المعنى الثّاني و كون البلوغ و احراز الرشد معا شرطا في سلطنتهم و أنّ الرشد بدون البلوغ و بالعكس غير كاف في ذلك يستلزم بقاء سلطنه الأوصياء عليهم اذا بلغوا سفهاء غير راشدين و عدم جواز دفع اموالهم إليهم اذ الامر بالابتلاء ليس مخصوصا بالاولياء من الأب و الجدّ و الحاكم و عدول المؤمنين بل يشمل الوليّ الجعلى و هو الوصيّ و لا محذور في هذا اللّازم و يكون الآيه دليلا على ذلك و في معنى الآيه احتمال ثالث و هو ان يكون حتّى حرف ابتداء فانّ بعده جمله شرطيه و هو اذا بلغوا و الجزاء فيها أيضا جمله شرطيه و هي فان آنستم الخ و مصدره بالفاء جوابا عن الشرط الاوّل كما أنّ الفاء الثّانية لجواب الشرط الثّاني و هذا المعنى في النتيجة موافق للثّاني و على اى حال لا اشكال في ظهور الآيه في كون البلوغ و الرشد كليهما شرطا في صحّه تصرّفاتة و لا- اشكال في تحقّق البلوغ بخروج المنى و الإنبات و أمّا السنّ فالمشهور و هو الأقرب أنّه في الذّكر خمس عشره سنه و في الانثى تسع سنين و قد بين في محلّه و كذا لا اشكال في ثبوت استحباب المستحبّات العقلية و الشرعيه على الصّبي على المشهور اذا ادركه عقله و لاجل هذا يحكم بصحّه اسلامه و تظهر الثّمرة في حكم التبعية لو كان ابواه كافرين فلو اسلم يحكم باسلامه لأنّ وجوب دليل المعرفه عقليّ و لا استثناء في الادلّه العقلية و ضابطها قدره على الفهم و الاستدلال و قد حكى عن الشّيخ الحكم باسلام المراهق قال فان ارتدّ بعد ذلك حكم بارتداده و ان لم يتب قتل امّا حكمه باسلام المراهق فهو ناظر الى الرشد و لا خصوصيّة للمراهق فكلّ من اعتقد التّوحيد و التّبوه عن دليل عقليّ اقناعيّ فهو مسلم و لو ارتدّ بعد اسلامه و لم يتب فالظاهر من حديث رفع القلم و غيره عدم قيام الحدّ عليه كما لو ارتدّ المتولّد من المسلمين و بالجمله لا اشكال بحكم الآيه في اشتراط البلوغ في الصحّه الفعلية و حكمهم بالبطلان في جميع تصرّفات الصّبي من عقود و ايقاعاته اذا صدرت منه بدون اذن الوليّ و قد استثنوا مضافا الى عباداته و اسلامه و احرامه ممّا ذكر امورا كوصيته و تدبيره و عتقه و طلاقه و وقفه و اعارته و بيعه اذا كانت باذن الوليّ فانّ جمعا من الفقهاء التزموا بصحّه ما ذكر من الصّبي المميّز او من بلغ عشرة و تفصيل ذلك موكول الى محلّه ثمّ لا اشكال في أنّ جميع موارد المستثنيات كما يصحّ فيها تولّى الصّبي بنفسه يصحّ له توكيل الغير و كذا الوكاله عن الغير لانه لو كان مالكا لشيء صحّ منه التوكيل فيه و لو جاز ان يتولّاه لنفسه جاز لغيره نعم يعتبر في صحّه الوكاله ان لا يتعلّق الغرض

بايقاع الشيء من مباشر خاص و بعبارة اخرى كلما تصح في الثيابه تصح فيه الوكالة فمثل الاسلام و العبادات خارج عن ذلك

قوله (لان الايصال و الاذن ليسا من التصرفات)

لا يخفى ان ايصال الهدية و الاذن في الدخول يتصور على وجهين الاول ان يوكل المهدي الصبي في ايصاله و يقع الهدية منه بعد ان كان و كيلا في ذلك و كذلك في الاذن بالدخول بان يأذن من قبل نفسه و كاله الثاني ان يكون المهدي قد اهدى بفعله و يكون الصبي آله للايصال لا لوقوع الهدية كما لو حملها على حيوان و ارسلها و كذلك يكون اذنه بعنوان ابلاغ اذن المالك فيكون كاشفا عن موضوع تعلق عليه اباحه الدخول و هو رضا المالك و لكن الواقع غالبا من الصبي هو الوجه الثاني و هو كون فعله على وجه الدلالة و هذا هو مقصود العلماءه و لا خلاف فيه و لم يكن هذا من تصرفات الصبي القولي و الفعلية حتى يجعل من المستنيات

[الاستدلال على البطلان بحديث رفع القلم]

اشاره

قوله احتج على الحكم في الغنيه بقوله (ص)

اعلم انه يستدل على الحكم بان تصرفات الصبي ملغاه عند الشارع مط و انه مسلوب العبارة ليس له السيلطنه اصلا فلا يجوز له التصرف و لو باذن الولي و ليس له الوكالة عن غيره بادله خاصه و هي الاخبار الواردة على انحاء ثلاثه الاول ما ورد في وقت جواز امره الثاني ما ورد من ان عمده و خطائه واحد الثالث حديث رفع القلم و مع قطع النظر عن هذه الادله الخاصه يمكن الاستدلال على الحكم المذكور بعد الفراغ عن عدم الصحه الفعلية و شرطيه البلوغ في اصل السيلطنه بحكم الآيه بان ذلك مقتضى القواعد العامه سواء جعل عنوان البحث انه هل تصح معاملات الصبي باذن الولي أم لا أم جعل انه هل يكون مسلوب العبارة رأسا فلا يجوز وكالته عن غيره في ايقاع عقد أم ليس كذلك و يصح وكالته عن غيره فعلى الاول يقال لو كان الصبي محجورا في سلطنته بمعنى انه يشترط في صحه معاملاته اذن الولي أيضا كالزاهن المحجور من تصرفه في ماله المرتهن الا باذن المرتهن و كالبت الباكره المحجوره في عقدها بعدم استقلالها و عدم صحته الا مع اذن ابيها أيضا فاللزام عدم استقلال الولي أيضا في تصرفاته في مال الصبي و كان اللزام حصول رضاهما كما هو الحال في المثالين

فان قلت لا- مانع من كون الصبي محجورا في سلطنته كما في البنت الباكره لكن من حيث تصرفاته لا- كونه مثلها من جميع الحيثيات حتى من حيث تصرفات الولي و ان شئت قلت يكون الصبي في معاملاته كالبت في تزويجها لا ان يكون الولي كابيها

قلت ان جواز تصرفات ولي الصبي انما ثبت من جهة حجره فلا بد ان يكون مقدرا بقدره و بمقدار ما كان محجورا يكون جواز التصرف ثابتا لوليه فكما انه لو فرض عدم حجره و جواز تصرفاته مع عدم

البلوغ كان اللّازم منه عدم جواز تصرّفات الوليّ فكذلك لو فرض ثبوت السّيلطنه له و جواز تصرّفه لكن بالانضمام لا بالاستقلال كان اللّازم جواز تصرّفات الوليّ لكن لا بالاستقلال و لا قائل به و لا يمكن ان يكون للصّبى السّيلطنه التّاقصه و جواز تصرّف بشرط الانضمام و للوليّ السّيلطنه التّامه و جواز تصرّف بالاستقلال كما لا يمكن ان يكون لكلّ منهما السّيلطنه التّامه و السّر فى ذلك ظاهر فإنّ السّيلطنه كالملكيه اضافه بين الشّخص و المال و اذا كانت هذه الاضافه ثابتة لشخص على نحو الاستقلال كيف يمكن ثبوتها لآخر بالاستقلال او بالانضمام و لا يتوهم أنّ سلطنه الأب و الجدّ على مال الصّبى تكون ثابتة لكلّ منهما بالاستقلال فإنّها سلطنه واحده كسلطنه الحكّام مع عدمهما و يمتنع اجتماع سلطنتين مستقلّتين او ازيد فى عرض واحد و بالجمله اذا كان للصّبى سلطنه ناقصه و جواز تصرّف باذن الوليّ كان اللّازم عدم جواز تصرّف الوليّ مستقلّاً للوجهين و على التّانى يق لا اشكال عندهم فى عدم جواز وكالته و قد ذكورا فى كتاب الوكاله أنّ من شرائط الوكيل البلوغ اجماعاً مضافاً الى أنّهم عدّوا منها كون المورد ممّا يكون للوكيل ان يليه بنفسه اى كلّما يجوز له التصرّف لنفسه يجوز له التوكيل عن غيره و كلّما ليس كذلك لا يجوز له التوكيل عن غيره و قد عرفت نفى السّيلطنه عن الصّبى مط فليس له التصرّف فى مال الغير و لا فى ماله بالوكاله عن وليه

ثمّ إنّ الانصاف تماميه الاستدلال على الحكم بحديث رفع القلم و كذا الاخبار الدالّه على أنّ عمد الصّبى و خطائه واحد و ان لم تكن فى الظهور كرفع القلم و ستمتع الكلام فى تلك الاخبار و امّا دلاله رفع القلم على الغاء افعاله و سلب عباراته مط ففى غايه الظهور اذ الظاهر من رفع القلم رفع ما جرى عليه القلم و هو نفوذ الفعل و ليس مفاد الحديث الاّ ما هو الدائر فى السنه العامه من قولهم أنّ فلانا مرفوع القلم و يريدون أنّه غير مأخوذ بفعله و قوله و لا حرج عليه فيهما و فعله كلا فعل نعم يختصّ ذلك بالفعل الّذى لم يكن موضوعاً للحكم بذاته فإنّ الفعل الّذى اخذ موضوعاً كذلك و لم يؤخذ فى موضوعيه للحكم اعتبار القصد خارج عن حديث رفع القلم تخصّيصاً فإنّ الآثار قد تترتب على الافعال من حيث أنّها افعال كالاتلاف و قد تترتب عليها من حيث صدورها عن الفاعل بالقصد و مفاد الحديث هو مفاد ما سيأتى من أنّ عمدته و خطائه واحد و كلّ فعل يحتاج الى القصد و العمد اذا صدر عن الصّبى كان عمدته خطاء و قد رفع عنه القلم و لم يعدّ فعلاً له و كلّ فعل لا يحتاج الى القصد خارج عن مفادهما فالاحكام الوضعيه المترتبه على ذوات الافعال يشترك فيها الصّبى و المجنون و النائم و البالغ و

العاقل و اليقظان و اّما غيرها فمرفوعه و كيف لا يكون مفاد الحديث ما ذكرنا مع أنّ رفع القلم عن الصبى متّحد في السّياق مع رفعه عن المجنون و الثّائم و من الواضح أنّ الفعل المرفوع عنهما هو فعلهما القصدى و بالجمله الظّاهر أنّ الرّفْع متعلّق بفعل الصبى من حيث فعله القصدى و يكون قصده كلا قصد لا أنّ ذات فعله كالعدم

[الاستدلال بروايات عدم جواز أمر الصبى]

قوله (و يشهد له الاستثناء فى بعض تلك الاخبار)

كروايه ابى الحسين الخادم عن أبى عبد الله (ع) قال سأله ابى و انا حاضر عن اليتيم متى يجوز امره قال (ع) حتّى يبلغ اشدّه قال و ما اشدّه قال احتلامه قال قلت قد يكون الغلام ابن ثمانى عشر سنه او أقلّ او أكثر و لم يحتلم قال (ع) اذا بلغ جاز امره الا ان يكون سفيها او ضعيفا وجه الاستشهاد أنّ السّفيفيه ليس مسلوب السّيلظنه على وجه الاطلاق حتّى مع اذن الوليّ بحيث يكون مسلوب العبارة بل هو محجور عن استقلاله فى التصرّف و اذا كان المراد من عدم جواز الامر فى السّفيفيه ذلك فليكن هو المراد منه فى غير البالغ أيضا و وجه التّعبير بالشّهاده ظاهر لا مكان ان يكون المراد من عدم جواز الامر فى كلّ منهما غير ما هو فى الاخر

قوله (و اّما حديث رفع القلم فيه أوّلا)

و الجواب عمّا ذكره أوّلا بانّ الظّاهر من تعلّق الرّفْع بالقلم تعلّقه بما جرى عليه القلم من الاحكام الّذى هو سبب للمؤاخذة و لا داعى لجعل المرفوع قلم المؤاخذة و هى فى المرتبه اللّاحقه من جرى الاحكام و رفع المؤاخذة مسبّب عن رفع الحكم و تقدير المؤاخذة او سائر الآثار أنّما هو فيما لا يمكن ان يتعلّق الرّفْع بما هو المرفوع فى ظاهر القضيه و ما هو السّبب و السّابق فى المرتبه كالاكراه و الاضطرار و الخطاء و التّسيان و اّما فيما يمكن ذلك كرفع ما لا يعلمون و هو الحكم المجهول فى حديث الرّفْع و رفع القلم بمعنى رفع ما هو سبب الحكم فى المقام فلا موجب لتقدير المؤاخذة و امثالها و من هنا يعلم أنّ رفع القلم كناية عن رفع اثر الفعل بما هو فعل قصدى و عمّا ذكره ثانيا بما قدّمنا فى معنى الحديث من أنّ المرفوع هو الفعل القصدى لا مطلق الافعال و عليه فلا- يلزم تخصيص الـ اكثر نعم لا بدّ من تخصيصه بما تقدّم من المستثنيات و لا ضير فيه و عمّا ذكره ثالثا بما قدّمنا أيضا فإنّ صيروره فعل غير البالغ موضوعا للحكم المجهول فى حقّ البالغ أنّما هو فى الفعل الّذى لم يعتبر فيه صدوره عن الفاعل بالقصد و الاختيار و ما اعتبر فيه ذلك فالحديث دالّ على كونه كعدمه فلا يعقل ان يصير موضوعا لحكم غيره فالظّاهر عدم التأمل فى أنّ مفاد الحديث بعينه مفاد الاخبار الآتية من أنّ عمد الصبى و خطائه واحد و أنّ الظّاهر منه مع قطع النّظر عن معناه الكنائى رفع ما جرى عليه القلم و هو مطلق الاحكام و مع النّظر إليه رفع فعله القصدى و أنّ عمله كعمل المجنون

و النَّائم و قد عرفت أنه يؤيد هذا الظهور اتحاد السِّيَاق معهما و المصنّف ره مع مناقشاته المذكوره يعترف اخبرا بهذا المفاد و يستظهره بملاحظه خبر قرب الاسناد و الحديث بنفسه ظاهر في ذلك

[ما يستأنس به للبطلان]

قوله (و يمكن ان يستأنس له أيضا بما ورد في الاخبار)

قد يناقش في دلالتها بمناقشات الاولى أنّ في ذيل بعضها يحمله العاقله و تحمّل العاقله مخصوص بباب الجنائيات فالأخبار وارده لاحكام ذلك الباب لا- لمطلق الاحكام الثانيه أنّ عنوان الخطاء و العمد لم يؤخذ في موضوع دليل ألما في باب الجنائيات و الاصحاب أيضا ذكروها في ذلك الباب فالأخبار المشتمله على لفظي الخطاء و العمد مخصوصه بها نعم لفظ القصد و الاختيار لا- اختصاص له بباب الجنائيات الثالثه أنّ العمل بإطلاقها ينافي ما اشتهر بينهم من أنّ الاحكام الوضعيه ليست مختصه بالبالغين و الانصاف صحّه الجواب عن الاولى بأنّ تذييل بعضها بتلك الجملة لا يدلّ على اختصاص الحكم بباب الجنائيات مع اطلاق سائرهما و عن الثانيه بأنّ اخذ اللفظين عنوانا في باب الجنائيات لا يدلّ على اختصاص هذا الحكم ببابها و لا اشعار في نفس الصّحيحه بل و غيرها بالاختصاص بالجنائيات و لذا تمسك بها الشّيخ و الحلّي كما في المتن و عن الثالثه بما ذكرناه في دفع هذه المناقشه في حديث رفع القلم

[استظهار البطلان من حديث رفع القلم]

قوله (بل يمكن بملاحظه بعض ما ورد)

ما يستظهره في معنى حديث رفع القلم من الرّوايه هو ما قدّمنا استظهاره من نفس الحديث و الفرق أنّ ما اخترناه في معناه هو كون المرفوع ما جرى عليه القلم من الاحكام مط و هذا كناية عن أنّ الفعل القصدى من الصبى كالعدم و ما استظهره هو كون المرفوع المؤاخذه عنه شرعا من حيث العقوبه الاخرويّه و الدنيويّه و عدم ترتّب شىء على فعله القصدى و لا يخفى أنّه قدس سرّه جمع بين ان يكون الغرض من رفع القلم رفع المؤاخذه و رفع الآثار المترتبه على افعاله القصدية مط و هو في غايه الاشكال اذ لو فهمنا من رفع القلم رفع المؤاخذه الشرعيّه فلا- منافاه بينه و بين ترتّب الآثار على افعاله من عقود و ايقاعاته و لو فهمنا منه عدم ترتّب الآثار على افعاله فليس هذا الا كون المرفوع جرى الاحكام عليه و مضيها في حقّه بالالتزام بافعاله و اين هذا من رفع المؤاخذه بمعنى العقوبه فلا وجه لتعميم المؤاخذه للعقوبه و الآثار الدنيويّه

قوله (فانّ ذكر رفع القلم في الدليل)

فيه أنّه لا- وجه للتّريديد بين العليّه و المعلوليّه اذ لو كان المراد من رفع القلم رفع المؤاخذه الخاصه و هى العقوبه فرفع القلم و الحكم بكون الديه على العاقله لا- على الصبى معلولا-ن لعلّه واحده و هى أنّ عمده خطاء اى اذا ثبت أنّ فعله العمدي كالفعل

الخطائي فلا- ديه عليه و لا- مؤاخذه و لو كان المراد منه رفع مطلق الآثار دنيويّه كانت او اخرويّه بان اريد من المؤاخذه مطلق
الآثار

يكون رفع القلم عليه لاصل الحكم و هو ثبوت السديه على العاقله و على كل من التقديرين لا محيص عما ذكر و الترديد لا وجه له

[لا فرق في معامله الصبي بين الأشياء اليسيره و الخطيره]

قوله (ثم انه ظهر مما ذكرنا انه لا فرق في معامله الصبي)

اراد تحقيق الحال فيما يرى من السيره الجاربه في جميع البلدان على المعامله مع الصبيان و بيان ما قيل او يمكن ان يقال في ذلك و ما ذكره وجوه الاوّل ما عن جدّي الاميّ المحدث الكاشاني ره من ان السيره جاربه في الاشياء اليسيره و لا مانع من تخصيص عموم عدم الصحه بها فيها الثاني ما في الجواهر من ان هذه السيره جاربه في غير المباليين باحكام الدين فلا عبره بها الثالث ما عن الرياض من الصحه فيما كان الصبي بمنزله الآله لمن له اهليه التصرف فالمنشئ للمعامله هو الوليّ و المشتري و الصبي واسطه في اقباض المالكين و ايصالهما الى المالكين الرابع ما عن كشف الغطاء احتمالاه و هو ان المعامله في الحقيقه ليست واقعته بين الصبي و المشتري بل بينه و بين الوليّ فيكون القابض من الصبي موجبا و كاله من طرف الوليّ و قابلا من طرف نفسه الخامس الاكتفاء في المعامله بوصول كل من العوضين الى الاخر مع رضا الطرفين حتّى لو فرضنا انه حصل مال كل منهما عند صاحبه باتفاق كاطاره الرّيح و نحوها فتراضيا على التصرف باخبار صبيّ او غيره من الامارات كالكتابه و نحوها كان معامله على وجه المعاطاه فجلوس الصبي من حيث انه كاشف عن رضا الوليّ يكفي في الصحه و لقد اجاد الكلام في توضيح الوجوه المذكوره و اتى في الجواب عنها بما لا مزيد عليه و هنا وجه سادس ذكره في الحاشيه التّقريريه و هذا لفظها و ثالثها الاكتفاء في المعامله بوصول كل من المالكين الى مالك الاخر مع رضا الطرفين و قد تقدّم في المعاطاه ما يدلّ على صحه ذلك فانه اما من مصاديقها بناء على عدم اعتبار التعاطى فيها و اما انه ملحق بها حكما بناء على ما تقدّم من ان المعاطاه انما تدلّ على التسليط المالكى فلو إنشاء التسليط عن المالك بعوض معيّن فكلّ من اقدم على اعطاء العوض فهو مسلّط على المعوّض فانه لا يعتبر في حقيقه التسليط تعيين المباح له كما في نثار العرس و لا الموالاه بين الايجاب و القبول فهذا لو كان داخلا في عنوان العقود فيدلّ على صحته عموم أوّفوا بالعقود و لو لم يكن داخلا فيكفي في صحته السيره الجاربه بين المتدينين نعم لا بدّ من الاكتفاء بما هو المتيقّن من جريان سيره المتدينين عليه و هو المعامله التي لا تحتاج الى المساومه بل كانت قيمه العين معيّنه في الخارج بحيث كان الصبي آله صرفه و واسطه في الايصال انتهى و الاقرب الى الذّهن ان المعامله مع الصبي من باب اباحه المال بالعوض سواء كان الصّادر من وليّ الصبي الاباحه بالعوض و من المشتري التّمليك أم كان الصّادر من كل منهما الاباحه يازاء اباحه الاخر و قد سبق في المتن في اخر الامر الرابع من تنبيهات

المعاطاه أنّ هذا التحو من الاباحه المعوّضه ليست معاوضه مائيه و من المعاوضات المعهوده الا ان يكون نوعا من الصّيلح و لو كانت معامله مستقله كفى فيها عموم الناس مسلطون و المؤمنون عند شروطهم انتهى ما سبق فى المتن ملخصا و المختار أنّ هذا التحو من الاباحه ليس صلحا و ان لم يشترط فى عنوان الصّيلح لفظه و ذلك لأنّ عنوان الصّيلح أنّما يصدق فى مقام التسالم على امر فلو تسالم المتنازعان على امر فقال احدهما لك ما كان فى مكان كذا ولى ما فى مكان كذا و قال الاخر قبلت صدق عليه عنوان الصّيلح و اما مجرد الاتفاق على امر فصدق عنوان الصّيلح عليه محلّ نظر بل الظاهر أنّه معامله مستقله و لا ريب فى صحّه هذا النوع من المعامله لما اشار إليه المصنّف من الدليلين و قد سبق أيضا فى المتن فى الامر الثّانى من التّنبهات أنّه ربما يدعى انعقاد المعاطاه بمجرد ايصال الثّمن و اخذ المثل من غير صدق اعطاء اصلا فضلا عن التعاطى كما تعارف اخذ الماء مع غيبه السّقاء و وضع الفلّس فى المكان المعدّ له و كذا غير الماء من المحقّرات كالخضرويات و نحوها و من هذا القبيل دخول الحّمّام و وضع الاجره مع غيبه صاحب الحّمّام و اشرنا فى الحاشيه الى أنّ الانصاف كون هذا من باب الرّضا لا من باب المعاطاه و البيع فعوض ماء السّقاء و ما بعده من الامثله و المعامله مع الصبى من باب واحد و هو الرّضا و الاباحه المعوّضه سواء قصد دافع العوض الاباحه أيضا أم التّملك و لا- مساس لجميعها بباب المعاطاه من دون فرق بين افادتها للاباحه او التّملك و توضيح ذلك أنّ الاباحه ليست الا بمعنى التّسليط المالكى و التّسليط قد يكون مجّانيا و قد يكون بعوض و العوض قد يكون واقعيّا و قد يكون بالمسمّى و التّسليط المجّانى كنثار العرس و التّسليط بالعوض الواقعى كاستيفاء مال او عمل من دون تعيين عوض كقوله الق متاعك فى البحر و علىّ ضمانه و بالعوض المسمّى كقوله الق و علىّ عشره ففى جميع هذه الموارد الانشاء الصّادر أولا من احدهما إنشاء تسليطى لا تملكى و الانشاء التّسليطى لا يقتضى تعيين من يسلّطه على المباح له كما فى نثار العرس و لا الموالاه بين الايجاب و القبول فانّ اعتبارها أنّما هو فى العقود التّملكيه و يكفى فى صحّه هذا التحو من الاباحه و التّسليط و لو بعوض مضافا الى ما مرّ من الدّليلين السّيره الجاريه بين المتديّنين و فى المقام يصدر الانشاء التّسليطى من الولّى و الصبى واسطه فى الايصال نحو ايصاله الهديه و القبول يصدر من الطرف الاخر و لا- محذور فانّ الصبى بمنزله الآله و لاجل هذا يكون بناء المتديّنين فى هذه المقامات على المعامله فيما كانت قيمه و العوض مضبوطه معيّنه او كانت مختلفه بما يتسامح فيه فهذا التحو من المعامله ليس الا تسليطا مشتملا على الرّضا من الطرفين و وصول كلّ من العوضين الى الاخر ثمّ أنّ الفاضل المقرّر طاب ثراه ان اراد ما ذكرناه كما هو الظاهر

فهو حسن وجيه و ان اراد غيره فلم نحصله

[مسأله و من جمله شرائط المتعاقدين: قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفظان به.]

قوله (كما فى الامر الصورى فهو شبهه الكذب فى الاخبار)

من الظاهر ان المعنى الخبرى أيضا لا يتحقق الا بامور ثلاثه الاول القصد الى اللفظ فيخرج اللفظ الصادر عن الغالط و النائم الثانى القصد الى معنى اللفظ و مدلوله الخبرى اى يكون قاصدا الالتقاء المعنى على وجه الحكايه عن الخارج فيخرج ما لا يقصد من اللفظ معنى اصلا او قصد معنى يغير الحكايه كالانشاء مثلا الثالث تحقق قصد الحكايه على وجه الحقيقه بان يكون الداعى له على استعمال اللفظ فى المعنى و القاء الجملة الخبريه هو قصد الحكايه واقعا فيخرج الهازل و فى الخبر امر رابع و هو مطابقه المدلول لموطنه من ذهن او خارج فالكذب خارج عن الاخبار التى تطابق واقعها و بعد التأمل فى شرائط تحقق الخبر و شرائط تحقق مفهوم العقد و مطلق الكلام الانشائى يظهر امور منها ان الانشاء ليس له موطن من ذهن او خارج وراء تحقق مدلوله الانشائى حتى ينقسم كالخبر الى الصديق و الكذب باعتبار مطابقه مدلوله له و عدمها و منها ان الصديق و الكذب فى الخبر امر خارج عن مدلول الخبر و عن اختيار المخبر و منها ان الامر الصورى ليس شبيها بالكذب و ليس فى الانشاء من قبيل الكذب فى الاخبار بل هو شبهه الهازل و المستهزئ ثم اعلم ان بعض الجمل التركيبية يختص بالانشاء كصيغه الامر و النهى و بعضها يختص بالاخبار كالجمل الاسميّه المصدره بالاعلام كزيد قائم و بعضها يشترك بينهما كالفعل الماضى و المضارع و الاسماء المصدره بلا- و ليس و المصدره بالرفع و الوضع و المصدره بالضمائر و الاشاره كهذا حرّ و هى طالق و تعيين الاخبار و الانشاء فى المشترك و ان المتكلم هل هو فى مقام ايجاد الماده بالهيئه او فى مقام الحكايه بدلاله السياق و قرينه الحال لا بدلاله لفظيه

[مسأله و من شرائط المتعاقدين: الاختيار]

قوله (لا مع التمكن بغيرها فافهم)

لعله إشاره الى ان المعيار فى وقوع الضرر لو كان هو اعتقاد المكره بالكسر لامتناع المكره لزم منه صدق الاكراه أيضا فى بعض صور التفصيلى بغير التوريه و ذلك كما لو اكرهه على شرب الخمر و تمكن من التفصيلى بان يهريقه على وجه لا- يطّلع عليه و يعتقد انه شره او يقربه من فمه من دون ان يشربه كذلك و لو اغمضنا عن ذلك و فرضنا الفرق بين اطلاعه على الامتناع بالتوريه و اطلاعه على الامتناع بغيرها بايقاعه فى الضرر فى الاول فيصدق الاكراه و عدمه فى الثانى فلا يصدق فلا يثمر هذا الفرق لانّ الحاصل ح هو التخلص عن الضرر فى صوره التمكن من التفصيلى بغير التوريه و عدم التخلص منه فى صوره التمكن من التفصيلى بها و مجرد هذا لا يكون فارقا لانّ المدار فى صدق الاكراه هو قصد وقوع المضمون لا عن طيب نفس و من يمكنه التفصيلى فقصد لوقوع المضمون يكون لا محاله عن طيب نفس من دون

فرق بين امكان التفصّي بالتّوريه و غيرها

[مسأله و من شروط المتعاقدين: أن يكونا مالكيين أو مأذونين من المالك أو الشارع.]

[الكلام في عقد الفضولي]

اشاره

قوله (فالمهمّ التعرّض لمسأله عقد الفضولي

الفضل لغه بمعنى الزيادة و الجمع فضول و يقال فضولي للمشتغل بما لا يعنيه تنزيلا للجمع بمنزله المفرد فكانّ الجمع جعل علما على نوع من الكلام و هو ما لا خير فيه و لاجل التّنزيل المذكور يقال فضوليّ و الّا فالقياس ردّ الجمع الى المفرد في حال التّسببه و ممّا ذكرنا تعلم أنّ وصف العقد به تسامح لأنّ العقد فضول و العاقد فضولي

[اختلف الأصحاب و غيرهم في بيع الفضولي]

قوله (كما ذكره الشّهيد هو الكامل الغير المالك للتصرّف)

و هذا اخصّ من التعريف الثاني لخروج الصّيغير و المجنون عن تعريف الشّهيد بقيد الكمال بخلاف الثاني حيث أنّه يشملهما و الاوّل احسن فانّ عدم تأثير العقد الصادر من العاقد ان كان من جهه وجود مانع عن ذلك كعدم كونه مالكا او ثبوت ولايه او حقّ للغير عليه او في ماله كالامثله الّتي ذكرها في المتن فهو محطّ بحثهم في مسئله الفضولي و امّا ان كان من جهه عدم المقتضى للتأثير من حيث عدم اهليته العاقد فهو خارج عن المسأله عندهم و لو عقد السّفيه ففي كونه من الفضولي أم لا وجهان و المشهور الاوّل

قوله (لعموم وجوب الوفاء بالعقود)

و الصّواب عدم كفايه رضا المالك باطنا المقرون بالعقد من دون وجود كاشف لما مرّ الاشاره إليه من أنّ المناط في اللزوم و دخول عقد في عمومات وجوب الوفاء بالعقود و التّجاره عن تراض و احلّ الله البيع هو صحّه نسبه العقد الى المالك و ان شئت قلت أنّ اعتبار الاذن بالقول او بالفعل الدالّ عليه ليس من باب الكشف عن الرّضا بل أنّما هو بعنوان السببيه و به يصحّ نسبه العقد و اسناده إليه و الرّضا الغير المنكشف بقول او فعل لا يكفي في تحقّق التّسببه فلا يشملها العمومات و الاطلاقات و للنظر فيما ذكره من الوجوه مجال واسع امّا قوله (ع) لا- يحلّ مال امرئ مسلم الّا عن طيب نفسه فيه أو لا- أنّ ظاهر الحليّه هو الحليّه التّكليفيه فيكون المراد أنّ التقلّبات الفعلية في مال الغير حرام الّا بطيب نفسه و اين هذا من الحكم الوضعيّ المبحوث عنه في المقام و ثانيا على تقدير شموله للحكم الوضعيّ فهو مسوق لاعتبار رضا المالك و طيب نفسه في الصحّه لا لبيان أنّ طيب النّفس كاف فيها و

هو واضح و اما سكوت المولى مع العلم بتزويج عبده حيث دلت الروايه المعتبره المستفيضه على صحته ففيه أولا ما يشير إليه المصنّف من أنّ مناط المنع في الاخبار هو مانعيه معصيه السيد عن نفوذ العقد بسبب مزاحمته لحقوقه و يرتفع المعصيه بالرّضا و طيب نفسه المحرز بسكوته و ليس ذلك من باب الاجازه و ان عبّر بها لنفوذ العقد مع رضا السيد و لا يحتاج الى حصول كاشف وجودي من حيث عدم استقلال العبد في التصرف فانّ

المتيقن من عدم استقلاله هو فيما يزاحم حقوق السيد و اما مملوكيه العبد و عدم صحه تصرفاته فيما لا يزاحم حقوقه فغير معلوم و ثانيا على تقدير عدم استقلال العبد فى التصرف مط فمن المحتمل جدا انهم ارادوا من قولهم سكوت المولى اقرار منه بالسكوت عن الرد و الردع و السكوت كذلك من حيث انه كف كاشف وجودى عن الرضا و ينزل بمنزلته و لم يعلم انهم ارادوا من السكوت السكوت المطلق الذى هو اعم من الرضا فقولهم فى المقام يكون من قبيل ما يق فى حجبه السير و بناء العقلاء و التقرير من ان عدم الردع كاشف عن الامضاء و التقرير و اما قضيته عروه فعلمه برضا النبى (ص) يجوز حليه التصرف فى ماله (ص) كما فى سائر التصرفات الواقعة فى مال الغير و ليس التصرف فى العوض و المعوض بالقبض و الاقباض متفرعا على امضاء المعامله حتى يكون كاشفا عن نفوذها المتوقف على الاجازه و عن خروجها عن الفضوليه بمجرد علمه بالرضا فرضا النبى (ص) المحرز بالعلم يكفى فى حليه التصرف و لا يكفى فى تحقق ماهيه الاجازه هذا مضافا الى قيام احتمال كون عروه و كيلا مفوضا و اما قولهم فى الاستدلال على الصحه ان الشرائط كلها حاصله الا رضا المالك فهو وارد لبيان لزوم حصول الرضا و ان العقد لا يتم الا به و اما حيثيه حصوله و كيفيه ذلك فكلامهم مهمل من هذه الجبهه هذا مضافا الى ان الظاهر ارادتهم معنى الاختيار من لفظ الرضا كما هو الشائع كثيرا و هو المراد أيضا من قولهم الاجازه لا يكفى فيها السكوت لانه اعم من الرضا

قوله و قولهم ان الاجازه لا يكفى فيها السكوت)

فمنه يستظهر ان الرضا عندهم كاف فى الاجازه و الخروج عن عنوان الفضولى اذ لو كان حصول العقد مع تحقق رضا المالك للتصرف باطنا و طيب نفسه بالعقد من دون حصول كاشف وجودى و اذن منه صريحا او فحوى من الفضولى لم يكن وجه للتعليل المذكور و كان المناسب ح ان يعللوا لعدم كفايه السكوت بعدم وجود أماره من اذن صريح او فحوى و فيه مضافا الى إرادته الاختيار من لفظ الرضا ما تسمعه فى بحث الاجازه

قوله و نحو ذلك)

كتصريح جماعه بانه لو رضى المكره بما فعله صح فانه يدل على كفايه الرضا فى اللزوم و انه لو قال لعبده طلق كان اجازته منه لنكاح العبد و الجواب عن الاول بان الكلام فى الفضولى انما هو فى اجازته المالك للعقد الواقع عن غيره المنفى فيه الملكيه و اين هذا من الكلام فى العقد الواقع عن المالك المنفى فيه الرضا و المانع فى كل منهما غير ما هو فى الاخر و عن الثانى بما عرفت من ان رضا السيد بنكاح العبد ليس من باب الاجازه حتى يحتاج الى كاشف وجودى مضافا الى امكان ان يق ان الكاشف الذى لا بد منه فى الاجازه لا يشترط فيه لفظ خاص و الامر بالطلاق من حيث انه لا يتم الا بصحة النكاح يكون لفظا دالا على الرضا بالنكاح فالكاشف موجود بدلاله الاقتضاء

عقيب العقد و ليس من باب مجرّد الرضا الباطنى

[صور بيع الفضولى]

اشاره

قوله (تبعاً للشهيد فى س بصحيحه محمد بن قيس)

و تقريب الاستدلال بها كما ستعرفه من وجهين الاول قول امير المؤمنين (ع) فى معالجه فكّ الولد خذ ابنه حتى ينفذ البيع لك الثانى قول الباقر (ع) فى مقام الحكاياه فلما راي ذلك سيد الوليده اجاز بيع ابنه و الصّحيحه و ان اشتملت على تأثير الاجازه المسبوقه بالردّ و هو خلاف الاجماع ألما أنّه يؤوّل ما يظهر منه الردّ و يصرف عن ظاهره بالحمل على التردّد دون الردّ بقريته الجملتين المشار إليهما و حملهما على تجديد المعامله فى غايه البعد و لو فرض المناقشه فى هذا التّأويل سقط الاستدلال بها من جهه الاجازه الشّخصيه بالتعدى الى غير موردها للاجماع المشار إليه و لزم القول بكونها وارده فى قضيه شخصيه لم يعلم وجهها و لعلها كانت محفوفه بقرائن حالته او مقالته كما لا يبعد حملها على صورته علم امير المؤمنين (ع) بكذب سيد الوليده فى دعواه عدم الاذن لابنه فاراد تنفيذ المعامله و وصول المشتري الى حقّه مع رعايته (ع) موازين القضاء و لكن سقوط الاستدلال من هذه الجهه لا ينافى تماميته من الجهه التى ذكرنا فانّ المستفاد من الجملتين هو تأثير اجازته المالك فى العقد الواقع على ملكه فضولا و لو فى الجملة و فى غير المورد و لو اجاز السيد فان كان ثمن الوليده شخصيا كان له الرجوع بثمانها على كلّ من البائع و المشتري و ان كان كلياً فان اجاز قبض ابنه رجع بالثمن عليه و مع العدم رجع على المشتري و على الكشف لم يستحقّ السيد بعد الاجازه قيمه الولد على ابيه المشتري بخلاف النّقل

[الاولى أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك،]

[المشهور الصحه]

اشاره

قوله (و يمكن ان يكون الوجه فى ذلك انّ ابطال النّكاح الخ)

و يضعفه انّ الحكم بابقاء النّكاح و صحّته ليس من الاحتياط فى شىء حتى يكون ذلك هو الوجه له لوضوح انّ مقتضى الاحتياط فى الفروج عند الاشتباه اما تجديد العقد و اما الاجازه لوقوع العقد فضوليا على تقدير الانعزال و اما الطلاق هذا مضافا الى انّ الاحتياط المذكور لاجل ارتكاب اقلّ القبيحين يقتضى فى طلاق الوكيل المدعى عزله عكس ما فى تزويجه و لا يبعد التّوجيه بانّ الامام عليه السلام حيث كان فى مقام الردّ عليهم جرى على مسلّكهم و جعل مقتضى الاحتياط فى النّكاح ابقائه

[ما يؤيد لصحة بيع الفضولي]

[ما ورد في المضاربه]

قوله (كان فيها استيناس لحكم المسأله)

قد يقال انّ على الفرض المذكور من عدم التوقّف على الاجازه للتعييد عملا بالنصّ لا ربط لها بمسأله الفضولي حتّى يستأنس لحكمها و اين سقوط الاذن و الاجازه من المالك في مورد تعبدا من الفضولي الذي يلزمه الرضا و الاجازه عند القائل بصحته و هو خلاف الانصاف فانّ المصنف يرى من الحكم بصحة المعامله المذكوره و عدم اعتبار اذن المالك في نقل ماله شيئا من التأييد و

لكنّ الاولى هو الحمل على صورته رضا المالك بالمعامله بعد ظهور الرّبح فانّ الحمل على صورته عدم الاجازه و سقوط اعتبار الاذن حمل على غير الغالب و هنا وجه اخر و هو دعوى انّ حقيقه المضاربه و المقصود منها هو الاسترباح بالمال باى نحو كان و لا- خصوصيه في شرط الاسترباح بعين خاصه ألما التحفّظ عن الخسران و اشتراط المعامله على نحو خاص لا يمنع عن صحّه معاملات العامل و أنّما فائده الشرط هو ضمان العامل في صورته التخلّف و على هذا فالموثّقه موافقه لنصوص المضاربه و قواعدها من حيث اعتبار الاذن الكلّي بالاسترباح و الحاصل انّ الرّوايه تحتّم وجوها الاوّل ما نسب الى ظاهر الاصحاب من التعيّد بظاهرها و الاقتصار على موردها الثّانى الحمل على الفضولى و صورته رضا المالك بالمعامله بعد ظهور الرّبح الثّالث موافقتها لقواعد المضاربه و على الاوّل ففيها تأييد و استيناس لصحّه الفضولى و على الثّانى تكون دليلا على صحّتها و على الثّالث فلا تكون فيها دلالة و لا استيناس لحكم مسئله الفضولى

[ما ورد في اتجار غير الولي في مال اليتيم]

قوله (لاحقه للمعامله فتأمل)

وجهه واضح و هو انّ هذه الاجازه تخالف المصطلح عليها من وجهين الاوّل انه عباره عن الاجازه المالكيه و هذه اجازه إلهيه و الثّانى انه عباره عن الرّضا المتأخّر و هذه حكم شرعي بصحّه المعامله

[روايه ابن اشيم]

قوله (بروايه ابن اشيم الوارده في العبد المأذون)

عن ابى جعفر (ع) قال له عبد لقوم مأذون له في التجاره دفع إليه رجل الف درهم فقال اشتر بها نسمة و اعتقها عني و حجّ عني بالباقي ثم مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشترى اباه و اعتقه عن الميت و دفع إليه الباقي ليحجّ عن الميت فحجّ عنه و بلغ ذلك موالى ابيه و مواليه و ورثه الميت جميعا فاختصموا جميعا في الألف فقال موالى العبد المعتق أنّما اشتريت اباك بما لنا و قال الورثه أنّما اشتريت اباك بما لنا و قال موالى العبد أنّما اشتريت اباك بما لنا فقال ابو جعفر (ع) أنّما الحجّه فقد مضت بما فيها لا- تردّ و أمّا المعتق فهو ردّ في الرقّ لموالى ابيه و اى الفريقين بعد اقاموا البيّنه على انه اشترى اباه من اموالهم كان لهم رقّا الخبر لا اشكال ظاهرا في انّ موالى الأب مدّعون للفساد و أمّا غيرهم من الفريقين فالرّوايه تحتّم وجوها الاوّل وقوع الشراء فضوليا أمّا بالنسبه الى ورثه الدافع فبناء على كون الدّفع منه بعنوان الوكاله و حيث كان وقوع الاشتراء بعد موته فهو في زمان بطلان الوكاله و انتقال المال الى الوارث و أمّا بالنسبه الى مولى المأذون فبناء على ظهور الاذن في التجاره بما فيها الاسترباح فيكون شراء العبد بمال مولاه تصرفا فيه بغير اذنه و اذا كان الاذن واقعا بمطلق التكبّب الشّامل للاسترباح و غيره كان الفضولى مختصّا بورثه الدافع و على الفضوليه فالرّوايه ظاهره في الصحّه بناء على انه لو لا كفايه الاشتراء بعين المال في تملك المبيع

بعد المطالبة المتضمنة لاجازه البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال ولا اقامه البيئه عليها كافيه فى تملك المبيع وقد يقال باحتمال ان يكون ادعاء كل واحد من حيث انه اشترى العبد بما له لغيره فيكون من الفضولى كسواء الغاصب بمال الغير لنفسه الثانى خروج الدعوى عن الفضولى اميا بالنسبه الى موالى المأذون فباحتمال اقتران دعواهم بالاذن فى شراء العبد او باحتمال شمول اذنه للتجاره لشراء العبد فيرجع الى الاول واما بالنسبه الى ورثه الدافع فباحتمال ادعائهم الاذن منهم فى ذلك الثالث كون دفع الألف على وجه الوصيه و ورثه الدافع لا ينكرونها و يدعون وقوع الشراء بالالف و هذا الاحتمال منقول عن الجواهر و يؤكده قوله (ع) اميا الحجّه فقد مضت بما فيها لا تردّ و قد يتوهم انّ هذا الاحتمال ياباه صريح ذيل الخبر من قوله (ع) و اى الفريقين بعد اقاموا البيئه على انه اشترى اباه من اموالهم كان لهم رقما مضافا الى انه لا يتوجه الدعوى ح منهم بذلك لعدم المدخلية لهم فيه ح و يدفعه انّ على هذا التقدير يكون المراد من ذيل الخبر انّ ورثه الدافع لو اقاموا البيئه كان لهم رقما باعتبار قبل العتق و فى قبال الدعوى الاخرى لا- انه يكون لهم رقما فى الحال و يكون توجه الدعوى منهم باعتبار انّ ولاء العتق لهم و لاجل هذه الاحتمالات المذكوره لم يصح الاستدلال بالزوايه على صحه الفضولى الا ان يتمسك بترك الاستفصال و الزوايه و ان كانت مشهوره من حيث الزوايه و لكن اعرض عنها المشهور من حيث الفتوى نعم حكى عن الشيخ فى يه و القاضى العمل بها و وجه الاعراض انها ضعيفه السند لجهاله الزاوى او غلوّه و ان سبق على ابن اشيم ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع ثم ان جماعه ذكروا فى مخالفتها للقواعد وجوها الاول اشتمالها على صحه تصرف المأذون بالتجاره فى غير ما اذن له الثانى صحه استيجار ابيه للحجّ مع ظهور الامر فى انّ يحجّ عنه بنفسه الثالث صحه حجّ العبد مع كونه رقما بغير اذن سيده الرابع تقديم قول مولى الأب المدعى لفساد البيع على المدعين للصحّه من مولى المأذون و ورثه الدافع مع انّ الوجه حكومه اصاله الصحه على استصحاب الفساد الخامس عدم تقديم قول ذى اليد و هو مولى المأذون و تقديم قول مولى الأب على قوله مع كونه خارجا السادس عود العبد رقما الى مولاه مع اعترافه بالبيع و ان ادعى فساد و يجاب عن الاول بانّه مبنى على عدم الاذن فى شراء العبد و تخصيص الاذن فى التجاره بما فيه الاسترباح و هذا غير معلوم و من المحتمل تحقّق الاذن فى شراء العبد و عن الثانى بانّ ظهور الامر بالحجّ فى مورد الزوايه فى اشتراط مباشره ممنوع جدا سواء كان دفع الألف الى العبد المأذون للشراء بعنوان الوكاله او الوصيه نعم من استوجر لعباده فظاهر الاطلاق يقتضى مباشره و عن الثالث بانّ مضى الحجّه لا دلالة فيه على

وقوعها من الأب بغير اذن من مواليه و ذلك واضح و عن الزابع بأن اصاله الصّحه تكون حاكمه على خصوص الاصل الّذى يقتضى فساد العقد من حيث الشّرائط الرّاجعه الى تأثيره من العربيّه و الماضويّه و نحو ذلك فلو كان الشّك فى تأثير السّبب و كونه واجدا للشّرائط كان الاصل فيه الصّحه و اما لو كان الشّك فى الصّحه و الفساد من جهه الشّك فى شرائط المتعاقدين او شرائط العوضين فلا تجرى فيه اصاله الصّحه و فى المقام يكون الشّك راجعا الى شرائط العوضين لاحتمال شراء المأذون عبد شخص بمال هذا الشّخص و الأصل الموضوعى و هو اصاله عدم قابليته المال للنقل و الانتقال يقتضى الفساد و لا يجرى اصاله الصّحه فى مثله و أنّما تكون حاكمه على خصوص اصاله عدم النّقل و الانتقال و بقاء الملك على مالكة و لو سلّم حكومتها على جميع الاصول الموضوعيّه المقتضيه لفساد العقد فعدم جريانها فى المقام من حيث أنّه فى دعوى ورثه الدّافع معارض بجريانها فى دعوى موالى العبد المأذون و مع الغضّ عن جميع ذلك فلا يبعد ان يكون مقصود موالى العبد من قولهم أنّما اشترت اباك بما لنا هو انكار البيع من اصله و المرجع ح هو اصاله بقاء الملك على مالكة و قد عرفت أنّ كونه رقّا لهم لا ينافى مضى الحجّه فانّ انكارهم للشّراء لا يلازم عدم الاذن منهم فى فعل الحجّ و عن الخامس بأنّ كون مولى المأذون ذا يد على عبده لا يلازم كونه ذا يد على المال الّذى اختصموا فيه نعم لو كان اذنه مختصّيا بالتّجاره لنفسه كان ملازما له و اما الوجه السّادس فالظاهر تماميّه لأنّ المأذون ان كان مأذونا بالتّجاره و غيرها لمولاه و لغيره نفذ اقراره فى عمله فان وقع عتقه فى حياه الدّافع صحّ عتقه و ان وقع بعد موته كان الاثراء بمال ورثه الدّافع و كان المعنى رقّا لهم و ان كان مأذونا فى التّجاره لمولاه فقط قدّم قول مولاه و يكون المعنى رقّا لمولى المأذون حتّى تقوم البيّنه على خلافه لكونه ذا يد على عبده و هو يلازم ثبوت اليد على المال الّذى اختصموا فيه و على اىّ تقدير فلا وجه لعود المعنى رقّا لموالى ابيه و كيف كان فالزّوايه من حيث أنّها ذات وجوه لا تصلح للاستدلال بها و لو فرض سلامتها من الضّعف و مخالفه القاعده

[مؤثقه عبد الله]

قوله (و يحتمل ان يكون لصاحب الورق باذنه)

و المناسب ح و ان كان هو التّعبير عن الردّ بالفسخ الّا أنّه قد شاع التّعبير بالردّ كناية فى مقام الفسخ

[احتجاج المبطلين للعقد الفضولى بالأدله الأربعة]

[أنا الكتاب، الاستدلال بآيه التّجاره عن تراض]

قوله (لانقطاع الاستثناء كما هو ظاهر اللفظ)

و يكون الآيه ح متكفّله لبيان حكم سلبى و هو عدم اكل الاموال بالباطل و حكم ايجابى لموضوع اخر و هو جواز اكلها مع التّجاره و ليس موضوع الحكم الثّانى من افراد الموضوع فى الاوّل و هو الاكل بالباطل حتّى يكون استثناء حقيقيّا و خروجا

حكماً و يكون مفيد الحصر سبباً الحل في التجاره عن تراض ثم انه على فرض دلالة الآيه على الحصر فهو لا يفيد المستدل لان حصر حل الأكل بالتجاره عن تراض لا يلزم بطلان الفضولى و ذلك لان المراد من التجاره

على ما هو الظاهر منها ليس هو العقد و لا التكبب مط باى وجه اتفق بل المراد منها كناية و ان كانت معناها التكبب اما السبب الناقل و هو فى الفضولى انما يتم بلحوق الاجازه كشفا او نقلا و قبلها لا تجاره اصلا لا انه تجاره لا عن تراض او المسبب و هذا هو المقصود من عباره المتن حيث يقول فيما ياتى مع ان الخطاب لمالك الاموال و التجاره فى الفضولى انما يصير تجاره المالك بعد الاجازه فتجارته عن تراض

قوله (مخصوص بما اذا لم يكن للقيد فائده اخرى)

قد يتوهم فى المقام ان القيد انما ينزل على الغالب اذا كان حكم المقيّد به و المجرد عنه واحدا و من المعلوم ان التجاره المجردة عن التراضى راسا الذى هو من افراد مفهومها غير صحيح لانه من الاكل بالباطل فيكون خروج الفرد من المفهوم المعلوم خروجه عن حكم المقيّد قرينه مؤكده لاصاله الاحتراز فى القيد و فيه ان هذا يصح لو كان المراد بالتجاره هو التكبب و يكون التقيّد مفيدا لبيان لزوم كون التجاره مسبوقة بالتراضى و كلام المصنّف من كون القيد واردا مورد الغالب ناظر الى كون المراد منها احد الوجهين الآخرين و عليه فبعد تسليم ان سياق التّحديد موجب لثبوت مفهوم القيد لان الحد لا بد من ان يكون جامعا و مانعا فهو مخصوص بغير المقام مما يكون القيد واردا مورد الغالب فلا يفيد لزوم كون التجاره مسبوقة بالتراضى حتى يكون الفضولى باطلا

[أما السنه، فهي أخبار]

قوله (و لعله يناسب ما ذكرناه من كون الظرف خبرا بعد خبر)

قد يقال ان بناء على تواتر القراءات يصح الاستدلال بجميعها فمجرد احتمال قراءه النصب لا يمنع عن الاستدلال بقراءه الرفع و فيه ان بناء على قراءه الرفع فقد ابطال صحه الاستدلال بما عرفت من معنى التجاره

قوله (و بما ذكرناه من الجوابين يظهر الجواب)

مضافا الى احتمال إرادته نفي البيع عما لا يملك مبيّنا للمفعول و احتمال إرادته البيع الذى يترتب عليه الآثار

قوله (انما يتوجه على القول بالتقل حيث ان)

الخ لا يق ان المعاوضه ان لم تكن مقصوده فلا صحه حتى تؤثر الاجازه فى عقدها لزوما فلا يجدى ح فى تملك المجيز سبق العقد على التسليط و ان كانت مقصوده لم يكن التسليط للبائع مجانا بل تسليط بعوض و مقتضاه جواز الاسترداد على تقدير الرد حتى على القول بالتقل لانا نقول المعاوضه تكون مقصوده و مع ذلك يكون الدفع بعد تحقق إنشاء المعاوضه مع العلم بعدم استحقاق القابض و كون المعاوضه ادعائيه تسليطا مجانيا هذا مع ان ما نسب الى الاصحاب من انه ليس للمشتري استرداد الثمن مع رد المالك و بقائه فى غير محله فان القائل بهذا شاذ و المعروف عندهم قولان الاول وجوب رد الثمن مع بقائه و رد بدله مع

تلفه تحقيقا لمعنى المعاوضه الثانى وجوب رده مع

[أما حكمها]

قوله (بل التزم به غير واحد من المعاصرين)

يحتمل العبارة إرادته ما ذكرنا في الوجه الثاني من الاحتمالين لكلام صاحب الجواهر و يحتمل قريبا أنه اراد من هذا الكلام ما تقدّم منه آنفا من كون الشرط هو وصف التعقّب كما يدلّ عليه بعض العبائر الآتية

قوله (النماء فأنه على الكشف بقول مطلق)

اي على كلّ من وجوهه الثلاثة و ما ذكره من كون النماء المنفصل لمن انتقل إليه العين واضح على تقديرى الكشف الحقيقي و اما على الكشف الحكمى فقد يحتمل الحاقه بالنقل و كونه لمن انتقل عنه

قوله (عن احد المتبايعين بموته قبل اجازته الاخر)

هذه الثمره محكيه عن شارح القواعد و الظاهر أنّ جعل زوال قابليته التملك على وجه الاطلاق من ثمرات الكشف و النقل فى غير محلّه و ان قلنا بعدم اعتبار استمرار القابليته فانّ فى انسلاخ قابليته التملك عن احد المتبايعين بموته لم يظهر فرق بين الكشف و النقل و ذلك لانه ان مات الاصيل فاما ان نقول بكفايه انشائه و عقده الصادر منه لنقل ملكه معلقا على اجازته الوارث و معها صار مأمورا بالوفاء بالعقد او نقول كما هو المختار بعدمها و ذلك لانّ الفضولى عندنا على خلاف القاعده و ادلّه الصحه قاصره عن شمول امثال هذه الصيوره و على الاول تمّ البيع باجازه الفضولى و صحّ على الكشف و النقل نعم على الكشف يدخل العوض فى ملك المورث و ينتقل منه الى وارثه و على النقل يدخل باجازه فى ملك الوارث و على الثانى بطل على كلّ منهما و ان مات المالك الّذى له الاجازة من دون وقوعها منه فاما ان نقول بانها من الحقوق و تكون موروثه او نقول بانها من الاحكام و لم تكن موروثه كما هو الظاهر فاما ان نقول ح باعتبار اتحاد المالك من حين العقد الى حين الاجازة او نقول بعدم اعتبار ذلك و على الثانى بطل من دون فرق بين الكشف و النقل و على الاول و الثالث صحّ من دون فرق بينهما

قوله (او غيره مع كون المبيع عبدا مسلما)

اعلم انّ المرتدّ عن فطره لا يملك شيئا مطلقا و المرتدّ عن ملّه لا يملك خصوص المصحف و العبد المسلم و لذلك اشترط فى صورته الارتداد بغير الفطرى ان يكون المبيع احدهما و لا- يخفى انّ الثمره بين الكشف و النقل انما هى مبتيه على عدم ملكيه الكافر لهما و اما بناء على القول بصحّه بيع العبد المسلم و المصحف من الكافر و يجبر على البيع تصحّ الاجازة على القول بالنقل أيضا و يجبر على البيع و فى مقابل المسأله لو اشترى كافرا ثمّ اسلم قبل الاجازة بطل على الكشف و على النقل فلا يبعد الصحه خلافا لظاهر المتن حيث يقول اخيرا من انّ تجدد القابليته بعد العقد حال الاجازة لا يصلح ثمره للمسأله لبطلان العقد ظاهرا على

القولين فإنّ اسلام مشترى المسلم و المصحف بمقتضى دليل نفي السبيل أنّما يكون

شرطا في حصول الملكيه لا في العقد نفسه

قوله (و كذا لو انسلخت قابليته المنقول بتلف)

فيصح على الكشف لتمول المنقول حين العقد و يبطل على النقل لعدمه حين الاجازة و هذا انما يتم فيما كان التلف الواقع بعد العقد عقيب القبض أيضا مع تعلق الاجازة بالقبض أيضا بناء على القول بان اجازة القبض تكشف عن صحته حين وقوعه و به يخرج الدافع عن الضمان و الا بالتلف و ما بحكمه يكون مندرجا في قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع فلو كان التلف قبل القبض هو المبيع فلا اشكال في انفساخ العقد و لا فرق ح بين القول بالكشف او النقل و لو كان هو الثمن فان قلنا بان تلف الثمن المعين و ابعاضه و اوصافه قبل القبض حكمه حكم تلف المبيع قبله و انه في ضمان المشتري لتساويهما في اقتضاء العقد ذلك و بتلف كل منهما يتحقق الانفساخ المسبب عن عدم الوفاء بتمام مقتضى العقد و اقباض كل من المتبايعين شرط في الخروج عن ضمان المعاوضه فكذلك لا فرق بين الكشف و النقل نعم لو قلنا بان القبض ليس شرطا في الخروج عن ضمان المعاوضه و الحكم المذكور في المبيع على خلاف القاعده و يقتصر عليه في مورد الدليل و هو المبيع و لا يتعدى الى غير البيع من المعاوضات و لا الى الثمن فيه و كان الضمان فيه قبل القبض بالمثل او قيمه دون المسمى صح على الكشف دون النقل

قوله (و ربما يقال بظهور الثمره في تعلق الخيارات)

فلو باع معيبا حين العقد ثم زال العيب قبل الاجازة فعلى الكشف يثبت الخيار للمشتري لكونه معيبا حين العقد و ان زال في ملكه على احد الوجهين فيه دون النقل لكونه صحيحا عند الانتقال و لو انعكس بان باع صحيحا حين العقد فصار معيبا انعكس ثبوت الخيار و كذا الكلام في خيار الغبن فان المدار في ثبوته على الكشف او النقل يختلف بحسب زمان زياده قيمه في حال العقد او الاجازة و خيار المجلس على النقل في زمان الاجازة و على الكشف في زمان العقد و في الشفعه يقال لو تبدل الشريك في حال العقد بغيره في حال الاجازة فالشفعه للمشتري الفضولي على الكشف حيث انكشف تملكه قبل تبدل الشريك و للشريك الثاني على النقل و قد يقال بان الشفعه على الكشف للشريك الاول و على النقل للشريك الثاني و هو ضعيف لان الاول حيث كان شريكا لم يأخذ بالشفعه و لو لجهله بناء على الفوريه و في احتساب مبدأ الخيار يحتسب مبدأ خيار الحيوان مثلا على الكشف من حين العقد بخلافه على النقل و في معرفه مجلس الصيرف و السلم حتى يلاحظ في القبض المعبر فيه هو مجلس العقد على الكشف

بخلافه على التّقل و في الحاشيه التقريرية لبحث الاستاد ره ما ملخصه لا يبعد سقوط خيار المجلس في المقام لأنّ مجلس العقد لا اعتبار به و لو على الكشف و مجلس الاجازه أيضا لا اعتبار به لأنّه ليس مجلس العقد فلو بقى المجلس الى زمان الاجازه فهو و الّا يصير مجلس العقد كمجلس الوكيلين في اجراء الصّيغه و هكذا يشكل الامر في مجلس الصّرف و السّلم فإنّ القبض المعتر فيهما لا- يمكن الالتزام باعتباره في مجلس العقد و لو على القول بالكشف و لا باعتباره في مجلس الاجازه و لو على التّقل ه و بمثله قال الفقيه السيّد الطّباطبائي ره في حاشيته بعد بيان أنّ المجلس الذي يعتبر القبض فيه هو مجلس الاجازه على التّقل و هذا لفظه لكنّ الظاهر عدم كفايه نفس مجلس الاجازه بل لا بدّ من بقاء مجلس العقد الى حين الاجازه ه و قد تبعا في كلامهما هذا ما يأتي في المتن في خيار المجلس و هناك يتّضح لك إن شاء الله تعالى أنّ الحقّ كون المدار في خيار المجلس و في القبض عقيب العقد في الصّرف و السّلم على زمان الاجازه كشفا و نقلا من دون شرطيه حضور المالكين في الفضولي في مجلس العقد و في الايمان و التّذور المتعلّقه بمال البائع او المشتري فكما اذا حلف او نذر احدهما ان يتصدّق بربع ما يملكه في يوم الجمعة مثلا- و لو وهب الفضولي في اثناء السنه و اجاز المالك بعد انقضائها تظهر الثّمرة في تعلق الخمس بالموهوب و عدمه فعلى الكشف لم يتعلّق به لأنّه يعدّ من المئونه بخلافه على التّقل و لو باع زكويًا قبل تمام الحول و وقع الاجازه من المالك بعد الحول فعلى الكشف لا زكاه عليه بخلافه على التّقل

[أما شروطها]

قوله (و الظاهر أنّ الفعل الكاشف عرفا عن الرّضا)

هذا هو الصّواب نعم لا يكفي مجرّد الرّضا الباطني من دون كاشف و جودى و اعتبار الاجازه بالقول او الفعل الدالّ عليه ليس من باب الكشف عن الرّضا بل أنّما هو بعنوان السببيه و به يصحّ نسبه العقد و اسناده إليه

قوله (و الدليل عليه بعد ظهور الاجماع

الدليل على اشتراط عدم سبق الرّد مضافا الى الاجماع هو ما ذكره أوّلا- من أنّ مع الرّد يفسخ العقد فإنّ الرّد ابطال لما انشأه الفضولي و احدثه فلا يبقى بعده ما يلحقه الاجازه و ما استدلّ به من أنّ الاجازه أنّما يجعل المجيز احد طرفى العقد و الّا لم يكن مكلفا بالوفاء بالعقد ان اراد منه عدم استناد العقد الى المالك بالاجازه لخروجه عن قابليه الاستناد بلحوقها مع سبق الرّد فهذا نفس الدّعوى و لا- دافع لدّعوى أنّ المتحقّق هو عدم الاستناد حين الرّد لعدم وجود ما يقتضيه و هو الاجازه و اذا جاز صحّ الاستناد الّا ما ذكره أوّلا من أنّ مع الرّد يفسخ العقد و ان اراد أنّ الاجازه مثل القبول في جميع احكامه فستعرف الكلام عليه

قوله

فاجاز المالك بيع بعضها فالاقوى الجواز)

هذا بناء على جريان الفضولى فى مسئلة تبعض الصّفقه و اما على القول ببطلان التبعض مطلقا او فى خصوص الفضولى فلا وجه للجواز و على الاقوى و هو الجواز لو اجاز المالك بيع بعض الصّي فقه و اختلف المجاز و المردود فى قيمه فلا- بدّ ان يقوم المجموع ثم يقوم احدهما منفردا و يلاحظ النسبه بينهما فيؤخذ الثمن بتلك النسبه لا ان يستردّ قيمه المردود خاصه فانّ هذا قد يستلزم الجمع بين العوض و المعوّض و ستعرف تفصيل ذلك

قوله مجرّدا عن الشرط فالاقوى عدم الجواز)

فانّ الشرط جزء عقلى غير قابل لتعلق البيع به و المجرّد عن الشرط ليس جزء عن العقد المشروط بل هو مبين له فالمجاز ليس بعضا من العقد و اما الكلّ بالنسبه الى الاجزاء الخارجيه فليس الا عباره عن نفس تلك الاجزاء و كلّ واحد منها قابل لوقوع البيع به مستقلا و يكون جزء من المجموع ثم انّ هذا فيما كان الشرط بعنوان التقييد و اما اذا كان مجرّد التزام بشىء فى ضمن عقد البيع فالظاهر الجواز بناء على عدم فساد العقد بفساد الشرط و سقوطه من الشارع او المالك

[القول فى الاجازه و الرد]

[أما الكلام فى الاجازه]

[القول فى المجيز فى شرائطه]

قوله (منع ما ذكره من ان امتناع صحه العقد فى زمان)

فانّ من الواضح عدم ارادته الخروج من باب التخصيص بورود منع من الشارع عن الصحه بالخصوص فى هذا الفرض لوضوح عدم دليل تعبدى عليه بل الاخبار الوارده فى تزويج الصّي غار كما فى المتن داله على خلافه و لو كان ممنوعا كذلك لثم ما ذكره فانّ العقد اذا خرج عن العمومات و عن لزوم الوفاء فى زمان فدخوله ثانيا يحتاج الى دليل فان اراد من عدم الصحه عدمها الفعلية و امتناع دخول العقد حينه فى عموم الوفاء فهذا ليس محلا للكلام و ان اراد عدم الصحه التأهليه فهو عين الدعوى و اما الضرر فيتدارك بما يتدارك به صوره النقص بانّه ان كان المشتري عالما فقد اقدم عليه و ان كان جاهلا كان له الخيار

قوله (و يلزم ح خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه)

فبناء على الكشف و دليله و هو انّ الاجازه متعلقه بالعقد و رضى بمضمونه فلا بدّ من حصول المضمون حين العقد اذ ليس مضمونه الا نقل العوضين من حينه يلزم خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه لانه باجازه ينكشف الخروج عن ملكه من حين العقد الاول السابق على تملكه بالعقد الثانى و حاصل الجواب انّ القول بالكشف لا يقتضى النقل من حين العقد مطلقا حتى

فيما لا يمكن ذلك كى يستلزم البطلان فى المسأله بل مقتضاه هو الكشف من حين الامكان فانّ مع تسليم العمومات الدالّه على صحّه عقد الفضولى الشامل لوحده المالك و تعدّده اى محذور فى الكشف عن النّقل من حين التملك لا من حين العقد و اى منافاه

بين كون الاجازة رضا بمضمون العقد و تأخر تحقّق الثقل عن حين العقد فإنّ المراد من الكشف و القدر الثابت من دليله هو الثقل من حين استجماع العقد للشّرائط المعتره في التأثير التي منها الملكيه و منها الرّضا و تحقّق الملكيه في المقام من قبيل تحقّق القبض في الصّيرف و السّلم و نحوهما فكما لو اجاز المالك بعد مضيّ زمان عن القبض المتأخر كانت كاشفه عن الثقل من حين القبض لا من حين العقد من حيث عدم امكانه فليكن ما نحن فيه كذلك

فان قلت الفرق بين المقام و ما يعتبر فيه القبض هو أنّ عدم التأثير من حين العقد و تأثيره من حين القبض لنقصان في جهه تأثيره من حيث الشّروط الشرعي و هو القبض و اعتبار الشّروط و الموانع الشرعيه غير مانع عن الحكم بالصّحه و دخول العقد الكذائي تحت عمومات الفضولي و المنع فيما نحن فيه من حيث عدم امكان التأثير عقلا لعدم كون المال قابلا للتملك حال العقد

قلت هذا لا- حاصل له فإنّ مع فرض شمول عمومات صحّه الفضولي للمقام لا مانع من كونها دليلا على الصّحه بعد حصول الملكيه كما في القبض و كما أنّ القبض شرط فيما يعتبر فيه ذلك فكذلك الملكيه نعم الفرق هو أنّ في البيع الفضولي فيما يعتبر فيه القبض يكون المجيز مالكا حين العقد بخلاف المقام و المستدلّ في دعوى البطلان ليس ناظرا الى هذه الجهه بل الى عدم امكان حصول الملكيه للمشتري حين العقد و الاجازة تكشف عن الملكيه حينه و هذا المحذور جار في المقامين و كما يحكم بالصّحه فيما يعتبر فيه القبض و يلتزم بحصول الملكيه للمشتري بالاجازة من زمان القبض فليحكم بالصّحه في المقام من زمان ملكيه المجيز و من العجيب أنّ مدعى البطلان في المقام يقول التزام تأثير الاجازة و حصول الملكيه للمشتري الاوّل في أوّل ازمه قابلته تأثيرها فرع ورود الدليل على الصّحه في خصوص هذا المورد فإنّه ح لا بدّ من التزام الكشف بقدر الامكان و لكن اذا كان الدليل بنحو العموم و المفروض أنّ مقتضى الاجازة التأثير من الاوّل و هو غير ممكن فيما نحن فيه فيكشف هذا عن عدم شمول العموم له فإنّ مع التأمّل يظهر عدم الفرق بين ورود دليل بالخصوص او العموم فإنّه كما يعترف بالصّحه في الاوّل فكذلك لا وجه لرفع اليد عن العمومات المقتضيه للصّحه فان كان عدم الملكيه حين العقد مانعا عقليا فكيف يرفع اليد عنه في الاوّل و الحاصل أنّه لا- دليل على اعتبار كون الرّضا المتأخر ممّن هو مالك حال العقد و العمومات كافيه في الصّحه بقدر الامكان و الاقوى أنّ ما ذكرنا من الصّحه أنّما هو فيما اجاز البائع من دون تقييد بحصول الملكيه للمشتري من حين العقد و منه تعلم أنّ الحكم بالصّحه لا ينافي ما هو المقرّر من تبعيه العقود للقعود و أمّا اذا اجاز مقيدا بحصولها له كذلك فالوجه البطلان

للزوم خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه و الاقوى أيضا عدم الفرق فى الحكم بالصحة او البطلان بين المقام و هو ما اذا كان الانتقال الى المالك المجيز بالشراء و نحوه من انحاء المعاملات و ما اذا كان بالارث و نحوه من الانتقالات القهرية لجريان ما ذكر فى وجه الصحة و جميع الوجوه المذكوره للبطلان غير الوجه السادس و ما يجب عنها فى الاخير أيضا و الفرق بينهما بصحة الاجازه فى الاخير دون المقام كما يظهر من بعض الاعلام لا وجه له فتدبر و كذا لا فرق بينهما و بين ما لو باع ثم ملك التصرف كما لو باع مال الطفل فضولنا ثم صار فقيها له الولايه عليه فاجاز

قوله (فان كان لا بد من الكلام فينبغى فى المقتضى الخ)

كما هو مفاد الاشكال السادس من منع اقتضاء البيع للصحة لان الرد كما يتحقق بالقول يتحقق بالفعل أيضا و بيع الاصيل ماله من البائع الفضولى رد لبيعه فيقتضى بطلانه و اما الاشكال الثالث الذى هو محل الكلام فهو راجع الى الجهة الثانية

قوله السابع الاخبار المستفيضه الحاكيه لنهى النبى (ص))

كالتبوى لا- تبع ما ليس عندك المساوق للتبوى الاخر لا بيع الا فيما يملك و لما ورد فى توقيع العسكرى (ع) الى الصفار لا يجوز بيع ما ليس يملك و هى تشمل مسئله ما لو باع ثم ملك لان البائع حين البيع يبيع ما ليس عنده و ما لا يملك

قوله كما فهمه فى الوافى)

و عليه يكون المراد من العقد المحرم وجوده و المحلل عدمه هو العقد الواقع قبل الاثراء و على اى من الاحتمالات تدل الزوايه على المنع عن البيع قبل شرائه من المالك

قوله لا انه لغو من جميع الجهات فافهم)

الظاهر انه اشاره الى دقه ما ذكره و دفع ما يقال من ان اجازة البائع و عدمها من حالات بيعه فيشمل النهى باطلاقه صورته الاجازة أيضا و قد اوضحنا مرامه قدره فى الجواب عن العمومات فتفطن

قوله (روايه الحسن بن زياد الطائى)

و فى التأييد منع ظاهر فان عله البقاء بعد العتق على ما فعله بغير اذن مولاه و عدم لزوم تجديد النكاح المسئول عنه يمكن ان يكون احد امرين الاول اقرار المولى المستفاد من سكوته و الثانى صيرورته حرا مالكا لنفسه و يلزم العقد على كل تقدير لكن الفرق ان الاول يوجب صحة النكاح من حين وقوع العقد و الثانى يوجبها من حين التحرير و لا اشكال فى ان صحة النكاح و الوطى من حين العقد اولى و اتم فائده من الصحة على الوجه الثانى و به يصح الاستفصال عن ان المولى سكت أم لا فتدبر

قوله (بالغرر و عدم قدره على التسليم ظاهر)

مع أنّه ره حيث ذهب فى الكتاب الى موافقه المشهور و صحّه الفضولى اجاب عمّن استدللّ لبطلانه بعدم القدره على التسليم بأنّها من المالك موجوده ان اجاز و هذا قرينه على ارادته من المنع فى المقام

المنع عن وقوع الاشتراء غير مترقب لاجازه مجيز فكما ان القدره على التسليم موجوده من المالك ان اجاز في اصل الفضولى فكذا فى المقام يكون القدره موجوده من البائع على تقدير تملكه فالقدره الفعلية منتفيه فى المقامين و الشأئيه حاصله فيهما فلم يرد فى المقام الا نفى القدره الفعلية و نفى الصحه كذلك

قوله (المسأله الثالثه ما لو باع معتقدا لكونه الخ)

و هذا فى الحقيقه ليس من الفضولى موضوعا و انما يلحق به فى الحكم بالصحه مع لحوق الاجازه

قوله (و لذا بنينا على صحه العقد بقصد مال نفسه)

فالسير فى الجميع ان قصد ما ليس من مقومات العقد اذا كان مخالفا للواقع لا يقدح فى صحته و لكن يتوقف لزومه بعد انكشاف مخالفه المعتقد للواقع على الرضا و اجازه الواقع و لا فرق بين ما لو باع مال غيره معتقدا لنفسه و ما لو باع مال نفسه معتقدا لغيره فكما يتوقف اللزوم فى الاول بعد الانكشاف على اجازه المالك يتوقف فى الثانى على اجازته ان كان ممّا يقبل التوقيف عليها و اما وقع باطلا- كالايقاعات بناء على عدم جريان الفضولى فيها اما لكونه على خلاف القاعده فيقتصر على مورده و اما للاجماع المدعى على بطلانه فيها مط و المتيقن ممّا اجمعوا عليه خصوص العتق و الطلاق

قوله (و فى عدم الوقوف هنا وجه)

و هو ان دليل اعتبار الاجازه هو اعتبار رضا المالك بنقل ماله بعنوان انه ماله و هذا حاصل فى المقام لوضوح انه لم يحصل ماهية البيع الا بهذا العنوان نعم تحقّقه فى اعتقاده بالتنزيل و هذا غير ضائر لانه مخطئ فى اعتقاد التنزيل لا فى كونه مالا له و يمكن ان يقال الرضا المعتبر فى العقد هو الذى يتعلّق بنقل المال من حيث كونه مالا للنّقل باعتقاده حقيقه و هذا غير حاصل فى المقام و انما الحاصل الرضا بالنّقل من حيث كونه مالا لنفسه تنزيلا و لغيره حقيقه فتأمل

[القول فى المجاز]

قوله (هل يشترط فى المجاز كونه معلوما للمجيز)

لا- اشكال فى عموم النهى عن الغرر فيشترط فى المجيز علمه بكلّ ما لو لاه لكان المعامله غرريًا و كذا لا يصحّ التعليق فى الاجازه سواء كانت ملحقه بالعقود لانها فى معناها او كانت ايقاعا فانّ الايقاع أيضا غير قابل للتعليق

[فى أحكام الرد]

قوله (نعم لو قلنا بانّ الاجازه كاشفه)

و يمكن ان يق انّ القائل بالكشف الحقيقي و كون المؤثر التّام هو العقد المتعقّب للاجازه هل يقول بانّ الشرط هو لحوق الاجازه و لو كانت فاسده أم يقول بانّه هو لحوقها صحيحه لا سبيل الى الاوّل و سبق التصرفات المذكوره تمنع عن وقوع الاجازه صحيحه فانّ وقوعها صحيحه مناقض لوقوع الاجازه و الشرط عند القائل المذكور هو تعقّب الاجازه الصّحيحه فالتصرفات الغير المخرجه عن الملك على الكشف ردّ مع العلم بالعقد و بحكمه من حيث أنّها مخرجه له عن

قابليته وقوع الاجازة مع عدمه و على التقل فواضح أنها غير مانعة

[مسائل متفرقة]

[مسألة لو لم يجز المالك، فإن كان المبيع في يده فهو، وإلا فله انتزاعه]

قوله (لو لم يجز المالك فان كان المبيع في يده فهو)

حاصل مراده قدس سره أنه لو لم يجز المالك سواء تحقق منه الرد أم لا- كما لو كان متردداً فان كانت العين باقية فله انتزاعها ممن وجدها في يده باقباض الفضولي و الزام غيره ممن دخلت تحت يده بردها في تعاقب الايدي فهو مخير في الرجوع الى كل من دخلت تحت يده و ان كانت تالفه فهو مخير في الرجوع الى كل من دخل المال تحت يده بجميع المال او بالتوزيع عليهم بالتساوي او بالتفاوت فإنه اذا صح الرجوع الى كل بتمام المال صح الرجوع إليه بالبعض بطريق اولي و له الرجوع أيضا الى كل واحد منهم مع بقاء العين و تلفها بمنافعها المستوفاه و غيرها و بصفتها الفائته و ان رجع الى احد بالعين و منافعها سقطت عن الباقيين إلا أنه ان رجع الى السابق رجع السابق على اللاحق ما لم يكن غازا له و لا يرجع اللاحق على السابق ما لم يكن مغرورا له و قرار الضمان على من تلفت العين او الصيغات عنده فلو رجع المالك إليه لا يرجع هو الى سابقه إلا اذا كان مغرورا له و من دخل العين تحت يده خاليه عن الصيغات و لم تحدث عنده و لا عند من تأخر عنه لا يضمن الصيغه و اما حكم المشتري مع الفضولي فيرجع عليه بالثمن ان كان جاهلا- بكونه فضوليا سواء كان باقيا او تالفا و لا يقدر في ذلك اعترافه بكون البائع مالكا نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده الى اليد لم يرجع بشيء لأن الآخذ ظالم باعتقاده و ان كان عالما بالفضولي فان كان الثمن باقيا استردّه و ان كان تالفا فالمشهور عدم رجوع المشتري و فيه اشكال من جهة ان اطلاق قولهم ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده يقتضى الضمان و قد سبق منا الكلام في الجواب عن هذا الاشكال في ذكر النقوض

قوله (و مجرد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله)

لا- اشكال في ان الدفع الى الغاصب و تسليطه عليه لا- يمنع عن جواز رجوعه إليه مع بقاء عين الثمن و لو كان عالما بكون الفضولي غاصبا لان الدفع إليه لا- يزيد عن حكم الهبة المجزية و لا- اشكال في جواز الرجوع فيها و لكن ما استدلل به من الوجهين لا يخلو عن مناقشه اما في الوجه الاول و هو أنه لزم الانتقال في البيع الفاسد لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله فبامكان الفرق بين البيع الفاسد من غير جهة العوض و الفاسد من جهته كما سيصرح بذلك في ذيل اثبات عدم الضمان فيما لو كان الثمن تالفا و فساد النقض بالبيع مع علم المشتري بالفساد حيث يحكم بالضمان في ذلك بقوله نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر و الخنزير و الحر قوي اطراد ما ذكرنا

فيه من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال انتهى و لعل الامر بالتأمل إشاره إليه أيضا و اما في الثاني و هو أنه يمتنع تحقق الاجازة فيما ستعرفه من وجوه الامر بالتأمل

قوله لأن طيب النفس بالتصرف و الاتلاف من دون ضمان له بماله حاصل)

قد يقال هذه العبارة و قوله بعد ذلك و حاصله ان دفع المال الى الغاصب ليس الا كدفعه الى ثالث الخ يقتضيان جواز التصرف للبائع في الثمن اما تكليفا او مط بناء على ان التصرفات المتوقفة على الملك نافذه من المباح له و لو في غير المعاطاه مع أنه قد قوى فيما سبق عدم جواز التصرف لأنه اكل مال بالباطل و يدفع بأنه لا ملازمه بين تأثير التسليط مجانا في رفع الضمان و تأثيره في جواز التصرف و قد اوضحنا ذلك فيما علقنا على الامر الثاني من الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد فراجع

قوله (في ايصاله الى المالك فتلف في يده)

لا اشكال في أنه يريد من التلف الاتلاف لظهور عدم الضمان و كون القابض امينا فيما لو دفع المشتري الثمن إليه بعنوان التوكيل و جعله واسطه في ايصاله الى المالك

قوله (و اما ان يكون في مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار)

و اميا المنافع الغير المستوفاه فالظاهر عدم الاشكال في رجوع المالك بها الى المشتري و رجوعه الى البائع فيما اغترمه ان كان جاهلا- بالفضوليه و لم يصرح به المصنف في المقام اما اتكالا على ما تقدم منه في المقبوض بالعقد الفاسد و اما لادخاله في الغرامه التي لم يحصل له في مقابلها نفع

قوله (و عن التنقيح ان عليه الفتوى لقاعده الغرور)

اعلم ان من جمله اسباب الضمان الغرور فكل من غر صاحبه بشىء اى كان منشأ لغرامته بحيث كان تدليسه سببا لذلك فهو ضامن لما غرمه المغرور فله ان يطالبه به و ان كان المغرور هو المتلف بل و ان لم يكن الغار اثبت يده على ذلك المال و نحوه و لم يصدق عليه عنوان كونه متلفا نعم لو كان تسليطه على اتلافه للشئىء بالضمان بان كان الدفع إليه على طريق مضمون كبيع و نحوه استقر الضمان على المغرور و ان كان الغار أيضا ضامنا و يدخل تحت هذا العنوان امثله كثيره في تضاعيف ابواب الفقه كمن قدم طعام غير الى ثالث فاكله او باع مال الغير بعنوان أنه ماله فتضرر بذلك المشتري في ثمن او نماء او اعار مال الغير و يعتبر في ضمان الغار امران الاول جهل المغرور بالواقع و اما الغار فلو كان عالما بالواقع و كان فعله علل لاقدام المغرور فلا اشكال سواء كان قاصدا للتغيير و التبدليس أم لا و لو كان عالما عامدا و لكن لم يؤثر ذلك في اعتقاد المغرور كمن دفع مال غيره الى ثالث بعنوان أنه مال الدافع و كان الأخذ معتقدا ذلك من خارج ففيه وجوه اوجهها الفرق بين

إنَّ المغرور لو لم يكن معتقداً ذلك كان فعل الغارِّ سبباً لغروره و أنه لو لم يكن كذلك لم يؤثر فيه تدليس الغارِّ اصلاً فلا يكون فعل الغارِّ سبباً فلا يصدق ح عليه عرفاً أنه الغارِّ و لو كان جاهلاً بالواقع كمن اعتقد أنه مال نفسه فبذله لغيره فتبين أنه مال الغير او زعم أنه مأذون في الدَّفْع او اعتقد أنه وكيل و نحو ذلك من الطَّرُق الرَّافِعَة لِلضَّمَانِ باعتقاده فبان خطاه ففي صدق الغرور وجهان اظهرهما ذلك فإنَّ فعله قد غرَّه الثَّانِي كون فعل الغارِّ او قوله حجَّة شرعيَّة للمغرور كما هو مورد الاجماع و النَّصوص المعلَّله و لاجل ذلك يحكمون بضمان من قدَّم الى غيره طعاماً ليأكله مجاناً فتبين عدم كون الطَّعام له و بضمان المباشِر فيما لو اكل طعام الغير لتغريز غيره بأنَّه ماله و كذا لا يحكمون بضمان الغارِّ فيما لو غرَّ شخص غيره بقدوم ابنه او ابيه مثلاً فخرس لذلك مالا كثيراً و غيره من الموارد الَّتِي لا يكون قول الغارِّ حجَّة عليه و لم يثبت به موضوع حكم شرعيّ و أمَّا كان مجرد ايجاد داع في نفس المغرور و بما ذكرنا يتبين حكم كثير من الموارد الَّتِي اضطربت فيها كلماتهم و الدَّلِيل على ضمان الغارِّ امور الاوَّل النَّبَوِيَّ المحكِّي عن المحقِّق الثَّانِي في حاشيته الارشاد من أنه ينسب الى التَّبِي (ص) قوله المغرور يرجع الى من غرَّه و العمل بهذه القضيَّة و التَّمسُّك بها مشهور عند الفريقين و لم نقف عليها في كتب الاخبار لكن الظاهر من سياق كلامهم أنه مروى و على اىِّ حال مضمون الجملة مجمع عليها و العمل بالجبر الواقع فضعف السَّنَد بالارسال لا يضرُّ بالاستدلال الثَّانِي الاجماع بقسميه و هذا ظاهر لمن تتبَّع كلماتهم في مسائل الغرور الثَّالِث و هو العمدة الاخبار الخاصَّة المتفرِّقة في ابواب الفقه منها روايه جميل المذكوره في المتن و منها ما ورد في ضمان شاهد الزَّور و منها الاخبار المتكثِّره الوارده في باب التَّنكاح الى غير ذلك من الاخبار المتفرِّقه و يستفاد من بعضها عموم الحكم لعلَّه مطَّرده كروايه رفاعه قضى امير المؤمنين (ع) في امرأه زَوْجها وليَّها و هى برصاء انَّ لها المهر بما استحَلَّ من فرجها و انَّ المهر على اللمدى زَوْجها و أمَّا صار المهر عليه لانه دَلَّسها و روايه اسماعيل بن جابر سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل نظر الى امرأه فاعجبته فسئل عنها فقيل هى ابنه فلان فأتى أباها فقال زَوْجنى ابتكك فزَوْجه غيرها فولدت منه فعلم بعد ذلك أنَّها غير ابنته و أنَّها امته فقال (ع) تردُّ الوليده على مواليتها و الولد للرجل و على اللمدى زَوْجه قيمه الولد يعطيه موالى الوليده كما غرَّ الرَّجُل و خدعه و بالجملة قاعده الغرور من القواعد المسلَّمه المجمع عليها و ليس مدرکها التَّسبیب او تقدیم السَّبب على المباشِر لوضوح أنَّهما بانفسهما و بعنوانهما ليسا من اسباب الضَّمَان و لا عبره بكون المتلف مباشراً او سبباً او نحو ذلك و هما لا يختصَّان بمرتبه بل قد يكون سبب و سبب سبب و

قد يترامى السلسله و منشأ الضمان أما هو قاعده الاتلاف فإن من اتلف شيئاً ضمنه كما دلّ عليه الخبر نعم ذكر الاصحاب أنّ الاتلاف قد يكون بالمباشره اى ايجاد عله التلّف كالاكل و القتل و الاحراق و قد يكون بالتسبب اى ايجاد ما يحصل عنده التلّف لكن بعله اخرى اذا كان السبب ممّا يقصد لتوقع تلك العله كمن فتح قفس طائر فطار او حفر بئراً فى طريق المسلمين فوقع احد فيه فمات او فتح فم قربه السّيم من فذابته الشمس و قالوا أنّ المباشر و السبب لو اجتماعاً فالضمان على المباشر الا فى صوره الاكراه فى غير النفوس فإنّ الضمان فيها على المكره بالكسر لضعف المباشر و المدار عندهم على صدق التلّف عرفاً و تحديدهم بالمباشر و السبب أنّما هو لضبط الصّيدق العرفى و الا لم يدلّ دليل على المباشره و التسبب و تقدّم احدهما على الاخر عند الاجتماع و كلّ مسئله اختلفوا فيها فى تقديم السبب او المباشر أنّما هو لاختلافهم فى صدق الاتلاف فيها على المباشر او السبب و يظهر من بعضهم أنّ المكره بالفتح يستند إليه الاتلاف أيضاً و يصير ضامناً غايته أنّه يرجع الى المكره بالكسر لقاعده الغرور و الحقّ ما عليه المشهور من أنّ الضمان على المكره بالكسر اذا كان المكره بالفتح كالأله و كان بحيث قد سلب منه الشعور و الاختيار و امّا لو لم يكن كذلك بل كان لخوف معتبر فيشكل عدم صدق الاتلاف عليه و ذكر بعض المحشّين فى بيان أنّ التسبب قاعده مستقلّه فى اثبات الضمان و ليس مستندا الى قاعده الاتلاف أنّ مقتضى عموم ادّله الضمان فى الاتلاف و ان كان ثبوته على المتلف مط ان كان قابلاً بل مقتضاه انتفاء الضمان عن السبب أيضاً الا أنّه يثبت بادّله خاصّه فى موارد خاصّه ثبوت الضمان عليه ان لم يكن التلّف مستندا الى المباشر بان يكون كالأله له كالريح العاصف عند تاجيج النار و الفعل مستند الى تقصير الغير بعنوان التسبب لا بعنوان التلّف كما زعمه بعض للاجماع على ثبوت الضمان على من أّجج النار فى الرّيح العاصف زائداً عن المتعارف او حفر بئراً فى ملك الغير بدون اذنه او وضع على حائط مشرف على الطريق شيئاً و عدم اصلاح الحائط المائل على الطريق مع أنّه لا يصدق عليه المتلف بل يصدق عليه انّ الفعل من غير الشّاعر مستند الى تقصير المختر و ايجاده شرطاً من شروط الضمان اختياراً و كان الفاعل غافلاً فهو ملغى ح و لذا اطبقوا على عدم الضمان لو وقع هذه الامور لا عن تقصيره كترك اصلاح الحائط المائل الى داره دون طريق النّاس فوقع منه شىء و اتلف احداً و ليس ذلك الا من جهه عدم صدق الاتلاف لا أنّه اتلاف غير مضمن نعم قد يكون السبب بحيث يصدق عليه أنّه متلف كحفر البئر فى طريق المسلمين و لكنّ الضمان لا يدور مداره لما عرفت بل الميزان ما عرفت من اسناد فعل غير الشّاعر الى تقصير المختر انتهى و هذا كما ترى لا محصّل له بل كلّ مورد حكم الاصحاب بالضمان للتسبب لا يكون الا من

حيث صدق الاتلاف على السبب مضافا الى ان مدرك قاعده الغرور لو كان هو التسبب او تقديم السبب على المباشر لضعفه فهما انما يكونان فيما اذا كان المباشر كآله كالصبي الغير المميز و المجنون و الحيوان او المكره بالفتح الخالي عن الاختيار و نحو ذلك مما لا يتوسط بين فعل الفاعل و الاثر المترتب عليه فعل فاعل مختار حتى يصدق الاتلاف على السبب و مع الواسطه الاختياريه يحكم بضمنان المباشر كمن باشر بالاختيار اكل طعام للغير و لو لتغير غير و المغرور بالغ عاقل شاعر مختار و لا يعقل جعله كآله فضمنان الغاز ليس مستندا إليهما نعم يستثنى مما لا يتوسط بين فعل الفاعل و الاثر المترتب عليه فعل فاعل مختار و الحكم بانه مورد اعمال التسبب و ضعف المباشر ما لا يصدق الاتلاف على الفاعل كذلك كحكم الحاكم بشهاده الزور فان المال و ان اغترمه المشهود عليه بحكم الحاكم لما ان الحكم لما كان واجبا عليه بعد اقامه البيئه لم يكن ضامنا لعدم صدق الاتلاف عليه مع وجوب الحكم عليه و الضمان انما هو على الشهود و مضافا الى انه لو تم كون المدرك هو التسبب او تقديم السبب لزم عدم ضمان المغرور لعدم كونه متلفا ح كما ذكره في مسئله الاكراه و تعدد الضمان مع وحده السبب لا وجه له مع انهم يقولون ان المغرور يضمن و يرجع بما اغترمه على الغاز و هذا هو الذى اشار اليه المصنف ره بقوله و المتجه فى مثل ذلك عدم الرجوع الى المباشر اصلا كما نسب الى ظاهر الاصحاب فى المكره الخ و بالجملة عله رجوع المغرور على الغاز ان كان هو التسبب او تقديم السبب على المباشر الزاجعين الى الاتلاف فسبب الضمان شىء واحد فان كان على الغاز فلا وجه لضمنان المغرور و ان كان على المغرور فلا- وجه لرجوعه على الغاز و ان كانا مشتركين فلا بد من التبعض كما مر ثم انه لا وجه لجعل نفي الضرر مدركا لقاعده الغرور او جعله دليلا- مستقلا فى المقام لرجوع المغرور على الغاز و ذلك لما اوضحنا فى محله ان قاعده نفي الضرر انما تدل على نفي الاحكام الوجوديه الثابته بالعناوين الاوليه تكليفيه ام وضعيه و تقدم على ما دل على ثبوتها و ان كانت النسبه بينهما هى العموم من وجه فهى تصلح دليلا لنفي الحكم اذا كان موجبا للضرر فانه يرفع الاثر المترتب على العنوان الاولى الذى يكون خاليا عن هذا العنوان تاره و متحدا معه اخرى الثابت بعموم دليل العنوان الاولى او اطلاقه و لا يثبت حكما لولاه لزم الضرر و اثبات الحكم يحتاج الى دليل اخر فنتيجته تقديم نفي الضرر هو رفع الاحكام الثابته و اما اذا لزم من عدم حكم ضرر فلا وجه لنفي هذا العدم بدليل نفي الضرر و استنتاج اثبات حكم غير ثابت و لا فرق فيما ذكرنا بين ان يكون تقديم نفي الضرر على الادله لأجل وقوع القاعده فى مقام الامتنان و يكفى ذلك فى تقديمها على العمومات او للجمع العرفى بدعوى ان العرف يوفق بينهما بحمل ادله الاحكام على الحكم الاقتضائى و

دليل نفي الضرر على الحكم الفعلي او لترجيح دليل نفي الضرر على تلك الأدلة اما بعمل الاصحاب و اما بالاصول كالبراءة في مقام التكليف و غيرها في غيره او لاختصاصيته دليله من ادلته مجموع الاحكام و ان كانت النسبه بين دليله و دليل كل حكم بالخصوص عموما من وجه و اما لحكومته نفي الضرر عليها كما لا فرق أيضا بين ان يكون المراد من نفي الضرر ان الحكم الضروري غير مجعول او ان الموضوع الضروري لا حكم له الا اذا كان معنى نفي الضرر ان الضرر الغير المتدارك غير مجعول كما توهمه بعض كما ان الاستدلال لثبوت الضمان في جميع موارد الضرر بصحيحه الكنانى كل من اضر بشىء من طريق المسلمين فهو ضامن له و بصحيحه الحلبي كل شىء يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه يضعف بأنه من حيث صدق الاتلاف بالتسبب لا من حيث ان الاضرار سبب للضمان و الحكم بالضمان فى الموارد التى لا تشملها الاسباب المعروفة للضمان من اليد و الاتلاف و غيرهما تمسكا بنفى الضرر لا وجه له اصلا

قوله (و الوجه فى ذلك حصول التلف فى يده)

هذا هو الصواب كما ستعرفه

قوله (فان قلت ان كلا من البائع و المشتري)

قد علم مما مر ان رجوع المشتري الى البائع الفضولى فيما اغترمه للمالك انما هو فيما كان المشتري مغرورا و جاهلا و علم أيضا ان مع الغرور و تعاقب الايدي بان اثبت كل من البائع و المشتري يده على العين كان للمالك الرجوع الى ايتهما شاء فى رد العين ما دامت باقيه و الى بدلها مع التلف و مع عدم التعاقب بان لم يكن الغار اثبت يدا عليها فليس للمالك الرجوع الى البائع بل يرجع على المشتري ثم يرجع المشتري بما اغترمه على الغار ففى مورد اثبات اليد من كل من البائع و المشتري المغرور على العين لو تلفت عند المشتري او اتلفها و هى الصورة التى علمت ان للمالك الرجوع الى كل منهما اذا رجع الى المشتري فقد مر بيان ماله الرجوع بعد الغرامه الى البائع و ما ليس له ذلك و اذا رجع المالك على البائع فحكمه ما افاده فى المقام من ان كلما يرجع المشتري به على البائع اذا رجع عليه الخ و من هنا يتوجه اشكال اشار إليه بقوله فان قلت الخ و حاصله انه ما الوجه فى جواز رجوع كل سابق بعد رجوع المالك عليه الى كل من اللاحقين الا الى مغروره مع ان كلا من السابق و اللاحق قد استولى على المال و على اليد ما اخذت يقتضى ضمانهما و للمالك ان يرجع الى كل منهما و كما انه ان رجع الى المشتري فليس له الرجوع الى البائع فليكن العكس أيضا كذلك نعم لو كان المشتري متلفا كان للبائع الرجوع إليه لان قرار الضمان عليه من جهة قاعده الاتلاف و قبل الجواب بين كيفية اشتغال ذمه كل من اليدين ببدل التالف و صححه بنحو الواجب الكفائى و ان المالك يملك ما فى ذمه كل منهم على البدل بمعنى انه اذا استوفى احدها سقط الباقي و لا اشكال

فى أنّ ثبوت التّيدارك على هذا التّحو فى العهديات المتعدّده امر معقول وقد دلّ عليه ما دلّ على جواز رجوع المالك على كلّ منهم و هو قاعده ضمان اليد و كما يقال فى الواجب الكفائى أنّه تكاليف متعدّده مع مطلوب واحد شخصى و الطّلبات على نحو البدليه فكذا يقال فى المقام أنّ العهديات متعدّده و اشتغال الدّم المتعدّده بمال واحد على نحو البدليه و العجب من الحاشيه التّقريريه حيث انكر كون مقصود المصنّف هو ثبوت الضّمان على كلّ من السّابق و اللاحق بنحو الكفايه و البدليه و اظنّب فى الكلام بما لا- حاصل له نعم فى الجواب عن اصل الاشكال و بيان حال بعض الايدى مع بعض اراد المصنّف تصوير اثبات الضّمان عليهما بنحو البدليه تصحيحا لرجوع السّابق على اللاحق و افاد أنّ كليهما و ان كانا بمقتضى اليد ضامين للمالك على وجه البدليه الا أنّ السّابق اشتغلت ذمّه بالبدل قبل اللاحق فاذا حصل المال فى يد اللاحق فقد ضمن شيئا له بدل فالاول ضامن للعين و الثانى ضامن للعين التى لها بدل فى ذمّه الآخر و ما يدفعه الثانى و لو بدفعه الى المالك بعد رجوعه إليه فأنّما هو تدارك لما استقرّ تداركه فى ذمّه الاول بخلاف ما يدفعه الاول فأنّه تدارك لنفس العين معينا و ان شئت قلت أنّ الاول ضامن للعين و الثانى ضامن لما يضمّنه الاول و ثبوت الضّمان بهذا التّحو من البدليه أنّما هو بسبب اطلاق الدّليل او عمومه و ثبوت اليد الثانيه بعد الاولى و لكنّ الكلام فى أنّ هذا الضّمان الطّولى لا ينافى صحّه ضمان كلّ منهما للمالك على البدليه و صحّه رجوعه الى كلّ منهما كذلك نظير الواجب الكفائى فى كونه تكاليف متعدّده و باتيان احد المكلفين يسقط عن الاخر غايه الفرق أنّ الواجب الكفائى واحد شخصى معيّن و فى المقام ما فى ذمّه الاول هو البدل فقط و ما فى ذمّه الثانى هو البدل و المبدل على سبيل البدل و بالجملة ما يكون المصنّف بصده هو اثبات الضّمان الطّولى لصحّه رجوع السّابق على اللاحق لا لصحّه رجوع المالك الى كلّ منهما و لذلك يقول اخيرا و هذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البدل كما كان فى الايدى المتعاقبه اشتغال ذمّه اشخاص على البدل لشيء واحد لشخص واحد ثمّ لا يخفى أنّ ما افاده المصنّف فى كيفيه الضّمان الطّولى و ان لم يرد عليه جميع ما اورده السيّد الطباطبائى قدّس سرّه فى الحاشيه و لكن يرد عليه أولا- أنّ لازم ما ذكره ان يكون فى مسئله ضمان الاثنين لواحد بناء على صحّته للضّمان الاول الرجوع على الضّامن الثانى اذا دفع العوض الى المضمون له فإنّ الثانى قد ضمن ما له بدل فى ذمّه الضّامن الاول مع أنّه ليس له ذلك بل أنّما يرجع الى المضمون عنه لو ضمن باذنه و لو كان متبرّعا فلا يرجع على احد و أيضا فى ضمان العهده و ضمان

الاعيان المضمونه اذا قلنا بجواز الرجوع الى كل من الضامن و المضمون عنه كما استظهره المصنف منهم يلزم جواز رجوع المضمون عنه الى الضامن اذا فرض رجوع المالك عليه و لا يمكن الالتزام به وجه اللزوم ان الضامن انما ضمن شيئا له بدل في ذمه المضمون عنه و أيضا بناء على مذهب العامه من كون الضمان ضم ذمه الى اخرى يلزم جواز رجوع المضمون عنه الى الضامن اذا رجع المالك عليه لأنه يصدق على الضامن أنه ضمن شيئا له بدل لكن فيما اذا كان المال المضمون ثابتا في ذمته من باب الغرامه بان يكون متلفا او غاصبا او نحوهما فضمن عنه الضامن و لا يمكن الالتزام به و ثانيا اذا فرضنا ان العين بعد ما صارت في يد اللاحق رجعت الى السابق فتلفت في يده فالظاهر أنه لا يجوز للسابق ح اذا رجع المالك عليه ان يرجع الى اللاحق بل الأمر بالعكس لأن من تلف في يده هو السابق بالفرض و لازم بيان المصنف قدس سره ان يكون له الرجوع عليه لأنه يصدق أنه اي اللاحق ضمن شيئا له بدل بخلاف السابق و دعوى أنه بعد العود إليه يكون اللاحق سابقا و السابق لاحقا فيصدق على السابق الذي صار لاحقا أنه أيضا ضمن شيئا له بدل مدفوعه بان الضمان انما حدث باثبات يده الاولى و في ذلك الحين لم يكن له بدل و بعد العود إليه لا يحدث ضمان اخر مثلا اذا غضب عينا و ضمن فاعطاه غيره او اخذ منه قهرا ثم رده ذلك الغير إليه لا يحدث ضمان اخر لأجل هذه اليد الثانية بل الضمان الحادث أولا باق و قرار الضمان ح على الغاصب الاول اذا تلف المال في يده بعد العود إليه و لازم بيان المصنف قدس سره ان يكون القرار على الغاصب الثاني مع أنه لم يتلف في يده فتدبر و ثالثا ان لازم ما ذكره جواز رجوع السابق الى اللاحق قبل دفع البديل أيضا و ما ذكره من أنه نظير باب الضمان حيث أنه لا يرجع الضامن الى المضمون عنه الا بعد الدفع اذا كان الضمان باذنه فيه ان مقتضى القاعده في ذلك الباب أيضا جواز الرجوع لأن ذمه المضمون عنه قد برئت بمجرد الضمان عنه باذنه فاللزام جواز مطالبته قبل الدفع أيضا الا أنه خرج عن القاعده للنص الخاص و هو في المقام غير موجود فعدم القول به في المقام مع أنه لازم الوجه المذكور يكشف عن عدم تمامية الوجه فتدبر و نحن كلما تأملنا في الحاشيه التقريرية لم نجد فيها ما يكون دافعا لهذه الايرادات فراجع و تأمل لعلك تظفر بما لم نستفده ثم أنه لا داعى الى هذا التكلف الشديد مع امكان ان يق ان الوجه في رجوع السابق على اللاحق هو قبض اللاحق منه و لو بالواسطه و انتقال العين من يد الاول الى يد الثاني و بدفع الاول البديل الى المالك يقوم مقامه قهرا بمقتضى البدليه و عدم رجوع المشتري الى البائع اذا

رجع المالك عليه من جهة عدم وجود مقتضى للرجوع إليه حيث أنّ البائع لم يأخذ العين من يد المشتري و اين هو من صوره العكس حيث أنّ العين مأخوذة منه و بالجمله مقتضى على اليد أنّ كلّ سابق بعد دفع البدل الى المالك يقوم مقام المالك في ضمان اللّاحق لما اخذ منه و قد دفع السيّد الطّباطبائي في الحاشيه الاشكال بوجه ثالث و هو أنّ اللّاحق صار باثبات يده على العين و عدم دفعه الى المالك او الى من اخذ منه سببا لضمان السابق لأنّه لو دفعه إليه او الى المالك كان السابق فارغا من الضّمان فضمامه بمعنى استقرار العوض في ذمّته مستند الى اللّاحق من جهة حيلولته بينه و بين العين و قد عرفت فيما مضى أنّ التّسبب اذا لم يكن منشأ اليد فليس من اسباب الضّمان و اما صاحب الجواهر فقد التزم بالاشكال و ادّعى في أوّل كتاب الضّمان عدم تصوّر شغل ذمّتين فصاعدا بمال واحد و قال في كتاب الغصب لا دليل على ذلك فهو ينكر هذا التّحو من الشّغل و يلتزم بأنّ خطاب من تلف بيده ذمّي و خطاب غيره شرعيّ و سيتعرّض له المصنّف

[مسأله لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه:]

قوله (من عدم الاجازه مانع شرعي كلزوم ربا)

فلو باع الفضولي ديناراً من ماله مع درهم من مال غيره بدرهمين و دينارين و ردّ مالك الدرهم صار ثمن ديناراً ازيد من دينار

قوله (و تقسيط الثمن على المجموع فافهم)

يمكن ان يكون إشاره الى جهة الفرق بين الحصّه المشاعه و المعينه فإنّ في الثانيه تختلف الحصّتان في قيمه غالباً من حيث الجوده او غيرها كالقله و الكثره او تعلّق الغرض باحد المالكين كما في حاشيه السيّد الطّباطبائي و يمكن ان يكون إشاره الى عدم الكليه فيما ذكره من الحكمين في المثلي اما في المعينه فبانّ الحصّتين قد تكونان مثليين من جميع الجهات فيكون الحكم كما في الحصّه المشاعه و يقسّط الثمن على نفس المبيع و يقابل كلّ من حصّتي البائع و الاجنبي بما يخصّه و امّا في المشاعه فبانّ الحصّتين قد تختلفان في قيمه أيضاً من حيث القله و الكثره و اختلاف الرّغبات في شراء إحداهما و كذا من حيث تعلّق الغرض باحد المالكين لجهه خارجيه

[مسأله لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير صفه بئمن واحد، صحّ في المملوك عندنا]

قوله (لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله)

الظاهر أنّه اراد ذلك مطلقاً من دون فرق بين ما لا يقبل التملك شرعاً كما في المثالين و ما لا يقبل التملك عرفاً أيضاً كالخنفساء و الحشرات و ما لا يقبل التملك فعلاً و لكن يصلح له شأناً كالحز القابل له بالاسترقاق و مقتضى التملك فيه موجود و لذا يفرض عبداً في الجنایات الواردة عليه الغير المقدره شرعاً و يؤخذ من الجنای ديه الجنایه الواردة على العبد و الدليل على الصحّه في المملوك و توزيع الثمن عليه عمومات الصحّه و اللزوم في العقود كقوله تع احلّ الله البيع و قوله تعالى أوفوا بالعقود

وقوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً

عَنْ تَرَاضٍ مضافاً الى مكاتبه الصفار لا- يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب البيع فيما يملك و الاجماع المدعى و ان نوقش فيهما بان الموصول في قوله (ع) ما ليس يملك أما يفيد العموم اذا لم يكن للعهد و السؤال حيث وقع عن بيع اموال الغير بصرفه الى المنع عن بيع ما كان مالا للغير و لفظه عندنا كما عن مع صدح يحتمل ان يكون إشاره الى مخالفه العامه لا الى اطلاق الاماميه و لا- يعتمدون كثيراً على اجماع السید في الغنيه و لكن الانصاف تماميه الاستدلال بإطلاق المكاتبه فان للانصراف مراتب الاولى ما يوجب هجر المعنى الاول او يوجب اشتراك المطلق بين الارسال و بعض الافراد كما في المنقول بالغلبه فانه ربما يوجب عدم إرادته المعنى المبهم من المطلق بحيث يكون ارادته محتاجه الى القرينه المعبره في المجاز كما انه لو صار موجبا لاشتراكه بين الارسال و المعنى الخاص كان محتاجا الى القرينه المعينه لاحدهما الثانيه ما يوجب ظهور اللفظ في خصوص بعض الافراد او الاصناف لغلبه الوجود او الاستعمال على نحو يوجب تعيينه و اختصاصه به الثالثه ان يكون خصوص الفرد او الصنف متيقن المراد من دون ان يكون اللفظ ظاهراً فيه او مختصاً به و يمكن ان يكون غيره مراد أيضاً و هذا فيما كان التيقن منتسباً الى اللفظ في مقام التخاطب بحيث لو التى كلامه الى من ليس عنده شواهد خارجيه لفهم تيقن بعض الافراد في المراد فلو كان خصوص فرد او صنف متيقناً من كلامه لشواهد خارجيه كغلبه الوجود او الاستعمال من دون ان يكون اللفظ ظاهراً فيه لا يكون مضراً بالإطلاق الرابعه ما لا يوجب ظهوراً فيه و لم يكن متيقن المراد بل يكون الانصراف الى الفرد أو الصنف لتعود المخاطب به او لانحصار افراده عنده به كما في بعض اقسام المياه بالنسبه الى بعض الاشخاص فان من شاع عنده استعمال ماء الفرات او ماء البئر او كان الماء الموجود عنده منحصر في احدهما ينسب الى ذهنه اذا قيل له جئني بالماء هذا الفرد الخاص و لكن الشأن في ان هذا بدوى يزول بأدنى تأمل و ما هو موجب لعدم صحه حمل المطلق على الارسال و الشمول هو غير المرتبه الأخيره و اما هي فلا يكاد يضرب بإرادته الشيع و السريان و حمل المطلق على الاطلاق و بالجملة صحه التمسك بإطلاق الجواب و عدم الانصراف اللفظي لا ريب فيه مضافاً الى ان في العمومات كفايه الا ان يدعى انصرافها أيضاً عمماً نحن فيه و الذي يحسم مادّه الاشكال هو ان المقصود في المقام اثبات صحه البيع بالنسبه الى الجزء المملوك لقوله (ع) في المكاتبه و قد وجب البيع فيما يملك و لا عهد بالنسبه الى هذه الجملة فان السؤال كان عن بيع مال الغير فهو على فرض صرفه انما يكون صارفاً بالنسبه الى الجملة المنفيه و الأخذ بالعموم في الجملة الاثباتيه في محله

قوله (و يكفى هنا

الفرق بالنصّ و الاجماع)

ذكر في جامع المقاصد بعد الاشكال بأن العقد وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع الاشكال بالنقض بالشروط الفاسد و انّ في الفرق بين فساد الشرط و الجزء عسرا و هذا ينحلّ الى اشكالين الاول انّ اكثر القدماء ذهبوا الى انّ الشرط الفاسد يفسد العقد و هذا لا يجتمع مع ما ذهبوا إليه في المقام من صحّحه العقد بالنسبه الى الجزء الذي يملك فانّ في المقامين وقع العقد على المجموع و حاصله السؤال عن جهه التفريق من حيث الصحّحه و عدمها الثاني انّ اكثر المتأخرين ذهبوا الى صحّحه العقد مع فساد الشرط و وقوع الثمن بإزاء المشروط لكن مع الخيار و هذا لا يجتمع مع ما ذهبوا إليه في المقام من صحّحه العقد و توزيع الثمن فانّ المسألتين تشتركان في جميع الجهات فاما ان يجعل تمام الثمن بإزاء ما يملك كما في الشرط و اما ان يحكم بالتوزيع في المشروط أيضا و حاصله السؤال عن جهه التفريق بين التوزيع و عدمه و مع الغضّ عن جواب المصنّف عنهما و ان كان هو من القائلين بصحّحه العقد مع فساد الشرط بأن الفارق هو النصّ و الاجماع فقد يقال في الجواب عن الاول بأن العقد في الشرط الفاسد مقيد به لا بمعنى أنّه مقيد بالشرط بمعنى الملتزم ليلزم منه بطلان العقد مع تخلف الشرط الصّحيح أيضا بل بمعنى كونه مقيدا بالالتزام به ففي الشرط الصّحيحه القيد و هو الالتزام حاصل لانّ المشروط له مالک لذلك الشرط على الشارط حيث انّ المفروض انّ الشارع امضى ذلك الالتزام بخلاف الشرط الفاسده فانّ القيد فيها غير حاصل اذ لا يحصل ملكيه المشروط له لذلك الشرط و اذا لم يحصل القيد لم يحصل المقيد و اما في الاجزاء فلا تقييد اصلا فلا وجه لكون تخلفها مفسدا و فيه انّ بيع الاجزاء باعتبار المجموع في قوه شرط انضمام كلّ جزء الى اخر و ان قلنا بانّ الانشاء الواقع ينحلّ باعتبار الاجزاء الى إنشاءات متعدده و لكنّ التقييد الضمني في كلّ إنشاء حاصل و لاجل ذلك يكون تبعض الصّيفه موحبا للخيار و لو لم يكن في الاجزاء تقييد اصلا لم يكن وجه لثبوت الخيار مع تخلف بعضها و قد يقال بانّ الشرط الفاسد لا يملكه المشروط له اى لا يصير الشارط مالكا لالتزام الطرف لانّ نفس جعل هذا الالتزام على المشروط عليه فاسد مع قطع النظر عن الملتزم به و هذا بخلاف شرط انضمام الجزء فانّ نفس جعل هذا الالتزام ليس فاسدا بل الملتزم به لا يصحّ الالتزام به لخروجه عن قابليه التملك فيصير الاشتراط سببا لتملك المشروط له الشرط و يصير فساد المشروط سببا لتحقيق الخيار من باب تعدّره شرعا و بعبارة اخرى الشرط الضمني في المقام كالشرط المتعدّر الذي لا يوجب تعدّره الا الخيار بخلاف الشرط الفاسد فانه ليس قابلا للملكيه اصلا و فيه انّ من الواضح عدم كون الشرط الضمني في المقام كالشرط الجائر المتعدّر

بل هو من قبيل الشرط الفاسد فإنّ كلّاً من الشرط الصريح الفاسد و الشرط الضمني الحاصل فى بيع المجموع ممّا يملك و ما لا يملك لا يصير المشروط له مالكا لالتزام الطرف و نفس هذا التقييد و الالتزام فاسد فكما أنّه اذا قال بعتك كذا بكذا بشرط ان تشرب الخمر كان العقد مقيداً بالتزام شرب الخمر و سلطنته عليه و المفروض أنّ الشارع لم يمض هذا الالتزام و لم يجعل للمشروط له سلطنه على الشرب و لم يحكم بمالكيته لهذا الفعل على المشروط عليه فكذا أيضا لو قال بعتك هذا الكتاب و الخمر بكذا كان العقد بالنسبة الى الكتاب مقيداً بالتزام ملكيته للخمر و المفروض أنّ الشارع لم يمض هذا الالتزام و لم يجعل للمشروط له سلطنه على الخمر و لم يحكم بمالكيته لهذا الالتزام على المشروط عليه فالصواب فى الجواب ان يقال أنّ الشرط لا يقع بإزاء شىء من الثمن بل هو موجب لزياده قيمه المشروط فاذا قيد به و كان فاسدا و غير ممكن التحقق فلا وجه لتوزيع الثمن بل ينحصر الامر بين الذهاب الى فساد العقد و صحته مع الخيار و اما الجزء الفاسد فحيث أنّ الثمن يوزع عليه و على الجزء الاخر ففساده لا يقتضى الا فساد العقد بالنسبه إليه و ردّ الثمن الذى وقع بإزائه دون الجزء الصّحيح الذى يكون قابلا لان يملك و اما الجواب عن الاشكال الثانى فبما يجىء فى الكتاب فى توجيه عدم فساد العقد بفساد الشرط و هو أنّ الشرط لم يقصد مقابلتها بالثمن و أنّها هى دواع لمقابلته المشروط بالثمن و المقصود هو العقد على المشروط و لا مانع من تأثير العقد بالنسبه إليه و اما الاجزاء فهى من اركان العقد و مقوماته عرفا و العرف يحكم فى انتفاء الجزء بانتفاء المقصود من العقد بالنسبه إليه بخلاف الشرط فإنّه و ان اخذ قيدا فى المطلوب الاّ أنّه خارج عنه فى الحقيقه و لا يوزع عليه الثمن لعدم كونه مقصودا الاّ من باب الداعى و الحاصل أنّ الشرط خارج عن حقيقه العوضين و اركان العقد فلا وجه لتوزيع الثمن عليه بخلاف الجزء

فان قلت اذا كان تخلف الشرط من باب تخلف الداعى فاللزام هو عدم ثبوت الخيار للمشروط له كما هو الحكم فى جميع موارد تخلف الداعى

قلت وجه الفرق أنّ الشرط الدواعى لا أثر لها ما لم يتعلّق بها الانشاء و أمّا اذا تعلّق بها صريحا او ضمنا كان المشروط له غير ملتزم بالعقد الفاقد لها فيثبت الخيار و لا يكون العقد كذلك فاسدا لعدم كون المفقود من مقوماته عرفا هذا مضافا الى ما نوجه به فى البحث عن حكم الشرط الفاسد صحه العقد مع الخيار من أنّ الشرط اخذ قيدا فى لزوم البيع لا فى اصله فيما كان الفرد الفاقد لخصوصيه الشرط غير مباين لما وقع عليه العقد

قوله (مع أنّه لو تمّ ما ذكر لاقتضى)

فلو تمّ ما ذكره من الجهاله لاقتضى صرف مجموع الثمن الى المملوك لا- البطلان و توجه ح اشكال على المشهور القائلين بالصحة و توزيع الثمن فإنّ بناء على

الصحة في المملوك و عدم صحه قصد بيع المجموع في صوره علم المشتري كان المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه بعدم سلامه البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن و اللآزم ح عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك و الجواب عن هذا ما ذكره من الجواب عن الجهاله بأنها آما جاءت بملاحظه حكم الشارع و مع قطع النظر عنه فقصد بيع المجموع امر ممكن عرفا و هو كاف في تحقّق المعامله على المجموع و هنا اشكال اخر على القائل بالصحة و تقسيط الثمن و رجوع المشتري على البائع بالثمن المقابل لغير المملوك مط و لو كان المشتري عالما و هو أنّ هذا الحكم لا يناسب ما ذكره في بيع مال الغير من العالم من عدم رجوعه بالثمن الى البائع لأنه سلطه عليه مجانا و يمكن ان يجاب عنه بما ذكر و هو أنّ في الغصب و ان كان الاقدام على الضمان حاصلًا بالنسبه الى البائع و لكنّ المشتري العالم لم يضمنّ البائع الّا بمال الغير فهو قد سلطه على ماله مجانا مع ردّ المالك و يقع الثمن للغاصب لأنه سلطه على ماله من دون ان يكون له في مقابله مال و هذا رافع للضمان غايه الامر ما مرّ من أنّ الثمن اذا كان موجودا له ان يسترده لأنه لا يقصر عن الهبه المجانيه و امّا في المقام فليس التسليط مجانيا لانّ المشتري بذل ماله بإزاء ما هو مال عرفا و اقتراحا و يتحقّق المعاوضه و الانشاء المعاملى بما نزله البائع منزله المال و ساعده المشتري على ذلك و بذل الثمن بإزائه و المنع الشرعى و العلم به لا ينافى البناء على خلافه

فان قلت أنّ القصد المعاملى يتمشى حقيقه في المقام مع العلم اذا كان الضّميمه ممّا يقبل التملك عرفا و لا يقبله شرعا و اما مع العلم بأنها لا- مآليه لها عرفا أيضا كالفنفساء و الحشرات فآما ان يجعل المقابل لها للبائع مجانا و اما ان يجعل المجموع بإزاء ما يقبل التملك لأنه يعلم أنّ بعض المبيع ليس مالا لا شرعا و لا عرفا و لا يقع بإزائه ثمن بل ينبغي الحكم بالبطلان حتى في البعض المملوك اذا كان البعض الغير المملوك مآلا- مآليه له عرفا أيضا فإنه لا يمكن تعيين ما بإزائه من الثمن فإنّ المفروض أنّه لا قيمه له اصلا مع أنّه قد جعل بإزائه في المعامله بعضه قطعاً حيث قوبل المجموع بالمجموع فلا يمكن معه تعيين ما بإزاء البعض الاخر المملوك أيضا فلا يمكن ان يصحّ بالنسبه إليه أيضا و اطلاق كلام الاصحاب لا بدّ ان ينزل على غير هذه الصوره

قلت ضمّ غير المملوك اذا كان على وجه الدّاعى الصرف بحيث لا- يكون في قصد المتعاملين من مقومات العقد و لا يكون مأخوذا في المعوّض على وجه الدّخل في العوضيه فلا- اشكال في وقوع تمام الثمن بإزاء الجزء المملوك و اذا كان على وجه الجزئيه بان قصدا تعويض المجموع بالمجموع بحيث يكون بعض الثمن بإزاء ما هو غير المملوك و لا مآليه له اصلا فقد تقدّم انحلال

العقد الى عقدين مستقلين و يقسطن الثمن على المملوك و على غيره على حسب ما اقترحاه من المائيه لكل منهما و الاشكال بانّ القصد المعاملى ليس مجرد الخيال كتصوّر انياب الاغوال حتّى يمكن تصوّر المائيه للخفساء و يفرض كونها مالا- فى عالم الخيال بل له واقع فى عالم الاعتبار و ذلك يتوقّف على عدّ العرف المبيع مالا ليس بشىء فانّ الغرض ليس تصحيح البيع بالنسبه الى ما لا مائيه له حتّى يكون لهذا الكلام موقع بل الغرض صحّحه البيع بالنسبه الى المملوك و امكان تقسيط الثمن عليه بما يخصّه فيما اقترحاه للمجموع هذا كلّه مضافا الى النصّ و الاجماع

قوله (بل جزم بعض هنا بوجوب تقويمهما قيمه الخلل و الشاه)

هذا هو الصواب اذا اخذ العنوان قيّدا فى المبيع كما هو الغالب و ذلك لانّ المناط فى مائيه الاموال هو عناوينها و تخلف العنوان موجب للبطلان و لو كان المبيع شخصيا مشارا إليه كما لو باع امه بعنوان أنّه عبد و من هنا يقال انّ هذا الفرض خارج عن محلّ البحث فانّ الكلام فى المقام انما هو فى بطلان البيع بالنسبه الى البعض من حيث أنّه غير مملوك لا من حيث أنّه خلاف ما عنون به و القول بانّ العناوين الجنسيه و ان كانت فى باب البيع هى مناط مائيه الاموال و تخلفها موجب لفساد البيع الا أنّها فى باب التقويم من الدواعى و تخلفها لا يوجب تبدل الموضوع كما فى الحاشيه التّقريريه خال عن الدليل و أمّا اذا كان العنوان المأخوذ من الدواعى و كان المبيع هو الشخص من غير مدخلية للعنوان فيه كان اللّمازم تقويمهما بقيمتها الواقعيه و يحتمل ان يكون اشكال المصنّف ناظرا الى التّفصيل المذكور

[مسأله فى ولايه الأب و الجدّ]

قوله يجوز للاب و الجدّ ان يتصرّفا)

بل يجوز لهما التصرّف فيما يتعلّق بالطفل و ماله مطّ الا الطلاق للنصّ فيه و الحقّ به بعضهم فسخ النّكاح و هبه ما بقى من اجل المتعه و الاقرب العدم اقتصارا فى الخروج عن عموم الولايه بمورد النصّ

[مسأله فى ولايه عدول المؤمنين]

قوله (المتعلّقه بنفس ذى المقدمه فتأمل

يمكن ان يكون إشاره الى منع كون النيابة عن الامام (ع) متعلّقه بمقدمات الفعل كنفسه فانّ الظاهر من ادلتها هو كون الفعل بنفسه متعلّقه لها و الحاكم نائب فى نفس التصرّف دون مقدماته و لا فرق فى الحاكم النائب عن الامام و سائر الوكلاء فى جواز المزاحمه ما لم يتلبّس بالتصرّف فى نفس الفعل و يكون النّافذ هو التصرّف السابق و ان سبقه الاخر فى المقدمات و اذا كان النيابة فى نفس ذى المقدمه دون مقدماتها جاز المزاحمه سواء استندنا الى مثل التّوقيع او الى عمومات النيابة الا ان يقال كما مرّ الاشاره إليه أنّه لو استندنا الى عمومات النيابة فالمتيقّن منها صوره عدم المزاحمه و لا ظهور لها فى الاطلاق و يمكن ان يكون

إشارة الى أنّ جواز المزاحمه

فى المقدمات و عدمه المبحوث عنه فى المقام أتما هو بالنظر الى نفس الادلّه و الّا فاذا كانت المداخله من احدهم و لو فى المقدمات توهينا لمن سبقه كانت حراما من جهه اخرى

[مسأله يشترط فى من ينتقل إليه العبد المسلم ثمناً أو مئماً أن يكون مسلماً]

قوله (و ممّا ذكرنا يندفع التمسك للمطلب بالنصّ الوارد)

قد يقال أنّ امره (ع) فى النصّ المزبور بالبيع من المسلم و نهيّه عن الاستقرار عند الكافر يدلّ بالملازمه العقائيه على عدم تملك الكافر العبد المسلم ملكا مستقرّاً فهو نظير ما لو قيل ازل النجاسه عن المسجد فكما يفهم منه حرمة ادخال النجس فيه كذلك يستفاد من عدم استقرار ملك الكافر على المسلم عدم حدوث ملكه عليه و ما افاده المصنّف ره من أنّ عدم الحدوث تابع لعدم الرضا بالبقاء فكما أنّ عدم الرضا بالبقاء لا يدلّ على خروج ملك الكافر عن ملكه بمجرد اسلام عبده بل هو مجرد تكليف بعدم الابقاء فكذلك يكون عدم رضاه بالادخال على هذا الوجه ينافى ما نقل عنه فى تقريرات درسه من أنّ النهى الرجوع الى المسبب يقتضى الفساد فإنّ قوله (ع) و لا تقرّوه عنده يدلّ على ان ليس للكافر ابقاء الملك على ملكه فيكون كذلك فى مرحله الحدوث أيضا اى ليس له احداث الملك المستقرّ و فيه بعد الغضّ عمّا ذكرناه فى صدر الكتاب فى مسأله ما يحرم لتحريم ما يقصد منه شأن من عدم دلالة النهى عن المسبب على فساد المعامله اذا كان جهه الحرمة مبعوضيه المسبب انّ بالتأمل فيما افاده فى المقام يظهر أنّه لا ينافى ما نقل عنه من دلالة النهى عن المسبب على الفساد حيث يقول و من المعلوم أنّ عدم رضاه بالبقاء مجرد تكليف بعدم ابقائه و باخراجه عن ملكه و ليس معناه عدم امضاء الشارع بقاءه حتّى يكون العبد المسلم خارجا بنفسه شرعا عن ملك الكافر فالمقصود أنّ المنهى ليس هو المسبب عن البيع اى الملكيه فى طرف البقاء بل هو السيلطنه فيحكم فى طرف البقاء بتحقق الملك و عدم تحقّق السيلطنه و لا ملازمه بين النهى عن السيلطنه و التصرف و نفى الملكيه و لذلك حكموا فى سياق الهدى و ما وجب ذبحه بالتعيين بالنذر او بغيره كهدى التمتع بأنّه لا يخرج عن ملكه و ان وجب ذبحه و لا يجوز التصرف فيه بما يمنع عن نحره

قوله (بل التحقيق أنّه لا فرق بين هذا و بين اجباره)

فانّ مجرد تسليط البائع على الزام المشتري لا يقتضى صحّه البيع و انتفاء السبيل و هل هو الّا كالبيع بلا شرط فى أنّه يجبر على البيع و لا يخفى أنّ هذا بناء على وجوب الوفاء بالشرط و وقوع العقد فاسدا مع عدم العمل بمقتضى الشرط و اما بناء على أنّ تحلّف الشرط يوجب الخيار للمشروط له و له ان يسقط الشرط فكون البيع مع الشرط كالبيع بدونه اوضح لعدم الفائده فى الشرط اصلا و اللّازم ح هو القول بصحّه البيع بلا شرط

لأنه يجبر على البيع

قوله (نعم يحكم بالارش لو كان العبد او ثمنه معيبا)

لأن ظهور العيب فى احد العوضين يوجب الخيار بمعنى تسلط ذى الخيار على التخيير بين الرد و اخذ الارش و من المقرّر عندهم أنه اذا امتنع او تعذر احد فردى التخيير تعين الآخر

قوله (و يشكل فى الخيارات الناشئه عن الضرر)

لا يبعد ان يق ان نفي الضرر حكم شرعى كسائر الاحكام و لا فرق فيه بين ان يكون المتضرر مسلما او كافرا و ليس ما كان من الخيارات مدرکه الضرر كخيار الغبن بالتقريب الآتى فى الخيارات الا كخيار المجلس و الحيوان مما كان مدرکه التعبد فى عدم الفرق بين موارد هما و الاقدام على نفس الضرر يوجب رفع الخيار و عدم جريان قاعده نفي الضرر لا الاقدام على الكفر و قد يتوهم ان نفي الضرر مسوق للامتنان و الكافر ليس اهلا له و لكنّه فاسد لان الامتنان فى القاعده و نظائرها من الحكمه لا العله

قوله (و مما ذكرنا يظهر ان الثمن على تقدير البيع)

و حاصل الكلام فى وجهه هو ثبوت الحق للبطون اللاحقه فى العين الموقوفه بعد الخراب و اذا ثبت الحق لهم كذلك ثبت لهم فى قيمته أيضا لاقتضاء البدليه ذلك فلا وجه لترخيص البطن الموجود فى اتلافه و اما اصل ثبوت الحق لهم فلوجود المقتضى و عدم المانع اما وجود المقتضى فلان الكلام فى الوقف المؤبد و الملكيه اعتبار عرفى او شرعى يلاحظها المعبر عند تحقّق اسبابها و كما ان الموجود مالک له فعلا ما دام موجودا بتمليك الواقف فكذلك المعدوم مالک له شأنًا بتمليك الواقف حيث انه ملك العين للموجود و المعدوم بانشاء واحد على ترتيب بينهما فى مقام الانتفاع و اما عدم المانع فلانه اما اعتبار استعداد البقاء للملك حتى يكون عدمه منافيا لتمليك الواقف و ملكيه اخر البطون و اما عدم تعقل الملك للمعدوم و كلاهما مردودان

[القول فى شرائط العوضين]

[مسأله من شروط العوضين: كونه طلقاً]

[مسأله لا يجوز بيع الوقف إجماعاً محققاً فى الجملة و محكياً]

قوله (و ح فيوضع عند امين حتى يتمكن من شراء الخ)

هذا مع القطع بامكان شراء البدل بعد ذلك بل مع الشك أيضا لا بد ان يوضع عند امين الى زمان معلوميه الحال و اما فى صوره القطع بعدم التمكّن و عدم حصول البدل فالظاهر جواز دفعه الى البطن الموجود بل يجب مع المطالبه و ذلك لاختصاصه بالثمن المذكور بعد تعذر الانتفاع به و ببده

قوله (الصّوره الثّالثه ان يخرب بحيث يقلّ منفعته)

قال بعض مشايخنا و هنا صوره اخرى لخراب الوقف خارجه عن الصّور الثّلاث و هى ما اذا تبدّلت الصّوره النوعيه العرفيه للعين الموقوفه بصوره اخرى و ان لم يصدق عليها خراب الوقف على احد الوجوه الثّلاثه و هو الخراب بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه او الخراب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتدّ به او الخراب بحيث

يقلّ منفعتة فهذه الصّوره تعنون بما لو خرب الوقف بحسب الصّوره و الحكم فيها جواز البيع و يدخل فيها مسئلة التّخله المنقلعه فانّ التّخله الموقوفه كانت شجره مغروسه و عند بطلان الصّوره التّوعيه العرفيه بالانقلاع يرى العرف المادّه الموجوده مبانيه للوقف و ليس المناط فى العين الموقوفه بالصّوره العقليه المشتركه بين الشّجر و الخشب و لا ينافى جواز البيع فى هذه الصّوره للمنع فيما لو تبدّل العنوان كدار انهدمت او بستان خربت حتّى خرجت عن البستانيّه فانّ خراب البناء و الاشجار لا يوجب تغييرا فى العرصه و قد كانت جزء من الوقف و تبدّل العنوان لا يوجب تبدّل الصّوره و لعلّ هذا هو مراد الشّيخ فى محكّي الخلاف حيث يقول لائنّ الوجه المذى شرطه الواقف قد بطل و لا يرجى عوده هذا و فيه أنّ جواز بيع الوقف بمجرّد تبدّل الصّوره ما لم يصدق عليه احد الوجوه المتقدمه ممّا لم يلتزم به احد كيف و لازمه جواز بيع العين فيما لو تبدّلت صورتها التّوعيه بصوره اخرى تزيد على قيمه الوقف و لم يرض فقيه بذلك فى الخروج عن عمومات المنع

قوله و اما حبس شخص الوقف فهو لازم لاطلاقه)

فانّ مقتضى اطلاق العقد عند تجرّده عن الشّروط ان يتعلّق الوقف بالعين و تعلّقه ببدلها فى طول تعلّقه بها و يحتاج الى مثونه زائده و هذا نظير قولك اكرم زيدا او عمروا فانه اذا جرّد عن العطف افاد الاطلاق الوجوب العينى لا كرام زيد و مع التّفيد بالعطف افاد التّخير فى المقام مع شرط الواقف البيع عند الحاجه او المصلحه و التّبديل يكون الحاصل من كلامه حبست هذه العين مع عدم الشّروط و بدلها عند حصول الشّروط و لا- يكون الحبس ح على الاطلاق بل يكون حبسا مقيداً و هو كون العين محبوسه عن تصرّف بعض الموقوف عليهم فيها على نحو تصرّف ارباب الملك المطلق و هنا مظنه اشكال بعد تسليم كون حبس شخص الوقف و عدم جواز بيعه ليس من مقتضياته بل لازم لاطلاقه و هو انّ هذا يصحّح جواز البيع عند مسوغات الابدال الشرعيّه كما تقدّم و اما تصحيح شرط الواقف فى متن العقد فلا يكفى ذلك فيه و ان شرط تبديله بوقف اخر لانه كيف يمكن إنشاء الواقف حبس ما لا- يملك و لو على نحو التّخير و لا يمكن تعلّق الانشاء بالبدل فليس الوقف الاّ عباره عن حبس نفس العين و فيه أوّلا انّ مع شرط التّبديل فى العقد يكون المنشأ حبس الاعمّ من الخصوصيّة العينيّه و من ماليّتها لا حبس الخصوصيّة فقط فيكون العقد متعلّقاً بالجامع بين العين و بدلها و ثانياً قد عرفت فى الصّوره الاولى عدم الحاجه الى صيغه الوقف فى البدل و انّ نفس البدليّه تقتضى كونه كالمبدل و لعلّه لذلك امر بالتأمّل

قوله (و ان شاء جعله شروى الملك)

قوله (و ظاهرها جواز اشتراط البيع فى الوقف)

و يمكن حملها على الوصية فى عين ينبع بالطريق المذكور الى حين وفات الحسن و الحسين عليهما السلام و الاخر منهما بجعله وقفا و يجعل توليته بيد رجل من بنى هاشم بحيث لا يباع و لا يوهب و لكنّه بعيد و خلاف ما هو الظاهر منها و لا داعى لتأويلها و حملها عليها بعد ما عرفت من أنّ شرط البيع مناف لاطلاق العقد فهو نظير ما لو شرط فى البيع ان يكون الثمن مؤجلا و ليس منافيا لمقتضى العقد نظير ما لو اشترط فى البيع ان يكون بلا ثمن و فى الاجاره ان يكون بلا اجره و بالجمله يكون شرط الواقف البيع على قسمين الاول ان يشترط التبدل بعد البيع و الظاهر عدم الاشكال فيه رأسا الثانى بيعه للبطن الموجود و أكل ثمنه و هذا أيضا لا اشكال فيه لوجود المقتضى و هو قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها و ظاهر الصّيححة و عدم المانع الا بناء على ما اختاره صاحب الجواهر تبعا لبعض الاساطين فى شرحه على عد من توهم المنافات و أنّ الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه و قد عرفت منع التضاد بين مفهوم الوقف و جواز البيع

قوله (و اما الوقف المنقطع)

لا بأس ببيان حكم الوقف المنقطع فى المقام و قد اضطربت فى المسألة كلمات الاعلام فنقول اعلم أنّ من شروط الوقف الدوام فى الجملة و ذلك لانه ان اريد منه عدم التوقيت ببعض ازمه وجود الموقوف عليه كما لو وقف على زيد او الفقراء فى مدّه عشر سنين فهذا لا خلاف فيه و ان اريد منه ما يقابل الوقف على من ينقرض غالبا و يسمّى بالتوقيت بحسب نفس وجود الموقوف عليه كما لو وقف على زيد او على اولاده و لم يذكر المصرف بعد الانقراض ففيه اقوال أربعة الاول البطلان مط و عدم وقوعه وقفا و لا حبسا و صرح المحقق الثانى بوجود هذا القول و استظهره بعض من كلام كلّ من حكم بالبطلان و اطلق الثانى الصّحه وقفا حقيقتيا كالوقف على من لا ينقرض و نسب الى الشيخين و العلامة فى كره و لف و اكثر الاصحاب بل هو ظاهر من حكم بالصّحه و اطلق بل ينسب الى الاكثر الثالث البطلان وقفا و الصّحه حبسا حقيقتيا و هو ظاهر كلّ من قال فى العنوان انه حبس بلفظ الوقف كما عن ابن حمزه فى الوسيله و عن ابن فهد فى المهذب البارع و غيرهما حيث قالوا انه يكون سكنى او عمرى او حبسا بلفظ الوقف بل ربما نسب الى الاكثر و الى شيخنا المرتضى ره و قد احتمل بعض مشايخنا عدم وجود القائل به و أنّ من حكم بكونه حبسا اراد كونه حبسا حكما و وقفا حقيقتيا الرابع الصّحه وقفا و له بعض احكام الحبس كالرجوع الى الواقف أو ورثته بعد انقراض الموقوف عليه و هذا مختار جماعه منهم الشرائع

و الجواهر و مراد كل من قال أنه حبس حكمي ثم ان القائلين بصحته وقفا حقيقيا بين من قال برجوعه بعد الانقراض الى ورثه الموقوف عليه كالمحكى عن المفيد فى المنفعة و بعض من تأخر عنه و من قال برجوعه الى ورثه الواقف و من قال بصرفه فى وجوه البر و قد جعله فى الغنيه احوط و نفى عنه البأس فى المختلف و لتقدم امرين قبل بيان هذه الاقوال لتكون على بصيره من حقيقه الحال الاول لا ريب فى معقوليه الملكيه الموقته على القول بكونها امرا اعتباريا سواء كانت مجعوله متأصلا أم انتزاعيه و اما على القول بكونها من الاوصاف و الاعراض ففيه اشكال لمكان دعوى عدم تصور التقطيع فى وجود العرض بالنسبه الى محله بالإضافة الى الازمنه فانّ البياض الذى كان فى الجسم اذا تبدل فى بعض الازمنه بالسواد ثم تبدل ذلك أيضا بالبياض استحال ان يكون ذلك عين البياض المذى كان موجودا قبله بل هو غيره لضروره استحاله اعاده المعدوم فالملكه بناء على كونها اعتباريه تتبع جعل الجاعل و المعتبر و ليس لها وجود مع قطع النظر عنه و لا محذور فى ارتفاع ملكيه المالك حين الوقف و حصولها للموقوف عليه بمقدار زمان وجوده فلها التخصيص بالازمان و أما اذا فرضناها من الاوصاف و الاعراض القائمة بالاعيان فلا يعقل تخصيصها بزمان دون زمان بل هى ح تتبع العين فكما أنها لا تتعدّد بتعدّد الازمنه فكذلك العرض القائم بها و يكون الزمان طرفا صرفا للوجود و لا يقاس ملكيه العين بملكيه المنفعه حيث أنها تابعه للعين ما لم تجعل فى حيز عقد و اما معه كما فى الاجاره و غيرها فيجوز التقطيع فيها لأن المنفعه كالتسكنى و الركوب مثلا يتجدد بتجدد الازمان و التسكنى فى زمان غير التسكنى فى زمان اخر و يكون الزمان فى المنفعه من مقوماتها بخلاف العين فأنه ظرف لها نعم على القول بعدم بقاء الاكوان يكون حال العين كالمنفعه و لكنّه باطل و لا يتوهم ان التفكيك بين ملكيه العين و ملكيه المنفعه انما يصح على تقدير قيام ملكيه المنفعه بنفسها و هو محال للزوم قيام العرض بالعرض و على تقدير قيامها بالعين يعود المحذور لأن قيام ملكيه المنفعه بالعين على نحو قيام المنفعه بها و كما ان قيامها بها لا يمنع من تعددها فكذلك قيام ملكيتها بها

فان قلت اذا سلمت قيام المنفعه و ملكيتها بالعين مع الالتزام بتعددهما فلم لا تصح ذلك فى الملكيه القائمة بالعين بلا واسطه

قلت انما جاء التفكيك من ناحيه اختلاف كيفيه القيامين فان ملكيه المنفعه و ان كانت من الاعراض أيضا الا ان قيامها بالعين غير قيام مثل السواد و البياض من الاوصاف فان قيامها بها من قيام المظروف بالظرف و تعلقه

به بخلاف قيام الملكيه بلا واسطه بالعين فأنه من قبيل قيام الوصف النفساني بموضوعه كالعَداله و الشجاعه و نحوهما و الوجه في ذلك ان ملكيه المنفعه من مقوله الكم فيقدر بالزمان بخلاف ملكيه العين فأنها من الكيف و لا يقدر به و لا يتوهم ثبوت علقه للمالك غير الملكيه اقتضت ملكيته دائما فيقال أنه قد اوجد ما يقتضى حدوث الملكيه في وقت ما للموقوف عليه و بعد انقضائه تكون للواقف بنفس السبب الذي اقتضى كونها له في جميع الازمنه لما ستعرف من اتفاقهم على ان الوقف اما إنشاء الملكيه للموقوف عليه او هي من لوازمه عرفا او شرعا فالوقف يرتفع على اى حال ما يقتضى ملكيه الواقف و بعد ارتفاعه كيف يؤثر بالنسبه الى الملكيه في سائر ازمه وجود العين و قد عرفت أنه لا يقاس بملكيه المنفعه فأنها و ان كانت مسببه عن ملكيه العين ألما أنه يمكن بقاء ملكيه العين و نقل ملكيه منفعتها فالوقف ينقطع علقه الواقف بالمره و لا يمكن بقاء شىء له ألما بالالتزام بعدم افادته للاخراج فيصير حسبا اذ لا يراد من الحبس ألما عدم انقطاع العلقه بين المالك و العين و بالجملة لا يمكن التقطيع في ملكيه العين ألما بالالتزام ببقاء العلقه و لا علقه وراء الملكيه و حكمهم في اللقطه و بدل الحيلولة برجوع المال الى مالكة الاصلى ليس من التوقيت بالمعنى المقصود في المقام و أما يريدون حكم الشارع بدخول المال في ملك صاحبه الاولى بسبب جديد و لو كان هو حضوره لا ان يكون دخوله في ملكه بعد حضوره بنفس سببه الاولى

فان قلت اذا استحال الملكيه الموقته لزم بطلان الوقف المؤبد أيضا لان كل طبقه من الطبقات فيه أنما يتلقى الملك عن المالك لا عن الطبقة السابقه عليها و هذا بخلاف باب الارث حيث ان كل طبقه أنما يتلقى عن المورث الاخير و تلقى الطبقة اللاحقه الملكيه من الواقف لا يمكن ألما بالالتزام بعدم خروج العين عن ملكه بالمره و بقاء علقه له و ألما لم يكن معنى لتلقى الملك عنه ثانيا و اذا كان ذلك بجعله و انشائه فليكن قوله و قفت على زيد ان كان متعقبا بقوله ثم على الفقراء مقتضيا لملكيتهم و ألما فليكن مقتضيا لبقاء العين في ملكه و اى فرق بين جعله الزائد للغير و ابقائه في ملكه و يرشد الى هذا قولهم بان الفرق بين الارث و تلقى كل طبقه فيه من سابقها بخلاف الوقف هو كون القصور في الاول في المالك و في الثاني في الملك فان كلامهم هذا لا يجتمع مع انكار الملكيه التعلقيه

قلت تلقى الملكيه في كل طبقه في المؤبد و ان كان من المالك و بجعله ألما ان الاخراج عن ملكه و التملك للجميع أنما هو بانشاء واحد لا بتملكيات متعدده مترتبه و قولهم بقصور

الملكيه فى الوقف إشاره الى أنّ كلّ طبقه ما دام وجودها تملك فعلا و بعدمهم يتحقّق الجزء الاخير من العله النامه لفعليه ملكيه الطبقه اللماحقه و هذا لا- يصير دليلا- على امكان الملكيه الموقته بالمعنى المبحوث عنه و لعله يختلج فى ذهنك أنّ الملكيه لو كانت من الاعراض كالسواد و البياض و الحلاوه كيف يمكن تقييدها بوجود غير العين و لو سلّم فما الفرق بين الزّمان و غيره حيث يقبل التقييد بغيره بخلافه فنقول ليست الملكيه بناء على أنّها من الاوصاف كسائر الاعراض من جميع الجهات بل تبايرها من جهات منها أنّ لها تعلّيقين اضافه الى المالك و اضافه الى المملوك بخلاف سائر الاعراض فانّ لها تعلّقا واحدا و اضافه الى العين ليس ألّا و منها أنّ وجودها بجعل المالك بخلافها و ح له ان يأخذ فعليه وجود الموقوف عليه قيدها لها كما أنّ العصور المتّخذ للتّخليل لو صار خمرا ثمّ تخلّل قد عرفت فيما تقدّم أنّ الملكيه فيه ثابتة للمالك حال كونه عسيرا مطلقا اى فى جميع الازمنه بمعنى جعل الزّمان طرفا و اذا وجد المانع الشرعى و هو صيرورته خمرا يحكم بارتفاع فعليه الملكيه حال كونها كذلك و ما تقدّم و ان كان مبيّتا على ما هو المختار من كون الملكيه اعتباريه و لكنّه معقول و لو مبيّتا على كونها من الأوصاف و بالجملة التّوقيت بمعنى خروج الملك عن ملك مالكة و تعليق الحكم بدخوله فى ملك الاخر شرعا الى حصول شرط فى الوقف المؤبّد و فى ملك المالك الاولى الى رفع المانع فى مسئله حقّ الاختصاص غير ممنوع كما أنّه لا مانع من جهة وحده المسبّب و تركّب السبب من وجود المقتضى و وجود الشرط او عدم المانع و ما ينكر هو جواز التّوقيت بالمعنى المبحوث عنه فقط و هو كون الملكيه متعدّده بتجدّد الزّمان و كونها فى كلّ زمان فردا خاصا و تكون من قبيل العامّ المخصّص قابله للاخراج بالتّسبه الى بعض الازمنه و ابقائها بالتّسبه الى بعضها الاخر بعد فرض كونها من الاعراض التى لا يتعدّد وجودها بتجدّد الزّمان كنفس العين الامر الثّانى بناء على افاده الوقف الملكيه كما هو المشهور هل هى من جهة كون الملكيه حاصله بانشاء الواقف و قصده من اللفظ مستقلا من حيث وضع لفظ الوقف لانشاء الثقل فيكون الملكيه مدلولها عليها بالمطابقه كما فى البيع و الهبه و الصّيدقه الخاصه و الفرق أنّ المنشأ فى كلّ منها ملكيه خاصه او أنّها ليست مأخوذه فى إنشاء الواقف و أنّما افادته للملكيه من جهة تصادق معناه معها كما فى الصّيلمح اذا تعلّق بالعين او من جهة كونها من لوازم معناه عرفا كان يكون المعنى الاذن فى جميع التصرفات حتّى المتوقّفه على الملك او من جهة كونها من لوازم معناه شرعا وجهان

و الاوجه هو الثاني و يدلّك على هذا امور الاوّل ظاهر كلماتهم فى تعريف الوقف لخلوّها من التّمليك و هو بحسب اللّغه يستعمل تاره لازما و اخرى متعدّيا و معناه على الاوّل القيام على الامر دائما و على الثاني الاقامه كذلك فوقف فلان عن الامر او عليه لازم و وقفت الشّى ء متعدّد و ليس له حقيقه شرعيّه و لا عند المتشرّعه و الغالب فى الرّوايات التّعبير عنه بالصدقه بل بلفظ الوقف قليل فيها فانّ الصدقه قد تطلق و يراد بها الاعمّ من الوقف الخاصّ و من اخواته من التّحبيس و السّكنى و العمرى و الرّقى و قد تطلق على الصدقه المصطلحه و هى التّمليك للغير تبرّعا بقصد القربه و قد تطلق على الزّكاه بقسميها و قد تطلق على الوقف الخاصّ اى المؤبّد و حدّه المشهور بانّه تحبيس الاصل و اطلاق المنفعه او تسبيل المنفعه كما عن بعض او الثمر كما عن الاخر و فى الدّروس أنّه صدقه جاريه و الظّاهر أنّه مجرّد اختلاف فى التّعبير فمن عبّر بالإطلاق تخيل أنّه اظهر دلالة و من عبّر بالتسبيل اراد متابعه النبوى (ص) حبس الاصل و سبّل الثمره كتبعيه الشّهد نبويًا اخر فعنه (ص) اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقه جاريه او علم ينتفع به او ولد صالح يستغفر له و كيف كان فلم يأخذ احد فى مفهومه التّمليك الثاني ما تمسّك به جماعه كالشّيخ و العلّامه على انتقال العين الموقوفه الى الموقوف عليهم من وجود خواصّ الملك فى حقّهم كالحكم بالضّمان لهم و نحوه و اراد بعض عليهم بانّها لو انتقلت إليهم لجاز لهم بيعها و وطبها الى غير ذلك و جواب آخرين بعدم دلالة الحجر عن بعض التصرّفات على عدم الملكيه كما فى أمّ الولد فانّ هذا كلّ يدلّ على عدم وضع لفظ الوقف عندهم لانشاء التّمليك و الاّ فالحرى ان يبحثوا من حيث التّبادر و عدمه التّالث ما صرّح به جماعه فى الوقف المنقطع الوسط من أنّه يبطل وقفا و يصير حسبا فانّ ظاهره صيروره نفس المنشأ حسبا و هذا لا يستقيم الاّ على القول بوضعه للقدر المشترك بين الوقف الخاصّ و الحبس الخاصّ لانه يمكن ان يقال ح لو اجتمع شرائط الوقف الخاصّ فى هذا الانشاء يصير وقفا فيلزمه نقل الملك شرعا و الاّ يصير حسبا بخلاف القول بوضعه لانشاء التّقل فانّه ح يكون مباينا مع الحبس الخاصّ و لا معنى لصيرورته حسبا بل لا بدّ على هذا التّقدير ان يقال قطع الوسط يكشف عن إرادته الحبس من لفظ الوقف مجازا و كذا ما ذكره فيما لو شرط الواقف عود الملك إليه عند الحاجه من أنّه يصحّ الشرط و يبطل الوقف و يكون حسبا فانّه أيضا لا يستقيم الاّ على تقدير وضع اللفظ للجامع الرّابع شهادته الوجدان بعدم تغاير قصد الواقفين فى الوقف المنقطع وسطه او آخره الذى حكموا بصحّته حسبا و فى الوقف المؤبّد الذى حكموا بصحّته وقفا فانّ من الواضح أنّه لا فرق بين

من قال وقفت على المسلمين و من قال وقفت على اولادى بطنا بعد بطن فيما هو المقصود من اللفظ و المدلول عليه من المادّه و هذا يرشد الى أنّ لفظ الوقف عند العرف و المتشرّعه ليس مأخوذاً فى مفهومه التّملك الخامس اختلافهم فى أنّ الوقف يفيد الانتقال الى الله او أنّه فكّ ملك بناء على أنّه مغاير للانتقال إليه تعالى او يفيد الانتقال الى الموقوف عليه او يفصل فيه بين الخاصّ و العامّ او يبقى فى ملك الواقف و لا يفيد التّملك المنفعه شاهد على اتّفاقهم على عدم وضع لفظ الوقف للتّملك و عدم كونه من منشآت الواقف و ان ليس الاختلاف المذكور الّا اختلافاً فى اللّازم الشّرعى للمعنى المقصود من اللفظ و بالجملة دعوى أنّ المفهوم من لفظ الوقف معنى عامّ يجتمع مع خروج العين عن ملك الواقف او خروج المنفعه فقط مع اخذ دوام فيه فى الجملة و هو اعطاء السّيلطنه و الاختصاص الاعمّ من تملك العين و المنفعه كما هو احد معانى اللام و ان شئت قلت أنّه التّخليه بين العين و الموقوف عليه بحيث يتصرّف فيها كتصرّف الملاك فى املاكهم غير التصرّف الناقل فان تعقّب هذا الانشاء الصّيادر عن الواقف تملك العين عرفاً او شرعاً فى مورد يعبر عنه بالوقف الخاصّ و الّا فبالحبس الخاصّ غير بعيده فلفظ الوقف ليس موضوعاً لمعنى يباين الحبس بل كلّ مورد منه لم يحكم الشّارع فيه بحصول الملكيه كان حبساً لوجود جميع ما يعتبر فى الحبس فيه من غير ان يحتاج الى قرينه كاشفه عن إرادته الحبس الخاصّ و حكمهم بصراحه لفظ الوقف من غير خلاف فى الوقف الخاصّ بخلاف لفظ الحبس حيث ذهب الاكثر الى عدم صراحته الّا بضميمه أيّدت و نحوه أنّما هو من جهة انصراف مادّه الوقف الى الوقف الخاصّ عند الاطلاق فإنّ الظاهر منها مط هو إرادته الدّوام فى الجملة المتعقّب للملك بحكم الشّارع لا من جهة وضعها للوقف الخاصّ و اما الحبس فكثيراً ما يستعمل فى الحبس الخاصّ فينصرف إليه عند الاطلاق كما أنّ اتّفاقهم على عدم حصول التّقل و تملك العين فى مادّه العمرى و لفظ عمّرتك و اختلافهم فى لفظ الوقف مع أنّ الدّوام بحسب عمر المعمر عليه مأخوذ فى العمرى كالوقف أنّما هو من جهة ظهور لفظ التّعمير فى بقاء العين على ملك المعمر بخلاف الوقف فلا يتوهم أنّ بناء على ما ذكر فلا تمييز بين الوقف و العمرى و يلزم ان يكون قول الواقف وقفت على زيد مثلاً عمرى و غير مخرج للعين كلفظ عمّرتك فتدبرّ هذا كلّ بناء على المشهور من افاده الوقف الملكيه و التّحقيق أنّ الوقف حتّى الخاصّ منه المقابل للحبس كما لا يكون التّملك مأخوذاً فى حقيقته لا يكون من لوازمه أيضاً فالوقف

الخاص كما لا يكون مأخوذاً في حقيقته تملك المنفعة او مع العين الموقوفه و لا هو مساوق له خارجا لا يكون من لوازمه عرفا و احكامه شرعا في جميع موارد له عدم ثبوت دليل عليه و لم نظفر بحسب وسعنا على ما يؤمى إليه اصلا نعم في بعض الاوقاف يكون كذلك و اختلاف الاوقاف في افاده الملك للمنفعه او مع العين او الفك او استحقاق الانتفاع انما هو بسبب اختلاف الموقوف و الموقوف عليه شخصا وجهه نعم غايه الامر ان الوقف اذا كان مؤيدا يلزمه الخروج عن ملك الواقف لانه اذا كان ممنوعا من التصرف في العين و المنفعة لا يبقى له تعلق بها و لا يعتبر العقلاء بقاء ملكيته و لا ضير في صيرورته بلا مالك لانه بعد الوقف و خروجه عن ملكه لا يصدق عليه الملك حتى يمتنع كونه بلا- مالك بل يكون مالا- بلا- مالك كما في المال المعرض عنه قبل ان يتملكه احد فانه مال و لا مالك له بعد الاعراض نعم اذا قصد بقاء العين على ملكه مع كونها وقفا فللقول ببقائها على ملك مالكيها و ان لم يكن له منفعتها ابدا و ترتب عليه آثار ملكيته مجال فت و اما الوقف المنقطع الاخر فهو كما افاده السيد الطباطبائي ره زوال ملك الواقف فيه بالمره غير معلوم بل هو اما باق على ملكه كما في الحبس و يكون هذا القسم من الوقف حسبا في المعنى و اما خارج عن ملكه مدّه كونه حسبا و يرجع إليه بعدها اذا تقدم هذا فاعلم انه قد استدلل للبطالان رأسا بوجوه احدها الاصل ثانيها ان التأبيد شرط في الوقف و اذا علق على من ينقرض انعدم الشرط فكذا المشروط ثالثها انه وقف على مجهول لانه منقطع و هو باطل بالاجماع و الاخبار و يجاب عن الاول بما ستعرفه من دليل الصحه و عن الثاني بان العمومات تعاند هذا الشرط و الاجماع قائم على اعتباره في قبال التوقيت ببعض ازمته وجود الموقوف عليه و هو غير نافع في المقام مع انه لو تم فهو اخص من المدعى لان مقتضاه البطلان وقفا و المدعى هو البطلان رأسا و عن الثالث فمضافا الى ما ستعرف من دلالة الاخبار على صحته و كونه من الوقف المعلوم بمنع كونه مجهولا- اميا ابتداء فظاهر و اميا بالنسبه الى بعد الانقراض فلا- وقف حتى يتصف بالمعوميه او المجهوليه مع انه اخص من المدعى أيضا فان الاخبار تدل على بطلان الوقف المجهول لا الحبس كذلك و قد يستدل بان التأبيد مأخوذ في مفهوم الوقف و استعماله في غيره يحتاج الى قرينه و هي مفقوده و يجاب بالمنع عن اعتبار التأبيد في مفهومه أولا و بمنع فقد القرينه ثانيا اذ التعليق على من ينقرض غالبا قرينه عرفا و اما القول بالصحه وقفا حقيقيا فاستدل له بوجوه الاول اصاله عدم الاشتراط و اصاله

الصحة و يظهر من لك و بعض اخر التمسك بها من غير ارجاعها الى العمومات و هو كما ترى الثاني ما عن كره من ان الوقف نوع تمليك و صدقه فيتبع اختيار المالك في التخصيص بالازمان كما يتبع اختياره في التخصيص بالاعيان ه و هذا ان كان راجعا الى التمسك بالعمومات و دليل السيلطنه فستعرف الكلام فيه و الا فهو مجرد دعوى بلا دليل الثالث ما عنها أيضا و هو ان تمليك الأخير لو كان شرطاً في تمليك الأول لزم تقدم المعلول على العلة ه بيان الملازمه ان ملكيه الطبقة اللاحقه معلوله لملكيه الاولى فاذا كانت شرطاً في وجودها لزم تقدم الشرط على المشروط و قد اجاب عنه في لك و غيرها بما لا يخلو عن نظر و الصواب في منع الملازمه ان يقال ان ملكيه كل طبقة معلوله لانشاء الواقف فلو قيل باشتراط الدوام في تأثير انشاءه للملكيه لم يلزم ذلك الرابع ما دل كتابا و سنه على لزوم الوفاء بالعقود و تسلط الناس على اموالهم و لا اشكال في التمسك بهذه العمومات في رد القول بالبطلان رأسا و اميا التمسك بها على الصحة وقفا بمعنى خروج الملك عن ملك الواقف فهو مبنى على كون الوقف موضوعا لانشاء التملك فان مقتضى العمومات ح بعد الشك في اشتراط الدوام في صحة الوقف و ترتب الاثر المقصود منه عليه هو العدم و اما بناء على تبادل الجامع منه و وضعه له و ان مقصود الواقف ليس الا ذلك فلا تدل على الصحة وقفا بالمعنى المقصود لان هذه العمومات انما تحكم بامضاء قصد العاقد و ترتبه عليه و على تقدير ان مقصوده الجامع لا معنى للحكم بالخصوصيه الغير المقصوده بل مقتضاها بضميمه اصاله بقاء الملك او من دونها من حيث عدم تعقل خروج مال عن ملك المالك بلا سبب هو الصحة حسبا حقيقتا لان الحبس لا يحتاج الى اراده خاصه من الواقف فان الملكيه ح حكم شرعى يتبع ثبوته حكم الشارع ففي كل مورد حكم بثبوتها حكم بالوقفية و فى كل مورد لم يحكم بها ترتب الاثر المقصود على العقد من دون الملكيه و هو عين الحبس و دعوى ان الوقف مأخوذ فى مفهومه الدوام و معه لا وجه للتمسك بالعمومات ممنوعه بما مر من منع اخذ الدوام بالمعنى المدعى فى مفهوم الوقف و غايته ظهوره فيه من باب الاطلاق و يرتفع مع القرينه و هو التقييد و بما ذكرنا من عدم وضع لفظ الوقف لانشاء التملك او للخروج عن الملك تعلم أيضا عدم استقامه التمسك لهذا القول بما فى الكافى محمّد قال كتب بعض اصحابنا الى ابى محمّد عليه السلام فى الوقوف و ما روى فيها فوق (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها ان شاء الله بناء على جواز التمسك به فيما لو شك فى صحته

الوقف و عدمها بان يكون المراد يجب العمل بها على الكيفية التي قررها الواقف لا ما احتتمل ضعيفا من كون المراد ان الوقوف يجب ابقائها اذ لا فرق ح بين هذه الزوايه العمومات الا من جهة العموم والخصوص وقد يفرق بينهما من جهة اخرى و هي ان العمومات تشمل العاقد وغيره ان لم تكن مختصه بالاول وهذه ظاهره في خصوص الغير وهذا الفرق على تقدير ثبوته لا دخل له بالمقام وهذا مع الغض عن مورد الزوايه و ستقف على الكلام من جهته و ذهب المحقق المولى محمد كاظم الخراساني طاب ثراه الى الصحه وقفا و قال ما هذا لفظه و تحقيق الحال يستدعى تمهيد مقال و هو ان الوقف و ان كان بحسب الحقيقه لغه و شرعا حبسا لا- تملিকা متفصيلا بالحبس و لا- مساوقا له خارجا لاحتمال ان لا يكون معه تملك اصلا او كان مختلفا تملিকা و تفكيكا حسب اختلاف الاوقاف خاصا و عاما على اختلاف الاقوال فكيف يكون تملিকা بحسب الحقيقه او مساوقا له خارجا مع اختلافهما مفهوما كما في الصيالح عن عين مجانا او بالعوض فانه و ان لم يكن بحسب المفهوم تملিকা لها الا انه ملازم له خارجا كما لا- يخفى الا انه عباره عن المرتبه العليا التي هي الحبس المستتبع لمنع الواقف من التصرفات و التقلبات في العين بل منع الموقوف عليه منها الا ما يتعلق بمنفعتها كالاجاره و نحوها بخلاف الحبس بالمعنى الاخص فانه لا يكون الا مرتبه كانت دونها و هي لا- تستتبع الا المنع عن التصرف في المنفعه دون العين فالوقف و الحبس و ان كانا مشتركين في كونهما حبسا الا انهما متفاوتان مرتبه و لاجل ذا مختلفان حكما كما هو الحال في الايجاب و الاستجاب فانهما مع اتحادهما بحسب حقيقه الطلب كانا مختلفين في الحكم لاجل تفاوتهما في مرتبه كما لا يخفى مع ان اختلافهما في المنع عن التصرفات في احدهما مع اتفاهما في مرتبه الحبس بحسب قصد الواقف لمجرد اختلافهما في التقييد بالتأييد و عدمه بعيد جدا الى ان قال اذا تمهد هذا ظهرت صحه القول الاول و هو صحه الوقف على من ينقرض وقفا اذ المفروض ان الواقف قصد كما اذا وقف على من لا ينقرض فاذا صح حسب ما هو قضيته عموم الوقف على حسب ما يوقفها اهلها صح وقفا لا حبسا قلنا بان الوقف خصوص حبس او انه تملك مخصوص متفصيلا بالحبس كما ظهر بطلان القول بصحته حبسا بتوهم انه لا تفاوت بين الوقف و الحبس الا التقييد بالتأييد و عدمه و الغفله عن التفاوت بينهما بالمرتبه و ان الوقف هو الحبس المطلق و لذا صار مما لا يجوز للواقف شرعا التصرف فيه بنحو و لا- يورث بخلاف الحبس فان له التصرفات الغير المنافيه لاستيفاء المحبوس عليه المنفعه و يورث انتهى و قد خلط ره بين الوقف المؤبد

و المنقطع فإنَّ المسلم من المرتبة العليا من الحبس المستتبع لمنع الواقف من التصرفات في العين أنما هو في الوقف المؤبد و أما مجرد لفظ الوقف و لو في المنقطع فلا- دليل على أنَّ المفهوم منه و الموضوع له هو تلك المرتبة و قد عرفت بما لا مزيد عليه دعوى أنَّ المفهوم من لفظ الوقف معنى عام غير مبين للحبس نعم ينصرف لفظ الوقف عند الاطلاق الى الوقف الخاص و هو المرتبة العليا لا- أنَّ اللفظ موضوع لذلك فالوقف بقول مطلق هو مطلق الحبس الشامل للوقف الخاص و الحبس كذلك لا أنه حبس خاص و هو المطلق منه المقابل للحبس الخامس ما قيل من أنَّ الوقف على من ينقرض وقف قطعا و كل وقف ناقل اجماعا و هذا ان اريد به أنه إنشاء تمليك فالصغرى ممنوعه و ان اريد به الجامع فالكبرى السادس الاخبار الخاصه منها صحيحه ابن مهزيار قال قلت له روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام أنَّ كل وقف الى وقت معلوم فهو واجب على الورثه و كل وقف الى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثه و أنت اعلم بقول آبائك عليهم السلام فكتب (ع) هو هكذا عندى و منها صحيحه الصيغفار كتبت الى ابى محمد (ع) أسأله عن الوقف الذى يصح كيف هو فقد روى أنَّ الوقف اذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثه و اذا كان موقتا فهو صحيح مضى و قال قوم أنَّ الموقت هو الذى يذكر فيه أنه وقف على فلان و عقبه فاذا انقرضوا فهو للفقراء و المساكين الى ان يرث الله الارض و من عليها قال و قال آخرون هو موقت اذا ذكر أنه لفلان و عقبه ما بقوا و لم يذكر فى آخره للفقراء و المساكين الى ان يرث الله الارض و من عليها و الذى هو غير موقت ان يقول هذا وقف و لم يذكر احدا فما الذى يصح من ذلك و ما الذى يبطل فوق (ع) الوقف بحسب ما يوقفها اهلها إن شاء الله تعالى وجه الدلاله أنَّ الصحيحه الثانيه تدل على صحه الوقف على من ينقرض غالبا فإنه احد تفسيرى الموقت الذى حكم (ع) بصحته و غرضه (ع) هو صحه كل ما ذكر فيه من الموقوف عليه من ينقرض و ما ذكر فيه منه من لا ينقرض و عدم الاحتياج الى ذكر ما كان شرطا ذكره على التفسير الاول بل قد يقال بدلاله قوله (ع) الوقف الخ على صحه كل وقف حتى المجهول و غير الموقت بالتفسير الأخير لكنّه ساقط مردود من حيث عدم صدق الحساب عليه و من ظهور قوله (ع) فى امضاء الموقتين بالتفسيرين و عدم امضاء ما يقابلهما لأن ظاهر قول السائل فقد روى هو المشار إليه فى صحيح ابن مهزيار الذى حكم فيه بفساد الوقف المجهول و قد سئل فى الكتاب عن المراد من

الوقف المعلوم و المجهول اللذين روى عن الأئمة ما يدل على حكمهما بعد اختلاف اصحاب الحديث فى تفسيرهما مضافا الى ان العقد لا يتحقق الا بذكر متعلقاته و الموقوف عليه هو العمده منها فكيف يتحقق الوقف بدون ذكره و كيف كان لا اشكال فى دلاله الروايه على صحه الوقف على من ينقرض غالبا و يظهر منها تفسير صحيحه ابن مهزيار و ان الموقت عباره عما ذكر فيه الموقوف عليه فكل ممّا ينقرض فيه الموقوف عليه و ما لا- ينقرض موقت الى وقت معلوم و كل ما لم يذكر فيه الموقوف عليه فهو جهل مجهول باطل و لا يخفى ان الصيحيه الاولى تدل على كليتين و هما ان كل وقف الى وقت معلوم صحيح يجب على الورثه الالتزام به و العمل بمقتضاه و كل وقف الى غير وقت معلوم الئدى وصفه فى الروايه بجهل مجهول باطل و لا دلاله لها على موضوع الوقف و يتوقف الاستدلال بها على حصول الملكيه على احراز ذلك من الخارج فحالها حال العمومات و مثله الكلام فى الصيحيه الثانيه فانّ منها يظهر مضافا الى الكبيرين صغيران و هما ان الموقت ما ذكر فيه الموقوف عليه كان دائميًا او ممن ينقرض غالبا و غير الموقت ما لم يذكر احدا و من الواضح ان هذا كله لا دخل له فى بيان معنى الوقف و الاستدلال بها أيضا يتوقف على احراز كون إنشاء التملك مأخوذا فى مفهومه من الخارج و بالجمله لا شهاده فيهما على ان المراد هو الوقف التملكى و لا اشكال فى دلالتهما على عدم البطلان رأسا هذا كله فى أصل دليل الصحه وقفا فى مقابل القول بالبطلان و القول بالصحه حسبا حقيقيًا و قد عرفت ان القائلين بالصحه وقفا اختلفوا فى حكمه بعد الانقراض على اقوال ثلاثه احدها الرجوع الى الواقف او ورثته حين الموت او الانقراض ثانيهما الرجوع الى ورثه الموقوف عليهم ثالثها الصيرف فى وجوه البر و دليل الاول امور الاول ما يظهر من جماعه و هو ان الواقف اتما اخرج العين عن ملكه بقدر بقاء الموقوف عليه فعنده لا مقتضى للخروج عن ملكه و يبقى فيه من جهه التخصيص فانّ المفروض صحه الوقف على من ينقرض و صحه كل عقد عباره عن ترتب اثره عليه بمقدار مدلوله و ليس المدلول فى المقام ألما حبس العين و تملكها للموقوف عليه على وجه لا يتعداه ألما بتعديه الواقف كما يشهد به الانتقال من كل طبقه سابقه الى لاحقتها التى جعلها الواقف مرتبه عليها لا- الى وارث السابقه فلا- مخرج عن ملك الواقف ألما بمقدار مدلول صيغه الوقف الثانى اقتضاء العلقه الباقية للواقف للرجوع الى ملكه بعد الانقراض و فيه ان بناء على افاده صيغه الوقف لانشاء التملك ينقطع علقه الواقف رأسا كما

مرّ الثالث ما يستفاد من الجواهر فأنّه كما استدلّ بالصّحيحين المتقدّمتين على صحّح الوقف المنقطع و افادتهما ملكيه الموقوف عليه ما دام موجودا استدلّ بهما على بطلان الوقف بعد الانقراض و رجوعه الى ورثه الواقف قال قدّس سرّه بل هما يعنى الصّحيحين ظاهران او صريحان لمن وهبه الله قريحه نقّاده فى انّ كلّ وقف موقّت صحيح و كلّ وقف غير موقّت باطل مردود على الورثه ففى مثل المفروض هو موقّت ما دام الموقوف عليه موجودا و غير موقّت اذا انقرضوا فيثبت له حكم كلّ منهما من الصحّح و الفساد ضروره انّ قوله (ع) فى الصّحيح الأوّل هو كذلك عندى تقرير للكليتين المفسّرتين بالصّحيح الاخر الذى هو كالصّريح فى صحّح الوقف بالتفسير الثانى منهما و هو مفروض مسئلتنا فالجمع بينهما ح نتيجه ما ذكرناه بل من قوله على حسب الخ يستفاد أيضا اعتبار الموقوف عليه فى الصحّح و الا لم يدخل تحت المصداق الظاهر للفظ حسب هنا كما انّ منه يستفاد تأثير عقد الوقف بالنسبه الى نقله العين و المنفعه على حسب ما تضمّنه العقد و ما زاد عليه ممّا لم يكن فيه موقوف عليه هو من غير الموقّت الذى حكم ببطلانه و رجوعه الى الوارث بل لا- يخفى ظهور قوله (ع) فى الصّحيح الأوّل باطل مردود على الورثه فى نحو المفروض لظهور الردّ فى ذلك و كذا الورثه اذ لو كان المراد خصوص الباطل من أوّل الامر لكان الردّ فيه على الواقف الذى لم ينتقل عنه حتّى يردّ عليه ه و فيه أوّلا انّ هذا الاستدلال فى غير محلّه اذ لا وقف بالنسبه الى زمان الانقراض حتّى يقال أنّه معلوم او مجهول و العجب أنّه استدلّ بالكليه الثانيه لبطلان الوقف بالانقراض و الرجوع الى ورثه الواقف و اجاب عمّن استدلّ لبطلان الوقف فى المقام بأنّه يكون وقفا على مجهول و هو باطل بما هذا لفظه و فيه انّ المجهول ان اريد به بالابتداء فظاهر فساد و ان اريد به بعد الانقراض فليس هناك موقوف عليه اصلا فلا يحكم عليه بالجهاله اذ بعد انقراضه يبطل الوقف و يصير موروثا كما عرفت ه فراجع كلاميه و ثانيا انّ لايتم ما ذكره من تطبيق قوله (ع) باطل مردود على الورثه على المفروض و هو الوقف على من ينقرض ان لا- يدلّ على بطلان الوقف الذى لم يذكر فيه الموقوف عليه اصلا او يلتزم باستعمال اللفظ فى المعنيين الحقيقى و المجازى ثمّ أنّه يظهر من جماعه التمسك بالعمومات للرجوع الى الواقف بعد الانقراض و فيه انّ الواقف لو قصد الوقفيه و قصد الرجوع إليه بعد الانقراض فلا اشكال أنّه من الحبس لو قصد بقاء العين على ملكه و من الوقف لو قصد تمليك العين الى حال الانقراض و مفروض

المسألة هو ما لو قصد الوقفيّه بحسب وجود الموقوف عليه من دون إنشاء و قصد للرّجوع إليه بعد الانقراض و الغايه دلالة العمومات على صحّ هذا الاخراج و عرفت الكلام فيه و اما حكم ما بعد الانقراض فلا دلالة لها عليه ثم لا يخفى أنّ بناء على الرّجوع الى ورثه الواقف مع فقدّه هل يرجع الى ورثته حين انقراض الموقوف عليه باعتبار صيرورته بحكم ماله في ذلك الوقت فلا- مدخلية للوارث السابق الّذى كان وارثا للمال الّذى هو للميت حال موته او الى وارثه حين الموت باعتبار تأهيل الميت لصيرورته ملكا له بانقراض الموقوف عليه لاني الملك انما خرج عنه مترزلا- و هذا التأهل ينتقل الى وارثه لانّ كلّ ما هو له يكون لوارثه فهو ح كفسخ المشتري بخياره بعد موت الميت بمدّه فانه يكون المبيع للوارث الاوّل و لو لانّ انتقال المبيع عنه كان مترزلا بفسخ المشتري اذ هو هنا كذلك قد انتقل المال عنه مترزلا و تظهر الفائدة فيما لو وقف على ولديه ثم مات و بعد موته مات احد الولدين عن ولد قبل الانقراض فعلى الاوّل يرجع الى الولد الباقي لانه الوارث حين الانقراض و على الثاني يشترك معه ابن اخيه لتلقيه من ابيه و في الجواهر و لعلّ الثاني منهما لا- يخلو عن قوه و ان امكن الفرق بين المشبه و المشبه به بوجود الثمن في البيع الّذى ملكه البائع مترزلا و الفسخ يقتضى ردّ العوض بخلاف المقام الاّ انه فرق لا ينافي ما ذكرناه من القوه التي مبناها تناول ادله الارث لمثل ذلك ه و دليل الثاني هو كون العين الموقوفه ملكا لمورثهم و يوجّه ذلك بان مقتضاه هو الانتقال بعد موته الى ورثته بادله الارث و لا- مانع الاّ دعوى كونها وقفا و لا يورث و هي باطلاقها ممنوعه و انما المسلم من ذلك هو المؤيد من حيث تعلق حقّ الغير بالعين و هو مفقود في المقام و منه يندفع ما يقال انّ الملك الحاصل بالوقف ليس كالحاصل بسائر الاسباب بل فيه قصور يمنع عن التوريث و يرد عليه أولا- انّ المورث و هو الطبقه الا-خيره من الموقوف عليهم انما ملك العين بالفرض بنوع من الملكيه يباين نوع الملك القابل للتوريث و الواقف انما ملكه بهذا النوع و لذلك كان كلّ طبقه يتلقّى الملك عن الواقف و لم ينتقل من الطبقات السابقه الى ورثتهم او الى الطبقة التاليه و ليست العين داخله في تركه الطبقة الاخيره حتّى تشمل ادله الارث و ثانيا كيف يحكم بالانتقال الى الوارث بالملكيه التامه بحيث يجوز له بيعه مع انّ هذا لم يكن لمورثه و المدفع بانّ عدم ثبوت ذلك له انما كان من اجل المنع الشرعي لا من اجل قصور في ملكيته كما ترى و قد تقدّم في المتن انّ اطلاق الوقف يقتضى عدم جواز بيعه و أنّه من اوصاف نوعه و قد يعرض ما يجوز المخالفه كما في الموارد المستثناه و قد تمسك في الحاشيه التّقريريه لبحث الاستاد المرحوم التائيني طاب

ثراه للرجوع الى ورثه الموقوف عليه بما هذا لفظه مقتضى ما ورد فى صدقه امير المؤمنين (ع) و هو الصحيحه المرويّه فى الكافى المتقدمه فى المتن هو أنّه بعد الانقراض ينتقل الى ورثه الموقوف عليه و ذلك لانه (ع) جعل الخيار لابي محمّد الحسن (ع) فى ابطال الوقف و صرف ثمنه لنفسه دون شراء بدله و ذلك يكشف عن تملكه ملكا تاما لا حق للواقف عليه نعم لو لم يبعه ينتقل الى غيره بعد وفاته فاذا انقرض قهرا و بطل الوقف ينتقل ممن انقرض الى وارثه لانه صار مالكا بالاستقلال من دون تعلق حق عليه من الواقف لفرض انتقاله منه الى الموقوف عليه و لا من الطبقة الاخرى لفرض عدمهم فرجوعه الى الواقف او ورثته او الى سبيل الله لا- وجه له الى ان قال و بالجمله فالاقوى انه بعد انقراض الطبقات ينتقل الى وارث الطبقة الاخير و انقراض الموقوف عليه ليس من مصاديق الوقف الغير الموقت الذى ورد فى الصحيح انه باطل مردود الى الورثه اى ورثه الواقف ه و فيه ان الروايه انما هى فى مورد شرط الواقف و جعل الخيار للموقوف عليه فى ابطال الوقف و صرف ثمنه لنفسه و اين هذا من الانقراض قهرا فى الوقف المنقطع الذى عرفت انه لا- تملك فيه بل لا- خروج فيه عن ملك الواقف و على فرض التملك انما يكون من التملك الموقت اذ لا مخرج عن ملك الواقف الا بمقدار مدلول صيغه الوقف نعم فى مورد الروايه تصحيحا لوقوع المعاوضه فى مال الموقوف عليه اذا اراد البيع لنفسه يقدر الملكيه التامه له آنا ما و اين هذا من الدلاله على ان من انقرض من الموقوف عليهم ملك الوقف ملكا تاما حتى ينتقل الى وارثه و دليل الثالث احد اميرين الاول بقاء العين وقف من دون ذكر المصرف فيصرف فيها و ذلك لان الواقف قد اخرج العين عن ملكه و لا وجه للرجوع الى ورثه الموقوف عليهم لعدم المقتضى له لا من جهه الوقف لعدم تملك الواقف لهم بالفرض و لا- من جهه ادله الارث اذ لا يرث فى الوقف فهو وقف انتهى مورده و يجب صرفه فى وجوه البرّ نظير الوقف على مصلحه بطل رسمها الثانى انه مال مجهول مالكة و لو من حيث الادله الشرعيه لعدم دليل بالخصوص يعين مالكة و كلاهما كما ترى ضروره عدم صحه بقاءه وقفا بعد فرض ان الواقف لم يقصد بوقفه الا على خصوص المفروض انقراضهم فبقائه وقفا و صرفه فى ذلك مناف لقصد الواقف و لا وجه لانكار الرجوع الى ورثته و القياس بالوقف على مصلحه فى غير محلّه لان الموقوف عليهم حقيقه فى المقيس عليه المسلمون و الصيرف فى وجوه البرّ يرجع اليهم غايه الامر ان غرض الواقف قد تعلق بالخصوصيه من باب تعدد المطلوب

بخلاف المقام فإن المفروض انقراض الموقوف عليهم و لا- معنى للحكم ببقاء الوقف على وقفته و امّا دعوى كونه مجهول المالك شرعا فيدفعها ما عرفت من أنّ الواقف انما اخرج العين عن ملكه بالفرض بقدر بقاء الموقوف عليه و اما القائلون بالصحة حسبنا فلهم طرق الاوّل ما قدّمناه من دعوى وضع لفظ الوقف لمعنى يجمع ملكيه العين و عدمها و فى كلّ مورد قام الدليل الشرعى على حصول الملكيه كما فى المؤيّد يحكم بها و الا فلا كما فى المقام و مع الشك فمقتضى الاستصحاب بقائها على ملك الواقف و مقتضى العمومات و غيرها ممّا تقدّم هو صحّه إنشاء المفهوم الجامع و هذه الدعوى و ان كانت غير بعيدة لكن ظاهر كلمات جماعه مخالف لها الثانى ما يظهر من جماعه منهم المحقق القمى ره من دعوى كون اللفظ و ان كان موضوعا لانشاء الوقف الخاصّ الا ان جعله على من ينقرض قرينه على إرادته الحبس اما لعدم صحّه التوقيت و لو بحسب وجود الموقوف عليه و امّا للمنافات العرفيه من حيث اخذ الدوام فى مفهوم الوقف الثالث ما يظهر من بعض آخر و هو دعوى وضعه للجامع و الحكم بتحقيق كلّ من الفردين و ارادته يحتاج الى القرينه فان أطلقه انصرف الى الوقف بالمعنى الأخصّ و ان قبيده بما ينقرض صار قرينه على إرادته الحبس و انت بعد الاحاطه بما فضّلناه تعلم أنّه لا محيص من القول بالرجوع بعد الانقراض الى الواقف و ورثته سواء قلنا بكونه وقفا او حسبنا و اما الجزم باحد القولين من كونه وقفا حقيقيا او حسبنا كذلك ففيه اشكال و ان كان الثانى منهما لا يخلو عن قوّه لما عرفت من عدم معلوميّه زوال الملكيه فيه و الخروج عنهما انما يجىء من قبل التأييد و على الخروج لا دليل على أنّ إنشاء الوقف يفيد التملك و لو قلنا به فهو يخرج عن ملك الواقف بالمقدار المذكور فى الصيغه

فائده قد تقدّم انّ التوقيت فى الوقف ببعض ازمته وجود الموقوف عليه يبطله بلا خلاف فلو علم قصد الوقفيه من الصيّغه المقيده بمدّه معيّنه كعشر سنين فسدت قطعا و لو علم إرادته الحبس منها او قام دليل معتبر عليها لم يكن اشكال فى الحكم بالصحة حسبنا و هل يحكم بصحة الانشاء المذكور حسبنا لو لم يعلم قصد الوقفيه فيه اشكال و ذلك لأنّ الصحة كذلك اما من جهة صيروره نفس الانشاء حسبنا بدعوى كون لفظ الوقف مشتركاً بين الحبس و الوقف الخاصّ المأخوذ فيه الدوام و اذا لم يقترنه بمدّه انصرف اطلاقه الى الحبس الدائم الذى يلزمه التملك و هو الوقف الخاصّ و ان قرنه بها كان حسبنا او كاشفا عن ارادته و قد اوضحنا هذه الدعوى بما لا مزيد عليه و هى و ان كانت غير بعيدة لكنّها من حيث عدم القطع بها لا تقاوم اصابه الفساد و لو سلّم كون

الوقف بحسب اللغه مشتركا معنويًا بين الوقف الخاصّ و الحبس الخاصّ فهو بحسب العرف يباين الحبس فإن لفظ الوقف بحسب عرف الفقهاء و غيرهم عباره عن امر اخذ فيه الحبس على وجه الدوام او فى الجملة سواء كان ذلك الامر هو التملك او مفهوم اخر و ليس المعنى من الوقف عندهم هو الحبس المطلق حتّى يشمل الحبس الخاصّ و هذا كلّ مع عدم القول بكون الدوام مأخوذاً فى موضوع الوقف و الّا فعدم صحّه إرادته الحبس منه الّا مجازاً واضح و اما من جهة صحّه إرادته الحبس من لفظ الوقف مجازاً و كذا العكس و فى الغرض و هو الجهل بالمراد يحمل على الحبس من جهة القرينه و هى الاقتران بمدّه و فيه أنّ قرينته ذكر المدّه على إرادته الحبس مجازاً يتوقّف على ثبوت المنافات و التنافر بينها و بين الوقف عقلاً او عاده او عرفاً او شرعاً على ما هو الشأن فى كلّ قرينه صارفه و قد ذكروا أنّ المجاز ملزوم قرينه معانده لاراده الحقيقه و المعانده بكلّ من هذه الوجوه غير معلومه امّياً عقلاً فلاّّ المعانده كذلك تتوقّف على كون الملكيه فى الوقف حاصله بانشاء الواقف و على استحاله الملكيه الموقته و قد تقدّم الكلام فى الامرين و اما عاده فممنع قضائها بالتنافر بينهما فى غايه الوضوح و اما عرفاً فهو مبنى على القول باخذ الدوام فى معنى الوقف و مدلوله عرفاً كما هو كذلك فى البيع و الهبه و امثالهما حيث أنّ التوقيت فيهما مناف لمقتضى العقد عرفاً و ذلك بمكان من المنع و يدلّ عليه حكمهم بشرطيّه الدوام فى الوقف و أنّ المسلم هو استفاده الدوام من اطلاق اللفظ و اما شرعاً فلاّّ جعل الاقتران قرينه شرعيّه على إرادته الحبس يتوقّف على ثبوت اصل الصحّه فى الفرض شرعاً كما فى قوله اعتق عبدك عنيّ فإنّ بعد ثبوت الصحّه شرعاً يقدر الملك آناً ما جمعاً بين ما دلّ على صحّه هذا القول و ما دلّ على توقّف العتق على الملك ففي المقام أيضاً لو ثبت اصل الصحّه امكن الحكم بإرادته الحبس جمعاً بين ما دلّ على صحته و ما دلّ على اشتراط عدم التوقيت ببعض ازمته وجود الموقوف عليه فى الوقف و الّا فيحكم بفساد الوقف و هذا واضح و اما من جهة أنّ اصاله الصحّه فى فعل المسلم و قوله يقتضى حمل فعله على ما يترتب عليه الأثر و هو الحبس فنقول ان قلنا باعتبار اصاله الصحّه من باب التعبد الظاهريّ فهو من الاصول و لا- اشكال ح فى عدم مدخليتها للقرينه لحكومته اصاله الحقيقه عليها على ما هو الشأن فى جميع موارد تقابل الاصل الشرعى مع الاصل اللفظى او الدليل الاجتهادى بل لا معنى ح لصيرورتها قرينه اصلاً حيث أنّه يشترط فيها كونها كاشفه عن مراد المتكلم ظناً و ذلك لا يعقل فى الاصول التعبدية و ان قلنا بأنّ اعتبارها

من جهة الغلبة و الظهور التوعى الحاصله من ملاحظه حال المسلم فتكون ح من الامارات الكاشفه عن الواقع فان قلنا بان اعتبار اصاله الحقيقه من باب اصاله عدم القرينه امكن القول بتقديم اصاله الصّحه لكون ظهورها اقوى من اصاله عدم و النسبه بينهما و ان كانت بالعموم من وجه الا ان دائره اصاله عدم و افرادها اكثر فتكون اصاله الصّحه بالنسبه إليها كحكم الخاص على ما تقرّر في تعارض الادله من ان احد العامين اذا كان اقل افرادا من الاخر يرتكب خلاف الظاهر في ذلك الاخر و ان قلنا بان اعتبارها من باب الظهور الحاصل من اللفظ فيه وجهان الاول صلوح اصاله الصّحه للقرينيه أيضا من حيث كشفها عن مراد المتكلم ظنا و وقوع الشك في إرادته المعنى الحقيقى او المجازى الذى هو مورد اصاله الحقيقه مسبب عن الشك في قيام القرينه و عدمه و اذا حكم باعتبار اصاله الصّحه من حيث الظهور كانت كاشفه عن مراد المتكلم و قرينه عليه فتكون حاكمه على اصاله الحقيقه الثانى لعدم فان اصاله الصّحه و ان كان اعتباره من باب الظن و الاماره انما تعتبر عند الشك في الصّحه و عدم قيام الدليل على الفساد و اصاله الحقيقه دليل عليه فتكون حاكمه على اصاله الصّحه نعم لو لم يكن هناك ظهور لفظى على خلاف اصاله الصّحه كما اذا كان اللفظ مجملا وضعا امكن القول بصيروره اصاله الصّحه قرينه معينه و من هنا جعل جماعه من الاصحاب اصاله الصّحه قرينه معينه لاحد معانى المشترك اللفظى او لفرد خاص من المعنوى فى عدّه مقامات كباب الاقرار و الوصيه منهم المحقق ره حيث قال فى باب الوصيه ما هذا لفظه و لو اوصى بما يقع على المحلل و المحرّم انصرف الى المحلل تحصيلنا لقصد المسلم عن المحرّم و حاصل هذا الوجه هو ان يفصل فى صلاحته اصاله الصّحه للقرينيه بين ما اذا كان اللفظ مجملا او مبينا بل لم نجد من التزم بكون اصاله الصّحه قرينه صارفه فى شىء من الموارد سوى الفاضل القمى ره فى اجوبه مسائله بل ظاهرهم خلافه و ليس ذلك الا لما علمت من كون اعتبارها او حصول الظن بها نوعا معلقا على عدم قيام دليل على الفساد و هذا لا ينافى اعتبارها من باب الظن لانه بين الادله ترتيبا كما ترى من حكومه جميع الادله و الامارات على الاستصحاب و لو بناء على اعتباره من باب الظن و الانصاف ان اصاله الصّحه ان كانت صالحه لوقوعها قرينه معينه يلزم القول بصلاحيّتها لوقوعها قرينه صارفه أيضا لان اصاله الحقيقه و ان كانت معتبره من حيث الظهور اللفظى الا ان ظهورها او هن من جميع الظواهر المعتره و هذا هو الوجه فى قولهم ان العام من حيث هو عام لا يعارض الخاص من حيث هو خاص و كون النسبه بينهما هى العموم من وجه غير ضائر بعد كون الشك فى أصاله

الحقيقه مسببا مع أنه لا وجه لملاحظه النسبه بين اللفظ و اللب و اللب يقدم على اللفظ إلا ان التحقيق هو منع صلاحيتها للقريته مطلقا و مجرد اعتبارها من باب الظن لا يقتضى ذلك لأن مجرد كشف الشئ عن إرادته المتكلم خلاف الظاهر ظنا لا يخرج الكلام عن ظهوره ما لم يكن الكاشف مما اعتمد عليه المتكلم فى إرادته خلاف الظاهر من اللفظ و لا يخرج عن الاجمال ما لم يكن كذلك فى إرادته احد معانى المشترك اللفظى او احد افراد المشترك المعنوى و اصاله الصحه من هذا القبيل و ان هى إلا كاستصحاب بناء على اعتباره من باب الظن و هل يصح لاحد ان يحتمل صلاحيتها للقريته و بالجمله مطلق الظن بالمراد ليس قرينه و ان شئت قلت ان اصاله الحمل على الصحه انما يصلح لاحراز الفرد الصحيح من العنوان فيما تردد امر الواقع بينه و بين الفاسد منه و لا يصلح لاحراز العنوان الذى يكون صحيحا ثم أنه يمكن ان يوجه كلام المحقق فى باب الوصيه و غيرها و كذا كلام غيره بان مقصودهم ليس رفع اجمال اللفظ باصاله الصحه و تشخيص مراد المتكلم من اللفظ المجمل بها بل مقصودهم اثبات وقوع الوصيه مثلا- بالمحلل من باب الاصل المثبت فان بناء على اعتبار اصاله الصحه من باب الظن لم يكن فرق ح فى اعتبارها بين مثبتها و غيره على ما هو الشأن فى جميع الاصول المعبره من باب الظن شخصا او نوعا باصاله الصحه يشخص حال العمل لا- أنه يرفع بها الاجمال عن اللفظ و من الواضح ان هذا المعنى لا يجرى فيما اذا كان هناك ظهور لفظى على خلافه و كلامهم ليس من باب التفصيل فى قريته اصاله الصحه و لكن لا يخفى ان اثبات هذا الامر بأصاله الصحه فى غايه الاشكال و ان لم يكن فرق فيما كان مناط اعتباره الظن بين مثبتة و غيره و ذلك لأن العمده فى اعتبار اصاله الصحه بحيث يترتب عليه الاثر لا مجرد الحكم لاجلها بكون فاعل الفعل فاعلا لفعل مشروع هو الاجماع و اعتبارها كذلك على وجه لم يكن فرق بين المثبت و غيره لم يثبت عنه بل كلمات جماعه فى ابواب الفقه خلافه منهم العلماءه ره حيث يظهر من كلامه عدم اعتبار اصاله الصحه بالنسبه الى غير ما يترتب على موضوع الصحيح شرعا قال فى اخر كتاب الاجاره من القواعد ما هذا لفظه لو قال اجرتك كل شهر بدرهم من غير تعيين فقال بل سنه بدينار ففى تقديم قول المستأجر نظر فان قدمنا قول المالك فالاقوى صحه العقد فى الشهر الاول هنا و كذا الاشكال فى تقديم قول المستأجر لو ادعى اجره مده معلومه او عوضا معيننا و انكر المالك التعيين فيهما و الاقوى التقديم فيما لم يتضمن دعوى ه و بالجمله لا دليل على اعتبار اصاله الصحه بالنسبه الى غير الآثار الشرعيه المترتبه على الصحيح و قد تبين مما مر عليك ان الحكم

بصحة الانشاء المذكور حسبما بعد الحكم ببطلانه وقفا في غايه الاشكال

قوله (و رابعا أنه يلزمه على كلامه)

وجه اللزوم أنّ كلامه اشتمل على امور الاول انتقال التركة الى الوارث مط سواء كان هناك دين مستغرق أم لا الثاني اعتناق نصيب الولد من مجموع التركة مط أيضا الثالث لزوم الولد اداء قيمه النصيب من ماله الى الدين و يلزم ح ما ذكر من التقويم على الولد في الصور الثالث امّا الاولى فلأنه اذا كان نصيب الولد من مجموع التركة و لو كان هناك دين ما يساوى قيمه أمه فقد ملك بالامر الاول ما يفى بقيمتها و بالامر الثاني تقوم أمه عليه سواء كان هناك دين مستغرق أم لا و وجه التعميم أنّ كلامه صريح في صوره استغراق الدين ففي صوره عدم الاستغراق اولى و ذلك لأنّ مع وفاء نصيبه من اصل التركة بالقيمه حكم بالاعتناق من نصيبه فمع استغراق الدين بان كان الدين مأتين و قيمه الأمه مائه و مجموع التركة بمقدار الدين و الوارث منحصر في هذا الولد و اخ له من غير أمه يلزم كلّا منهما من الدين ما انتقل إليه من مجموع التركة و يؤدى هذا الولد بمقدار قيمه أمه الى الدين و تعتق عليه و اما مع عدم استغراق الدين بان كان كلّ من الدين و قيمه الأمه مائه و التركة مأتين ففي الفرض ليس للولد شىء من التركة و لآخيه خمسون و اما الثانيه فلأنه اذا كان نصيب الولد الثابت في الباقي بعد الديون و نحوها ممّا يلحق بالدين يساوى قيمه أمه كما لو كانت التركة في الفرض ثلاثمائه و قيمه الأمه مائه و الدين و نحوه مائه فقد ملك الولد ما يساوى قيمه أمه قبل الديون بالامر الاول و تعتق الامّ بتمامها عليه بالامر الثاني و يقوم عليه نصف قيمتها لآخيه بالامر الثالث فيحصل لآخيه مائه و لا شىء له سوى الامّ المنعته عليه و كذا لو كان نصيبه الثابت في باقى التركة بعد الديون و نحوها اقلّ من قيمه أمه كما لو كان الدين مأتين فقد ملك من التركة مائه و خمسين و بعد اداء الدين كان نصيبه في الباقي خمسين و هو اقلّ من قيمه أمه و بتمامها تعتق عليه بالامر الثاني و يلزمه لآخيه اداء نصف قيمتها بالامر الثالث و اما الثالثه فلأنه لو ساوى نصيبه من اصل التركة نصفها او ثلثها او غير ذلك يقوم نصيبه عليه كائنا ما كان و يعتق منها عليه بمقدار ذلك كما لو كانت التركة في الفرض اى مع انحصار الوارث في هذا الولد و اخ له من غير أمه منحصره بها و قيمتها مائه و عشرين و كان الدين مستغرقا فعلى الولد نصفها و هو ستون و يعتق الباقي بالسرايه و تسعى هي في اداء ستين للدين و لو كان له في هذه الصورة اخوان بان كان الورثه ثلاثه فعلى الولد قيمه ثلثها و تسعى هي في اداء الثلثين الآخرين و لو كان قيمه الامه تسعين و باقى التركة ثلثين و الدين مستغرق

و الورثه ثلاثه فنصيب الولد من اصل التركه و هو اربعون يساوى اربعة اتساع منها فينتحق عليه ذلك بالامر الثانى و يلزمه اداء الاربعين الى الديان بالامر الثالث و ينعق الباقي منها بالسرايه و تسعى فى اداء خمسين إليهم و لو كان مجموع التركه مائه و عشرين و الورثه ثلاثه كالفرض السابق و الدين تسعين يقوم نصيب الولد من اصل التركه عليه و هو اربعون فينتحق عليه اربعة اتساع من أمه و يسقط من الاربعين نصيبه الباقي الثابت بعد الدين و هو عشره فيؤدى الثلاثين من القيمه الى الديان و يؤدى إليهم كل واحد من الاخوين الآخرين خمسه و الامّ تسعى فى اداء خمسه اتساع من قيمتها و يبقى للولدين الآخرين عشرون من التركه و حاصل هذا الاشكال انّ انعتاق نصيب الولد من مجموع التركه و لزوم اداء قيمه ما انعتق عليه الى الديان على حسب ما عرفته فى الفروض المذكوره ينبغى القطع بطلانه و لا- يقول به احد من الاصحاب و التأميل فى كلام المسالك موكول الى محلّه و تفصيل المسأله فى باب الاستيلاء

[مسأله و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً: صيروره المملوكه أم ولد لسيدها]

قوله (فيدور الامر بين الوجهين الاخيرين)

و يسقط الاولان اما سقوط حق الديان عما قابلها من الدين فواضح و اما تعلق حقهم بقيمتها على من يتلف فى ملكه فلا تعلق حقهم بقيمتها على الولد يرجع الى ارتفاع حقهم عن التركه و تعلقه بدمته و لا اشكال فى عدم جواز رفع اليد عما دل على بقاء حقهم متعلقا بالتركه

قوله (و لا جامع بينها و بين الوقف الذى هو ملك للبطن اللّاحق)

فانّ فى المقام لا يكون حق الديان متعلقا بعينها فلا مانع من الانعتاق على ولدها بخلاف العبد الموقوف فانّ عدم الانعتاق فيه انما هو لتعلق حق البطن اللّاحقه فانه ملك للبطن اللّاحق كما هو ملك للبطن السابق

قوله (يتخير المولى بين دفعها او دفع)

و الاول فى صوره الاستيعاب و الثانى فى غيرها

قوله (ان يفديها باقل الامرين

من القيمه و الارش

قوله (و منها ما اذا خرج موليتها عن الذمه)

فانّ عند ذلك يجرى عليه حكم الحربى

قوله (بعد تعارض ادله حكم الزهن و ادله المنع)

و ذلك لأن الاستصحاب يقتضى صحه البيع و عدم بطلانه و كذلك العمومات و هذا بناء على فرض التكافؤ و التعادل مع أنّ المشهور على الجواز و هو من المرجّحات و لو فى العامين من وجه فإنّ الشّهره فى الفتوى من المرجّح المضمونى و هو من اقوى المرجّحات بناء على لزوم الاخذ بكلّ مزيه قائمه فى احد المتعارضين و فى قوله (ع) فى

فكاك رقابهنّ في روايه عمر بن يزيد اشعار الى جواز البيع في كلّ حقّ تعلّق برقبته بل التأمل يقتضى عدم معارضه دليل منع الاستيلاء عن البيع عن ادّله جواز البيع للمرتهنّ فإنّ الرهن وثيقه و به يثبت حقاً له من دون اشكال و جواز الاستيفاء بالبيع و نحوه امّا مأخوذ في حقيقه الرهن او أنّه من احكامه العرفيه و الشرعيّه المستفاده من النصوص و الاجماع و امّا اخبار منع الاستيلاء عن البيع فمفاد بعضها هو اختصاص المنع بالمالك من دون تعرّض لمنع غيره لو كان له حقّ سابق على الاستيلاء يقتضى بيعه له و ذلك كالمروى عن قول امير المؤمنين عليه السّلام خذ بيدها و قل من يشتري أمّ ولدى و محلّ الكلام في المسأله هو بيع المرتهن عند تعذّر استيفاء الدّين باذن الحاكم مع الامكان و بنفسه مع تعذّر الاستيذان و امّا الرهن فليس له البيع لأجل اداء الدّين من دون الزام المرتهنّ فالبايع هو المرتهن لا الرهن و لم يطرأ بالاستيلاء ما يبطل هذا الحكم او يرفع موضوعه و ما يمكن ان يستدلّ به على المنع هو ما يدلّ على عدم جواز بيعها الا في ثمن رقبته كروايته عمر بن يزيد المتقدمتين و فيه بعد الغضّ عن اشعارهما بجواز البيع في كلّ حقّ تعلّق برقبته كما مرّ أنّ الرهن ليس من انواع الدّين و وجوبه بل الرهن من احوال الفرد و الروايتان مجملتان من حيثيه احوال الفرد و ليس لهما اطلاق من هذه الجبهه و لو سلّم عدم الاجمال في دليل المنع فمن الواضح انصرافه عن الاعمه الّتى تعلّق بها قبل الاستيلاء حقّ للغير و بما ذكرنا يظهر بطلان دعوى أنّ دليل المنع وارد على دليل الجواز لأنّ التعارض بينهما في المقام نظير التعارض بين دليلي الرخصه و الحرمة فكما أنّ الأوّل مسوق لبيان حكم الشئ من حيث هو مع قطع النظر عمّا يعرضه باعتبار بعض الجهات كالتمدّد و اطاعه الوالدين فكذلك ادّله الرهن سيقت لبيان جواز البيع لو لا عروض المانع كالاتيلاء و بعد عروض المانع يرتفع موضوع الجواز كما لا وجه لدعوى المنع في اطلاق دليل الرهن على وجه يشمل صورته الاستيلاء بأنّه قضيه مهمله يثبت الحقّ للمرتهنّ بالنسبه الى المالك و لا نظر له الى سائر الحقوق و لذا يقدّم حقّ الدّين على حقّ المرتهنّ في المفلس اذا كان المرهون عين مال الدّين و هذا كاشف عن اهمال دليل جواز بيع الرهن بالنسبه الى غير المالك فإنّها غير مسموعه أيضاً

قوله (خلافاً للمحكّي عن الشرائع و السّرائر)

يستدلّ على المنع بأنّ العتق مبنى على التغليب و الاستيلاء اقوى منه لنفوذه فيما لا ينفذ فيه العتق لتحقق الاستيلاء بجنون المولى دون العتق و أنّ عتق المريض من الثلث دون الاستيلاء و أنّ النهى اقوى من الامر في باب التعارض امّا لاولويه دفع المفسده

على جلب المنفعة و أمّا لقوله (ص) ما اجتمع الحلال و الحرام ألّا غلب الحرام على الحلال و شمول روايه عمر بن يزيد قلت فيبعن فيما سوى ذلك من دين قال لا الشّامل للرّهن و فيه ما عرفت من تماميه دليل الجواز و استدلال على المنع بوجوه اخر منها أنّ دليل الرّهن يثبت السّيطنه للمرتهن في جواز بيعه بجعل المالك فسلطنته فرع سلطنه المالك و ادلّه المنع في الاستيلاء ترفع سلطنه المالك فالاستيلاء رافع لموضوع حكم الرّهن و منها أنّ عموم المنع في ادلّه الاستيلاء يشمل كلّ من كان له البيع قبل الاستيلاء و هو حاكم على دليل الجواز لأنّ المنع في ادلّه الاستيلاء لا بدّ و ان يكون مسبقا بدليل الجواز و ألّا فهو لغو و كما أنّ المالك في غير الرّهن كان له البيع و بالاستيلاء يمنع عنه فكذلك المرتهن يمنع عمّا كان له قبل الاستيلاء و ميزان الحكومه هو ان يكون الحاكم مفسّرا لمدلول المحكوم و أنّه لولاه لكان الحاكم لغوا و منها أنّ ادلّه الاستيلاء تدلّ على ثبوت حقّ للامه و ادلّه الرّهن تدلّ على مجرّد جواز البيع على الرّاهن و قطع سلطنته و لا منافاه بينهما اذ جواز البيع على المالك لا يوجب جوازه على غيره الّذى له حقّ فيه و يدفع أمّا الاوّل بأنّ المسلّم هو رفع دليل المنع في الاستيلاء سلطنه المالك حين الاستيلاء و سلطنه المرتهن على البيع ليس متفرّعا على ذلك بل هي فرع سلطنته الثّابته قبل الاستيلاء و اما الثّاني فبما عرفت من منع دليل يعمّ غير المالك و الحكومه مبّنيه على ثبوت دليل يكون ناظرا الى غير المالك من ذوى الحقوق و اما الثّالث فبانّ دعوى كون الاستيلاء يوجب حقّا يمنع عن البيع و اما الرّهن فليس فيه ألّا الحكم بجواز البيع من دون ثبوت حقّ فيه للمرتهن مقرونه بالاعتساف و خاليه عن الانصاف بل الامر بالعكس كما عرفت و لم نجد في اخبار الاستيلاء ما يدلّ على ثبوت حقّ للامه المستولده و الحاصل أنّ الظاهر هو الجواز لأنّ المقام ان كان من باب تراحم الحقيين قدّم حقّ الرّهن لسبقه و ان كان من باب التعارض و هو الظاهر فالترجيح مع دليل الجواز و مع فرض التّكافؤ فالمرجع هو الاستصحاب و جواز البيع للرّهن قد ثبت قبل الاستيلاء و لقد اشار المصنّف ره الى هذا بقوله و لعلّه لعدم الدّليل على بطلان حكم الرّهن السابق بالاستيلاء اللّاحق

قوله (و منها ما اذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقه

انّ النّذر على وجوه الاوّل نذر التّتيجه بمعنى كونها صدقه على وجه الاطلاق و هذا خارج عن محلّ الكلام فانّ بناء على صحّه هذا التّقسيم من النّذر لا اشكال في عدم تأثير العلوق و عدم تحقّق الاستيلاء من النّاذر لخروج المنذور عن ملكه بمجرّد النّذر و لا يجوز له التصرّف فيه مطلقا الثّاني النّذر كذلك معلّقا بحصول شرط او غايه و لم يحصل قبل الوطى ثمّ حصل بعده و الحقّ

عدم تأثير الاستيلاء في المنع لأن انتقال الملك الى المنتقل إليه ليس على وجه الاختيار و إنما هو مستند الى سبب اختياري قبل الاستيلاء خصوصا اذا قلنا بان حصول المعلق عليه كاشف عن حصول الملكيه للفقراء حين التذير نعم بناء على ان حصوله ناقل للمنذور من حينه يحتمل تاثير الاستيلاء و انحلال التذير لصيروره التصديق مرجوحا بالاستيلاء على القول باعتبار الرجحان في متعلق التذير حين العمل لا حين التذير و يحتمل كون استيلاءها كاتلافها فيحصل الحنث و يستقر القيمه جمعا بين حتى أم الولد و حق المنذور له بناء على ثبوت الحق بمجرد التذير و شمول قوله (ع) من اتلف مال الغير لمثله بدعوى كونه مالا حكما و الاوجه بناء على الثقل أيضا تقديم حق المنذور له في العين و اعتبار الرجحان في متعلق التذير حين العمل لا اشكال فيه و لكن الشأن في ان الرجحان حين العمل كان ثابتا في حد ذاته حال التذير لعدم الاستيلاء حينئذ و لا وجه لتأثير الاستيلاء مع تحقق التذير قبله حتى يصير المتعلق مرجوحا و ينحل التذير ثم انه اذا اثر الاستيلاء و قدم على التذير فالوجه هو الاحتمال الأخير من تحقق الحنث و وجوب الكفاره فان مورد انحلال التذير هو ما كان المنذور راجحا فعله ظاهرا حين التذير ثم انكشف كونه مرجوحا في ذاته من دون ان يكون للتذير اختيار في صيرورته مرجوحا كما لو نذرت المرأه صوم يوم الخميس على التعيين فحاضت فيه و اما في الصوره التي كانت المرجوحه باختيار من التذير كما في المقام حيث انه اقدم على وطى الأمه بعد ما نذر كونها صدقه عند حصول الشرط فهي كما لو اتلفها بعد التذير بقتل و نحوه في الضمان و وجوب الكفاره و بالجمله لو قلنا بتأثير العلق في الاستيلاء و لم يقدم جهة التذير فحيث كان الاستيلاء بالاختيار كان حنثا و يستقر القيمه و على الكفاره و استقرار القيمه فهل للمنذور له ابراء ذمه التذير الظاهر ذلك مع فرض ثبوت الحق بالتذير و ان لم يحصل المعلق عليه بعد و انه ليس بمجرد حكم حتى لا يكون قابلا للاسقاط الثالث نذر الفعل بمعنى ان يتصدق بها على وجه الاطلاق فعلى القول بخروجها عن الملك بمجرد ذلك كما حكى عن بعض فهو خارج عن محل الكلام و لا حكم للعلق و ان قلنا بعدم خروجها عن ملكه فان كان المقام من باب التعارض بين ادله وجوب الوفاء بالتذير و ادله منع الاستيلاء قدم وجوب الوفاء بالتذير عملا بالاستصحاب او يرجع الى قاعده السيلطنه فيجوز التصديق و ان كان من باب التراحم ففيه الوجوه الثلاثه المذكوره في المتن و الاوجه و وجوب التصديق لسبق سببه كما مر نظيره الرابع التذير كذلك معلقا على شرط او غايه فوطئها ثم حصل الشرط و حكمه

ما ذكر في الثالث

قوله (و الاخبار المحكيه على المنع و النهى)

كالتبوي المرسل ان الزاهن و المرتهن ممنوعان من التصرف و قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك و غيره مما يستدل به لبطلان الفضولي

[مسأله إذا جنى العبد خطأ صح بيعه على المشهور]

قوله (و الاوفق بالقواعد ان يقال)

لا ريب في هذا كما عرفت و هل يكون لازما بان يكون البيع بنفسه التزاما بالفداء و يكون موجبا لضمان البائع حق المجنى عليه بعد الفراغ من ان نفس الالتزام قبل البيع او بعده ليس بملزم شرعا و لا اثر له لوضوح انه ليس عقدا و لا مؤثرا في الحكم الوضعي فالمقصود ان البيع من المولى هل هو الزام شرعي بالفداء بعد الحكم بتخيره بين دفع العقد للقصاص و الفداء لو جنى خطأ و انه اذا تعدر عليه احدهما تعين عليه الاخر من جهة ان البيع يوجب تعدر دفع العبد للمجنى عليه فيتعين عليه الفداء أم لا بل يكون البيع مترزلا و التخيير للمولى باقيا و الاقوى هو التفصيل بين اللزوم من طرف البائع و عدمه من المجنى عليه اما الاول و هو اللزوم من طرف البائع و تعين الفداء عليه فلو جوب الوفاء و العمومات فيكون من التلف الشرعي و هو كالتلف العقلي و اذا كان تلفا تعدر عليه الدفع فتعين عليه الفداء و ذلك كفسخ من له الخيار في البيع و قد باع من عليه الخيار ما اشتراه فان بيعه يوجب تعدره عن رد العين بعد الفسخ فيجب عليه دفع بدلها فكما ان ثبوت الخيار لا يوجب بطلان بيع من عليه الخيار فكذلك تعلق حق المجنى عليه في المقام لا يوجب ترزلا من طرف البائع و لا يتوهم ثبوت الفرق من جهة ان الخيار متعلق بالعقد و حق المجنى عليه بالعين فان الخيار المتعلق بالعقد مرجعه الى ثبوت حق لذي الخيار في المبيع و لأجل هذا يسترد العين مع بقائها و ليس المقام من قبيل بيع الرهن حيث تقدم ان الاستفادة من الاخبار و طريقه الاصحاب هو منع العقد على الرهن و الوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال من دون مراجعه ذى الحق و ذلك لان الرهن وثيقه لدين المرتهن و مع تعلق حقه بالعين على وجه التعيين لا يكون بيع الرهن من دون اجازته لازما و موجبا لوجوب الفك من مال اخر و اما في المقام فليس حق المجنى عليه متعلقا بالعبد على نحو التعيين و بيع المولى حيث انه مخير بين الدفع و الفداء يكون بحكم الاتلاف و موجبا لتعيين الفداء عليه شرعا و يحتمل ان يكون الامر بالتأمل اشارة الى ذلك و اما الثاني و هو عدم اللزوم من طرف المجنى عليه بمعنى انه لو امتنع المولى عما وجب عليه من الفداء تعيينا فله الخيار في الفسخ فلان مع امتناع المولى من الفداء يكون البيع حينئذ تضييعا لحقه و ضررا عليه و وجوب الوفاء بالبيع لا يقتضى الا رفع يد المولى لا رفع يد غيره ممن له الحق فليبيع في المقام كالتلف بالنسبه الى البائع و به يرتفع

تخيره و يتعين عليه الفداء لا بالنسبه الى المجنى عليه لو امتنع البائع من الفداء و لعل المصنّف طاب ثراه اراد من مجموع كلامه ما ذكرناه من التفصيل فتدبر

[مسأله من شروط العوضين: القدره على التسليم]

قوله (و يضعف بانه ان اريد ان لازم العقد الخ)

توضيح ما افاده قدس سره انه ان اراد من وجوب التسليم الوجوب التكليفي فالدليل عليه ان كان قولهم نهى النبي (ص) عن بيع الغرر و قوله (ع) لا تبع ما ليس عندك فليس هذا وجهها آخر و ان كان غيرهما فنفس العقد لا يدل على ذلك و لم نجد ما يدل عليه الا حرمة التصرف في مال الغير و اقتضاء العقد من باب الدلاله الالتزاميه كما هو ظاهر الاستدلال و هو حسن الا انه لا يدل الا على وجوب التسليم مع التمكن لانه ان اريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا منعنا الملازمه و هو استفاده ان يكون مقدورا او المراد منع كون لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوض الى صاحبه وجوبا مطلقا و ذلك واضح و على اى حال ليس مراد المستدل هذا الشق لوضوح ان الوجوب التكليفي لا يعقل ان يتعلّق بالاعم من المقدور و الممتنع و ان اريد مطلق وجوبه فلا ينافى كونه مشروطا بالتمكن و غرض المصنّف ليس تضعيف الدليل على كل من تقديري الوجوب المطلق و مطلق الوجوب حتى يستشكل بان تقدير الوجوب المطلق باطل لاستحاله التكليف بالمتنع بل الغرض هو ان بناء على إرادته الوجوب التكليفي ليس المتصور من ذلك الا التقدير الثاني و هو لا ينافى اشتراط القدره و ان اراد من وجوب التسليم الوجوب الوضعي بان يكون غرض المستدل شرطيه القدره على التسليم في صحه العقد و انحصار صحه البيع بما يكون البائع قادرا على تسليمه فان اريد ان لازم العقد شرطيه القدره على التسليم مط تمكن منه أم لا و مقتضاه ح بطلان العقد مع عدم التمكن منعنا الملازمه اى اقتضاء العقد ذلك و ان اريد الشرطيه في الجملة فهو لا يقتضى البطلان مع عدم التمكن

قوله (و فى الاعتراض و المعارضه نظر واضح)

اعلم انهما منقولان عن العلامة الطباطبائي قدس سره فى المصاييح و يمكن ان يكون وجه النظر اما فى الاعتراض فبان وجوب التسليم من توابع البيع و لوازمه و مع وجود الدليل او الاصل فى المتبوع لا يجرى الاصل فى اللازم و مقتضى اطلاق ادله البيع هو عدم اشتراطه بالقدره و اذا حكمنا بمقتضى الاطلاق ارتفع الشك فى المسبب و اللازم و كان وجوب التسليم مقيدا و اما فى المعارضه فبعين ما ذكر اذ لا معنى لصدق المعارضه مع ان الشك فى الاوّل مسبب عن الشك فى الثانى و يمكن ان يكون الوجه فى الاعتراض ان اصله الاطلاق و التقييد من احكام اللفظ و هو منتف فى المقام لما عرفت

من عدم دليل خاص غير النبويين على وجوب التسليم والمدعى هو دلالة العقد بالالتزام و في المعارضه ان مع فرض اجراء اصاله عدم تقييد الوجوب لا- يبقى مجال لصاله عدم تقييد البيع فان اطلاق المقيّد حاكم على اطلاق المطلق و ينحصر دفع الاعتراض بمنع اجراء الاصل المذكور و يمكن ان يكون الوجه في الاوّل ان التقييد بالقدره عقليّ و لا يمكن اجراء اصاله العدم بالنسبه إليه اللهم الا ان يراد من وجوب التسليم الحكم الوضعي لا- التكليفي و في الثاني ان تقييد البيع بالقدره اجماعيّ و لا يمكن اجراء اصاله العدم بالنسبه إليه اللهم الا ان يقال ان الكلام مع قطع النظر عن الاجماع

قوله بل منع عدم كون الغرض منه الا الانتفاع)

فان الاغراض غير محصوره و لا يمكن ضبطها

قوله (قال و يظهر الثمره في موضع الشك)

قال في الجواهر و تظهر الثمره في المشكوك فيه فانه بناء على شرطيه القدره يمتنع بيعه بخلافه بناء على مانعيه العجز انتهى

قوله فاننا اذا شككنا في تحقّق القدره و العجز)

و الاصلان جاريان و ان قلنا ان الشرط هو العلم بالقدره و المانع هو العلم بالعجز و ذلك لقيام الأمارات و الاصول مقام القطع الموضوعي المأخوذ على وجه الطريقيه

قوله (فاللزام التمسك بعمومات الصحه

اما في الشك الحكمي و هو الشك في ان الخارج من عمومات الصحه هو العجز المستمرّ او العجز في الجملة فواضح و اما في الثاني و هو الشك في ان المراد بالعجز ما يعمّ التعسير أم خصوص التّعذر الذي هو من الشك المفهومي و عبّر عنه بغير الموضوعي و الحكمي فمن حيث ان المخصّص المنفصل لا يسرى اجماله الى العام فيرجع إليه

قوله (و الحاصل ان التردد بين شرطيه الشئ ع الخ)

اجاب بان العجز امر عدمي فكيف يكون مانعا و لو سلم فلا ثمره في التردد بين كون القدره شرطا او العجز مانعا لان في صوره الشك الموضوعي فمع سبق القدره فالاصل بقائها و لك ان تقول بناء على المانعيه الاصل عدم تحقّق العجز و مع سبق عدمها فالاصل عدمها و لك ان تقول بناء على المانعيه الاصل بقاء العجز و مع الشك و عدم العلم بالحاله السابقه يجب الفحص او الاحتياط و ان اراد صاحب الجواهر ما قد كان يتخيّل سابقا من اولويّه البراءه في الموانع من جهه اصاله العدم حيث كانوا يقولون في كثير من المسائل ان الشئ ع الفلاني ان كان مانعا يدفع بالاصل و ان كان شرطا فلا بد من احرازه فهذا بعيد عن فطنته فان اصاله عدم وجود المانع من دون رجوع الى الاستصحاب لا وجه لها و لم نقف على ما يدل على اعتبارها ثم انه يحتمل ان يكون كلام الجواهر مبتيا على كون العجز ضدًا وجوديًا للقدره و ان لم يكونا كالعداله و الفسق من حيث ثبوت الواسطه او كون الشرط

هو العلم بالقدره لا- نفسها و المانع على تقدير المانع هو العلم بالعجز و تظهر الثمره ح فى صوره الشك من دون علم بالحاله السابقيه فانه يحكم بالطلاق بناء على الشرطيه لعدم احراز الشرط و هو العلم بالقدره و بالصحة بناء على المانع لعدم احراز المانع و هو العلم بالعجز فتدبر

قوله (و من هنا يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك)

ان اراد صوره بيعه لنفسه من دون اعتبار لحوق الاجازه من المالك فهذا عند العرف ليس ببيع اصلا و يكون بطلانه عندهم من هذه الجبهه لا انه بيع غررى و ان اراد صوره لحوق الاجازه من المالك فليس فيه غرر عند العرف لان العقد مع الاجازه لا خطر فيه و بدونها لا يفيد شيئا

قوله (لم يظهر الا من الفاضل القطيفي)

قد يتوهم ان التفضيل فى كلامه بين علم المشتري بعدم قدره البائع على التسليم و صحه البيع ح و جهله فعدمها معللا بان القدره عليه من مصالح المشتري مبنى على انه جعل حق تسلّم المبيع للمشتري و حق تسلّم الثمن للبائع امرا مجعولا و حيث ان الحق قابل للاسقاط فالمشتري يكون مسقطا لحقه فى صوره العلم و رضاه و يجب بان عدم الغرر و القدره على التسليم شرط تعيدى و التسلم منتزع من وجوب التسليم على كل منهما لا انه حق صرف مجعول بنفسه حتى يسقط برضاه و علمه لكن الانصاف ان مبنى التفصيل هو ما يشير إليه المصنف من جعل الغرر فى النبوى بمعنى الخديعه و هو منتف مع العلم

قوله (و منه يعلم أيضا أنه لو لم يقدر احدهما على التحصيل)

و اشكال بعض المحشيين بانه لا بد ح من جعل الحصول فى يد المشتري شرطا لا القدره بما هى و حيث انه يوجب كون القبض شرطا فى جميع اصناف البيع مع انه ليس بشرط الا فى الصّرف و السلف مع لزوم كونه شرطا متأخرا لوضوح ان العقد مع القدره على التسليم مؤثر من حين صدوره فلو ابدلت القدره بالحصول فى اليد لزم كونه شرطا متأخرا و هو لا يخلو عن محذور فلا بد من جعل العلم بحصوله فى اليد او الوثوق به شرطا و هو مقارن للعقد و لازمه انه لو كان البائع قادرا على التسليم لكنه علم المشتري بامتناع البائع بعد العقد عن تسليم المبيع ان لا ينفذ البيع و هو أيضا مشكل مندفع بان مع الوثوق بالحصول فى اليد يكون الشرط و هو القدره على التسليم فى زمان الاستحقاق حاصلًا و ستطلع على ان الشرط هى القدره المعلومه و المعبر هو الوثوق و كون القبض شرطا فى صحه البيع اجنبى عن وجه الكلام

قوله (و هل يكفى قدره الموكل الظاهر نعم مع علم المشتري)

وجه التقييد بعلم المشتري بقدره الموكل فى صوره علمه بعجز العاقد مع ان الكلام فيما لو كان و كيلا- فى البيع و لوازمه هو تصحيح الالتزام العقدى من طرف المشتري فاذا اعتقد قدره الوكيل لا يشترط

علمه بقدره الموكل و ان كان الوكيل عاجزا و الموكل قادرا فى الواقع و أما اذا اعتقد عجز الوكيل فيشترط علمه بقدره الموكل و بالجمله لَمَّا كان مناط اشتراط قدره على التسليم هو تسلّم المشتري و حصول المال فى يده كان قدره كل من الوكيل او الموكل كافيا فى صحه البيع و لكن اذا اعتقد المشتري عجز العاقد و لم يعلم بقدره الموكل كيف يصدر منه الانشاء

قوله على وجه التبعية للمبيع باشتراط)

هذا بناء على صحه الشرط المجهول كما هو الاقرب و اما بناء على لزوم ان لا يكون الشرط مجهولا بناء على ان المنفى مطلق الغرر حتى فى غير البيع مضافا الى ان جهاله الشرط يوجب الغرر فى البيع لان الشرط فى الحقيقه كالجزم من العوضين و له قسط من احدهما فان التراضى على المعاوضه وقع منوطا به فلا يصح و لكن سيجىء الكلام عليه

قوله و أيضا الظاهر اعتبار كون الضميمة)

الظاهر من الرويتين اعتبار الشرطين معا و كما ان الظاهر منهما اعتبار كون الضميمة مما يصح بيعها فكذلك الظاهر اعتبار صحه بيعها منفردة و ذلك لان الضميمة ان كانت مما يتعدّر تسليمه فضمّ ما كان كذلك الى مثله لا يوجب الصحه مضافا الى ظهور الاشاره الواقعه فى الرويتين فى ذلك و ان كانت مما لا يتمّول كجته من حنطه فلا يصح اطلاق الشراء عليه الواقع فى الرويتين مضافا الى تصريح الموثقه بانه ان لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشترى معه و يظهر من هذا ان على فرض عدم الظفر بالآبق يكون الثمن بإزاء الضميمة و ما لا يتمّول غير قابل لذلك و توهم وقوع التقابل ح بين الثمن و ما لا يتمّول بحكم الشارع قهرا كما ترى

قوله (لو بقى على اباقه و صار فى حكم التالف لم يرجع)

اعلم ان الاحتمالات الصّيححه فى قوله (ع) فان لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشترى معه لا تخلو عن اثنين الاول ان يكون المراد لزوم البيع و الكنايه عن عدم ضمان البائع للعبد و عدم استرجاع شىء من الثمن من اجل عدم قدره عليه فيخصّص بالموثقه قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و الظاهر ان بيع الآبق و الضميمة معا بإزاء الثمن هو كونهما معا فى قبالة الثمن منجزا و لا يخرج العبد عن ملك المشتري بعدم قدره عليه و يصح عتقه منه فانه ملكه بنفس العقد و ما ورد فى الموثقه من ان مع عدم قدره كان الثمن بإزاء الضميمة بيان لحكمه جعل الضميمة و ان الثمن لا يذهب هدر الا انه ينقلب العقد الواقع على المجموع الى المقابله بين الضميمة و الثمن و هذا هو مختار المصنّف الثانى ان يكون المراد وقوع البيع و المعاوضه على المجموع مراعاة بحصول الآبق فى يده و لو لم يقدر عليه وقعت المعاوضه

على الضميمة و الثمن و الظاهر الاول و حاصله انتقال الآبق الى المشتري فان قدر عليه يوزع الثمن عليه و على الضميمة و الآ فلا توزيع و لا يرجع الى البائع بشىء قولكم ان لازم صحه البيع على المجموع و لزومه هو رجوع المشتري الى البائع مع عدم قدره على العبد فيما يقابله لان التوزيع مع صحه البيع الواقع عقلي مع ان النص و الاجماع قائمان على عدم التوزيع و عدم الرجوع على البائع بما يقابله فلا محيص الا بإرادته المعنى الثانى مردود بان صحه البيع و لزومه يقتضى كون العبد ملكا للمشتري حال العقد سواء قدر عليه أم لا غاية الامر ان قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه الخ يقتضى الرجوع مع اليأس الى البائع و الموثقه مخصيه لها و لا ينفسخ العقد حتى يقال ان التوزيع عقلي غير قابل للتخصيص فتدبر

[مسأله من شروط العوضين: العلم بقدر المثلن]

قوله (و كيف كان ففي مجموع ما ذكر من الاخبار و ما لم يذكر)

فان قلت ان مقتضى بعض الاخبار ميا ذكر و ما لم يذكر اشتراط معلوميه الثمن و المثلن و مقتضى بعضها مانعيه الجهل و يختلف الحكم فى صوره الشك بناء على الشرطييه و المانعيه فان اللمازم على الاولى الحكم بالبطلان لوضوح ان الشك فى الشرط يقتضى الشك فى المشروط و المرجح هو اصاله الفساد و على الثانيه الحكم بالصحه لجريان اصاله عدم المانع قلت ان الفرق المذكور انما يتجه فى مقام يكون الشرط او المانع كلاهما وجوديا كما انهما لو فرضا عدميين اختلف الحكم فى صوره الشك أيضا و لكن على العكس من سابقه فان اللمازم ح على الاولى الصحه و على الثانيه البطلان لاحراز كل من الشرط او المانع بالاصل و أميا اذا كان احدهما وجوديا و الاخر عدميا فلا يختلف الحكم فى صوره الشك فانه اذا كان الشرط وجوديا بخلاف المانع كما فى المقام فان الجهل بسيطا كان او مركبا عباره عن عدم العلم و الادراك كان اللمازم الحكم بالبطلان سواء كان العلم شرطا او الجهل مانعا و لعل هذا هو السر فى عدم تعرض احد من الاصحاب لذلك و ان كان الامر بالعكس حكم بالصحه مط

قوله (ثم ان ظاهر اطلاق جميع ما ذكر ان الحكم ليس منوطا بالغرر الشخصى)

اعلم ان الحكم اذا علق على عنوان يكون ذلك العنوان موضوعا للحكم و يدور الحكم مداره فيكون عله كنفى الضرر فانه ينفى كل حكم ثابت للموضوعات بعناوينها الاولى و كذلك نفى الغرر بالنسبه الى اصل البيع للنبوى المتقدم و أما اذا علق الحكم على عنوان آخر غير الضرر و الغرر و علل ثبوته باحدهما يكون الضرر و الغرر حكمه لا عله و فى المقام قد عرفت ورود الاخبار بوجود اعتبار الكيل و الوزن فيما يقدر بهما و لكنه نعلم ان المستفاد من ادله اعتبارهما فيما يقدر

بهما هو رفع الغرر و كذا الكلام فى الذرع و العدد فهو الاصل فى هذا الاعتبار و لا محاله يكون نفي الغرر نوعيًا و يكون الحكم باعتبار احدها ثابتا و لو لم يكن غررا شخصيًا و المتيقن من الاخبار الدالّة على اعتبار الكيل و الوزن هو ما كان البيع بدون التقدير باحدهما مجازفه فيختصّ بما لم يحرز مقدار مألّيته ألبا بالكيل او الوزن مثلا و من هنا تعلم صحّحه البيع فيما لو باع مقدارا من الطّعام بما يقابله فى الميزان من جنسه او غيره و فيما كان للمتبايعين حدس قوىّ بالمقدار و فيما كان المبيع قليلا لم يتعارف الوزن لمثله كما لو دفع فلسا و اراد دهنا و فيما كان لكثرتة لم يكن الوزن فيه متعارفا كزبره الحديد و يرتفع الغرر بالمشاهدة و تعلم أيضا عدم اعتبار العلم بوزن المسكوكات قطعا فأنّه و ان لم يعلم مقدارها من حيث الوزن و لكنّها لما كانت عند وقوعها ثمنا كالمعدود لم يكن البيع مجازفه

[مسأله التقدير بغير ما يتعارف التقدير به]

قوله (لو وقعت معامله الموزون بعنوان معلوم عند احد المتبايعين)

الظاهر أنّه لا اشكال فى صحّحه البيع كذلك فأنّه و ان لم يعلم احدهما بمقدار الوزن ألبا أنّه منضبط فى الواقع عند اهل عرفه فلا غرر و لا- خطر فى مثله و ليس مجازفه قطعا بل الغالب فى المعاملات الواقعة بين اهل عرف واحد يكون كذلك فانّ كثيرا من أهل العراق أيضا لا يعرفون مقدار الحقه و الزطل و الوزن و هكذا عند غيرهم نعم الوزن بصخره مجهوله المقدار رأسا او الكيل بكيل كذلك غير متعارف بحيث يكون مشيرا الى ميزان مضبوط فى الواقع من دون ان يكون معروفا عند اهل عرفه يكون جزافا و غررا

قوله (و اما الوزن فالظاهر كفايته)

اعلم انّ مألّيه الاموال و الاغراض المتعلّقه بها تختلف بحسب المقدار و الكيفيه و الكميّه و قد تختصّ مقدار مألّيتها بالعدد و يكون هو المناط فيها و الاغراض كما تتعلّق بالاموال من حيث كفيّتها خفّه و ثقلا و يكون المناط ح هو الوزن و تتعلّق بها من حيث الشّعه و القطر و يكون المناط ح هو الكيل فكذلك قد تتعلّق بها من حيث كميّتها متّصله و منفصله و لا بدّ ح من معرفه الكميّه المتّصله بالتقدير بالذراع و من معرفه الكميّه المنفصله بالتقدير بالعدد و كما لا يكفى الكيل فيها اصاله فكذا لا يكفى الوزن فيها كذلك ألبا اذا كان طريقا الى ما هو المناط فلا وجه لكفايه الوزن فى المعدود اصاله و ممّا ذكرنا تعلم أيضا منع كون الوزن هو الاصل فى التقدير مط و تعلم أيضا عدم جواز بيع كلّ من الموزون و المكيل و المعدود بغير ما اعتيد فيه من الاختبار و لو فى حال التعدّر او التعسّر ألبا اذا جعل دليلا على التقدير المعبر

فيه بان يستكشف من الكيل وزن الموزون و بالعكس و هكذا و لو تعذر التقدير بما اعتيد فيه و لم يكن الاخر دليلا عليه فلا بد ح من صلح او هبه او غير ذلك مما لا يشترط فيه المعلوميه

قوله (و اما ثالثا فلانه يظهر من جماعه)

توضيحه انهم ذكروا ان من شرط الرّبا كون الكيل او الوزن شرطا في صحّه بيعه و لم يقيّدوا بكونهما شرطا في صحّه بيعه في عصره (ص) و بناء على عدم التّلازم بين المسألتين و انّ التّفسير المذكور في باب الرّبا لا يكون تفسيرا لما يشترط في صحّه بيعه الكيل او الوزن لو كان في زماننا شىء غير مكيل صحّ بيعه بدونه و لو كان مكيلا في عهده (ص) و لازمه جواز الرّبا فيه مع أنّه خلاف الاجماع فانهم اطبقوا على انّ الشىء اذا كان مكيلا- في عهده (ص) حرم فيه الرّبا الى الأبد و الانصاف انّ حكم الاصحاب في باب الرّبا بكون العبره في الكيل و الوزن بعاده عصر النّبي (ص) او بلده و الّا فبعاده البلدان و الّا فبعاده كلّ بلد مختصّ بذلك الباب و كلماتهم في هذا المقام مختلفه و الوجوه الثلاثه لا دلالة فيها على التعدّى اما الاوّل فالظاهر انّ عبارته ط مختصّ بالميزان المذكور للرّبا و غرضه انّ تشخيص المماثلة المعبره فيها لا يكون الّا بالكيل و الوزن المعتادين في عهده (ص) و ليس الكلام مسوقا الى شرائط صحّه البيع و لا مشيرا إليه و ذيل كلامه و ان كان عامّا بظاهره و شاملا لحكم البيع أيضا الّا أنّه خلاف سياق الكلام و بالتأمّل يعلم انّ غرضه تحديد البيع في خصوص المتماثلين و نحوه عبارته التذكّره و اما الثّاني فلان اتّحاد الموضوع مفهومًا في كلتا المسألتين لا يفيد شيئا اذا لم يكن كلامهم في باب الرّبا ظاهرا في تعيين المصداق لكلتا المسألتين فانّ تعيين مصداق خاصّ من المفهوم موضوعا للرّبا من دون إشاره الى كونه مصداقا أيضا في صحّه البيع لا يلازم بوجه من الوجوه كونه مصداقا له أيضا و ليس في هذا اهمال و لا اغراء بالجهل فانّ مقتضى القاعده هو الأخذ بمفهوم المكيل و الموزون في المسألتين لكن لما قام الاجماع في مسئلة الرّبا على تعيين الموضوع في مصداق خاصّ اشاروا إليه في بابيه و حيث لم يكن وجه لاجراج الموضوع عن مفهومه في مسئلة شروط العوضين ابقوه على وضوحه فما يقال انّ موضوع المكيل و الموزون لا خفاء فيه و لو كان المفهوم منهما خفيا كان ما ذكره ضابطا في كلتا المسألتين هو الصّواب الّذى لا محيص عنه و اما الثّالث و هو دعوى تلازم المسألتين فيبنتى على مقدّمين الاولى انّ ما كان ربويا في عصر الشّارع فهو ربوي الى الابد بالاجماع و الثّانيه انهم اشترطوا في الرّبا ان يكون الكيل و الوزن شرطا في صحّه بيعه و بضمّ المقدّمين يثبت الملازمه بين كون الشىء مكيلا او موزونا في عصره و كونه كذلك في الاعصار اللاحقه و انّ ما كان يباع

فى عصره جزافا يصح بيعه كذلك الى الأبد و ان تعارف وزنه و لكن ان تقول بهيئه الشكل الأول كل ما يكون مكيلا او موزونا فى عصره يجرى فيه الرّبا الى الابد و كل ما يجرى فيه الرّبا الى الابد يشترط ان يباع بالكيل او الوزن و التّتيجه انّ كل ما كان مكيلا- او موزونا فى عصره يشترط ان يباع بهما و فيه أولا- أنّه يمكن منع المقدّمه الاولى بانّ ادلّه حرمه الرّبا وارده على طريق القضيه الحقيقيه و قد جعل الموضوع فيها المكيل و الموزون و الحكم يدور مدار عنوانه فى اى عصر كان و لا يستلزم النسخ اصلا فانّه رفع الحكم عن موضوعه لا تبدّله بتبدّله و ثانيا أنّه لا مانع من تخصيص الكبرى المستفاد من الادلّه و هو انّ كلّما يصح بيعه بدون الكيل و الوزن يجوز فيه الرّبا بما دلّ من الاجماع على كفايه الكيل و الوزن فى عصر الشّارع فى حرمه الرّبا ابدا فبق انّ مقتضى مجموع الادلّه و الاجماع انّ كلّما يصح بيعه الخ الّا ما كان مكيلا او موزونا فى عصره و ثالثا انّ مقتضى التلازم المذكور هو التّتيجه المذكوره و هى انّ كل ما كان مكيلا او موزونا فى عصره يشترط ان يباع بهما و هذا لا يجدى فى دعوى و كل ما لم يكن مكيلا- و لا- موزونا فى عصره يجوز بيعه جزافا و رابعا انّ اشتراطهم فى الرّبا فى معاملته بان يكون الكيل او الوزن شرطا فى صحّه بيعه لا- يدلّ على اعتبارهما فى صحّه البيع مطلقا و لو لم يكن على طريق الرّبا كما لو باع ما كان مكيلا فى عصر الشّارع بغير الكيل و كان العوض ثمنا او من غير جنسه و لعمري انّ هذا واضح فانّ الشّروط لا يكون الّا من جهه عدم التفاضل و التخلّص من الرّبا و اين هذا من اعتبار الكيل و الوزن فى صحّه بيع ما لا يكون مقدّرا بهما

قوله (عندنا مع عدم الغرر قطعا)

قيدا للعدم

قوله (أنّه لا دليل ح على اعتبار الكيل)

لأنّ الشّك ح يكون من الشّك فى تخصيص زائد على ما علم تخصيص العمومات به و لا علم اجمالا بوجود اجناس مقدّره بالكيل فى عصره غير ما ثبت تقديره به كذلك حتّى يلزم التّقدير فى المشكوك من هذه الجهه

قوله (و الحاصل انّ الاستدلال باخبار المسأله

هذا هو الصّواب الذى لا محيص عنه و ليست الاخبار وارده على نحو القضايا الخارجيه حتّى يكون المراد من المكيل و الموزون فيها المصداق الفعلى المعنون بهما فى زمان المتكلم

قوله (فى السّجده من الامر الوارد بهما)

متعلّق باحتمال إرادته الكيل و الوزن

قوله و ابعده شىء فى المقام ما ذكره فى مع صد

فانّ فيه أولا ما عرفت من انّ الكلام ليس فى مفهوم المكيل و الموزون و ثانيا انّ الاستصحاب لا يعارض العمومات الدالّه على

ترخيص الشارع لبيع غير المقدّر جزافا فما ثبت كونه مكيلا او موزونا في عصر الشارع ثم تعارف بيعه

جزافا فقد تبدل الموضوع من المكييل الى الجزاف و شمله حكمه مضافا الى ان الاستصحاب لا مجرى له من جهة تغيير الموضوع المعنون به الحكم و لم يكن الموضوع ذوات الاجناس و المكييله و الجزافيه من الاوصاف التي لا يقدر تغييرها في الاستصحاب و ثالثا ما ذكره لا يدل على الترتيب المذكور في كلامهم

قوله (و بالجمله فاتمام المسائل الثلاث بالاخبار مشكل)

و الذي ينبغي ان يقال ان المقدر بالكيل او الوزن او العدد ملحوظا بزمان النبي (ص) و الائمه عليهم السلام و ما بعده من الازمنه على اقسام الاول ما علم كونه مقدرا باحدها معينا في كل من الزمانين الثاني ما علم كونه كذلك في زمانهم عليهم السلام دون ازماننا اما لخروجه الى احد التقديرين الآخرين و اما لخروجه لابتداله الى الجزاف الثالث عكس الثاني و هو ما علم بكونه جزافا في زمانهم عليهم السلام دون ازماننا الرابع ما جهل حاله راسا في زمانهم (ع) و يكون في الازمنه المتأخره مكيلا او موزونا او معدودا الخامس ما علم كونه مقدرا باحد الثلاثة في زمانهم عليهم السلام و جهل تعيينه فيما بعد اما الاول فلا اشكال في حكمه لشمول الادله له مطلقا سواء كان المراد بالمكييل مثلا ما كان كذلك في عصرهم عليهم السلام او كان المراد به ما تعارف به التقدير لتحقق الموضوع على اى حال و اختلاف المكييل كالموازن لا يوجب اختلافا في الحكم و اما الثاني فالظاهر ان المدار على التسميه ففي كل زمان عد الجنس مكيلا لحقه حكمه و كذا الموزون و المعدود فيما يعد جزافا لحقه حكمه لما علمت من ان الاستفادة من ظاهر الادله هو تعليق الحكم بعنوان ينطبق على بعض الاجناس في زمان دون زمان و لم يوجد فيها ما يكون الحكم فيه متعلقا بخصوصيات الاجناس فمتى تحقق العنوان الماخوذ موضوعا لحقه حكمه و متى خرج الشئ عن عنوان الحكم اتبع في حكمه عنوانه الفعلي الصادق عليه كما هو الشأن في جميع الاحكام المتعلقة بعناوينها الخاصه مثل ان الحاضر حكمه كذا و المسافر حكمه كذا و الآبق حكمه كذا و المذكى حكمه كذا و بول ما يؤكل لحمه طاهر و ما لا يؤكل نجس فان في جميع ذلك و ما شابهها يدور الحكم مدار وجود الوصف و ان لم يتصف الشئ به حال النطق و على هذا يدور فهم العرف في مقام الافادات و استفاده المرادات و يؤيد ما ذكرنا ان الاصحاب الا القليل منهم صرحوا في باب شرائط العوضين بانه لا يجوز بيع المكييل الا بالكيل و كذا في الموزون و المعدود و لم يتبها على ان المراد ما كان كذلك في عصر الشارع هذا مع ان عمده انواع المكييل في عصر الشارع و الائمه هي الحنطه و الشعير و قد صارتا في الاعصار اللاحقه من الموزون و هذا مما يوجب التنبيه له على الاصحاب و قد اكتفوا بذكر العنوان الماخوذ موضوعا فقط هذا مضافا الى ما في صحيحه الحلبي و ما كان من طعام سميت فيه كيلا لا يصلح مجازفه بالمعنى

المتقدم ولا- ينافيه ما فى ذيل الزوايه هذا ممّا يكره من بيع الطعام و ذلك لأنّ التعبير به ليس من اجل خصوصيه فيه من حيث كونه طعاما بل الظاهر أنّ التعبير بالطعام أنّما هو من اجل كونه فى ذلك العصر من اظهر انواع المكيل على أنّ جعل المدار على زمان الشارع ربما يوجب الغرر كما اذا كان الشئ ء يباع معدودا فى عصره و صار فى زماننا موزونا فأنّه لا يرفع الجهاله و الغرر ح الّا بالوزن و كيف يصحّ اعتبار التقدير فيه بالعدّ و الاجماع المدعى لو سلّم فهو مختصّ بباب الرّبا كما مرّ

فان قلت اذا سلّم الاجماع على كون المدار فى المكيّيه و الموزونيه هو عصر النّبى (ص) يكون ذلك قرينه على فهم الاصحاب من الادله كون الاجناس الّتى كانت مكيّله او موزونه مثلا فى عصره (ص) تكون هى الموضوعات للاحكام الثابته لها من حيث أنّها تلك الاجناس لا من حيث كونها مكيّله او موزونه و العبره أنّما هى بالمسمّى دون الاسم و التفسير المذكور من المجمعين و ان وقع فى باب الرّبا الّا أنّ المفسّر به عنوان اخذ موضوعا فى المسألتين و لو كان التفسير مخصوصا بباب الرّبا لزم التنبيه عليه و الّا يكون اغراء بالجهل و بالجمله فالاحتمالات أربعه الاول الاخذ بالاجماع على وجه الاطلاق الثّانى طرحه كذلك الثّالث التفصيل بين خصوص الحنطه و الشّعير فيؤخذ به فيهما فى المسألتين و غيرهما من الاجناس فيطرح فيه و يؤخذ بالعنوان المأخوذ فى المسألتين الرّابع التفصيل بين الرّبا و غيره فيؤخذ بالاجماع فيه دون غيره و لا محيص الّا الاخذ بالوجه الاول

قلت قد مضى شطر من الكلام فى ذلك و تعيين مصداق خاصّ من المفهوم موضوعا للرّبا أنّما يكون قرينه لفهمهم ذلك فى خصوص ما هو محلّ كلامهم و لا وجه للتعدي عنه و ليس فيه اغراء اصلا بل مقتضى القاعده فى غيره هو لزوم الاخذ بالمفاهيم المبيّيه و العنوان المأخوذ و أنّما خرج عنه فى باب الرّبا لفهم الاصحاب ذلك فيقتصر على مورده خصوصا مع منافات التعدي لادله نفى الغرر و قاعده اشتراط المعلوميه اذ ربما يكون الشئ ء مكيّلا فى زمان الشارع (ص) و معدودا فى زماننا و باعتبار الكيل و اسقاط العدّ يلزم الغرر ثمّ لا- ينبغى ترك الاحتياط بموافقته ما نسب الى المشهور ما لم يكن غرريّا و اما الثّالث فالاقرب أنّه لا يباع الّا بالتقدير المعبر فيه و لا- يجوز بيعه جزافا للغرر و لا- يمكن جعل ترخيص الشارع لبيعه جزافا تخصيصا لادله نفى الغرر لاحتمال كون ذلك الشئ ء من المبتدلات فى زمان الشارع او فى العرف السابق بحيث يتحرّز عن الغرر بمشاهدته و قد بلغ عند قوم فى العزّه الى حيث لا- يتسامح فيها و امّا الرّابع فلا- بدّ من التقدير بما هو المتعارف و مع اختلاف البلدان يتبع فى كلّ بلد حكمه و ذلك بناء على المختار من أنّ المدار على العنوان المتعارف فواضح و امّا بناء على أنّ المدار فى صحّه البيع على ملاحظه

العنوان فى عصر الشارح فاللأزم هو الحكم بجواز البيع جزافا لاصاله تأخر الحادث فانّ استقرار العاده على الاعتبار باحد الثلاثه امر حادث و الاصل تأخره و العدم الازلى كاف فى الاستصحاب و به يندفع احتمال كونه فى عصر الشارح معتبرا بالتقدير بغير ما يقدر به الآن و الاستصحاب القهقرائى و ان كان حاكما عليه ألما أنه لا- دليل على اعتباره لأنّ مرجعه الى اصاله عدم الثقل و المتيقن هو اعتباره فى باب الألفاظ دون غيرها فاصاله عدم التقدير جار بلا معارض و مقتضاه جواز البيع جزافا و هو كما ترى و اما الخامس فعلى القول بانّ المدار على التسميه فى كل زمان كما هو المختار فلا اشكال و لكن لا ينبغى ترك الاحتياط باختيار ما هو ابعد عن الغرر و على القول الاخر فمن ذهب الى جواز اعتبار كل من المكيل و المعدود بالوزن لأنه الاصل فى الاعتبار و اعتبار الكيل للمساهله و العدّ للمسامحه و اغتفار التفاوت اليسير فيلتزم فى المقام بالوزن و من ذهب الى عدم جواز اعتبار المكيل بالوزن فيشكل الأمر عنده ثم أنك قد علمت أنّ المدار فى التقدير باحد الثلاثه أنّما هو على المتعارف و مع اختلاف البلدان فى التقدير باحدها يتبع فى كل بلد حكمه و العبره فى المكيل و الموزون بالكيل و الوزن المعتادين فى بلد المعامله سواء وافقه غيره من البلاد أم لا فكما أنّ العبره فى أصل مكيلته الشىء او موزونيته فى صوره اختلاف البلدان بان كان الشىء مكىلا او موزونا فى بلد دون غيره على بلد المعامله فكذلك فى صوره اتفاق البلدان فى اصل المكيلته مثلا و اختلافهما فى الكيل يكون العبره بالكيل المعتاد فى ذلك البلد و الدليل على ذلك بعد اصاله الفساد بمعنى عدم حصول الثقل و الانتقال الّا بذلك و كذا عدم رفع الغرر الّا به جمله من الأخبار ففى بعضها لا يصلح للرجل ان يبيع بصاع غير صاع المصر و فى بعضها لا يحلّ بدل لا يصلح و هل البيع بصاع البلد امر تعيّدى فلا- يجوز بغيره أم لا- الاقوى هو الثانى فلو تعاقد الرجلان فى غير بلدهما جاز لها البيع بكيل بلدهما او بلد احدهما او الوزن كذلك و لو كان للبلد صاعان تخيرا فى المعامله بكلّ منهما و لو على القول بالتعبد و لكن مع التعيين و مع الاطلاق فالمتّجه هو البطلان للجهاله الّا مع هجر احدهما و قد يهجر بحيث يخرج عن كونه صاعا فيبطل المعامله به و لو لم يبلغ الى حدّ الهجر و لكنّ الاطلاق منصرف الى غيره تخيرا أيضا و لا يلزم التعيين فى هذه الصوره لانصراف الاطلاق الى ما كثر التقدير به و هذا كله مع علمهما بالمقدار و لو فى الجملة بان علما باشتهار هذا الكيل او الوزن فى البلد و ان لم يعلما مقدارهما و امّا مع جهلهما رأسا فالبيع باطل للغرر و الجهاله و لو كان شىء يباع فى بلد مقدرا باحد الثلاثه و فى اخر جزافا فلكلّ بلد حكم نفسه كما مرّ و لو كان احد المتعاملين من بلد التقدير و الاخر من بلد الجزاف

ففيه الوجوه الآتية من العبره ببلد فيه وجود المبيع او ببلد العقد او المتعاقدين و الاحوط التخلّص بايقاع المعامله على وجه لا يفسدها الجهاله

قوله (نعم اختلفوا فيما اذا كان البلاد مختلفه)

و الاقوال فى ذلك من حيث الرّبا ثلاثه احدها ما عليه المشهور و هو أنّ لكلّ بلد حكمه ثانيها ما عن جماعه منهم الشّيخ و سلّار و فخر المحقّقين رحمهم الله و هو كفايه كون الشّيء مكىلا فى بعض البلاد فى حرمة الرّبا مطلقا حتّى فى بلد يباع فيه الشّيء جزافا ثالثها ما عن المفيد ره و هو أنّ البلاد المختلفه ان تساوت اجناسها فى الكيل و الوزن و عدمهما غلب جانب الحرمة و الّا فالعبره بالاغلب كىلا و جزافا و احتمال فى الجواهر جواز الرّبا عند الاختلاف معلّلا بأنّ صورته اختلاف البلدان خارجه عن اطلاق الخطابين القاضيين بأنّ كلّ ما كان مكىلا فى بلد يحرم فيه الرّبا و كلّ ما كان جزافا فى بلد يجوز فيه الرّبا اذ دخوله فيهما يوجب التناقض فالمرجع بعد الخروج عمومات صحّه البيع و الاصول الحاكمه بجواز الرّبا

قوله (و فى شرح القواعد لبعض الاساطين)

ان اراد بالاختلاف فى عبارته اختلاف البلدين فى الكيل او الوزن ففيه ما مرّ من أنّ البيع بصاع البلد ليس امرا تعبديا و يتخّير المتعاقدان بين صاع البلد و غيره مع كونهما فى البلد فكيف لو تعاقدوا فى الصّحراء و فى خارج البلد و الوجوه المذكوره لا يعاب بها و لعلّها مبنيه منه على التعيّد فى البيع بصاع البلد و ان اراد اختلاف البلدين باعتبار التقدير فى بلد و الجزاف فى اخر كما يشهد له احتمالاه ترجيح ذى الاختبار على ذى الجزاف و أنّ الاولى التخلّص بصلح او هبه فلاحتمالات و جيهه

قوله (من صلح او هبه بعوض او معاطاه)

بناء على القول بأنّ المعاطاه ليست بيعا و قد سبق فى المتن فى باب المعاطاه أنّ الاقوى اعتبار شروط البيع فيها و ان قلنا بالإباحه لأنّها بيع عرفى و ان لم يفد شرعا الّا الإباحه

مسئله قد اشرنا سابقا الى أنّه يشترط العلم بالثمن جنسا و وصفا و قدرا و كذلك فى المثلث و من المعلوم أنّ اعتبار ذلك أنّما هو فى الكلّى من احدهما و أمّا اذا كان شخصيا فالحاجه الى ذكر الوصف أنّما هو فى غير المشاهد و أمّا فيه فالمشاهده مغنيه عنه بلا كلام و هل يعتبر فى الوصف ان يكون له لفظ ظاهر فيه فى اللّغه او العرف كما صرّحوا به فى باب السّلم و يكون المنشأ جهه الكلّيّه و لا مدخلية للتأجيل مط او فى خصوص المثلث فيعتبر ذكر الوصف كذلك فى كلّ كلّى حالّ او مؤجّل ثمنا كان او مثمنا او هو مختصّ بذلك الباب و يكون المنشأ التأجيل فى خصوص المثلث او يعمّه و النسيه و يكون

المنشأ مطلق التأجيل فلا يعتبر ذكره في الحال وجوه الظاهر هو الاختصاص للعمومات الشاملة لما ذكر فيه الوصف و ان لم يكن بالنحو المذكور وهذا هو الظاهر من تخصيصهم ذلك بالذكر في السلم من دون إشاره الى التعميم و اكتفائهم في غير ذلك الباب بمجرد اعتبار ذكر الوصف فالمتيقن هو رفع اليد عن مقتضى العمومات في خصوص السلم للشهره المحققه التي توجب الوهن في التمسك بالإطلاقات و العمومات في موردها بل لا يبعد تحقق الاجماع عليه و قد علل الاصحاب هناك شرطيه اللفظ الظاهر لغه او عرفا بان يكون ذلك هو المرجع عند التخالف و هذا التعليل لا يجرى في التسيه و الثمن المؤجل و كذا في المثلث الحال و لو كانا كليين نعم لا- بد فيهما من تعيين المبيع او الثمن و هذا لا- يشترط فيه ان يكون بلفظ ظاهر في اللغه او العرف لحصوله باى نحو ارادوا من وجوه التعيين و نحن لا ننكر امكان وقوع التخالف و التنازع بالنسبه الى الثمن و التقدين في التسيه أيضا الا أنه فرد نادر و الحاصل أنه لا وجه لتخصيص العمومات بشرط زائد في الوصف غير نفى الغرر و أما رفع اليد عنها في باب السلم للشهره بل الاجماع و لاجلها يحتمل قويا جعل الشارع ذلك شرطا في خصوصه لكونه مظنه للتسيان و التخالف و موردا لهما غالبا و يكون ذلك حكمه للشرط المذكور و يوهن بذلك شمول العمومات و الاطلاقات له بخصوصه فتدبر

[مسأله لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور]

قوله (و الاقوى بناء على اعتبار التقدير الخ)

هل جواز الاعتماد على اخبار البائع بحسب دلاله غير واحد من الاخبار المتقدمه هو من باب التعبد و يكون تجويز الاعتماد عليه مع بقاء الجهاله تخصيصا لادله نفى الغرر و تنزيلا لاخباره بمنزله الكيل و الوزن و يكون اخباره حجه و ان لم يفد ظنا أم هو من باب كونه طريقا عرفيا للمقدار و يكون كغالب الامارات العرفيه في أنه غير منوط بحصول الظن الفعلى و يكفي حصوله نوعا أم هو طريق عرفي بشرط افاده الظن الفعلى وجوه الاقوى هو الأخير و ذلك لعدم استفاده جعل الطريقيه لاخباره عن الروايات و ظهورها في كون الخبر طريقا عرفيا للمقدار و من الواضح ان الامارات العرفيه مختلفه و بعضها يكون منوطا بحصول الظن الشخصى و فى المقام حيث ان الاعتماد على اخبار البائع انما هو لرفع الغرر و دفع الخطر فالظاهر ان طريقيته يدور مدار الظن الفعلى بل يمكن ان يق ان الجهاله الموجه للغرر فى البيع لا- يرتفع عند العرف بمجرد الظن ما لم يصل الى درجه الاطمينان بحيث يكون احتمال خلافه فى غايه الضعف و يظهر أيضا من ذيل روايه ابى العطار ان المدار على الوثوق و الاطمينان حيث قال (ع) اذا ائتمنتك فلا بأس و المصنف ره و ان اختار ان قول البائع

طريق عرفي لمعرفة المقدار فيما يعتبر تقديره بالكيل او الوزن و لكنّه تردّد في اعتباره لو لم يفد ظنًا و العجب أنّ بعض المحشّين استظهر من عبارته المتن أنّ اخبار البائع عند المصنّف أماره شرعيّه و امضاء لما هو طريق عرفي فاستشكل عليه أنّ بعد اطلاق الاخبار لا- دليل على اشتراط افاده الظنّ قائلًا أنّ مذهب المصنّف كون اعتبار جميع الامارات من باب الظنّ النوعي حتّى ادّعى عدم وجود ما يكون اعتباره من باب وصف الظنّ و مع ذلك كيف يقول في المقام أنّ الاقوى بناء على اعتبار التقدير و ان لم يلزم الغرر الفعلي هو الاعتبار و هو كما ترى و على اى حال فقد فصل المصنّف بعد الترديد بين ان يكون اعتبار التقدير من جهه الاخبار و ان يكون من جهه نفى الغرر فعلى الاول لا بدّ من حصول الظنّ الفعلي لآنه القدر المتيقن من اخبار جواز الاعتماد على قول البائع و قد عرفت الاشاره في ذيل روايه ابى العطار بل ظاهر روايه محمّد بن حمران حيث يقول فزعم صاحبه أنّه كاله فصدّقناه و كذا ظاهر قول الرّواى في روايه اخرى اشترى منه بكيله و اصدّقه فقال لا بأس و لكن لا تبعه حتّى تكيله أنّ السّؤال عن الامام (ع) لا- يكون إلّا في صورته حصول الظنّ من قول البائع لمكان اقتران الاخبار بالتصديق و على الثّانى كفى في صحّه معامله ايقاعها مبنيّه على المقدار المخبر به و يندفع الغرر ببناء المتعاملين على ذلك المقدار فإنّ ذلك ليس بادون من بيع العين الغائبه على اوصاف المذكوره في العقد فيقول بعثك هذه الصّبره على أنّها كذا و كذا صاعا اقول الظاهر أنّ مرادهم في هذه المسأله هو ايقاع البيع معتمدا على اخبار البائع بالمقدار من دون التزام و تقييد بالتقدير بعد ذلك بالكيل او الوزن و ان ثبت الخيار لو تبين الخلاف و عليه فيرد على ما افاده أوّلا- أنّ مجرّد بناء المتعاملين على مقدار خاص لا يخرج المبيع عن الجهاله و اخبار البائع لا- يخرج البيع عن كونه جزافا سواء قال هذه الصّبره منّ من الحنطه ثمّ قال بعثك هذه الصّبره أم قال بعثك هذه الصّبره على ان تكون منّا فكما أنّ الاول لا- يخرج عن بيع الموزون جزافا فكذلك الثّانى و لا يقاس على بيع الغائب باوصاف المذكوره لأنّ ذكر الوصف يخرج المبيع عن الجهاله لتحقّق المشاهده بعد ذلك نعم لو كان وقوع معامله مبنيّه على المقدار المخبر به مع الالتزام بالكيل او الوزن بعد ذلك لكان القياس في محلّه و لكنّه خارج عن محلّ الكلام و ثانيا لو سلّم أنّ البناء على المقدار المخبر به يخرج معامله عن الغرر فليس المدرك للزوم التقدير بالكيل او الوزن احد الامرين على طريق منع الجمع بل الاخبار و نفى الغرر كلاهما دليلان على لزوم التقدير و غايه الفرق بينهما هو الاقتضاء و اللّاقضاء نعم لو كانت الرّوايات قاصره عن

الدّلاله و كان الحكم بلزوم التّفدير فيما يباع مقدّرا مستندا الى خصوص نفى الغرر لكان للتّرديد وجه على فرض تسليم مقتضاه فالاقرب هو اشتراط حصول الظنّ الفعلى بل الاطمينان بقول البائع بحيث يخرج البيع باخباره عن كونه مجازفه و غررا و هذا هو الطّريق العرفى

قوله (و لو تبين الخلاف فاما ان يكون بالنّقيصه الخ)

تبين الخلاف عمّا وقعت عليه المعامله و اخبر به البائع اما بالنّقيصه و اما بالزّياده و على الاوّل ففيه وجهان الاوّل البطلان و الثّانى الصحّح مع الخيار و على الصحّح هل الخيار هو خيار الغبن و التّدليس أم خيار تخلف الوصف أم خيار التّبعض و جوه بل اقوال و لا- بدّ فى المقام من بيان امور الاوّل لا خلاف فى ان تخلف عنوان المبيع مع الواقع فى الجنس و الحقيقه موجب للبطلان كما لو باع عينا بعنوان أنّه عبد فتبين كونها جاريه او باع ثوبا بعنوان أنّه كتان فبان قطنا و اما تخلف الوصف فالمشهور على الصحّح مع الخيار كتخلف وصف الكتابه فى العبد و ذهب جمع فيه الى البطلان مستدلّين عليه بانّ ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع و العقود تابعه للقصد و لذا الترم المتأخرون بفساد المشروط لفساد شرطه و يجاب عنه بثبوت الفرق بين توصيف الكلّى و توصيف الشّخص المعين الخارجى و ما ذكرتم أنّما يجرى فى الوصف المتعلّق بالكلّى فانّ الوصف ينوّعه و يقسّمه فلو باع عبدا كليا موصوفا بالكتابه و اقبض عبدا غير كاتب كان ذلك غير ما وقع عليه العقد و اما المبيع المعين الخارجى فالتوصيف لا ينوّعه نوعين فأنّه مشخّص خارجا و من البديهي عدم انقسامه الى واجد الوصف و فاقده و ما وقع عليه العقد هو نفس ما قصد فالتوصيف و ان كان منشأ لتعلّق القصد و العقد بالمشار إليه الا أنّ ذلك لا يخرج عن كونه مقصودا و البطلان فى صورته تخلف العنوان بحسب الحقيقه و الجنس و ان كان المبيع شخصيا فأنّما هو من اجل انّ مالئيه الشّىء بصورته النوعيّة لا بمادّته المشترکه مع الاموال الاخر و الاغراض النوعيّة فى المعاملات المتعلّقه بالاعيان أنّما تتعلّق بالصّوره فتخلف العنوان يوجب تغيير ما هو المبيع و ما تراضيا عليه بتمام الحقيقه من دون فرق بين جعل العنوان موضوعا كقول البائع بعتك العبد او جعله وصفا كقوله بعتك هذا الذى هو عبد او جعله شرطا كقوله بعتك هذا ان كان عبدا هذا مضافا الى قيام الاجماع على البطلان

فان قلت اذا كان العقد فى تخلف الوصف محكوما بالصحّح و كان الاشاره اقوى من الوصف فالاصل هو اللزوم و ما وجه الخيار قلت انّ نفى الضّرر يرفع اللزوم و وجوب الوفاء الثّابتين بمقتضى ادلّه الاسباب و يثبت الخيار لحكومته عليها الثّانى لا- وجه لاحتمال البطلان فى صورته تبين النّقيصه ضروره انّ بيع عشره امان

من الحنطه و تبين كونها ثمانية ليس من قبيل بيع الثوب على أنه كئان فبان قطنا و بيع عين على أنه عبد فبان جاريه فان الجزء و الكل ليسا مختلفين فى الحقيقه و الجنس و حقيقتهما واحده و قد اختلفا فى المقدار و الاختلاف فى الكم كالاختلاف فى الكيف و لا وجه للبطلان بل يحكم بالصحة و ثبوت الخيار و على تقدير الامضاء اما يقسط شىء من الثمن بإزاء المقدار الفائت لانحلال البيع الى بيوع متعدده بالنسبه الى كل من و يسترد بعد الامضاء مقدار الفائت و اميا يصح البيع بالنسبه الى الجميع كتخلف الوصف الذى لا يوزع الثمن بإزائه و توهم عدم الفرق بين تخلف عنوان المبيع و تخلف مقداره فى الحكم بالبطلان فان كلا منهما من شرائط صحة البيع و كما يحكم بالصحة فى الاول قبل تبين الخلاف بسبب القطع بتحقيق العنوان او لقيام اماره معتبره عليه و يحكم بالبطلان بعد الانكشاف فكذلك فى المقام حيث ان تعيين المقدار شرط فى الصحة و الحكم بها قبل تبين الخلاف لا ينافى البطلان بعده مدفوع بثبوت الفرق الواضح بينهما فان كلا منهما و ان كان من شرائط صحة البيع الا ان تخلف العنوان يوجب البطلان من جهة تخلف نفس المنشأ بالعقد و اختلاف الموجود لما هو المبيع حقيقه بتمامه و اما تخلف المقدار فليس الا من حيث وصف التبعض و كل منهما و ان كان من شرائط الصحة الا ان جهة التخلف فى احدهما هو الغرر فيوجب الخيار و فى الاخر تخلف المنشأ و ما هو مناط المائيه الخاصه من الصوره النوعيه فيوجب البطلان رأسا الثالث اذا ظهر ان مقتضى القاعده هو الصحة و الخيار فالاشكال انما هو على تقدير امضاء المشتري فقد يقال ان المقدار وصف للمبيع المتقدر كالكتابه فى العبد و الوصف لا يقع بإزائه شىء من الثمن و انما يكون وجوده منشأ لزياده قيمه الموصوف به فالخيار يكون بين فسخ العقد و امضاء تمام الثمن و قد يقال ان الاوصاف اذا كانت خارجيه ككتابه العبد و نحوها مما لا يتوقف صحة البيع عليها و لا يوجب وجوده و عدمه سعه و ضيقا فى اجزاء المبيع فالخيار لا يكون الا بالفسخ و امضاء تمام الثمن لان هذه الاوصاف لا يقع بإزائها شىء من الثمن و اما اذا كانت داخلية كمقدار المبيع من كميته المتصله او المنفصله و نحوها من الكيفيات كالحفه و الثقل مما كانت صحة البيع موقوفه على العلم بها و يوجب وجودها و عدمها سعه و ضيقا فى المبيع فالخيار لا يكون الا بالفسخ و امضاء مقدار من الثمن بنسبه الحصه و هو الاظهر لانحلال البيع حقيقه الى بيوع متعدده و الثمن موزع عليها و اذا بيع عشره امانان من الحنطه بعشره دراهم فقد قوبل كل من بدرهم

و اذا تبين النقص فلا محيص الا من نقص الثمن بتلك النسبه على تقدير الامضاء و المقدار الموجود لا مانع من تأثير العقد فيه و له الفسخ لتبعض الصفقه من دون فرق بين جعل عنوان المبيع المقدار الكذائى مشيرا الى العين الخارجيه كما لو قال بعتك عشره امان التى هي هذه الصبره او جعل عنوان المبيع نفس العين الخارجيه مشروطا بكونه كذا مقدار كما لو قال بعتك هذه الصبره مقدره بكونها عشره امان فان المقدار جزء المبيع و اختلاف التعبير لا يغير الواقع و تمام الكلام فى ذلك يأتى إن شاء الله تعالى فى المسأله السابعه من مسائل الشرط الصحيح و اما احتمال كون هذا الخيار من خيار الغبن او التذليس فليس له وجه اصلا الزابع اذا تبين الزيادة ففيه وجوه الاوّل الصحه و كون الزيادة للبائع و الحكم بالخيار للمشتري الثانى الصحه و كون الزيادة للمشتري و الخيار للبائع بين الفسخ و الامضاء بالثمن للمجموع الثالث البطلان رأسا كما عن المبسوط و الاظهر الاوّل فانّ العقد و ان كان واقعا على العين الخارجيه الا أنّها لما كانت ممّا يعتبر فيه المقدار و قد قدر بما اخبر به البائع فى الحقيقه كان المبيع ما تبانيا عليه من المقدار و لذا قلنا بتوزيع الثمن فى صورته تبين التقيصه و قلنا بعدم الفرق بين جعل المبيع المقدار الكذائى مشيرا الى العين الخارجيه او جعله نفس العين الخارجيه موصوفه بكونها عشره امان مثلا و الا فلا اشكال فى إنشاء البيع بنفس العين من دون تقديرها بمقدار خاص باطل فان دلت القرينه على أنّ المراد من المقدار الذى تبانيا عليه هو كونه بشرط لا اى كونه شرطا للبائع من حيث عدم الزيادة و عليه من حيث عدم التقيصه فعند تبين الزيادة ينكشف بطلان البيع و عدم تملك المشتري ما ذكر من المقدار و ان دلت القرينه كما هو الظاهر على أنّ المراد اشتراط بلوغ المبيع بهذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة فالحكم ما ذكرنا من الصحه و كون الزيادة للبائع و لا- وجه لتوهم أنّ فى هذه الصوره يكون الزيادة للمشتري فانّ اللابشرط لا يقتضى ملكيه ما لوحظ بالاضافه إليه بنحو اللابشرط بل يقتضى ملكيه خصوص المقدار الذى تبانيا عليه و لو انكشف الزيادة و اما الخيار فلغيب الشركه و لم يدخل على الرضا بها حيث أنّه اقدم على ان يكون الجميع له فظهر الشركه و كون المبيع غير مفروز و ذلك نقص و عيب عندهم فى المبيع و لا خيار للبائع فانه اضرّ على نفسه و اقدم على مقابله الجميع بالثمن بل ظهور الشركه نفع له فى الحقيقه لا- أنّه ضرر عليه فانه نقص فى قبال الافراز و الاستقلال لا فى قبال عدمها و قد يتخيل منع تحقق اقدام البائع على الضرر فى صورته كونه جاهلا بالزيادة و الانصاف عدم الفرق بين صورتى العلم و الجهل فانه اقدم على

تمليك تمام المبيع من دون شرط على المشتري اصلا بخلاف اقدام المشتري فأنه مشروط ضمنا بعدم الشركه و يوجه الثاني بأن العقد واقع على العين و المقدار وصف للمبيع المتقدّر و الوصف لا يقع بإزائه شىء من الثمن فالتخلف بالزيادة يوجب خيار البائع بين الفسخ و امضاء تمام الثمن و يضعف بما سبق من أنّ الاوصاف الداخليه ليست كالخارجيه و البيع واقع على المتقدّر فلا مقتضى لملكيه المشتري ما زاد عن المقدار المذكور و يوجه الثالث بأنّ البائع لم يقصد بيع الزائد و المشتري لم يقصد شراء البعض و ليس غرض المستدلّ أنّ البائع قصد البيع بشرط لا عن الزيادة حتّى يستشكل عليه بل الغرض أنّه لم يقصد الزائد و هذا كاف في عدم مطابقه الايجاب و القبول و عدم توارد القصدين على امر واحد و يضعف أولاً بما سبق من أنّ الاختلاف في الكمّ كالاختلاف في الكيف و تخلف المقدار يشبه تخلف الوصف و العقد وارد على العين الخارجيه مقدّره بكونها كذا و ثانياً بأنّ العقد و القصد الواقع من المتبايعين ان كان واقعا على العين موصوفا او مشروطا بكونها عشره امان و هذا هو مفروض المسأله فالقصد و العقد واقعان على ذات المبيع و تخلف الوصف او الشرط لا يوجب ألاً الخيار و ان كانا واقعين على العين مقيداه بكونها عشره امان بحيث يكون المبيع كذا بشرط لا عن التقيصه و الزيادة فالتخلف يوجب البطلان سواء زاد او نقص و لكنّ البطلان ليس من جهه ما ذكره المستدلّ لأنّ مورد العقد ح شىء واحد و على اى حال لا وجه لجعل قصد البائع متوجّها الى بيع العين على الوجه الثانى و قصد المشتري الى البيع على الوجه الاوّل ثمّ أنّ هنا وجوها اخر ذكرها الاصحاب أيضا فى البيع مشروطا بكون المبيع قدرا معيناً فتبين الزيادة و الجميع ضعيفه جدّا منها كون الزيادة للبائع و لا خيار للمشتري ذهب الى هذا جماعه و يعلّل بتقديم الوصف على الاشاره مع اصاله اللزوم و منها صحّه البيع و تخير البائع بين تسليم المبيع زائدا و تسليم القدر المشروط فان رضى بالجميع فلا خيار للمشتري لأنه زاد خيرا و ان اختار تسليم القدر المشروط تخير المشتري بين الفسخ و الاخذ بجميع الثمن المسمّى اختاره العلّامه فى المختلف ثمّ قال و هل للبائع خيار الفسخ يحتمل ذلك لتضرّره بالمشاركه و الثانى لا خيار له لانه رضى ببيع الجميع بهذا الثمن فاذا وصل إليه الثمن فى البعض كان اولى و لأنّ الضرر حصل بتغيره و اخباره بالكذب فلا يتسلّط به على الفسخ و منها أنّه ان دلّت القرينه على أنّ المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة فالظاهر أنّ الكلّ للمشتري و لا خيار و ان اريد ظاهره و هو كونه شرطا للبائع من حيث عدم الزيادة

و عليه من حيث عدم التقيصه فالخيار للبائع بين الفسخ و الاجازة لمجموع الشئى ء بالثمن ذكره المصنّف قدّس سرّه

[مسأله هل يجوز بيع الثوب و الأراضى مع المشاهده]

قوله (فى اصل الحقيقه بخلاف الجزء و الكل فتأمل)

إشاره الى دقّه ما ذكره حيث أنّ جامع المقاصد ردّ احتمال البطلان بأنّ بيع الثوب على أنّه كتان من غير الجنس و تبيّن التقيصه فى المقدار منه و أنّما الفأئ الوصف و اراد المصنّف بيان أنّ الفأئ فى المقام من تخلف الجزء و الكلّ و يشبه فوات الوصف لا- أنّ الفأئ الوصف و يمكن ان يكون إشاره الى الخلاف الآتى و قوّه احتمال كونه من تخلف الوصف و على اىّ حال فالمتعيّن الصحّه و الخيار لا البطلان

[مسأله بيع بعض من جملة متساويه الأجزاء]

قوله (اقول يشكل الحكم بالجواز فى كثير من هذه الموارد)

هذا هو الصواب نعم قد يتعارف كفايه المشاهده فى بعض الاراضى و كذا فى الثوب المخيط و لا مانع عن الصحّه ح بعد ارتفاع الغرر و عدم عدّه من الجزاف و اما قطيعه الغنم فالظاهر عدم كفايه المشاهده فيها على كلّ حال

قوله (الأول ان يريد بذلك البعض كسرا واقعيًا فى الجملة)

اعلم أنّ معرفه حقيقه الاشاعه و المراد من الكسر المشاع أنّما يذكر فى باب القسمة من كتاب الشركه و القضاء و لا بأس بتوضيح ذلك لتكون على زياده من بصيره فى المقام فنقول أنّ معنى الشّركه على وجه الاشاعه و شياع مال خارجيّ بين شخصين اللّذى هو مورد القسمة بعد القطع بعدم اختصاص شىء معيّن من المال باحد الشّريكين و عدم احتمال ملكيه كلّ منهما حصّه من المال معيّن عند الله تعالى و مبهمه عندنا بالاجماع و الضّروره يمكن تصويره بوجوه الاوّل ما يستفاد من الجواهر و هو أنّها عباره عن اختصاص كلّ منهما بمفهوم النّصف مثلا المتعلّق بالعين المنتشر فى افراده انتشار الكلّى فى افراده فكلّ منهما يملك نصفًا كليًا من الكلّ على البدل بحيث يصدق على كلّ نصف فرض تجزيته من المال بحسب العرض او الطّول او غيرهما أنّه لهذا او للآخر على سبيل البدل و معنى مالكيه احد الشّريكين للنّصف أنّ اىّ نصف فرض يكون ملكا له على البدل و كذلك الشّريك الاخر سواء فرض العين المشاعه قطعه متّصله او قطعًا منفصله كما فى بيع الصّياح من الصّيره و بعض القصب فى اطنانه و من المواضيع الّتى افاد ذلك احتمالًا ما ذكره فى أوّل القسمة من كتاب الشّركه فى ردّ صاحب الحدائق حيث انكر العثور على القرعه فى القسمة بعد تعديل السّيهام فى شىء من اخبارها بلفظه قلت قد يقال بمنع صدق الاقتسام شرعا بعد فرض اعتبارها فيه على المجرد عنها فلا دلالة ح لما فى النّصوص المزبوره على ما ذكره خصوصا بعد تعارف القرعه قديما و حديثا بين المتشرّعه فى قسمة الاموال المشترکه بل قد يقال أنّ تعريف القسمة بأنّها تمييز الحقوق بعضها

عن بعض يقتضى أنّ حصّه الشريك كلّى دائر بين مصاديق متعدّده فمع فرض تراضى الشريكين مثلا على قسمه المال نصفين على ان يكون نصف كلّ واحد منهما فى النصف المقسوم احتيج الى القرعه فى تشخيص كلّ من النصفين لكلّ منهما فهى ح لا-خارج المشتبه وهو محلّ القرعه لا-انّ القرعه ناقل او جزء ناقل لاستحقاق كلّ من المالىن الى الآخر بل ان لم يكن اجماع امكن القول بانّ المراد من اشاعه الشركه دوران حقّ الشريك بين مصاديقه لا انّ المراد منها ثبوت استحقاق الشريكين فى كلّ جزء يفرض و الّا لا-شكل تحقّقها فى الجزء الذى لا يتجزّى من المال المشترك و بذلك يتّجه اعتبار القرعه فى القسمة بعد تعديل السّيهام و رضى الشريكين مثلا فى تعيين كلّى مصداق استحقاق احدهما فى الخارج ضروره كونه ح من موارد بل لا يتحقّق الاقتسام بدونها لعدم كون المدار فيها رضاهما بانّ ماله من الحقّ فيما هو فى يد شريكه عوض ما فى يده كى يكون من قبيل المعاوضات و الّا لم يعتبر فيها تعديل السّيهام لتسلّط الناس على اموالهم مع انّ فاقده ليس من القسمة شرعا قطعا و لا شكل أيضا قسمه الوقف من الطّلق و الّا لكان بعض اجزاء الوقف طلقا و الطّلق وقفا على انّ هذا الرّضاء بعد فرض عدم اندراجه فى عقد من العقود المملّكه كيف يكون سببا لنقل المال الى الاخر فضلا عن لزومه و ليس فى القسمة عموم او اطلاق يقتضى ذلك كى يكون ح امرا مستقّلا برأسها بخلافه على ما ذكرنا فانه غير محتاج الى شىء من ذلك ضروره الاكتفاء برضاها فى تشخيص المصداق و القرعه لاستخراج خصوص ما لكلّ منهما من المصداق واقعا فيكشف ح عن كون حقّه فى الواقع ذلك و لا يحتاج بعد الى عموم او عقد اخر يقتضى الملك او اللّزوم فتأمّل جيّدا فانه دقيق نافع انتهى و قد جزم بما ذكر فى كتاب القضاء و يدفعه أوّلا أنّه خلاف ما يستفاد من الأدلّه و كلمات الاصحاب و من الواضح انّ العرف أيضا لا يرى فى الاشاعه الّا الشركه فى اى جزء فرض من المال ما دام يقبل القسمة لا-مالكيه كلّ من الشريكين له على البدل و ثانيا انّ لازم هذا الوجه انتفاء الملك عن الموجود الخارجى فلا يكون ملكا لاحدهما كانتفائه لمشتري الصّاع من الصّبره عنها و لذا لا ينتفى ملكه بتلف بعض الصّبره ما بقى منها صاع و انتفائه حين انتفاء المجموع أنّما هو لانتفاء الكلّى المقّيّد و الطّبيعى الموجود بوجود الافراد لا لكون الفرد الباقي ملكا له بخصوصه مع وضوح انّ فرض كونه ملكا للمشتري ح لانحصار المصداق فيه لا-يوجب قبله و يلزمه أيضا انتفاء الملك عن التّماء لكونه تابعا لاصله و ثالثا انّ لازمه بطلان وقف المشاع و عتقه و رهنه و غيرها ممّا يشترط فى متعلّقه ان يكون عينا خارجيه مملوكه لأنّ

المملوك على قوله هو الكلى المنطبق على افراد العين الخارجيه و العين تكون مجمعا لمصاديق ذلك المملوك الكلى و رابعا انه حيث ذهب الى ما ذكر في معنى الاشاعه التزم بما لم يقل به احد من الاصحاب و هو عدم صحه القسمة في مالين مختلفين في سبب الشركه كما اذا كان السبب لها في بعض المال هو الارث و في البعض الاخر الشراء و ذلك من جهة قصر مصاديق المملوك لكل من الشريكين في كل شركه في خصوص احد المالين فانهما ملكا هذا المال المشاع على حسب سهميهما قبل تملكهما للمشاع الاخر فكل منهما ملك في احدهما نصفه اى كليته المذى مصاديقه لا تخرج عنه فلا يصح في رفع الشركه تشخيص حق احدهما في مال آخر كما لا يصح تشخيص كلى صاع من صبره مخصوصه في بعض مصاديق صاع من صبره اخرى فالتزم بعدم القسمة الا في كل مال على حده قال في كتاب القضاء في مسئلة الاجبار على القسمة ما هذا لفظه اللهم الا ان يكون في مختلف جهه الشركه فيه بمعنى عدم الشركه في مجموع آحاده و ان تحققت في افراده باسباب مستقلة فانه لا جبر في قسمة بعض في بعض قطعا بل الظاهر عدم مشروعيه القسمة فيه بالمعنى المصطلح و ان جازت بنوع من الصيالح و نحوه لكون القسمة ح قسمة معاوضه لا افراز و ذلك لانه معها يكون له النصف من كل منهما مثلا و لا يجب عليه معاوضه ما يستحقه في احدهما بما لصاحبه في الاخر اذ ليست هي افراز بخلاف ما لو كانت الشركه في مجموعه فان له ح نصفا منه و هو يمكن انطباقه على احدهما و من ذلك يظهر لك اعتبار الاشاعه في مجموع الاعيان المشتركه التي يراد قسمتها بعض في بعض بل لا موضوع للقسمة في غيره ممّا آحاده مشتركه باسباب مستقلة من دون شركه بمجموعه و ليس المراد في الاوّل اعتبار نصف المجموع مثلا كى يردح عدم جواز قسمة بعض المال المشترك دون بعض او قسمة بعضه بالافراز و الاخر بالتعديل و المعلوم خلافه نصيا و سيره و انما المراد زياده مصاديق التصفيه بملاحظه الشركه في المجموع على وجه يصح قسمة بعض في بعض بحيث يكون النصف احد المالين مثلا فتأمل فانه دقيق انتهى كلامه و هو بطوله غير قابل للقبول لوجوه الاوّل ما عرفت الاشارة إليه من منافاته لكلماتهم و اطلاقاتهم في باب القسمة و باب الشركه و لم يعهد من احد منهم تقييد صحه القسمة بوحد سبب الشركه الثانى انّ من المقطوع انّ الغنائم كانت تقسم بين المقاتله مع تملكهم لها بالاخذ دفعات و كذا بيت المال بين مستحقيه الثالث انّ كثيرا ما يحصل الشركه في الاعيان المتعدده بين الشريكين باسباب متعدده كما اذا كان بينهما ثمن يعاملان معه في طول مده على سبيل الشركه و يتقربان فيه بانحاء التقلبات من وجوه التجارات بل ربما يعاملان في

يوم واحد معاملات عديده متميزه ثم يريدان فى اخر المده تقسيم الاعيان المشتركه بينهم بالاسباب المتعدده و كيف يمكن فى الصوره قسمه كل مبيع بانفراده و كل ثمن كذلك و لم يقل احد فيها بعدم جواز قسمه التعديل بعد عدم امكان قسمه الافراز و كذا يلزمه نفي القسمه فى باب المضاربه مع ان الشركه الحاصله فى المعاملات التى تقع من العامل فى طول المده لمالك واحد أما تكون فى الاعيان المتعدده الحاصله باسباب كذلك و توجيه الفرض الاول بوحده مائيه الثمن المشتركه من حيث خلط المالىن الذين كانا رأس مالهما و هى تقتضى وحده ما يقابله من الاعيان لاشتراك العوض و المعوض فى الحكم و ان كانت الملكيه الحاصله لكل واحد من العوضين فى كل معامله بسبب مستقل كتوجيه الثانى بوحده العمل من العامل فتقتضى وحده المائيه فى الاعيان فهما خارجان عن محل كلامه فان كلامه أما هو فيما كان السبب لحصول كل من المالىن غير الاخر و لم يكن لهما ثمن واحد فمضافا الى وهنه فى نفسه يوجب تفصيلا فى صورته تعدد الاسباب و لم يشر إليه فى كلامه و لم يقل به احد الزابع ان ما يوجب القسمه هو شياع المال بين شخصين و مملوكيته لهما كذلك و من الواضح ان وحده المائيه و تعددها أما هى بالاعتبار و ليس لها واقعته اصلا لان الوحده الحقيقته منتفيه فى كافه الاجسام و الاموال لوضوح اشتغالها على اجزاء غير محصوره و تعدد السبب لا يوجب تعددا فى اعتبار المائيه و الملكيه و يشهد له ما لو ملك شخص ما لا باسباب عديده من البيع و الصيالح و الهبه و الارث من دون شركه مع غيره فانه لا يصح اعتبار تعدده بلحاظ الاسباب و لا يعتبر الا كونه مالا واحدا و لو ملك اموالا عديده و لو بسبب واحد يصح اعتبار مائيه واحده بلحاظ الجميع و اعتبار الاموال عديده بلحاظ كل منها منفردا فكما ان فى مالكيه شخص واحد اموالا عديده يصح كلا الاعتبارين فكذلك فى مالكيه الشريكين لها اذا لاحظنا المائيه مضافه الى العين الخاصه و المحل المختص بها و اعتبرنا خصوصيه المحل القائم به المائيه عدت الاموال متعدده و اذا لاحظنا مضافه الى نفس المائيه و ملكيتهما للمجموع عدت مالا واحدا لهما و ان كانت الملكيه المشاعه الحاصله فى كل منها بسبب مستقل و صدق على كل واحد منها انه بعض المال المشترك الخامس ان ما ذكره ره على فرض تماميته ليس مبتئا على خصوص ما اختاره من ان المشاع عباره عن كلى الكسر بل يجرى أيضا على القول المشهور الآتى و هو المنصور من ان الاشاعه حاصله فى كل جزء جزء و يقال ان الاجزاء التى يستحقها احد الشريكين فى هذا المال بسبب البيع مثلا لا تستأهل القسمه

الأ وحدها لا تقسيمها مع الاجزاء التي يستحقها بسبب اخر الثاني من وجوه معنى الشركه ما ذكره بعض الأساتذه المتأخرين طاب ثراه في كتاب القضاء و هو أنها عبارته عن اختصاص كل من الشريكين بمصداق هذا النصف الكلي من مجموع المال المشترك الخارجى لكن لا- معينا بل مرددا بين جميع مصاديقه و الفرق بين هذا و سابقه هو الفرق بين مدلولى اسم الجنس و النكره فان مدلولها جزئى و ان لم يكن معينا فمملوك كل منهما احد مصاديق النصف المتصوره من عين الموجود الخارجى و اجاب عنه بأنه و ان سلم من لزوم نفي الملك عن الموجود الخارجى و ما يترتب عليه إلا أنه يشكل بعدم حصول الثقل على هذا الوجه فى القسمة إلا فيما اختلف فيه سبب الملك و لو باختلاف الزمان كحيازه الشريكين شيئا ثم مثله و ظهور الربح فى مال القراض تدريجا و نحو ذلك و وجه العدم ظهور كون المملوك على هذا الفرض شيئا واحدا قبل القسمة مبهما و مرددا و بعدها معينا اذ المملوك كان احد مصاديق النصف فى الجميع لا- فى كل جزء حتى يوجب صيروره اجزاء لهذا موجبا لانتقال نصفها إليه كالعكس و الحاصل له بعد القسمة أيضا مصداق منها و قد كان مملوكا من غير تعيين و هذا بخلاف مورد الاستثناء فان فى كل مال قد ملك نصفه فلو صار جميعه له و الاخر لصاحبه او بالعكس فقد انتقل الى كل مال الاخر و هذا التفصيل خلاف الاجماع لانهم فى غير قسمة الرد على قولين حصول الثقل لكل منهما بها فى كل مورد و عدمه كذلك فالقول بالتفصيل خلاف الاجماع و كذا يشكل بعدم جواز بيع احدهما او وقفه و نحوهما لنصف بعض معين من المشترك لتردده بين ان يكون فى فرض وقوعه بتمامه او بنصفه او ازيد فى سهمه و لصاحبه فى فرض وقوعه بازيد من نصفه الى تمامه فى سهم صاحبه و هذا زائد على الترديد الذى فى اصل المملوك و لا بأس ببيعه على ما هو عليه للدليل لأنه ح مملوك للبائع كما اذا باع تمام نصفه او بعضه فى الجميع و يصير المشتري قائما مقامه مط او فى الجملة الا ترى أنه يصح اعتاقتك او صلحك لاحد العبدین المملوكين لك من غير تعيين المعتق و المصالح عنه بخلاف اعتاقتك لعبد مردد بين ان يكون لك او لغيرك و الفرق واضح الثالث ما ينسب الى بعض المشايخ ره و هو أنها عبارته عن تملكك كل منهما لتمام المشترك الموجود فى الخارج لكن ملكيه ناقصه لا تمنع بنقصانها عن تملكك الغير له أيضا كذلك كالجواب فى المخير على ما ذهب إليه جمع فإنه لنقصه لا يمنع عن جواز تركه فى الجملة و مع زياده نصيب احدهما على الاخر يكون كشدّه و جوب احد فردى التخيير و افضليته لا أنه يتجزى الملكيه و الاختصاص و يكون ثلثها لهذا و ثلثها لذاك اذ الظاهر بساطتها كبساطه

الوجوب وغيره و ما يمتنع هو اجتماع ملكين تامين في شىء واحد كامتناع الوجوب التعيينى مع جواز الترك و لو فى الجملة فمعنى كون الثلثين لاحدهما قوه ملكه التاقص فى نفسه على ملك صاحبه بمرتبين كما ان معنى كون الثلث للآخر ناقصه عن ملك صاحبه بمرتبين زياده على نقصان نفسه و ازاله القسمه للشركه ح باكمال الملك التاقص بنقصان متعلقه فيتقوى و يكون تاما فى بعضه على حسب ناقصه فان كان على النصف تم برفعه عن نصف متعلقه و ان كان على الثلث تم برفعه عن ثلثيه و هكذا و قد يؤيد هذا الوجه بان الملك مقتضى اليد و لكل من الشريكين يد على المجموع لكن ناقصه و فى باب التداعى فى مسئله ما لو تداعى ما فى يديهما يعترف فى الجواهر بثبوت اليد من كل منهما على الجميع و قد يتسبب عن عمل حيازه او احياء منهما و قوله (ع) من حاز او احيى ارضا فهى له صادق عليهما معا بالنسبه الى المجموع و لا يصدق على كل منهما بالنسبه الى النصف و قد يتسبب عن هبه او وقف او شراء او غيرها و ظاهر صيغ الجميع تملكهما للجميع فان التثنيه فى قوه تكرير المفرد و اذا قال وهبت هذا المال لكما فهو فى قوه ما لو قال لكل منهما وهبت هذا المال لك و افاد الهبه للجميع لكل منهما لا النصف و يدفعه انه مخالف لظواهر الادله من الكتاب و السنه مثل قوله تعالى **فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ** و **إِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ** و **لِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ** **إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَ وَّرِثَتْهُ أَبَوَاهُ فَلِلأُمِّهِ الثُّلُثُ** و قوله تعالى **وَ لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلِكُمُ الرِّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُم فَلَهنَّ الثَّمَنُ** و مخالف لفتوى الاصحاب و تعريفهم للقسمه بانها تميز احد النصيبين عن الاخر و عليه يلزم تعريفها بانها اكمال ملك بقصر متعلقه كما هو واضح و يضعف ما ذكر من التأييد بان اليد كاشفه عن الملكيه لا انها سبب لها مضافا الى ان ثبوت اليد من كل منهما على المجموع على فرض تسليمه انما هو من حيث مالكيته لحصته من كل من اجزاء المجموع لا- من حيث مالكيته للمجموع ناقصه و لو تسبب عن عمل حيازه او احياء فالصديق المذكور تام لا منعه و لكن اين هو من ثبوت الملكيه التاقصه و انما يفيد مالكيتهما للمجموع و قولكم لا- يصدق على كل منهما بالنسبه الى النصف انما يصح لو اريد النصف المعين و اما بالمعنى الذى اشرنا اليه و ياتيكم شرحه فلا ضير فيه اصلا و ما ذكر من ان التثنيه فى قوه التكرير و اذا قال وهبت لكما افاد الهبه للجميع لكل منهما فانما يتم لو افاد الهبه كذلك بالملكيه التامه و هو محال و انما المصحح كما هو المتفاهم عرفا تملك المال لهما بالتسهييم هذا كله

مضافا الى انّ عليه لا يصحّ قول احدهما مثلا بعت نصف المال و هو كما ترى الزابع ما قاله بعض المحشدين فى معنى الاشاعه و هذا لفظه و التحقيق انّ الشىء القابل للقسمه فى نفسه موجود واحد و من حيث القبول للانقسام يكون وجوده بالفعل وجود الاقسام بالقوه فالاقسام موجودات خارجيه لكنّها قبل الافراز وجودها على حدّ الامور الانتزاعيه التى نحو وجودها وجود مناشئ انتزاعها فالمنشأ موجود بالفعل و الامر الانتزاعى موجود بالقوه بنحو وجود المقبول بوجود القابل فهو خارجى بخارجيه منشأه و جزئى حقيقى بجزئيه منشأه و حيث انّ تلك القسمه المتساويه لقسمه اخرى متساويه النسبه الى تمام اجزاء ذلك الموجود بالفعل فلذا يقال أنّها مشاعه و ساريه فى الكلّ و منه يتّضح انّ المشاع ليس كلياً فى نفسه و أنّه يفترق عن الكلّى فى المعين بجزئيته دون الكلّى فى المعين كما يفترق الكلّى فى المعين عن غيره بانحصار افراده فى المعين دون مطلق الكلّى و ممّا ذكرنا فى المراد من الكسر المشاع يتّضح بالتأمّل كون الافراز و القسمه الفعليه تمييز الحصص لا أنّها مبادله و ذلك لانّ النصف المشاع المملوك لكلّ من المالكين لا تعين له الاّ هذا التعين و كونه نصفاً فى قبال الثلث و الربع و حيث أنّه قابل لانحاء التعينات المتبادله بالفرض و التقدير فالقسمه موجه لتعين ذلك الامر اللامتعين من حيث هذه التعينات و حيث انّ المملوك لكلّ منهما نفس ذلك الكسر المشاع و انّ نسبه ملك الكلّ إليهما بلحاظ ملك الكسر المنقسم إليه و الى معادله الكلّ فلذا لا يتحقّق مبادله بين المملوك لهذا و المملوك لذاك بتوهم أنّه يخرج عن ملك هذا مقدار و يدخل فى ملك الاخر و بالعكس بسبب الافراز و القسمه بل المملوك هو الكسر و القسمه معينه للكسر خارجاً من دون خروج و لا- دخول اصلاً انتهى و حاصله انّ النصف المشاع امر متشخص جزئى خارجى موجود فى الكلّ و لكن وجوده عباره عن الوجود بالقوه اى قوه الوجود كوجود الهيولى مع الصوره و وجود المبهم فى المتعين و تعينه و فعليته أنّما هو بالقسمه و لذا ليس فى القسمه شىء من المبادله و فيه انّ هذا انكار فى الحقيقه للمالكيه فعلاً- و انّ الملكيه على الاشاعه ملكيه بالقوه الخامس أنّها عباره عن مالكيه كلّ من الشريكين لجزء من اى جزء فرض من المجموع فى الخارج الى ان ينتهى الى جزء لا يقبل التقسيم فكّل منهما يملك من كلّ جزء جزء و ما من جزء قابل للتجزيه ألماً و هو بينهما و حقّ كلّ منهما شايع فى تمام العين لا فى افراد الانصاف المفروضه فى العين و بينهما فرق واضح فانّ العين اذا قسّمت مثلاً نصفين كان نصف اجزاء كلّ منهما ملكاً لهذا و النصف الاخر ملكاً لهذا على الأوّل

و كان كلّ منهما لكلّ على البدل على الثّانى و قد قابلوا فى مسئلة البيع من الصّبره بين بيع نصف مشاع منها و بيع صاع من صيعانها و رتّبوا على ذلك احكاما مختلفه و توضيح هذا الوجه المشهور بين الاصحاب و المنطبق على متفاهم العرف هو أنّ النّصف المشاع من العين سواء فرضت مملوكه لمالك واحد او مالكين عباره عن مجموع الاجزاء الصّغار الملحوظه فى العين الموجوده فيها القابله للاشاره الحسيّه المستاهله لتعلّق حقّ الاختصاص بها عرفا سواء قيل بانّ الجسم مركّب من الجواهر الفرده او من الاجزاء الصّغار الصّلبه او أنّه مركّب من الهيولى و الصّوره الى ان ينتهى الامر الى جزء لا يقبل التّجزيه و التّقسيم فلو فرضت لمالكين كان كلّ جزء مفروض فى العين قابل للتّجزيه الى جزءين قابلين للاختصاص ملكا لكليهما و كان كلّ جزء من جزئيه على البدل مملوكا لكلّ منهما كذلك و لا يخلو قطعه كبيره او صغيره منها الا و هى لهما بالمناصفه الى ان ينتهى الامر الى جزءين غير قابلين للملكيه فانّ الاجزاء الصّغار الصّلبه غير قابله للقسمه و الجواهر الفرده غير قابله لتعلّق حقّ الاختصاص بها فضلا عن الملكيه و المائيه بل اقلّ جزء يقبل الاتّصاف بالاختصاص اكبر من الجوهر الفرد و الجزء الصّغير الصّلب قطعا هذا اذا لاحظت العين متجزّيه و اذا لاحظتها غير متجزّيه كانت نصف العين الخارجيه على البدل ملكا لاحدهما على البدل و كان معنى الشركه فيها كون كلّ منهما مالكا لنصفها الملحوظ من انصاف اجزائه حين التّفريق و كانت الانصاف بلحاظ التّفريق و التّجزيه كثيره و بلحاظ الاجتماع واحده

لا يقال انّ مالكيه شخصين لشيء واحد بالمعنى المذكور و على نحو البدليه ممتنع لانّ العرض لا يقوم بالمحلّ المرّد و يفتقر فى تقوّمه و تحصيله الى محلّ موجود معين لما تقرّر فى محلّه انّ الشّيء ما لم يتشخّص لم يوجد و انّ تشخّص الشّيء عباره عن نحو وجوده

فانه يقال الملكيه قد تطلق و يراد بها ربط خاصّ و اضافه خاصه بين شيئين و هذا الرّبط و الاختصاص قد يكون بين المضاف و المضاف إليه من جهه الاضافه الاشراقية ككون العالم ملكا للبارى جلّ ذكره فانه من جهه الاشراق و الايجاد يسند إليه الملك و يقرب من ذلك ملكيه الارض للائمّه (ع) و ملكيه الانهار للصديقه الطّاهره (ع) فانّ هذا الاختصاص و الرّبط لهم من جهه كونهم وسائط النعم و الوجود بحيث لولاهم لما خلق الافلاك و ما فيها و يجتمع هذا الرّبط مع الرّبط الخاصّ الذى يكون بين زيد و ماله و قد يكون من جهه الاضافه المقوليه كالتعمّم و التّقمص و التّنعل فانّ الإنسان اذا تعمّم يحصل منه حاله يعبر عنها بالملك و الجده

و قد تطلق و يراد بها الملكيه الاعتباريه التى يعتبرها العرف او الشّرع بين زيد و الارض الخارجيه و قد يجتمع الملكان باعتبارين لامكان ان يكون ملك الجده حاصلًا لشخص دون الاخر كان يتعمم بكر بعمامه زيد و الملكيه العرفيه التى تتعلّق بها احكام كثيره فى الشّريعه ليست من مقوله الاعراض التّسعه و أنّما هى امر اعتباري اعتبرها العرف كالدّمه و نحوها و امضاها الشّارع و لذا تريهم يملكون المعدوم كما فى بيع التّسيه و السّلم و بيع الكلى و يملكون المنافع التى هى كالملكيه ليست أا امرا اعتباريا مقدّرا فى العين و يزيدك وضوحا ملاحظه اسبابها من البيع و الصّلح و الهبه المعوّضه و غيرها فهل ترى من نفسك انكار اختلاف هذه العقود و مؤدياتها و آثارها مع أنّها لا اختلاف فيها أا من جهه مفاهيم اعتباريه و ملاحظات عرفيه فلا ريب أنّ الملكيه المبحوث عنها هى من الامور الاعتباريه و كما تتعلّق بالمعدوم و تحصل للمحجور عليه تحصل بالتّسبه الى الفرد المرّدّد بين الفردين و الجزء المرّدّد واقعا بين جزءين و لذا تريهم اطبقوا ظاهرا على نفوذ وصيه من قال اوصيت لفلان بعدد من عبيدى فقبل الموصى له و أجاز غير واحد منهم بيع صاع من صبره و افتى جماعه بصحّه الاجاره المرّدده كقوله ان خطته روميا فلك درهمان و ان خطته فارسيا فلك درهم الى غير ذلك و بذلك ينحلّ المناقشات الواقعه عن جماعه فى تصويرها فى بيع التّسيه و السّلم و ملكيه المفتوحه عنوه و ملكيه الزّكاه للفقراء على تقدير القول بالملكيه فيهما و فى بيع الصّياح من صبره و غير ذلك من حيث توهم افتقار العرض الى محلّ موجود متشخص هذا مضافا الى أنّ هذا الاشكال لو كان واردا فلا يختصّ بالوجه المذكور و يجرى أيضا على مقاله الجواهر بل وروده عليه اوضح فإنّ على قوله يكون معروض الملكيه مفهوم كلى التّصف على البدل لا احاد الاجزاء التى نقول بها و هى امور موجوده متحقّقه فى الجسم و هى بنفسها معروضه لها على البدل ثمّ أنّه اذا انتهى الامر الى مرتبه لا تقبل التّجزيه الى جزءين بمعنى جواز تعلّق الملكيه بكلّ منهما و أنّما تقبل اختصاصا واحدا فمعنى الشّركه ح أنّه يختصّ بهما معا بمعنى أنّهما يعدّان بمنزله مالك واحد و يكونان مالكين للمجموع و يكون هناك اختصاص واحد قائم بهما و كانت الشّركه بحسب الاختصاص لا- المختصّ و ان ابيت عن ذلك و صعب عليك تصوير هذا النّحو من الاختصاص فاعتبر أنّ لكلّ منهما نصف اختصاص و ليس لك اعتبار اختصاص نصف الجزء و ان قلنا بوجود الجزء الذى لا يتجزّى لما علمت من عدم

القابليته و اوضح الشواهد على ما اخترناه ملاحظه فهم العرف الذى هو المرجع فى امثال ذلك و ملاحظه ظواهر الادله و كلمات الاصحاب التى لا- بد من حملها على ما فى العرف و ملاحظه ما ذكره فى بيع الحصه المشاعه فى صبره او غيرها الذى اطبقوا على صحته و ما ذكره فى بيع الصاع من الصيعان الذى اتفقوا ظاهرا على فساده و بيع صاع من الصبره الذى اختلفوا فى صحته و فساده و ما ذكره فى مسئله بيع ما للنصف الدار نصفها من غير اضافه الى نفسه حيث اختلفوا فيها فى تنزيله على نصفه بدعوى انصراف عرفى او شرعى او تنزيله على النصف مشاعا بينه و بين شريكه بتنظيره على اقراره بالنصف لثالث و ملاحظه كلماتهم فى حد الشركه من انها اجتماع حقوق الملاك فى ملك واحد على سبيل الشيع و ما ذكره فى تفسير هذا الحد و ملاحظه كثير من فروع الشركه و القسمة و الفرق بين هذا المعنى و ما تقدم من الجواهر ظاهر من وجوه الاول ان عليه يكون كل جزء من العين مشتملا حقيقه و فعلا- على الحقيين و على ما تقدم يكون مشتملا عليهما على البدل الثانى ان الاشاعه عليه تكون فى الاجزاء الموجوده الفعلية و على ما تقدم فى الاجزاء المفروضه الثالث ان المنصور اخص مما اختاره بحسب المورد فان نصف الاجزاء الفعلية الخارجيه من جمله افراد الانصاف المفروضه الرابع ان عليه تكون القسمة افرازا ادعائيا و على ما تقدم حقيقتيا و ستعرف توضيحه و توهم ان هذا الوجه ينافى ما ذكره فى تعريف القسمة من انها افراز لا بيع و معاوضه و كذا ينافى تجويزهم للقسمة اذا كان نصف العين وقف و نصفه طلقا بدعوى استلزام الوجه انقلاب الوقف طلقا و الطلق وقفا و ينافى أيضا ما ذهب إليه المشهور فى باب المهر فى مسئله الطلاق قبل المس انه ان كان عينا فتلف نصفها المشاع قبل الطلاق ان التالف ان كان قبل القبض يكون الباقي بتمامه للزوجه و ان كان بعده استعاد النصف الباقي لا نصف الباقي و يحسب التالف عليهما مندفع بان الوجه فيما ذكره من ان القسمة افراز هو ان مجرد انتقال مال من شخص الى آخر ليس معاوضه و مبادله فان المعاوضه يشترط فى تحققها قصد إنشاء النقل و الانتقال من الجانبين بنقل احد العوضين يازاء العوض الاخر و فى مقابله و فى القسمة لم يقصد احد منهما ذلك اصلا و اما يقصدان تعيين حقهما و تميز مالهما من المال فى المجموع بادعاء ان الحصه المفروزه لكل منهما عين حقه و توضيح ذلك ان القسمة كالصالح و البيع و الهبه و نحوها من المعانى التى اعتبرها اهل العرف و امضاها الشارع بزيادة شروط و كما ان البيع عباره عن مبادله مال بعوض و الصلح عباره عن التسالم و

التراضى على امر من مبادله او تجاوز عن حق او مال و الهبه عباره عن تمليك المال بلا عوض و الهبه المعوضه هبه مشروطه بهبه اخرى لا- معاوضه مال بمال فكذلك القسمه عندهم ليس ألما تميز الحق و تعيينه بمعنى أنهم يتزولون الحصه اللأحقه المفروزه بمنزله الاجزاء السابقيه المشاعه و يجعلونها عباره عنها ادعاء لا إنها غيرها و قد اخذت بدلا عنها او مركبه منها و من غيرها و هذا المعنى ظاهر لمن له ادنى خبره بطريقه العرف و هذا امر غير معنى المعاوضه و انتقال شىء الى آخر اعتم من معنى المعاوضه نعم لازم القسمه عقلا حدوث نقلين مستقلين بالنسبه الى كل من نصيب الشريكين فهى ليست إنشاء نقل أيضا و ألما النقل من لوازم الافراز بل ليس فى المعاوضات ما يكون له نوع مشابهه للقسمه سوى الهبه المعوضه فى الجملة و قد اضطر بعضهم الى الالتزام بكون القسمه معاوضه فى بعض المقامات كالشهاد الثانى فى باب المفلس فى مسئله اختلاط مال البائع من المفلس بماله و آخر فى باب الغصب فى مسئله اختلاط مال الغاصب بمال المغصوب منه و صاحب الرياض فى باب القسمه فى مسئله القسمه الاجباريه الى غير ذلك مما يجده المتتبع و لا داعى الى ذلك اصلا فان القسمه ليس لها شباهاه بسائر المعاوضات فضلا عن ان تكون منها و ألما هى تمييز جعلى عرفى أمضاه الشارع و لذا اطبقوا ظاهرا على عدم جريان الربا فيها مع ما هم عليه من عموم حرمة الربا للمعاوضات و لكل ما يكون عوضا و لو لم يكن منها كالغرامات و لكل ما يئول إليها كالارش و مما ذكرنا تعلم الوجه فى صحه تقسيم الوقف عن الطلق فان الممنوع ليس ألما تبادل الوقف و وقوع المعاوضه عليه و ألما تعيينه بالوجه الذى عرفته فلا دليل على عدم جوازه و ألما ما ذكر من استحقاق احد الزوجين النصف الباقي فففيه بعد الغض عن ان الحكم المذكور ليس اتفاقيا و لا مشهور او ألما ذكره الفاضلان و الشهداء و بعض اخر و قد نقل عن جماعة استحقاق نصف الباقي و نصف الموهوب أولا- ان الاشكال مشترك الورود اذ على ما اختاره صاحب الجواهر ره يحتاج أيضا الحكم بتعين الباقي الى دليل معين و ثانيا ان الوجه لعله هو الاخذ بإطلاق النصف المذكور فى الآية الشريفه قال تعالى وَ إِنِ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصِيْفُ مَا فَرَضْتُمْ وَأَنَّهُمْ فَهَمُوا مِنَ الْآيَةِ أَنَّ الْمُرَادَ مِنَ النِّصْفِ فِيهَا لَيْسَ مَا ذَكَرَ فِي مَعْنَى النِّصْفِ الْمَشَاعِ بَلِ الْمُرَادُ الْمَفْهُومَ الْكُلِّيَّ الصِّيَادِقَ عَلَى كُلِّ نِصْفِ فَرَضَ مِنَ الْعَيْنِ عَلَى سَبِيلِ الْبَدَلِيَّةِ كَمَا عَلَيْهِ صَاحِبُ الْجَوَاهِرِ فِي مَعْنَى النِّصْفِ الْمَشَاعِ وَ ثَالِثًا أَنَّ عَدَمَ مَعْلُومِيَّةِ وَجْهِ الْحُكْمِ فِي مَسْئَلِهِ لَا يُوجِبُ نَفْيَ مَا ذَكَرْنَا فِي مَعْنَى الْإِشَاعَةِ وَ الْجُزْءِ الْمَشَاعِ مَعَ مَا

عرفت من قيام الشواهد العرفية و الامارات الشرعية عليه و بناؤهم في غير هذه المسألة من جميع مسائل التلّف على أنّ البعض التالف من المال المشترك يحسب على الشريكين بالحصّة و لو كان حكمهم في مسئلة الصّيداق من اجل اقتضاء الاشاعه ذلك لكان اللّازم ان يحكموا أيضا في غيرها بأنّ البعض التالف يحسب على احدهما و يتعيّن بالقرعه بقى شىء و هو أنّه قد سبق في عبارته المنقوله عن الجواهر أنّ ممّا دعاه الى مختاره في معنى الاشاعه هو الاشكال في تحقّق الشّركه في الجزء العذى لا يتجزّى من المال المشترك و في الخاتمه لا بأس بتوضيح هذه الجملة لتكون محيطا بطراف المسألة فنقول أنّ حكماء السلف ذكروا أنّ الجسم البسيط و هو العذى لا يكون مركّبا من اجسام مختلفه الطّباع اما لا يكون له مفاصل من اجزاء او اجسام بل يكون متّصلا في الواقع أيضا كما هو عند الحسّ و تركيبه أنّما هو من جوهرين مادّه تسمّى عندهم بالهيولى الاولى و صورته جسميّة و يكون المجموع المركّب و هو الجسم المطلق مع قطع النّظر عن خصوصيّات الصّور النوعيّة قابلا- للانقسامات الغير المتناهيه الخارجيّة بحيث لا وقوف للقسمه عند حدّ اى لا ينتهى انقسامه الى حدّ الا و يتجاوز عنه فاذا لم يمكن القسمه الفكيه فالوهميّة و الفرضيّة و هذا مذهب المشائين او يكون متّصلا و قابلا- للانقسامات المتناهيه و هذا مذهب بعض او يكون له مفاصل فيكون مركّبا من منفصلات بالفعل واقعا و متّصلا عند الحسّ فقط فتلك المبادئ التي تآلف منها الجسم اما اجسام او اجزاء غير اجسام يتآلف منها الجسم و على الثّانى فاما متناهيه او غير متناهيه و الاوّل و هو كون المبادئ اجساما صغارا صلبه غير قابله للقسمه الفكيه الخارجيّة اصلا اى لا كسرا و لا قطعاً و لا خرقا لغايه صغرها و صلابتها و أنّما هي قابله للقسمه الوهميّة فقط مذهب ذى مقراطيس و الثّانى و هو كونها اجزاء متناهيه غير اجسام و غير قابله للقسمه مط لا- فكيًا و لا- وهميًا و لا فرضيًا و ان كانت قابله للقسمه العقليه التحليليّة مذهب جمهور المتكلّمين و الثّالث و هو كون تلك الاجزاء غير متناهيه مذهب بعض القدماء و بعض المعتزله هذا في الجسم المفرد و اما المركّب الذي يقابله فلا اشكال عندهم في أنّه بجميع اقسامه له مفاصل و ليس متّصلا واحدا لأنّ المزاج أنّما يحصل بتصغّر اجزاء بسيط من بسائط الممتزج و تماشيها للاجزاء المتصغّره من بسائطه الأخر و كذا في الامتزاج بدون المزج و عند ذلك لا- يبقى الاتّصال فهو مركّب من منفصلات بالفعل واقعا و متّصل عند الحسّ و الحكماء يقولون بقبول تلك المنفصلات الواقعيه القسمه اللّامتناهيه و نفاه الجزء ينكرون القسمه

و قد اوضحت الاكتشافات الجديده بطلان الجزء الذى لا يتجزى و يغنينا هذا الانكشاف الثمين عن البراهين العقلية و قد ذكرناها فى بعض رسائلنا و على تقدير صحته فقد عرفت ان المعنى المذكور للاشاعه انما هو فيما يقبل التملك و الاختصاص و الجزء الذى لا يتجزى غير قابل لذلك فتدبر

قوله فيريد بالصاع مثلا من صبره تكون عشره اصوع)

من دون فرق بين ان تكون الجملة متساويه الاجزاء من حيث الصيفه المستلزمه لتساوى القيمه كالصياح من الصبره او مختلفه كذلك كالعبد من العبدان فان وجه الصحه و هو معلوميه الكسر المشاع جار فى كلا القسمين و لم يعلم وجه الفرق الا دعوى ظهور لفظ المبيع فى الثانى فى احد الوجهين الآتين و منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد و الشاه و فيه ان الكلام فى المقام انما هو فى مرحله الثبوت و اميا فى مقام الاثبات و ان الظاهر من لفظ العبد و الشاه هو الكلى او الفرد المردد فهو امر آخر و لا اشكال فى الصحه فى هذا المقام مع إرادته خلاف الظاهر و نصب القرينه نعم مع عدم النصب يكون البيع باطلا لعدم معلوميه قصدى الموجب و القابل او اختلاف القصدين كما لو قصد الموجب الشياح و القابل غيره بمقتضى ظاهر اللفظ او دعوى ان الوحده لازمه فى كل مبيع مركب ذى اجزاء و هذه الوحده حاصله فى مثال الصبره على وجه الحقيقه فلا ضير فى قصد الاشاعه فيها و اما فى مثل العبد فمن حيث انتفاؤها فى العبدان حقيقه و اعتبارا من الشرع او العرف فلا بد فى الحمل على الاشاعه من اعتبار المتعاقدين لحاظ الوحده فيهما و تنزيل الشئين المختلفين منزله شىء واحد و الانشاء الواحد البسيط المتكفل لافاده بيع الكسر المشاع لا- يمكن ان يتكفل أيضا هذا التنزيل و فيه ان اللحاظ و التنزيل المذكور مما لا بد منه و لكنّه من حيث اعتبار المتعاقدين ذلك انما يكون قبل الانشاء و لا يستلزم ان يتكفله الانشاء و هذا واضح

[مسأله فيما إذا باع صاعا من صبره]

قوله (و أما اذا قبض فان قبض منفردا)

ان صور الاقباض أربعه الاولى ان يقبض البائع للمشتري المبيع منفردا عتيا عداه بان يعين حقه فى جزء مفروز و يقبضه و لا اشكال فى تلفه من المشتري الثانيه ان يعين البائع مع رضا المشتري الكلى المبيع فى الكسر المشاع ثم يقبضه المجموع و لا اشكال فى حساب التالف عليهما و انما قئدنا ذلك برضا المشتري مع البناء على ان التعيين بيد البائع فان المشتري لم يملك الا الطبيعه المعزاه عن الشخص الخاص و يكون تعيين البائع بنحو الاشاعه من افراد الطبيعه الكليه لان دعوى ظهور الصاع المبيع فى اقباضه مفروزا ليس ببعيد الثالثه ان يقبضه البائع مجموع الصبره ليكون بعضه وفاء و الباقي امانه من دون تعيين لحق المشتري بالافراز او

الاشاعه و يكون ملك كل واحد من البائع و المشتري باقيا على كليته و حكمه ان يحسب التالف عليهما و ذلك من جهه انه يجتمع ح في يد المشتري كلى ملكه و كليّات ملك البائع و قد حصل مال المشتري في يده لعدم توقّف اقباضه و حصوله في يده على التّعيين حتّى يخرج التّالف عن قابليته تملك المشتري له فعلا- و ينحصر حقّه فى الباقي فيكون حال المجموع حال المشاع و نسبه كل جزء من الباقي و التالف الى كل منهما على حدّ سواء و تخصيص كل منهما بكلّ منهما ترجيح بلا مرجح و ان كان المبيع بعد الاقباض باق على كليته و سوف تعرف ان من اسباب الشركه التّرجيح بلا مرجح فالباقي مشترك بينهما و التّالف محسوب عليهما الرّابعه ان يقبضه المجموع بعنوان الامانه حتّى يعين البائع حقّه الكلى بعد ذلك و هذا حكمه حكم ما قبل القبض و يكون حساب التالف على البائع و هذا اذا تلف بعض الجملة و بقى مصداق الطّبيعه و أمّا اذا قبضه المجموع بعنوان الامانه و تلف تمام المال او لم يبق الا اقلّ من مقدار المبيع فليس للمشتري الرجوع بحقه الى البائع فما يجىء فى المتن من ان الاقباض على وجه الامانه حكمه حكم ما قبل القبض أمّا هو فيما بقى مصداق الطّبيعه

قوله و أنّما الاشكال فى أنّهم ذكروا)

يمكن ان يقال ان اخراج المستثنى أنّما يكون بعد الاسناد و الاصل فى الاستثناء ان يكون المستثنى متصلا و كما يعتبر فى المتصل ان يكون المستثنى موافقا للمستثنى منه فى الجنس فكذلك يعتبر موافقته فى الجهات الاخر و منها المساوات فى الكليته و الجزئيه فاذا قال بعتك الثمره الموجوده الا ارطالا فقد اخرج الارطال ممّا اسند إليه البيع و ذلك مجموع الثمره من دون ريب و لا تأمل فيكون المستثنى على نحو الاشاعه و مثله اذا قال بعتك الصّبره الا صاعا منها و ذلك لأنّ المبيع ح تمام الصّبره فلا بدّ ان يكون الصّاع خارجا عن تمامها و ذلك هو الاشاعه و لو اخرج من بعضها كان الاستثناء منقطعا و هذا بخلاف بع صاعا من صبره فانه اذا قال ذلك فقد اسند البيع على المشهور الى صاع كلى ينطبق على افراد صيعان الصّبره و السّر فى تقديم ظهور الاستثناء فى الاتّصال على ظهور الارطال المستثناء من الثمره و ظهور الصّاع المستثنى من الصّبره فى الكلى هو انّ ظهور المستثنى بنفسه اى الارطال و الصّاع فى الكلى أنّما يكون بحسب الاطلاق و لا- ينافى إرادته الجزئىّ و الخاصّ بدلاله اخرى و ظهور المستثنى منه فى الخصوصيه و الجزئيه بسبب اسناد البيع إليه أنّما يكون بالوضع و مع هذا الظهور لا مجال للظهور الاطلاقى مضافا الى انّ رفع اليد عن ظهور المستثنى و حمله على إرادته الجزئيه ح يكون من باب تعدّد الدالّ و المدلول على انّ ظهور المستثنى منه

أما ينعقد قبل المستثنى فيكون حاكما عليه بلا ريب و اما قوله بعث صاعا من صبره فحيث لا يكون مانع من انعقاد ظهور الصاع في الكليه يحمل على الكلى و بالجمله اذا اسند البيع الى مجموع العين الموجود في الخارج قبل الاستثناء دل بظاهاه على كون جميعها هو المبيع و بعد استثناء مقدار معين منها يكون المبيع الشئ ء الموجود بافراز مقدار المستثنى منه فالاشاعه و ثبوت الشركه في الثمره بالنسبه المذكوره بحسب الفهم العرفى من اللفظ أما هو مقتضى بيع الشئ ء المعين الخارجى و استثناء شئ ء منه و ليس مقتضى نفس الاستثناء فقط فلو باع مقدارا من العين الخارجيه كليا و قال بعثك كرا من هذه الحنطه أا صاعا منها و تلف بعضها يستحق المشتري تمام المبيع و لا يحكم بالاشاعه و الحاصل ثبوت الفرق الواضح بين بعثك الصبره أا صاعا منها و بعث صاعا من صبره فأا الاخراج عن مجموع الصبره بوصف كونها مبيعا يستلزم الاشاعه و أا فلا بد ان يخرج من بعضها و هو يوجب كون الاستثناء منقطعا بخلاف الاخير حيث لا يكون فيه اخراج بعد الاسناد حتى يوجب الاشاعه بل اسند البيع أولا الى الصاع و هو كلى صرف موجود فى الصبره الخارجيه و بما ذكرنا يندفع توهم كون كل من المستثنى و المستثنى منه كليا بتقريب ان بيع الصاع او الصاعين من الصبره كما يكون كليا فكذلك فى بيع مجموع الصبره أا صاعا منها او صاعين يكون المستثنى منه و هو المبيع كليا و ذلك لأن الجزء المبيع من الصبره يعبر عنه غالبا ان كان انقص من نصفها بالصاع او الصاعين و مع كونه زائدا عليه يعبر عنه بعنوان الاستثناء فاذا كان المقصود مثلا بيع تسعه اصواع من الصبره المشتمله على عشره اصواع يقول بعثك هذه الصبره أا صاعا و لا فرق فى الحقيقه بين ان يقول ذلك و ان يقول بعثك تسعه اصواع من هذه الصبره فكما ان فى هذا و فى بعث صاعا من صبره يبيع كليا فكذلك فى صوره التعبير بالاستثناء يبيع كليا و يبقى لنفسه كليا و هو كما ترى اذ ليس المنشأ فى مثال الاستثناء من العين الخارجيه المدلول عليه بالاسناد على وجه الحقيقه أا جزئيا و المستثنى المتصل به أيضا أا كذلك ثم ان ثبوت الاشاعه سواء كان من الوجه اللمدى بيناه او من الوجهين الآيتين من الجواهر و مفتاح الكرامه يدفع اصل اشكال الفرق بين المشتري فى بيع الصاع من الصبره و البائع فى بيع الثمره أا ارطالا مع كون البائع هنا كالمشتري هناك أا انه يبقى الاشكال بان لازم الاشاعه امران افادهما فى المتن و لا يلتزم بهما الاصحاب الاول عدم جواز تصرف المشتري فى الثمره أا باذن البائع الثانى انه لو فرط المشتري كليا او بعضا ضمن القيمه للبائع

مع أنهم قد حكموا باداء المستثنى من الباقي و ستعرف الجواب عنهما فيما نذكره في وجه الامر بالتأمل

قوله (و اضعف من هذين الفرق بين مسئلة الاستثناء)

و الفارق صاحب الجواهر و في مراده من العبارة المذكوره وجوه الاوّل ثبوت الفرق من حيث اعتبار امرين الاوّل اعتبار القبض في لزوم البيع بمعنى اعتباره في استقرار البيع بحيث لا يطرئه فسخ و لا انفساخ فانّ مقتضى قاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه انّ مع التلف يفسخ البيع بالنسبه الى التالف و يحسب من مال البائع و ليس مراده مدخليه القبض في لزوم البيع حتّى يجاب بانّه لا دخل له اصلا و الثّاني اعتبار ايجاب القبض على البائع في بيع الصّاع بحيث يكون مجموع الاعتبارين فيه هو الفارق و توضيحه انّ لبيع الصّاع من الصّبره جهتين جهه الجزئية و هي خصوصيّة كونه من هذه الصّبره و جهه الكلّيه و هي قابليته الانطباق على كلّ من المصاديق الموجوده فيها فمن الجهه الاولى يكون بيعه من مجارى قاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه الخ و من الجهه الثّانيه يجب تسليم البائع الصّاع من الباقي الموجود لانه مصداق للمبيع الكلّي و بالجمله بعد الحكم باحتساب التالف على البائع يجب دفع الباقي لانطباق المبيع عليه و هذا بخلاف مسئلة الزّكاه اذ لم يرد في الشّرع انّ كلّ زكاه تلف قبل قبضه فهو من مال مالكة بل التالف منها يحسب على المالك و الفقراء بنسبه حصّتهما و مثله في مسئلة الاستثناء فبالجهتين المذكورتين ثبت الكلّيه في الصّاع من الصّبره و يرد عليه ما افاده المصنّف من انّ ايجاب القبض يتحقّق في مسئلتى الزّكاه و الاستثناء مضافا الى لزوم المصادره الثّاني ثبوت الفرق من جهه واحده و هي اعتبار القبض في لزوم البيع بمعنى استقراره و ثبوته لا- بالمعنى المقابل للجواز و يكون الايجاب معطوفا على اللّزوم و ضميره راجع الى البيع و يكون بمعنى الاستقرار أيضا و يكون الغرض من المجموع انّ الفارق هو اعتبار القبض في ثبوت البيع بحيث لا يفسخ و يكون استقرار الملكيه للمشتري مشروطا بقبض المبيع و ما لم يستقرّ له لا يحسب التالف عليه و يجب دفع المبيع إليه من الباقي اذ هو شبه الكلّي في الذّمه و هذا بخلاف مسئلة الزّكاه و الاستثناء حيث لا يكون القبض فيهما شرطا في استقرار الملكيه فالتالف محسوب بالنسبه و يرد عليه انّ الحكم بعدم الانفساخ في التّالف في بيع الصّبره و الحكم بالبقاء يتوقّف على نفى الاشاعه و نفى الاشاعه بوجود الدّفْع من الباقي لا- يخلو عن مصادره الثّالث ثبوت الفرق من جهه اعتبار القبض في لزوم البيع بالمعنى المقابل للجواز و من

جهه ايجاب القبض على البائع و يكون ايجابه معطوفا على الاعتبار او القبض و ضميره راجعا الى القبض و الظاهر ان جواب المتن مبنى على هذا الوجه و هو ان الجبهه الاولى لا- دخل لها اصلا فى الفرق و امّا الجبهه الثانيه فإيجاب القبض متحقق فى المسألتين أيضا مضافا الى المصادر

قوله بأنه لو كان تلف البعض بتفريط المشتري)

يريد ان هذا الفتوى ينبى عن ان التلف بغير تفريط سبب للاشتراك و انه لم يكن قبل التلف و انما يحدث به اذا لم يكن عن تفريط و امّا التلف بتفريط فهو فى حكم عدم التلف و يكون حقّ البائع باقيا على كليته يجب ادائه عن الباقي فانهم حكموا فى صورته كون التلف عن تفريط بكون حصّه البائع فى الباقي و لو كان الاشتراك ثابتا عندهم قبل التلف لحكموا فى صورته التفريط بدفع ما بقى من حصّه البائع بالنسبه و ضمان مقدار التالف من حصّته بمثله او قيمته لا اداء المستثنى من الباقي

قوله (و بيع مقدار كقفيز يشتمل عليه)

و يلحق به بيع مقدار معلوم بطريق الكسريّه المضافه الى مقدار معين من الصّبره كربع قفيز منها و فى الصّبره المجهوله المقدار لو قلنا فى القسم الثالث منها بلزوم معلوميه اشتمال الصّبره على المبيع فهل يعتبر فيما لو باع ربع قفيز منها اشتمالها على مقدار المضاف إليه الكسر و هو القفيز مثلا- او على مقدار المضاف الذى هو المبيع قد يقال بالتفصيل و اعتبار الاول ان كان الجارّ متعلّقا بالوصف المقدّر للمضاف إليه لانّ المعنى ح بعث مقدار الثلث من قفيز منتزع ذلك القفيز من القفزه هذه الصّبره و الثانى ان كان متعلّقا بالوصف المقدّر للمضاف لانّ المعنى ح بعث مقدار الثلث من قفيز منتزع ذلك الثلث من هذه الصّبره و الاقوى عدم الحاجه الى اشتمال الصّبره على ازيد من المبيع على اى نحو اراد من الجارّ

قوله (لا بيع كلّ قفيز منها بكذا)

هذا هو القسم الخامس و لا اشكال فى فساده لاجمال المبيع و عدم العلم بمقداره و ذلك لانه يمكن ان يكون المراد من المبيع ما هو المراد فى القسم الرابع و هو كونه نفس الصّبره بالاضمار و جعل العنوان كلّ قفيز لايضاح مقدار الثمن لكلّ واحد من الاقفزه و يمكن ان يكون المراد منه كلّ قفيز منها بنحو الاستغراق كما لو قال بعث كلّ اقفزتها بكذا و المبيع على هذين الوجهين يكون معلوما و لكن لما كانت القرينه مفقوده فإرادته احدهما غير معلومه و يمكن ان يكون المراد كلّ قفيز من غير تعيين لعدده و هذا اظهر الاحتمالات من هذه الجملة و يمكن على ابعد الاحتمالات ان يكون المراد من كلّ قفيز بيان الثمن من غير تعرّض لكون المبيع عنوان الصّبره او عنوان

القفيز فيكون كما لو قال بعث على ان يكون الثمن لكل قفيز كذا و المبيع على هذين الوجهين يكون مجهولا و عن العلامه فى بعض كتبه و جماعه اخرى صحه الاجاره لو قال اجرتك الدار كل شهر بكذا فى الشهر الاول فان الشهر معلوم متيقن و كذا اجرته فلا مانع من الصحه فيه و انما الجهاله فى الزيادة و لازم هذا القول صحه البيع فى القسم الخامس بالنسبه الى قفيز واحد و لكن الانصاف البطلان فى المقامين ايا فى المقام فلما عرفت من اجمال المبيع و ابهامه و تردده و اما فى الاجاره المذكوره فلمجهوليته الاجره و المده فى حال العقد و من الواضح ان معرفتهما شرط فى تحقق عقد الاجاره و يلزم على المستاجر اجره مثل ما سكن دون المسمى لبطلان العقد راسا و تكون المسأله اشبه شىء بالمقام على الاحتمال الثالث و ليس قوله كل شهر بكذا التعيين كون الشهر الاول موردا للاجاره و مدته لها حتى يقال انها معلومه و الاجره أيضا معلومه تبعا بل انما ذكره لاجل تقسيط الثمن فالبطلان لجهاله الاجاره الناشئه عن جهاله المنفعه و مجرد مقابله جزء معلوم من المده بجزء معلوم من الاجره لا يستلزم كون العوضين فى الاجاره معلومين لان العوض هو المجموع و هو مجهول و هذا بخلاف ما لو قال اجرتك سنه كل شهر بدرهم فانه نظير بعثتك هذه الصبره كل قفيز بكذا

قوله و اما اذا بنى على توزيع الثمن على مجموع المبيع)

و لكن الظاهر جعل الثمن بإزاء الموجود و الجهل بوجود المبيع غرر عرفا فدعوى تحققه فى محلها و الخيار لا يرفعه لما فى المتن من الدور فاقرب الوجوه البطلان كما عليه المشهور

قوله (و له نظائر ذكر جمله منها فى التذكرة)

قال فى محكي التذكرة لو قال بعثتك هذه الصبره كل قفيز بدرهم فان علمنا قدر القفران صح البيع و الا بطل للجهاله و قال مالك و الشافعى و احمد و ابو يوسف و محمد يصح لانه معلوم بالمشاهده و الثمن معلوم لاشارته الى ما يعرف مثله بجهه لا تتعلق بالمتعاقدين و هو ان تكال الصبره و يقسط الثمن على قدر قفرانها فيعلم مبلغه و نحن نمنع العلم و قد سبق و قال ابو حنيفه يصح البيع فى قفيز واحد و يبطل فيما سواه لجهاله الثمن كما لو باع المتاع برقمه و لو قال بعثتك هذه الارض او هذا الثوب كل ذراع بدرهم او هذه الاغنام كل رأس بدرهم لم يصح عندنا و به قال ابو حنيفه أيضا و ان سوغ البيع فى قفيز واحد من الصبره و قال الشافعى يصح سواء كانت معلومه او مجهوله انتهى و قد نقلنا العبارة للاشاره الى ان صاحب الكفايه لعله اراد من النظائر

ما سمعته من بيع الارض او الثوب كل ذراع بدرهم و بيع الاغنام كل رأس بدرهم

قوله (في التذكرة و فيه نظر)

لجهاله المبيع و الثمن حين العقد حيث لم يعلم أنه كم صاع و كم يكون ثمنه و من الواضح عدم كفايه المشاهده في المكيل و الموزون فالاقوى هو المنع

[مسألة إذا شاهد عيناً في زمان سابق على العقد عليها]

قوله (إذا شاهد عيناً في زمان سابق)

اعلم أنّ الجزئي المشخص الذي يختلف ماله و قيمته او الرغبات باختلاف اوصافه سواء كان من المكيل و الموزون و المعدود او غيرها قد يكون بيعه بالمشاهده حال البيع و قد يكون بالمشاهده السابقة على زمان البيع و قد يكون بالوصف اما الاول فواضح و اما الثالث فان اوجب وصف البائع اطمينا و وثوقا باشمال المبيع عليه و ارتفع به الجهاله و الغرر صح و اما الثاني فان اقتضت العاده تغييره عن صفاته السابقة لم يصح البيع الا بذكر صفات تصح بيع الغائب و ان اقتضت العاده بقاءه عليها فلا اشكال في الصحه و ان انكشف عدمه في الواقع لادن البيع وقع مبتيها عليها و مثله لو احتمل التغيير احتمالا - مرجوحا و لو شك في التغيير و احتمل الامران او ظن احدهما فهل يجوز الاعتماد على اصاله عدم التغيير و البناء عليها في العقد فيكون نظير اخبار البائع بالكيل و الوزن أم لا فلا بد في صحه بيعه اما من قوه الظن بحد يلحقه بما اقتضى العاده عدم تغييره و اما من مشاهده ثانيه او ذكر صفاته و جهان بل قولان منشؤهما ان المراد من العلم الذي هو شرط في المبيع هل هو العلم الوجداني او العلم الشرعي ذهب المصنف طاب ثراه الى الثاني و الاقوى هو الاول و ذلك لادن ارتفاع الجهاله و الغرر المانع عن الصحه انما يكون عرفا بالعلم بوجود الصفات فلا بد من احرازها و لا يكفي وجودها الواقعي حتى يحرز بالاصل و حكمهم بجواز الاعتماد على اخبار البائع بالكيل و الوزن ليس من باب التعبد بحيث يكون تخصيصا لادله نفى الغرر و تنزيلا - لاخباره بمنزله الكيل و الوزن بل هو كما مر طريق عرفي بشرط افاده الظن الفعلي و حصول الوثوق و الاطمينان و لو سلم انه من باب التعبد فهو لا - يستلزم كون الشرط العلم الشرعي مط بل غايته الدلاله على ان الشرط المذكور غير معتبر في خصوص مورد الاخبار و يكون تخصيصا لنفى الغرر و يكون كحكم الشارع بعدم اعتبار العلم بالعوضين في الصلح رأسا و بالجمله مقتضى ادله اشتراط العلم و مانعيه الجهاله هو العلم الوجداني او الظن الفعلي الموجب لحصول الوثوق و الاطمينان عرفا و لو قامت البيئه على عدم التغيير فالاقرب عدم الاعتبار بها أيضا و ذلك لقوه عموم ادله المنع عن الغرر من حيث قلّه تخصيصها و اخصيه موردتها و كيف

كان فاذا باع او اشترى برؤيه قديمه او بالوصف و لم يتغير المبيع عمّا شوهده او وصف اصلا او بما لا يوجب الخيار كتغير بعض الاوصاف التي لا يعتنى بها من جهة عدم تعلق الغرض به او غير ذلك فلا خيار و ان انكشف التغير قبل وقوع البيع تخير المغبون و هو البائع ان تغير الى صفات زادت في مائته و المشتري ان نقصت عن تلك الصفات و ان تغير بالاكمل من الصفات المرثيه او الموصوفه او بما هو اجود منها فهل للمشتري الخيار وجهان من حصول التغير الموجب للخيار و دخوله تحت الاطلاقات و تفاوت الـاغراض و لعلّ غرض المشتري و منفعته لاـ يكون في الـاجود و من أنّ مقتضى ما ذكره في السلم من أنّ البائع لو دفع الى المشتري ما هو اجود ممّا وقع عليه العقد و جب عليه القبول عدم جواز الردّ فلا خيار ثمّ أنّ الخيار مع التغير أنّما هو فيما لم يكن الى حال يفسد العقد و يبطل به البيع ثمّ أنّ بيع الكلّي فيما يصحّ فيه أنّما هو بالوصف الرافع للجهاله سواء كان حالًا او مؤجلا و اذا اراد البائع تسليم مصداق فاقد للوصف تخير المشتري بين مطالبه الموصوف و الرضا بالفاقد باسقاط الوصف و هذا غير الخيار بين فسخ العقد و امضائه الثابت في بيع الجزئي و منشأ الفرق بين الخيارين أنّ في بيع الجزئي ليس للمبيع فرد اخر فيدور الامر بين الفسخ و الامضاء و هذا بخلاف الكلّي

قوله تخير المغبون و هو البائع ان تغير الى صفات)

ليس المراد من المغبون ما هو المصطلح في خيار الغبن فانه ما كان ناشئا عن نقص القيمة السوقية او زيادتها بل المراد منه من تخلف شرطه الناشى غبته من زياده حاصله في المائيه او نقصان فيها بالتغير

قوله (لأنّ يده على الثمن كما في الدروس)

الغرض من الـاصول المذكوره في المقام أنّما هو تعيين المدعى و المنكر فما كان منها موافقا لقول المشتري افاد أنّه هو المنكر لأنّ قوله ح يوافق الاصل فيقبل قوله بيمينه مع عدم البيّنه من احدهما و ما كان منها موافقا لقول البائع كاصاله عدم التغير و اصاله اللزوم افاد أنّه هو المنكر فالغرض من الوجوه الثلاثة هو اثبات أنّ المشتري يكون قوله موافقا للاصل و ليس هناك اصل يكون حاكما عليها فما تخيله بعض المحشّين من أنّ اصاله عدم وصول حقّه إليه أنّما هو لاثبات الخيار للمشتري فاستشكل بأنّه يثبت عند الضرر و اثبات هذا العنوان بالاصل المذكور من المثبت في غير محلّه و يمكن تقريب الاشكال بأنّ المستشكل قد التفت الى أنّ الـاصول المذكوره أنّما هو لتعيين المدعى و المنكر و غرضه أنّ الاصل و ان كان لاحراز

تعيين المنكر و لكنّه لا يجرى الآ فى حكم شرعى او موضوع ذى حكم كذلك و كما أنّ فى المتن يدفع الاصول المفيده للبائع بأن بعضها غير جار لعدم الحاله السابقه و بعضها جار غير نافع لآنه من المثلث و لا يترتب عليه اثر شرعى فكذلك اصاله عدم وصول حق المشتري إليه تجرى لافاده كونه المنكر اذا كان لها اثر شرعى و ذلك الاثر ان كان هو الخيار فحيث أنّه لا يترتب عليها الآ بواسطه عنوان الضرر كان الاصل مثبتا و الدفع ح ان يقال أنّ الاصل المذكور يترتب عليه الاثر الشرعى من دون واسطه و هو عدم وجوب دفع الثمن و عدم جواز مطالبه البائع له ثم اعلم أنّه كما اختار المصنّف مسلك المشهور من تقديم قول المشتري و تعيين أنّه المنكر نظرا الى اصاله عدم وصول حقه إليه و اصاله عدم التزام المشتري بتملك هذا الموجود و اصاله عدم العقد و التراضى على الشىء المطلق بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود و عدمه و اصاله عدم وفاء البائع بالعقد بدفع العنوان الذى وقع العقد عليه الى المشتري فكذلك لو جعلنا المدار فى تعيين المدعى و المنكر بأن المدعى هو الذى لو ترك ترك فانّ النزاع فى المقام أنّما هو مع قطع النظر عن القبض لو فرض وقوعه و لا اشكال ح فى كون البائع مدعىا و كذلك بناء على ما اختاره جماعه من أنّ المدار فيه على الصّدق العرفى لأنّ اللفظين لم يرد فى معناهما شىء من الشرع و لم يكن لهما حقيقه شرعيه او متشرّعه و اختلافهم فى تعريفهما ناش عن الاختلاف فى الفهم العرفى و لا ريب أنّ العرف يرى المشتري منكرا و البائع مدعىا

قوله (من عدم وجوب تسليم الثمن و المثمن فى مدّه الخيار)

و فى الحاشيه التّقريريه لبحث الاستاد ره جعل الخيار على اقسام ثلاثه الاوّل الخيار المجعول شرعا ارفاقا لذى الخيار و نظره له فى المعامله كخيار المجلس و الحيوان و يلحقه الخيار المشروط مدّه لاحد المتعاقدين او لكليهما الثّانى الخيار الناشى عن تخلف الشرط الضّمنى كخيار الغبن و العيب و يلحق بهما خيار تخلف الوصف المشترط فى المبيع الثّالث الخيار الناشى عن تغيير المبيع عن اوصافه المرثيه سابقا و اختار فى القسم الاوّل ثبوت حقّ الحبس لذى الخيار بخلاف القسمين الاخيرين و هو كما ترى لا محصل له

قوله (كأنّه لا يناسب اصاله اللّزوم)

اصاله عدم وصول حقّ المشتري إليه و اصاله عدم التزام المشتري بتملك هذا الموجود ينفعان فى دفع اصاله اللّزوم التى تقدّم دعواها لورودهما فى موردها لانّ الشكّ فى اللّزوم أنّما ينشأ من كون ما يقبضه البائع موافقا لما وقع عليه العقد أم لا و اصاله عدم وصول

حقّ المشتري إليه رافع للمطابقه و برفع المطابقه لا يبقى شكّ في اللزوم و مع اصاله عدم التزام المشتري بتملك هذا الموجود لا يبقى موضوع للزوم و اما اصاله بقاء يد المشتري على الثمن فالشكّ في كون ما يقبضه البائع موافقا لما وقع عليه العقد ملزوم لها و ليس الاصل المذكور ناظرا إليه و لا الى لزوم العقد و عدمه ابتداء نعم لو اريد التمسك باصاله اللزوم فيما لو شكّ في عقد في اقتضائه ذلك بحسب اصل وضعه صحّ التمسك باصاله بقاء يد المشتري على الثمن لدفع اللزوم و اثبات جوازه لأنّ الشكّ في اللزوم و الجواز ح يكون مسببا عن الشكّ في قابليته العقد لذلك و الاصل المذكور رافع لها

قوله (و تاخره عنه على وجه لا يوجب الخيار

هذا التقييد للاحتراز عمّا لو تجدد في المبيع عيب بعد العقد و قبل القبض فانّ المشتري يتخير ح بين الفسخ و الامضاء لأنّ المشهور هو الحاق تلف الوصف بعد البيع و قبل القبض بتلف المبيع و اجزائه في كون ضمانه على البائع فدعوى البائع تاخر التغيير عن البيع يفيد لو كان مدّعا لوقوع التغيير بعد قبض المشتري كما لو اتفقا على انّ الشاه كانت سمينه حال المشاهده و البيع وقع على الوصف المشاهد و صارت مهزوله بعدها و اختلفا بانّ ادعى البائع صيرورتها مهزوله بعد قبض المشتري و ادعى المشتري صيرورتها كذلك قبل البيع او القبض

قوله و الظاهر انه لا يترتب على شىء منهما الحكم)

علل قدس سره عدم جريان الاصلين و بقاء اصاله عدم وصول حقّ المشتري إليه من دون وجود حاكم عليها بانّ الاصلين مثبتان و بهذا يندفع ما كان يتخيل من التفصيل بين ما اذا علم تاريخ البيع و حصل الاختلاف في تاريخ التغيير فيكون الاصل تاخره و لازمه عدم الخيار للمشتري فانّ مقتضى الاصل حدوث التغيير في ملكه كما انّ في صورته العكس يكون الاصل تاخر البيع عن زمان التغيير الموجب لخيار المشتري و ما اذا كانا مجهولي التاريخ فلا يجرى الاصل في كليهما للتعارض و كان المرجع ح اصاله عدم وصول حقّ المشتري إليه وجه الاندفاع انّ تلك الاصول لا تجرى لانّها من المثبتات من دون فرق بين ما لو كان كلّ من التغيير و البيع مجهول التاريخ او كان احدهما معلوما تاريخه و الفرق انّ في مجهولي التاريخ يكون عدم الجريان من جهتين تعارض الاصلين و كونهما مثبتين و فيما كان المجهول تاريخ احدهما فعدم الجريان من جهة انه لا اثر لاصاله تاخر المجهول

[مسأله يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار]

قوله و اعترض عليه بانّ الغرور لا يختصّ بصوره علم الغار)

على انّ تخصيص رجوع المشتري بما غرم بصوره الغرور في حيز المنع و الا لم يكن له الرجوع فيما

اعتقد البائع أنه ملك له فباعه و ظهر أنه لغيره و اغترم عليه المشتري و لم يجز المالك و ظاهرهم اطلاق الرجوع و الوجه في ذلك كله هو تسبب البائع لغرم المشتري

قوله (ثم ان المحكي في س عن الشيخ و اتباعه)

تقرير الاشكال هو ان مقتضى الشرط عدم رجوع المشتري على الثمن و تملك البائع له بتمامه و الحال انه ليس في مقابله شيء للمشتري و هو مناف لمقتضى العقد اذ لا شيء في مقابله الثمن فيكون البائع اكلا للثمن بالباطل و الصواب عدم الاشكال في الصحة و ذلك لان الوجه المتصوره في صحة معامله ثلاثه الاول كفايه المالكه و ان لم يكن المبيع مالا فان البيع تمليك عين بعوض و عليه فحيث ان المفروض ملكيه المبيع شرعا قبل الكسر فلا- بأس بمقابله للثمن و صح البيع الثاني لزوم اعتبار كون المبيع من الاموال الواقعيه و اشتراط التمول في العوضين واقعيًا لا علميًا و عليه فالفساد الواقعي المنكشف بالكسر يكون العقد عليه فاسدا الثالث كفايه المائيه الظاهريه بمعنى ان المائيه التي بها يتقوم حقيقه المبادله اعم من الواقعيه و الظاهريه و عليه فالبيع الواقع صحيح واقعا و المبيع من حيث كونه فاسدا يكون معيبا و يسقط خياره بالتبري و احسنها الأخير لان البيع و ان كان تمليكا لما ان اشتراط المائيه في المتعلق مالا- ريب فيه لوضوح ان الغرض النوعي العقلاني في المعاملات سيما البيع ليس هو نقل الاضافه المالكه فقط بل هو التبدل المتعلق بالاموال فاشتراط كون المبيع مالا لا اشكال فيه و لكن الشأن انما هو في لزوم اعتبار كونه مالا واقعيًا و قد اشرنا آنفا في ذيل كلام الدروس ان دعوى وضوح كون مائيه ما لا يكون لفساده قيمه عرفا و شرعا من حيث الظاهر و أما اذا انكشف الفساد حكم بعدم المائيه من أول الامر مصادره فالمستشكل ان اراد بانتفاء ما يقابل الثمن انتفائه من حين المعامله ففيه ان المبنى ماله المبيع شرعا قبل الكسر فيقابل الثمن و ان اراد انتفائه من حين الكسر ففيه انه لا- ينافي مقتضى العقد اذ ليس من مقتضاه بقاء كل من العوضين الى مده نعم يقتضى وجودهما حين العقد و ليس الكسر الا تلف حادث في ملك المشتري فليس اخذ البائع للثمن اكلا للمال بالباطل

[مسأله لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه]

قوله (و عليها تحمل صحيحه العيص بن القاسم)

في معنى الصحيحه احتمالات الاول انه يجوز بيع اللبن في الصرع و لكن بشرط تعيين ذلك بان يقال الى انقطاع الالبان او الى ان تنتصف و امثال ذلك الثاني انه يجوز بيع البان جميع الانعام او الاغنام او لبن بعض منها و يكون ما بعد حتى ح غايه مؤكده للجواز يعني انه يجوز البيع الى ان تنقطع البان جميع فيكون عباره عن البان جميعها و يجوز بيع شيء من البانها الثالث ما ذكره في المتن و هو ان يكون المراد من الانقطاع انفصال اللبن من الصرع و يكون المعنى نعم يجوز البيع بشرط ان ينقطع الالبان من الثدي اي تحلب اما كلها او بعضها

فأما إذا كانت كلها في التثدي و لم يحلب شىء منها بعد فلا يجوز بيعها و بهذا المعنى يوافق موثقه سماعه لا على الاولين و لكن لا يخفى عدم مناسبه لفظه حتى لهذا المعنى لان قوله نعم بمنزله قوله يجوز و لفظه حتى ح لا بد ان تكون غايه للجواز و الحال ان انفصال اللبن بتمامه او انفصال بعض منه على هذا المعنى قيد للجواز لا- غايه له و لا يبعد ان تكون من تحريف التسخ و كونها فى الاصل متى

[مسأله يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقداراً يحتمل الزيادة و النقصه]

قوله و يمكن ان يحزر المسأله على وجه اخر)

و الفرق بين هذه الصوره و السابقه ان بعد وزن المظروف مع ظرفه يكون الاندار فى هذه الصوره قبل البيع و ذلك لتعيين مقدار المبيع و تصحيح العقد فان الباقي بعد الاندار يفرض و زنا للمظروف و اما فى الصوره السابقه يكون اندار مقدار معين للظرف بعد وقوع البيع فيكون الاندار لتعيين ما يستحقه البائع من الثمن لا لاجل تصحيح البيع و يظهر من عبائر جماعه الوجه الاول و من اخرى الثانى و اما الروايات فاما موثقه حنان فقول السائل فيحسب لنا يحتمل ان يكون الفاء للترتيب فيفيد وقوع حساب النقصان بعد الاشتراف فتكون الروايه فى مورد الوجه الاول و هو الاندار بعد البيع و يحتمل ان تكون تفسيريه من دون ان تفيد الترتيب فتكون الروايه فى مورد الوجه الثانى او يعتمها و اميا روايه على بن حمزه فهى ساكته من بيان ان طرح الظرف قبل المعامله او بعدها و الجواب بإطلاقه يعم الوجهين و اميا خبر على بن جعفر فهو كموثقه حنان و الفاء فى قول السائل فيقول ادفع تحتمل ان تكون للترتيب فتفيد طلب الدفع بعد اشتراف المتاع و يكون الاندار بعد البيع و تحتمل ان تكون تفسيريه و الانصاف ان الاندار متعارف بكل من الوجهين و الظاهر ان الشارع اعتبره على الوجهين تسهيلا للامر على المكلفين و لو كان الجواز مخصوصا باحدهما لكانت فى الروايات دلالة عليها و لو ايماء

قوله (فاذا تراضيا على ان يندر للظرف رطلان

قد يقال ان هذا باطل قطعاً لخروجه عن مورد النص و الاجماع لان موردهما ما اذا كان الاندار بما يقتضيه العرف و العاده لا بكل ما اقترحه المتبايعان فمع كون المعتاد اسقاط رطل لا- عبره بتراضيهما برطلين او ازيد او انقص فالاولى ان يمثل بما لو كان المجموع عشره ابطال مثلاً و كان المعتاد اسقاط رطلين فتراضيا عليهما مع علمهما فى القضيه الشخصيه بالزياده او النقصه

قوله (فى الباسنه و الجوالق)

الباسنه بالباء الموحده و السنين بعدها التون جوالق غليظ كما فى القاموس و الجوالق معرب جوال و الجمع جوالق

قوله (من جواز اندار ما يحتمل الزيادة و النقصه)

لا بد ان يبحث أولاً فى ان الاندار

على وفق القاعده أم لا- و ثانيا في الاصل و ثالثا فيما يستفاد من النصوص اما الاول فلا يبعد دعوى كونه على القاعده بكل من الوجهين المذكورين امّا على فرض وقوع الانذار قبل البيع فغايه الامر مجهوليه المبيع من جهة احتمال الزيادة و التقصيه و لكن لمّا تعارف ذلك و صدق في العرف أنّ المبيع معلوم فلا- غرر عرفا و هو المدار في القاعده و اما على فرض وقوعه بعد البيع فجهاله المبيع و ان كانت بسبب جهاله ما ينذر للظرف مضافا الى الجهاله من حيث احتمال الزيادة و التقصان فيما يقدر بعد الانذار الّا أنّه لّمّا تراضيا على الانذار بحسب ما هو المعتاد و المتعارف سواء علما بما يعتاد انداره أم لا كفى هذا المقدار في المعلوميه و رفع الغرر عرفا و من انكر هذه المسامحات العرفيه و شكّ في صدق الغرر و وصل التوبه الى الاصل فالظاهر أنّ اصاله عدم زياده المبيع على ما بقى بعد الانذار و اصاله عدم استحقاق البائع ازيد ممّا يعطيه المشتري من الثمن لا ينفعان فانّ الاولى على نحو ليس التاقصه غير جاريه لفقد الحاله السابقه و الثانيه و ان كانت جاريه لكنّها تنفع بعد تصحيح البيع لا في صحته مضافا الى أنّ الاصلين لو كانا جاريين لكانا نافعين في دفع احتمال زياده المبيع على ما بقى بعد الانذار و لا ينفعان في مقام احتمال التقصيه و مع النظر الى النصوص فقد عرفت شمولها للوجهين من الانذار ثمّ المتيقن من الصحه بالنظر الى النصوص هو الانذار بما هو المتعارف نوعا مع التراضي و اعتبار عدم العلم بزياده المحسوب او نقصانه عن الظرف بما لا يتسامح به في بيع كلّ مطروف بحسب حاله و اما مع عدم القيد في فمع الشك في الزيادة و التقصيه و عدم العاده فالظاهر عدم صحه البيع لأنّ المبيع من المكيل و الموزون و مع العلم بالزيادة و التقصيه فلا بأس مع لحوق رضاء جديد غير الرضا باصل الانذار باسقاط من الذمه او هبه للعين سواء كان هناك عاده أم لا و اما صحه البيع من دون احتياج الى رضاء جديد فلا للغرر و ما عرفت من ادله الكيل و الوزن

[مسأله يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و إن لم يعلم إلا بوزن المجموع]

قوله لا من المركب من الظرف و المظروف)

فانّ على الاول يفرض الظرف كالمظروف و مجتمعا معه في البيع على ان يكون الرطل من الظرف مساويا في القيمة للرطل من المظروف و أما اذا فرض المبيع مركبا من الظرف و المظروف و باع كلّ رطل منه بدرهم من دون لحاظ التساوي في القيمة كان الدرهم يازاء الرطل المركب فقط و لا بدّح في توزيع الدرهم و وقوع جزء منه يازاء جزء من المركب من ملاحظه نسبه الجزء من الظرف الى اجزاء المظروف بما لكلّ منهما من القيمة الواقعيه

[تنبيهات البيع]

قوله و الشهيد أنّه يسعر عليه ان اجحف بالثمن)

و الذي وقفت عليه من الاخبار الداله على عدم التسعير خبر حذيفه بن منصور عن ابي عبد الله (ع) نفذ الطعام على عهد رسول

اللَّهِ (ص) فاتاه المسلمون فقالوا يا رسول الله قد نفذ الطعام و لم يبق منه أَلَا شَيْءٌ عند فلان فمره يبيعه النَّاسُ قال فحمد الله و اثنى عليه ثم قال يا فلان انَّ المسلمين ذكروا انَّ الطَّعام قد نفذ أَلَا شَيْئًا عندك فاخرجه فبعه كيف شئت و لا تحبسه و خبر حمزه عن عليّ (ع) انَّ رسول الله (ص) مرَّ بالمحتكرين فامر بحكرتهم ان تخرج الى بطون الاسواق و حيث ينظر النَّاس إليها فقبل لرسول الله لو قومت عليهم فغضب (ص) حتَّى عرف الغضب فى وجهه و قال (ص) انا اقوم عليهم انما السَّيِّع الى الله عزَّ و جلَّ يرفعه اذا شاء و يضعه اذا شاء و التفصيل المذكور عن الجماعه حسن ان بلغ اجحاف البائع الى حدِّ لا يقدم احد على شرائه و يكون نقضا لغرض الاجبار و الله العالم هذا ما وفقنا الله تبارك و تعالى لتحريره عند البحث و النَّظر الى كتاب البيع و احكامه مع ضيق المجال و اضطراب الاحوال و الحمد لله أوَّلا و آخرا

[القول فى الخيار و احكامه و اقسامه]

[فى معنى الخيار]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربَّ العالمين و الصِّلاه و السَّلام على سيِّدنا محمَّد و آله الطَّيبين الطَّاهرين و اللعنه على اعدائهم اجمعين القول فى الخيار و اقسامه و احكامه

قوله (فى كلمات جماعه من المتأخرين فى ملك فسخ العقد)

فسَّيره لغه جماعه منهم الجواهر بأنَّه المشيئه فى ترجيح احد الطَّرفين و لا يخفى انَّ على هذا يكون المعنى المصطلح على اى من التَّعريفين المذكورين من النَّقل الى المباين لوضوح انَّ المعنى المصطلح ليس هو المشيئه بل هو معنى يكون من قبيل اسم المصدر و على تقدير ان يكون المعنى المصطلح هو الاختيار المصدرى فيكون بمعنى ترجيح احد الطَّرفين و ترجيح احد الطَّرفين غير المشيئه فى ترجيح احد الطَّرفين و الظَّاهر انَّ التفسير بالمشيئه من حيث اخذه مصدر خار يخير كقتال بقرينه جعله بمعنى الخيره ثم تفسيرها بمشيئه احد الطَّرفين و المصرَّح به فى الصَّحاح و القاموس و غيرهما انه الاسم من الاختيار و عليه فليس من النَّقل الى المباين لانَّ المعنى اللُّغوى ح يكون ملك مطلق الامر و هو اعم من فسخ العقد و غيره و لا يضاف الى غير الافعال من الاعيان و المنافع كالاختيار الذى هو مصدره و المعنى المصطلح ملك لامر خاص و حق ثابت لذى الخيار متعلِّق بفسخ العقد او فسخه و اقراره و على تقدير تفسيره بالمشيئه لغه يكون من النَّقل الى المباين لما عرفت من انَّ المعنى المصطلح لا يكون نفس المشيئه بلا ريب و صرَّح بعض اللُّغويين بانَّ الخيار بمعنى الاختيار و توهم بعض انَّ بناء عليه يكون الخيار لغه و اصطلاحا بمعنى واحد و هو الاختيار و الفرق انَّ فى اللُّغه لمطلق هذا المؤدَّى و فى الاصطلاح لاخص منه و هو اختيار ما يشاء من طرفى ابقاء العقد و ازالته و هو فاسد لانَّ اختيار ابقاء العقد و ازالته فى الجواز

الحكمى خارج عن الخيار بالمعنى المصطلح و ليس ذلك عندهم أأ عباره عن خصوص الحق الثابت لشخص فى فسح العقد و ابقائه و بالجمله على المعنى الثالث بحسب اللغه يكون من الثقل الى المباين و على اى حال فالامر فى ذلك سهل و اما المعنى المصطلح فهل هو ملك فسح العقد او ملك اقرار العقد و ازالته الاولى هو الاول فان الزام العقد و تثبته و جعله غير قابل لان يفسح ليس كالفسح امرا وجوديا بل ليس مرجعه كما افاده المصنّف ره أأ الى اسقاط حق الخيار فان العقد بعد وقوعه افاد نقل المال الى المشتري و ما ينتظر وقوعه ليس أأ القدره على الفسخ و الرجوع عن الثقل الواقع و ليس لتثبيت العقد شىء كالفسخ غير ما كان حاصلًا من الثقل و كون المال للمشتري و ما فى الحاشيه التقريريّه لبحث الاستاد طاب ثراه و حاصله ان المنشأ بالعقد مدلولان احدهما مطابقى و هو تبديل المال بالمال و الاخر التزامى و هو التعهّد بما انشأه المعامل و الالتزام به و كلّ منهما امر وجودى غير الاخر و معنى ثبوت الخيار لاحد المتعاملين ان اختيار المدلول الالتزامى و ضعا و رفعا بيد ذى الخيار فله ردّ ما الزمه على نفسه من انفاذ العقد فينحلّ العقد و له ابقاء ما التزم به طرفه له فيستقرّ العقد انتهى و ان كان حقا لا محيص عنه و تعرف ان شاء الله تعالى ما يترتب عليه فى بعض المباحث الآتية أأ انه فى المقام لم اجد فى اطراف كلامه ما يوجب ان يكون كلّ من طرفى الخيار امرا وجوديا و ما سيجىء من المصنّف ره فى احكام الخيار من التعبير بان الرضا بمضمون العقد التزام بالعقد و يوجب اللزوم فليس الغرض منه أأ الاشاره الى الالتزام بعدم الفسخ و اسقاط الخيار فتدبر

قوله (و لعلّ التعبير بالملك للتنبيه)

الحكم اميا تكليف و اميا وضع و على اى حال فهو مجعول من الشارع من دون لحاظ الشخص فى جعله متعلق بفعل الإنسان من حيث المنع عنه و الرخصه فيه او ترتب الأثر عليه و الحق قد يطلق فى مقابل الملك و قد يطلق فيما يرادفه و هو اضعف من مرتبه الملك و أول مرتبه من مراتبه المختلفه فى الشده و الضعف و هو بمعنييه سلطنه مجعوله للإنسان على غيره مع لحاظ الشخص بحيث لا قوام له بدونه و يختلف فى جعله و ثبوته من حيث سقوطه بالاسقاط و عدمه و نقله الى غيره مجانا او بعوض و عدمه و انتقاله قهرا بالارث و عدمه الى اقسام عديده و اما الحكم فحيث لم يلاحظ فيه الشخص فلا يقبل الثقل و الاسقاط و لو دلّ دليل على احدهما علم منه كون الشىء حقا و ليس كلّ ما لا يسقط و لا ينقل حكما لما عرفت من ان بعض الحقوق أيضا لا يسقط و لا ينقل و لم يؤخذ الحقّ و الحكم موضوعا لامر فى الكتاب و السنه بل هما اصطلاحان عند الاصحاب لتعيين ما يترتب عليهما من الآثار و يمتاز كلّ عن الاخر بما يستفيدونه من الادله

فان استفيد منها مجرد جعل الرخصه فى فعل شىء او تركه او الحكم بترتب اثر على فعل او ترك سمي حكما و ان استفيد منها السيلطنه على شىء سمي حقا كان متعلقا بعين كحق الرهانه او بشخص كحق القصاص او بعقد كحق الخيار او غيرها و تمييز القسم الخاص من الحق اثباتا فهو بحسب ما استفاد من دليله كما علم ان تمييزه عن الحكم انما هو بحسب ما استفيده الفقيه من الادله و لو شك فى شىء بين كونه حكما او حقا فالمرجع العمومات و الاصول و لما اعترض المصنف على التعريف المذكور بعدم كونه مانعا اراد التوجيه بان تعبير الجماعه فى مقام التعريف بملك فسخ العقد لعله للتنبيه على ان الخيار من الحقوق فيخرج ملك الفسخ فى العقود الجائزه و فى عقد الفضولى و قد استشكل السيد الطباطبائى ره فى حاشيه على تعريف الخيار بالملك بما هذا لفظه لا يخفى ان الملك لغه السلطنه و فى العقود الجائزه أيضا السلطنه متحققه فلا دلالة فى التعبير المذكور على ما ذكره الا ان يراد من الملكيه السيلطنه المطلقه على الفسخ بمعنى كون امره بيده من جميع الجهات كما فى لفظ الملك المضاف الى الاعيان و هو غير ظاهر اذا لملك المضاف الى الافعال يمكن ان يجعل بمعنى السيلطنه على نفس ذلك الفعل بمعنى القدره عليه لا بمعنى كونه مملوكا له و مسلطا عليه من حيث سائر التصرفات ه اقول قد تقدمت فى اوائل بحث المعاطات ان الملكيه ربط خاص بين المالك و المملوك موجب لسلطنته عليه او هى نفس السيلطنه عليه و يختلف هذا الربط شدة و ضعفا و ذكرنا انها تنقسم الى ملكيه العين و ملكيه المنفعه و ملكيه الانتفاع مع انها ليست فيهما الا مجرد الاباحه من جهه خاصه و قد عبر بملكيه الانتفاع فى حق الماره و الصيلاه فى الاراضى المتسعه و ليس ذلك الا من جهه ان الشجره او الارض مملوكه للمباح له من جهه الانتفاع الخاص بها و ليس المراد من الملك فى تعريف الخيار هو السيلطنه بمعنى القدره بل المراد منه هو الامر المجعول الذى هو من الاحكام الوضعيه و قد يقال انه من مقوله المضاف و قد يقال انه من مقوله الجده اما حقيقته او اعتباريه و على اى حال لا يراد منه المعنى اللغوى و قد عرفه الشهيد قدس سره فى القواعد بانّه حكم شرعى مقدر فى العين او المنفعه يؤثر تمكين المضاف إليه من الانتفاع به و العوض عنه من حيث هو كذلك ه و لا- يعتبر فيه بجميع مراتبه السيلطنه على المتعلق من جميع الجهات و سائر التصرفات سواء اضيف الى الاعيان او الافعال او غيرهما و قد عبر الاصحاب عن جواز انتفاع الزوج بالزوجه بملكيتها لبضعها مع انها حره و لا- معنى لملكيتها لبضعها الا الاباحه من جهه خاصه و القول الفصل هو ان تعريف الخيار بملك فسخ العقد احسن التعاريف و لا يدخل فيه شىء يكون من غير الخيار الشرعى فان المراد بالملك

كما مرّ عليك هو الرّبط الخاصّ و الاضافه الخاصّه الاعتباريّة بين الشّخص و ما يكون ملكا له موجب للسّيطنه عليه او هو نفس السّيطنه عليه و يختلف هذا الرّبط شدّه و ضعفا و الخيارات سلطنه مجعوله باحد اسبابها للمتعاقدين او الأجنبيّ على ابطال العقد اللّازم و حلّه و ما ذكره المصنّف ره من التّقصّ طردا فبعضه غير داخل في الحدّ و بعضه من المحدود و ذلك لأنّ اذا قلنا الخيار ملك فسوخ العقد خرج بلفظ الملك ما كان من الاحكام كالرجوع في العقود الجائزه فانّ الجواز فيها حكميّ و لذا لا يقبل الاسقاط كما هو الشّأن في جميع الاحكام الشرعيه سواء كانت ثابتة في العقود أم في غيرها لأنّ امر الحكم بيد الحاكم لا بيد المحكوم عليه نعم لو كان معلقا على موضوع و كان داخلا فيه كان له الخروج عنه فيسقط به حيثنذ لا بالاسقاط و العقد الجائز لا خيار فيه ما دام جائزا ألما اذا عرض عليه اللّزوم بسبب فيؤثّر ح سبب الخيار فيه خيارا و الفرق بين الجواز و الرجوع في العقود الجائزه و بينهما في العقود اللّازمه بسبب الخيار أنّ المجمعول في الأوّل مجرّد الرّخصه في الفسخ و الامضاء من دون جعل سلطنه خاصّه و اضافه مخصوصه لاحد بخلاف الثّاني حيث أنّ المجمعول فيها السّيطنه على الفسخ لاحد المتعاملين او كليهما و كاجازه المالك في البيع الفضولي فانّها من الاحكام لأنّ معناها امضاء البيع الواقع في ملكه فهو كما لو باعه بنفسه من كونه من الآثار المتعلّقه بنفس السّيطنه التي هي له و مثلها الرّد الّذي مرجعه الى ابقاء ملكه على ما كان و كلّ من التّقل و الابقاء من الاحكام من الحقوق التي يصدق عليها الملك فكما أنّ الاجازه و الرّد من المرتهن لبيع الرّاهن تكون خارجه عن التّعريف لأنّهما من الاحكام اللّاحقه لحقّ الرّهانه و ليس ردّ العقد او اجازته من المرتهن حقّا شرعيّا مجعولا له بالخصوص و ردّه للعقد مرجعه الى ابقاء حقّه على ما كان فكذلك في الفضولي و كردّ الوارث العقد على ما زاد على الثّلت و امضائه فانّ ذلك أيضا من الاحكام فانّ معنى كون المنجّز من الثّلت هو أنّه يكون موقوفا فان برء من المرض كشف عن التّفوذ من الاصل من حين التصرّف و ان مات في ذلك المرض و لم يكن ازيد من الثّلت كشف أيضا عن كونه نافذا من الأوّل و الّا فيكشف عن كونه فاسدا من الأوّل بمقدار الرّائد عن الثّلت اذا لم يجز الوارث كالوصيّة التي تبطل من حينها فيما زاد على الثّلت مع عدم الاجازه لا أنّه يحكم بصحّه التصرّف الواقع الى حين الموت و مع الموت و عدم اجازه الوارث يحكم بفساده من ذلك الحين بان يكون الوارث مبطلا له عند الانتقال إليه فينفذ من الثّلت من حين الموت و ذلك لأنّ بعض التصرّفات لا- يمكن فيه طرؤ الفساد بعد وقوعه صحيحا كالعق فأنّه اذا صار العبد حرّا فلا- يمكن عوده رقما ألما بالاسترقاق اذا كان كافرا و كالوقف المأخوذ في معناه التأييد و لا قائل بالتفصيل بين ما يقبل طرؤ الفساد و

غيره و ما ذكرناه فى معنى كون المنجّز من التّثلث دليل على أنّ التّوقّف على الاجازة من الحكم و كون الحكمه فى جعله ملاحظه حال الوارث و رعايه التّوفير عليه و ليس الممنوعيه من التّصرّف فى الرّائد مستلزما لثبوت حقّ للوارث فى عين مال المريض بحيث يكون تصرّفه فيه تصرّفا فى متعلّق حقّ الغير كما لا يكون مستلزما لثبوت حقّ له فى تصرّفاته بحيث يكون اجازة الوارث فى حال حياته منجّزا لتصرّفه و بالجملة و كاجازة العمّه و الخاله العقد على بنت الاخ و الاخت و فسخهما فإنّ الظّاهر أنّه من باب الحكم الشرعى بلا اشكال و لا بأس بدخول الاخيرين فى الحدّ و ان لم يتعرّضوا لهما فى كتاب البيع و قد ذكر كلّ واحد منهما فى محلّه و خرج باضافه الملك الى الفسخ ملك غيرهما من الاعيان و المنافع و باضافه الفسخ الى العقد سلطنه الزّوج على الرّجوع فى الطّلاق الرّجعى فإنّها ملك لازاله الايقاع و هو الطّلاق و امّا نفس الطّلاق فليس فسحا و ازاله لعقد النّكاح بل هو رافع لدوامه كالتّقل الى الغير بعد العقود اللّازمه و امّا المزيل و الفاسخ هو الفسخ باحد العيوب المجوّزه له و مع ذلك كلّ كان ما ذكرناه لتشريح الذّهن و توضيح بعض الكلام و الّا فمعلوم أنّ التعاريف المذكوره فى امثال المقام ليست من الحدود الحقيقه بل هى معرّفات لفظيه يؤتى بها لتمييز المعرّفات بها عمّا عداها فى الجملة ليكون الباحث على بصيره فى معرفه الاحكام و الآثار المترتبه عليها

قوله و يمكن الخدشه فيه بأنّه ان اريد الخ)

الانصاف صحّه المعنى الأوّل و الاشكال بانّ القدره على الشّىء عين القدره على تركه مبنى على الدقه و امّا فى التّعبيرات العرفيه فذكر متعلّقى القدره شايع و امّا المعنى الثّانى فالاشكال الأوّل أنّما يتمّ بناء على ما قدّمنا من عدم كون تثبيت العقد و جعله غير قابل للفسخ امرا وجوديّاً و هو اختيار المصنّف و الاشكال الثّانى فالظّاهر أنّه غير وارد لانّ عدم امكان التّفكيك فى الفسخ و امتناع انفساخ العقد من احد الطرفين مع بقاءه من الطرف الاخر لا يقتضى بقريته المقابله ظهور الالزام فى جعله لازما مط لوضوح أنّ تأثير الفسخ من الطرفين أنّما هو من جهه امتناع التّفكيك لا من جهه ظهور اللفظ فيه و امّا الالزام فلا اشكال فى أنّه يؤثّر فى اللّزوم من طرف صاحب الخيار فان كان لاحدهما كان الالزام من طرفه خاصّه و ان كان مشتركا كان لكلّ منهما الزامه من طرفه

[فى أقسام الخيار]

[الأول فى خيار المجلس]

اشاره

قوله و اضافته الخيار إليه لاختصاصه)

الاضافه معنويه امّا بمعنى فى نحو ضرب اليوم اى ضرب فى اليوم و تكون من قبيل اضافته الحال الى المحلّ و امّا بمعنى اللّام فتكون من باب اضافته المسبّب الى سببه كحراره الشّمس وضوئه كما فى سائر انواع الخيارات من خيار

الشَّرط و خيار الغبن و العيب او تكون للاختصاص كما هو ظاهر المتن

قوله (و الموثق الحاكي لقول علي عليه السلام)

روى الشيخ فى الموثق عن غياث بن ابراهيم عن ابى جعفر (ع) قال قال عليّ (ع) اذا صفق الرّجل على البيع فقد وجب و ان لم يفترقا و هو اما مطروح لاعراض الاصحاب عنه و مخالفته للاجماع و الروايات المستفيضه او مؤول فحمله بعضهم على التقيّه لما صرح به الزمخشري فى كتاب ربيع الابرار مع انه حنفى المذهب انّ ابا حنيفه ردّ على رسول الله (ص) فى اربعمائه حديث منها حديث البيعان بالخيار ما لم يفترقا و ايده بكون راويه عاميا و يرد على هذا الحمل انّ التقيّه ان كانت صادره عن امير المؤمنين فمذهب ابى حنيفه قد حدث بعده بزمان كثير و ان كانت عن الباقر (ع) كما هو ظاهر الحامل بالنظر الى التأييد المذكور فصحتها انما تكون حيث يخبر عن الحكم تقيّه بنفسه لا- اذا اسند الى امام آخر قولاً كذباً و لا يقاس ذلك بما اذا اخبر الامام عن حكم تقيّه من دون اسناد الى آخر فانّ حكم الله تعالى لهما كان منقسماً الى واقعيّ اختياريّ و ظاهريّ اضطرارى كان المخبر به فى المقيس عليه هو حكم الله تعالى من دون صدور كذب و هذا بخلاف ما اذا نقل حكماً من امام آخر فانه لا يجوز ان يكون غير الحكم الواقعيّ و يمكن دفعه بانّ من المحتمل كون الحكم عند المخالفين فى عصر امير المؤمنين (ع) هو وجوب البيع و ان اشتهر به ابو حنيفه مضافاً الى ما صحّ عندنا من انه (ع) علم ابنه الحسن (ع) بالقول اكثر الاحكام من الواقعيّه و الظاهريّه فكما علمه حكم المكره و المضطرّ و لو فى غير زمان الحاجه فيجوز ان يكون هذا منها و حملة بعضهم على إرادته مجرّد الثبوت من لفظ الوجوب فيكون ردّاً على من يقول بعدم حصول النّقل و ملكيه المشتريّ الاّ بالعقد و انقضاء زمان الخيار و يكون المراد انّ النّقل يحصل بصفقه البيع و ان لم ينقض زمان الخيار قال بعض الفقهاء الاجلّه و على هذا يمكن توجيه التقيّه بوجه اخر و هو انّ مراده (ع) من الوجوب ما ذكر و هذا قد قاله عليّ (ع) فلم يكذب عليه عليهما السّلام لكن اتى بلفظ كان معناه فى زمان المنقول عنه مجرّد الثبوت و قد كثر استعماله فى زمان النّاقل بمعنى اللزوم فقد نقل عنه اصل ما قاله من دون بيان انّ مراد القائل غير ما يفهم الآن عرفاً من جهه التقيّه و حملة الشيخ فى الاستبصار على البعيد اى و ان لم يفترقا الى موضع بعيد فالبيع واجب مع الافتراق فى الجملة و ان لم يصل الى البعد و قال فى يب يحتمل ان يكون المراد به ان لم يفترقا تفرّقا بعيداً او تفرّقا مخصوصاً لانّ القدر الموجب للبيع شىء يسير و لو مقدار خطوه فانه يجب به البيع ه و يمكن ان يحمل على اشتراط سقوط الخيار فيكون المراد من صفقه الرّجل على البيع الالتزام به

[مسائل في خيار المجلس]**[مسألة لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا أصليين]**

قوله (و الاولى ان يقال ان الوكيل اذا كان وكيلا الخ)

حاصل ما افاده قدس سره عدم ثبوت الخيار للوكيل الا اذا كان مستقلا في التصرف في مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضه بعد تحققها نظير العامل في القراض و ثبوته للموكل في الجميع و لكن مع حضوره في مجلس العقد و على ما اختاره يكون المراد من البيعين من بيده سلطان العقد و حله فيشمل المالك و من بحكمه من الولي و الوصي و الوكيل المطلق اما ثبوته للوكيل فيما اذا كان مستقلا لعموم النص من حيث صدق البائع عليه حقيقه لغه و عرفا فيشمله قوله (ص) البيعان بالخيار و اما عدمه له في غير ذلك ففي الوكيل في مجرد اجراء الصيغه واضح لانه بمنزله الآله و عقد الوضع و هو البيع لا يصدق عليه و اما عدمه في الوكيل في التصرف على وجه المعاوضه من دون ان يكون مستقلا في التصرف في مال الموكل فلان عقد الوضع و ان صدق عليه و لم يكن منصرفا عنه الا ان عقد الحمل لا يمكن شموله له لما ستعرف من عدم نهوض ادله الخيار لتخصيص ما دل على سلطنه الموكل على ما انتقل اليه مضافا الى ملاحظه بعض اخبار هذا الخيار المقرون بينه و بين خيار الحيوان او مضافا الى ملاحظه حكمه الخيار و هو الارفاق بصاحب المال و اما ثبوت الخيار للموكل مط فلصدق البيع عليه في جميع الاقسام حقيقه و في القسم الذي يثبت للوكيل انما كان ثبوته له لكونه نائبا عنه فثبوته للمنوب عنه اولى مضافا الى ان المستفاد من بعض النصوص كون الخيار حقا لصاحب المال شرعا ارفاقا له

قوله (و سلطنه لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الاخر)

و ذلك لان ادله الخيارات مخصيه لعموم ادله وجوب الوفاء بالعقد و من كان مكلفا بوجوب الوفاء جاز له فسخ العقد بسبب الخيار و ليس المكلف بذلك الا من كان مسلطا على ما انتقل اليه فالتسلط عليه ملازم لثبوت الخيار و الوكيل المذكور اجنبي عن هذه السيلطنه فانه لم يكن ممن يجب عليه الوفاء و اذا كان اجنبيا ممن له السيلطنه على ما انتقل اليه لم يكن له فسخ العقد بالخيار فادله الخيار و ان لم تكن متوجهه الى من له التسلط على ما انتقل اليه و لم يكن مفادها اثبات حق و سلطنه على العين المنتقله الى الاخر و كان الخيار راجعا الى العقد الا ان من وجب عليه الوفاء لما كان هو المسلط على ما انتقل اليه و ادله الخيار اثبتت جواز فسخ العقد لمن وجب عليه الوفاء به لولاها كان لازم مفادها هو اثبات حق و سلطنه لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الاخر بسبب الخيار و جواز فسخ العقد بعد الفراغ عن السلطنه على ما انتقل اليه

قوله (و ان لم يكن من تعارض

المطلق و المقيّد

و ذلك لأنّ مجرّد الاقتران بين خيار المجلس و خيار الحيوان ليس دليلاً على أنّ خيار المجلس أيضا ليس للوكيل فى اجراء الصّيغه حتّى يعارض اخبار هذا الخيار المطلقة و فسّر السيد الطّباطبائى ره هذه العبارة فى حاشيته بما هذا لفظه و ذلك لتعدّد المورد فانّ خيار الحيوان لا دخل له بخيار المجلس فلا ينافى كون الأوّل خاصّاً و الثّانى عامّاً و يمكن ارجاعه الى ما ذكرنا

قوله فقد يتحقّق فى عقد واحد الخيار لاشخاص كثيره)

كما لو تعدّد الوكلاء من جانب واحد و كان و كاله كلّ منهم على نحو الاستقلال فى التصرّف او و كلوا جميعا غيرهم على خصوص ايقاع الصّيغه فانّ الخيار ثابت للمالك مع حضوره قطعاً و يثبت خيار واحد من حيث الثّيبه لجميع الوكلاء المذكورين غير الموقع للصّيغه و فرق بين الثّابت من الخيار لكلّ من المالك و الوكيل و الثّابت منه للوكلاء ستطّلع عليه و لو كانوا و كلاء مترتّبين فى الوكاله كوكيل الوكيل فالظاهر عدم الخيار الّا للمالك الحاضر فى مجلس العقد و المباشر للعقد اذا كان مستقلاً فى التصرّف و ذلك لعدم صدق البيع بالمعنى الذى عرفت على غيرهما فلا تذهل

قوله (فى مجلس العقد وجوه أقواها الاخير)

اعلم أنّ لكلّ من المالك و وكيله المطلق خياراً مستقلاً و ذلك لأنّ الظاهر من البيع الجنس و يصدق البيع على كلّ منهما و اذا كان الخيار ثابتاً لكلّ منهما من حيث أنّه من مصاديق البيع كان كلّ مفترق منهما يسقط خياره فى حقّه و يبقى خيار الاخر فكما أنّ كلّاً من البائع و المشتري يكون له الخيار فكذلك يكون لكلّ من و كيليهما فكلّ منهم يكون بيع و له الخيار ما لم يفترق غايه الامر أنّ خيار البائع و المشتري يكون من باب تعدّد السبب بخلاف المالك و وكيله فانّ خيار كلّ و ان كان مستقلاً لصدق البيع عليه الّا أنّه من باب وحده السبب لأنّ خيار الوكيل من حيث الثّيبه و بالجملة فى كفايه بقاء اصيل مع وكيل اخر فى مجلس العقد و بما ذكرنا صرّح جماعه منهم ثانى الشّهيدين فى لك و ان نوقش فيما ذكرنا من كون خيار كلّ من الاصيل و وكيله خياراً مستقلاً و ان كان من حيث الثّيبه و كان الخيار من كلّ جانب واحداً كان الاقوى أيضا كفايه بقاء اصيل مع وكيل آخر فى مجلس العقد و لا يسقط الّا بافتراق الاصيل و وكيله عن مجلس العقد فمن جانب البائع لا يسقط الّا بافتراق كلّ من له خيار البائع و من جانب المشتري لا يسقط أيضا الّا بافتراق كلّ من له خيار المشتري و ذلك لما مرّ من صدق البيع على كلّ من الاصيل و وكيله فلا يسقط الخيار الثّابت من جانبهما الّا بافتراقهما معا و قد علم ممّا ذكر تاميّة

ما افاده قدس سره من ترجيح ثبوت الخيار للاصيل مع حضوره سواء ثبت للوكيل أم لا وقد اعترض على هذا في الحاشيه التقريريّه بما هذا لفظه لا يخفى أنّ كفايه بقاء اصيل مع وكيل اخر في مجلس العقد مع اعتباره قدس سره حضور الموكّلين في المجلس متنافيان وذلك لانه لو لم يعتبر استدامه الحضور ممّن له الخيار لم يعتبر في الابتداء أيضا لأنّ استفاده الاجتماع في المجلس أنّما هو من قوله (ص) ما لم يفترقا فلو صدق عدم تفرّق الموكّل بقاء وكيله في المجلس صدق اجتماعه أيضا ابتداء و ان لم يكن نفس الموكّل حاضرا في المجلس رأسا لأنّ عدم صدق تفرّقه ليس إلا أنّ الوكيل هو الموكّل تنزيلا فاذا كان كذلك فلا يعتبر حضوره اصلا الى ان قال لو كان الوكيلان وكيلين مّفوّضين مستقلّين فيكفى عدم تفرّقهما لثبوت الخيار للموكّلين و لو لم يجتمعا اصلا و ذلك لما عرفت من أنّ الحقّ الثابت للوكيلين أنّما هو لانهما بدلا تنزيلا للموكّلين و لأنّ البائع في الحقيقه هو الموكّلين لأنّ البيع كسائر المشتقات كقوله باع فلان داره موضوع لمن انتقل عنه المال و المنتقل عنه المال هو المالك لا الوكيل فليس للوكيل حقّ في عرض حقّ الموكّل و أنّما حقّه من شئون حقّ المالك و من حيث أنّه نازل منزلته فاذا كان المالك هو البيع و كان اجتماع الوكيل بمنزله اجتماع المالك فلا يعتبر حضور المالك اصلا انتهى و يدفعه ما عرفت من ثبوت الخيار لكلّ من المالك و وكيله من حيث صدق البيع على كلّ منهما و على فرض تسليم أنّ خيارهما من جهة كون الوكيل نائبا خيار واحد فثبوته للموكّل مع عدم حضوره دونه خرط القتاد لوضوح اقتضاء الافتراق في الخبر اجتماعا في المجلس فكون الحقّ الثابت للوكيل أنّما هو لكونه مالكا تنزيلا بعد الغضّ عن أنّ التّزليل و التّيابه لا يمنع عن صدق البيع على كلّ منهما لا يدلّ على ثبوت الحقّ للمالك و ان كان غائبا و كفايه بقاء الوكيل في المجلس في بقاء الخيار ليس من حيث صدق عدم تفرّق الموكّل بقاء وكيله حتّى يرد ما قاله من لزوم صدق اجتماع الموكّل ابتداء و ان لم يكن بنفسه حاضرا بل من حيث عدم صدق تفرّق البيع و بالجملة فالّتنزيل و التّيابه اجنبى عن شرطيه الحضور في ثبوت الخيار و في حاشيه السيد ره الاقوى أنّه يكفي في سقوط الخيار تفرّق احد الشّخصين الوكيل او الموكّل و ذلك لأنّ الظاهر أنّ الحكم معلق على صدق التفرّق لا على صدق عدم التفرّق و المفروض صدقه و ان كان يصدق عدم التفرّق أيضا مع بقاء اصيل او وكيل ه و فيه أنّ اثبات الخيار لكلّ منهما لما كان من جهة أنّ الظاهر من البيع الجنس كما اعترف به أيضا توقّف زوال الخيار على

افتراق الجنس فما دام احد افراد الجنس من كل طرف موجودا يصدق عدم افتراق جنس البيعين و لا اشكال في ظهور النص في ان الخيار معلق على عدم التفريق و قد عرفت ان كل مفترق يسقط خياره في حقه دون الاخر و لو تعدد الوكلاء من جانب واحد و اوقع الجميع الصيغه دفعه واحده او وكلوا جميعا غيرهم على خصوص ايقاع الصيغه فقد عرفت ان ليس في الفرضين لغير الاصيل الا خيار واحد و هل حكمه في سقوط الخيار كحكم الاصيل و وكيه حيث يسقط خيار كل بافتراقه الظاهر انه يكفي أيضا بقاء اصيل مع وكيل آخر لكن لا من حيث التوزيع في الخيار و سقوط خيار كل بافتراقه و ذلك لعدم الدليل على التوزيع بعد كونه خيارا واحدا بل من حيث عدم صدق التفريق مع بقاء واحد منهم فلا يسقط الخيار الا بافتراق الجميع و احتمال بعض وجهين آخرين الاوّل سقوط الخيار و لو بافتراق واحد منهم لانتفاء الهيئه الاجتماعيه بافتراقه و المفروض ان البيع صدر من الجميع و قد افترق الجميع لانتفاء الكل بانتفاء بعض اجزائه الثاني سقوطه بافتراق الاغلب كما في افتراق كل جمع كعسكر و نحوه حيث يصدق الافتراق بذهاب الاكثر و الاقوى ما تقدم ثم ان ما ذكرنا بناء على القول بصحة صدور العقد الواحد من الوكلاء المتعددين دفعه واحده للعمومات و كون المؤثر في النقل عبائر الجميع و اميا مع المنع عن ذلك مستدلا بان اكثر العمومات شمولها بالإطلاق و هي منصرفه عن مثل الفرض لعدم كونه من العقود المتعارفه او المنع عن كون المؤثر في النقل عقد الجميع بل الناقل عقد واحد من تلك العقود الواقعه و ان جهلنا شخصه و لم نعلمه بعينه او انه الاحد الكلي منها فمن الواضح انه ح اجنبى عن الاحتمالات المذكوره اذ على الاوّل لا صحه فلا خيار حتى يبحث عن سقوطه و على الثاني فالسقوط موقوف على افتراق العاقد المجهول شخصه و لا يعلم ذلك الا بافتراق الجميع و لا يكون افتراقهم مسقطا بنفسه بل يكون كاشفا عن تحقق المسقط و لا بد ان يعلم انه و ان لم يعلم سقوط الخيار الا بافتراقهم اجمع الا ان بافتراق واحد منهم لا يحكم بثبوت الخيار للباقي و توهم استصحاب الخيار بزعم انه من استصحاب القسم الثاني من استصحاب الكلي في غير محله لانه يكون من استصحاب الفرد المرّد لا الكلي كما لا يخفى مع انه لو كان منه لكان ينفع في ترتيب آثار الكلي لا في تعيين ذى الخيار في الباقي

قوله (و الظاهر ح عدم الخيار للوكيل)

قال السيد المحشى ره قد اشرنا ان التحقيق ثبوته لان المدار على مالكيه امر العقد لا مالكيه التصرف في المال ه و بالتأمل فيما افاده المصنف طاب ثراه و ما قدّمنا في توضيحه يظهر ان المدار على

مالكيه التصرف في المال لاند عقد الحمل في النص لا يمكن شموله لغير من يجب عليه الوفاء و الخيار و ان كان راجعا الى العقد الا ان من وجب عليه الوفاء ليس الا من كان مسلطا على ما انتقل اليه فراجع

قوله (نعم يمكن توكيله في الفسخ)

و الفرق امكان سلب الوكاله عن الوكيل قبل تصرفه بخلاف تفويض الامر الى الغير بحيث يصير ذا حق خيارى فان على فرض صحته لا يمكن سلبه عمّن فوض اليه

قوله (لان البيع النقل و لا نقل هنا كما قيل)

هو صاحب الجواهر فانه علل عدم الخيار بعدم صدق المتبايعين على الفضوليين لان البيع النقل و لا نقل هنا

قوله (فحوى ما تقدم من عدم ثبوته الخ)

وجه الاولويه هو وجود الاذن في الوكيل و الاعتراض على التمسك بالفحوى بانه انما يتمشى فيما اذا ثبت حكم في الاصل بالنص فيتعدى منه الى الفرع بالاولويه كما ترى و قد عرفت ان المراد من البيعين من بيده سلطان العقد و حله و عليه فالحق ان يقال ان المالكين ان حضرا مجلس العقد و اجازا في المجلس كان لهما الخيار و ان لم يحضرا و حضرا في مجلس الاجازة كان لهما أيضا سواء كانت الاجازة ناقله او كاشفه و من دون فرق على القول بالنقل بين كون الاجازة هي سبب النقل و العقد شرطا او كون كل منهما جزء للسبب او كون الاجازة شرطا لحصول النقل و ان الناقل هو نفس العقد لكن عند حصول شرطه كما في الصرف و احتمال خصوصيه الاجتماع حال العقد ضعيف في الغايه بعد تبادل ما عرفت من المعنى من الحديث و صدق البيع عليه لغه و عرفا فيشمل المالك و الولي و الوصي حال الاجازة و الوكيل المطلق و لا يصدق البيع على غيرهم و ان لم يجتمعا لا في مجلس العقد و لا في الاجازة فلا خيار

[مسأله هل يثبت الخيار إذا كان العاقد واحدا؟]

قوله (عن نفسه او غيره)

يتعلقان بغيره بان يبيع مال نفسه لغيره او مال غيره لغيره فصور المجموع ثلاثه

قوله (ولايه او وكاله

قيدان للغيرين

قوله (فالمحكى عن ظاهر الخلاف و القاضى و المحقق

يستفاد من مجموع كلامه أنّ ما يستدلّ به على المشهور يرجع الى امرين الأوّل أنّ الظاهر من قوله (ع) البيعان بالخيار هو بيان حكم كلّ من البائع والمشتري كسائر احكامهما الثابتة لهما من حيث كونهما متبايعين الثّاني أنّ جعل الغايه التفرّق المستلزم للتعدّد مبنّى على الغالب و ليس قيّدا للحكم و أنّما الغرض أنّ الخيار ثابت للبيّعين ما دام غير متفرّقين و يكون افتراقهما مسقطا و استدلال القائلون بعدم الخيار أيضا الى الفقرتين مدّعين كون الموضوع و هو البيعان ظاهرا في التعدّد و كون الغايه قيّدا للحكم و الخيار مختصّ بما يمكن فيه الاجتماع و

الافتراق و الاولى التوقف لانه دعوى كون الموضوع بنفسه من دون نظر الى الدليل ظاهرا في التعدد فمندفع بشمول اطلاق الموضوع للعقد الواحد لانه اذا ثبت حكم الخيار للبائع يحكم بسبب اطلاقه ان هذا ثابت له سواء كان مشتريا أيضا أم لا و كذا اذا ثبت للمشتري فهو ثابت له سواء كان بايعا أيضا أم لا مضافا الى استقرار سائر احكام المتبايعين و اما كون الغايه قييدا للحكم نظير قوله كل حتى تشعب او بيانا للمسقط نظير قوله اكرم زيدا الى ان يفسق فمحل توقف

قوله (و منه يظهر سقوط القول بان كلمه حتى الخ)

فان دخولها على المستحيل انما يكون في مقام يراد استمرار المغيبي او استحاله عدمه كقوله تع و لا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط و حديث البيعان ليس من هذا القبيل

قوله (ثم لو قلنا بالخيار فالظاهر بقاءه)

و هنا احتمالان آخران الاول بقاءه الى مفارقه العاقد مجلس العقد الثاني بقاءه الى مقدار طول مجلس نوع المتعاقدين فيلاحظ اطول المجالس نوعا و الاحتمال الاول كانه اقوى من الثاني و ميا في المتن فان المنصوص و ان كان هو الاعتبار بافتراق المتعاقدين الا انه حيث لا يمكن مفارقه الشخص نفسه كان مفارقه لمجلس العقد اقرب لمفارقه احدهما الآخر و القياس بصوره التعدد حيث يبقى الخيار لو خرجا مصطحبين الى ان يتفرقا كما ترى

[مسألة قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار:]

قوله (منها من ينعق على احد المتبايعين)

اما الانعتاق على المشتري فواضح و اما الانعتاق على البائع ففيما كان ثمن المبيع من ينعق عليه

قوله (و احتمال في س ثبوت الخيار للبائع)

اي بالنسبه الى العين

قوله (و لا دليل على زواله)

اي الانعتاق

قوله (مبنى على تزلزل العقد)

صفه لاحتمال

قوله (و بالاجماع على عدم امكان زوال يد البائع)

لم يفهم لهذه العبارة معنى محصّل فانّ مراده من العوضين اما العين و القيمه و اما العبد و ثمنه و على اى منهما لا محصّل له اذ على تقدير عدم الفسخ فله الثمن و على تقدير الفسخ فله القيمه

قوله (لانه لا يسقط به اذا ثبت قبله)

تعليل لعدم الدّفع و وجه الامر بالتأمّل هو أنّه لا جهه لاعتبار قابليّه العين للبقاء مع اطلاق الادلّه و تعلق الخيار بالعقد للتروى و هذا لا ينافى عدم بقاء العين و الرجوع بالقيمه نعم لو قلنا بانّ الخيار حقّ يتعلّق بالعين فله وجه و يحتمل ان يكون إشاره الى أنّه لو سلّم اعتبار قابليّه العين للبقاء بعد العقد فهذا لا يوجب سقوط الخيار رأساً حتّى فى الزّمان المتّصل بالعقد بحيث لا يعدّ المبيع تالفاً و خارجاً عن ماليّته و أنّما يكون عدم القابليّه مانعاً عن بقاء الخيار الى آخر المجلس ثمّ أنّه قد عدّ من

المستثنيات موارد اخر لا بأس بالاشارة إليها منها بيع الوقف فى مورد جوازه فانّ بدل الوقف وقف اّما قهرا او بعد ايجاد السّبب و ثبوت الخيار يستلزم عود الوقف ملكا كذا قيل و لكن ذكر المصنّف فيما تقدّم أنّ بدل الوقف ليس مثل الاصل ممنوعا عن بيعه الاّ لعذر لانّ ذلك كان حكما من احكام الوقف الابتدائى و على تقدير المنع فما قيل حسن بالنّسبه الى العين و اّما ثبوت الخيار بالنّسبه الى قيمه فلا مانع منه و منها ما لو قهر حربى قريبه و باعه من مسلم بناء على عدم الفرق فى سبب القهر للملك بين كون القاهر كافرا او مسلما حيث حكموا بسقوط الخيار على تقدير صحّه البيع و لكنّ الصحّه محلّ اشكال و المنشأ كما عن عد دوام القهر المبطل للعتق لو فرض و دوام القرابه الزافعه للملك بالقهر و تفصيل المسأله المذكور فى محلّه و منها منذور البيع حيث نقل عن بعض سقوط الخيار فيه و هو مبنى على ان يكون المراد نذر التّتيجه اى صيرورته ملكا للمشتري و اّما على تقدير نذر السّبب فالمتعلق ايجاد البيع على ما هو عليه من احكامه و لوازمه و منها ثبوت الخيار و منها البيع فى المخصه فانّهم حكموا بسقوط خيار المجلس عن البائع مستدلين بانّ ثبوته ينافى وجوب البيع عليه و ردّ بمنع وجوب البيع عليه بل الواجب سدّ الخله و لا ضير فى فسخ البائع اذا اراد ان يتصدّق بالمبيع او يهبه مثلا و منها بيع المحتكر حيث يجبر عليه و هو ثلاثه ايام فى الغلاء و اربعين فى الخصب فحكموا بعدم الخيار له لمنافاته لغرض الاجبار و ردّ بمنع وجوب البيع و اّما الواجب و ما يجبر عليه هو رفع الحبس و ارسال الطّعام و لا منافاه بينه و بين ثبوت الخيار و منها لو مات رجل و له ولد مملوك للغير فقد حكموا بوجوب شرائه ليرث اياه و ينعق من نصيبه و قالوا أنّ ثبوت الخيار نقض للغرض من بيعه و هو تخليص رقبتة عن الرقيّه و استنقاذ حقّه من الارث

[مسأله لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى البيع عند علمائنا]

قوله (لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود)

و ذلك لاختصاص ادلّته بالبيع و اّما العقود الجائزه فلا معنى للخيار فيها لانّ ظاهر ادلّله الخيار اثبات سلطنه المختار على الفسخ فى عقد لم يكن له ذلك مع قطع النّظر عن الخيار و هذا كان حاصله فى العقد الجائز فانه يجوز فسخه و هدمه من دون حاجه الى ثبوت الخيار و ان شئت قلت أنّ الخيار لا يصحّ الاّ فى مورد لولا لكان لازما باصل الشّرع

فان قلت كيف يصحّ اجتماع خيارين او اكثر فى مورد واحد مع أنّه لو لم يكن احدهما ثابتا كان للمختار الفسخ لثبوت الاخر و ما جهه الفرق بينه و بين ثبوت الفسخ من جهه الجواز و الخيار

قلت قد اشرنا الى أنّ معنى الخيار هو أنّه لولا لزم العقد بحسب اصل الشّرع من جهه هذا الخيار فلا ينافى عدم اللّزوم من جهه خيار اخر فادلّه

الخيار لا- ينفي اجتماع اكثر من خيار واحد و هذا بخلاف العقد الجائز ذاتا فإنه لا يمكن شمول ادله الخيار له لأنه تحصيل للحاصل مطلقا و ليس فيه حيثه جهه

فان قلت ان ثبوت السلطنة على الفسخ سواء كان من جهه جواز العقد او من جهه الخيار انما يكون بسبب شرعى و ذلك ليس كالسبب العقلى حيث يتمتع اجتماع سببين على مسبب واحد فان الاسباب الشرعية عندهم معرفات و ليست بمؤثرات و لا يرون بأسا فى اجتماع سببين اذا كانا شرعيين

قلت ثبوت الخيار فى العقد اللّازم انما يكون بسبب شرعى مجعول لاحق لاصل اقتضاء العقد و لاجل ذلك لا مانع من اجتماع خيارين و امّا ثبوت الجواز فى العقد الجائز فليس ذلك بسبب مجعول كذلك بل هو ثابت باصل جعل العقد و لا اقتضاء فيه للزوم ذاتا و اذا كان كذلك فكيف يصحّ لحوق الخيار له

قوله (يشهد بعدم ارادته هذا المعنى)

لا- يخفى ان التوجيه المحكى عن الشهيد فى س هو ان يكون مراد الشيخ من خيار المجلس فى العقود الجائزه نفى جواز التصرف فى المال ما دام الموكّل او المضارب او المودع مثلا فى المجلس لا اثبات اصل الخيار فيها و انت خبير بان تصريح الشيخ فى مواضع قبل هذا الكلام و بعده باختصاص خيار المجلس بالبيع لا يشهد بعدم ارادته هذا المعنى و الاولى فى الجواب عن هذا التوجيه ان يق هو ضعيف جدا احتمالا و محتملا اما الاول فلظهور ان جواز التصرف غير الخيار و السلطنة على الفسخ و لا جهه لحمل الخيار فى كلامه على جواز التصرف هذا مضافا الى ما فى المتن من انه لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك فى هذه العقود على انقضاء الخيار و امّا الثانى فلمنع توقف جواز تصرف الوكيل و المقترض و المضارب فى الوكالة و القراض و المضاربه و امثالها على انقضاء مدّه الخيار لعدم الدليل عليه اصلا و اما الوديعه فلا اختصاص لعدم جواز التصرف فيها بالمجلس اذ ليس له التصرف مطّ الا اذا اذن له صاحبه

قوله (فتنسخ بفسخه فى المجلس)

فان الوكالة لما وقعت بنحو النتيجة شرطا فى البيع فلا محاله تنسخ بفسخه تبعا و يعترف المصنّف ره بانّ هذا المعنى و ان كان بعيدا فى نفسه لأنه ح يكون من الخيار فى البيع لا الوكالة الا انّ ملاحظه كلمات الشيخ حتى فى هذا المقام حيث صرح فى ط فى مواضع قبل هذا الكلام و بعده باختصاص خيار المجلس بالبيع يقربه الى الذهن صونا لكلامه عن التناقض و قد يجمع بين كلامى الشيخ بوجهين آخرين غير ما احتمله فى س و ما ذكره المصنّف الاول ان يكون المراد من دخول الخيار فى العقود الجائزه هو الخيار العامّ و جواز الفسخ فى كلّ وقت المذى هو اثر جواز العقد فهو خيار فى المجلس لا خيار المجلس المشروط بشروط خاصه

فيحمل كلام الشيخ على ما صرح به ابن ادريس في ثر و يضعفه ان هذا المعنى لا يختص بالوكاله و الوديعه و العاريه و القراض و الجعاله المذكوره في كلام الشيخ بل يجرى في جميع العقود الجائزه مضافا الى ان ظاهر كلامه هو اختصاص الخيار بمقدار زمان المجلس او الشرط مع ان الخيار بالمعنى العام ثابت في كل وقت الثاني ان يحمل كلامه في ثبوت الخيارين في العقود المذكوره على ما لو عرض مانع عن الفسخ بالجواز الذاتى كما اذا نذر ان لا يفسخ العقد كذلك حيث كان في عدم الفسخ رجحان ففي هذه الصوره ليس له الفسخ بسبب الجواز الذاتى و له ذلك بالخيار و يضعفه أولا ان النذر لا يفيد وجوب العقد الجائز و لزومه و لا- ينقله عما هو مقتضاه ذاتا و جعللا و انما يفيد حصول الحث بالمخالفه و ثبوت الكفارنه نعم اذا تعلق النذر بفعل واجب فلا بأس باشتداد الوجوب فيه بسبب تعلق النذر و هذا بخلاف الجواز فان النذر لا يقلبه عما هو عليه و ثانيا ان الكلام ليس في وجود الثمره في ثبوت الخيار في العقد الجائز و عدمه حتى يمكن تصويرها في صوره النذر بل المقصود ان غايه ما يستفاد من ادله الخيار هو اثبات سلطنه لذى الخيار على الفسخ و هذا الامر ثابت بنفسه في العقد الجائز فلا يشمل ادله الخيار فالعقد الجائز خارج عن موضوع ادله الخيار رأسا و النذر الواقع لا يصحح تعلق الخيار به فتدبر

قوله (و هو محتمل كلام الشيخ فتأمل)

يحمل ان يكون اشاره الى تضعيف هذا الاحتمال بما مرّ و يحتمل ان يكون اشاره الى الدقه في ترجيح احد الوجوه المذكوره

[مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]

قوله (و لا اشكال فيه لو قلنا بوجوب التقابض في المجلس

توضيح الكلام يتم بذكر امور الاوّل لا خلاف في ان التقابض في المجلس شرط في الصيرف و السلم و خلاف البعض في كل منهما متروك عند اصحابنا لا- يلتفت إليه فلو افترقا قبل التقابض بطل فيهما و المراد من المجلس الذى يعتبر فيه القبض فيهما ليس خصوص مجلس العقد كما في خيار المجلس بل المراد عدم تفرّقهما عن الاخر فلو فارقا المجلس مصطحين قبل ان يتقابضا لم يبطل العقد بلا خلاف و هو المستفاد من النصوص خصوصا قوله (ع) و ان نرى حائطا فانز معه الثاني المشهور شرطيه القبض قبل التفرّق بالنسبه الى العوضين في الصيرف و الى العوض في السلم من دون وجوبه تكليفا و ذهب بعضهم الى وجوبه التّكليفى أيضا فكل من قال في شىء من الموضوعين بالوجوب التّكليفى قال بالوجوب الشرطى و لا عكس و ممن ينسب إليه الوجوب التّكليفى في الصّرف الشيخ في ط و الفاضل في كره و ابن ادريس في ثر

و هو ظاهر ما يحكيه فى المتن من عبارته كره و صريح صدر عبارته س و ظاهر العلامه فى كره أيضا الوجوب التكليفى فى السلم و الانصاف ان ظاهر النصوص الواردة فى الصيرف هو الارشاد الى شرطيه التقابض و فساد العقد بالاخلال به الى حال التفريق كظهور الاوامر و النواهي فى إرادته الارشاد الى ما يقتضى الصحه و الفساد الواردة فى غيره مما اتفقوا عليه و المناقشه فى سند بعضها او دلالة بعضها الاخر مردوده خصوصا بعد الاعتضاد و الانجبار بفتاوى الاصحاب و الشهره المحققه فلا اشكال فى ان التقابض قبل الافتراق شرط فى الصحه و قبله لا صحه و لا انتقال و بهذه النصوص يخرج عن اصله الصحه فى العقود و قاعده اقتضاء العقد الملك و اما فى باب السلم فقيام الاجماع على مجرد شرطيه التقابض مع اصله عدم امر آخر واضح و تمسكك العلامه به لوجوب التقابض شرعا بامرین الاول ما يختص بالصيرف قال فى التذکره لو تعذر عليهما التقابض فى المجلس و ارادا الافتراق لزمهما ان يتفاسخا العقد بينهما فان تفرقا قبله كان ذلك ربا و جرى مجرى بيع مال الربا بعضه ببعض نسيه و لا يغنى تفرقهما لان فساد العقد انما يكون به شرعا كما ان العقد مع التفاضل فاسد و يأثمان به ه و صريحه كما ترى الجزم بوجوب التقابض و الاثم بتركه اختيارا و جعل قبض احدهما بدون قبض الاخر بمنزله الرباء من جهة اشتمال المقبوض من حيث حصوله بيد القابض على الفضل على غير المقبوض من جهة عدم حصوله فى يد من اريد انتقاله إليه حتى اوجب عليهما التقييل و التفاسخ قبل التفريق لو تعذر عليهما التقابض فان بطلانه لا يغنى عن الاثم به و فيه ان بيع الجنس بالجنس نسيه انما يستلزم الرباء و يحرم اذا كان الزمان مما له قسط من الثمن و اما الزمان القصير العدى لا يقابل بمال عرفا فليس بيع الربوى بمثله مؤجلا بذلك الاجل ربا لعدم الزيادة فى احد الطرفين حتى يكون ربا و المطلوب انما هو اثبات وجوب التقابض شرعا فى الصيرف قبل التفريق و لو بخطوتين و من المعلوم ان زمان الافتراق بخطوتين لا يقابل بمال فلا يكون ربا نعم اذا كان الزمان طويلا يقابل بمال عاده فلا بأس بحرمة الافتراق قبل التقابض فالدليل اخص من المدعى بل يمكن دعوى نفى الحرمة فيما وقعت المعامله نقديه و تاخر الاقباض من احد المتبايعين و لو بزمان طويل و اختصاصها بصورة اشتراط التأجيل مضافا الى ان الربا على فرض لزومه انما يجرى فى متحدى الجنس بان يكون كل من العوضين ذهبا او فضه و لا مانع من التفاضل اذا كانا من جنسين كبيع الذهب بالفضه و المدعى اعتم أيضا مع ان

حرمه بيع الرّبوي بالتفاضل أنّما يكون من اجل كون المعامله ربويّه و المفروض أنّ التّقابض شرط في صحّه المعامله و مع عدمه يكون العقد فاسدا و لا بيع حتّى يكون ربويّا و الثّاني ما يكون مشتركا بين الصّيرف و السّلم و هو وجوب الوفاء بالعقود و فيه أنّ المحرّم ترك الوفاء بالعقد بعد اجتماعه لشروط الصحّه و مع التّفزق بدون التّقابض لا عقد حتّى يجب الوفاء به لأنّ المشروط عدم عند عدم شرطه بل لا يمكن ان يكون دليل الوفاء ناظرا الى وجوب ايجاد شرط الصحّه و حرمه تركه لوضوح أنّ مرجعه الى وجوب ايجاد العقد و لعمرى أنّ هذا واضح بناء على كون التّقابض شرطا لصحّه العقد و لو قلنا بأنّه شرط لتأثير العقد الملك فحصوله يكشف عن حصول الملك من زمان العقد و عدمه كذلك نحو القول في اجازة الفضولي بناء على الكشف من غير فرق بين اقسام الكشف من كون الشرط في الثقل و حصول الملكيه هو تعقب الاجازة او هي بوجودها المستقبلي او كون الاجازة المتأخره شرطا لكون العقد السابق بنفسه مؤثرا تاما و الوجه في الجميع أنّ العقد مشروط و كيف يمكن الحكم بوجوب الوفاء به مع عدم تحقّق شرطه بل في الحقيقه ليس الامر بالوفاء من الشّارع الّا جعل الملكيه و تحقّق موضوع العقد غير كاف في اثبات وجوب الوفاء ما لم يوجد تمام السّبب نعم لو علم بحصول التّقابض فيما بعد كان لوجوب الوفاء بالعقد وجه بناء على هذا القول مع أنّ هذا القول و هو كون التّقابض شرطا لتأثير العقد الملك و حصوله يكشف عن حصول الملك من زمان العقد منظور فيه لظهور مخالفته لادله اشتراط التّقابض و ظاهر كلمات الاصحاب و ليس المقام من الشّرائط المتأخره عن زمن وصف الصحّه كغسل المستحاضه بعد تمام الصّيام حتّى يلتزم بكونه كاشفا و ذلك لامكان توقّف صحّه العقد على التّقابض الى زمان حصوله في المقام فلا ضروره تقتضى على حمل وجود الشرط كاشفا و الحكم بتسبب العقد للملكيه من حينه بل لو قلنا بأنّ المراد من الصحّه الّتي يكون التّقابض شرطا لها هو اللّزوم فالملك يحصل بالعقد و يستقرّ بالقبض فمتى افترقا قبله بطل من حينه كما هو ظاهر الفاضل في كره أيضا فإنّه بعد ان ذكر في باب السّلم نحو ما في عبارته الاصحاب من أنّه يشترط فيه قبض الثمن في المجلس و خصّ معقد اجماعه بالبطلان مع التّفزق قبله قال مسئله و لا يشترط استمرار قبض الثمن فلو سلّمه المشتري الى البائع ثمّ ردّه البائع إليه و دفعه إليه قبل التّفزق جاز و لو ردّه عليه بدين كان له عليه قبل التّفزق صحّ لأنّه ملكه بالعقد و استقرّ ملكه بالقبض ه

لم يكن للاستدلال بوجوب الوفاء على الوجوب التّكليفى وجه لـانّ العقد و حصول الملك ح و ان كانا قبل التّقابض ألما انّ الفرض انّ العقد غير لازم و العقد الغير اللّازم كيف يمكن القول بوجوب ايجاد شرط لزومه و معنى كونه غير لازم أنّه يجوز نقضه فأنّه يكون كالفسخ بالخيار مع انّ هذا القول منظور فيه أيضا لانه خلاف ظواهر النّصوص و الفتاوى فانّ الظاهر منها توقّف الملك على التّقابض نقلا- و قبله لا- ملك و الحاصل لا وجه للتمسك بوجوب الوفاء بالعقد لوجوب التّقابض تكليفا مط فانّ الملك الشرعى يتبع الحكم الشرعى و المفروض انّ الملكيه تحصل بالتّقابض و كيف يكون وجوب الوفاء قبلها بل عرفت انّ الامر بالوفاء من الشّارع ليس حقيقته ألّا جعل الملكيه لانه بمعنى العمل بمقتضى العقد و هل مقتضاه ألّا الملكيه فمعنى وجوب الوفاء هو الحكم بترتب آثار الملكيه و معه كيف يعقل التّفكيك ثمّ انّ ظاهر الحاشيه التّقريريه لبحث الاستاد ره تأييد كلام العلّامه فى وجوب التّقابض تكليفيًا و صحّه التمسك بدليل وجوب الوفاء بالعقد لذلك فأنّه قال التّخصيص الوارد على العقود اللّازمه قد يرد على جميع آثارها و قد يرد على بعضها فمن الأوّل الخيار و من الثّانى القبض فى الصّيرف و السّلم الى ان قال و بالجمله دليل الخيار ناظر الى أوّفوا بالعقود و العقد المتضمّن للشّرائط الضمّيه التى منها التّسليم و التّسليم اذا خصّص بدليل الخيار لا يجب الوفاء به فى زمان الخيار بالنّسبه الى التّسليم و التّسليم أيضا لحكومته دليل الخيار على مثل الثّاس مسلّطون الى ان قال و أمّا دليل اعتبار القبض فى الصّيرف و السّلم فليس ناظرا الى العقد بل القبض شرط للملك فلا ينافيه وجوب التّسليم و التّسليم ه و قد عرفت انّ المشروط عدم عند شرطه ان كان القبض شرطًا للصّحّه بل ليس حقيقه الامر بالوفاء ألّا جعل الملكيه و ان كان شرطًا للزوم العقد فلا يعقل ايجاب ايجاده و معنى العقد الغير اللّازم هو جواز نقضه

فان قلت انّ المتبايعين قد تعاهدا و التزما حين العقد بالنّقل و الانتقال حين العقد و شرطيه التّقابض لحصول النّقل او لزوم العقد أنّما هو من الشّارع فمضمون العقد بالنّسبه إليهما يصحّ تعلق الوفاء به و اذا تعلق وجوب الوفاء بالعقد الواقع منهما كان معناه البقاء على ما تعاهدا عليه و ايجاد ما جعله الشّارع شرطًا

قلت اذا جعل الشّارع القبض شرطًا كان معناه عدم تأثير نفس العقد فى ايجاد مضمون تمام المعاهده و أنّما يتحقّق ذلك حين القبض و مع هذا كيف يصحّ حكم الشّارع بوجوب اتمام المعاهده بايجاد ما هو شرط له و ذهب بعض

المحشئين الى التفصيل بين الصيرف و السلم فاختار وجوب التقابض شرعيًا و شرطيا في الصيرف مستدلًا بالاخبار الوارده في المسأله لا- على وجه يكون من باب استعمال اللفظ في المعنيين بل بدعوى أنها على قسمين احدهما ما هو ظاهر او نص في الارشاد الى الشرطيّه مثل قوله (ع) في صحيحه منصور بن حازم و ان نزي حائطا فانز معه فأنه لو كان المراد هو الوجوب الشرعى لم يكن للامر بالنزو معه وجه لأن التارك للواجب ح انما هو التنازى أولا كما لا يخفى و ثانيهما ما لم يظهر منه الارشاد و ح فما علم أنه للارشاد يحمل عليه و يحتج به للوجوب الشرطى و ما لم يعلم منه ذلك فمقتضى القاعده حملة على الوجوب الشرعى لأن الحمل على الارشاد خلاف الاصل و لا يصار إليه الا مع ظهور الخطاب فيه و هذا بخلاف السلم فأنه لا خبر فيه يدل على اعتبار القبض قبل التفريق و ما استدلوا به لم يفد الا الوجوب الشرطى و فيه ما عرفت من ظهور الاوامر و التواهي في امثال المقام فى الصّحه و الفساد دون التكليف و مع ذلك كلّه ينبغى مراعات الاحتياط فى البابين و ان كان الاقرب عدم الوجوب تكليفا الثالث فى ثبوت خيار المجلس فى الصيرف و السلم اشكال اما قبل القبض فلان الخيار ملك فسخ العقد و قبل القبض فيهما لا ملكيه على المشهور و لا لزوم على مختار بعضهم و قد اشار الى هذا الاشكال فى المتن و اما بعده فلان ظاهر ادله الخيار ثبوته من حين العقد الى حصول الافتراق و حيث تعدّر ثبوته فى المبدأ فهو ساقط من اصله حيث لا دليل اخر يقتضى ثبوته فى زمان منفصل عن العقد و التحقيق عدم الاشكال فى ثبوته قبل القبض لو قلنا بوجوب التقابض وجوبا تكليفيًا لأن ثمره الخيار ح جواز الفسخ فلا يجب التقابض و قد يتوهم ان جريان الخيار لو كان متوقفا على وجوب التقابض لزم من وجوده عدمه فان مع جريانه لا يجب التقابض و فيه ان جريان الخيار و فسخ العقد يرفع وجوب التقابض من حيث رفع موضوعه لأن موضوع وجوب التقابض هو العقد و بالخيار يرتفع العقد فلا- يجب التقابض فالتقابض يجب فعلا ما دام العقد باقيا و لو مع ثبوت الخيار و بفسخ العقد بالخيار يرتفع الوجوب و ذلك كوجوب الصيوم فعلا- على المكلف الحاضر و يجوز له السيفر فيرتفع موضوع الوجوب و هو الحضور اما لو قلنا بمجرد كون الوجوب شرطيا فالظاهر أنه لا وجه لتعلق الخيار بالعقد قبل القبض و ما فى المتن من أنه يمكن ان يكون اثر الخيار خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابليه لحوق القبض المملك الخ فيرد عليه نظير ما اسمعناك فى الجواب عن تعلق الخيار بالعقود الجائزه لو نذر ان لا يفسخ العقد بالجواز الذاتى من ان الكلام ليس فى وجود الثمره فى ثبوت الخيار و عدمه حتى

يمكن تصويرها بل المقصود أنّ غايه ما يستفاد من ادّله الخيار هو اثبات سلطنه لدى الخيار على الفسخ فالخيار يتعلّق بالعقد الذي لولاه لكان لازما و اما الخيار بعد القبض فالظاهر ثبوته و الاشكال غير وارد لأنّ ما دلّ على ثبوت الخيار فى المجموع دلّ على ثبوته فى كلّ جزء مع عدم المانع و المانع عنه فى جزء من الزّمان لا يوجب المنع مط

قوله (و ممّا ذكرنا يظهر الوجه فى كون مبدأ الخيار)

توضيحه يتمّ بذكر امور الأوّل لما ذكر قدّس سرّه أنّ مبدأ خيار المجلس من حين العقد و فى ثبوته كذلك فى الصّرف و السّلم قبل القبض مع عدم القول بوجوبه تكليفيًا خفاء يظهر منه الوجه فى كون مبدأ الخيار للمالكين فى الفضولى من زمان الاجازه و لا يمكن ان يكون من حين العقد و ان كانا حاضرين حينه و ذلك لأنّ قبل الاجازه لا يسند العقد إليهما و لو على الكشف بل عدم امكان ثبوته للمالك قبل الاجازه فى الفضولى اظهر منه فى الصّيرف و السّلم قبل القبض و ذلك لوقوع العقد و النّقل منهما غايه الامر حكم الشّارع بعدم حصول مضمونه من النّقل او عدم لزومه ألّا بعد القبض و أمّا فى الفضولى فالعقد اجنبى عن المالكين قبل الاجازه و مالكيه الفسخ بالنّسبه إليهما قبل الاجازه غير معقوله و كما قال قدره فى عقد الصّرف و السّلم قبل القبض أنّه يمكن ان يكون اثر الخيار خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابليته لحوق القبض المملّك احتمال هنا أيضا ثبوت الخيار للمالكين من زمان العقد على الكشف و لا يريد من كلامه ذلك تصحيح اسناد العقد إليهما و تصوير مالكيه الفسخ بالنّسبه إليهما قبل الاجازه بل يريد تصحيح الخيار قبل الاجازه بعين ما ذكره هناك من رفع الصّحّه التّأهليّيه للعقد و قد اسمعناك منعه الثّانى قد عرفت سابقا عدم ثبوت خيار المجلس للفضوليين و الاشكال فى ثبوته للمالكين و دفعه و أنّ الحقّ ثبوته لهما و من اجل ذلك بنى المصنّف كلامه فى المقام على القول بثبوت الخيار لهما الثّالث أنّه ره قيد ثبوت الخيار لهما بما اذا كانا حاضرين فى مجلس العقد و قد عرفت ممّا فيما سبق أنّ المراد من البيّعين من بيده سلطان العقد و حلّه فالحقّ أنّ المالكين و ان لم يحضرا مجلس العقد و حضرا فى مجلس الاجازه كان لهما الخيار و احتمال خصوصيّة الاجتماع حال العقد ضعيف فى الغايه بعد تبادل ما عرفت من المعنى من الحديث و صدق البيّع على المالك المجيز لغه و عرفا فالخيار يثبت للمالك حين ما يصدق عليه البيّع و صدقه عليه أنّما هو بعد الاجازه سواء قلنا بالكشف او النّقل فإنّ الاجازه على الكشف و ان كانت انفاذ العقد الفضولى و العقد سابق عليها ألّا أنّ من الواضح أنّ كونها انفاذا

أثما يؤثر في ترتيب الملكيه او آثارها من حين العقد و لا يؤثر في صدق البيع عليه من ذلك الحين و ذلك لاستحاله صدقه على المميز حال العقد و لو قلنا بالكشف و علمنا بتحقق الاجازه و صدقه يتبع تحققها في الخارج فلا مدخلية للعقد و الاجتماع حاله في صدق موضوع الخيار نعم لا- بد من اجتماعهما في مجلس الاجازه فان الغايه و هي قوله (ص) حتى يتفرقا يدل على لزوم الاجتماع كذلك ثم ان ما ذكرناه انما هو المنع عن شرطيه حضور المالكين في مجلس العقد في ثبوت الخيار لهما بعد الاجازه و قال المصنف فيما مضى من البحث عن ثبوت خيار المجلس للوكيلين ما هذا لفظه نعم في ثبوته للمالكين بعد الاجازه مع حضورهما في مجلس العقد وجه و اعتبار مجلس الاجازه على القول بالثقل له وجه الخ و في المقام يمكن ان يكون تقييده بحضور المالكين في مجلس عقد الفضوليين من حيث نفى الخيار من حين العقد او اثباته في صوره حضورهما في مجلس العقد و هذا غير شرطيه ذلك في ثبوت الخيار لهما بعد الاجازه و قد تقدم منا ان المالكين ان حضرا مجلس العقد و اجازا في المجلس كان لهما الخيار و ان لم يحضرا و حضرا مجلس الاجازه كان لهما أيضا و ان لم يجتمعا لا في مجلس العقد و لا في الاجازه فلا خيار

[القول في مسقطات الخيار]

[مسأله المسقط الثاني إسقاط هذا الخيار بعد العقد]

قوله (لو اقتضت الاجازه لزوم العقد من الطرفين)

اي من الذين لهما الخيار و ان كانا في طرف واحد من المتعاقدين و هذا ظاهر من الامثله

[مسأله المسقط الثالث افتراق المتبايعين]

قوله (و معنى حدوث افتراقهما المسقط الخ)

الأحوط عدم الاكتفاء بالوجه الثاني فضلا عن الأول بل الأظهر هو الوجه الثالث و هو عدم حدوث الافتراق بالخطوه و الخطوتين و لا بد من الصّدق العرفي لانصراف مفهوم الافتراق عن مثل الخطوه مضافا الى ظهور الدلاله في الروايه المذكوره لا من حيث فعله (ع) حتى يقال انه مجمل و قضيته في واقعه بل من حيث انه (ع) علق وجوب البيع بما فعله من القيام و المشى خطاء و هي جمع خطوه و لا يخفى ان مع صحه دعوى الانصراف المذكور و ظهور خصوص روايه محمد بن مسلم المذكوره لا تصل التوبه الى استصحاب الخيار و لا حاجه إليه في اثبات عدم كفايه الخطوه و لزوم صدق التفريق عرفا في سقوط الخيار

قوله المعروف انه لا اعتبار بالافتراق عن اكراه)

اعلم ان الظاهر انه يعتبر في صدق الافتراق حصوله بالاختيار و الإراده و ذلك لان الظاهر من اسناد اكثر الافعال الى الفاعل هو

صدورها عنه بالاختيار فاذا حصل بالاكراه فلا يصدق الافتراق بل هو تفريق من دون مطاوعه الافتراق و تنظير الافتراق الواقع في قولهم عليهم السلام البيعان

بالخيار حتى يفترقا او ما لم يفترقا بقوله (ع) من اتلف مال الغير فهو ضامن او من احدث بطل وضوئه او صلاته حيث ان الظاهر منهما هو الحصول على اى وجه كان لا يلتفت إليه ولا يعتبر فى صحه الاسناد و صدقه التعمد و الالتفات الى ما يترتب عليه فلو افترقا ساهيين او ناسيين للعقد او الحكم صدق الافتراق و سقط به الخيار كما فى حال الالتفات و الذكر كما ان الظاهر ان صدق الاكراه و مانعيته عن صدق الافتراق انما هو اذا منعا عن التّخاير أيضا سواء بلغ حدّ سلب الاختيار أم لا فلو اكرها على التفريق مع تمكّنها من الفسخ و الامضاء صدق الافتراق المسقط و لو اكرها مع عدم تمكّنها منها لم يصدق الافتراق المسقط

فان قلت ان الافتراق فى النصوص ان اعتبر فيه العلم و القصد و الاختيار فافتراق النائم و الساهى و الناسى و المدهوش و السكران و المغمى عليه و المجنون ليس بافتراق كالمجبور و المكره فما وجه الافتراق

قلت المنشأ هو الصّيد العرفى فانّ النائم و الساهى و نحوهما ينسب إليهما فعل الافتراق عرفا كالمختار القاصد بخلاف المكره و المضطرّ حيث لا يصدق عليه ذلك و كلّ ذلك لما عرفت من تبادل الاختيار من الفعل المسند الى الفاعل المختار و ان شئت فقل ان المتبادر من التفريق ما كان عن رضى بالعقد سواء وقع اختيارا او اضطرارا و هذا هو الذى يشير إليه المصنّف ره اخيرا ثم لا وجه للاستدلال بحديث رفع الحكم عن المكره لانّ المكره و المضطرّ اذا تمكّنا من التّخاير صدق عليهما الافتراق عن اختيار اذا تمّدت هذه فاعلم انّ المعروف من مذهب الاصحاب هو عدم سقوط خيار المجلس بالاكراه على الافتراق من حيث كون الاختيار شرطا فى صدق الافتراق بالتبادر و الانسباق الى الذّهن و مع الشك يرجع الى اصاله بقاء الخيار

فان قلت انّ اللعازم هو الرجوع فى صوره الشك الى عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فانّ عمومه الافرادى يستتبع العموم الزماني و لا وجه للرجوع الى الاصل

قلت انّ المقام من الموارد التى يرجع فيها الى استصحاب حكم الخاصّ لا عموم العام و يأتيك تفصيله فى خيار الغبن إن شاء الله تعالى و ذهب جماعه الى عدم السقوط أيضا لا- من حيثيه المذكوره بل لقيام دليل من الخارج على اعتبار الاختيار فى الافتراق المسقط و ما استدّلوا عليه امور الاول الاجماع المنقول عن الغنيه و تعليق الشرائع المعتضد بدعوى صاحب الجواهر عدم الخلاف فيه الثانى حديث الرّفْع و يدفعه أولا انّ النسيان مرفوع فيه أيضا و كما يدلّ على رفع الاكراه يدلّ على رفع النسيان و الاضطرار و المنقول عنهم بالشّهره و الاجماع هو التّفكيك بينهما و القول بعدم السقوط مع

الـاكراه و السيقوط مع التسيان و الغفله و ثانيا ما ذكره فى المتن من ان ما عليه الاصحاب لا يصح الاستدلال عليه بان مقتضى حديث الرفع جعل التفريق المكروه عليه كلا تفريق لان المفروض ان التفريق الاضطرارى ايضا مسقط مع وقوعه فى حال التمكن من التباير و ثالثا ان حديث الرفع يجرى فيما كان الفعل منوطا بالقصد و الاختيار كالباع و الطلاق و غيرهما من العقود و الايقاعات مع ان من المتفق عليه عند القائلين بالسيقوط عند الـاكراه مط و القائلين بعدم السيقوط مع التمكن من التباير هو السيقوط اذا كانا غافلين او ناسيين فبدل هذا على عدم مدخلية القصد فى اسقاط التفريق الثالث صحيحه الفضيل حيث قال (ع) فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما بالتقريب المذكور فى المتن و يدفعه أولا قوه احتمال ان يكون المراد بعد الرضا باصل البيع سابقا لا الرضا بالافتراق او الرضا بالبيع متصلا بالافتراق فكأنه (ع) قال ان الرضا بالعقد حين وقوعه اقتضى اللزوم و كان المجلس قابلا للهدم و المنع فاذا افترقا فقد زال ما كان قابلا للهدم و اثر المقتضى اثره و ثانيا انه لو اريد به تقيد اسقاط الافتراق للخيار بالرضا حال الافتراق كان اللزوم عدم السيقوط فى الافتراق الغير المقرون به مع انهم لا يلتزمون بذلك فى غير صوره الاكراه و ثالثا ان استفاده شرطيه الرضا من الصحيحه لا يصح الا بناء على ثبوت المفهوم فى كلمه بعد و هو مم و رابعا انها لا تقاوم ظهور الاخبار المطلقه المستفيضه الخاليه عن هذا القيد و لا تصلح لتقيدها لما بين فى محله ان تقديم المقيد على المطلق انما هو لقوه الظهور فلو فرض العكس قدم المطلق سيما مع اعتضاد اطلاقها بشهره العمل بها و خامسا انها تعارض بما يستفاد من صحيحه الحلبي عن ابى عبد الله (ع) قال ايما رجل اشترى من رجل بيعا فهما بالخيار حتى يفترقا فاذا افترقا فقد وجب البيع و قال (ع) ان ابى اشترى ارضا يقال لها العريض فلما استوجبهها قام فمضى فقلت يا ابت عجلت بالقيام فقال يا بنى اتى اردت ان يجب البيع و روايه محمد بن مسلم قال سمعت ابا جعفر (ع) يقول بايعت رجلا فلما بعته قمت فمشيت خطاء ثم رجعت الى مجلسى ليجب البيع حين افترقنا فانه يظهر منهما عدم اعتبار رضا الاثنين و سادسا قد عرفت ان الظاهر من الافتراق فى الروايات هو الافتراق بالاختيار و المباشره و عليه فتدل الصحيحه على سقوط الخيار بالتفريق الصادر بالمباشره مع الرضا منهما و مع الاكراه على التفريق لا يتحقق ذلك و ان تحقق الرضا و على اى حال فالظاهر اتفاق الاصحاب على عدم سقوط خيار المجلس لو اكراها على التفريق و منعنا من التباير نعم قد توقف فى المسأله المحقق الاردبيلي ره فى مجمع الفائده و السبزواري قد ره فى الكفايه و جزم بعض من ادركنا عصره بسقوط الخيار فى المسأله

و قال التّحقيق أنّ الافتراق مسقط بائٍ وجه حصل من غير فرق بين كونه على وجه القصد او الشّعور او على وجه التّسيان او الغفله او الاضطراب و الا-كراه او نحو ذلك و ذلك لصحّه اسناد الافتراق إليهما فى جميع هذه الصّور و الصّواب ما هو المشهور كما قدّمنا و مع الشّك فالمرجع هو استصحاب بقاء الخيار و قد طعن صاحب الحدائق ره المذى لا يتعدى غالبا عن موارد النّصوص على الايرديلى و السّبزوارى قدّس سرّهما من جهة تشكيكهما فى المسأله و وافق الاصحاب حيث قال و كذا لو اكرها على التفرّق فأنّه لا- يسقط الخيار و الوجه فيه أنّ المذى دلّت الاخبار على كونه مسقطا أنّما هو التفرّق المذى هو فعل اختيارى لهما فالتفريق بينهما قهرا ليس كذلك فلا يكون داخلا تحت النّصوص ه و بالجمله الاكراه على التفرّق له صور الاولى اكراههما على التفرّق و على عدم التّخاير باختيار الفسخ او الايجاب الثّانيه اكراههما على التفرّق من دون اكراه على التّخاير مط من فسخ او ايجاب الثّالثه اكراههما على التفرّق و على اختيار الفسخ الرّابعه اكراههما على التفرّق و على اختيار الايجاب و قد عرفت عدم سقوط الخيار فى الصّوره الاولى و السّقوط فى الثّانيه و مثلها فى السّقوط ما لو اكرها على التّخاير و لكنّهما بنفسهما اختار التفرّق و امّا الثّالثه فان قصدا الى الفسخ عن رضا منهما سقط الخيار و ان فسحا عن كره منهما لم يسقط و امّا الرّابعه ففيه التّفصيل المذكور

قوله (و ثبوته لهما كما عن ظ ط و المحقق و الشّهد الثّانين)

و هذا هو القول المشهور و هو الاقرب فانّ الظّاهر من النّصوص اسناد الافتراق المسقط الظّاهر فى صدوره عن اختيار كما تقدّم الى ضمير طرفى البيع فيفيد حصر سقوط الخيار بحصول الافتراق الاختيارى منهما معا و أنّ الافتراق فى الجملة غير كاف فى سقوط خيارهما معا او فى سقوط خيار خصوص المختار و ان شئت قلت أنّ الظّاهر بعد تبادل الاختيار من الافتراق المسقط و قد اسند الى ضمير التّثنيه كون مجموع الافتراقين الاختياريين غايه لكلّ من الخيارين و لا يكون الافتراق و لو من واحد منهما غايه لكلّ من الخيارين كما أنّ كون النّصوص من مقابله الجمع بالجمع فيكون افتراق كلّ غايه لخيار نفسه دون غيره أيضا خلاف الظّاهر و الحاصل أنّ الافتراق الحاصل من الطّرفين اختيارا جعل غايه لمجموع الخيارين فلا يسقط بافتراق احدهما كرها عن واحد منهما و يؤيد هذا القول اصاله بقاء خيارهما و اطلاق الاجماع المنقول على بقاء الخيار بالاكراه على الافتراق

قوله (بل حكى هذا القول عن ظ كره)

قال فى كره لو اكرها على التفرّق و ترك التّخاير لم يسقط خيار المجلس و كان الخيار باقيا الا ان يوجد منه ما يدلّ على الرّضا بالزّوم و هو اظهر الطّريقين عند الشّافعيّه و الثّانى أنّ فى انقطاعه وجهين كالقولين فى صورته الموت و هذا اولى بقاء الخيار لانّ ابطال حقّه قهرا

مع بقاءه بعيد و كذا لو حمل احد المتعاقدين و اخرج عن المجلس مكرها و منع من الفسخ بان يسد فوه مثلا ه وجه التأمل هو احتمال ان يكون المراد من قوله و كذا لو حمل احد المتعاقدين الخ بقاء الخيار لكل منهما و عدم سقوطه منهما معا كما لو اكرها كذلك بل هذا اقوى مما فهمه الحاكي من إرادته عدم سقوط خياره خاصه و ذلك لقرينه العطف و التشبيه

قوله (و ألا لبقيتنا فتأمل

لعله إشاره الى انّ القول بانّ الغايه ان حصلت سقط الخياران و ألا لبقيتنا مبنّى على كون مجموع افتراقهما غايه لمجموع خيارهما و لكن من الممكن ان يكون الافتراق غايه لخيارهما على وجه التوزيع بان يكون افتراق كل منهما مسقطا لخياره خاصه و بعبارة اخرى يمكن ان يكون غايه خيار كل منهما رضاه المنكشف باختيار المفارقة فالغايه متعدده و لا يخفى انّ هذا مجرد احتمال و إشاره الى المبنى و ألا فيصريح الآن بانّ التفكيك لا يساعد عليه ظ النصّ

قوله (فلا بدّ اما من القول بالفور كما عن كره)

تمسيكا بعموم قوله تع أوفوا بالعقود الدالّ على لزوم الوفاء بجميع العقود المستتبع لجميع الازمان خرج عنه المقدار المتيقن و اما القول بالتراخي الى ان يحصل احد المسقطات لانّ الزمان حيث اخذ طرفا للخيار لا قييدا في ثبوته فالعموم المذكور ليس على وجه ينوع العام و يكون شاملا لجميع الازمنه فلو خرج منه فرد في زمان كان اللّازم استصحاب حكم الخاصّ لا الرجوع الى العام و يناقش في هذا الاستصحاب تاره بانّ بقاء الخيار و تاييده مع طول الزمان ضرر على من عليه الخيار فيرجع الى قاعده نفى الضرر و فيه انّ الضرر انما يكون مع الحجر عن التصرف و لا حجر عليه في ذلك و اخرى بانّ الشك في بقاء الخيار الثابت حين زوال الاكراه الى حصول احد المسقطات من الشك في المقتضى و اجراء الاصل مبنّى على القول بحجّيته مط و فيه تأمل مع انّ الحقّ صحه اجرائه في الشك في المقتضى هذا كله مع امكان ان يق بدلالة النصّ على بقاء الخيار لانّ الغايه هو الافتراق و الاكراهي منه لا- اثر له في اسقاط الخيار و المفروض عدم مسقط آخر فلا- بدّ من بقاء الخيار الى ان يحصل المسقط و لنعم ما افاد في الجواهر حيث قال ان لم يتم اجماع على انّ غايه الافتراق بعد الزوال امكن القول ببقائه مط في بعض الصور التي لم يبق معها بعد الزوال صدق الافتراق فيكون الخيار ح ثابتا بقوله البيعان بالخيار الخ و لم تحصل الغايه حال امكانها و بعد الاكراه لم يبق لها مصداق ه و ما افاده المصنّف ره من انّ الهيئه الاجتماعيه الحاصله حين العقد قد ارتفعت حسا فهو حسن في ردّ القول بجعل مجلس زوال الاكراه بمنزله مجلس العقد و الحكم بامتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال فانّ النصّ

سأكت عن ذلك و لا- دليل على هذا التّزليل و أمّا مع دلالة النصّ على ثبوت الخيار للمتبايعين الى غاية افتراقهما و حكم بعدم حصول الغايه فالنصّ دالّ على بقائه ثمّ على القول بصيروره مجلس زوال الاكراه بدلا عن مجلس العقد يجرى عليه احكامه من سقوط الخيار بالافتراق منه و لو الى مجلس العقد و على ما قلنا يبقى الخيار مع عدم صدق الافتراق سواء كانا مجتمعين فى مجلس واحد او لا- او يمشى كلّ الى صاحبه او الى مجلس العقد بل و لو مضى كلّ من مجلس الزوال لشأنه الى ان يحصل مسقط آخر على تأمل فى الأخير

[مسأله المسقط الرابع التصرف]

قوله (و لعلّه لدلاله التّعليل فى بعض اخبار خيار الحيوان)

اشار بذلك الى صحيحه ابن رئاب عن ابى عبد الله (ع) قال الشّرط فى الحيوان ثلاثه ايام للمشتري اشترط أم لم يشترط فان احدث المشتري فى ما اشترى حدثا قبل الثلاثه الايام فذلك رضا منه فلا شرط قيل له و ما الحدث قال ان لامس او قبّل او نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشّراء فيستظهر من التّعليل الواقع و هو قوله (ع) فذلك رضا منه دلالتّه على سقوط الخيار بكلّ ما دلّ على الرّضا ثمّ اعلم أنّ التصرف الكاشف عن الرّضا و الالتزام بالعقد مسقط قطعاً من غير خلاف فيه ظاهراً من دون فرق بين القول و الفعل و محلّ الكلام و الخلاف أنّما هو فى كونه مسقطاً تعديداً و لو علم عدم دلالتّه على الرّضا بالمعنى الآتى فى خيار الحيوان

[الثانى خيار الحيوان]

قوله (فمثل السّمك المخرج من الماء و الجراد)

الاقرب هو خروج ما يكون المقصود من بيعه لحمه و اختصاص الخيار بالحيوان المقصود حياته لوجهين الاول الانصراف فانّ الظاهر أنّ محلّ الخيار فى الثلاثه هو الحيوان الذى له استعداد البقاء فيها فى العاده و الثّانى أنّ مناسبه الحكم و الموضوع يقتضى الاختصاص و خروج ما يكون المقصود لحمه

قوله (او فى زمان الخيار)

اى اذا كان بعد القبض حتّى يكون التّلف ممّن لا خيار له

قوله (و فى منتهى خياره مع عدم بقائه الى الثلاثه وجوه)

اى بناء على ثبوت الخيار فى الصيد المشرف على الموت و عدم الاشكال من جهه عموم الادلّه الدالّه على ثبوت هذا الخيار فى كلّ حيوان و ان كان الاقرب صحّه دعوى الانصراف الاول فوريّه الخيار لانّ التّحديد بالثلاثه منصرف الى مورد له قابليته البقاء

إليها عاده و ما كان غير مستقرّ الحياه خارج عن هذا التّحديد و المتيقّن في كلّ خيار لم يثبت مدّته هو الفور و المرجح فيما بعده
اصاله اللّزوم بناء على تقديم العامّ في مثله على استصحاب حكم المخصّص الثّاني امتداده الى الموت لائن الظّاهر من خيار
الحيوان هو ثبوته ما دام حيّا الثّالث بقاءه بعد الموت الى الثّلاثه او الى ان يخرج عن الماليّه او يحدث نقص في ماليّته بان يجعل
المنتهى

اقرب الاجلين منهما لأنّ بعد فرض دخوله في نصوص خيار الحيوان او شمولها له فاللزام امتداده الى الثلاثة ان بقى حيا او مات و لم يخرج عن المائيه و أمّا اذا مات قبل الثلاثة و خرج عن المائيه بحيث عدّ تلفا فمقتضى قاعده كون التلف في الثلاثة من البائع هو انفساخ العقد و سقوط الخيار

قوله (و لعله الاقوى)

و يردّه أنّه لا- وجه للاستدلال بالحكمه فانها غير مطّرده مضافا الى أنّها ظنيّه لاحتمال ان يكون الحكمه في هذا الخيار غير ذلك كنظره المشتري و امهاله حتّى يطمئنّ بموافقه البيع لمصلحته و اطلاق النصوص شامل لكلا القسمين بلا تأمل

قوله لعموم صحيحه محمّد بن مسلم المتبايعان بالخيار (الخ)

الانصاف قوه القول بعمومها فلنا دعويان الاولى ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان مط و الثانيه عدم ثبوته لمن انتقل عنه أمّا الاولى فلعموم هذه الصّحيحه و الصّحيحه الاخرى المرويّه عن محمّد بن مسلم أيضا المتقدّمه و صحيحه زراره عن ابي جعفر (ع) قال سمعته يقول قال رسول الله (ص) البيعان بالخيار حتّى يفترقا و صاحب الحيوان ثلث و لا- ينافى هذه الصّحاح التقييد بالمشتري في الاخبار المتقدّمه و في موثقه ابن فضال و ذلك لانّ الظاهر عند المتأمل أنّه ليس المراد من المشتري من هو مقابل البائع بل المراد به من ملك الحيوان في البيع الواقع سواء ملكه موجبا بعنوان العوض عمّا ملكه او ملكه قابلا بعنوان المعوّض و هو المشتري في مقابل البائع فانّ اطلاق المشتري شايح في العرف و العاده على من انتقل إليه المتاع سواء كان احد العوضين او كان كلاهما منه و عن القاموس كلّ من ترك شيئا و تمسك بغيره فقد اشتراه و لو سلّم إرادته ما يقابل البائع فعدم المنافاه من وجوه الأوّل انّ النسبه بين الاخبار المقيده بالمشتري و الصّحاح المذكوره هي الاطلاق و التقييد و لا ينافى ثبوت الخيار للمشتري ثبوته للبائع اذا ملك الحيوان بعنوان العوضيّة و ثبوته لكليهما اذا كان العوضان حيوانا و حمل المطلق على المقيّد أنّما يكون في صورته المنافاه بين ظاهرهما و أمّا في غير ذلك من الاحكام الانحلائيّه كما اذا قيل اكرم العلماء و اكرم زيدا ممّا لا تنافى بينهما فلا مانع من العمل بكليهما الثاني امكان ورود القيد مورد الغالب كما في قوله تع و ربائبكم اللّاتي في حجوركم فانّ الغالب كون صاحب الحيوان مشتريا فلا ظهور لموثقه ابن فضال و الاخبار المتقدّمه في الاختصاص الثالث انّ الظاهر من التقييد في الموثقه هو انّ المراد من الصّاحب الصّاحب بعد البيع لا- الصّاحب السّابق و هو البائع فليس في مقام اخراج البائع اذا كان الثمن حيوانا الرّابع امكان ان يكون الغرض من التقييد في الموثقه و غيرها من الاخبار

المتقدّمه دفع توهم كون خيار الحيوان كخيار المجلس في ثبوته للمتبايعين مط و بيان عدم الخيار للبائع اذا انتقل عنه الحيوان الخامس أنّ الحكمه في ثبوت خيار الحيوان هو النّظر و الاعتبار كما هو المصرّح في صحيحه ابن رثاب المحكيه عن قرب الاسناد و لا بدّ من الأخذ بعموم الحكمه و ذكرها في الصحيحه قرينه على ورودها مورد الغالب من كون الثمن غير حيوان و أمّا الدعوى الثانيه و هو عدم الخيار لمن انتقل عنه الحيوان فلعدم الدليل عليه بعد اصاله اللزوم و ما تمسكوا به من صحيحه محمّد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثه ايام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتّى يفترقا فيمكن تقييده بصحيحته الاخرى المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه ايام و يحمل بعد التقييد على مورد يكون العوضان حيوانين

فان قلت أنّ هذا الحمل في غايه البعد فأنّه حمل على فرد نادر و الغالب كون المبيع حيوانا

قلت نعم و لكن لا محيص عن هذا الحمل القرائن تدلّ عليه الاولى قوله (ع) في الصّحيحه الاخرى صاحب الحيوان بالخيار فأنّه صريح في عدم ثبوته لمن انتقل عنه بل الظهور المستفاد من جميع الاخبار المتقدّمه المقيده باختصاصه بالمشتري اقوى من ظهور قوله (ع) في هذه الصّحيحه المتبايعان بالخيار في ثبوته للبائع بسبب الاطلاق الثانيه عدول الامام عليه السّلام في الصّحيحه الاخرى عن قوله المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا الى التّعبير بقوله و صاحب الحيوان بالخيار فانّ خيار الحيوان لو كان ثابتا لكلا المتبايعين كخيار المجلس لما عدل الى عباره اخرى و كان يقول المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و هما بالخيار في الحيوان ثلاثه ايام و كذا الكلام في العدول الواقع في صحيحه زواره المتقدّمه الثالثه اقوائيه دلالة صحيحه ابن رثاب المحكيه عن قرب الاسناد في عدم ثبوت الخيار للبائع اذا كان المبيع وحده حيوانا من دلالة هذه الصّحيحه بإطلاقها على ثبوته للبائع في الصّوره المذكوره بل صحيحه ابن رثاب صريحه في ذلك مضافا الى الحكمه المذكوره فيها و بالجمله يستفاد من مجموع ما ذكر بالدلاله القطعيه بل و المناط القطعي عدم الخيار لمن انتقل عنه الحيوان فلا محيص عن الحمل المذكور

فان قلت أنّ لازم الحمل المذكور شمول ما في ذيل الصّحيحه من قوله (ع) و فيما سوى ذلك من بيع ما اذا كان المبيع حيوانا و الحكم بعدم ثبوت غير خيار المجلس فيه مع أنّه المتفق عليه من ثبوت خيار الحيوان فيه

قلت فكما قيد الصّدر بقرينه ما ذكر فكذلك يقيد الدليل بغير ما كان احد العوضين حيوانا بالقرينه و هي الصّحيحه الاخرى الدالّه على ثبوت الخيار لصاحب الحيوان و الاخبار الدالّه على ثبوته للمشتري مضافا الى امكان ان يكون كلمه ذلك إشاره الى الحيوان و يكون المعنى أنّ في سوى بيع الحيوان حتّى يفترقا

و يكون الغرض نفى غير خيار المجلس و الاقتصار عليه فيما لا يكون البيع واقعا على الحيوان بل هذا الاحتمال قوى جدا عند التدبر

فان قلت ان ضعف القول بثبوت الخيار للمتبايعين مط في غايه الوضوح و اميا القول المشهور و ما ذهب إليه المعظم من اختصاصه بالمشتري فهو لتكاثر الادله المعترضه بفهم الاصحاب يكون بمثابة لا يمكن رفع اليد عنه بما ذكرتم من الانصراف الى الغالب و تقييد الاخبار و التكلّف في حملها على خلاف ظواهرها للجمع بينها و بين ظاهر صحيحتي محمّد بن مسلم و زراره فانّ الجمع فرع التكاثر و الصحيحتان قاصرتان عنه فانّ قيد المشتري في الاخبار الكثيره قد ورد في بيان الحكم و الظاهر أنّه لافاده الاحتراز و حصر ثبوت الحكم في المقيّد الا ترى أنّه لا يشكّ احد في ان فهم اختصاص الولاء بالمعتق من قوله (ع) الولاء لمن اعتق و اختصاص الطلاق بالزوج من قوله (ع) الطلاق بيد من اخذ بالساق و اختصاص البيّنه بالمدعى و اليمين بالمنكر من قوله (ع) البيّنه على المدعى و اليمين على من انكر و اختصاص الضمان قبل القبض بالبايع من قولهم (ع) كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و كما انّ قيد الحيوان و الثلاثه للاحتراز و تعيين موضوع الخيار من دون ريب فليكن قيد المشتري كذلك و يؤكّد كون قيد المشتري للاحتراز دخول لام الاختصاص على المشتري و ما ذكره من عدم حجّيه مفهوم الوصف خصوصا مع عدم ذكر الموصوف ارادوا عدمها بحسب الظهور النوعى و اذا افاد في مقام ظهورا شخصيا في الانتفاء عند الانتفاء كما في المقام فاللزام الاخذ به و لو كان على خلاف الظهور النوعى و لذا قد يقمّم العام على الخاصّ و المطلق على المقيّد و المفهوم على المنطوق و هكذا في كلّ ما يكون بحسب النوع او الصنف اقوى من غيره بحسب الدلاله و لكن في خصوص ذلك المقام يكون اضعف بنظر الفقيه بل ربما لا يكون للفظ ظهور نوعى اصلا في معنى و يكون له الظهور في خصوص المقام بنظره الا ترى الى ما اختاره المحقّق القمى ره في دلاله آيه النّيا باعتبار التعلّيق على الوصف على المفهوم في خصوص الآيه مع اختياره عدم مفهوم الوصف نوعا عكس ما ذكره غير واحد من أنّه على تقدير القول بدلالته على المفهوم نوعا لا دلاله له في خصوص المقام و ظهور الاخبار الكثيره المقيّده بثبوت الخيار للمشتري في اختصاصه به ممّا لا يقبل الانكار و اظهر من الكلّ كما في المتن صحيحه ابن رثاب المحكيه عن قرب الاسناد على أنّ روايه على بن رباط عمّن رواه عن ابي عبد الله (ع) قال ان حدث بالحيوان قبل ثلاثه ايام فهو من مال البائع و صحيحه ابن سنان قال سألت أبا عبد الله (ع) عن الرّجل يشتري الدابّه او العبد و يشترط الى يوم او يومين فيموت العبد او الدابّه او يحدث فيه الحدث على من ضمان ذلك فقال على البائع

حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المتاع للمشتري شرط له البائع او لم يشترط قال و ان كان بينهما شرط اياما معدوده فهلك في يد المشتري قبل ان يمضى الشرط فهو من مال البائع و غيرهما من روايات تكون بمعناها قد دلت على ان التلف في الثلاثة ايام مده الخيار من مال البائع و بضميمه ما دل على ان الضمان انما هو على من لا- خيار له تدل على عدم الخيار للبائع و اختصاصه بالمشتري هذا كله مع كثرة الاخبار المقيده و اعتضاها بالاصل و عمومات اللزوم و الشهره في الفتوى

قلت الانصاف ان هذه الاخبار على كثرتها لا تقاوم الصحاح التي دلت على ثبوت الخيار لكل من انتقل إليه الحيوان و لا تعارض بينهما الا من حيث العموم و الخصوص و ذلك لما عرفت من ان الاخبار التي يستدل بها للمشهور بحكم الغلبه و الانصراف و ظهور ورودها لبيان حكم الخيار في بيع الحيوان خاصه لا في شرائه او بيعه و شرائه موردها خصوص صوره كون المثلن حيوانا فهي تدل على انتفاء الخيار عن البائع في هذه الصوره مضافا الى ما قدمنا من ظهور إرادته من ملك الحيوان من المشتري الوارد في تلك الاخبار و تلخص عما ذكرنا انه لا اشكال في ترجيح صحيحتي محمّد بن مسلم و زواره الدالتين على ثبوت الخيار لخصوص من انتقل إليه الحيوان سواء سمي بايعا او مشتريا من حيث الدلاله على الصحاح التي استدلوا بها على ثبوته للمتبايعين و على الاخبار التي استدل بها المعظم على ثبوته لخصوص المشتري فالظاهر ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمنا او مثمنا

قوله (و لا ينافيه تقييد الحيوان بالمشتري)

اي لا ينافي القول الثالث الموثق الذي رواه الشيخ عن الحسن بن علي بن فضال قال سمعت ابا الحسن علي بن موسى الرضا (ع) يقول صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة ايام

قوله (لا فرق بين الامه و غيرها في مده الخيار)

توضيح ما ذكره بامور الاول انه لا دليل على تخصيص مده خيار الامه بمده استبرائها مع اطلاق اخبار خيار الحيوان و عموم صحيح الحلبي المؤكد للحيوان بلفظ كل و خصوص صحيح ابن رثاب الذي مورده الجاريه الثاني المنقول عن السيد ابن زهره انه قال في الغنيه و الخيار في الامه مده استبرائها بدليل الاجماع المتكّرر ه و من الواضح ان هذه الدعوى لا تفيد شيئا مع وجود الخلاف و دعوى الاجماع على خلافه الثالث العبار المنقوله عن المقنعه و النهايه و المراسم الحاكمه بضمان البائع لها مده الاستبراء من دون تصريح بثبوت الخيار للمشتري في تلك المده لا- تدل على ذلك لاند الملازمه انما هي بين ثبوت الخيار لشخص و ضمان ماله على من عليه الخيار لا بين ثبوت الضمان لشخص و ثبوت الخيار للمضمون له هذا مضافا الى عدم الوقوف على دليل على ضمان البائع في

قوله (لظاهر قوله (ع) انّ الشّرط فى الحيوان)

وقد يستدلّ بوجهين آخرين الأوّل أنّه لو لا ذلك كان المبدأ مجهولاً للجهد بوقت التفرّق وهو موجب للغرر و يرد عليه مضافاً الى التّقض بشرط الخيار بعد التفرّق الى مدّة معلومه أنّ المدّة معلومه و أنّما الجهالة فى مبدأ الخيار و لا غرر فى ذلك الثّانى أنّ علّة الخيار هو العقد فلو تأخّر عنه لزم تأخّر المعلول عن علّته و هو محال و يرد عليه مضافاً الى التّقض بشرط الخيار بعد مضى مدّة مضبوطة من العقد أنّه لو ثبت كون مبدئه من حين التفرّق كشف ذلك عن كون العقد علّة لثبوته كذلك و اين هذا من مسئلة تأخّر المعلول عن علّته نعم لو تأخّر عن حين التفرّق لزم ذلك ثمّ أنّ هذا الاختلاف و هو كون المبدأ من حين العقد او التفرّق مبنى على ثبوت خيار المجلس فى بيع الحيوان و لكنّ المذى يظهر من جملة من الاخبار اختصاصه بغير بيع الحيوان فإنّ لازم مقابلة خيار المجلس بخيار الحيوان و جعل مورد الأوّل غير الحيوان و مورد الثّانى الحيوان هو عدم ثبوت خيار المجلس فى بيع الحيوان الا ترى الى قوله (ع) فى خبر علىّ بن اسباط الخيار فى الحيوان ثلاثة ايام للمشتري و فى غير الحيوان يتفرّقا و الى صحيح فضيل عن ابي عبد الله قال قلت له ما الشّرط فى الحيوان قال ثلاثة ايام للمشتري قال قلت له و ما الشّرط فى غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا بل صحيح محمّد بن مسلم صريح فى اختصاص خيار المجلس بغير بيع الحيوان و أنّ الخيار شىء واحد فى الحيوان الى الثلاثة و فى غيره حتّى يتفرّقا ففيه المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام فى الحيوان و ما سوى ذلك من بيع حتّى يفترقا و احتمال ان يكون المراد بقوله ما الشّرط فى الحيوان هو السّؤال عن الحيوان من حيث كونه حيواناً فيكون المراد بقوله غير الحيوان غير الملحوظ بعنوان كونه حيواناً فيشمل الحيوان اذا لوحظ باعتبار كونه مبيعاً لا باعتبار كونه حيواناً و مثله الكلام فى بقيه الروايات كما ترى

قوله (خلافاً للمحكى عن ابن زهره فجعله من حين التفرّق)

و على هذا القول هل يكون التفرّق مبدأ مدّة الخيار و هى الثلاثة او يكون مبدأ لاصل الخيار احتمالان يظهر من عبارته بعضهم الأوّل و من عبارته بعض اخر الثّانى فلو استمرّ المجلس الى انقضاء الثلاثة يثبت الخيار فى ثلاثة اخرى من حين التفرّق على الأوّل و انتفاء خيار الحيوان رأساً على الثّانى لعدم ثبوته فى الثلاثة من اجل المانع و انقضاء زمانه بعدها و لو استمرّ المجلس الى يومين ثمّ حصل التفرّق يثبت الخيار فى ثلاثة ايام بعد اليومين على الأوّل و فى يوم بعدهما على الثّانى

قوله (و هذه الدّعى

لم نعرفها)

لأنهم ان ارادوا من ثبوت العقد لزومه ففيه أولا انا اشرنا سابقا الى ان معنى الخيار هو أنه لو لاه لزم العقد بحسب اصل الشرع من جهة هذا الخيار فلا ينافى عدم اللزوم من جهة خيار آخر و ثانيا ان لازم ذلك ان يكون مبدأ خيار الشرط في بيع الحيوان بعد الثلاثة او بالعكس أيضا و هم لا يلتزمون به و ثالثا لازم ذلك أيضا تخلل آن ما بين التفريق و ثبوت الخيارين و الالتزام بانّ المبدأ فيهما بعده لا من حين التفريق بلا فصل و ذلك تحصيليا للزوم العقد و ان ارادوا به مطلق الثبوت ففيه بعد التقص بخيار المجلس انّ الايجاب و القبول كافيان في ذلك

قوله (و بلزوم اجتماع السببين على مسبب واحد)

و قد يقّر بانّ الثابت في مدّه خيار المجلس خياران او خيار واحد فان كان الاول لزم اجتماع المتلين و ان كان الثاني لزم اجتماع السببين على مسبب واحد

قوله (مع أنه بالتقرير الثاني مثبت)

لانّ اصاله عدم حدوثه لا يثبت انّ مبدئه بعد التفريق و انقضاء المجلس مضافا الى انّ اصاله عدم حدوثه بنحو ليس التامه و هو العدم الازلي ليس له اثر اصلا و بنحو ليس التاقصه ليس له حاله سابقه متيقنه

قوله (و ادله التلّف من البائع محمول على الغالب)

فلا- اطلاق لها حتى يعارض اطلاق الأخبار المتكثّره الظاهره في انّ مبدأ خيار الحيوان من حين العقد و حملها على بعد التفريق يوجب التجوّز و رفع اليد عن ظهورها و لا- اشكال في انّ التخصيص اولى منه نعم الحمل على الغالب مبنّى على قبول انّ غلبه الوجود من اسباب الصيرف هذا مضافا الى امكان تخصيص اخبار خيار الحيوان لقاعده انّ التلّف في الخيار المشترك من المشتري فيقال انّ التلّف في الخيار المشترك من المشتري اذا كان له خيار آخر مختصّ به كما في المقام فيكون من البائع

قوله يتوقف استقلال كلّ واحد منهما في التأثير)

هذا مضافا الى ما قدّمنا في خيار المجلس من انّ ادله الخيار لا ينفى اجتماع اكثر من خيار واحد

قوله (و ورد النصّ أيضا بانّ العرض على البيع اجازة)

الظاهر انه اراد بالنصّ ما رواه في كافي عن الشكوني عن ابي عبد الله (ع) انّ امير المؤمنين (ع) قضى في رجل اشترى ثوبا بشرط الى نصف النهار فعرض له ربح فاراد بيعه قال ليشهد انه قد رضيه ثم لبيعه ان شاء فان اقامه في السوق و لم يبع فقد وجب عليه لكن استظهار انّ مجرّد العرض على البيع اجازة من هذه الزوايه محلّ منع لانه (ع) امر أولا باقامه الشاهد على اسقاط الخيار و

ايجاب البيع و عليه فلا يكون المسقط هو مجرد الاقامه فى السوق بل ما تقدمها من ايجاب البيع

[الثالث خيار الشرط]

اشاره

قوله

و لا فى انه لا يتقدّر بحدّ عندنا)

خلافًا لابي حنيفه و الشافعى و الثورى فانّ المحكى عنهم انه لا يجوز اشتراط مدّه فى العقد تزيد على ثلاثه ايام

قوله (و الاصل فيه قبل ذلك الاخبار العامه)

قد يستشكل فى التمسك بالاخبار العامه بانّ شرط الخيار مناف للكتاب فلا يجوز لنفس الاستثناء الذى اشتمل عليه ادلّه الشّروط العامه كما قد يستشكل فى خيار الشّروط بانّ ثبوته مناف لما دلّ على لزوم الوفاء بالعقد و ادلّه لزوم الوفاء بالعقود يعارض الادلّه الداله على ثبوت هذا الخيار بالعموم من وجه و مرجع الاشكالين الى امر واحد و هو منافات الخيار و جواز الفسخ لادلّه لزوم الوفاء بالعقد فينافى الكتاب أيضا و ليس الغرض من هذين الاشكالين المنع عن صحّحه خيار الشّروط فى البيع فانّها مسلّمه بعد الاجماع و الاخبار الخاصه بل الغرض انّ خيار الشّروط فى كلّ مورد قلنا به كما فى البيع حتّى للاجنبى لقيام الاجماع فيه فهو خارج عن عموم المستثنى بالدليل و امّا لو كان داخلا فى المستثنى منه كان قاعده عامه فى العقود و الايقاعات الا ما اخرجه الدليل و يجب انّ عن الاول فبانّ الخيار من الحقوق و قد مرّ ذلك فى اول الخيارات و المخالف للكتاب الذى لا يجوز اشتراطه فى العقد ما كان من الاحكام كحرمان الورثه عن الارث و المستحقّ من السّاده عن الخمس و من غيرهم عن الزّكاه و كذلك المراد من تحريم الحلال و عكسه تحريم الزّيادة على نكاح امرأه واحده او نكاح الحرّه على الأمه و تحليل الخمر و الخنزير و الزّبا و الجمع بين ازيد من اربع و الاختين الى غير ذلك من الاحكام فثبوت الخيار غير مناف للكتاب و لا يحرم حلالا و لا يحلّل حراما و هو داخل فى عموم المستثنى منه لا- انه خارج عن المستثنى و يرشدك الى ما ذكرنا انّ الادلّه الخاصه على كثرتها و ورودها فى موارد عديده لم يكن فى واحد منها اشاره الى انّ هذا الشّروط مخالف لظاهر الكتاب و مخصّص له بل قول الصادق (ع) لمّا سأله ابن سنان عن الشّروط فى الاماء ان لا تباع و لا توهب حيث قال (ع) يجوز ذلك غير الميراث فانّها تورث لانّ كلّ شرط خالف كتاب الله فهو باطل صريح فى انّ اشتراط عدم البيع فى الهبه ليس مخالفا للكتاب و انّ المخالف له ما كان من الاحكام و كان مصرّحا به فى الكتاب كالارث و كذا خبر الحلبي عن ابي عبد الله (ع) فى رجلين اشتركا فى مال و ربحا فيه ربحا و كان المال دينا عليهما فقال احدهما لصاحبه اعطني رأس المال و الزّبح لك و ما توى فعليك قال لا بأس به اذا اشترط و ان كان شرطا يخالف كتاب الله عزّ و جلّ فهو ردّ الى كتاب الله و امّا عن الثّانى فبانّ اللّزوم فى العقد انّما هو على

حسب ما اشتمل عليه ذلك العقد فان كان بلا شرط فلزومه على حسبه و ان كان معه فلزوم العقد على حسب ذلك الشرط و هذا هو السر في صيروره الشرط لازما سواء كان خيارا او غيره و لزوم الشرط ناش عن لزوم العقد و لهذا لا يلزم لو لم يكن في ضمن عقد لازم و مما يرشدك الى ان الشرط بل كل خيار لا ينافي لزوم العقد هو ثبوت اللزوم في غير زمان الخيار و كل خيار ينافي استمرار اللزوم و دوامه لا اصله و ادله اللزوم لم تدل على استمراره في العقد مط بل تبهناك على انها دلت على لزوم كل عقد بحسب ما اشتمل عليه ذلك العقد و اجاب جمع بان الخيار انما ينافي العقد المطلق لان اللزوم من مقتضياته لا العقد المشروط بالخيار و ليس من مقتضيات مطلق العقد حتى يعمه و عبر بعضهم عن هذا بان اللزوم من مقتضيات اطلاق العقد لا ذاته فجواز الفسخ بالخيار لا- ينافي دليل اللزوم فانه مخصوص بالعقد المطلق فلا ينافي الكتاب و فيه نظر لوجه الاول ان الفقهاء لم يفرقوا في خيار الشرط بين ان يقع خيارا للعقد المشروط به او لعقد اخر متقدم عليه كما لو اوقعا عقدا على وجه الاطلاق من دون شرط و اشترطا بعد مضي زمان ثبوت الخيار لهما او لاحدهما بالنسبه الى العقد السابق في عقد لاحق و لازم الجواب عدم الجواز في الثاني فان العقد المطلق السابق مقتض للزوم و الخيار مناف له ح فيخالف الكتاب الثاني انه لو شرط الخيار في ضمن عقد ثم اسقط باحد المسقطات فاللزام عدم لزوم العقد المذكور فانه لم يكن من العقد المطلق الذي كان مقتضيا للزوم الثالث ان العقد المطلق يجرى فيه كثير من الخيارات كخيار المجلس و الحيوان و العيب و الغبن و تاخير الثمن و اشتراك الصيغه مع عدم تقييد المتبايعين العقد بشي ء من ذلك و لازم الجواب تقييد الاقتضاء بغير ذلك و هو كما ترى الرابع ان الدليل على اقتضاء العقد المطلق للزوم و ان كان حكم الشارع بوجوب الوفاء و نحوه فهو عام لكل عقد سواء كان مشروطا بالخيار او لا و تخصيصه بالعقد المطلق الخالي عن الشرط بتقريب ان غايه ما دل عليه الدليل على صحه اشتراط الخيار هو ثبوت الخيار في قسم خاص من العقد و هو الذي اشترط فيه ذلك و الكتاب لم يدل على لزومه بالخصوص بل كان دلالة عليه بالعموم فيخصيص يتوقف على تقديم عموم ادله الشروط على عموم حكم الشارع بوجوب الوفاء في مورد الاجتماع مع ان الاستثناء الواقع في ادله الشروط يخصصها بغير المخالف للكتاب و تقديم دليل الشرط و تخصيصه لعموم الكتاب لا بد له من مرجح لما تقرّر في محله ان مخالفه الخبر للكتاب لا يخلو عن صور ثلاث الاولى ان يكون المخالفه بالعموم و الخصوص او الاطلاق و التقييد و اللزام تقديم

الخاصّ و ليس من التّرجيح فى شىء لعدم المعارضه التّانيه ان يكون المخالفه بالتّباين الكلى و اللّازم سقوطه عن الحجّيه رأسا التّالثه ان يكون الخبر اعمّ من وجه من الكتاب و اللّمازم اعمال قواعد التّعارض و تقديم ما هو الارجح و كون الكتاب قطعى الصّدور لا يوجب تقديمه على الخبر بعد ما كانت دلالتّه على العموم ظّنيه و لا مرجّح فى المقام لدليل الشّروط و الاخبار الخاصّه و ان كانت مرجّحه و تكون من المرجّح الخارجى الرّاجع الى تقويه المضمون الّا أنّ الاشكال ح هو اختصاصها بالبيع و الاجاره و قد جوّز الاصحاب خيار الشّروط فى غيرهما من الموارد و جوّزه فيهما للاجتنبي مضافا الى أنّ لزوم العقد فى غير المشترط فيه الخيار لاجل حكم الشّارع يكون لاقتضاء امر خارج عن العقد فلا وجه لعدّه من مقتضيات العقد المطلق و ان كان الدّليل نفس العقد المطلق فلا- بدّ فيه من ثبوت جهه تفيد اختصاص اللّزوم به دون العقد المشروط و هى اما الوضع و اما القرينه العامه اما الوضع فعدمه ظاهر فانّ صيغ العقود مختلفه بحسب الموادّ و الهيئات غايه الاختلاف و من البعيد جدّا وضعها و لو نوعا كذلك و لم تسمع دعوى ذلك من احد و اما القرينه فمضافا الى أنّ اللّزوم ح لامر خارج لا من اقتضاء نفس العقد الاصل عدمها و الادلّه التّي اقاموها على اصاله اللّزوم فى العقود لا اختصاص لها بالعقد المطلق الخالى عن القيد و الصّواب فى الجواب ما قدّمناه من لزوم كلّ عقد بحسبه

[مسأله مبدأ هذا الخيار عند الإطلاق من حين العقد]

قوله (نعم يمكن ان يقال)

فيه مضافا الى أنّه كيف يصحّ امكان هذه الدّعوى مع ما ذكر أولا- من أنّ المتبادر عند الاطلاق كونه من حين العقد أولا أنّ دعوى التّبادر و انصراف الاطلاق الى زمان لزوم العقد لو لا الاشتراط من جهه شهاده ظهور الحال فى أنّ جعل الخيار يكون فى زمان كذلك و هو بعد التّفرّق محلّ منع جدّا لأنّ ظهور الحال قد يقضى بامتداد زمان الخيار من دون نظر الى جعل مبدئه زمان التّفرّق و يكون الغرض ح هو بقاء الخيار بعد التّفرّق أيضا و قد عرفت سابقا عدم المانع من ثبوت خيارين لجهتين فى زمان واحد و ثانيا التّقض بصوره التّصريح بجعل المبدأ من حين العقد فكما أنّ فى صوره التّصريح بذلك لا يقيد مبدئه بانقضاء خيار المجلس فكذلك فى صوره الاطلاق و ثالثا دلّ ما ورد فى صحيح ابن سنان من السّؤال عمّا لو اشترط يوما او يومين و الجواب بانّ التّلف فى التّلاثه على البائع شرط أم لم يشترط على أنّ مبدأ خيار الشّروط هو مبدأ التّلاثه و الّا لأجاب (ع) بانّ التّلف فى الأيّام الاربعه و الخمسه على البائع و لا وجه لتخصيص الضّمان على البائع

بالتّلاثة أّلا ذلك و احتمال ان يكون التّخصيص من جهة اختصاص مورد السّؤال بصوره اشتراط اليوم او اليومين متّصلا بالعقد و يكون الجواب ح دليلا على بطلان هذا الشّروط من حيث كونه لغوا مع ثبوت خيار الحيوان مدفوع بأنّه لا وجه له مع عدم إشاره إليه سؤالا و جوابا و لا دافع لظهوره فى مطلق الشّروط و قد مرّ الحديث فى البحث عن ثبوت خيار الحيوان لمن انتقل إليه و رابعا لو تمّ هذا لاقتضى كونه فى الحيوان من حين انقضاء التّلاثة و قد يقال يستظهر ممّا ورد فى أنّ التّلف فى ايام خيار الشّروط على البائع مثل ما فى ذيل صحيحه ابن سنان المتقدّمه قال (ع) و ان كان بينهما شرط اياما معدوده فهلك فى يد المشتري قبل ان يمضى الشّروط فهو من مال البائع و فى غيرها ممّا يكون بهذا المعنى أنّ مبدأ هذا الخيار هو التّفريق فانّ ثبوته من حين العقد مناف لقاعده كون التّلف فى الخيار المشترك على المشتري و يجاب عنه بما مرّ فى خيار الحيوان

قوله حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما)

قد مرّ فى اوائل بحث المعاطاه أنّ اخذ الخصوصيات فى العقود ليس من باب اخذ الفصل فى الجنس حتّى يكون القاء الخصوصيه من باب مخالفه العقود للقصد بل من باب تعدّد المطلوب و القاء بعض زمان الخيار يكون من هذا القبيل تبعضا فى المطلوب

[مسأله يصحّ جعل الخيار لأجنبيّ.]

قوله (و ان لم يجتمعا بطل)

ان اراد بطلان الفسخ او الامضاء بمعنى اسقاط الخيار كما هو ظاهر العطف فهو باطل و ان اراد بطلان العقد اى تقديم الفاسخ كما هو الظاهر فحسن و احتمال ان يكون مورد كلامه هو جعل الخيار لهما بوصف الاجتماع فيكون مراده و ان لم يجتمعا بطل الفسخ و الامضاء كما هو ظاهر العطف بعيد جدّا لأنّ مرجعه الى الاقاله و اشتراطها ليس أّلا لغوا

قوله و ان لم يرض كان المبتاع بالخيار)

لا وجه لهذا الكلام من جهات الاولى أنّ مقتضى كون الخيار للاجنبيّ كون الامر بيده فان اختار الامضاء و اسقاط الخيار نفذ و ان اختار الفسخ انفسخ و ليس لاحد المتبايعين ح خيار بلا اشكال التّانيه أنّه لا وجه لتخصيص المبتاع بتوجيه الخيار إليه دون البائع مع عدم ثبوت خيار لاحدهما و اختصاصه ابتداء بالاجنبىّ التّالثه أنّه لو جعل الخيار للاجنبيّ كان كلّ من الفسخ و الامضاء بيده و لا- وجه لنفوذ رضاه دون فسحه و يمكن ان اراد صوره كون الاجنبىّ و كيلا عن المبتاع و لم يرض اى لم يمض من دون ان يفسخ و يضمّ هاتين المقدّمتين يصحّ كلامه بخلاف ما اذا لم يكن و كيلا بل جعل له الخيار اصاله كما هو مفروض الكلام فليس للمبتاع شىء فى جميع الصّور او كان

وكيلا و فسخ و فسّر الاستاد ره عباره الوسيله هكذا ان رضى الاجنبى و قبل جعل الخيار له نفذ البيع اى ليس لمشترط الخيار للاجنبى خيار فى البيع و البيع نافذ فى حقه من هذه الجبهه و ان كان خياريا بالنسبه الى الاجنبى و ان لم يرض اى لم يقبل الاجنبى فالمبتاع بالخيار لتعذر الشرط ه

قوله (و معهما او مع احدهما و لو خولف امكن اعتبار فعله)

اراد جعل الخيار للاجنبى بوصف الاجتماع و منضمًا مع المتبايعين او احدهما و عليه فان اتفقا فلا اشكال و لو خولف بان فسخ الاجنبى و امضى الاصيل امكن اعتبار فعله و عدم تأثير الامضاء و ايد المصنّف كلامه بانّه لو امضى الاجنبى و فسخ الاصيل لا يؤثر الامضاء قطعًا و مع العكس لو لم يعتبر فسخ الاجنبى و اثر امضاء الاصيل لم يكن لذكره فائده ففائدته اعتباره و يكون معنى العبارة أنّه لو لم يمض فسخ الاجنبى مع اجازة الاصيل و المفروض عدم مضي اجازة الاجنبى مع فسخ الاصيل لم يكن لذكر الاجنبى فائده و يحتمل أنّه اراد جعل الخيار للاجنبى بوصف الاجتماع و اراد من قوله و لو خولف الاعم من فسخ الاجنبى و امضاءه فان فسخ او امضى امكن اعتبار فعله فى مقابل امكان اعتبار فسخه مع امضاء الآخر و عدم اعتبار امضاءه مع فسخ الآخر و على هذا المعنى يكون كلام المصنّف ردًا عليه لأنّ مع عدم تقديم قوله مط لا يلزم عدم الفائدة فانّ فائده الذّكرح تأثير فسخه و اعتباره و ان لم يعتبر امضاءه و لم يؤثر و احتمال الاستاد ره وجها ثالثًا و هو أنّه اراد من جعل الخيار للاجنبى معهما جعله له مستقلًا و اراد من قوله امكن اعتبار فعله اعتباره مط فسخًا او امضاء و يكون كلام المصنّف ردًا عليه بانّ فائده جعل الخيار له ليس اعتبار فعله مط نعم لو لم يمض فسخه مع اجازة الاصيل لكان ذكره بلا فائده لأنّ المفروض عدم مضي اجازته مع فسخ الاصيل و اما لو اثر فسخه فلا- يكون ذكره لغوا و هو بعيد جدًا لانه خلاف ظاهر كلامه مضافًا الى أنّه لو اراد الخيار على وجه الاستقلال فلا اشكال فى تأثير فسخه و امضاءه بمعنى اسقاط حقّ خياره كصوره الانفراد و لا وجه للقطع باعتبار فعله اذا انفرد و امكان اعتباره اذا كان معهما او مع احدهما لعدم الفرق مع ثبوت الخيار مستقلًا

قوله ثمّ أنّه ذكر غير واحد انّ الاجنبى يراعى المصلحه)

يتمّ الكلام بذكر امور الاوّل التّحكيم انّما يكون جعل سلطان الخيار للاجنبى بحيث لا يكون للشّارط خيار الّا اذا اشترط لنفسه أيضًا مستقلًا و التوكيل انّما يكون بجعله للشّارط و أنّه و كلّ الغير فى

المباشرة التّانى المشهور بين الاصحاب أنّ ظاهر اشتراط الخيار للاجنبى هو التّحكيم فأنهم ذهبوا الى أنّ فى صورته اشتراط الخيار للاجنبى لا يكون للشّارط خيار الا اذا اشترط لنفسه أيضا و احتمال بعضهم كونه توكيلا و هو ممنوع لوجوه اولها أنّ الدليل على اصل المسألة هو عموم ادلّة الشّروط و المؤمنون عند شروطهم و مفاده هو الحكم التّكليفى و وجوب الوفاء بالشّروط و اذا كان شرط الخيار لاحد المتبايعين انتزع منه ثبوت حقّ له على صاحبه لرجوع الفائده إليه و أمّا اذا كان اجنبيا فلا يرجع من الشّروط فائده إليه و أمّا يرجع الى احد المتعاقدين و لا يعقل حدوث حقّ له و أمّا هو مجرّد حكم تكليفى باتّباع نظره و لا معنى بالتّحكيم الا هذا ثانيها أنّ ثبوت الخيار للاجنبى ان كان من باب التّملك او التّوكيل كان اللّازم ثبوته أولا للشّارط المذى هو احدهما حتّى ينتقل الى الاجنبى و المفروض جعله للاجنبى ابتداء و ثبوته للشّارط خارج عن مفاد الشّروط ثالثها أنّ التّوكيل خلاف ما هو المتبادر من الشّروط و فهمه يحتاج الى قرينه و العرف شاهد على ذلك الثّالث تظهر الثّمرة بين الوجهين فى امور منها ثبوت الخيار للشّارط أيضا على التّوكيل دون التّحكيم و منها سقوط خيار الاجنبى على التّوكيل بتصرف موكله دون التّحكيم لوقوع التصرف ح من غير ذى الخيار فلا يسقط به و منها اجتماع شرائط الوكالة ككون الوكيل بالغا عاقلا مثلا على التّوكيل و منها ثبوت الخيار للموكل بعد موت الاجنبى على التّوكيل و انتقال الخيار الى وارث الاجنبى على التّملك و سقوطه رأسا على التّحكيم لانه لم يكن ح الا حكما شرعيّا قائما بموضوع خاصّ وارث الخيار أمّا هو فيما ثبت من قبل الشّارع دون ما ثبت بالشّروط من احد المتبايعين و وجب الوفاء به و منها جواز عزل الوكيل فيبطل الخيار و لا يجوز عزل الحاكم

لا يقال كيف يجوز عزل الوكيل مع أنّ الوكالة لازمه لاشتراطها فى ضمن عقد لازم

فانه يقال لزوم الوكالة و عدم جواز العزل بمعنى عدم ترتّب الاثر لا مجرّد الحكم التّكليفى أمّا هو بالنّسبة الى من كان الشّروط عليه فلو شرط صاحبك عليك ان يكون فلان و كيلك على كذا فى ضمن عقد لازم و قبلت الشّروط لا يجوز لك عزله بخلاف ما لو شرطت ذلك على صاحبك فكان هو المشتراط عليه و انت الشّارط فانه يجوز لك عزله كما أنّه يجوز للوكيل عزل نفسه عن الوكالة بعد قبولها و هذا كما فى عقد الرّهن اللّازم من طرف الرّاهن و الجائز من طرف المرتهن حيث أنّ الرّاهن لو اشترط على المرتهن وكالته او وكالة اجنبى فى بيع المال المرهون بعد اجل معلوم جاز للرّاهن عزله و لو كان الرّاهن مشرطا عليه لا يجوز و منها يجوز للشّارط اسقاط خياره

على التوكيل فيسقط عن الوكيل و في جواز اسقاط الخيار على التحكيم و مضى اسقاطه بان يقول الشارط اسقطت حقى عن اشتراط كون الخيار للاجنبى وجهان بل قولان من انه حق للشارط فيسقط باسقاطه و كما يجوز اسقاط حق خيار نفسه لو جعله لنفسه فكذا فى الاجنبى و لو كان الشرط للمتبايعين معا بان شرط كل منهما على الاخر كون الخيار لزيد فلا يسقط الا باسقاطهما معا و من انه بمجرد الشرط حصل للاجنبى حق و لا يسقط باسقاط المشروط له حق شرطه لمضى الامر بمجرد اجراء الصيغه و الاقرب الثانى فان كونه هو الشارط لا يستلزم ثبوت حق له غير ما ثبت للاجنبى و منها الاحتياج الى قبول الاجنبى على التوكيل قطعا و بناء على التحكيم فوجهان اقر بهما العدم فان الاجنبى ح لم يكن طرفا فى عقد و ليس له الا جواز الفسخ بحسب ما اشترط فى العقد نعم بناء على التملك فعدم الاحتياج موقوف على عدم انحصار الملك القهرى بالارث و حصوله فى الوصيه التملكيه و نحوها من دون حاجه الى القبول و هو فى غايه الاشكال و لا يقاس بملكه البطون للمحاقه فى الوقف المتلقى من الواقف بجعل الوقف لامن تملك المعدومين بعد الوجود فى وقف التشريك و الموجودين عند انقراض الاولى فى الترتيب انما هو بالتبعيه لتملك الموجودين المتوقعه على قبولهم صحه الوقف الذى مقتضاه التأييد و الدوام و لا بنذر التتيجه فانه ممنوع فى التملك و ان سلم فى فك الملك للنص و عدم المانع كالانعتاق الحاصل بنذر العتق و منها انه لو كان شرط الخيار لاحد المتبايعين و لاجنبى فان كان بوصف الاجتماع فلا اشكال فى عدم التأثير الا اذا اجتمعا فى الفسخ او الامضاء و ان كان على نحو الاستقلال فعلى التوكيل من سبق منهما الى اعماله نفذ و سقط خيار الاخر بلزوم العقد او انفساخه لان باعمال الخيار من الاول ذهب موضوع حق الاخر و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز و على التحكيم قدم الفاسخ و لو كان متأخرا على المجيز لان امضاء المجيز انما يؤثر من طرف نفسه و حق الآخر باق على حاله و لو فسخ انحل العقد الرابع لا اشكال فى وجوب مراعاة الاصلاح للموكل على التوكيل بناء على المشهور من اعتبار المصلحه فى الوكاله و على التحكيم فظاهر المتن كما ترى نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظه مصلحه و الاقرب كما هو المشهور رعايتها بل لم يظهر من احد من الاصحاب التصريح بعدمها سوى عباره س حيث قال و لا اعترض عليه و ذلك لعدم الداعى غالبا الى جعل الخيار للاجنبى الا ارجاع الامر اليه لرعايه مصلحته فالثابت للاجنبى بالجعل مشروط

بها و فى الحقيقه لا يكون جعل الشارط الّا استيمانا و هذا هو المراد بقولهم لانه امين و لا تنافى بين الاستيمان و التحكيم نعم قد يكون جعل الخيار للاجنبى من حيث تفويض الامر اليه و جعله بيده من دون لحاظ رعايه مصلحه الشارط كما فى جعل الولد اختيار امر العقد الى والده احتراماً و ح لا يجب عليه رعايه المصلحه قطعاً و لكنّه يحتاج الى قرينه حالته او مقالته كما هو ظاهر

قوله او بدخول الخيار بالاصل كخيارى المجلس و الشرط

الظاهر أنّه اراد من خيار الشرط خيار تخلف الوصف للاطلاق عليه كثيرا و لا بأس بالاشارة الى مسائل الاولى انّ صور اشتراط الخيار كثيره جدّاً و الجواز فى الجميع عموم ادلّه الشرط و قد نفى فى الكفايه و الرياض و كشف الظلام و الجواهر و غيرها الخلاف فى جواز جعل الخيار للاجنبى و قال بعض الاعلام قد يشترط الخيار لاحدهما و لهما و للاجنبى واحدا كان او متعددا و قد يكون لهما و للاجنبى و لاحدهما و للاجنبى و على التقادير فاما ان يكون زمانه متصلاً بالعقد او منفصلاً او متصلاً و منفصلاً كما اذا جعل فى يومين متصلين بالعقد و شهر اخر منفصل عن اليومين و على التقادير فقد يكون زمان الخيار بعضه متصلاً ببعض كشهـر متصل و منفصلاً كخمسه عشر يوماً من شهر يوم و يوم لا و قد يكون مع اتصال البعض و انفصال البعض كما مرّ و فى صورته التعدد قد يتصل البعض بالعقد و ينفصل الآخر مع الاتصال بينهما و مع الانفصال و قد يتحد زمانهما بحسب الوقت و العدد كما فى المتصلين بالعقد و المنفصلين و قد يتحد بحسب العدد دون الوقت كشهـر و شهر بعده و أيضاً فى صورته كون الخيار المتعدد قد يكون لهما على سبيل الاستقلال و قد يكون لهما على سبيل الاجتماع و قد يتركب من الاثنين كما فى الثلاثه فيكون لـاثنين منهما على سبيل الاجتماع و للثالث على سبيل الاستقلال و على التقادير فقد يكون مشروطاً برضا شخص اخر ممن ليس له الخيار او ممن له الخيار و هذا غير كون الخيار لهما على سبيل الاجتماع و قد لا يكون مشروطاً برضا احد و على التقادير فقد يكون الخيار منجزاً غير مشروط بشىء و قد يكون معلقاً على شىء كردد ثمن او مثنى او نحو ذلك و قد يكون لاحدهما المنجز و للآخر المعلق و قد يكون لواحد مع اختلاف الزمانين كان يكون له الخيار فى عشره ايام من حين العقد منجزاً و بعده الى سنه او بعد سنه معلقاً ثمّ الاجنبى المشروط له الخيار بجميع اقسامه قد يشترط له الخيار من قبل البائع فقط او من جانب المشتري فقط او من قبلهما و على هذا فقد يشترط البائع الخيار من جهه للمشتري و بالعكس فيدخلان

تحت الاجنبى فى المعنى لآن اشتراط الخيار له ليس من جهه كونه احد طرفى العقد فله الفسخ من جانب من اشتراط له الخيار و ان لم يكن لنفسه خيار و له اسقاط الخيار من قبله لو جعل له ذلك أيضا دون خيار نفسه ان كان له خيار و قد يكون الاجنبى نفس المبيع اذا كان انسانا او الثمن كذلك على القول بجواز تملك العبد او كالتة او مط فاقسام الاجنبى بالنظر الى الدّاخل و الخارج خمسه البائع و المشتري و الثمن و المثلن و الخارج عن الجميع انتهى الثانيه لا- بدّ من تعيين الاجنبى فلو جعل الخيار لاحد الشخصين بطل الثالثه لا بدّ فى صورته جعل الخيار للاجنبى أيضا من تعيين المدّه و كذا تعيين المبيع فلو اشتراطه فى احد المبيعين لا- على التعيين بطل الرابعه لا- بأس باشتراط الخيار بالنسبه الى بعض المبيع دون بعض من دون فرق بين جعله لهما او للاجنبى لعموم الادله الخامسه لو وقع الوكيلان العقد و شرط الخيار فان شرطاه للموكلين الذين وقع العقد لهما صحّ و كذا لو شرطاه لانفسهما و كان باذن الموكلين لعموم الادله

[مسأله يجوز لهما اشتراط الاستثمار]

قوله (ذلك الحق على صاحبه)

الضمير راجع الى الصّاحب السابق و هو المشتري

قوله (فمعناه سلطنه صاحبه)

الضمير راجع الى الصّاحب المتقدم عليه و المعنى سلطنه المشتري على الفسخ و لو بالواسطه

قوله (فيرجع اشتراط الاستثمار الى شرط)

و هو خلاف المفروض فلا تغفل و لا بأس بالاشاره الى مسائل الاولى لا بدّ من لزوم تعيين مدّه المؤامره و ضبطها للزوم الغرر مع عدمه و الاغراض تختلف باختلاف زمان الخيار خلافا للشّرخ فى ف و حكى مثله عن ط الثانيه يجرى فى الاستثمار ما مرّ فى اقسام الخيار فانه أيضا قد يكون للبائع و قد يكون للمشتري اولهما او لاجنبى عنهما او عن احدهما منفردا او مع البائع او المشتري او معهما متصلا او منفصلا او متصلا و منفصلا الى غير ذلك الثالثه الظاهر انه لا يشترط تعيين المستامر بالفتح بشخصه و باسمه فلو استומר من كان خلف الجدار او احد الشخصين او واحد من المحصورين لا بأس به بل لا يبعد الصحه لو استומר كلّ من استأمره فامر لعدم لزوم الغرر بجهالته الرابعه لو تعدّد المستامر بالفتح و اختلفا فامر احدهما بالفسخ و الاخر بالامضاء فالظاهر انّ مع الاطلاق يقدم امر الفاسخ و لو اشترط تقديم احدهما او سقوطهما عن الاعتبار فى صورته الاختلاف تعين

[مسأله من أفراد خيار الشرط: ما يضاف البيع إليه، و يقال له: «بيع الخيار»]

قوله (قلت أ رأيت لو كان للدّار غلّه الخ)

قال المجلسى ره انه يدلّ

على أنّ النّماء فى زمن الخيار للمشتري فهو يؤيّد المشهور من عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار و أنّما كان التّلف من المشتري لأنّ الخيار للبائع فلا ينافى المشهور هـ

قوله (و كان بينه و بين الرّجل الذى اشترى الدّار منه خلطه)

و فى الوسائل و الوافى ابدل كلمه خلطه بلفظه حاصر و الحاصر الجدار اى كان جارا له

قوله (قد اصاب فى هذا المال)

اى ادرك منافعه

قوله (و عن ابى الجارود عن ابى جعفر (ع)

هذه الرّوايه ظاهره فى اشتراط ردّ المبيع لا- ردّ الثّمن ألّا ان يقال انّ البيع فى المقامين بمعنى الشّراء فأنّه من الاضداد و يحتمل ضعيفا ان يكون فيهما بمعناه المعروف و يكون المراد من الرّوايه خيار الاشتراط و يكون الشّروط متعلّقا باتيان المشتري الثّمن فى وقت معيّن او بشرط آخر كخياطه ثوب فان اتى بالثّمن المذى هو مال البائع او اتى بما جعل البائع من شرط خياطه الثّوب و ألّا اخذ البائع ما باعه و على اىّ من المعانى كون المبيع لاحدهما بالاتيان و عدمه لا يكون دليلا على حصول الملك بانقضاء الخيار لانّ معنى كونه لاحدهما هو اختصاصه به و عدم جواز الردّ عن الاخر ثمّ لا- يبعد ظهور هذه الرّوايه على اىّ من المعانى فى الوجه الرّابع كالرّوايه الثانيه و اما الرّوايه الاولى فلا يبعد ظهورها فى الوجه الثّانى كالرّوايه الثالثه و جعل المصنّف ظاهرهما الوجه الثالث و لكنّ الانصاف انّ الاخبار المذكوره و كذا عبارات الاصحاب لا ظهور لهما فى خصوص قسم من الوجوه الخمسه و يصحّ التمسّك ح بإطلاقات الاخبار و عمومها الناشئه عن ترك الاستفصال فيها على صحّحه الوجوه باجمعها و مع المناقشه فى ذلك فالمرجع عموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالشّروط

قوله (الخامس ان يكون ردّ الثّمن شرطا)

و ذكر بعضهم وجها سادسا و هو اشتراط بيعه عليه اذا جاء بمقدار الثّمن و لا بأس به و لكن مورد كلام المصنّف هو البيع بشرط الخيار مدّه بان يردّ الثّمن فيها و يرتجع المبيع و هذا غير اشتراط البيع عليه

قوله (و مرجعه الى احد الاولين)

اى مرجع ما فهمه الاصحاب و المتعارف بين الناس أيضا يرجع الى احدهما خصوصا الثّانى فانّ الغالب هو جعل الخيار من أوّل السنه الى اخرها مثلا- بشرط ان يكون الفسخ مقيّدا برّد الثّمن و لكن فى ارجاع ما فهمه الاصحاب الى خصوص الاولين تأمل لعدم ظهور يعتدّ به فى عبائهم

قوله (لكنّ الظاهر صحّه الاشتراط بكلّ من الوجوه)

ما يستشكل به في المقام امور الاول الاشكال في الجميع من حيث التعليق و من حيث الجهل بالمعلّق عليه

و هو حصول الردّ و فيه أنّ الدليل على بطلانه هو الاجماع و مورده العقود لا الشروط الواقعة فى ضمنها و التعليق مبطل لو رجع الى إنشاء العقد و الترديد فيه لا فيما كان العقد منجزا و اشترط الخيار او الردّ ان كان كذا و لا حاجة الى دفع اشكال التعليق بأن مرجعه الى التوقيت بمعنى اشترط الخيار فى وقت كذا و بما ذكر يرتفع اشكال الجهالة فانّها ليست الا من حيث التعليق الثانى الاشكال فى الوجه الثانى بجهالة زمان الخيار و جواز الفسخ و فيه أنّ الجهالة صادقه لو لم يعين مدّة الردّ الثمن و علق الفسخ عليه اى وقت كان و المفروض فى الوجه الثانى هو جعل الخيار و جواز الفسخ معلقا برّد الثمن فى اى وقت من المدّة المضروبه التى اولها العقد و اخرها تمام السنه و ليس هذا من الجهالة فى شىء الا ما عرفت فى الاشكال السابق الثالث الاشكال فى الوجه الرابع من جهه اصله عدم تحقّق الغايه الا بما علم كونه سببا لها و عموم المؤمنون عند شروطهم و نحوه لا يجرى هنا لعدم كون الشرط فعلا يستحبّ الوفاء به و فيه ما سيجىء فى حكم الشرط الصّحيح من أنّ الوفاء لا يختصّ بفعل ما شرطه بل يشمل ترتّب الآثار عليه فمقتضى عموم دليل الشروط صحّه شرط التّتيجه و سببّه الشرط للانفساخ و لا مانع من صحّه اشترط الغايات التى لم يعلم من الشارع اناطتها باسباب خاصّه

فان قلت أنّ بيع الدار و اشترط إنشاء الفسخ بالردّ كما هو مفاد الوجه الثالث لا اشكال فيه و اما بيعها و اشترط انفساخه برّد مثل الثمن اما يرجع الى شرط انفساخ العقد بنفسه و بلا سبب بدون إنشاء فعلى او قولى فهو باطل لانه مخالف للكتاب و السنّه الدالّين على توقّف المسببات على اسبابها و اما يرجع الى أنّ نفس اشترط الانفساخ إنشاء للفسخ فهو يوجب انفساخ البيع بهذا الشرط فلا بيع حتى يشترط فى ضمنه انفساخه برّد مثل الثمن و بالجملة يجب ان يكون البيع محققا ثابتا حتى يشترط فى ضمنه شرطا سائغا كملكه شىء غير العوضين بناء على عدم اعتبار حصولها من سبب خاصّ كالزّوجيه و الطلاق المتوقّف حصولهما على اسباب خاصّه و أما اذا كان البيع منفسخا بالشرط الحاصل فى ضمنه فلا يعقل تأثير هذا الشرط فى الملكيه و ردّ المبيع الى البائع

قلت نختار الشقّ الثانى و أنّ اشترط الانفساخ حين الردّ إنشاء حال العقد لسبب الانفساخ حال الردّ و ليس المقام من جعل الخيار حتى يحتاج الى إنشاء للفسخ بعد العقد و سمعت أنّ مرجع ثبوت الخيار فى هذا الوجه الى كونه مسلطا على سبب

الانفساخ لا- على مباشره الفسخ و لا يوجب هذا الشرط انفساخ البيع حين العقد لأن ظرف حصول الانفساخ على تقدير الرد متأخر عن حال العقد فالبيع و شرطه فعلى و الانفساخ على تقدير استقبالي نعم لو كان المنشأ هو الانفساخ حين البيع كان باطلا قطعاً و صحّ ان يقال لا بيع حتى يفسخ لأنه يلزم من وجوده عدمه و لكن اين هذا من شرط الانفساخ حين رد الثمن و كما أنّ اشتراط سقوط الخيار في ضمن العقد مؤكّد لتحقق العقد فكذا اشتراط انفساخه حين رد الثمن مؤكّد لتحقق البيع فعلاً لا أنّه رافع له حين العقد

فان قلت لو سلّم ما ذكرتم من أنّ الانفساخ متأخر و المقارن للعقد هو ظرف الانشاء ألا أنّه يجب ان يكون الشرط مالكا لهذا الشرط كالبائع اذا باع و ارتهن قبل قبول المشتري و كمن و كلّ شخصاً في نكاح زوجته و طلاقها و رجوعه إليها ثم طلاقها فإنّ في هذه الموارد واقع النكاح مقدّم على واقع الطلاق و انشائه كذلك أيضاً فهو مالک للانشاء المترتب على إنشاء آخر فكما أنّ واقع المترتب في ظرف حصول المترتب عليه متأخر فكذلك انشائه و هكذا جعل الخيار في ضمن العقد او شرط السقوط في ضمنه فإنّ التزام الموجب حاصل بنفس ايجابه فله اسقاطه و هذا بخلاف انفساخ العقد فإنه لا يملكه

قلت اللّازم ان يكون الشرط مالكا للشرط ليصحّ انشائه منه لا المشروط فإنّ الذي هو جزء للمبيع في الحقيقة هو نفس الشرط و الالتزام و إنشاء الالتزام بالانفساخ كاف في الصحه و اى فرق بين البيع بشرط الانفساخ حين ردّ مثل الثمن و البيع بشرط كون المبيع رهنا قبل قبول المشتري فكما لا يملك البائع انفساخ العقد فكذا لا يملك كون المبيع رهنا عنده و الذي يقدر عليه هو نفس إنشاء الشرط هذا مضافاً الى عدم لزوم تعلق إنشاء بخصوص الشرط الواقع في العقد نعم اذا كان المشروط فعلاً لاحد المتعاقدين كالفسخ مثلاً لزمه إنشاء الفسخ و أمّا اذا لم يكن فعلاً لاحدهما كالانفساخ فيكفى تعلق الانشاء بالبيع الذي ضمّ إليه الشرط و يكون في الحقيقة التزاماً بيعياً بالانشاء و التزاماً شرطياً في ضمنه من دون حاجه الى إنشاء فليس للشرط الواقع و تحقّق مضمونه من سبب خاصّ و إنشاء كذلك و يكون المصحح هو نفس الشرط تمسكاً بعموم المؤمنون عند شروطهم و لا بأس بنقل ما سيجي في المتن في حكم الشرط الصحيح في دفع دعوى اختصاص دليل المؤمنون عند شروطهم باشتراط فعل يسحب الوفاء به و هو أنّ الوفاء لا يختصّ بفعل ما شرط بل يشمل ترتب الآثار عليه نظير الوفاء بالعهد و يشهد له تمسك الامام (ع) بهذا العموم في موارد

كلها من هذا القبيل كعدم الخيار للمكاتبه التي اعانها ولد زوجها على اداء مال الكتابه مشرطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الاعتاق مضافا الى كفايه دليل الوفاء بالعقود في ذلك بعد صيروره الشرط جزء للعقد الخ و بالجمله فالمقصود ان قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم مبيّن لعدم الحاجه الى سبب خاصّ و اللّازم هو وجوب ترتيب الاثر بمجرد الشرط

فان قلت الاصل في المعاملات عدم الصحه و عدم ترتّب الأثر فيما شكّ في صحته و فساده عقدا كان او شرطا

قلت المدعى هو الصحه بمقتضى عموم المؤمنون عند شروطهم و ليس اشتراط الانفساخ حين الردّ مخالفا لمقتضى العقد مثل اشتراط عدم الاستمتاع بالزوجه اصلا حتى النظر إليها و لا مخالفا للكتاب و السنه مثل اشتراط رقيه حرّ او توريث اجنبى و المراد من المخالفه لهما هو المخالفه لما هو الموجود فيهما من العموم و الاطلاق و الاصول و لم يدلّ احدهما على عدم تحقّق الغايات الاّ باسباب خاصه الاّ في موارد خاصه كالزوجيه و الطلاق و ستسمع في المتن أيضا في حكم الشرط الصحيح ان توقّف الملك و شبهه على اسباب خاصه دعوى غير مسموعه و كذا ليس اشتراط الانفساخ من الشرط الغير المقذور عليه لانّ الغرض من اشتراط القدره كما ستعرفه هو الاحتراز عن اشتراط فعل يكون مستندا الى غير العاقد كفعال الله سبحانه مثل بيع الزرع على ان يجعله سنبلا- او فعل صادر من غير المتعاقدين ممّا لا يكون منوطا بإرادته المشروط عليه مثل ما لو باعه متاعا و اشترط عليه ان يخيّط له عمرو و ثوبا و اما ما كان فعلا لاحدهما بالواسطه كالافعال التوليديه او كان ممّا يكفي في تحقّقه كلّ سبب حتى نفس الاشتراط كالانفساخ حين الردّ فلا اشكال في صحته الزايع الاشكال في الوجه الخامس بلزوم الدور و سيجىء الكلام في هذا الاشكال أيضا في شروط الصحه

قوله (بناء على ان اشتراط الردّ بمنزله

فشرط الخيار هو الردّ المسبوق بالقبض لا ان له الخيار و اشتراط الردّ على تقدير القبض و لا يخفى ان هذا الاحتمال يتمّ مع قيام قرينه حالته او مقالته على مدخلته الردّ في جعل الخيار و الاّ فالظاهر ان الردّ يؤخذ طريقا الى وصول المشتري الى ماله

قوله (ردّ القيمه في المثلى و بالعكس وجهان)

من عموم دليل الشرط و من انّ الفسخ مقتض لردّ البدل لا غيره و لا يبعد ترجيح الاوّل لانه اذا لم يكن الردّ فسخا فعليًا بل كان معلّقا عليه الخيار ففي هذه الصوره لا اشكال لانّ المردود الى المشتري ح امانه عنده و اذا فسخ البائع لزم التراضى بينهما بكون المردود بدلا عن عوض المبيع الذي يصير ملكا

للمشتري بعد الفسخ و هو المثل فى المثلى و القيمه فى القيمى و ان شئت قلت انّ الشّرط المذكور بمنزله معامله جديده تقع بعد الفسخ و اذا كان الرّد فسخا فعليًا بان كان الفسخ معلقا عليه فمرجع اشتراط ردّ القيمه فى المثلى مثلا الى الرّضا بالماليه و اسقاط الخصوصيه العيئيه فى الحقيقه قد اشترط البائع على المشتري شرطين الاوّل اصل الخيار و الثّانى اسقاط الخصوصيه و شرط مالكيه كلّ منهما لما يصل إليه من مال الاخر و اطلاق شرط الخيار كان يقتضى ردّ المثل فى المثلى فى صورته التّلف مثلا و بالشّرط الثّانى يقيد الاطلاق و ممّا ذكرنا تقدر على دفع الاشكال عن صورته قبض الثّمن المعين و اشتراط ردّ ما يعمّ بدل العين و لو مع التمكن منها

قوله فيبقى الخيار فى اتلاف غيره على حاله)

و يرجع الى المثل او قيمتها يوم التّلف او قيمتها يوم الرّد و وجه النّظر منع كون اشتراط ردّ العين فى الخيار يفيد سقوطه باتلاف البائع فقط

قوله (و ناقش بعض من تأخر عنه)

هو صاحب الجواهر

قوله (الا ان يمنع شمول تلك القاعده للثمن)

قد منع عن ذلك صاحب الجواهر عند الكلام فى احكام الخيار بعد نقل الحاق الثمن بالمبيع عن بعضهم و قال ما هذا نصّه و هو من غرائب الكلام ضروره كون النصّ و الفتوى فى خصوص المبيع دون الثمن بل ظاهر خبر معاويه بن ميسره من اخبار اشتراط الخيار برّد الثمن انّ تلف الثمن من البائع و أنّه ملكه و ان كان الخيار له و اجاب المصنّف بانّ خبر معاويه غير متعرّض لتلف الثمن اصلا و ليس فيه الا انّ نماء الثمن للبائع و تلف المبيع من المشتري فلا يكون فيه ما ينافى كون تلف الثمن على المشتري لقاعده انّ التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له نعم المخالف لقاعده التّلف فى زمان الخيار قاعده الخراج بالضمّ مان بضميمه الاجماع على كون النماء للبائع او بضميمه الخبر المذكور حيث يدلّ على كون نماء الثمن للبائع بيان المخالفه انّ قاعده الخراج بالضمّ مان ح تقتضى كون التّلف من البائع الّذى له النماء اقول العمده فى المقام هو اثبات عموم قاعده كون التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له للثمن و هو محلّ اشكال بل منع فانّ مورد النصّ و الفتوى هو المبيع و دعوى استفاده انّ المناط هو تزلزل العقد و هو مشترك بين المبيع و الثمن فانّ من ادّله هذه القاعده صحيحه ابن سنان عن الرّجل يشتري العبد او الدابّه بشرط الى يوم او يومين فيموت العبد او الدابّه او يحدث فيه حدث على من يكون ضمان ذلك فقال على البائع حتّى ينقضى الشّرط ثلاثه

أيام و يصير المبيع للمشتري شرط له البائع او لم يشترط قال و ان كان بينهما شرط أياما معدوده فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع الحديث و جمله حتى ينقضى الشرط ثلاثه ايام و يصير المبيع للمشتري تدل على ان المناط في كون الخيار للبائع هو تنزل العقد و ان استقرار الملك يوجب ثبوت التلف على المالك فما دام الملك مترزلا و للمالك رده لا يستقر ضمانه عليه و هذا المناط يجرى في جميع الخيارات و لا فرق فيه بين الثمن و المثلن دعوى غير مسموعه لان جمله المذكوره غايه لثبوت تلف المبيع في زمان الخيار لا عله فليس من المناط القطعي و لا الظني و لو سلم شمول القاعده للثمن فهو مختص بتلف الثمن الشخصي بالتلف الساموي او ما هو بمنزلته كما اذا وجب عليه الاتلاف شرعا و باتلاف من عليه الخيار او الاجنبي و اما اتلاف ذي الخيار او تلف المقبوض من الثمن الكلي فليس ضمانه على من لا خيار له و تمام الكلام في احكام الخيار ان شاء الله تعالى و اما فعلى فرض عموم ادله قاعده التلف في زمان الخيار للثمن و اطلاقها لا مانع من اعمالها و لا وجه لمخالفتها لقاعده الخراج بالضمان و لو منضمه الى الاجماع على كون النماء للمالك و ذلك لما مررنا في الامر الثالث من الامور المتفرعه على القبض بالعقد الفاسد من ان الظاهر كون المراد من الضمان في قاعده الخراج بالضمان هو المعنى المصدرى و هو جعل الضمان و المعنى ح ان تملك المنافع و استحقاقها بسبب التعهد بالعين و تعهد ضمانها سبب لاستحقاق المنافع و قد اوضحنا ان التقبل بتعهد شىء يلزمه كون منافعه له لا الحاصل من المصدر و هو كون المال في عهده الضامن من سواء كان بجعل منه او من الشارع فان كون المنفعه بإزاء الضمان انما يناسب المقابله للضمان الجعلى لا القهرى كما في قضيه من عليه الغرم فله الغنم فراجع حتى يتبين لك انحصار مورد قاعده الخراج بالضمان في التضمنين الجعلى المالكى الذى أمضاه الشارع و لا تشمل موارد قاعده التلف في زمان الخيار لان الضمان الثابت بها على من لا خيار له انما هو بجعل شرعى و تعبدى صرف و ليس بجعل مالكى و وجه بعض الاعاظم عدم مخالفه قاعده التلف في زمان الخيار بناء على تعميمها للثمن لقاعده الخراج بالضمان بحكومه الاولى على الثانيه لان معنى كون التلف على غير ذي الخيار انه يفسخ البيع قبل التلف انا ما ليكون التلف في ملك من لا خيار له و مقتضى قاعده الخراج ان الضمان على المالك و على اى حال فدعوى صاحب الجواهر من اختصاص قاعده كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له بالمبيع دون الثمن و ان مقتضى القاعده من

جهه كون الثمن فى ملكك البائع كون التلف عليه فى غايه المتانه و الجوده و اما ما ذكره من ان ظاهر خبر معاويه ان تلف الثمن من البائع و انه ملكه و ان كان الخيار له فمن المحتمل جدا ان يكون من جهه ان قول الامام (ع) له شرطه فى جواب السؤال عن فشرط انك ان اتينى بمالى ما بين ثلث سنين فالدار دارك فاتاه بماله يدل باطلاقه على بقاء الخيار للبائع و ان له رد مال المشتري و استرجاع داره فى المده المعلومه و هى ثلث سنين سواء بقى الثمن الشخصى او الفرد المقبوض من الكلى او تلف و لو كان تلف الثمن على المشتري امتنع ح العمل بالشرط و هو رد مال المشتري و استرجاع المبيع فى هذه الصوره فان لازم كون التلف عليه انفساخ العقد و من الظاهر الئدى لا- غبار عليه ان المراد من ان اتينى بمالى و كذلك من فاتاه بماله ليس هو عين المقبوض من الثمن الشخصى او الفرد من الكلى و توهم انه لو بنى على اعمال قاعده التلف فى زمان الخيار فى تلف الثمن لزم انفساخ العقد ليكون التلف من المشتري و هذا يصدق عليه ما فى الروايه من سؤال ابى الجارود فشرط انك ان اتينى بمالى ما بين ثلث سنين فالدار دارك فاتاه بماله لانه اذا انفسخ العقد فكان البائع رد مال المشتري و اتاه بماله ليكون التلف عليه مدفوع بان الظاهر من الروايه سؤالا و جوابا هو الرد الى المشتري من حيث الشرط و هو لا يكون الا مع رد عين الثمن او بدله اختيارا لا ما كان بسبب الانفساخ و صيروره الثمن ملكا للمشتري آنا ما ليكون التلف عليه فمع الانفساخ و كون تلف الثمن على المشتري يمتنع العمل بالشرط مع ان الروايه باطلاقها داله على ان للبائع رد مال المشتري و استرجاع المبيع و عليك بالتامل فى الروايه من حيث السؤال و جواب الامام (ع) بقوله له شرطه ثم ان ما فى المتن من ان روايه معاويه ليس فيها الا ان نماء الثمن للبائع و تلف المبيع من المشتري فهو مبنى على ان المراد من الرجل فى قول ابى الجارود فان هذا الرجل قد اصاب فى هذا المال هو البائع و المراد بالمال هو الثمن و قد احتمل بعض الساده الاعلام طاب ثراه ان يكون المراد من الرجل المشتري و من المال الدار و قال ان قوله (ع) ا رأيت لو ان الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري بمنزله التعليل لما ذكره من حكم النماء و هو لا يتم الا اذا كان المراد من المال هو الدار اذ لا يصح كون تلف المبيع من المشتري تعليلا لكون نماء الثمن للبائع فهو قرينه على ان المراد من الرجل هو المشتري و من المال المبيع

قوله (و انما المخالف لها)

اي لقاعده التلف فى زمان الخيار

قوله (نعم الاشكال فى عموم تلك القاعده)

اي التلف فى زمان الخيار

[مسأله لا إشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع و جريانه فى كل معاوضه لازمه]

قوله (و الكبرى فى

(الصَّغْرَيْنِ مَمْنُوعِهِ)

لا يخفى أنّ منع الكبرى الاولى و هي أنّ كلّ ما يشترط فيه القربه لا يجوز اشتراط الخيار فيه ينافى ما سيذكره من أنّ الاقوى عدم دخول الخيار فى الصّيدقه لعموم ما دلّ على أنّه لا يرجع فيما كان لله الا ان يقال أنّ غرضه فى المقام منع اشتراط القربه فى صحّه الوقف و ان كانت شرطا فى الثّواب

قوله (و فى دلالتها على المدعى تأمل

و ذلك من جهتين الاولى اجمال الروايات من حيث أنّ موردها هل هو شرط العود او الخيار و احتمال ان يكون المراد ممّا فيها من الاحقيه بالمال بالنسبه الى الموقوف عليهم عند الحاجه هو شرط العود و الرجوع ملكا عند الحاجه مساو لاحتمال ان يكون المراد منها شرط خيار العود و إرادته الاحقيه بالمال على تقدير إرادته الرجوع و يحتمل ان يكون المراد منها اشتراط الاحقيه فى الانتفاع بالوقف مع بقاءه على الوقفيه فالمفروض خارج عن شرط العود قهرا او شرط الخيار و يكون ذلك من فروع الوقف على النفس الثانيه الاجمال فى الجواب من حيث أنّ الحكم بالرجوع الى الميراث هل هو من حيث صحّه الشرط المذكور و أنّ الرجوع فى الميراث كان بعد تحقّق الحاجه و عوده ملكا للواقف او من حيث فساد العقد رأسا و رجح جماعه إرادته الوجه الاول و حكموا بالصّحه حسبا و يمكن دفع الثانيه بأنّه لو سلّم ظهور الروايات فى ورودها فى شرط الفسخ عند الحاجه فاحتمال أنّ الرجوع فى الميراث كان بعد تحقّق الغايه و عوده ملكا للواقف خلاف الظاهر فإنّ اطلاق كلامه (ع) فى الجواب من دون تقييد بما اذا احتاج ظاهر فى بطلان الشرط او العقد

[الرابع خيار الغبن]

اشاره

قوله (و لو شكّ فى ذلك كفى فى عدم الخ)

قد تكرّر منه طاب ثراه هذا الكلام فى فروع المقام و هو مخالف لما يذكره فى بحث الشّروط من التمسك بعموم الشّروط مع الشّك

قوله (و ذكر فيهما أيضا دخول الخيار فى الصّدق)

الظاهر اتّفاق كلمه الاصحاب على ذلك و يدلّ عليه عموم دليل الشّروط و ليس فى المقام منافيا لمقتضى العقد لأنّ ذكر الصّدق ليس شرطا فى صحّه العقد الدائم و شرط الخيار فى الصّدق غايته فسخ الصّدق و صيروره العقد خاليا عنه و قد جوّزوا ذلك كما فى المفوضه بضعها و اما التعليل للجواز بمشروعيه الفسخ فيه فيما اذا زوّجها الوليّ بدون مهر المثل فهو كما فى المتن منظور فيه لأنّ تزويج الوليّ بدون مهر المثل قد يكون خيانه و تفريطا و جواز فسخ المعقود عليها لا يستلزم دخول خيار الشرط فيه اذا باشرت العقد بنفسها

[الاستدلال بلا ضرر و لا ضرار]

قوله (فالمبذول غرامه لما فات على المغبون)

اي على الاحتمالين اما على الثاني فواضح و اما على الاول فلانّه ليس الغرض

منه ما هو الظاهر منه في بادی النظر و هو ردّ الثمن بعينه في خصوص المقدار الزائد فأنه من الجمع بين جزء المعوض و تمام العوض قطعاً و سيصرّح بانّ كلّاً من الاحتمالين ليس من هذا القبيل بل الغرض ردّ الزائد من باب الغرامه و يكون الفرق بين الاحتمالين أنّ على الثاني يكون للغابن اختيار الفسخ دون الاحتمال الاول و الا فمن حيث أنّ مع ردّ الزائد يكون من الغرامه لا فرق بينهما

قوله و حاصل الاحتمالين عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن)

و حاصل كلامه قدس سرّه أنّ نفى الضرر لا يعين الخيار للمغبون بين الردّ و الامضاء بكلّ الثمن و ذلك لانتفاء الضرر أيضا بوجهين آخرين فالامر دائر بين الوجوه الثلاثه و لازم الوجهين الآخريين عدم خيار المغبون مع بذلك الغابن للتفاوت و بعبارة اخرى نفى الضرر يوجب الخيار على تقدير عدم بذل الزيادة ثمّ قال أنّ تدارك ضرر المغبون باحد الاحتمالين المذكورين اولي من اثبات الخيار له لأنّ فيه الزام الغابن بالفسخ و هو ضرر عليه لانه مناف لغرضه الا ان يعارض بضرر اخر على المغبون على الوجهين الآخريين و هو فيما لو كان غرضه تملك عين ذات قيمه و لزوم البيع على ذات قيمه اليسيره مناف لغرضه ح و ضرر عليه و لو مع ردّ الزيادة من الثمن إليه و الاقوى ما عليه المشهور اما أولاً فللاجماع القائم على ثبوت الخيار للمغبون و عدم القائل بالارش كما عرفت في صدر المبحث و لم ينقل عن احد دفع الضرر بالارش الا عن العلامة ره في كره و عد و ذلك على نحو الاحتمال و اما ثانياً فلانّ قاعده الضرر ينفي الحكم الضرري اى الحكم الذى يجىء من قبله الضرر و لا يثبت حكماً كالضمان و تدارك الضرر مثلاً و الحكم الضرري في المعامله الغبتيه هو اللزوم و ردّ الزيادة و بذلها اجنبى عن مفاد القاعده و ذلك لأنّ لا ضرر بعد حمله على إنشاء النفي يكون حاكماً على الاحكام الوجوديه و وضعيه او تكليفيه و نتيجه هذه الحكومه رفع كلّ حكم ثابت للموضوع الضرري الذى لو لم يرفع يستلزم وقوع المكلف من قبل الشارع في الضرر و لا يقتضى نفى الضرر حكومه على الاحكام العدميه فاذا لزم من عدم الحكم فى موضوع ضرر على شخص لا يكون لا ضرر نافية لهذا العدم بان يثبت حكماً و بالجملة نفى الضرر ينفي حكماً كان ثابتاً و لا يثبت حكماً لم يكن ثابتاً و على هذا فعدم الضمان و الارش و تدارك الخساره و امثالها ليست مرفوعه بنفى الضرر لأنها ليست من الاحكام المجعوله و لا معنى للحكم بثبوتها بنفى الضرر اذا لم يدلّ احد اسباب الضمان على ثبوتها فردّ الزيادة على احد الوجهين و ان كان رافعاً للضرر الا أنّ عدمه ليس من الاحكام المجعوله للبيع حتى يكون مرفوعاً بالقاعده و قد يتوهم أنّ مع

البذل و ردّ الزيادة لا ضرر حتّى يكون اللزوم منفيًا فالخيار و تزلزل العقد بنفى الضرر مقيد بصورة عدم البذل و ليس على وجه الاطلاق و هو مدفوع بانّ لزوم البيع لما كان مرتفعًا بنفى الضرر ثبت جواز الفسخ و تدارك الضرر بردّ الزيادة لا يؤثر في رفع الحكم الضرري فثبوت الخيار لنفى اللزوم غير مقيد بصورة دون اخرى نعم لو كان معنى لا ضرر نفى تحمّل الضرر صحّ القول بانّ مقتضاه رفع المغبون الضرر عن نفسه و ذلك كما يكون بالخيار بين الردّ و الامضاء بكلّ الثمن كذلك يكون بالوجهين الآخرين و لو كان معناه نفى اضرار الضارّ و وجوب التدارك عليه كان مقتضاه ثبوت الخيار للغابن بين ردّ العين و تدارك الضرر

قوله (انّ الشك في اندفاع الخيار بالبذل)

هذا بناء على الشك في كون البذل في عرض الخيار و احتمال انّ الخيار مقيد بصورة عدم البذل فانّ الشك ح لم يكن من الشك في الزافع بل شك في ثبوت اصل الخيار من حين العقد بعد تعقبه بردّ الزيادة و قد عرفت دفعه و انّ رفع اللزوم بنفى الضرر ليس على وجه التقييد

[مسألة ما يشترط في خيار الغبن]

قوله (و لو اقدم عالما على غبن يتسامح به)

ذكر قدّس سرّه صوراً ثلاث اما الاولى فقد يوجه عدم الخيار فيها بانّ المقدار الذي اقدم عليه لا اثر له باقدامه و المدار في ثبوت الخيار على كون ما جهل به من الزيادة ممّا لا يتسامح به و لا وجه لجعل المدار على المجموع منه و من المعلوم و الاقرب الخيار لانّ اقدامه على ما تسامح به كان مقيداً به و اذا زاد عليه فلا بدّ من ملاحظه المجموع و الفرض انه لم يقدم على ذلك فاما لو اقدم على غبن يتسامح به فبان ازيد بما لا يتسامح به منفرداً فلا اشكال في ثبوت الخيار و اما الثانيه و هي انه لو اقدم على ما لا يتسامح به فبان ازيد بما يتسامح به منفرداً فالاقرب عدم الخيار فانه اقدم على ما كان سبباً للخيار و ما لم يقدم عليه من الزيادة لا يكون سبباً للخيار و هذا بخلاف الصوره الاولى لانّ سبب الخيار فيها و هو المجموع لم يقدم عليه و لذا لم يكن الخيار فيها بعيداً و اما الثالثه و هي انه لو اقدم على ما لا يتسامح فبان ازيد بما لا يتسامح به منفرداً فالاقرب ثبوت الخيار

قوله و يحتمل عدم الخيار ح لانّ التدارك حصل)

و فيه انّ تدارك الضرر لا يؤثر في خروج المعامله عن كونها غبتيه حال العقد و الفرض انّ الغبن الواقع حال العقد قد اثر في رفع اللزوم لانّ تدارك الضرر لا يرفع السبب و هو الغبن و لا المسبب و هو رفع اللزوم الحاصلان حين العقد و القياس ببراء المعيوب قبل الاطلاع على عيبه لا وجه له لما سيجي ء في خيار العيب من انّ ظاهر ادله الردّ هو ردّ المعيوب و هو المتلبس

بالعيب لا- ما كان معيوباً في زمان فمع الخلو من العيب حال الرد لا- يكون معيوباً و في المقام لا يكون الرد معلّقاً على عنوان المتلبس بالغبن و ذلك واضح

قوله (و اشكل منه ما لو توقّف الملك على القبض)

اي في احتمال عدم الخيار و قد عرفت في خيار المجلس أنّه لو لم يكن القبض واجبا و قلنا بكون وجوبه شرطياً فالظاهر أنّه لا وجه لتعلّق الخيار بالعقد قبل القبض و عليه فلو ارتفع الغبن قبل القبض لا خيار قطعاً لأنّ الملك قد انتقل ح الي المغبون من دون نقص في قيمته و أمّا بناء على القول بوجوب القبض بمجرد العقد يثبت الخيار لثبوت الضّرر بوجوب قباض الرّائد في مقابل الناقص و عليه فلو ارتفع الغبن قبل القبض و أطلع على الغبن أيضاً قبله جرى فيه ما ذكره من احتمال عدم الخيار و لو ارتفع الغبن بعد القبض و قبل العلم او ارتفع قبل القبض و أطلع عليه بعد القبض فلا فرق بين الصّرف و السّلم و غيرهما من المعاملات التي لا يتوقّف الملك فيها على القبض اذا علمت ذلك فاعلم أنّ السيّد الطّباطبائي طاب ثراه قال في الحاشية و بالجمله الفرق بين القول بوجوب التّقابض و عدمه أنّما يثمر لو كان الاطّلاع على الغبن قبل القبض و اريد الفسخ ح و الّا فلا فرق بينهما لو كان المراد الفسخ بعده و ظاهر كلام المصنّف صورته كون الاطّلاع بعد القبض فلا وجه لقوله نعم الخ انتهى و لا اشكال في أنّ ما ذكره من الفرق أنّما اراد به صورته ارتفاع الغبن قبل القبض و كون الاطّلاع أيضاً قبله و ذلك لظهور أنّ بعد القبض لا- فرق في حكم المسألة بين الصّرف و السّلم و غيرهما و الفرق أنّما هو في ارتفاع الغبن قبل القبض مع اطّلاع المغبون عليه أيضاً قبله فإنّ في هذه الصّورة بناء على عدم وجوب التّقابض لا خيار اصلا و للمغبون هدم المعاملة عندنا و كان للمصنّف في حكم المسألة هناك خفاء فراجع و بناء على وجوبه يثبت الخيار لما عرفت

قوله (و لو ثبت الزّيادة او التّقيصه بعد العقد الخ)

يعنى أنّ المدار في حصول الغبن هو حال العقد و حدوث الغبن بعده لا يوجب الخيار

فان قلت دعوى الاجماع هنا ينافي مع احتمال عدم الخيار في المسألة السّابقة فأنّه يلازم كون المدار على زمان التّسليم

قلت المدار في الغبن الموجب للخيار هو وجوده حال العقد مستمراً الى زمان الفسخ فلا عبره بما يحدث بعد العقد و لا بما يزول بعده قبل الفسخ

قوله (لاصاله عدم العلم الحاكمه على اصاله اللّزوم)

لا يخفى أنّ الحكم معلّق على الاقدام و عدمه لا على العلم بالقيمه و الجهل بها و اصاله عدم العلم لا اثر لها الّا اثبات عدم الاقدام و هذا من المثبت و لا مانع من نفس اصاله عدم الاقدام الحاكمه على اصاله اللّزوم الّا ان يقال أنّ المنفّي بلا ضرر الرّافع للزوم هو الحكم المجعول الضّررى من

قبل الشارح و في صورته الاقدام لا يكون الضرر اتيا من قبل الشارح بل هو من قبل الشخص المقدم على المعامله فخرج صورته الاقدام من جواز الفسخ لنفي الضرر انما هو من باب التخصيص لا التخصيص و مع الشك في الاقدام شك في تحقق موضوع الضرر المنفي و اصاله عدم اقدام الشخص على الضرر لجهله لا يثبت موضوع نفي الضرر و ان الضرر جاء من قبل حكم الشارح فيثبت الخيار و يجوز الفسخ فكما لا يجرى اصاله عدم العلم لا يجرى أيضا اصاله عدم الاقدام و لا يق ان الغبن مقتض للخيار و العلم بالقيمه و الاقدام على الضرر مانع و اذا ارتفع المانع بالاصل اثر المقتضى اثره ثم لا يخفى ان الغرض مما افاده من اصاله عدم العلم هو اثبات كون مدعى الجهل و هو المغبون منكر فيثبت قوله مع اليمين و فيه أولا- ان المدار في صدق المدعى و المنكر ليس على موافقه الأصل و مخالفته بل الظاهر ان المدار في تعيينهما على العرف و هو الموافق لما ذكره من ان المدعى لو ترك ترك و بناء عليه يكون مدعى الجهل مدعى لا- منكر فلا وجه لقبول قوله مع اليمين و ثانيا ان قبول قوله لكونه موافقا للاصل فيكون منكر لا يجتمع مع الدليل الملحق به لقبول قوله مع اليمين أيضا من تعسير اقامه البيئه تعسير عليه فانه لا يصح الا اذا كان مدعى و من يقبل قوله مع اليمين لانه منكر يسقط عنه البيئه تعسير عليه اقامتها أم لا فالجمع بين التمسك بالاصل و تعسير اقامه البيئه لاثبات قبول قوله بظاهره محل اشكال

قوله (لجهله بالحال فتأمل)

يمكن ان يكون اشاره الى ان مجرد تعسير اقامه البيئه على الجهل و عدم امكان حلف الغابن لا يكفى في قبول قول المدعى مع يمينه لعدم الدليل عليه و اعتبار اليمين في قبول قوله مخصوص بموارد معينه و هى اليمين المردوده و التي تكون جزء البيئه و يمين الاستظهار ممن ادعى شيئا لا- يعلم الا من قبله و اذا تعين الحلف على الغابن لكونه منكر فتعذره منه لا يوجب توجهه الى المدعى و مجرد تعطيل الحقوق لا يوجب توجه الحلف الى المغبون مضافا الى امكان فصل الخصومه بالصّيح و نحوه و لو سلم فاللزام الاقتصار على مورده لا الحكم بتقديم قول المدعى بيمينه مط و يمكن ان يكون اشاره الى ان محل الكلام هو ما لو كان الغبن محققا و الغابن يدعى علم المغبون و هو يدعى الجهل و دعوى الغابن علم المغبون كيف يجتمع مع جهله بالحال و المسأله ترجع الى حكم التداعى الا ان يمنع عن الرجوع إليه بان الجهل نقيض العلم و ليسا من الضدين و على اى حال رجع الى التداعى أم لا لا يجتمع دعوى الغابن علم المغبون مع جهله بالحال

قوله (و لو اختلفا فى القيمه وقت العقد

توضيحه أنه قد يثمر الاختلاف اذا كان متعلقا بالقيمة وقت العقد و ذلك فى غير ما يكون القبض فيه شرطا لحصول الملكيه اذ لا اثر للزيادة و التقصان اذا حدث بعد العقد فى ثبوت الغبن و ارتفاعه و قد يثمر اذا كان متعلقا بها بعد العقد و قبل التسليم و ذلك فيما كان القبض شرطا فلو اختلفا فى القيمة وقت العقد فى الاول و فى القيمة بعده فى الثانى افاد ره أنه لو علم تاريخ العقد فالقول قول منكر سبب الغبن لاصاله تأخر التغيير و هو الزيادة عن وقت العقد و لاصاله اللزوم لعدم العلم بوقوع العقد على الزائد و لو جهل تاريخهما بان اتفقا على التغيير و اختلفا فى تاريخ العقد فالقول أيضا قول منكر سبب الغبن لاصاله اللزوم بعد تعارض الأصلين و لو علم تاريخ التغيير فالاصل و ان اقتضى تأخر العقد على الزائد عن القيمة ألا أنه لا يثبت به وقوع العقد على الزائد حتى يثبت الغبن و فيه أن التمسك باصاله اللزوم بمعنى الاستصحاب فى الصور المذكوره جيد ألا أن التمسك باصاله عدم التغيير فى الفرض الاول فمضافا الى أنها من المثبت لا كليه لها بحيث يكون دليلا على عدم الغبن فى جميع موارد بل يكون دليلا على ذلك فيما لو اتفقا على كون القيمة قبل العقد ما وقع عليه العقد من العشره مثلا و اختلفا فادعى المشتري نقصها حال العقد و انكر البائع ذلك و ادعى بقائها على ما كانت عليه حال العقد فاصاله عدم التغيير عما كانت عليه حال العقد بعد الغض عن المثبته تفيد تقديم قول منكر التفاوت و عدم الخيار و قد يتفقان على كون القيمة قبل العقد مثلا عشره و يختلفان فى القيمة حال العقد الواقع على ثمانيه فيدعى البائع بأن القيمة حال العقد كانت كالقيمة قبله و ينكر المشتري ذلك و يدعى تنزل القيمة حين العقد الى الثمانيه فاصاله عدم التغيير يكون دليلا على الخيار لا على اللزوم ثم أنه قد يختلفان فى القيمة و فى وقوع الغبن و عدمه من دون ان يختلفا فى التغيير و ذلك فيما لو وقع العقد على ثمانيه و اتفقا على مطابقه القيمة حال العقد و القيمة الفعلية الحاصله بعد العقد و البائع يدعى أن القيمة الفعلية و الواقعيه حال العقد عشره و ينكره المشتري مدعىا أن القيمة فى الوقتين ثمانيه مطابقه لما وقع عليه العقد

[مسأله يسقط هذا الخيار بأمر:]

[أحدها: إسقاطه بعد العقد]

قوله (كإبراء المالك الودعي المفترط)

لمّا ذكر ره فى دفع الاشكال أنّ وجود المقتضى و السبب و هو العقد او الغبن الواقعي كاف فى الاسقاط اراد تمثيله بإبراء المالك الودعي فيما لو كان الإبراء بعد التفريط و قبل التلف فأنه لا مانع من صحه الإبراء و اسقاط الضمان لتحقّق السبب الذى هو التفريط و ان لم يتحقّق شرط فعلية الضمان و هو التلف و قد استشكل الاستاد طاب ثراه عليه بما ذكره المقرّر و هذا لفظه و أمّا مسئله إبراء المالك الودعي المفترط عن الضمان فلا

ربط له بالمقام لأنّ الإبراء قبل التّفريط يرجع الى اذن المالك الودعيّ في وضع المال في غير المخزن فيرجع الى الاذن في التّفريط لا الى اسقاط الضّمان بعد التّفريط و اما اسقاطه بعد التّفريط كما هو ظاهر العبارة فليس اسقاطا لما لم يجب لأنّ المال بمجرد التّفريط يدخل في ضمان المفرط و اعتبار التّلف أنّما هو لاعتبار قيمه المال يوم التّلف لا لتحقق الضّمان في ذلك الزّمان فتأمّل ه و هو حسن فإنّ معنى الضّمان ليس هو لزوم التّيدارك بالمثل او قيمه حتّى يكون مخصوصا بوقت تلف العين بل معناه هو دخول المال في عهده ذى اليد الى حصول التّأديه بنفسه مع وجوده و ببدله مع تلفه بالمثل ان كان مثليا و بالقيمة ان كان قيميا و هذا المعنى ثابت في كلّ يد أا ما خرج بالدليل كيد الامانه بالمعنى الاعمّ مالكيه كانت او شرعيه بل اذا كانت اليد بعنوان الوديعة كان يد الودعيّ يد المودّع من حيث تنزيله منزلته في حفظ الوديعة و كان معناها الاستنابه في الحفظ فعدم وقوع الضّمان فيها لعدم تعقّل ضمان الإنسان لنفسه في ماله بل هو كذلك في مطلق الامين كالوكيل و المستعير فإنّ اليد فيهما حقيقه للموكل و المعير لكن هذا كلّه حيث لم يكن الودعيّ مفرطاً و الأ فمع التّفريط يثبت الضمان بالمعنى المذكور من حينه و قد استشكل أيضا في تمثيله ببراءه البائع من العيوب بأنّها لو تحققت في متن العقد رجعت الى الدّفع و هو كذلك فإنّ مراد المصنّف هو البراءه في حال العقد و هو دفع لتأثير المقتضى فأنّه اذا باع مع البراءه عن العيوب فلا مقتضى للتّبوت حتّى يكون البراءه مسقطا و هذا بخلاف المقام حيث وجد فيه المقتضى من دون فعليه شرط تأثيره و على اىّ حال فالمناقشه في التّمثيل غير ضائر باستقامه اصل الجواب

[الثالث: تصرّف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدّمه بعد علمه بالغبن.]

قوله (فيستصحب فتأمّل)

يحتمل ان يكون إشاره الى كونه شكّا في الحكم مع تبدّل الموضوع بان يقال أنّ الاجماع وقع على ثبوت الخيار في الغبن بشرط عدم التصرّف و قد يدفع هذا الاحتمال بمنع كون مورد الاجماع هو ثبوت الخيار بشرط عدم التصرّف و أنّما المجمع عليه هو ثبوتها في حال عدم التصرّف و هذا غير تبدّل الموضوع و لا مانع من الاستصحاب اذا كان الشكّ من جهه تبدّل حال من احوال الموضوع كيف و لا يتحقّق شكّ في بقاء حكم الأما من هذه الجهه و فيه أنّ المدعى هو الاجماع على ثبوت الخيار في العقد الغبني اذا لم يكن مقرونا بالتصرّف و بعبارة اخرى المسلّم هو خروج العقد الغير المقرون بالتصرّف عن عموم وجوب الوفاء بثبوت الخيار و غيره مشكوك الخروج من أول الامر و المرجع هو العامّ و ليس من باب الرّفح حتّى يرجع الى الاستصحاب و
يحتمل

ان يكون إشاره الى عدم جريان الاستصحاب فى المقام و لو على تقدير كون الشك فى الرفع و ذلك من جهة احد امرين الاول من جهة المناقشه فى جريانه اذا كان الدليل المثبت لحكم المستصحب هو الاجماع كما نسب الى الغزالي و ذكر المصنّف هذه المناقشه على التفصيل فى بيان الاقوال فى حجّيه الاستصحاب فى الاصول فراجع الثانى من جهة ما تقدّم فى أول بحث الخيار من أنّه قد يعرف بأنّه ملك اقرار العقد و ازالته فإنّ بناء عليه يكون كلّ منهما رافعا للخيار و حيث أنّ التصرف بنفسه تشبّث بالعقد و التزام به فلا محاله يكون اختيار الامضاء العقد و اقراره و يكون التصرف كالفسخ رافعا لموضوع الخيار و لا يبقى شك فى بقاءه حتّى يستصحب و لكنّ الشّأن فى مخالفه المصنّف لما ذكر فى المقامين و يحتمل ان يكون إشاره الى أنّ الشك فى المقام من الشك فى المقتضى و يدفعه أنّ الشك فى المقتضى أنّما يكون فيما لم يحرز بقاء المستصحب بحسب الزّمان كالشك فى كون الخيار على الفور او التراخى لا- فيما لا يعلم بقاءه بحسب الطّواريى كما فى المقام و لو كان الشك فى بقاء الخيار بعد التصرف من الشك فى المقتضى لزم ان يكون موارد الشك فى رافعيه الموجود باجمعها من الشك فى المقتضى و هذا واضح جدّا

[الرابع من المسقطات: تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفاً مخرجاً عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق.]

قوله (نعم ذكر الشيخ فى خيار المشتري)

اراد بذلك وجود التصريح بالسقوط فى نظير هذه المسأله فى عباره الشيخ استدراكا لما ذكره أولاً من أنّ التصريح بالسقوط أنّما يكون فى كلام المحقّق و من تاخّر عنه ثمّ انّ مورد كلام المشهور فى سقوط الخيار هو ما اشار إليه المصنّف من تصرف المغبون المشتري تصرفاً مخرجاً عن الملك على وجه اللزوم سواء كان تصرفاً ناقلاً كالبيع و نحوه او كان فكاً للملك كالوقف و العتق او رهنا و اجاره و استيلادا و نحو ذلك فلا ينافى ما تقدّم منه فى الامر الثالث من حكم الأصحاب بعدم سقوط الخيار بالتصرف قبل العلم و ظهور كلماتهم فى ذلك فإنّ ذلك منهم أنّما يكون فى غير التلف و التصرف الملزم و يرشدك الى ما ذكرنا ما سيصرّح به من أنّ ظاهر التقييد بصوره امتناع الردّ و ظاهر التعليل بعدم امكان الاستدراك ما صرّح به جماعه من أنّ الناقل الجائر لا يمنع الردّ بالخيار الخ

قوله (و استدلل على هذا الحكم فى التذكرة)

يعلم من المتن أنّ ما يمكن ان يستدلّ به لسقوط الخيار وجوه الاول ما عن التذكرة و اجاب عنه بأنّه بظاهره مشكل الثانى انّ اخراج المغبون العين عن ملكه التزام بالضرر و لو جهلا منه به فهو كما لو اقدم عليه بالتصرف و هو ممنوع جدّا فإنّ التصرف مع عدم العلم بالغبن كيف يكون اقداما على الضرر الثالث انّ الضرر معارض بتضرر الغابن بقبول البدل و

اجاب عنه بما ذكره توضيحاً لكلام الشَّهيد الرَّابِع ظهور الاجماع كما يشير إليه عبارته الرَّوضه و اجاب عنه بأنَّ الظَّاهر عدم عنوان المسأله فى كلام من تقدّم على المحقّق و بالجمله مقتضى القاعده عدم السَّقوط بالتصرّف قبل العلم من غير فرق بين ان يكون المغبون هو المشتري او البائع و يكون المدار فى سقوط الخيار على الالتزام بالعقد و التصرّف الكاشف نوعاً عن الرضا فان حصل و ألبا فالخيار باق سواء كان المتصرّف هو الغابن او المغبون قبل العلم بالغبن او بعده كان التصرّف ناقلاً أم جائزاً و لو فرض الشكّ فلا بأس بالاستصحاب نعم لو كان الدليل المثبت لاصل خيار الغبن منحصرًا بالاجماع امكن لو لا استصحاب الخيار القول بعدمه عند التصرّف للآزم لعدم الاجماع على ثبوته فى هذا الحال و مع ذلك كله يمكن بناء المسأله على أنّ التلّف مسقط للخيار أم لا و الظاهر أنّه محلّ خلاف فعن العلامه فى عد أنّ الخيار لا يسقط بالتلّف و عن ط الجزم بالسقوط و عن المحقّق الثّانى التردّد فى ذلك و كذا عن العلامه فى عد فى باب المراهجه لو ظهر كذب البائع مراهجه بعد تلف المتاع و ما ذكره المصنّف فى المقام من أنّ الخيار غير مشروط عندهم بإمكان ردّ العين فهو على اطلاقه محلّ منع ثم بناء المبنى و هو كون التلّف مسقطاً للخيار أم لا على أنّ الخيار هل هو السّيلطنه على فسخ العقد و حلّه أم هو السّيلطنه على ردّ العين فان كان هو السّيلطنه على الفسخ فلا يسقط بالتلّف لعدم تعلق الخيار بالعين حتّى يكون منوطاً ببقائها و يمكن فسخ العقد و حلّه و ان كان هو السّيلطنه على الردّ سقط الخيار به لامتناع ردّ العين ح و قد يدعى أنّ ظاهر ادلّه الخيارات هو الثّانى لخلوّها باجمعا عن لفظ الفسخ و المتيقّن من دلالتها حتّى الاخبار هو جواز ردّ العين و السّيلطنه عليه و لا اشكال فى أنّها موقوفه على بقاء العين و مع التلّف يمتنع ردّها و ليس ردّ العين من ذى الخيار موقوفاً على فسخ العقد لامكان الانفساخ القهرى و كون الردّ موجبا له تعديداً كما هو احد الوجوه المتقدّمه فى الخيار المشروط برّد الثمن و ذهب المحقّق صاحب كفايه الاصول الى أنّ خيار الغبن ليس ألبا جواز ردّ العين لكن لا من الجهه التى ذكرناها بل من جهه أنّه لَمّا اختار فى الاصول أنّ مفاد لا ضرر نفى الحكم بلسان نفى الموضوع و هو الارجح فى النظر كما اوضحناه فى محلّه قال أنّ المرفوع ح فى المعامله الغتية و جوب الوفاء و هو يستلزم جوازها لا الخيار المصطلح الذى هو من الحقوق لأنّ عدم و جوب الوفاء على المغبون الذى هو معنى الجواز

لا يقتضى ثبوت حق له القابل للاسقاط و الصلح و الارث فانّ الجواز الثابت بنفى الضرر يكون حكما و الحكم غير قابل لاحدها و قد حكى عنه طاب ثراه أنّه جعل الفرق بين الجواز الحقّي و الحكمي في الفقه في بحث المعاطاه في حاشيته على الكتاب باعتبار اختلاف متعلّقه و قال لو كان الجواز و اللزوم بمعنى جواز فسخ المعامله و عدمه كما في باب الخيار فهما من احكام الاسباب و اما لو كانا بمعنى جواز ترادّ العينين بلا توسط فسخ المعامله كما في الهبه فهما من احكام الملك فجعل الجواز الحقّي بمعنى جواز فسخ المعامله و عدمه و الحكمي بمعنى الردّ الخارجى الّذى لا يمكن الّا مع بقاء العين و على اى حال اذا تمّ الدّعى المذكوره و هى عدم اقتضاء ادله الخيار الّا جواز ردّ العين ففى صورته التّلف يسقط الخيار و اذا كان الامر فى التّلف الحقيقى ذلك فيلحق به التصرّف الناقل المخرج عن الملك على وجه اللزوم و ما يعدّ تلفا شرعيّا و لعلّ ما استدللّ به فى كره من عدم امكان الاستدراك مع الخروج عن الملك راجع الى ما ذكرنا و الدّعى المتقدّمه و هى انّ الخيار ليس الّا السّيلطنه على ردّ العين و ان كانت غير ثابتة و محلّ نظر بل منع الّا انّ الاحتياط يقتضى التوقّف عن الحكم ببقاء الخيار بعد التصرّف اللّازم لا يقال انّ مع الشّك فالاستصحاب يقتضى بقاء الخيار فانّه يقال اذا شككنا فى كون الخيار هو فسخ العقد او ردّ العين كان الاستصحاب ح مع عدم احراز الموضوع لانه اذا كان بمعنى فسخ العقد كان الموضوع محرزا بقاءه و ان كان الآخر كان متبدّلا قطعا و يقتصر فى تخصيص اصاله اللزوم على المتيقّن و هو صورته بقاء العين فى ملك ذى الخيار فمقتضى الاحتياط متابعه المشهور و عدم الحكم بالخيار فى مطلق التصرّفات اللّازمه كالبيع و العتق و الوقف و الاستيلاء و غيرها

قوله أفواها اللّحوق لحصول الشّركه)

يعنى أنّه بناء على كون التصرّف مسقطا يكون الاقوى لحوق الامتراج مطلقا سواء كان مانعا من الردّ كالغير القابل للقسمه او غير مانع كالقابل لها

قوله (و لو تغيّرت بالزياده العينيّه او الحكميّه او من الجهتين)

جاءت العبارة فى بعض النسخ هكذا فالاقوى الردّ فى الوسطى بناء على حصول الشّركه فى غيرها المانعه عن ردّ العين ه و فى بعض النسخ المصحّحه قد ضربت على هذه العبارة و ابدلت هكذا فالاقوى عدم الردّ بناء على حصول الشّركه المانعه عن ردّ العين ه و على الاولى فالامر بالتأمّل يحتمل ان يكون إشاره الى ضعف التّفصيل بين الزيادة الحكميّه كقصاره الثوب و نحوها ممّا يكون وصفا موجبا لزياده قيمه و الحكم بعدم السّقوط فيها

و الزيادة العيية او من الجهتين و الحكم بالسقوط فيهما بما سيجى ء فى المتن من عدم الفرق و الحكم بالاشتراك فى الزيادة الحكمية أيضا و لعل الامر بالتأمل إشاره الى اصل المبنى فى الفروع المذكوره و تضعيف القول بان التصرف قبل العلم يكون مسقطا كما اشار إليه فى ذيل توضيح كلام الشهيد بقوله و الانصاف ان هذا حسن جدا

قوله (و اما تصرف الغابن

لا اشكال عندهم فى عدم سقوط الخيار بتصرف الغابن مط و الظاهر الاتفاق عليه و انما الكلام فى كيفية الاسترداد بعد الفسخ و قد اختلفوا فيها على اقوال اشار إليها المصنف و موضع الكلام من هذه الجهة هو فى احكام الخيار الا ان بعض الاصحاب لما تعرض لها فى المقام تبعه المصنف ره

قوله (و ان كان بعده فالظاهر عدم وجوب رده)

بل الظاهر وجوب رده لانه ملكيه الغابن للعين انما كانت بالمعامله الواقعه بينه و بين المغبون و المفروض فسخ المغبون لها فلو فرض فسخ المعامله الثانيه لزم رجوع العين الى مالكتها الاصلى و اخذ المغبون بدلها و ان لم يكن غرامه و من باب بدل الحيلولة الا انه لما كان من حيث تعدد رد العين فلازمه ارتفاع البدليه حين التمكن من رد نفس العين و ليس المقام الا من قبيل ما لو صار الخلل عند الغاصب خمرا فاخذ المالك بدله ثم صار بعده خلا و من قبيل ما لو ظفر المالك بالعد المغصوب الآبق و استولى عليه فانه يجب عليه رد البديل الذى اخذه لانه فى الحقيقه بدل عن المائيه الفائته ما دامت كذلك بمعنى كونه تداركا له و لا معنى للتدارك مع وجود المتدارك و ذلك لان المتحصّل من قواعد الضمان هو لزوم تدارك الفائت سواء كان حقيقيا او حكما ما دام فائتا لا- حصول مبادله قهرية بين التالف و البديل حتى يكون اخذه مملكا للتالف و ناقلا له الى ملك الغير حقيقه على وجه الاطلاق لعدم دلالة وجوب رد البديل فى صورته التلف على ذلك بوجه بل لعل تحقق معنى المبادله فى الامثله المذكوره و نحوها ممتنع لعدم اهليته التالف لان يقع عليه مبادله و معاوضه و لو قهرية شرعية فلا وجه للحكم بانتقال التالف الى الغاصب او الغابن حتى يثمر فى صورته العود و دعوى انهما انما تعاطيا البديل بعنوان انه بدل التالف و لازمه دخول التالف فى ملك مؤدى البديل مردوده بعدم وقوع التبانى منهما على ذلك و انما يتعاطيان البديل بعنوان استيفاء الحق و امثال التدارك الواجب و تلف العين ظاهرا و هذا المعنى قاض بنفسه بطلان ملكيه البديل بمجرد رجوع المبدل منه لكون حيشه التدارك تقييده فاذا ارتفعت بالعود ارتفعت الملكيه الطارويه

من غير حاجه الى تقايل او فسخ في مورد من موارد البدليه و بالجمله محلّ الكلام في المقام و ان كان خارجا عن عنوان بدل الحيلولة موضوعا الا أنّ الحكم برجوع العين بعد اخذ البدل الى مالكة الاصلى غير مخصوص بحيلولة الغاصب بين المالك و ماله و اتلافه له بل يجرى في جميع الاموال المضمونه سواء جاء ضمانها من جهد اليد او الاتلاف او وقوع عقد لازم او جائز او غير ذلك و الحكم قبل العود بكون الماخوذ بدلا عن التالف أنّما هو لمكان الجهل بالعود و اعتقاد امتناعه او عدم وقوعه عادة و هذا نظير ما حكم به بعضهم من أنّ من ملك ارضا ملك قرارها و هوائها الى ما يتصرّف فيه عادة في قبال من يقول أنّه يملك قرارها الى تخوم الارض و هوائها الى عنان السماء فإنّ غرضه ليس هو الاقتصار في الملكيه على القدر المعتاد فقط بحيث لو فرض تمكنه من التصرف في الخارج عن المعتاد لم يكن له ذلك و كان خارجا عن ملكه و ما يؤخذ تداركا للماليه أنّما يؤخذ بعنوان البدليه لمكان اعتقاد عدم عوده و على اى حال فالمتبع ما يقتضيه الادله و ليس فيها ما يحكم بكون اخذ البدل عن التالف موجبا لانتقال العين من اخذ البدل الى غيره بل المتيقن من دلالتها أنّه من باب التدارك للفئات و أنّه بدل عنه ما دام فائتا لا مطلقا ففي المقام اذا فسخ الغابن المعامله الواقعه بينه و بين الثالث و رجع العين إليه فلا بدّ من رجوعها الى المغبون مع فسخه فإنّ منشأ ملكيه الغابن لها أنّما كان هو المبادله الواقعه بينه و بين المغبون و اذا فسخها المغبون رجعت العين الى ملكه و ان كان فسخه قبل رجوع العين الى الغابن بل بناء على القول بالمعاوضه القهريّه كما هو مختار بعض الاصحاب لا دليل أيضا على بطلان البدليه حين عود التالف الا اذا كان لدليله اطلاق يشمل حال العود أيضا فتدبر و راجع الى ما قدمناه في مسئله المقبوض بالعقد الفاسد

قوله (و الفاسخ أنّما يملك بسبب ملكه السابق)

ليس الغرض من لفظ الفاسخ في المقام خصوص الغابن او المغبون و ان كان المفروض وقوع الفسخ من كلّ منهما فإنّ المقصود بيان الفرق بين فسخ المغبون بعد عود الملك الى الغابن بالفسخ و عوده إليه بعقد جديد و ان كان ظاهر التعليل و سياق العبارة يقتضى ان يكون المراد من لفظ الفاسخ بحسب المصداق هو الغابن هذا و الظاهر وجوب ردّ العين مط سواء كان العود بالفسخ او بعقد جديد لأنّ فسخ المغبون أنّما يوجب عود الملك إليه من حين الفسخ لا من حين العقد و ان كان بسبب ملكه السابق نعم لو كان فسخ المغبون موجبا لرفع العقد من حين وقوعه لكان تخلّل الناقل و العود الى الغابن بملكه جديده مانعا عن تأثير فسخ المغبون

و لكنّه ليس كذلك اّما على القول بانّ الفسخ هو مجرد ردّ العين فواضح و اّما على القول بأنّه حلّ العقد فظاهر أنّه ليس للعقد بما هو عقد موضوعيّ بل يكون حلًّا للعقد بما هو طريق الى استرجاع العين و بعبارة اخرى ليس الغرض من حلّ العقد الّا استرجاع ما وقع عليه العقد و اذا كانت العين موجوده حين الفسخ في ملك الغابن و جب ردّها بنفسها و لا داعى الى الانتقال ببدلها

قوله (فان اوجب الارش اخذه مع الارش)

اعلم انّ مقتضى القاعده ان يجرى على تخلف وصف الصّحّه حكم سائر الاوصاف المتخلفه فمن احكام تلك الاوصاف عندهم أنّه لو لم يكن الوصف مذكورا في العقد لا يوجب الخيار و ان تبانيا عليه فلو باع عبدا و ذكر قبل العقد أنّه كاتب ثمّ لم يذكره في العقد و اوقع العقد على العبد من غير ذكر اشتراط الكتابه فيه ثمّ بان بعد العقد أنّه غير كاتب لا يوجب خيارا للمشتري و ان اشتراه لكتابته لانه يعدّ من الدواعى و تخلف الداعى بمجرّده لا يوجب الخيار و لو ذكر في متن العقد بان اوقع العقد على أنّه كاتب و بشرط الكتابه فتخلفه يوجب الخيار من باب تخلف الشرط و مثل ذلك تخلف وصف الصّحّه و من احكامها انّ الوصف لا يقابل بجزء من الثمن و ان صار سببا لزياده قيمه العين فلو باع عبدا كاتبا مثلا بعشره لا يقابل الكتابه بشىء من العشره و ان صارت سببا لزياده قيمته و لو باعه بشرط الكتابه فبان أنّه غير كاتب لا يصير العقد باطلا بالنسبه الى شىء من الثمن و ان ثبت الخيار للمشتري من جهه تخلف الوصف المشترط كما عرفت و لو كان شىء من الثمن فى مقابل وصف الكتابه لكانت القاعده تقتضى بطلان العقد بالنسبه الى ما قابله من الثمن كما هو الحال فى الجزء فانه لو باع عشره اذرع من ثوب بعشره دراهم و بان انّ الثوب تسعه اذرع يكون العقد باطلا بالنسبه الى الدرهم المقابل للذرع الواحد و صحيحا بالنسبه الى تسعه دراهم و ما يقابلها من الثوب غايه الامر أنّه يثبت للمشتري خيار تبعض الصّفه فمقتضى القاعده فى وصف الصّحّه اذا تخلفت و لم يكن مشروطا فى متن العقد كما هو مفروض كلامهم فى خيار العيب ان لا يوجب خيارا و لا ارشا كما هو مقتضى القاعده فى غيره المعبر عنه بوصف الكمال و لكنهم ذكروا فى خيار العيب انّ تخلف وصف الصّحّه يوجب خيار المشتري بين الفسخ و عدمه مع اخذ الارش فوصف الصّحّه عندهم برزخ بين سائر الاوصاف و الاجزاء فله حكم الجزء من حيث صيرورته موجبا للخيار و الارش و مقابلته بالثمن و يفترق عن الجزء فى امور منها انّ

المبيع اذا بان أنه فاقد لجزء يصير العقد باطلا بالنسبه الى ذلك الجزء فلا يملك البائع ما قابله من الثمن بخلاف ما لو بان أنه فاقد لوصف الصّحّه فإنّ العقد صحيح بالنسبه الى تمام الثمن بمعنى أنّ البائع يصير مالكا لتمامه و ان لم يكن المبيع مشتملا على الوصف المزبور و منها أنه لا يلزم ان يكون الارش الّذى يأخذه المشتري من الثمن كما صرّح به العلّامة و يجوز ان يأخذه من غيره و يكفي في تملكه اخذه ارشا بخلاف الجزء فإنّ الّذى يأخذه لا بدّ ان يكون ما يوازيه من الثمن دون غيره فإنّ المبيع اذا ظهر فاقد الجزء كان ما يقابله من الثمن باق على ملك المشتري و لا يحلّ له اخذ غيره الاّ بمعاوضه جديده و منها أنّ للمشتري ان يرضى بالمعيب مجّانا من دون اخذ الارش و عند ذلك لا يخرج شىء من ملك البائع فإنّ البائع قد ملك بالعقد تمام الثمن و كان للمشتري اخراج ما يوازي وصف الصّحّه عن ملكه فاذا اسقط حقّ الارش لم يخرج شيئا من ملك البائع و هذا بخلاف الجزء فإنّ البائع لم يملك ما يوازيه من الثمن اصلا فلو اراد المشتري عدم اخذه احتاج الى سبب يملكه للبائع اذا عرفت ما ذكرنا فاعلم أنّ الحكم بتخيير المشتري بين الرّدّ و الامساك مع الارش اذا ظهرت العين المبيعه معيبه و ان كان على خلاف القاعده الاّ أنّه ثابت في البيع بالنصّ و الاجماع و ستطلع عليه إن شاء الله تعالى و اما تخلف وصف الصّحّه في غير البيع فمقتضى القاعده الحاقه بغيره من الاوصاف الاّ ان يقوم دليل على عدم اختصاص التّخيير المذكور بالبيع و ثبوته في تخلف وصف الصّحّه في كلّ معاوضه و مبادله و الظاهر من كلماتهم اجماعهم على اللاحاق و أنّهم قد بنوا على ثبوت الارش تخييرا في خصوص انتفاء وصف الصّحّه و ظهور تخلفه في جميع ابواب المعاوضات من غير فرق بين البيع الّذى هو مورد النصّ و غيره بل تريهم تعدّوا الى غير المعاوضات الحقيقيه و حكموا في جميع ذلك بما حكموا به في المعاوضات الحقيقيه و ذلك كما في النكاح و الخلع و المكاتبه و الهبه المعوّضه و الصّلع و امثال ذلك ممّا ليست بمعاوضات حقيقيه و لا بأس بنقل بعض كلماتهم الدالّه على اللاحاق مط فمنها ما عن المحقّق ره في كتاب الخلع حيث قال و لو كان اى العوض معيّنا فبان معيبا رده و طلب بمثله او قيمته و ان شاء امسك مع الارش و منها ما عن العلّامة في القواعد في كتاب الهبه لو كان اى العوض معيبا الزم بالارش او دفع العين في المعينه لا- المطلقه و منها ما عنه أيضا في كتاب الخلع و لو كانت اى الفديه معينه فبان معيبه فله الرّدّ و المطالبه بالمثل او قيمه ان لم يكن مثليا او

الامساك بالارش و منها ما قاله فى باب المكاتب و لو ظهر اى مال الكتابه معينا تخيير بين الردّ و الارش فيبطل العتق على اشكال و منها ما عن المحقق أيضا فى كتاب الاجاره و اذا وقف الماجر على عيب فى الاجره سابق على القبض كان له الفسخ او المطالبه بالعوض ان كانت الاجره مضمونه و ان كانت معينه كان له الردّ او الارش و منها ما عن المسالك فى كتاب النكاح فى شرح قول المصنّف فى النظر فى المهر و لو وجدت به عيبا كان لها ردّه بالعيب اذا اصدقها عينا مخصوصه فوجدتها معيبه فان كان العيب موجودا حين العقد و لم تكن عالمه به كان لها ردّه بالعيب و الرجوع الى القيمه بناء على ضمان اليد و لها امساكه بالارش لانّ العقد انما وقع على السليم فاذا لم تجده كذلك اخذت عوض الفاتت و هو الأرش و منها ما عن الرّوضه فى كتاب الصّيلح و لو ظهر فى المعين عيب فله الفسخ و فى تخيره بينه و بين الأرش وجه قوىّ و منها ما عن التّذكره فى كتاب الهبه اذا وهبه بشرط الثّواب المعلوم فامّا ان يكون معينًا أو لا- فان كان معينًا فقبضه الواهب فوجد به عيبا كان له الرجوع الى عين الموهوب فان كان باقيا اخذه و ان كان تالفا طالب بالقيمه الى ان قال و ليس للواهب المطالبه بالعوض لوقوع الشرط على هذا العين فلم يكن له الانتقال الى غيرها و الاقرب أنّ له المطالبه بالأرش انتهى هذه جمله من كلماتهم الّتى ذكروها و المتتبع يطّلع على اكثر من ذلك و هذا الحكم منهم مخصوص بانتفاء وصف الصّحّه و لم يحكموا بثبوت الخيار او الارش فى غيره من دون شرط و ان اتفقوا على أنّ الاوصاف مط يوجب زياده القيمه و يضمن باليد و مع الشرط حكموا بثبوت الخيار فقط دون الارش و قد قام الاجماع على عدم ثبوت الأرش فى انتفاء غير وصف الصّحّه من الاوصاف و لو مع الشرط و امّا وصف الصّحّه فمن هذه الكلمات الّتى نقلناها يتوجّه دعوى بنائهم على التّخيير بين الردّ و الأرش فى العيب مط و لا يكون اخذ الارش مخصوصا بخيار العيب فى البيع و النّفس مطمئنّه باجماعهم على ذلك نعم من لا- يطمئنّ بتحقيق الاجماع على ذلك فهو معذور فى غير خيار العيب فى البيع اذا لم يحكم بثبوت الارش عند تخلف وصف الصّحّه لانه من التّعدى بغير دليل الا أنّ الظاهر للمتتبع عدم الفرق عند الاصحاب فى المعاوضات و غيرها فى كون وصف الصّحّه كالجزمه و اذا احطت خبرا بما ذكرنا فاعلم أنّ مع تصرّف الغابن بالتقيصه فضّل المصنّف طاب ثراه بين ما يوجب الأرش و ما لا يوجبه و

حكم بأنه ان اوجب الارش اخذ العين مع الارش و ان لم يوجب ردها بلا شىء و الظاهر أنه اراد من النقص الموجب للارش حدوث عيب فى العين بسبب التصرف و من النقص الغير الموجب له فوات وصف من اوصاف الكمال و هذا التفصيل هو الحق الذى لا محيص عنه لما عرفت من بنائهم على ثبوت الارش للعيب اين ما وجد و ان شئت قلت أنهم فهموا من الاخبار ان الرد مع الارش من احكام العيب اينما كان و من العجب ان فى المسأله حكم فى الروضه باخذها مجاناً ان شاء و فى المسالك ان لم يكن النقص بفعل المشتري و ان كان بفعله فالظاهر أنه كذلك اى يأخذها مجاناً و لا شىء له معللاً بأنه تصرف فى ملكه تصرفاً مأذوناً فيه فلا يتعقبه ضمان و هذا مناف لحكمهم بان تلف وصف الصحه كتلف الجزء و بالجملة مع نقص الصحه يستحق المغبون الارش على الغابن كان بفعله او من قبل الله تعالى و ان كان بفعل غيره فالارش عليه بقى فى المقام شىء و هو ان تعليل وجوب الارش فى مسئلتنا بان الفئات مضمون بجزء من العوض فاذا ردّ تمام العوض وجب ردّ مجموع المعوض فيتدارك الفئات منه ببدله كما ترى فى المتن غير تام لان جعل وصف الصحه بمنزله الجزء بان يقع مقدار من الثمن بإزائه هو خلاف ما صرحوا به و خلاف صريح المصنف فى غير موضع من كلماته و وصف الصحه عندهم كغيره من الاوصاف لا يقع بإزائه فى المبادله و عقد المعاوضه شىء من العوض و ان كان موجبا لزياده قيمه العين و لا يبعد حمل العبارة على ان وصف الصحه لما كان بمنزله الجزء فى الضمان لزم تدارك الفئات منه ببدله و هو الأرش

قوله (فان على الفاسخ الصبر الى ان ينقضى مدّه الاجاره)

لا- اشكال ظاهراً فى وجوب الصبر عليه و ما جزم به المحقق القمى من انفساخ الاجاره لا- وجه له فان المفسوخ عليه اذا ملك العين فى زمان فقد ملك جميع منافعتها و له اجارتها و نقل منافعتها و لو فى مدّه طويله الى الغير و الاجاره عقد لازم و جواز الرجوع حكم شرعى و انما الاشكال فى ان المغبون الفاسخ هل يستحقّ اجره المثل بالنسبه الى بقيه المدّه من الموجر او المستاجر او اجره المسمى او يستحقّ الارش فيقوم ما فيه الخيار ارضا كان او غيرها مع منافعه مره و مسلوب المنافع فى بقيه مدّه الاجاره اخرى و يرجع الى مقدار التفاوت و يأخذه من الموجر سواء ساوى اجره المسمى او المثل او زاد او نقص او لا يستحقّ شيئاً اصلاً و يجب عليه الصبر الى ان ينقضى مدّه الاجاره مجاناً

من دون ان يجب على الغابن بدل عوض المنفعة المستوفاه بالنسبه الى بقيه المده بعد الفسخ احتمالات و الاقرب هو ثبوت الارش فان معنى الفسخ حل العقد و اعاده كل من العوضين على ما هما عليه حين العقد الى ملك مالكة الاول من حين الفسخ فبالفسخ يستحق المغبون العين على ما كانت عليه حال العقد و لو كان اصل العين تالفا او جزئها او صفه من صفاتها التي توجب فقدانها تعيب العين و يعد نقصا في اصل العين فهو مضمون عند الاصحاب على من لا خيار له و لمالك العين ارش العيب و النقصان و كيف لا يكون سلب المنافع من العيب في العين مع ان المنفعة قوام ماليتها و قد تستوعب قيمتها في مده الاجاره لقيمه العين فلما كان مقتضى الفسخ رجوع العين الى مالكة الاول كما كانت حين العقد كان مقتضى القاعده ضمان الغابن نقص العين و تعيبها بسبب كونها مسلوبه المنفعه في المده الباقية فان كان اجره المثل مساويا لذلك كفى في تدارك العيب الحاصل و الا لزم تكميل تدارك النقص و لا يكتفى بخصوص اجره المثل و الذي دعي المصنف قدس سره الى عد المنافع من الصفات التي لا- يوجب فقدانها الارش ما ذكره من ان المنافع من الزوائد المنفصله المتخلله بين العقد و الفسخ فهي ملك للمفسوخ عليه بالمنفعه الدائمه و حيث ان الفسخ لا- يكون موجبا لرجوع العين على ما هي عليه حين العقد حتى تكون المنفعه المستوفاه مضمونه بل يكون موجبا لرجوعها على ما هي عليه حين العقد من حين الفسخ فنقص المنفعه بالنسبه الى ما قبل الفسخ غير مضمون و كل ما استوفاه الغابن فهو له و لا يجب عليه تداركه و اجاره العين بمنزله الاستيفاء و يدفعه ما عرفت من ان الحكم بالارش ليس من حيث ان المنافع من وصف الصحه أم غيرها و ليس من حيث ان بقيه المده تعد من المنافع المستوفاه أم لا و ليس من حيث ان الفسخ موجب لرجوع العين على ما هي عليه حال الفسخ و لازمه عدم ضمان المنفعه لانها كانت تابعه لملك المفسوخ عليه او رجوعها على ما هي عليه حين البيع و لازمه ضمان المنافع المستوفاه و غيرها بل من حيث ان قوام ماليه العين منافعها و سلب المنافع عنها نقص في العين و تعيب فيها يجب تداركه و كون المنفعه تابعه للعين لا ينافي ضمان الغابن للنقص الحاصل في العين بالاجاره و ان شئت قلت ان المنفعه و ان كانت تابعه للعين و كان للمفسوخ عليه استيفائها و اجارتها الا انه يصدق تعيب العين باستيفائه منافع بقيه المده الواقعه في زمان ملك الفاسخ للعين فلا بد من ضمانها

قوله و فيه نظر لمنع تزلزل ملك المنفعه)

و المنشأ في الحقيقه هو ان ايجاد السبب

الشَّرعى لاستيفاء المنفعة هل يجعلها بمنزلة المستوفاه أم لا و الاوجه كما تقدّم الحاق السبب الشرعى بالعقلى فالاجاره الواقعه لَمّا كانت صحيحه تلحق منافع بقيه المدّه بالتلف العقلى و لا موجب لتزلزلها

قوله (و سيجى ء ما يمكن ان يكون فارقا بين المقامين)

الظّاهر أنّه تتمّه للاستدراك الواقع تاييدا للمحقّق القمى و يكون إشاره الى ما سينقله عن المختلف فى مسئلة الشّفعة من أنّ الفاتئ لَمّا حدث فى محلّ معرض للزّوال لم يجب تداركه و ما سيذكره فى الفرق بين الزّيادة بالغرس و مسئلة التفليس و توضيح ذلك أنّه لَمّا تنظر فى تزلزل ملك المنفعة اراد تقويه التّزلزل بما ذكره العلّامه فى القواعد من ضمان المشتري للبائع اجره المثل للمدّه الباقية بعد الفسخ فى التّفاسخ فانّ الاجاره الواقعه قبل التّفاسخ لا يمكن ابطالها لأنّها لم تحدث فى محلّ معرض للزّوال فانّ التّفاسخ امر طار قد اتّفقا عليه من دون سبق سبب بالخيار و حيث لا يمكن ابطالها وجب تدارك المنفعة الفاتئه عن البائع باجره المثل و هذا بخلاف الاجاره الواقعه قبل الفسخ فانّها حدثت فى محلّ معرض للزّوال لثبوت الخيار و بفسخ البائع يبطل الاجاره و يكون المنفعة فى المدّه الباقية للفساخ فمن حكم العلّامه بثبوت اجره المثل فى التّفاسخ يمكن استفاده حكمه ببطلان الاجاره فى الفسخ

قوله (مضافا الى مفهوم قوله (ص) ليس لعرق ظالم حقّ)

فى المجمع و معناه على ما قيل هو ان يجى ء الرّجل الى الارض قد احيها رجل قبله فيغرس فيها غرسا غصبا ليستوجب به الارض و الرّوايه لعرق بالتّوين و هو على حذف مضاف اى لذى عرق ظالم فجعل العرق نفسه ظالما و الحقّ لصاحبه او يكون الظّالم من صفه صاحب العرق و ان روى عرق بالإضافه فيكون الظّالم صاحب العرق و الحقّ للعرق و هو احد عروق الشّجره ه

قوله (و قياس الارض المغروسه على الارض المستاجره)

إشاره الى ما تقدّم آنفا فيما اذا اجر الغابن الارض مثلا مدّه ثمّ فسخ المغبون البيع من أنّه لا ينفسخ الاجاره و لا يستحقّ اجره المثل من الغابن

قوله فليس هذا من باب استحقاق الغرس للمكان فافهم)

إشاره الى دقّه ما ذكره و لكنّ الانصاف أنّ الفرق غير واضح فانّ استحقاق ثبوت المال على ما هو عليه عين استحقاقه للمكان و لو سلّمنا الفرق بينهما فلا يقتضى عدم استحقاق المكان جواز قلعه بل يكفى ما ذكره من استحقاق دوام الثّبوت لعدم الجواز فتدبّر و الاقرب بالنظر هو عدم تسلّط المغبون على القلع مط كما عليه المشهور فانّ حقّ الغارس ثبت فى زمان كانت

الارض له و يكون كتصرّفه بالاجاره و بذلك يصير القلع ممتنعا شرعا و عليه اجره المثل ما دام الغرس ثابتا فى ملك الفاسخ و الارش أيضا لو لم يتدارك باجره المثل التعيب و التقص الحاصل فى قيمه الارض

فان قلت انّ فى تعيين ابقاء الشجر بالاجره او الارش ضررا على مالك الارض لطول المدّه

قلت هذا الضرر معارض بضرر الغارس بناء على القلع فيتساقطان

فان قلت انّ الموضوع المتولّد من الحكم على موضوع لا- يشمله هذا الحكم و اذا وجب القلع لامنّ بقائه ضرر على المالك لا يمكن ان يقال انه ضرر على الغارس لانّ هذا الضرر نشأ عن لا ضرر فلا يشمله حتّى يعارضه

قلت ضرر مالك الارض ببقاء الغرس و ضرر مالك الغرس بقلعه انما هما فى عرض واحد و ليس ثبوت الضرر فى احدهما ناشئا عن نفيه فى الاخر و ليس ضرر الغارس بالقلع فى المقام من قبيل ضرر صاحب الدار حيث يمنع عن تصرّفه فى داره اذا كان ضررا على الجار فانّ هناك لا يمكن ان يكون ضرر صاحب الدار منفيا بنفى ضرره على الجار بخلاف المقام فافهم و بالجمله انّ نفي الضرر لا يجرى فى المقام اصلا و ثبوت حقّ البقاء للغارس ليس هو الضرر بل ما عرفت

قوله لطول مدّه البقاء فتأمل)

يمكن ان يكون إشاره الى انّ بعض الاشجار أيضا لها امد ينتظر فلا- بدّ من إلحاقها به ألّا ان يكون الحكم بالفرق ناظرا الى الاغلب و يمكن ان يكون إشاره الى عدم الفرق بانّ المانع من الابقاء فيهما هو الضرر فان كان الاجره على وجه يرفعه فلا فرق و ان كان على وجه لا يرفعه فلا فرق أيضا

فان قلت انّ الابقاء فى مسئلة الشجر قد يكون فيه ضرر لا يرتفع بالاجره كما لو كانت الارض مقصوده لبناء الدار او غيره من المنافع التى تزيد على اجره ابقاء الشجر بالاضعاف

قلت انّ اللّازم على هذا هو التّفصيل فى مسئلة الشجر بين ما يكون كذلك و ما لا يكون لا اطلاق القول فيها بعدم الابقاء ما لم يختاره المغبون مع انه يمكن هذا الفرض فى مسئلة الزرع أيضا فالاولى هو التّفصيل فى المقامين اللهمّ ألّا ان يقال انّ فى نفس الابقاء و لو مع الاجره فى مسئلة الشجر ضرر مطّ لطول المدّه و يمكن ان يكون إشاره الى ما ذكرنا فى الحاشيه السّابقه من عدم جريان نفي الضرر فى المقام لا- من طرف الغارس و لا من طرف مالك الارض و على اى حال فالمدى اختاره انّ حكم الزرع حكم الغرس

قوله (فهو فى حكم التالف يرجع الى قيمته)

اى ان كان

قيميًا كما في المثال و ان كان مثلثا يرجع الى المثل فانّ هذا هو حكم التالف و هو واضح

قوله (ففى كونه شريكا او كونه كالمعدومه وجهان)

و الاوجه هو الثانى لعدم الفرق عند العرف بين هذا القسم و سابقه فى عدّ الممتزج كالتالف و الاولى التخلّص فيه بالصّيح على استحقاقه من الممتزج او معاوضه اخرى و ذلك لامكان الحكم ببقاء عين ماله عرفا فلا يكون كالتلف و لامتناع كونه شريكا من حيث اشتراط الشّركه باتّحاد الجنس ان اريد الشّركه فى العين و ان اريد الشّركه فى الثّمن بان يباع و يعطى من الثّمن بنسبه قيمته فلا دليل عليه

قوله (و فى استحقاقه لارش النّقص)

اى الشّركه فى العين مع الارش او فى العين على حسب قيمه او فى الثّمن و اوسطها الوسط ثمّ انّ الفرق بين الاوّل و الثانى انّ النّقص فى الاوّل عبارته عن نقصان مقدار حصّه المغبون من العين الممزوجه فيلاحظ قيمه تلك الحصّه المركّبه من الجيّد و الرّدى مقيسه الى الجيّد الخالص المساوى لها فى المقدار و تفاوت الرّداءه فى الثانى عبارته عن التّفاوت الحاصل بين نفس الرّدى و الجيّد و لعلّ الاغلب انّ الاوّل اقلّ من الثانى

قوله (و يحتمل الشّركه بنسبه القيمه)

اى الشّركه فى العين على حسب القيمه و لا- يخفى انّ الاحتمال الاخر المتقدّم فى الامتزاج بالأردى و هو الشّركه فى العين مع استحقاق الغابن الأرش لم يحتمله فى المقام مع انّ احتمالها لم يكن بعيدا و يمكن القول بعدم الفرق بين المزج بالأردى و الا-جود فى جريان الوجوه و احتتمل فى الرّوضه فى المزج بالاجود احتمالين آخرين احدهما سقوط خياره و ثانيهما الرّجوع الى الصّح و احتمال السقوط لا وجه له و اما الرّجوع الى الصّح فلا بأس به الاّ أنّه لا وجه لتعيين التخلّص به

قوله (بانه يستلزم الرّبا)

لا يخفى عليك انّ هذا الاشكال جار أيضا فى احتمال الشّركه بنسبه القيمه او الشّركه مع الارش فى الامتزاج بالأردى

قوله (و هو حسن مع عموم الرّبا لكلّ معاوضه)

لا يخفى انّ ذلك لا يكفى فى حسنه و لزوم الرّبا فى المقام غير وارد و ذلك لانّ الشّركه القهريّه ليست من المعاوضات و لا بدّ فى توضيح الحال من بيان امور الاوّل انّ الرّبا هل يعمّ جميع المعاوضات بل الغرامات أم يختصّ بالبيع و القرض فنقول انّ الرّبا بمعنى اخذ الزّيادة فى احد المتماثلين المقدّرين بالكيل او الوزن مثليين كانا او قيميين لا ريب فى حرمة فى المعاوضه البيعيّه فانّها اظهر افراد ما ثبت حرمة بالكتاب كقوله عزّ اسمه احلّ الله البيع و حرّم الرّبا و قوله

تَعِ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ السَّخِّ وَقَوْلُهُ تَعِ يَمَحِّقُ اللَّهُ الرَّبَا وَيُزِيهِ الصَّدَقَاتِ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ آيَاتِ الْكُرَيْمَةِ وَنُصُوصِ الْأَخْبَارِ فِي خُصُوصِ الْبَيْعِ قَدْ تَجَاوَزَتْ حُدَّ التَّوَاتُرِ وَبَلَغَتْ إِلَى حَدِّ لَا يَبْعِدُ الْحَكْمَ بِدُخُولِ مُسْتَحَلِّهِ فِيهِ فِي الْكُفَّارِ وَالْكَلامِ فِي غَيْرِ الْبَيْعِ أَمَّا يَكُونُ فِي مَقَامَاتِ ثَلَاثَةِ الْأَوَّلِ الْأَقْوَى مَا هُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ جَرِيَانِ حَرَمِهِ الرَّبَا فِي غَيْرِ الْبَيْعِ مِنْ جَمِيعِ الْمَعَاوِضَاتِ الْإِبْتِدَائِيَّةِ مِثْلَ الصِّلَاحِ وَالْقَرْضِ كَمَا إِذَا صَالِحَ صَاعًا مِنْ حَنْطِهِ بِصَاعِينَ مِنْهَا أَوْ اقْرَضَ كَذَلِكَ شَارِطًا لِلزَّيَادَةِ مِنْ أَوَّلِ الْأَمْرِ خِلَافًا لِلْحَلِيِّ وَالْعَلَامَةِ فَخِصَّاهُ بِالْبَيْعِ وَالْقَرْضِ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ الظَّاهِرُ مِنْ عَمُومَاتِ مَا دَلَّ عَلَى حَرَمَتِهِ مِنَ الْآيَاتِ وَالزُّوَايَاتِ وَ مِنْ خُصُوصِ الزُّوَايَاتِ الدَّالَّةِ عَلَى اشْتِرَاطِ الْمُثَلِّيَةِ فِي الْمَعَامِلَةِ مَعَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ فَمِنْهَا قَوْلُهُ (ع) فِي صَحِيحِ الْحَلْبِيِّ الْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ مِثْلًا بِمِثْلِ لَيْسَ فِيهَا زِيَادَةٌ وَ لَا نَقْصَانُ الزَّائِدِ وَ الْمُسْتَزِيدِ فِي الثَّارِ وَ قَوْلُهُ (ع) وَ قَدْ سَأَلَهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ أَيْجُوزُ قَفِيزٍ مِنْ حَنْطِهِ بِقَفِيزِينَ مِنْ شَعِيرٍ لَا- يَجُوزُ أَلَا مِثْلًا بِمِثْلِ وَ قَوْلُهُ (ع) فِي صَحِيحِ أَبِي بَصِيرٍ الْحَنْطَةُ وَ الشَّعِيرُ رَأْسًا بِرَأْسٍ لَا يَزِدَادُ أَحَدٌ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ إِلَى أَنْ قَالَ وَ الدَّقِيقُ بِالْحَنْطَةِ وَ السُّوَيْقُ بِالْأَقِيقِ مِثْلًا بِمِثْلِ لَا بِأَسْ بِهِ وَ الْأَفْلَا وَ قَوْلُهُ (ع) فِي مَوْثُوقِ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ كُلُّ شَيْءٍ يَكَالُ أَوْ يوزنُ فَلَا يَصْلِحُ مِثْلِينَ بِمِثْلِ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَإِذَا كَانَ لَا يَكَالُ وَ لَا يوزنُ فَلَيْسَ بِهِ بِأَسْ إِثْنَانٍ بِوَاحِدٍ وَ قَوْلُهُ (ع) فِي خَبْرِهِ الْآخَرِ وَ قَدْ سَأَلَهُ عَنِ الشَّاهِ بِالشَّاتِينَ وَ الْبَيْضَةِ بِالْبَيْضَتِينَ لَا بِأَسْ مَا لَمْ يَكُنْ كِيلًا أَوْ وَزْنًا وَ قَوْلُهُ (ع) فِي رِوَايَةِ وَلِيِّ بْنِ صَبِيحٍ الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَ الْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ الْفَضْلُ بَيْنَهُمَا هُوَ الرَّبَا الْمُنْكَرُ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْأَخْبَارِ الْكَثِيرَةِ الْمَطْلُوقَةِ الْخَالِيَةِ عَنِ الْإِسْتِفْصَالِ وَ الْقَاضِيَةِ بِالْحَرَمَةِ فِي جَمِيعِ الْمَعَاوِضَاتِ وَ الْمَبَادِلَاتِ وَ يَدُلُّ عَلَى حَرَمَتِهِ فِي خُصُوصِ الْقَرْضِ بَلْ وَ مَطْلُوقِ الْمَعَاوِضَةِ مَا رَوَاهُ خَالِدُ بْنُ الْحَجَّاجِ قَالَ سَأَلْتَهُ (ع) عَنِ رَجُلٍ كَانَتْ لِي عَلَيْهِ مِائَةُ دَرَاهِمٍ عَدَدًا فَقَضَاهَا مِائَةُ دَرَاهِمٍ وَزَنَا قَالَ (ع) لَا- بِأَسْ مَا لَمْ تَشَارِطْ قَالَ وَ قَالَ جَاءَ الرَّبَا مِنْ قَبْلِ الشُّرُوطِ وَ أَمَّا تَفْسُدُ الشُّرُوطُ وَ مِثْلُهُ غَيْرُهُ مِنَ الْأَخْبَارِ الْكَثِيرَةِ الْوَارِدَةِ فِي بَابِ الْقَرْضِ الْقَاضِيَةِ بِحَرَمِهِ الزَّيَادَةِ إِذَا كَانَ اخْتِذَ الزَّيَادَةَ فِيهِ بِالْمِشَارِطَةِ

المقام الثاني الظاهر من جملة من الزوايات حرمة في مقام الإيفاء عمًا في الذمه كما إذا كانت ذمته مشغولة بدينار فوفاه بدينارين بحيث جعلهما بدلًا عنه و ليسم هذا

بالمعاوضه الطّاريه فمنها روايه ابن سنان قال قلت لابي عبد الله (ع) الرّجل يكون لى عليه الدرّاهم فيعطيني المكحله فقال الفضّه
 بالفضّه و ما كان من كحل فهو دين عليه حتّى يرده عليك يوم القيمه و المراد من المكحله فيها ما فيه الكحل و هو احد ما جاء
 بالضمّ من الادوات كأنّ السائل اراد أنّه يعطينى المكحله مع ما فيها من بقيه الكحل التّى لا قيمه لها بوزن دراهمى و قوله (ع) و
 ما كان من كحل اى من وزنه من الفضّه و منها ما ورد عن ابن عباس فى سبب نزول قوله تع و حرّم الرّبا أنّه كان الرّجل يقول
 لديّانه زدنى فى الأجل ازيدك فى الدّين فنزلت الآيه و ممّا يمكن التمسك به للتّحريم فى المقامين روايه هشام بن سالم فى
 الحسن عن ابي عبد الله (ع) قال أنّما حرّم الله جلّ و عزّ الرّبا كيلا يمتنع النّاس من اصطناع المعروف و روايه سماعه المرويّه فى
 كافى قال قلت لابي عبد الله (ع) أنّى رايت الله عزّ و جلّ قد ذكر الرّبا فى غير آيه و كرّره فقال او تدرى لم ذاك قلت لا قال
 كيلا- يمتنع النّاس من اصطناع المعروف و فى يب كبره مكان كرّره و بالجمله لا- ينبغى الاشكال فى عموم حرمة الرّبا فى
 المعاوضات و الايفات لمكان الاطلاقات التّى ليس انصرافها الى خصوص البيع لو سلّم الّا انصرافا بدويّا لا يعتدّ به مع كونه ناشئا
 من الاستعمال خصوصا بعد فهم المشهور و خصوصا بعد ما ورد فى الاخبار الكثيره من أنّ الرّبا أنّما جاء من قبل الشّروط

المقام الثّالث المشهور و هو المنصور حرمة الرّبا فى مطلق التّعزيمات كما اذا ائلف على احد مثقالا من ذهب خالص بالمثقال
 الصّيرفى فتعدّ التبر و لم يتمكّن الّا من دينار يساوى التبر قيمه لا وزنا فيغرم له الدّينار من غير ملاحظه الوزن و المحكىّ عن ابن
 ادريس جوازه و الظّاهر لمن راجع عبارته المحكيه أنّه لا- يعدّ مخالفا للمقام فإنّ انكاره مبنى على انكار اصل عموم حرمة الرّبا
 لغير البيع بحيث يظهر منه الاعتراف بجريان الرّبا فى المقام بناء على عدم الاختصاص بالبيع و على اىّ حال فغايه ما يمكن ان
 يقال للجواز هو منع اطلاق فى الادله بحيث يشملها ضروره أنّه لا مشارطه و لا معاوضه فيها بل الظّاهر خروجها عنها لانّ الادله
 ليست الّا نواهى عن الرّبا و من اليّن أنّ التّهى أنّما يكون عن الافعال الاختياريه لغير الواجبه على المكلّفين و التّبادل بالزياده فى
 باب الغرامات ليس من فعل المكلّف و أنّما هو من فعله تعالى ضروره أنّه قد حكم بمقتضى ما دلّ على الضّمان باشتغال ذمّته بما
 يساوى التّالف فى المائيه و دليل الضّمان يشمل ما كان اكثر منه

فى الوزن او اقل فالغرامه على فرض كونها نوعا من المعاوضه معاوضه قهريه قد حكم بها الشارع و ليست من مقوله فعل المكلف و ما يصدر منه فى الخارج ليس ألما اداء لما اشتغلت ذمته به بحكم هذه المعاوضه القهريه و ليست من المعاوضه الاختياريه فى شىء فلا دخل لما دل على حرمه الربا الذى هو بمعنى الارتباء الحاصل بفعل المتعاملين بها و لا يدل على جريانه فى المقام أيضا ما سمعته من روايتى ابن سنان و ابن عباس لورودهما فى الزيادة و التقيصه بعد استقرار الدين و تعيينه و الكلام فى المقام أنما هو فى اصل الدين المستقر فى الذمه او المال الذى امر بادائه و كذا لا يدل على جريانه فى المقام ما ورد فى الآيات و الروايات من النهى عن اكل الربا الظاهره فى إرادته المال لا-الفعل لما فيها من الاجمال و الاهمال المبيد لها عن الاستدلال و من الواضح جدا ان ليس المراد من الربا فيها مطلق الزيادة التى هى المعنى الاصلى لقيام الضروره على خلافه و لا معنى لحملها على العموم و التزام خروج الزوائد الجائزه الاكل بالدليل فان ذلك تخصيص و تقييد مستهجن الى الغايه فليس المراد ألما زياده خاصه قطعا و كون المقام منها يحتاج الى دليل بل يمكن ان يقال ان الظاهر منها بقريته طائفه اخرى من الاخبار إرادته خصوص المال الماخوذ زياده فى البيع و القرض و الى بعض ما عرفت اشار العلامة طاب ثراه فى محكي التذكره فى مسئله ما اذا اشترى ربويا بجنسه فظهر فى احدهما عيب بعد ما نفى البأس عن اخذ الارش خلافا للمشهور و حكاه عن بعض الشافعيه بل عن جامع الشرائع حكايه هذا الوجه عن بعض من تقدم على العلامة من اصحابنا بان المماثله فى مال الربا أنما تعتبر فى ابتداء العقد و قد حصلت و الارش حق ثابت بعد ذلك فلا يقدر فى العقد السابق و دعوى ان الارش لفوات مقابله من المبيع واضحه المنع ضروره اقتضاءها انفساخ العقد بالنسبه الى ذلك و أنه يستحق خصوص الثمن و ان نمائه له الى غير ذلك مما لا يمكن الالتزام به و محصل كلامه ان وصف الصحه لم يقابل بشىء من الثمن بل هو امر التزمه البائع و ضمنه بغير مقابله بشىء كغيره من صفات المبيع المشترط فيه ألما ان الشارع جوز للمشتري مع ظهور فقده اخذ ما هو كالبديل له و هذه معاوضه قهريه و غرامه حكم بها الشارع عند اختيار المشتري للتغريم و الحاصل ان المدعى عدم وجود دليل واضح يكون صالحا لتخصيص ادله الغرامات بعد عدم شمول ادله حرمه الربا لها و لو شككنا فى شمولها لها يحكم بعدمه لاصاله عدم

التخصيص و لو سلم عمومها للغرامات و دلالتها على حرمه كل زيادة مأخوذه في معاوضه او غرامه و سواء كانت مساويه للحق في المائيه او زائده او ناقصه عارضها ما دل على الضمان و على لزوم تدارك ما فات من مال المالك بمقداره و مماثله و ما يساويه في المائيه و الصيفه سواء كان من الربويات او من غيرها و لزم الحكم بتساقطهما او الرجوع الى المرجحات و الترجيح لادله الغرامات فاننا لو قدمنا ادله الربا و عملنا بها في مورد التعارض لكان اللزام عدم الحكم بضمن الغاصب لشيء اصلا لو تعذر المثل في المثلى في موارد منها الذهب و الفضة مط فانه لو تعذر مثلها بعد التلف يضمنان كغيرهما من المثليات بقيمتها من نقد البلد ثم ان اختلف المضمون و التقدر جنسا او اتفقا و تساويا في الوزن و القيمة فلا كلام و ان اتفقا جنسا و قيمه و اختلفا وزنا لزم سقوط الضمان رأسا لا لزوم التقويم بنقد اخر من غير الجنس حذرا من الربا كما عليه الاكثر و ذلك لان ما دل على اصل الضمان و على كون المضمون مماثلا للتالف و المدفوع مماثلا للمضمون امر واحد و هو دليل اليد و رفع اليد عن المماثله المستفاده منه يوجب رفع اليد عن اصل الضمان لامتناع تفكيكهما لكونهما مستفادين من جملة واحده و هو قوله (ص) على اليد ما اخذت حتى تؤدى و هذا ضرورى البطلان بخلاف ما لو قدمنا دليل الضمان و جوزنا تقويم الذهب و الفضة التالفين بجنسهما و ان اختلف التقدر و المضمون وزنا كما عن السرائر و كيف كان فالعمده ما قدمناه من منع شمول ادله حرمه الربا لباب الغرامات و الحكم فيها هو ما دل على الضمان بالمثل او القيمة و لبعض ما ذكرناه تأمل في الجواهر في شمول حرمه الربا للغرامات و سبقه الى ذلك محكي الكفايه و هذه غايه ما يمكن ان يكون دليلا للجواز و لكن الصواب الذي لا محيص عنه و يقتضيه دقيق النظر وفاقا للاكثر بل لعامه من تقدم و تاخر هو جريان الحرمه في المقام و حكومه ادلتها على ادله الغرامات أيضا و ذلك للاخذ بظواهر الاطلاقات التاميه عن الربا و عن اكله فان الربا في اللغه كما نصوا عليه بمعنى الزيادة و الظاهر من الزيادة هو الزيادة على ما اخذ في مقابله لا مطلق الزيادة و ان لم يكن في مقابله شيء لانها من الامور الاضافيه كالفوقيه و التحتيه و الابوه و النبوه و ينبغي ان يؤخذ باطلاقه و يقتصر في التقييد على ما قام عليه دليل من نص او اجماع و قد ثبت ذلك بما اذا كان المتقابلان متجانسين مكيلين او موزونين و انه لا ربا بين الوالد و الولد و بين الزوج و الزوجه و بين المسلم و الحربى و لا دليل على التقييد في المقام و لذا حكى عن المحقق الأردبيلي ره في آياته

انّ ظاهر الآيه خاليه عن الشرائط فبعد ثبوت معنى الرّبا فكلّ دليل يصلح لتقييدها نقيّد به و الّا فلاه و كثره التّخصيص فى العمومات لا يقدر فيها الّا اذا بلغ الى الاستهجان فما ظنّك بالمطلقات و قد حقّق فى محلّه انّ تقييدها جائز و ان بقيت منها افراد قليله و لا استهجان فى ذلك بوجه و يشهد لما ذكرنا اقتران قوله عزّ اسمه و حرّم الرّبا بقوله احلّ الله البيع المحمول على العموم و على إرادته معناه اللّغوى و هل يلتزم احد بانّ المراد من الآيه بيع خاصّ لكثيره ما ورد عليه من التّقييد باعتبار الشّرائط الكثيره الثّابته فى الشّريعه من حيث المتعاقدين و العوضين او انّ اللّام فيه للعهد او أنّه منصرف الى كذا و يشهد أيضا ما عن الاكثر من تفسير الآيه بالزياده فى مطلق المعاوضات و استدلالهم بها فيها حتّى انّ الظاهر من الأردبيلى قدّس سرّه شمول الآيه للهبه المعوّضه مع أنّها لا معاوضه فيها فى الحقيقه فلو لا اخذهم بإطلاقه اللّغوى لما كان للتعميم وجه بل يظهر من جماعه كالمحقّق و الشّهيدين حيث استدّلوا بعموم حرمة الرّبا فى المعاوضات على حرمة فى الغرامات على نحو الاستدلال بالكلّى على احد جزئياته انّ كلمه المعاوضه عندهم فى باب الرّبا يعمّ الغرامه ثمّ انّ ما ذكرنا يجرى فى جميع التّواهي الوارده فى الرّبا المراد به المال الزّائد و امّا ما اريد به الارتباء او احتمال فيه ذلك فلا يتمّ الّا على بعض الوجوه الآتية بل يمكن اجراء ما ذكرنا فى مثل قولهم (ع) لا يصلح الّا مثلا بمثل بإرادته مطلق البدئيه و العوضيه و لكن لا يخلو عن نظر لما فيه من الانصراف الى المبادله فان قيل انّ قوله (ع) انّما جاء الرّبا من قبل الشّروط يكون دليلا على التّقييد كغيره من المقيدّات فتخصّص بالمشارطات و لا يعمّ الغرامات قيل الظاهر لمن لاحظ الحصر أنّه اضافى كما يشهد عليه صدر الزّوايات التى وردت هذه الجملة فيها فانّ الظاهر منها انّ تحقّق الرّبا فى مفروض السّؤال انّما هو من قبل الشّروط و حذف المتعلّق انّما يفيد العموم حيث لا عهد و لا انصراف و يدلّ على ذلك انّ الشّروط عباره عن الالتزام و الالتزام فى العقد كما هو منصرف لفظ الشّروط و هذا لا يلائم الحصر الحقيقى ضروره انّ الرّبا فى البيع و الصّيلح يجىء من نفس العقد لا من الشّروط اذا كان تفاضل بين العوضين الرّبويين فليس الحصر الّا اضافيا على انّ هذه الجملة غير معمول بها فى موردها ضروره أنّه لو دفع درهمين بدل درهم واحد وفاء للدين و لو من غير شرط فى عقد القرض يكون من الرّبا عندهم و من المقرّر انّ العامّ الّذى خرج مورده عن عمومه لا يعمل به اصلا بل هو محكوم بالاجمال فت و ان ابنت عن تماميه

الاطلاقات اما بدعوى ان حمل الربا على معناه اللغوى يوجب التقييد المستهجن لمنع ما تقدم من ظهوره فى الزيادة التى تكون فى مقابلها شىء و لو سلم فلها افراد كثيرة أيضا كالزيادة فى الاكل و فى السير و فى النوم و فى الكلام الى غير ذلك مما لا يحصى فبقريته كثره ما يرد عليه من التقييدات ح يعلم ان المراد به زياده خاصه كانت معهوده فى زمان نزول الآيه و اما بدعوى انصرافه إليها بالخصوص نظير ما تداول فى زماننا من قولهم فلان يأكل الرّيح و فلان يأكل الرّبا حيث يريدون به خصوص ما يتغونه فى الديون و المبيعات الشرطيّه فالمراد زياده خاصه كانت معهوده فى زمان نزول الآيه كما يظهر ممّا ذكره من سبب نزول آيات الرّبا بل و من قوله تع يَمْحَقُ اللَّهُ الرّبا وَيُزْبِي الصّدقاتِ حيث انّ الظاهر بقريته المقابله ان ليس المراد مطلق الزيادة بل زياده خاصه و يؤول ما يدعى اطلاقه الى المجلد المرّد بين الاقلّ و الاكثر و لا يصحّ رفع اليد بسببه عمّا دلّ على عموم الضمان بالمثل او على خصوص ضمان المثلى فلنا مسلك اخر فى شمول ادله الحرمة للغرامات و هو انّ المستفاد منها كون الوجه فى التحريم و النهى عن بيع الزائد بالتاقص ليس الا دفع الزائد بدلا عن التاقص بل وقوعه بدلا عنه و ان لم يكن عن اختيار فالوجه هو دعوى استظهار المناط القطعى و ان ادله التحريم و لو فى المعاوضات و النهى عنه بالنهى الشديد و التحريم الاكيد تنادى باعلى صوتها بانّ اخذ الزائد فى الرّبويات و ان لم يكن عن عقد و التزام مبغوض شرعا الى الغايه و قبيح عنده الى التّهايه فانّ مجرد الالتزام المعاملى بشىء كيف يتّصف بالقبح ما لم يكن نفس الشىء قبيحا و يتّضح هذا بالنظر الى كافه الاوامر و التّواهى التوضيئيه و الالتفات الى انّ الدّاعى فى تحريم الالتزام هو قبح الملتزم و كما انّ الامر المقدمى يدلّ على وجوب ذى المقدمه بالالتزام و النهى المقدمى يدلّ على حرمة ذى المقدمه كذلك فكذلك الأمر بداعى كذا و النهى بداعى كذا يدلان بالالتزام على محبوبته الدّاعى و مبغوضيه و كما انه يستفاد من جمله من التّواهى المتعلقه بالمحرّمات كون المتعلّق مبغوضا و لا يرضى الشّارع بتحقيقه فى الخارج مثل النهى المتعلّق بالرّبا و السرقة حيث يستفاد انّ الشّارع لا يرضى و ان صدر عن غير المكلف او عن الغافل و لذا يجب على الولي بل على عامه الناس منع الصبيّ و المجنون و غير الملتفت عنهما فكذلك يستفاد من ادله حرمة الرّبا كقول الصادق عليه السّلام درهم ربا اشدّ عند الله من سبعين زنيه كلّها بذات محرّم مبغوضيته مط بل لعلّ فى تشبيه الرّبا بالرّبا دلالة واضحه على ذلك و يزيدك وضوحا انّ الالتزام فى المعاملات

فى جميع مواردہ لم يتعلق به نهى من الشارع ألما من جهه ما يترتب عليه من الملتزم و الحاصل انّ المستفاد من الادله انّ اخذ الزائد بدلا عن الناقص فيما يكال او يوزن بشرائط حرمة الزبا لَمَا كان محظورا عند الشارع و مبغوضا عنده نهى عن الالتزام به لانّ الالتزام اوجب قبحا فيه بحيث لو لاه لما كان قبحا فقبح الالتزام انما ينشأ من قبح الملتزم و استفاده هذا الامر فى كمال الظهور و يدلّ على ما ذكرنا أيضا انّ تحريم الشارع اعطاء الزائد بدلا عن الناقص يدلّ على عدم الزامه تع المكلف عليه فانه اذا حرّم عليه الالتزام به فكيف يلزمه بذلك و الضمان و الغرامه نوع معاوضه قهريّه شرعيّه ثمّ انه قد ورد فى عدّه من الاخبار الحكم بحرمة اخذ الزائد فى الربويات من غير تقييد بكونه عن التزام و مشارطه مثل ما رواه فى يب فى الصّحيح عن ابى عبد الله (ع) و سئل عن الرّجل يشتري الحنطه فلا يجد عند صاحبها الا شعيرا ا يصلح له ان يأخذ اثنين بواحد قال لا انما اصلهما واحد و ما رواه عن هشام بن سالم عنه أيضا قال سئل عن الرّجل يبيع الرّجل الطّعام الاكرار فلا يكون عنده ما يتمّ له ما باعه فيقول له خذ منى مكان كلّ قفيز حنطه قفيزين من شعير حتى تستوفى ما نقص من الكيل قال لا يصلح لانّ اصل الشعير من الحنطه و لكن يردّ عليه من الدرّاهم بحساب ما نقص من الكيل و ما ورد فى ذمّ الزائد و المستزيد مثل ما رواه فى الصّحيح عنه (ع) الفضة بالفضه مثلا بمثل ليس فيه زياده و لا نقصان الزائد و المستزيد فى النار الى غير ذلك من التّصوص المعتمده الداله على انّ نفس اعطاء الزائد بدلا حرام فى الشّريعه فالمتحصّل من دقيق التّظر فى الآيات و الاخبار السّياقه و من ظواهر الاخبار اللّماحقه المنع عن مبادله الزائد بالناقص و عدم وقوعه بدلا عنه فيحرم فى المثلى الذى تعذر مثله فى الجنس و الوصف و الوزن و القيمه و لم يوجد الا ما يخالفه وزنا لا- قيمه و جنسا او ما يخالفه فى الجوده و الرّداءه او فى الصّحه و العيب لا ما يخالفه من حيث الامتراج اعطاء المخالف فى الوزن و يحرم اعطاء ارش النقص مع المجانس الردىّ و المعيب حذرا من الزبا و يجب دفع قيمته من غير جنسه تاما او من جنسه و غير جنسه بحيث يكون مجانسه اقلّ منه وزنا من غير فرق بين جعل الناقص بدلا عمّا فى ذمّته من المماثل او بدلا عن التالف ثمّ انه كما ظهر عموم حرمة الزبا للغرامات و عدم اختصاصها بالمعاوضات و الالتزامات ظهر أيضا انّ المنافى لعموم حرمة الزبا فى الغرامات هو الحكم بضمّان التالف بقيمته من جنسه لا الحكم باصل الضمان لانّ ادله الزبا لا تدلّ على نفى الضمان رأسا و انما

تدلّ على نفي الضمان بالمجانس المذكور و توهم أنّ دليل اصل الضمان و كونه بالمماثل واحد و اذا ذهب القيد بحكم ادلّه الرّبا ذهب المقيّد لكونهما مستفادين من جملة واحده و هي حديث على اليد مدفوع بما مرّ عليك فيما تقدّم من عدم دلالة الرّوايه و غيرها من ادلّه الضمان المّا على اصل الضمان و يشمل النبوى بعمومه صوره بقاء العين و تلفها و اما اعتبار المماثله فى صوره التّلف فهو امر استفدناه من الخارج و هو حكم العقل بذلك فانا لّمّا رأينا أنّ الشّارع لم يبيّن فى شىء من ادلّه الضمان على كثرتها ما يعيّن المضمون به عرفنا أنّه احال هذا الامر الى العرف فكّلما صدق مع التّلف أنّه اداء للعين عرفا و به يخرج عن عهدتها كان متعلّقا للضمان و هو يختلف باختلاف الموارد ففي بعضها صدق الاداء برّد المثل و فى بعضها برّد قيمه و بعد ثبوت عموم الرّبا عرفنا أنّ الشّارع منع فى الربويّات عن دفع المماثل و يكون المسأله نظير مسأله غصب الخمر من الذمى المستتر فانّ الشّارع لّمّا حكم باحترامها و حكم أيضا بعدم استقرار الخمر فى ذمّه المسلم او فى الذمّه مط و لو كان الغاصب مستحلّا له كان الحكم ضمانها بالقيمه لأنّ المثل متعذّر بحكم الشّارع و التعذّر الشرعى كالعقل فى المقام لا مناص عن ضمان القيمه عملا- بحديث على اليد ما اخذت و غيره من ادلّه الضمان بضميمه حكم العقل و العرف لا- المثل التّاقص او المثل المساوى المعيب مع ارش العيب و لا- مثل الخمر مع كونها مثليه ثمّه نعم فرق بين المقام و ضمان الخمر للذمى بأنّ مقتضى الجمع بين الادلّه فى الاوّل هو ثبوت اشتغال ذمّه الضامن بالمماثل الّا أنّه لّمّا تعذّر شرعا للزومه الرّبا و جب اداء قيمته من غير جنسه كغيره من المثليات التّى تعذّر مثلها و عدم اشتغال الذمّه بالمثل اصلا فى الثّانى و اشتغالها بالقيمه من أوّل الامر لامتناع اشتغال ذمّه المسلم او مط قضاء لحقّ ادلتها ثمّ أنّ الظاهر لمن راجع كلمات الاصحاب أنّ كلّ من قال بجريان الرّبا فى مطلق المعاوضات فهو قائل بجريانه فى الغرامات بل الظاهر من بعضهم اندراج الغرامات فيها موضوعا فترتهم فى مسأله تلف الذهب و الفضه كانتا مضمومتين أم لا يذكرون أنّه لو تعذّر المثل بعد التّلف يضمنان كغيرهما من المثليات بقيمتها من نقد البلد و لو اتّفق المضمون و التّقدنسا و قيمه و اختلفا وزنا يقرّمان بنقد اخر من غير جنسهما حذرا عن الرّبا و كذا فى مسأله ما لو كان التّالف مشتملا على صنعه محلّله لها قيمه و يفرّعون الحكم بعدم وقوع الرّبا بعمومه لعامّه المعاوضات و ذلك ظاهر لمن راجع كلمات الاساطين كالشّيخ و المحقّق و ابن ادريس و

غيرهم فى الغصب و تريهم ينسجون على هذا المنوال فى سائر الابواب فى فروع كثيره ممّا ليست بمعاوضه اختياريه فمنها ما يظهر منهم فى البحث عن المنجزات التبرعيه للمريض على القول بانها من الثلث عند الكلام فى مسئله ما لو باع كذا من طعام قيمته سنه دنانير بكر قيمته ثلاثه دنانير من انه ليس للورثه استرجاع السدس لاستلزامه الربا ففى الشرائع فى كتاب الوصيه الثالثه اذا باع كذا من طعام قيمته سنه دنانير و ليس له سواه بكر ردى قيمته ثلاثه دنانير فالمحابه هنا بنصف تركته فيمضى فى قدر الثلث و لو ردنا السدس على الورثه لكان ربا و الوجه فى تصحيحه ان يرد على الورثه ثلث كرههم و يرد على المشتري ثلث كرهه فيبقى مع الورثه ثلث كره قيمته ديناران و مع المشتري ثلثا كره قيمتهما اربعه دنانير فينفصل معه ديناران و هى قدر الثلث من السنه ه و عن المسالك انه قال فان كانا ربويين لم يمكن الحكم بصحة البيع فيما قابل الثمن خاصه من المبيع و فى مقدار الثلث بعد ذلك و البطلان فى الزائد للزوم الربا لانه على تقدير كون العوض الواصل الى المريض يساوى نصف قيمه ما باعه مقابل نصفه مجموع العوض فلا تبرع فيه فلو صححنا من النصف الاخر مقدار الثلث و ارتجعنا الباقي و هو السدس لزم الربا لانه يكون قد صح البيع فى خمس اسداس كره بكره و يظهر من العلمامه فى القواعد و الارشاد و من غيره تسالمهم على عدم الحكم باسترجاع السدس لاستلزامه الربا و فى الجواهر لم اجد خلافا فى ذلك و الحكم صحه البيع فى ثلثي المبيع بثلثي الثمن و منها ما ذكره بعضهم فى مسئله ما لو اشترى المفلس زيتا فخلطه باجود منه من انه يبطل حق البائع من العين و يضرب بالقيمه و عن الشيخ بعد اختياره لهذا القول حكاية قول اخر و هو ان يدفع الى البائع من عين الزيت بنسبه قيمه ما يخصه ثم غلظه باستلزام الربا و ستسمع ما عن لك ان تغليظه اتمما يتم على القول بثبوت الربا فى كل معاوضه و منها ما يظهر منهم فى باب الصيرف فى مسئله ما لو باع درهما بدرهم فوجد فى احدهما عيب كخشونه الجوهر و اضطراب السكه من انه يتخير بين الرد و الامسك و ليس له المطالبه بالارش و يظهر من بعضهم عدم الخلاف فى ذلك فحكمهم فى هذه المسائل و امثالها فرارا عن الربا يعطى عموم حرمة عندهم للغرامات ضروره انه ليس فى شىء منها لو قلنا بما وجب التفاضل معاوضه اختياريه فانها ح تكون قهريه ثابتة بحكم الشارع ببطلان البيع فى السدس فى المسأله الاولى و بعدم استحقاق البائع للزيت من المفلس لما يزيد على مقدار ماله فى المائيه فى الثانيه و بلزوم اعطاء

الارش الذى هو غرامه لا- جزء عوض فى الثالثه و بالجمله تعميم الرّبا للمعاوضات قاض عندهم بتعميمه الغرامات فان تمّ هذا اجماعا مرّكبا منهم فهو و الظاهر لمن راجع كلماتهم أنّه كذلك لعدم الاعتداد بمخالفه من عادته المناقشه و الّا فليكن مؤيدا او مقويا لما قويناه من عموم الحرمة للمعاوضه هذا تمام الكلام فى عموم ادلّه حرمة الرّبا و اما حكومتها على ادلّه الغرامات فهى على حدو حكومه غيرها من ادلّه المحرّمات على ادلّه المعاملات ضروره أنّها من العناوين الاوليه التى لا تقاوم العناوين الثانويه لأنّها تكون ناظره إليها و شارحه عنها و هذا هو المراد من الحكومه و يرشدك إليها فى المقام أنّه لو لا- ادلّه المعاوضات و الغرامات لما كان لتشريع حرمة الرّبا و تأسيسها فائده و لا يعتبر فى الحكومه تأخر الحاكم عن المحكوم و ما يعدّ عند العرف شارحا و ميّنا لآخر لا يعدّ عندهم معارضا له و منافيا اياه فيكون تقدّم الحاكم عليه فى نظر العرف تقدّما ذاتيا لا لمكان الترجيح على أنّ ادلّه حرمة الرّبا اخصّ مط من جميع ادلّه المعاملات و ان كانت اذا قيست مع آحادها كانت التّسبه عموما من وجه نظير قوله تعالى **مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ** و نظير حديث نفي الضرر

الامر الثانى قد يستشكل فيما ذكرناه تبعا للقوم من جريان حرمة الرّبا فى كافه المعاوضات و الغرامات بانّ هذا مناف لما ذكره فى باب القسمه من أنّه يقسم المكيل و الموزون كيلا و وزنا متساويا و متفاضلا ربويا كان او لا فلو كان لاحدهما رطل من دهن جيّد يساوى درهما و لصاحبه رطل يساوى نصف درهم فاختلطا اختيارا او قهرا يشتركان بحسب المائيه و يقتسمان بحسبها فيكون لصاحب الجيّد ثلثا المجموع و لصاحب الردىّ الثلث فى الشرائع فى باب الرّبا القسمه تمييز احد الحقيين و ليست يباع فتصحّ فيما فيه الرّبا و لو اخذ احدهما الفضل و عن عد و القسمه ليست يباع فيجوز فيما ثبت فيه الرّبا و ان تفاضلا و عن ط و كره و ير و نهايه الاحكام و غيرها أيضا ما يظهر منه حصول الشّركه بالمزج بحسب المائيه و لزوم القسمه بحسبها و ان تفاضلا بحسب الوزن و وجه التّنافى أنّ القسمه مشتمله على معاوضه و مبادله بين الشريكين لا- محاله لانّ حقّ كلّ منهما منبعث على سبيل الاشاعه فى تمام العين فكلّ جزء يفرض هو لهما معا فاذا اقتسما يرفع كلّ يده عن حقه الموجود فى حصّه شريكه بدلا عمّا فى يده من حصّته و هذه معاوضه محضه الّا أنّها ليست ببيع و لذا يخصّون البيع بالنّفى فى قولهم القسمه تمييز حقّ لا بيع و كأنه الى هذا اشار فى الرّوضه ردّا على العامّه القائلين بأنّها بيع

بأن اشتراك كل جزء يفرض قبلها بينهما و اختصاص كل واحد بجزء معين و ازاله ملك الاخر عنه بعدها بعوض مقدّر بالتراضي ليس على حد البيع حيث يظهر من هذه العبارة التزامه باصل المعاوضه و أنه منكر لخصوص كونها بيعا و الاقتسام متفاضلا فى الربويات ينافى ما سبق من عموم حرمه الربا و قد يجاب بمنع كون القسمة معاوضه بدعوى ان المراد من اشاعه الشركه دوران حق الشريك بين مصاديقه فكل مالك للنصف الكلى المنطبق على كل نصف يفرض نحو ملك كلى الصاع فى الصبره و ملك الشاه فى اربعين شاه و ملك المائه فى الثلث بالوصيه فكل نصف يفرض فى الخارج مشاعا او مفروزا فهو قابل لان يكون ملكا له لكونه مصداقا لنصفه نظير الدرهم الخارجيه القابله لان تكون مصداقا للدرهم الكلى الذى هو دين عليك فكما يتشخص الكلى فى الذمه فى الفرد الخارجى و يحكم عليه بأنه هو و بأنه غيره فكذلك فى النصف المشاع الذى هو كلى خارجى و اذا عين فى ضمن فرد خاص من النصف يكون هو حقه و ملكه لا أنه عوض عنه و اذا كان امر الملك فى الشركه بهذه المثابه لا يكون فى قسمه المال المشترك كيف كانت معاوضه و لا غرامه فلا ربا و قد مرّ عليك فى مسئله بيع بعض من جمله متساويه الاجزاء عدم تماميه هذا الكلام مفضيلا و الصواب ان يقال ان حقيقه القسمة لغه و عرفا هى عباره عن تمييز الحق و تفريق الشىء عن الشىء و افرازه منه كما نصّ عليه الجميع و عزّفوها بأنها افراز حق او تعيين حق و صرح جمع بأن كلاً من المتشاركين يأخذ عن حقه بعدها كالشهيد فى المسالك و غيره و نصّ آخرون بأنها ليست بيعا و لا معاوضه اخرى و بالجمله ليس فيها شىء من المبادله و المعاوضه و النقل و الانتقال بل كل يأخذ عين حقه بها و هذا المعنى قد ينكر فى بادى النظر نظرا الى ما عرفت فى تقرير الاشكال و لكن الوجه فيما ذكره من أنها ليست معاوضه هو ان مجرد انتقال مال من احد الى غيره ليس معنى المعاوضه فانها تحتاج فى تحققها الى قصد إنشاء النقل و الانتقال من الطرفين فان نقل احد العوضين بإزاء العوض الاخر و فى مقابله شرط فيها و لا يتحقق ذلك من احد الشريكين عند القسمة ضروره عدم لحاظ ذلك عندها فانها لا يقصدان الا تعيين حقهما و تمييز مالهما من المال فى المجموع بادعاء ان الحصة المفروزه لكل منهما عين حقه و

توضيح ذلك ان من الظاهر ان العرف يجعلون من عند انفسهم الحصة المشاعه فى المال المنبئه فى اجزائه معينه فى ضمن حصه معينه تعيينا جعليا

نظير تعيينهم لما في الذمم في ضمن فرد خاص و حكمهم عليه بأنه ملك الدّارين مع أنّه مغاير للكلى الثّابت في الذّمّه و نحو ما اذا اختلط مدّ من حنطه بمدّ من شعير ففرّقوا احدهما عن الاخر و يقولون قد فرّقنا بينهما فكأنّهم يفرضون الحصّه المشاعه كالحنطه المذكوره و تعيينها بمنزله التقاط حباتها من بين الشعير و افرازها على سبيل الاستقلال و نحو تعيين الكلى الخارجى الذى تقدّم ذكره فى الجواب السّابق فى ضمن بعض مصاديقه بجعل منهم فلا مبادله فى نظرهم و لا شمت من رائحتها اصلا كما لا مبادله فى اصل خلط المالىين فكما أنّهم يحكمون عند خلط الزيت الجيّد بالردى ء و الحنطه الجيّد بالردى مع وجود اعيان ملك كلّ بين المجموع بأنّهما متشاركان بحسب المائيه على سبيل الاشاعه من غير ان يكون بين المتشاركين مبادله و معاوضه فكذلك يحكمون فى مقام التّقسيم أنّ بالقسمه يتميّز حقّ كلّ من حقّ صاحبه و ليس لها عند العرف معنى غير هذا و الشّارع بحكم ما دلّ على جواز القسمه قد امضى ما عند العرف بل كلّ ما دلّ على جواز القسمه يدلّ على هذا المعنى ضروره أنّه ليس للشّارع فيها حقيقه شرعيّه و لا متشرعيّه على حدو غيرها من سائر عناوين المعاملات كالبيع و الصّيلح و الاجاره و الهبه و القبض و الشّركه و الغصب و الاقرار و غيرها فكما أنّه ليس له اصطلاح جديد فيها فكذلك فى القسمه و هذا هو السرّ فى قول الجميع أنّ القسمه افراز حقّ لا- بيع و السرّ فيما ذكره فى الرّوضه فى باب الرّبا من أنّه لا ربا فى القسمه لأنّها ليست بيعا و لا معاوضه بل هى تمييز الحقّ عن غيره و وافقه فى هذا التّعبير صاحب الجواهر و بتنصيب الرّوضه كما عرفت يظهر الجواب عن العبارة الموهمه خلاف ذلك المتقدّمه فى تقرير الاشكال و بالجملة أنّ التأمّل فى طريقه العرف و الشّركاء يرشد الى خلوّ القسمه عن المعاوضه رأسا اختياريّّه و قهريّه و أنّما هى عبارة عن جعل الحصّه المشاعه كالتّصف مثلا معيّنه فى ضمن الحصّه المفروزه و التّصف المفروز ادّعاء كالاستعاره على مذهب السّيكاكى من غير تخيل مبادله كما أنّ الملك المفروز المعين ينقلب مشاعا عندهم بمجرد المزج الموجب لرفع التّمييز و القسمه على العكس من الشّركه المزجيّه بل منشأ القسمه فى الشّركه المزجيّه هو الشّركه الحاصله بسبب المزج فان كان فى القسمه ربا فهو فى الحقيقه فى اصل الشّركه لا فى القسمه و التّحقيق أنّ الشّركه المزجيّه عند العرف أنّما هى جعل مالىين متميّزين مالا واحدا مشاعا بالمزج و ليس فيها شىء من المبادله و يأتىك بيانه و ينبغى التّنبه على مطالب الاوّل أنّه على فرض كون القسمه معاوضه و قد عمّها دليل حرمة الرّبا كان اللّازم أيضا تقديم دليل القسمه على دليل الحرمة لقوّه دليل القسمه و لو

بالعمل و قد نقل جماعه وقوع الاجماع عليه و عن الجواهر الاستدلال على نفى الثقل فى القسمة بالاجماع على عدم دخول الربا فيها و هو كما ترى الثانى ان الربا المتصور فى القسمة قد يكون فى القسمة كما اذا ورثا كرا من حنطه و كزين من شعير او ورثا كرا من حنطه جيده و كزين من حنطه رديه فقسماها برضا منهما بان اخذ احدهما الجيده و الاخر الرديه و هذا هو الذى بحثنا عنه و قد يكون كما سبق إليه الاشارة فى الشركه بالاصاله و فى القسمة بتبعها كما اذا مزجا الجيد بالردى ء فان الربا المفروض فيه ان كان فائما هو فى الشركه لا فى القسمة الثالث ان ما عرفت من نفى الربا فى القسمة انما هو فى غير قسمة الرد و اما فيها فيتصور الربا و يحرم و يجب ان يراعى فيها عدم التفاضل و ذلك كما اذا اشتركا بالمناصفه فى رطلين من حنطه بيضاء فاقتسماهما قسمة رد بان اخذ احدهما رطلا و نصفا و الاخر نصف رطل و دفع إليه الاول رطلان من حنطه حمراء بدلا عما لم يأخذ من حقه فانها ربا محرّم لكون قسمة الرد مشتمله على المعاوضه و ان لم تكن محضه و قد نصّ على ذلك جماعه و لم نظفر على قائل بالجواز

الأمر الثالث فى بيان الشركه المزجيه اعلم ان حدّ الشركه مط عند الاصحاب هو اجتماع حقوق الملاك فى الشىء الواحد على سبيل الاشاعه و قد بينا حقيقه الاشاعه فيما سبق و لا ينبغي الزيب فى سببته الامتزاج الموجب لالتباس مالين متميزين لمالكين الاشتراك و الاشاعه بينهما حكما فى الجملة و قد قضى به الاجماع بل الضروره كما لا ريب فى سببته العقد و الارث لها بالاتفاق و الحيازه على بعض الوجوه و انما الاشكال فى بعض تفاصيل هذه الجملة و لا بدّ من البيان فى ضمن امور الاول قد يتوهم ان مجرد اشتباه مال شخص بمال اخر كما اذا اشتبه درهم بدرهم او عبد بعبد يوجب الشركه و الاشاعه بمعنى خروج عين المالكين عن ملكهما و قيام ماليتهما بالكسر المشاع و يستشهد له بما ورد فى رجل استودع رجلا دينارين و استودعه الاخر دينارا فضاع دينار منها فقال (ع) يعطى صاحب الدينارين دينارا و يقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين بدعوى وروده مورد الشركه و هو كما ترى فى غايه الوهن لمخالفته للاصول و القواعد و العرف الحاكم بحصول الشركه فى خصوص المزج و اما الزوايه فهى على خلاف مراده ادلّ ضروره انها لو كانت ناظره الى الشركه لكان اللّازم الحكم بقسمة الدينارين على التثليث لا التربيع و لذا نزلها عامه الاصحاب على الصّيح القهرى و ذكروها فى باب الصّيح و اعترفوا بمخالفتها للقواعد و ان القاعده فى موردها هى القرعه لا التربيع

فالصواب افتقار حصول الشركة الى المزج الذى هو اخص من الاشتباه و لا تكون الا فيما تعددت المشتبهات و كثرت و امتزجت و اختلطت بحيث لم يتميز بعضها عن بعض فلا يكفى اشتباه صبره بصبره او صيعان متميزه بمثلها او عبد بعبيد و اغنام بمثلها و حبه حنطه باخرى مثلا الثانى المزج قد يكون باختلاط العينين بحيث لا يبقى ذره الا و قد تلاصقت بذره من مال اخر بحيث لو قلنا بوجود الجوهر الفرد لكان كل جزء من اجزاء المالمين التى لا- تتجزى مخلوطا بجزء اخر و هذا المزج و ان لم يكن حقيقيا حقيقه لاستحاله تداخل ال- اجزاء بعضها فى بعض و كل ما يوجد مزج فى الخارج فهو لا محاله عرفى و لكنه اقرب الى المزج الحقيقى و هو يوجب الشىاع جزما على عكس القسمه و السر فى ذلك ان اجزاء مال كل منهما تخرج ح فى حد انفسها عن اهليه المائيه بل الملكيه و الاختصاص ضروره انها بعد المزج بحكم التالف اذ لا معنى لتلف المال الا تلف ماليتها و ذهاب صورته النوعيه فان من الواضح امتناع صيروره الموجود معدوما صرفا بالمزج قد تلف شيان و حصل شىء ثالث مثل زرع الحنطه الذى هو اتلاف لها و تسبب للسنبله و الى هذا ينظر كلام ابن ادريس ره فى باب الغصب من ان مزج العين المغصوبه بعين من الغاصب اتلاف لها و ان انكر عليه كثير ممن تاخر عنه و بالجمله لا ينبغى الريب فى خروج كل من المالمين بالمزج الكذائى عن المائيه و لا تعد اجزائهما امالا كما لا تعد اجزاء الاجسام المملوكه التى لا تتجزى بانفسها امالا بل لا يعد بعض الاجزاء و لو كانت اكبر من الجواهر الفرده امالا- و لا املاكا و لا قابله لحق الاختصاص و لا تكون متعلقه للسبطه و الربط الخاص و التسبه المخصوصه نعم يحصل بسبب مزجها و اختلاطها مائيه ثالثه قائمه بالمجموع و بقيامها به يحكم العرف بكون المجموع مستحقا للمالكين على سبيل الاشاعه بحسب ما اتلفاه من المائيتين اللتين صارتا مادّه للمائيه الثالثه فهى مائيه جديده حصلت لهما بسبب مزجها لماليهما يستحقان منها على حسب نسبتها إليها و ذلك نظير ما اذا اجتمعا على حفر بئر او صرفا دراهم لحفرها فانهما يملكانها على حسب ما بذلاه من المال او العمل لا ان مائيه كل يبقى فى الاجزاء الممزوجه المنبثه فانهما على الفرض ليست امالا لا- بانفسها و لا بمجموعها على ما هى عليه من البث اذ ليست هى الا كالدرات المبوته فى الهواء و لا يتفاوت الحال فيما ذكرنا بين كون المال لشخص واحد او لشخصين فان الاجزاء الموصوفه لا يقبل الملكيه مط و انما المملوك هو المركب منها و من غيرها من الاجزاء الاخر و لا ينافى هذا ما

ذكرناه سابقا من أنّ الحصّة المشاعه عباره عن الاجزاء المنبثّه الملحوظه فى العين و هى مملوكه لأنّ الاجزاء التى جعلناها سابقه مملوكه لم يفرض فى الصّيغر بهذه المثابه فراجع و الغرض فى المقام بيان أنّ المزج المذكور سبب لامرين الاول خروج كلّ من المالين عن المائيه و اجزائهما عن حقّ الاختصاص الثّانى انقلاب ملك كلّ منهما عن الامتياز الى الاشاعه على النحو المتقدّم بحسب ما اتلفاه من المائيه سواء كان المزج اختيارا او اضطرارا منهما او من احدهما و من هنا يعلم وجه الحكم فى المسأله المشار إليها من باب الغصب أنّ مقتضى القاعده كون المالك مختيرا بين تضمين الغاصب بالبدل و اخذه حصّيته من المجتمع عملا بالسّبين و كذا فى مسئله اتلاف البائع المبيع قبل اقباضه يكون المشتري مختيرا بين تضمينه بالتّمن بقاعده كلّ مبيع تلف الخ و قاعده تعذر التّسليم و تضمينه بالقيمه بقاعده من اتلف مال غيره و لا منافات بين ما ذكرناه و ما يترأى فى ظاهر العرف من عدّ المائيه اللّاحقه نفس المائيه السّابقه و أنّها هى من دون طريان التّلف عليها و ذلك لأنّ المائيه الثّالثه هى الثّالفه قامت عن الاجزاء المتفرقه و استقرّت على الحصّة المشاعه و ليست غيرها على عكس ما تقدّم فى القسمه فليلاحظ حالتها و يصحّ ان يقال هى هى كما يصحّ ان يقال أنّها غيرها و ليست هى فمن حيث أنّها فى نظر العرف هى يترتب عليها كلّ ما كان مترتبا عليها من حيث المائيه قبل المزج كحقّ الرّهانه و حقّ الفقراء و السّادات و نحوها و من حيث أنّها غيرها حكم الحلى فى المسأله المذكوره باختيار المالك بين التّضمين و التّشريك ثمّ لو فرض بقاء الاختصاص بل الملكيه لا اشكال أيضا فى عدم تحقّق المعاوضه لأنّ مجرد الملكيه لا تكون كافيه فى تحقّقها بل لا بدّ من المائيه بمعنى ان يكون كلّ من العوضين مالا و ارتفاعها بالمزج غير قابل للتّشكيك و المناقشه و توهم أنّ على فرض بقاء الاختصاص بعد المزج و قبل الشّركه فهو بنفسه يكون مانعا عن الحكم بالشّركه مدفوع بقيام الدّليل عرفا و شرعا عليها و بقاء الاختصاص بل الملكيه مع انتفاء المائيه لا يكون دليلا على حصول المعاوضه هذا كلّه فى المزج الحقيقى العرفى و قد يكون المزج باختلاط المالين بحيث يذهب ماليتهما و يبقى ملكيتهما كخلط مقدار من ارز زيد بارز عمرو او خلط مقدار من حنطتهما فإنّ احاد حبوبهما و ان كانت فى حدّ انفسها قابله للملكيه الّا أنّها خارجه عن المائيه و الظّاهر أنّ الحال فى هذا النحو من المزج عند اهل العرف هى الحال فى سابقه بمعنى حكمهم بانتفاء المائيتين و حدوث مائيه

ثالثه و

قد يكون المزج باختلاطهما على وجه يبقى المائيه و الملكيه كما اذا اختلط دراهم من زيد بدراهم من عمرو فان كل واحد منهما محكوم بالمائيه و الملكيه و لكن مع ذلك لا يبعد ان يكون الحال أيضا في هذا النحو عند العرف هي الحال فيما سبق فانهم يطلقون عليه المزج تسامحا فكان الدّراهم بعد الاختلاط قد ذهبت مائيتها و حصلت مائيه ثلثه بتنزيل من اهل العرف و قد يحصل الاختلاط من دون مزج اصلا فلا يحكمون بمائيه ثلثه كما اذا اشتبهت البيوت و الدّور و العبيد بل يشكل اطلاق الخلط على هذا النحو فانه مجرد التباس و اشتباه و بالجمله لما يستحيل المزج الحقيقي كان الاختلاط اما مجرد اشتباه و اما مزجا عرفيا و له في نظرهم مراتب فبعضها اقرب الى المزج الحقيقي كاختلاط المائين و بعضها يكون دونه كاختلاط الزيتين المائعين و بعضها ما هو دون منه كاختلاط مقدار من الحنطتين الى ان ينتهي الى مرتبه يطلقون عليها المزج تسامحا و من هنا يعلم انه قد يقع الشك في حكم العرف بالمزج و اتّحاد المختلطين و الضابط هو حكم العرف باتّحاد المختلطين و عدمه فما يقطع بحكمهم فيه بذهاب المائيتين و حصول مائيه ثلثه حقيقه او تسامحا فلا محيص عن متابعتهم فانهم المرجع في موضوعات الاحكام فكل حكم ترتب على موضوع المال المشترك يترتب عليه قطعا و ما يقطع بعدم حكمهم فيه بذلك فلا يحكم بالاشتراك و قد يختلف حكم العرف بالنسبه الى شيئين بحسب قلّتهما و كثرتهما كما في اختلاط رطلين من الحنطه فانهم يحكمون بالاتّحاد و حصول مائيه ثلثه او حنطتين حيث لا يحكمون بذلك و يرونه من قبيل اشتباه درهم بدرهم و عبد بعبد و كل ما يشبه فيه الامر و يحصل الشك يرجع الى الاصول و القواعد و يحكم بعدم حصول الشّركه من اصاله عدم الانقلاب و التبدل و اصاله بقاء اجزاء كل مال على ما كان عليه و اصاله عدم انتقال كل مال من مالكة الى غيره و الرجوع الى عمومات القرعه او الصّيلح القهريّ و انت بعد التأمل فيما قدّمناه تعرف سرّ ما اشتهر في السنه الاصحاح و طفحت به عبارتهم في سائر الابواب من انه لا ربا في القسمة و لا في الشّركه المزجيه مع ما هو المشهور بينهم من تعميم حرمة الرّبا لكافه المعاوزات فانّ الوجه في عدم الرّبا في الشّركه هو ما بيناه من عدم حصول التّعاض و التّبادل و مجرد حصول انتقال اجزاء من مال شخص الى صاحبه او بالعكس لا يقتضى المعاوضه بل لا يعقل الحكم بها لانّ معنى المزج المذكور على ما عرفت هو خروج كل جزء من اجزاء مال كل من الشّريكين عن الاتّصال الذي كان له بماله و اتّصاله بجزء من مال الشّريك و اذا خرج كل جزء عن الاتّصال

المذكور خرج عن قابليته تعلق حق اختصاص المالك به من جهة شدّه صغره الحاصل بالمزج فضلا عن الملكيه و المائيه اللتين كانتا له بالنسبه الى الاجزاء المتصله قبل المزج نعم هو مع الجزء الآخر العذى كان لشخص آخر و اتصل به قابلان لتعلق حق الاختصاص بهما بوصف الاجتماع فيكون هناك اختصاص واحد قائم بشخصين و مائيه ثلثه قائمه بهما على ما عرفت و مع ارتفاع حق الاختصاص بالنسبه الى كل جزء و ارتفاع المائيه بالنسبه الى جميع الاجزاء الثابتين لكل منهما و حصول مائيه و ملكيه جديدتين مشتركين بينهما كيف يحصل بالمزج معاوضه مع وضوح ان قوامها و تحققها لا يكون الا فيما كان كل من العوضين مملوكا الثالث كل مورد يحكم بالشركه من حيث فوات المائيه فهو محكوم بها فى الواقع على وجه الحقيقه بمعنى انه ينقلب فى الواقع و فى علم الله تعالى المائيه و الملكيه المفروزه اولاً- بالمائيه و الملكيه المشاعتين و هو ظاهر كلماتهم و يظهر من عبارته التفتيح انكاره لحصول الشركه فى غير المزج الحقيقى العرفى حيث قال الفائده الثالثه ان الشركه امر حادث و كل حادث لا بد له من سبب و السبب هنا قد يكون ارثا و قد يكون حيازه كما لو اقتلعا شجره او اغترفوا ماء بانيه و قد يكون مزجا كما اذا امتزجت الاجزاء المتساويه المتصغره بحيث لا يمتاز جزء عن جزء كالادقّه و الادهان لا كالحنطه و الذره و الدخن و السيمسم و الدرهم الجدد و العتق و قد يكون عقدا كما لو اشترى سلعه فى عقده و هو لا يخلو عن غرابه و اغرب منه ما ذكره فى الجواهر فى اوائل كتاب الشركه بقوله اما المزج القهرى المجرد عن قصد إرادته إنشاء الشركه فلا يترتب عليه ملك كل منهما الحصه المشاعه فى نفس الامر و انما يفيد الاشتباه فى كل من اجزاء المال الا ان الشارع حكم ظاهرا بكونه بينهما من الصلح القهرى الذى قد تقدم نظائره فالفرق ح بين المزج القهرى و المزج الانشائى هو ما ذكرناه الخ و كلامهما رحمهما الله تعالى كما ترى مخالف لفهم العرف بل الظواهر معاهد الاجتماعات الرابع ما فصّلناه من سبب المزج للشركه فى العين على سبيل الاشاعه بسبب انقلاب المائيه السابقه الى مائيه اخرى يقتضى انه ان اتفقت قيمه الممتزجين بان كانت الاجزاء المتصله بعد الخروج عن الاتصال الذى كان لها متساويه قيمه حصلت الشركه للمالكين فى العين بالسويه و اذا اختلفت قيمتهما بحسب الاتصال السابق بان كان احد الممتزجين اجود و الاخر اردى حصلت الشركه بينهما فى العين بحسب قيمه مالهما قبل المزج و لا مانع من هذا الاقتضاء الا توهم حصول الربا و قد عرفت دفعه بما لا مزيد عليه و قد صرح بما ذكرنا فى شركه

التذكركه حيث قال فى عبارته المحكيه تذييب المثليات قد يتفاوت قيمتها فيقسط الثمن و الربح على القسمين كما لو كان لاحدهما كثر حنطه قيمته عشرون و للاخر كثر حنطه قيمته عشره فهما شريكان بالثلث و الثلثين انتهى و يرشدك إليه تعريفهم للشركه بانها اجتماع حقوق الملاك فى شىء واحد على سبيل الشيع بعد ضممه الى ما ذكروه من ان من جمله اسبابها المزج على ما يظهر من بعضهم من عموم المزج لمزج المختلفين و يرشدك أيضا الى ما ذكرنا ما ذكروه من غير خلاف يعرف من قسمه المتشاركين بمزج جيد احدهما بردى الاخر العين متفاضله فان مبنى القسمه ح هو الشركه كما هو واضح و كذا يقتضى ان لا يتفاوت الحال فى حصول الشركه بالمزج بين كونه باختيارهما او بغير رضا منهما او برضا احدهما و عدم رضا الاخر و ان لا يتفاوت الحال بين ان يكون الممتزجان متجانسين كدهنين او مختلفين كخل من احدهما و عسل من آخر و عن العلماءه فى غضب التذكركه انه قال اذا خلط المغصوب بغير جنسه كما لو خلط زيتا بشيرج او مزج دقيق حنطه بدقيق شعير فالمغصوب هالك لبطلان فائده و خاصيته باختلاط غير الجنس بخلاف الجيد مع الردى و يحتمل قويا ثبوت الشركه كما لو مزجا بالرضا او امتزجا بانفسهما ه فانظر كيف عدّ مزجها بالرضا و امتزاجها بانفسهما من المسلمات و انما استشكل فى مزجها برضا احدهما و عدم رضا الاخر بملاحظه النظر الى قاعده الائلاف ثم رجح الشركه و اذا كان حال المتخالفين بالجنس هى الشركه فحال المتجانسين المختلفين بالرداءه و الجوده اولى بثبوتها بلا اشكال و ما يتراءى من كلماتهم فى مسائل الشركه و الحيازات و الفلس و الغصب من اعتبار اتحاد الممتزجين فى الجنس لا ينافى ما ذكرنا لامكان حمل كلامهم على ان المراد من الاتحاد فى الجنس هو الاتحاد فى الاوصاف المشتركه و لو فى بعضها و قد عرفت ان المزج المعتبر هو المزج الزافع للامتياز او على اشتراطهم هذا الامر فى الشركه العقديّه او غير ذلك ضروره حصول المزج الذى سبب للشركه فى مختلفى الجنس نحو حصوله فى متحدى الجنس من غير فرق بينهما و اذا احطت خبرا بما تلوناه عليك فاعلم ان الزيادة اذا كانت فى القسمه فعلى القول بكونها بيعا يجرى فيها الرّبا قطعا و على القول بكونها معاوضه مستقله فالاقوى كما هو المشهور الجريان و على القول بعدم كونها بيعا و لا معاوضه فلا اشكال فى عدم الجريان و لم ينقل الخلاف فيه من احد و قد عرفت بما لا مزيد عليه انها ليست من احدهما و هى خارجه عن موضوع ما دلّ على حرمة الرّبا و اذا كانت فى الشركه ففى جريان حكم الرّبا فيها قولان و الاقوى العدم لما عرفت و هو المشهور و عن الشيخ فى ط فى باب المفلس فيما اذا امتزج مال الغريم

بمال المفلس ما هو ظاهر في فساد القول باشتراكهما في العين بحسب القيمة اذا كانا مختلفين معللاً باستلزامه الربا في المعاوضه و الاولى نقل عبارته بعينها قال في طي فروع مسئله كل من وجد عين ماله من الغرماء في اموال الغريم فهو اولى به ما هذا لفظه اذا باع من رجل مكيالا من زيت او شيرج او غيره ثم افلس المشتري بالثمن و وجد البائع عين زيتة قد خلطه المشتري بزيت له فانه لا يخلو من ثلاثه احوال اما ان يختلطه بمثله او باردا منه او باجود منه الى ان قال و ان كان الزيت الذي اختلط به اجود من زيتة فهل يسقط حقه من عينه أم لا قيل فيه وجهان احدهما انه يسقط حقه و هو الصحيح و الثاني لا يسقط و وجه الاول ان عين زيتة تالفه لانها ليست بموجوده من طريق المشاهده و لا من طريق الحكم لانه ليس له ان يطالبه بقيمته و اذا لم يكن موجودا من الوجهين كان له ذلك بمنزله التالف و لا حق له في العين و تضرب بزيتة مع الغرماء و من قال بالقول الثاني قال يباع الزيتان معا و يؤخذ ثمنه فيقسم بينهما على قدر قيمة الزيتين و قيل انه لا يباع الزيت لكن يدفع الى البائع الذي زيتة دون زيت المفلس من جهة الزيت بقدر ما يخصه مثل ان يكون للبائع جزه تساوى دينارين و اختلطت بجزه للمفلس تساوى اربعة دنانير فان جملة الزيت تساوى ستة دنانير فتكون قيمه جزه البائع ثلث قيمه جميع الزيت فيدفع إليه ثلث جميع الزيت و هو ثلثا جزه و هذا غلط لانه يقال لهذا القائل اذا اعطيته ثلثي جزه فلا يخلو اما ان تدفعه بدلا عن جزته او تدفع بدلا عن ثلثي جزه و تسأله ان يترك الثلث الباقي فان دفعت الثلثين بدلا عن الجزه فهذا محض الربا فلا يجوز و ان دفعته إليه بدلا عن ثلثي الجزه و سألته ترك ما بقى فله ان لا يجيبك لانه لا يلزمه الهبه و التبرع انتهى كلامه رفع مقامه و عن المسالك انه قال بعد نقله عن الشيخ ما عرفت من تغليظه القول باشتراكهما في العين بحسب قيمه ما كان لهما ما هذا لفظه و هو يتم على القول بثبوتها في كل معاوضه و لو خصصناه بالبيع لم يكن القول بعيدا انتهى و يظهر منه كما تراه ان ما ذكره الشيخ على القول بثبوت الربا في كل معاوضه مما لا اشكال فيه و يظهر من جماعه متابعه الشيخ فيما قاله منهم صاحب الجواهر و بالتأمل في اطراف ما فصّلناه يظهر لك ان الحق عدم تحقق الربا في الشركه المزجيّه في صورته اختلاف المالين بالجوده و الرداءه و انها اجنبية عن المعاوضه من جميع الوجوه و لا يخفى عليك ان تغليط الشيخ و تصحيح الشهيد له لعله كان من جهة انهما فهما من كلام من يقول بانه يدفع الى البائع من عين الزيت بنسبه ما يخصه من القيمة انه لا يقول بالشركه

بين البائع و المفلس فى المال الممتزج و يذهب الى انّ للبائع ان يأخذ من العين الموجوده لو وجدها عوضا عمّا يطلب من المفلس من البدل و ان كانت قيمته لأنّ العين الموجوده اقرب الى المبدل منه من قيمه على ما نصّوا عليه فى باب وفاء الدّين من أنّه يجب على الدّائن قبول نفس العين المقترضه و ان كانت قيمته اذا دفعها المديون برضى منه و قلنا بلزوم عقد القرض و لا ريب انّ الحصّه المأخوذه ح عوض يجرى فيه الرّبا

قوله (لكنك قد عرفت الكلام فى مورد التعليل)

و ذلك انّ الخيار غير مشروط عندهم بامكان الرّد

[مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه ماليه]

قوله (الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه)

اعلم انّ الحكم الثابت للبيع قد ثبت له من جهه أنّه بيع بمعنى انّ الظاهر من الدليل ترتيب الحكم على موضوع البيع من غير ان يكون المناط فيه جهه اخرى كخيار المجلس و الحيوان و نحوهما و هذا لا اشكال فى اختصاصه بالبيع و عدم جريانه فى غيره من المعاوضات و غيرها من غير فرق بين ان يكون الحكمه فيه ما يوجد فى غيره أم لا- لأنّ وجود الحكمه فى الغير لا يقتضى تسريه الحكم إليه كما لا- يخفى نعم قد يتوهم ثبوت ذلك فى الاجاره بدعوى كون البيع حقيقه فى الاعمّ من نقل العين و المنفعه و هو مبادله مال بمال سواء كان المال فى كلّها عينا او منفعه او مختلفا و ليس منصرفا الى نقل العين و هذا هو الظاهر من كلمات جماعه فى بعض فروع الاجاره حيث حكموا فيه بجريان حكم البيع فيها كما فى خيار تعدّر التسليم و نحوه حيث استدّلوا بانّ الاجاره بيع فى الحقيقه و لكنّه باطل قطعاً و الثابت خلافه فانّ البيع امّا حقيقه فى نقل العين او منصرف إليه اطلاقه فى ابعاد الوجهين و لا ينظر الى ظهور كلام بعض فى خلافه على تقدير ظهوره فيه و يؤيّدّه اطباق الكلّ على عدم جريان خيار المجلس فى الاجاره مستدلين بانّها ليست بيعاً حتّى يجرى فيها دليل خيار المجلس و هو قوله (ع) البيعان بالخيار ما لم يفترقا و قد ثبت له لا- من حيث أنّه بيع بل من جهه مناط آخر موجود فى غيره و ان كان الموضوع فى الدليل الدالّ على تشريع الحكم هو عنوان البيع و ما يشتقّ منه و ذلك لما استفيد من الخارج من كون المناط فى الحكم المذكور امراً آخر موجوداً فى غيره سواء كان من المعاوضات الحقيقه او لا- ككون تلف المبيع قبل القبض من مال البائع فانّ ما دلّ على ثبوته و ان ورد بما يظهر منه بمقتضى ظاهر القضيه اللفظيه كونه مختصاً بالبيع الا أنّه قد علم انّ المناط فيه امر يوجد فى غيره من عقود المعاوضات الحقيقه او ما يقرب إليها بل ما يوجد فيه شائبه العوضيه أيضاً كالمهر فى النكاح و ما يجعل فى طلاق الخلع فانّ الحكم المذكور جار فى جميعها و قد يثبت له حكم من حيث أنّه معاوضه و مبادله و هذا

يجرى فى الاجاره و نحوها و لا يجرى فى الصّيلح و الهبه المعوّضه لما ذكر فى محلّه من عدم وجود المعاوّضه و المبادله فيهما حقيقه و اذا لم يثبت فيهما ففى التّكاح و مثله بطريق اولى و قد يثبت له حكم بدليل ليس فيه عنوان البيع اصلا بل الحكم فيه معلق على ما يشمل البيع و الاجاره و الصّيلح و غيرها كالاقاله و خيار الغبن و الشّروط و العيب و نحوها فإنّ المدرك فى ثبوتها ادلّه عامّه لا- اختصاص لها بالبيع فان لم يكن هذا العامّ المقتضى لثبوت الحكم من العمومات الموهونه بكثره التّخصيص فيها يعمل به فى غير البيع أيضا بعد الفحص عمّا يقتضى رفع اليد عنه و يرفع اليد به عن العمومات و الاصول المقتضيه للزّوم كما فى خيار الشّروط فإنّ ما اقتضى ثبوته ليس عامّا موهونا و ان كان من العمومات الموهونه كالخبر الدالّ على نفى الضّرر و الضّرر المذى جعل مدركا لخيار الغبن و العيب و نحوهما فان انجبر بعمل جماعه من الاصحاب معتدّ به فى غير البيع يحكم بثبوت ما حكم فى البيع فيه أيضا و ان لم يجبر بعملهم فى اثبات الحكم المذكور فى غير البيع فلا- يحكم به و لهذا لا- يحكم بجريان الشّفعه فى غير البيع فإنّها و ان دلّ عليها التّبوى و جعل الاصل فيها نفى الضّرر و الضّرر الّا أنّه لّمّا كان محتاجا الى الانجبار بعمل الاصحاب و لم يعملوا به فى باب الصّيلح مثلا فلا يحكم بثبوت الشّفعه فيه و يرجع فيه الى اصاله اللّزوم و بالجمله كلّ خيار كان ثبوته فى البيع بحسب اصل الشّرع من غير ان يكون ناظرا الى امر عارض فلا يتعدّى عنه و ان وجد حكمه ثبوته فيه فى غيره و كلّ خيار كان ثبوته فيه بدليل يجرى فى غيره أيضا فان لم يكن من العمومات الموهونه يعمل به أيضا فى غيره من غير شرط و ان كان منها فلا يعمل به الّا بعد الانجبار بالعمل و قد اختلفوا فى جريان خيار الغبن فى غير البيع من كلّ معاوضه مائنه على اقوال اشار إليها المصنّف ره و الاقوى التّفصيل الأخير و هو الجريان لظهور انجبار ما دلّ على نفى الضّرر بالعمل و قد حكى التّصريح بالعموم عن جماعه اشار الى بعضهم فى المتن و يستثنى منه كلّ عقد وقع شخصه على وجه المسامحه بحيث علم بناء شخص تلك المعامله على عدم المغابنه و المكايسه من حيث المائنه فكلّ عقد و معاوضه كان البناء التّوعى فيه على تساوى العوضين كالاجاره و الصّيلح القائم مقامها او مقام البيع جرى فيه خيار الغبن الّا اذا اقدم المتعاقدان او احدهما على المعامله مبتيا على عدم الالتفات الى التّقص و الزّياده و كلّ عقد كان البناء التّوعى فيه على التّسالم و التّجاوز و رفع اليد عمّا صالح عنه كائنا ما كان كالصلح الواقع فى مقام رفع الخصومه او الواقع فى مقام ابراء ما فى ذمّه

المصالح له لا- يجرى فيه و كل عقد ليس فيه بناء نوعى على احدهما كما فى الجعالة كان ثبوت الخيار فيه مبتئا على الاشتراط فى شخص المعامله

[مسأله اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى]

قوله (مع كون الشك من حيث استعداد الحكم للبقاء)

ظاهر كلامه طاب ثراه فى المقام أنه لو احرز الموضوع من دليل لفظى على المستصحب كما لو ورد مثلا ان المغبون له الخيار جرى الاستصحاب و ان كان من الشك فى المقتضى و من حيث استعداد الحكم للبقاء و ان لم يحرز الموضوع كذلك جرى فى خصوص الشك فى الزافع و هذا يخالف ما ذكره فى الاصول من جهتين الاولى من جهة عدم الاعتبار بالمسامحه العرفيه فى احراز الموضوع فى استصحاب الحكم الشرعى الثابت بغير الدليل اللفظى و هذا مناف لمبناه فى الاصول من كفايه المسامحه العرفيه مط ألما ان يقال ان غرضه فى المقام ليس انكار المسامحه فى تعيين الموضوع مط حتى ينافى ما بنى عليه الامر فى غير الكتاب بل الغرض انكار المسامحه العرفيه فى خصوص المقام و عدم عد العرف على وجه القطع ذات المتضرر موضوع خيار الغبن او يق ان غرضه عدم كون لفظ المتضرر موضوعا فى دليل حكم الخيار حتى يحرز بقائه بالمسامحه بل الدليل و هو نفى الضرر ينفى اللزوم فى مورد لم يتمكن المغبون من تدارك ضرره الا بالفسخ و من تمكن و لم يفعل فهو موضوع اخر الثانيه من جهة التفصيل المذكور فى الشك فى المقتضى و هذا مناف أيضا لمبناه فى الاصول من عدم حجيه الاستصحاب عند الشك فى المقتضى مطلقا الا ان يقال ان كلامه فى المقام مبنى على مسلك القوم من جريان الاستصحاب فى الشك فى المقتضى فيريد أنه على فرض جريان الاستصحاب فى الشك فى المقتضى ففى المقام محذور يمنع عنه و لا ينافى عدم صحه استصحاب الخيار أيضا عنده من جهة اخرى و هو كونه من الشك فى المقتضى

قوله (مستندا الى احتمال ان يكون الضرر علّه محدثه)

و مع هذا الاحتمال فدليل الخيار و هو نفى الضرر لا- يصح التمسك به لثبوت حكم الخيار فى الزمان اللاحق و يرجع الى الاستصحاب لان الموضوع محرز بالمسامحه و هو الشخص المغبون او المتضرر فيستصحب ما دل الدليل على ثبوته فى الزمان السابق

قوله (الا ان يدعى أنه اذا استند الحكم الى الضرر)

فان بناء على هذه الدعوى يكون الخيار ثابتا لخصوص هذا العنوان الموصوف بالوصف الكذائى و لا معنى لانسحابه فى الآن اللاحق لأنه حكم لموضوع اخر و لكن الدعوى ممنوعه جدا

فان قلت فلا بأس بالاستصحاب و اثبات الخيار فى الزمان اللاحق لان الموضوع فى الاستصحاب هو معروض المستصحب و فى المقام عند العرف هو

الشخص المتضرر و المتيقن من ثبوت الخيار بنفس الدليل الدال عليه هو الزمان الاول و يحكم بثبوتيه في الزمان الثاني بالاستصحاب سواء كان الدليل المثبت له هو الاجماع او نفى الضرر

قلت تاره يكون الدليل المثبت لحكم الخيار هو نفى الضرر فاستصحابه غير جار لعدم احراز الموضوع لا من جهه التردد في ان الحكم مترتب على المتضرر بالوصف العنواني او على ذات الموصوف لما اشرنا اليه من ان الموضوع ح محرز بالمسامحه و هو شخص المغبون المتضرر بل من جهه ان لفظ المتضرر او المغبون لم يرد في دليل لفظي موضوعا لهذا الحكم و المفروض ان الدليل المثبت للحكم هو نفى الضرر و هذا الدليل بمقتضى حكومته على الاحكام الثابته للاشياء بعناوينها الاولى انما ينفي الحكم الضرري و حكم اللزوم في العقد اللازم ان كان ضروريا فهو منفي و اميا اذا لم يكن ضروريا فلا حكمه عليه و لم يكن مرفوعا و من يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ ليس اللزوم ضررا عليه حتى يكون منفيا لموضوع القضيه المتيقنه غير موضوع المشكوكه و قد اشرنا الى احتمال ان يكون هذا مراد المصنف من عبارته المتقدمه و هي عدم احراز الموضوع في استصحاب الحكم الشرعي الثابت بغير الادله اللفظيه المشخصه للموضوع و اخرى يكون هو الاجماع فالموضوع ح و ان كان محرز الثبوت الخيار لشخص المغبون في الزمان السابق الا انه نعلم بكون مدرك المجمعين هو دليل نفى الضرر و المدار عليه فالمتعين كما في المتن هو الرجوع الى اصاله فساد فسخ المغبون و عدم ترتب الاثر عليه و بقاء آثار العقد

[الخامس خيار التأخير]

اشاره

قوله (و ظاهر هذه الاخبار بطلان البيع كما فهمه في ط)

بخلاف سائر كتبه حيث قال فيها بالخيار بل عن الخلاف انه نسب الخيار الى اجماع الفرقه و اخبارهم و من هنا يمكن حمل عبارته ط على بطلان البيع من حيث اللزوم

[ثم إنه يشترط في هذا الخيار أمور]

قوله (و لو اجاز المشتري قبض الثمن)

الوجه في تخصيص ذكر الاجازه بقبض الثمن دون المبيع هو عدم الفرق في اجازته البائع لقبض المبيع لو وقع بدون اذنه بين كونها كاشفه او ناقله و ذلك لان اجازته اسقاط للخيار سواء وقعت في الثلاثه او بعدها و هذا بخلاف اجازته المشتري فانه لو قبض البائع قبل الثلاثه و اجاز المشتري بعدها فعلى الكشف يكون الاجازه كاشفا عن قبض الثمن فلا خيار و على النقل يثبت الخيار لوقوع القبض الصحيح بعد الثلاثه ثم ان الوجه فيما افاده المصنف ره من ان الاقوى كون الاجازه في المقام ناقله مع انه ذهب الى الكشف الحكمي في البيع الفضولي هو ان في العقود المعاوضيه

يكون الاجازة رضى بالعقد السابق فيصح النزاع في أنها يوجب صحه العقد من حين وقوعه أم صحته من حينها و اما في المقام فالحكم معلق على عدم اقباض الثمن المقرون بالرضا حسا في التث بناء على عدم كفايه القبض الخالى عنه و هذا الموضوع غير متحقق في القبض بدون الاجازة و لحوقه لا يقبل ما هو الواقع عما هو عليه خارجا و الاجازة لا يصير عدم الاقباض اقباضا و هذا نظير ما ذكره جمع في كتاب الرهن في مسئلة ما لو باع الراهن العين المرهونه بلا اذن من المرتهن ثم اجاز من ان الاجازة فيها ناقله و ان قلنا بانها في الفضولى كاشفه لان معنى اجازة المرتهن اسقاطه لحق الرهانه و هذا لا يصح الا في حال الاجازة و لا يؤثر في اسقاط الحق من حين العقد لامتناع انقلاب الشئ عما وقع عليه

قوله (نص عليه الشيخ في عبارته المتقدمه)

المنقوله عن ط حيث قال روى اصحابنا أنه اذا اشترى شيئا بعينه

[مسألة في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي قولان]

قوله في مطلق الخيار مع قطع النظر عن خصوصيات الموارد)

إشاره الى ما ذكره في خيار الغبن من التمسك بعموم الوفاء بالعقود على الفور و بالاستصحاب على بقاء الخيار و كونه على التراخي و المنع عن كل منهما و اختيار الفور لاصاله عدم ترتب الاثر على الفسخ و اما بالنظر الى خصوص ادله المقام فالقول بالتراخي لا يخلو عن قوه

قوله (يمكن التمسك بالاستصحاب هنا لان لزوم الخ)

و يمكن المناقشه فيه بان الظاهر كونه من الشك في المقتضى و مسلكه قدس سره عدم التمسك به الا في الشك في الرفع و اما بناء على المختار من التعميم فالاستصحاب لا اشكال فيه

قوله (اما لظهور النص و اما للاستصحاب)

و في الحاشيه التقريريّه تمسك للقول بالتراخي بنفى الضرر و فيه ما اشرنا إليه من ان نفي الضرر لا يشمل صورته ما كان الضرر باختيار البائع

[مسألة لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع إجماعاً مستفيضاً]

قوله (لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع)

بمعنى أنه يدخل في ملكه آنا ما قبل التلف و يكون التلف واردا عليه و قد يق بعدم الحاجه الى هذا و كفايه حكم الشارع بكون

التلف من ماله تعييدا و هذا الحكم اجماعى و يدل عليه مضافا الى ما فى المتن خصوصا روايه عقبه بن خالد الآتيه و اطلاق الأدله يشمل ما لو تلف فى حال الخيار أم بعد بطلانه إلا ان المقدس الاردبيلي طاب ثراه عارض النبوى فى صورته بقاء الخيار مع عدم خيار المشتري بالقاعده المجمع عليها و هى ان كل مبيع تلف فى زمن الخيار فهو ممن لا خيار له و قال ان التعارض بينهما عموم من وجه و يدفعه مضافا الى ما فى المتن أنه لو سلم كون التعارض كذلك كان اللّازم ترجيح قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه على القاعده الثانيه و

ذلك لأن دلاله النبوى المشهور الذى هو الاصل للقاعده الاولى للحكم فى مورد التعارض إنما هى بالعموم ولا ريب فى تقديمه على الشمول بالإطلاق هذا مضافا الى عمل الاصحاب و اجماعهم على الاخذ بالاولى فى مورد التعارض

قوله (لكن النبوى اخص من القاعده الاولى)

و ان شئت فقل ان قاعده الملازمه بين التمام و الدرك اصل يعتمد عليه حيث لم يقم دليل على خلافه و لو كان بطريق العموم او الاطلاق و معنى حديث الخراج بالضمان ان الشئ اذا دخل فى ملك شخص و تضمنه كان مع قطع النظر عن العوارض و الاحكام اللاحقه تكفله عليه و لو تلف يحسب التلف عليه لا على غيره و هذا لا ينافى ثبوت المنافع لغيره باجاره و نحوها و وقوع العهده و الضمان على الغير بتلف او غصب او عاربه مضمونه مثلا فمفاد الحديث اصل يخرج عنه بقواعد تقتضى خلاف ذلك و منها ضمان البائع قبل القبض فان قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه مستفاده من ادله اجتهاديّه و ارده على تلك القاعده و لا- تدور حجيتها مدار عدم دليل على الخلاف و هذا كله مضافا الى ما اشرنا إليه من ان الادله الداله على ان تلف المبيع قبل قبضه يكون من مال بايعه تدل على ان المال يدخل فى ملك البائع قبل التلف آنا ما

[السادس خيار الرؤيه]

[مسأله مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه الغائبه.]

قوله (و يمكن ان يق ان اخذ الاوصاف فى معنى الاشتراط)

اعلم ان الشرط اذا كان متعلقه كلياً يرجع الى التقييد و لو كان بلفظ الشرط كان يقول بعتك عبدا بشرط ان يكون كاتباً فإنه يوجب خروج العبد الغير الكاتب عن متعلق العقد و ان كان متعلقه جزئياً يرجع الى الشرط و ان كان بلفظ ظاهر فى القيديه كان يقول بعتك هذا العبد الكاتب مشيراً الى عبد خاص خارجي و ذلك لان الكلى لما كان قابلاً للتقسيم و الشرط أيضاً يكون جزءاً ذهبتاً و بمنزله الفصل بالنسبه الى المشروط فلا بد من ان يوجب الشرط التقسيم فى الكلى و يجعل واجده متعلقاً للعقد و فاقده خارجاً عنه و هذا معنى كونه قسيماً له و هذا بخلاف ما اذا كان متعلقه جزئياً حقيقياً فإنه غير قابل للتقسيم و الا لزم الخلف فلا بد ان يرجع ما هو ظاهر فى التقييد الى الشرط فضلاً عما كان ظاهراً فى الشرطيه او مجملاً

[مسأله يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفاً]

قوله (و بالتصرف بعدها)

لما مر عليك فى خيار الغبن من دلالة على الرضا بالعقد و علمت هناك أنه اذا لم يكن التصرف دالاً فعلاً على الالتزام بالعقد كان اللّازم الرجوع الى اصاله بقاء الخيار

قوله (بناء على ان التصرف اسقاط فعلى)

وَأَمَّا لَوْ قُلْنَا بضعف الفعل في الدلالة على الاسقاط فجواز الاسقاط قولاً قبل الرؤية لا يلازم سقوط الخيار بالتصرف قبلها

قوله (بمجرد تحقق السبب و هو العقد و لا يخلو عن قوه)

لا اشكال فى عدم كون الرؤيه سببا للخيار سواء كان الدليل عليه نفي الضرر او الصحيحة المتقدمه فانه اذا استند الى نفي الضرر كان المرفوع هو الضرر الواقعى و هو لزوم العقد و اذا استند الى الصيحيحة فمن الواضح ان الرؤيه طريق لا حراز موافقه المبيع للتوصيف حال العقد و ليس فيها جهه موضوعيه اصلا و هذا هو السر فى تعديه الحكم الى من اشترى شيئا بالوصف و هو اعمى او لا- يمكنه الوصول الى المبيع بنفسه حتى يراه و وكل و كيلا فاخبر انه على غير الوصف و كذا فى عدم اختصاص الحكم عند الاصحاب بما يدرك بالبصر و جريانه فيما يدرك بغيره من الحواس فلو وصف له ما يعتبر ذوقه بوصف ثم ظهر خلافه بالذوق فله الخيار بالتعبير بالرؤيه مثال لظهور خلاف التوصيف الواقع حين العقد ثم ان الظاهر كون الرؤيه كاشفا و السبب هو العقد مع تخلف الوصف و عليه فهو كسائر الخيارات من حين العقد و لا اشكال أيضا فى جواز اسقاطه قبل الرؤيه و لو كان شرطا لما مر فى خيار الغبن من ان وجود المقتضى و السبب و هو العقد او الغبن الواقعى كاف فى الاسقاط

قوله المنحل الى ارتباط الالتزام العقدى)

قد يستدل للقول الاول بما مر عن جامع المقاصد من لزوم الغرر و قد عرفت الجواب عنه فى المتن و قد يستدل بما افاده المصنف قدس سره و هو التناهى بين اشتراط تلك الاوصاف و اشتراط سقوط الخيار فان الخيار و ان لم يكن له دخل بالغرر الا ان التوصيف و هو سبب الخيار مصحح للبيع و ليس التوصيف الا الالتزام و التعهد لوجود الوصف و شرط السقوط رافع لهذا الالتزام و لا ينتقض بالبيع بشرط البراءه فان البائع لم يلتزم هناك بالصحة حتى ينافيه الشرط المذكور و قد اعترض بعض الساده المحشيين ره على هذا الدليل بعد ما استدلل للقول الثانى بعموم ادله الشروط و عدم المانع بما لا بأس بنقله على وجه الاجمال ثم الاشاره الى منشأ الاختلاف و الاشكال لتكون على بصيره فى المصير الى احد الاقوال قال ره لا نسلم ان التعهد بما هو تعهد رافع للغرر فى شىء من المقامات حتى لو كان التوصيف بعنوان الاشتراط بل الرافع هو نفس التوصيف الذى يتضمنه الالتزام و الاشتراط فبطلان حيثه التعهد من جهه المنافاه مع اشتراط سقوط الخيار لا- يوجب فوات التوصيف و بعبارة اخرى اشتراط السقوط يوجب بطلان الالتزام بالوصف و لكن نفس التوصيف بلا التزام باق بحاله و المفروض كفايته و لو سلمنا ان الرافع نفس التعهد و الاشتراط لكن لا نسلم المنافاه بينه و بين سقوط الخيار اذ يمكن الجمع بين

الالتزام بكون المبيع متصفاً بكذا مع كون المعاملة لازمه فإن خيار تخلف الشرط حكم تعبدى من الشارع أو من العرف و ليس مجعولا- للشارط لا- أولا- وبالذات و لا- ثانيا و بالعرض بمعنى أنه ليس عين الالتزام بالوصف و لا لازمه فكما يمكن للشارع أو العرف عدم الحكم بالخيار عند تخلف الوصف المشترك كذا يمكن للشارط نفيه بالشرط و بالجمله الالتزام بالوصف شىء و الخيار عند تخلفه شىء آخر لا دخل له به و ليس لازما له بحيث لا يمكن تفكيكهما قال و يوضح ما ذكرنا ملاحظه اشتراط فعل أو ترك على احد المتعاقدين فإنّ من المعلوم أنّ معناه تعهد الشارط بذلك لا خيار الاخر عند عدم الفعل أو الترك فحال الالتزام بالوصف أيضا ذلك فإنّ معناه تعهده بوجوده بحيث يكون المشروط له مستحقا عليه كون المبيع متصفاً به لا جعل الخيار عند تخلفه و الحاصل أنّ معنى التعهد بالوصف جعل حق للمشروط له فى المبيع على المشروط عليه كما أنّ معنى التعهد بفعل الخياطه جعله فى ذمته

اقول لا بد ان يعلم ان اعتبار التوصيف و اشتراطه فى المبيع هل هو على نحو الطريقيه الى واقع المبيع او على نحو الموضوعيه فان كان على نحو الطريقيه فلا اشكال فيما افاده المصنف من ان اشتراط سقوط الخيار راجع الى الالتزام بالعقد على تقدير وجود تلك الصيغات و عدمها و هو الغرر و لا- فرق ح بين ان يكون نفس التوصيف الحدى يتضمّنه الالتزام و الاشتراط رافعا للغرر او يكون الزافع نفس التعهد و الاشتراط فإنّ وجه الحكم بالبطلان ح ليس هو التنافى بين التوصيف او اشتراطه و بين سقوط الخيار من حيث انفسهما حتى يق انه يمكن الجمع بين الالتزام بكون المبيع متصفاً بكذا مع كون المعاملة لازمه بل الوجه ان مرجع سقوط الخيار ح الى القاء التوصيف و اشتراطه و ذهب جماعه منهم صاحب الجواهر الى ان اعتبار التوصيف من باب الموضوعيه و ان الزافع للغرر هو نفس الوصف من دون اعتبار المطابقه للواقع و عليه يتعين الصحه اذ التوصيف بنفسه مصحح للعقد و شرط سقوط الخيار لا يوجب فواته و لا يضر بصحة العقد بعد وجود مناطها و هو التوصيف و الاقوى هو الطريقيه المحضه فان ظاهر دليل اعتبار التوصيف هو كونه كاشفا نوعيا لا- حراز الوصف و لانه قائم مقام الرؤيه المعبره من باب الطريقيه قطعا و قد مرّ الاشاره إليه فى الحاشيه السابقه ثم انّ ممّا ذكرنا تقدر على دفع ما اورده المعترض فى كلامه و لا ينقضى تعجبي كيف ذهبوا الى ان التوصيف بذاته من دون لحاظ طريقيه فيه يكون رافعا للغرر و مصححا للبيع فتدبر جيّدا

قوله (لانها

أما شروط للبيع و أما قيود للمبيع

و على اى حال فمتعلق البيع ليس هو الجزئى على كل حال بل حال كونه مقتيدا بالوصف و قد علمت فيما مر ان الصيغيات فى المقام من شروط البيع

قوله (و ظهر أيضا ضعف ما يقال)

القائل هو صاحب الجواهر

[مسألة لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بإبدال العين]

قوله (يفسد و يفسد العقد)

و ذلك لعدم الخلاف فى افساد العقد اذا كان الشرط موجبا لجهاله احد العوضين و هذا الشرط لما كان موجبا لكون المعاوضه غرريه كان فاسدا و مفسدا و لو ظهر موافقه المبيع للوصف

قوله (و بذلك ظهر ضعف ما فى الحدائق)

اى من جهه كون البيع غرريًا و ان ظهر على الوصف

قوله (و الاظهر رجوع الحكم بالفساد الخ)

لما كان ظاهر كلام الشهد هو فساد العقد و استشكل عليه اراد تصحيح كلام الشهد بان الاظهر إرادته فساد الشرط المذكور دون العقد و لازمه صحه العقد مع موافقه الوصف و الفساد مع المخالفه و علل فساد الشرط بأنه لا تأثير له على تقديرى ظهور الموافقه للوصف و ظهور المخالفه اما على الاول فواضح اذ لا تخلف حتى يكون للشرط تأثير و على الثانى فعدم التأثير من حيث أنه شرط مخالف للسنة و هى الاخبار الداله على ثبوت خيار الرؤيه و لا يخفى ضعف هذا التعليل لما مر فى خيار المجلس من عدم نهوض ادله الخيار لمعارضه ادله الشرط لحكومتها و لا اشكال فى ان الحكم بالفساد فى عبارته س ناظر الى العقد

[مسألة الظاهر ثبوت خيار الرؤيه فى كل عقد واقع على عين شخصيه موصوفه كالصالح و الإجاره]

قوله (الظاهر ثبوت خيار الرؤيه فى كل عقد واقع الخ)

الخ) اعترض بعضهم بان هذا البيان انما يناسب اذا قلنا ان مقتضى القاعده بطلان المعامله بتخلف الوصف و الشرط لكونهما قيدا فى الحقيقه كما عن الاردبيلي ره اذ ح يجب ان يق تقرير الاستدلال الامر دائر بين الأخذ بمقتضى القاعده و هو البطلان و الاخذ بالخيار و الاول مخالف للاجماع فتعين الثانى لعدم الدليل على اللزوم لان عموم اوفوا لا يشمل لان المفروض ان المعاهده مقتيده

بقيد مفقود و اما بناء على كون الشرط غير راجع الى القيد و كون الصحه بمقتضى القاعده فلا بد من اقامه الدليل على الخيار الى ان قال فالاولى الاستدلال للتسريه بالاجماع و الانصاف ان بيان المصنف فى وجه الاستدلال فى غايه المتانته فانه قد ظهر مما سبق ان تخلف عنوان المبيع مع الواقع فى الجنس و الحقيقه موجب لبطلان العقد كما لو باع ثوبا بعنوان انه كتان فبان قطنا و اما تخلف الوصف فالمشهور على الصحه مع الخيار كتخلف وصف الكتابه فى العبد اما الصحه فلفرض وقوع العقد جامعا

للشرائط و ما يستدل به للبطلان من ان ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع و لذا التزم المتأخرون بفساد الشروط لفساد شرطه فقد عرفت الجواب عنه بثبوت الفرق بين توصيف الكلى و توصيف الشخصى الخارجى و ما ذكر يجرى فى الوصف المتعلق بالكلى حيث ان الوصف ينوعه و يقسمه و اما الخيار مع ان الاصل فى العقد الصحيح هو اللزوم فلنفى الضرر فانه يرفع اللزوم و وجوب الوفاء الثابتين بمقتضى ادله الاسباب و يثبت الخيار لحكومته عليها و بعبارة اخرى الشروط و الاوصاف فى العين الشخصى لم يقصد مقابلتها بالثمن و انما هى دواع لمقابلته المشروط بالثمن و المقصود هو العقد على المشروط و لا مانع من تأثير العقد بالنسبه اليه

فان قلت اذا كان تخلف الشرط من باب تخلف الداعى فاللزام هو عدم ثبوت الخيار للمشروط له كما هو الحكم فى جميع موارد تخلف الداعى

قلت وجه الفرق ان الشروط الدواعى لا- اثر لها ما لم يتعلق بها الانشاء و اما اذا تعلق بها صريحا او ضمنا كان المشروط له غير ملتزم بالعقد الفاقد لها فيثبت الخيار و لا يكون العقد كذلك فاسدا لعدم كون المفقود من مقوماته عرفا و بالجمله قد استدلل المصنف ره فى المقام بما استدلل به اخيرا لصحة العقد مع خيار الرؤيه فى البيع من ان الاستفادة من النصوص و الاجماع فى الموارد المتفرقه عدم بطلان البيع بمخالفه الصيغه المقصوده الغير المقومه للبيع سواء علم القصد إليها من الخارج أم اشترطت فى العقد

فان قلت ان النص الدال على خيار الرؤيه و هو صحيحه جميل مخصوص بالبيع فكيف يتعدى الى غيره

قلت قد سبق منا عند الكلام فى ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه ماله ان الحكم الثابت للبيع يختلف جهه ثبوته و قد يثبت له لا من حيث انه بيع بل من جهه مناط موجود فى غيره و ان كان الموضوع فى الدليل الدال على تشريع الحكم هو عنوان البيع مثل ان تلف المبيع قبل القبض من مال البائع فان ما دل على ثبوته و ان ورد بما يظهر منه بمقتضى ظاهر القضيئه اللفظيه كونه مختصا بالبيع الا انه قد علم ان المناط فيه امر يوجد فى غيره ثم ان هذا كله فى غير الصيغ من عقود المعاوضات و اما فيه ففى جريان خيار الرؤيه و الوصف تأمل بناء على اغتفار الغرر و الجهاله فيه و ان كان الاقوى الجريان فى الجواهر و الظاهر ثبوت خيار الرؤيه فى غير البيع ميا يعتبر فيه المشاهده و الوصف كالاجاره و نحوها لان العمده فيه حديث الضرار بل يمكن القول بثبوته فيما لا يعتبر فيه ذلك كالصلح تنزيلا للخيار فى خلاف الوصف فى

المعيّن منزله الابدال فى الوصف المعين ه و غرضه أنّه لو صالح كليًا موصوفا و اراد تسليم غيره فلا اشكال فى وجوب الابدال مع أنّه لو تعلق الصّيح ابتداء بالكلى من غير توصيف كان صحيحا مع جهالته فكذا لو صالح عينا خارجيه فانه يجوز صلحها مع الجهاله بلا توصيف الا أنّه لو صالحها موصوفه و تخلف وصفها لا بدّ من ثبوت الخيار و ذلك لوضوح عدم جريان الابدال فيه و وجه التنزيل انّ التوصيف فى قوه اشتراط الوصف و الا كان لغوا لعدم توقّف صحّه العقد عليه فليس الا للاشتراط و التقييد و اذا تخلف الشرط ثبت الخيار لدليل نفى الضرر بالبيان المتقدم و ما يقال من انّ نفى الضرر لا يجرى الا فيما يشترط فيه التعيين لا فى مثل الصّح المغتفر فيه الجهاله لا يخفى ضعفه

[مسأله لو نسج بعض الثوب، فاشتره على أن ينسج الباقي كالأول بطل]

قوله (لو نسج بعض الثوب فاشتره على ان ينسج الباقي)

ظاهر عنوان المصنّف ره كون المبيع هو المنسوج بشرط ضمّ نسج بعضه الاخر و ظاهر عبارة جمله من الاصحاب هو بيع تمام الثوب المنسوج بعضه و غير منسوج بعضه و يحتمل رجوع عنوان المتن الى ذلك أيضا بان يكون ضمير فاشتره راجعا الى المضاف إليه و ما استدّلوا به على بطلان ما عنوانه امور الاول ما ستسمعه نقلا عن المبسوط من لزوم التناقض فى اجتماع اللزوم و خيار الرّؤيه فى شىء واحد الثانى ما عن التذكرة و جامع المقاصد من لزوم الغرر حيث انّ بعضه عين حاضره و بعضه فى الذمه مجهول الثالث ما ستسمعه أيضا فى عباره المختلف من أنّه لم يثبت فى الشرع جواز مثل هذا العقد المركّب من بيع موجود جزئى و معدوم كلى و فى الجميع نظر اما الاول فبان تعدّد المحلّ يجعل العقد بمنزله عقدين تعلقا بشيئين يكون احدهما لازما و الاخر جائزا مع انّ المبيع و ان كان هو الثوب اجمع الا أنّه لما كان راجعا فى الحقيقه الى بيع الموجود بشرط ان ينسج الباقي كان متعلق العقد واحدا و ثبت الخيار فى الثوب اجمع ان لم ينسج الباقي و كان الخيار من خيار الشرط لانّ المبيع ح هو الثوب بشرط نسج الباقي و يكون من قبيل شرط الخياطه و الصبغ لا من خيار الرّؤيه و الوصف و من احكامه اجبار البائع بالوفاء بالشرط أولا و ان امتنع او تعذر اخذ المشتري بمقتضى الخيار و هذا بخلاف ما لو قلنا بتعدّد المتعلق و انحلال العقد الى عقدين فانّ الخيار الثابت فى البعض ح من خيار الرّؤيه و التوصيف و اما الثانى فبانّه لو اراد المستدلّ من لزوم الغرر عدم ارتفاع الجهاله بتوصيف الباقي و كونه كالمنسوج لاختلاف الجهات الخفيه من النسج ففيه ارتفاع الغرر بتوصيفه كالمنسوج على وجه لا يتفاوت فى النسج

تفاوتا معتدًا به و هذا كما لو رأى شيئًا من المبيع و باعه على ان يكون الباقي مثله و قد مرّ الكلام فى تشخيص الوصف الداخلى الموجب ظهور خلافه لبطلان البيع و الخارج الموجب ظهور خلافه للخيار و انّ المرجع فى ذلك هو العرف و لو اراد منه الاشكال فى صحّته العقد بانّ ذكر الاوصاف لا يخرج البيع عن كونه غررًا لانّ الغرر بدون اخذ الصفات من حيث الجهل بصفات المبيع فاذا اخذت فيه مقيدًا بها صار مشكوك الوجود و الغرر فيه اعظم فقد سبق الجواب عنه أيضًا و امّا الثالث فبكفايه العمومات و لا مانع من كون بعض المبيع شخصيًا و بعضه كليًا موصوفًا فى الذمّه و قد يقى انّ المبيع ح شخصيًا بتمامه الا انّ بعضه موجود و بعضه غير موجود و مثل هذا لا يجوز بيعه لانه كبيع الثوب الشخصى المذى هو يخيطة او الثمر المذى يوجد بعد ذلك فليس المبيع هو المقدار المنسوج و الغزل الموجود و لا الثوب الكلى بتمامه او ببعضه و هو ضعيف فى الغايه لعدم تعقل بيع غير الموجود بعنوان انه فرد خارجي و جزئي حقيقي و مفروض المسأله انما هو الثوب الشخصى بلحاظ المنسوج و بالجمله فالاقرب هو القول بالصحّ مع ثبوت الخيار فى المجموع

[السابع خيار الحيوان]

[القول فى مسقطات هذا الخيار]

[مسأله يسقط الردّ خاصه بأمر:]

قوله (على ذلك المنوال ثبت الخيار)

سواء لم ينسجه اصلا او نسجه و لكن لا على ذلك المنوال و حيث انّ الخيار ح من خيار تخلف الشرط كان له الاجبار أوّلا ثم انّ الفرق بين الصورتين الاوليين و الاخيريه انّ فى الاوليين كان الغزل جزء من المبيع و النسج شرطا بخلاف الاخيريه فانّ المنسوج الغير الموجود جزء للمبيع و ح فان امكن التبدل و جب ذلك و حيث انّ مفروض المسأله هو فيما لا يمكن ذلك كان المنسوج على غير المنوال باقيا على مال البائع و كان للمشتري خيار تبعض الصفقه فى خصوص المنسوج

قوله (و ممّا ذكرنا ظهر انّ عدّ انعقاد العبد على المشتري الخ)

و الوجه فى عدم خلوه عن شىء هو انه ان لوحظ الانعقاد من حيث سببه فهو ملحق بالتصرف و ان لوحظ من حيث المسبب فهو ملحق بالتلف و على اى حال لم يقم دليل خاص على كونه مسقطا حتى يعنون مستقلا و ليس كونه مسقطا الا من حيث صدق عدم قيام الشىء بعينه و الاعتذار بانّ مراده من التلف هو التلف الحقيقى و من الانعقاد الذى جعل قسيما له هو ما كان مستندا الى الاسباب القهريه كالموت او الارث كما ترى فانه لا يرفع المناقشه و اما الوجه فى عدم خلو ارجاع الانعقاد الى التصرف عن شىء هو انّ الظاهر من التصرف ما كان اختياريا و الانعقاد امر قهري و ليس الوجه فى كونه مسقطا الا ما عرفت من عدم قيام الشىء بعينه و انه

ملحق بالتلف نعم في خصوص الشراء يمكن ان يكون الانعتاق من حيث السبب ملحقا بالتصرف

قوله (ثم انه لو عاد الملك الى المشتري لم يجز رده)

يمكن ان يقال ان هذا يتم فيما كان الخروج عن ملكه على وجه لانزم لسقوط حق الردح و عوده يحتاج الى دليل و لو فرض الشك فالمرجع الاصل و اما اذا كان على وجه جائز فاصل السقوط غير معلوم لان مناط الرد في مرسله جميل هو قيام العين و كيف يصدق عدمه مع الفرض حتى يكون مسقطا نعم اذا كان على السقوط هو التصرف من حيث دلالة على الرضا بالعقد كان له وجه

قوله (الا ان يكون العيب من حمل فيلزمه ردها)

فان الزام الرد و وجوبه قرينه على إرادته خصوص الحمل من البائع حيث ان الجارية ح تكون أم ولد و لا يصح بيعها

قوله (الثاني مخالفه لزوم العقر على المشتري)

غرضه ان اخبار الحمل يثبت العشر و نصفه على المشتري و هذا مخالف لقاعده عدم العقر في وطى الملك و قاعده كون الرد بالعيب فسخا من حينه لا من حين العقد فلا بد من حمل تلك الاخبار على صورته كون الحمل من المولى و ظهور كون الجارية أم ولد لبطلان البيع ح من اصله و يرده أولا انه لم يتم دليل خاص على عدم العقر على المشتري نعم ثبوته عليه مخالف لمقتضى ما تقر من قاعده الملكيه من حيث ان الاصل عدم ثبوت شىء على الإنسان بالتصرف في ملكه و اى مانع عقلا او نقلا من الالتزام بثبوته على المشتري تعيدا بسبب الوطى الواقع منه و لو في حال ملكه اياها بعد الفسخ و رد الجارية اذا دلت النصوص المتكاثرة على ذلك و لا داعى لصرها عن ظاهرها الى خصوص صورته كون الحمل من المولى و ثانيا انه لم يتم دليل خاص على لزوم كون الفسخ مؤثرا من حينه و القول بذلك انما هو من حيث القاعده و اى مانع عقلا او نقلا من الالتزام بتأثير الفسخ في خصوص المسألة من حين العقد اذا كان العمل باخبار الحمل مستلزما لذلك ثم ان العقر بالضم ديه فرج المرأة اذا غضبت على نفسها ثم كثر ذلك حتى استعمل في المهر

قوله (من المسقطات حدوث عيب عند المشتري)

اعلم ان اصل المسألة التي عنوانها المصنف ره في المقام هو ان العيب الحادث بعد العقد مسقط للرد بالعيب القديم اذا كان حادثا في يد المشتري بعد القبض و الخيار و غير مسقط اذا كان قبل القبض او في زمان الخيار و هنا مسئلة اخرى و هي جواز الرد بالعيب الحادث بعد العقد و قبل القبض او بعده لكن في زمن احد الخيارات الثلاثة من المجلس و الشرط و الحيوان على تأمّل في خيار المجلس كما يأتى في احكام الخيار حيث تعيب المبيع في زمن احدها بعد حصول القبض و تعرض المصنف لهذه

المسأله ضمنا و الكلام فى المسألتين يستدعى بيان امور

الاول لا ريب فى ان العيب السابق على العقد موجب للخيار كما عرفت و المراد من قولهم قبل العقد هو قبل تمام العقد لا قبل الشروع فيه بل صرح بعضهم بان المراد من الحادث قبل العقد هو قبل حصول الانتقال و التعبير بالعقد لغلبه الملازمه بينه و بين الانتقال فالعيب الحادث قبل القبض فى مثل الصّرف و السلم ممّا يتوقّف الانتقال فيه على القبض يكون من الحادث قبل العقد

الثانى لا اشكال و لا خلاف فى ان العيب الحادث بعد القبض و انقضاء زمان الخيار لا اثر له فى شىء من الردّ و الأرش نعم المشهور انه لا مانع عن الردّ بالعيب السابق لمرساله جميل المتقدمه المعلقه للردّ على قيام العين بعينه على ما افاده فى المتن و ما حكم به الاكثر و هو الصواب من ثبوت الخيار فى الاجاره بعد قبض العين مع عدم زمن خيار لا ينافى ما قلناه لعدم حصول القبض بالنسبه الى المنفعه فى باب الاجاره الذى هو ناقل الضمان ذاتا و وصفا لما بمضى تمام المدّه مع كون العين فى يد المستاجر و بمجرد قبض العين لا يحصل قبض المنفعه حتى يكون النقص الحاصل من النقص بعد حصول القبض و دعوى عدم الخيار فى باب الاجاره أيضا من حيث حصول العيب بعد حصول قبض متعلق العقد كما فى البيع الذى هو الاصل فى الخيارات حيث لم يقل احد بالخيار للمشتري فى الفرض فانه ليس باولى من تلفه رأسا بعد القبض الذى ليس بمضمون على البائع قطعا ناشئه من عدم التأميل فلو تعدّر بعد قبض العين استيفاء المنفعه كغصب ظالم او نقصان ماء العين او البئر او عرج الدابه كان للمستأجر خيار الفسخ من باب خيار تعدّر التسليم سواء استوفى بعض المنافع أم لم يستوف شيئا اصلا نعم قبض العين يفيد فى استحقاق مطالبه المستاجر بالاجره ثم ان الخيار فى باب الاجاره انما هو فيما يوجب النقص ضررا على المستاجر و أما اذا لم يوجب ضررا سواء كان بعد القبض او قبله فقد يتوهم ثبوت الخيار فيه أيضا لوجهين الاول ان الالتزام بنفس المعيب ضرر فينجبر بالخيار الثانى انصراف العقد الى الصّحيح و يضعف الاول بان نفس الالتزام بالمعيب ليس ضررا فى باب الاجاره لان المفروض هو التفكيك بين ثبوت العيب فى العين و عدم ثبوته فى المنفعه بل يمكن دعوى عدم الخيار فى باب البيع أيضا فيما لا يستلزم وجود العيب فى المبيع اختلاف قيمته السوقيه و الثانى بانه لا معنى للانصراف بالنسبه الى متعلق العقد فيما فرض تعلقه بالجزئى كما هو المفروض لان الانصراف انما يكون فى

المطلقات الظاهره فى بعض الافراد لغلبه وجوده او كثره استعماله

فان قلت ان مراد من عبر بالانصراف هو ظهور العقد فى كون متعلقه صحيحا بطريق الشرط و السر فى ذلك هو رجوع الوصف فى الجزئى الى الشرط و ان كان ظاهرا فى القيد كقوله بعتك هذا العبد الكاتب او الصحيح و رجوعه فى الكلى الى القيد و ان كان ظاهرا فى الشرط كقوله بعتك عبدا بشرط ان يكون كاتبا او صحيحا و ذلك لما مر من ان الجزئى غير قابل للتبويب بخلاف الكلى

قلت ظهور العقد فى كون متعلقه صحيحا دعوى لا دليل عليه نعم اذا دلّ العقد عليه باحدى الدلالات الترمنا به

فان قلت ظاهر الاصحاب فى ابواب المعاملات ان انتفاء وصف الصحه يوجب الخيار و ان لم يشترط فى ضمن العقد و انتفاء غيرها من الاوصاف لا- يوجب الخيار ما لم يشترط اعتباره و ان كان بناء المتعاقدين عليه و الوصف المنتفى فى الفرض هو وصف الصحه فالمتعين هو القول بثبوت الخيار

قلت انتفاء وصف الصحه فى العين المستاجر لا دخل له بالمنفعه التى هى مورد العقد و انتفائه من المنفعه على تقدير تسليم اتصاف المنفعه بالصحه و العيب و ان اقتضى الخيار الا انه لا ينفك عن لزوم الضرر فلا يحتاج الى تنزيل وصف الصحه منزله الشرط فالاجماع و ان انعقد على ايجاب تخلف وصف الصحه عن احد العوضين ثبوت الخيار لمن دخل المعيب فى ملكه الا ان العين لا- تكون معوضا فى باب الاجاره هذا كله مع ان مقتضى الاصل اللفظى و العملى فيما لا يستلزم من عيب العين ضرر فى استيفاء المنفعه هو اللزوم فالقوى عدم الخيار فى هذه الصوره و اختصاصه بما اذا استلزم العيب ذلك و هذا بالنسبه الى المنافع اللاحقه لا- اشكال فيه لما عرفت من عدم حصول القبض فى باب الاجاره الا بمضى تمام المده و اما ثبوت الخيار للمستاجر بالنسبه الى المنافع السابقه التى استوفاهما فربما يتوهم عدمه لحصول القبض فيها و يندفع بانّه لا يتحقق القبض ما لم يحصل قبض المجموع و مع عدم حصوله يثبت الخيار فى مجموع العقد لعدم اختصاصه ببعض دون بعض و ليس هذا الا كحصول العيب فى المبيع بعد قبض بعضه فانه يوجب الخيار فى تمام المبيع لا بالنسبه الى ما لم يقبض منه

فان قلت ان كون العيب سببا للخيار انما يصح فيما لو حصل النقص فى المنفعه بحسب الكيفيه كما لو استاجر دابه للركوب فاستبان انها عرجاء و اما ان حصل النقص فيها بحسب الكميه فلا بد ان يفسخ العقد بالنسبه الى تلك المنفعه الناقصه كما لو استاجر عبدا فمرض فى يومين او ازيد و بعد انفساخه للمستاجر خيار تبعض الصفقه و له فسخ العقد بالنسبه الى المنفعه اللاحقه و اما السابقه المستوفاه فلا يتعقل الفسخ فيها فان المنفعه اذا صارت موجوده

فى ملكك احد لا يمكن نقلها الى غيره لأنها تنعدم بعد وجوده بحيث يمتنع وجودها فيما بعد و الملكيه أنما تتعلق بالموجود او بمعدوم يمكن وجوده و كلاهما منتفیان فى المنفعه المستوفاه لأنها معدومه لا يمكن وجودها فيما بعد و هذا بخلاف العين فأنها باقيه بعد استيفاء منفعتها فى زمان فاذا انتقل عين بعقد من العقود الى الغير يجوز ان يحكم بفسخ العقد بالنسبه إليها و صيرورتها ملكا للفاسخ من زمان العقد لبقاء المملوك اى العين حين الفسخ بخلاف المنفعه فأنها اذا انتقلت الى احد و استوفاه كيف يمكن تعلق الفسخ بها بعد استيفائها و انعدامها

قلت انّ الملكيه على قسمين تحقيقيه و تنزيليه و المراد من الاول ما حصل فيه اضافه الملكيه حقيقه و من الثانى ما لم يحصل هذه الاضافه فيه حقيقه و لكنّ الشّارع حكم بتنزيله منزله الملك و بترتيب آثاره و اذا صارت عين بسبب عقد ملكا لاحد ثمّ حكم الشّارع بفسخ العقد اذا فسّخه الفاسخ يصير العقد منفسخا من حين وقوعه ألاّ انّ ملكيه الفاسخ لهذه العين من زمان العقد الى زمان الفسخ تنزيليه و فيما بعد زمان الفسخ تحقيقيه اما كونها تنزيليه فى الاول فلانّ العين من زمان العقد الى زمان الفسخ كان ملكا تحقيقيًا لمن انتقلت إليه بذلك العقد و كانت هذه الاضافه اعنى الملكيه حاصله له حقيقه و اذا فسّخ العقد لا يمكن ان يصير فى هذا الزّمان ملكا لغيره حقيقه لامتناع اجتماع ملكيتين حقيقيتين و يمتنع نقل ملكيته حقيقه الى غيره بالنسبه الى ذلك الزّمان لانّ الاضافه الخاصّه الحاصله فى ذلك الزّمان قد انعدمت بحيث لا- يمكن وجودها فكيف تنتقل الى الغير فالملكيه الحاصله للغير تنزيليه بالنسبه الى ذلك الزّمان بمعنى انّ الشّارع حكم بترتيب آثار ملكيته فيه و ان كانت ملكا لغيره حقيقه و اما كونها تحقيقيه فى الثانى فواضح هذا حال العين و اما المنفعه فملكيتها بعد الفسخ بالنسبه الى ذلك الزّمان الفاصل بين العقد و الفسخ تنزيليه أيضا ألّا انّ فى المنفعه تحتاج الى تنزيلين الاول التّنزيل فى الاضافه و الثانى تنزيل المملوك اعنى المنفعه فانّ حكم الشّارع بالملكيه تنزيلا فى ذلك الزّمان يحتاج الى تنزيل الاضافه الغير الموجوده بمنزله الموجوده و الى تنزيل المنفعه الّتى انعدمت بعد الاستيفاء منزله وجودها و هذا بخلاف العين فأنها لا تحتاج الى التّنزيل الثانى لأنها موجوده بعد استيفاء منفعتها أيضا ثمّ اعلم أنّه بعد ثبوت الخيار فى العين المستاجر بعد القبض فظاهر المشهور عدم ثبوت الارش مع اختيار المستاجر

الامضاء و تنظر فيه الشهيد ره فى اللمعه و فى مواضع من جامع المقاصد الحكم بثبوت الارش من غير اشكال كما فى البيع و استوجهه ثانى الشهيدين فى لك و استحسنة فى الزوضه و ليس لمن يقول بثبوت الارش الّا اتّحاده مع البيع الثابت فيه ذلك بالنص و الاجماع و انّ الردّ و الارش من احكام العيب اين ما ثبت بمقتضى الاخبار و الاقوى ما هو المشهور لانّ الارش على خلاف الاصل و يدلّ على عدم الحاق الاجاره بالبيع فى الحكم المذكور امران فليس فيها ما يقتضى ذلك كالبيع حتى يخرج به عن الاصل بعد ثبوت الخيار الجابر للضرر قطعاً الاّول المنع عن ثبوت العيب بالنسبه الى المنفعه رأساً فانّ العيب كما ذكره هو زياده او نقص فى الشىء يحصلان فيه من جهه خروجه عن اقتضاء الطبيعه و الخلقه الاصلية و هذا المعنى لا ريب فى وجوده بالنسبه الى الاعيان فانّ لها اقتضاء بحسب الطبيعه و الخلقه قد يخرج عنه بواسطة العارض و عرفه جماعه بانّه النقص عن الطبيعه الاصلية المقتضيه للصحة و الكمال مع قطع النظر عن العارض و اما المنافع فلا يتحقق هذا المعنى بالنسبه إليها لانّ المنفعه ليست ممّا يقتضى بحسب الطبيعه كونها على نهج خاصّ قد يمنع عن اقتضاءها العارض لا بمعنى عدم تحقق مراتب للمنفعه فانّ ذلك بمكان من الامكان بل بمعنى انّ كلّ مرتبه توجد من المنفعه فى الشىء فهى غير قابله للاتّصاف بالنقص و الكمال لعدم اقتضاء طبيعتها الكمال حتى يكون المنفعه الذاتيه معيوبه و توضيحه انّ للمنفعه مراتب كثيره مندرجه بين العلوّ و الدنوّ متفاوتة من حيثيه المقصوده من المنفعه فانّ ركوب الفرس مثلاً له نوع راحه ليس فى ركوب الجمل الغير الدّلول و كذا فى ركوب الجمل الدّلول نوع راحه ليس فى غيره من انواع الجمل و فى غيره من اكثر اقسام الدوابّ و لكلّ منها نحو من السير يحصل بواسطته نوع خاصّ غير موجود فى غيره و من المعلوم بالوجدان اختلاف تلك المراتب فى الرّاحه و فيما يقصد من الرّكوب الّا انّ كلّ مرتبه منها نوع من المنفعه ليس له نقص بحسب طبيعته نعم هى دانيه بالنسبه الى غيرها من المنافع او عاليه او متساويه و اّيما كان ليس خارجاً عن اقتضاء الطبيعه فالمنفعه ليست ممّا يتّصف بالصحة و العيب كالاّعيان و لذا لا يطلق العيب فى العرف على المنفعه الّا تسامحاً و توسّيعاً و أنّك لا ترى فى كلمات الاصحاب الّا التّعبير بوجود العيب فى العين المستاجرّه الموجب للنقص فى المنفعه من حيث المائيه و اين هذا من اطلاق العيب على المنفعه و هذا هو السرّ فى عدم حكمهم بالارش مع تسالمهم ظاهراً على ثبوت الارش و الردّ فى العيب فى غالب الابواب

فان قلت انّ المنفعه و ان لم يكن لها اقتضاء بحسب الطبع و الذات

حَتَّى يَتَّصِفَ بِالصَّحَّةِ وَالْعَيْبِ بِتِلْكَ الْمَلَا حِظِهِ أَلَّا إِنَّ لَهَا اقْتِضَاءَ بِمَلَا حِظِهِ الْعَيْنِ الْقَائِمَةِ بِهَا فَإِنَّ الْفَرَسَ بِحَسَبِ الطَّبَعِ يَقْتَضِي نَحْوًا مِنَ السَّيْرِ وَالْجَمَلَ يَقْتَضِي نَحْوًا آخَرَ مِنْهُ فَإِذَا وَجِدَ فِي الْفَرَسِ مَا هُوَ مُقْتَضِي طَبِيعَةِ الْجَمَلِ فَقَدْ خَرَجَ مُقْتَضَاهَا عَنِ مُقْتَضَى الطَّبِيعَةِ فَسِيرَ الْجَمَلَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعْيُوبًا مِنْ حَيْثُ قِيَامِهِ بِهِ أَلَّا أَنَّهُ مَعْيُوبٌ مِنْ حَيْثُ قِيَامِهِ بِالْفَرَسِ

قَلْتُ سِيرَ الْفَرَسَ عَلَى نَحْوِ سِيرِ الْجَمَلِ عَيْبٌ فِي الْفَرَسِ وَلَا دَخَلَ لَهُ بِأَصْلِ سِيرِهِ فَإِنَّهُ غَيْرُ مُتَّصِفٍ بِهِ وَهَذَا وَاضِحٌ جَدًّا الثَّانِي الْمَنْعُ مِنْ عَمُومٍ مَا يَقْتَضِي ثُبُوتَ الْحَكْمَيْنِ لِلْعَيْبِ أَيْنَمَا وَجَدَ وَ لَوْ سَلَّمْنَا ثُبُوتَ الْعَيْبِ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْمَنْفَعَةِ كَالْعَيْنِ وَالْمَتَيْقِنَ ثُبُوتَهُمَا إِذَا وَجَدَ فِي الْأَعْيَانِ سِوَاءَ كَانَتْ فِي بَابِ الْبَيْعِ أَوِ الْإِجَارَةِ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْإِجْرَةِ لَوْ كَانَتْ عَيْنًا أَوِ الصِّلْحِ أَوِ الْخَلْعِ أَوِ الْمَهْرِ وَأَمَّا الْعَيْبُ الْمَوْجُودُ فِي الْمَنْفَعَةِ فَمَنْعٌ مِنْ اقْتِضَائِهِ ذَلِكَ سِوَاءَ كَانَتْ فِي بَابِ الْإِجَارَةِ أَوِ الْبَيْعِ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الثَّمَنِ لَوْ كَانَ مَنْفَعُهُ أَوْ غَيْرَهُمَا وَلَا يَخْفَى أَنَّ الْوَجْهَ الْأَوَّلَ أَوْلَى فَإِنَّ فِي عَمُومٍ مَا يَقْتَضِي ثُبُوتَ الْحَكْمَيْنِ لِلْعَيْبِ أَوْ مَنْعَهُ لِلنَّظَرِ مَجَالٍ وَاسِعٍ وَ يُمْكِنُ دَعْوَى دَلَالِهِ التَّصَوُّصَ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ وَرُودُهَا فِي خُصُوصِ الْبَيْعِ وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ بَعْضَ أَحْكَامِ الْبَيْعِ قَدْ يَثْبُتُ لَهُ لَا مِنْ حَيْثُ أَنَّهُ يَبِيعُ بَلْ يَعْلَمُ أَنَّ الْمَنَاطَ فِيهِ أَمْرٌ يَوْجَدُ فِي غَيْرِهِ مِنْ عَقُودِ الْمَعَاوِضَاتِ أَوْ مَا يَقْرُبُ إِلَيْهَا فَإِنْ قِيلَ إِذَا كَانَ الْعَيْبُ مَنْفِيًّا بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْمَنْفَعَةِ فَمَا هَذَا الْخِيَارُ الَّذِي يَحْكُمُ بِهِ فَإِنْ كَانَ خِيَارَ الْعَيْبِ فَالْمَفْرُوضُ مَنْعُهُ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْمَنْفَعَةِ وَإِنْ كَانَ خِيَارًا تَخَلَّفَ وَصَفَ الصَّحَّةَ الْمَنْزِلَ مَنْزِلَهُ الْوَصْفَ الْمَشْتَرَطَ فَهُوَ أَيْضًا مَبْنِيٌّ عَلَى اتِّصَافِ الْمَنْفَعَةِ بِالْعَيْبِ وَالْمَفْرُوضُ عَدَمُهُ قِيلَ هُوَ خِيَارٌ ثَبَتَ لِأَجْلِ تَخَلُّفِ مَرْتَبِهِ مِنَ الْمَنْفَعَةِ قَدْ تَبَايَا عَلَيْهِمَا وَظَهَرَتْهَا عَلَى خِلَافِ مَا اعْتَقَدَهُ الْمُسْتَأْجِرُ وَبِذَلِكَ الثَّمَنِ بِإِزَائِهِ وَدَلَّ عَلَيْهِ مَا دَلَّ عَلَى نَفْيِ الضَّرَرِ الْمَنْجَبِ بِعَمَلِ الْأَصْحَابِ وَ لَا ضَيْرَ فِي عَدَمِ كَوْنِهِ مِنَ الْخِيَارَاتِ الْمَعْرُوفَةِ وَ لَا دَلِيلَ عَلَى انْحِصَارِ الْخِيَارِ فِيْمَا عَدَّهُ الشَّهِيدُ رَهَ فِي الرُّوْضَةِ وَ إِنْ شَتَّ فَسَمَّهَ خِيَارَ تَغْيِيرِ الْوَصْفِ هَذَا

الثَّالِثُ لَا- أَشْكَالَ وَ لَا- خِلَافَ فِي جَوَازِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ الْحَادِثِ بَعْدَ الْعَقْدِ وَ قَبْلَ الْقَبْضِ وَ يَجِيءُ الْكَلَامُ فِيهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فِي أَحْكَامِ الْقَبْضِ وَ كَذَا لَا أَشْكَالَ فِي جَوَازِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ الْحَادِثِ بَعْدَ الْقَبْضِ فِي زَمَانِ الْخِيَارِ وَ يَجِيءُ الْكَلَامُ فِيهِ أَيْضًا فِي أَحْكَامِ الْخِيَارِ وَ هُوَ ظَاهِرٌ الْأَكْثَرُ وَ اخْتَارَهُ الشَّهِيدَانِ فِي اللَّمَعَةِ وَ الرُّوْضَةِ وَ الْمُحَقِّقُ الثَّانِي فِي مَعِ صَدِّ وَ يَتَفَرَّعُ عَلَى هَذَا مِنْ ثُبُوتِ الْخِيَارِ وَ جَوَازِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ الْحَادِثِ بَعْدَ الْعَقْدِ سِوَاءَ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ مَعْيَا قَبْلَ الْعَقْدِ وَ عَابَ بَعِيْبَ آخَرَ بَعْدَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ فِي

زمن الخيار ثبوت الخيار من جهتين فان فسخ المعامله رجع بالتّمن و ان امضى و امسك المبيع فله مطالبه ارش كلّ من العيين و لهم فى الصّوره الثّانيه و هو العيب الحادث فى زمن الخيار قولان آخران اولهما ما حكى عن المحقّق و هو أنّه لا- يترتّب على العيب المذكور شىء من الرّدّ و الارش غايه الامر أنّه لا يمنع من الخيار الاصلى او المشترط و هو ظاهر كتاب الشرائع حيث قال فى المسائل الّتى الحقها بفصل الغيوب الخامسه اذا حدث العيب بعد العقد و قبل القبض كان للمشتري رده و فى الارش تردّد و لو قبض بعضه ثم حدث فى الباقي حدث كان الحكم كذلك فيما لم يقبض و امّا ما يحدث فى الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار لا- يمنع الرّدّ فى الثّلاثه و لازم هذه العبارة أنّه اذا حدث عيب فى الثّلاثه كان له الفسخ بخيار الحيوان و يكون ضمان المبيع ح على البائع و يكون ضرر العيب الحادث عليه و لو لم يفسخ حتّى انقضى زمن الخيار فلا- يجوز له الرّدّ و فى الجواهر فى شرح العبارة و قد ينتصر للمصنّف بانّ الاصل اللزوم و لا معارض له سوى ما دلّ على أنّ التّلف فى الثّلاثه من مال البائع و هو ظاهر فى الانفساخ و الحق به العيب الّما أنّ الاجماع على عدم الانفساخ الى ان قال و لا- ينتقض ذلك بالعيب قبل القبض لانه لا- ارش له عنده أيضا و اما الرّدّ به فلعلة للاجماع و نحوه ه اضعف إليه اصاله براءه ذمه البائع من وجوب دفع الارش حيث اراده المشتري و لكنّ الاقوى ما عليه المشهور للقاعده المجمع عليها الآتيه فى احكام الخيار من أنّ كلّ مبيع تلف فى زمان الخيار فهو ممّن لا خيار له و ان وقع من بعض التأمّل فى كليتها من حيث الثّمن و المثمن و من حيث شمولها لجميع الخيارات و الاصل فى المسأله قبل التمسك بالقاعده التّصوص الوارده منها صحيحه ابن سنان عن الرّجل يشتري العبد بشرط الى يوم او يومين فيموت العبد او الدابّه او يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال على البائع حتّى ينقضى الشّروط ثلاثه ايام و يصير المبيع للمشتري شرط له او لم يشترط و ان كان بينهما شرط اياما معدوده فهلك فى يد المشتري فهو من مال البائع و منها مرسله ابن رباط ان حدث فى الحيوان حدث قبل ثلاثه ايام فهو من مال البائع و الاخبار و ان اختصت بظاهرها بقرينه ذكر الزّمان فيها ببعض الخيارات كخيار الحيوان و خيار الشّروط فلا تشمل خيار الغبن و خيار العيب و نحوهما الا انّ التأمّل فيها يقضى بما فهمه الاصحاب و هو انّ المناط فى عدم ضمان ذى الخيار له و ان تلف فى يده هو تزلزل العقد بالنّسبه إليه و عدم استقراره عليه و كون الضّمان على من لا خيار له لانه قد استقرّ العقد عليه و هو مناط مستفاد ممّا هو بحكم

التعليل في قوله (ع) حتى ينقضى الشرط ثلاثه ايام و يصير المبيع للمشتري بحمل صيرورته للمشتري على الملك المستقر و من الواضح ان مانعيه التزلزل عن ضمان المقبوض لم ينفك عن مطلق الخيار و يكون ذكر التلف من حيث انه اظهر الافراد مع ان بعضها يشتمل على ذكر الحدث و هو يشمل العيب و بالجمله المراد من كون التلف على البائع بقريته التعليل و فهم الاصحاب كون المبيع في عهده من لا- خيار له و ان المعامله غير مستقره الا بالقبض و انقضاء زمان الخيار فان تلف تمام المبيع او بعضه او حصل فيه عيب في زمان الخيار كان كتلفه او عيبه قبل الثقل و ياتيك في احكام الخيار ان المراد من الضمان هو ضمان المعامله و من هنا يعلم ان في تلف المبيع بتمامه او ببعضه يفسخ العقد بالنسبه الى تمام المبيع او بعضه و لا يفتقر بعد التلف الى فسخ ذى الخيار لتحقق الانفساخ بمجرد تحقق التلف و لم يبق عقد ح حتى يكون لذى الخيار سلطنه على الفسخ بالخيار فان التلف في زمان الخيار يكون كالتلف قبل العقد و التلف قبل العقد موجب لبطلانه بتمامه او بالنسبه و اما في تعيينه فيحكم بالخيار لانه لو ظهر كونه معيبا قبل العقد كان حكمه الخيار لا الانفساخ ثم انه يبقى الاشكال من حيث تعدد سبب الخيار فنقول قد بين في محله ان الاصل و ان كان هو عدم تداخل الاسباب لان كل موضوع سبب لتحقق الحكم الذي انشاء على فرض وجوده الا ان هذا انما هو فيما كان متعلق الحكم قابلا- للتعدد و اما اذا علم من الخارج و لو من نص او اجماع عدم قابليته للتعدد فاما ان يكون قابلا للتقييد كالقتل الواجب قصاصا عن اثنين فان القتل و ان لم يمكن تعدده الا انه يمكن تقييد ايجاب كل من السببين بالآخر بحيث لو عفى اولياء احد المقتولين لا يسقط الوجوب بالسبب الاخر و اللازم ح هو التقييد و اما ان لا يكون قابلا للتقييد لكن الحكم قابل للتاكيد كوجوب الوضوء فان موجباته و ان كانت كثيره الا ان السبب الاول هو الموجب للحدث و يرتفع بالوضوء و لكنّه قابل للتاكيد و كما في تعلق الوجوب و التدب بعنوانين تصادقا على فرد واحد فان كل واحد منهما يزيد حسنا و يتأكد به طلبه بحكم العقل و ان لم يكن قابلا- له أيضا كالملكيه و الزوجيه و نحوهما فان سبب الملكيه اذا وجد حصلت من دون مدخلية للتاكيد فيها فكل واحد من الاسباب مؤثر لو لم يكن مقارنا او مسبقا بالآخر و اما فالمؤثر هو المجموع او السابق و الخيار المسبب عن امرين يكون من قبيل القتل فان نفس الخيار و ان لم يمكن تعدده و لكن يمكن تقييده من جهة السبب و لازمه امكان اسقاطه من جهة و ابقائه من جهة اخرى و قد مر ان الخيار امر لو لاه يكون

العقد لازماً من جهته فلا ينافى إسقاطه عدم اللزوم من جهة أخرى و هذا لا فرق فيه بين ان يكونا خيارين مسببين من سببين مختلفين بالتّوابع أم فردين من نوع واحد كما في المقام و خيار العيب لَمّا كان موجبا لتسلّط المشتري على الفسخ و اخذ الارش فلو لم يفسخ كان له أخذ ارش كلّ من العيين و لحاظ كلا التّقصين و ان رضى باحد العيين بمعنى أنّه اسقط حقه من هذه الجهة كان الاخر باقيا في الحكم بتسلّطه على الفسخ و اخذ الارش هذا و ثانيهما ما حكى عن العلّامة في القواعد في بيع الحيوان من التّفصيل بين الخيار و الارش فاثبت الاول و تنظر في الثّاني فظاهره نفى الارش و لم يعلم وجهه و يحتمل ان يكون نظره الى استصحاب جواز الرّد و اصاله البراءة من الارش و فيه أنّ بعد قيام الدّليل لا وجه للتمسك بالاصل الموافق و المخالف و لا يخفى أنّ ما ذكرنا من تعدّد الجهتين أنّما هو بناء على ما ستعرفه من أنّ العيب الحادث لا يمنع عن الرّد بالعيب القديم و الّا فبناء على كونه مانعا ينحصر سبب الخيار في العيب الحادث

الرّابع لا اشكال و لا خلاف في أنّ السّبب الحادث في زمان ضمان البائع كان قبل القبض او بعده في زمن الخيار لا يكون مانعا عن الرّد بالعيب السّابق على العقد و سرّه ما عرفت في المسأله السّابقه و ظاهر كلام المحقّق في عبارته المتقدّمه عن الشّرائع و ان كان مخالفته للمشهور في المبيع الصّحيح عند العقد و لكن من الواضح أنّ حكم العيب الحادث في المبيع المعيب أيضا يكون كذلك عنده فلا يجوز عنده الرّد بالعيب الحادث و أنّما له الرّد بخيار الثّلاثه في الثّلاثه و ذلك لأنّ المقتضى للضّمان أنّما هو العيب الحادث في زمان الخيار و وجود عيب سابق على العقد لا مدخلية له في هذا الضّمان الحادث و لا في الخيار الثّابت بسببه من خيار الحيوان او الاشرط مثلا- و كذا لازم مخالفته في تلك المسأله للمشهور و اختياره أنّ العيب في زمن الخيار لا يكون موجبا للرّد و الأرش و كان الرّد من جهة خيار الحيوان مخالفته أيضا في المقام و كونه مانعا عن الرّد بالعيب السّابق و ذلك لما في المتن من أنّ العيب الحادث اذا لم يكن مضمونا على البائع حتّى يكون سببا للخيار غايه الامر كونه غير مانع عن الرّد بخيار الثّلاثه كان مانعا عن الرّد بالعيب السّابق اذ لا يجوز الرّد بالعيب مع حدوث عيب مضمون على المشتري فيكون الرّد في زمان الخيار بالخيار لا بالعيب السّابق و يؤيد ما ذكرنا من الملازمه ما حكى عنه ره في درسه من التّصريح بالمخالفه للمشهور في هذه المسأله أيضا و أنّ تأثير العيب الحادث في زمن الخيار و كذا عدم تأثيره في الرّد بالعيب القديم أنّما هو ما دام الخيار فاذا انقضى

الخيار كان حكمه حكم العيب المضمون على المشتري خلافاً لشيخه ابن نما حيث ذهب الى مقاله المشهور و يدفعه مضافاً الى ما مرَّ أنّ زمان الخيار ظرف لحدوث العيب و شرط لتأثيره و الخيار الذى حصل العيب فى زمانه لم يكن عله تامه لثبوت الضمان بل المقتضى للضمان هو حدوث العيب فى زمان الخيار و الخيار الذى انقضى زمانه كان شرطاً فى تأثير المقتضى و اذا زال الخيار لم يمنع شىء عن اقتضاء العيب اثره ثم ان تمام الكلام فى كون التلف او العيب فى زمن الخيار مضموناً على البائع من حيث التخصيص بأفه سماويه او تعميمها لغيرها يجىء ان شاء الله تعالى فى احكام الخيار

الخامس قال فى اللمعه بعد نقل قول المحقق انه لا يردّ الاً بالخيار و هو ينافى حكمه فى الشرائع بانّ الحدث فى الثلاثه من مال البائع مع حكمه بعدم الارش و قيد شارحها الحدث فى العبارة بالموجب لنقص الحيوان قال و كذا التلف و لا يخفى انه لو كان مراد المحقق من الحدث هو التعيب و نقص الحيوان كما فهمه شارح اللمعه كان للمنافاه وجه فانّ كون الحدث الموجب للنقص و هو التعيب من مال البائع معناه ثبوت الارش او التخيير بينه و بين الردّ و لكنّ الظاهر انّ مراد المحقق من الحدث الذى حكم بكونه من مال البائع ما يتحقق بعروضه انفساخ العقد لا ما يشمل التعيب و نقص الحيوان و يشهد لهذا ما قاله بعد هذا بلا فصل و لو حدث فيه عيب من غير جهة المشتري لم يكن ذلك العيب مانعاً من الردّ باصل الخيار و لم يحكم فيه بكونه من مال البائع و بالجمله ما ذكره فى الشرائع من انّ العيب الحادث فى الحيوان مضمون على البائع مع حكمه بعدم الارش معناه انه له الفسخ بسبب خيار الحيوان فيكون ضرر النقص الحادث على البائع و هذا لا ينافى ما نقل عنه من عدم الخيار بالعيب بعد الثلاثه و حمل فى الجواهر التنافى الذى ادعاه الشهيد على التنافى بين الحكم بالضمان و نفي الارش من حيث ثبوت الملازمه بينهما و قال ما هذا لفظه و كأنه يريد انه اذا كان مضموناً على البائع كالجمله لزمه الحكم بالارش اذ لا معنى لكون الجزء مضموناً الاً ثبوت ارشه لانّ الارش عوض الجزء الفائت او التخيير بينه و بين الردّ و ليس بوجه فانه من التنافى فى كلام الشرائع و كلام الشهيد صريح فى انّ ما قاله المحقق فى درسه منافع لحكمه فى الشرائع هذا مضافاً الى ما عرفت من معنى العبارة فى الشرائع و قد يقال انّ غرض الشهيد ره هو التنافى من جهتين من جهة ما قاله فى الدرس مع ما قاله فى الشرائع و من جهة ما فى الشرائع فى نفسه فانّ عدم الارش ينافى كون التلف من مال

البائع و على اى حال فالجواب ما عرفت من معنى العبارة

السّادس المنقول عن المحقّق فى درسه كما عرفت هو الردّ بخيار الثلاثة لا بالعيب الحادث و المنقول عن شيخه ابن نما هو ثبوت الخيار بالعيب و بالثلاثة و موافقته للمشهور و قد توهم صاحب الجواهر و جعل قول ابن نما عكس قول المحقّق الّذى هو ثبوت الخيار الاصلى دون خيار العيب و انّ الخيار عنده بالعيب الحادث و جعلهما معا فى غير محلّه حيث أنّه وافق المشهور بانّ الظاهر تعدّد الخيار و الظاهر انّ الّذى اوقعه فى الوهم هو ما قاله الشّهيد الثّانى فى شرح عبارته الشّرائع المتقدّمه من انّ المفهوم من قوله لا يمنع الردّ و جعل الثلاثة ظرفا له انّ الردّ بخيار الثلاثة لا بهذا العيب الحادث الى ان قال و هذا هو المنقول من مذهب المصنّف فى المسأله و نقل عن شيخه ابن نما ثبوت الخيار فى المسأله المفروضه بالعيب الحادث الخ فانّ هذه العبارة ربما يوهّم انّ ابن نما يخصّ الخيار فى المسأله المفروضه بالعيب الحادث و أنّه ليس له الردّ بالخيار الاصلى و لكنّ التأمّل فى العبارة يرفع هذا الوهم فانّ قول ابن نما ره لا- يأبى عن التعدّد الّذى هو لازم المشهور هذا ما قاله صاحب الجواهر فى بحث خيار العيب و اما فى بيع الحيوان فقد نقل قول ابن نما على وفق ما ينقلون عنه و هو ثبوت الخيار من جهتين فلاحظ

قوله (نعم لو علل الردّ بالعيب القديم الخ)

لعلّ غرضه قد ره انّ دليل الخيار و الردّ بالعيب ان كان قاعده نفى الضرر و كون الصبر على المعيب ضررا و استدلال على منعه فى المقام بما حكى عن العلامة فى التذكرة كان المرجع بعد عدم الاولويه من احد الطرفين الى اصاله ثبوت الخيار و اما لو استدلال على منعه فى المقام بانّ تدارك ضرر المشتري بجواز الردّ مع تضرر البائع بالصبر على العيب الحادث ممّا لا يقتضيه قاعده نفى الضرر كان المرجع اصاله اللزوم فى العقود و ذلك لانّ على التقرير الاول كان نفى الضرر شاملا للمقام و لكنّه يسقط بالمعارضه و يشكّ فى بقاء الخيار و المرجع اصاله بقائه و اما على التقرير الثّانى فالمدعى هو عدم شمول نفى الضرر للصورة المفروضه رأسا فيقطع بعدم الخيار لاختصاص نفى الضرر بغيرها و لكنّ العمده فى دليل الردّ هو الاجماع و النصّ و مع الخدشه فى الاجماع و فى النصّ بدعوى اجمال المرسله باعتبار الاجمال فى قيام العين الّذى هو شرط الخيار كان المرجع استصحاب الخيار عند الشكّ فى المسقط و يحتمل ان يكون كلامه هذا اعراضا عمّا ذكره أولا- فى ردّ العلامة من انّ المرجع اصاله ثبوت الخيار و يكون الغرض انّ بناء على كون الدليل نفى الضرر لا يجرى استصحاب الخيار عند

الشك لأنه ح يكون من الشك في المقتضى و أمّا بناء على كون الدليل هو النصّ و الاجماع فلا مانع من جريانه لأنه ح من الشك في الرافع

قوله (فلا يثبت بعد زواله لعدم الدليل

الاولى بناء المسأله على أنّ قيام العين الذي جعل في المرسله شرطاً للرد هل المراد منه كونه حال الرد بمثل حال العقد أم المراد استمرار قيامه بحاله من حال العقد الى حال الرد فعلى الاول لا وجه للسقوط بخلاف الثاني و الظاهر منها هو الاول و عليه فلا مانع من السقوط قبل الزوال و الثبوت بعده لأن المدارح في المرسله التي هي الاصل في دليل السقوط على صدق قيام العين حين الرد و عدمه و يؤيده ما ذكره في توجيه كلام التحرير

قوله (و لو رضی البائع برده مجبوراً بالارش الخ)

لا اشكال في جواز الرد ح و هل يكون فسخاً لأن مقتضى القاعده ثبوت الخيار و جواز الرد بالعيب السابق و عدم الجواز مع حدوث عيب عند المشتري أنما هو لحقّ البائع فاذا زال المانع أثر المقتضى و هو الخيار الثابت اثره أم يكون تقايلاً لأن بحدوث العيب سقط الخيار و جواز الرد لرضى البائع به أنما هو خيار آخر حدث برضا الطرفين

قوله (أمّا الاول فالمعروف أنه لا يجوز التبعض

الظاهر كما عليه المعظم أنّ تبعض الصّ فقه بحيث يستلزم عدم ردّ العين الى البائع على ما كانت عليه حال العقد مانع عن الردّ بالعيب القديم سواء كان المشتري واحداً و هو مفروض الفرع الاول أم متعدداً و هو مفروض الفرع الثاني لا لأن العقد لا يقبل التبعض لما قدّمناه في مسأله بيع الفضولى مال غيره مع مال نفسه من صحّه التبعض فيه و أنّه بالقياس الى متعلّقه اذا تعدّد او كان له ابعاض في حكم عقود متعدده و هو واقع في بيع ما يملك و ما لا يملك و لا لأنّ الفسخ لا يقبل التبعض تمسكاً بأنّ العقد اذا فسخ انفسخ بجميعة فانّ فسخه عبارته عن حلّه و جعله كلاً عقداً فلا معنى لبقائه بالنسبه الى بعض متعلّقه فانّه مندفع مضافاً الى ما نرى من وقوعه في موارد كثيره كما في الفسخ بخيار الشرط اذا شرط لنفسه كلاً او بعضاً و كما في الاقاله المجوّز فيها التبعض و هي أيضا رفع لاثر العقد و ابطال له فهو فسخ برضا الطرفين و كما في المقام اذا كان التبعض بردّ المعيب منفرداً برضا البائع فانّ الظاهر اتّفاقهم على جوازه بأنّ الفسخ و العقد مشتركان في مناط الجواز و الامتناع و هو كون العقد امراً وحدائياً بسيطاً و قد عرفت جوازه في العقد بل وقوعه و اذا كان في مقام الثبوت جائزاً ففي مقام الرّفح يكون كذلك أيضا

قلت ليس المناط في العقد و الفسخ واحدا و الفرق بينهما واضح فانّ العقد من باب الاسباب و السبب الشرعى كالعقلى فكما انّ في الاسباب العقلية يتوقف تأثيرها على وجود شرائط و فقد موانع فكذا الاسباب الشرعيه لا تكون مؤثره كيف ما وقعت و انما تؤثر في محال اجتماعت فيها شرائط التأثير و كانت الموانع مفقوده و العقد اذا تعلق بمركب او متعدّد يؤثر في محلّ قابل للتأثير و لا يؤثر في غيره و هذا بخلاف الفسخ فانه ليس الا ابطالا للعقد الواقع و رفعه له و اذا كان المفروض تأثير العقد في المجموع من دون تبعض في حال وقوعه كيف يمكن ابطال بعض أثره بل لا بدّ اما من ابطاله اصلا او ابقائه كذلك

قلت الفسخ أيضا انما يكون من باب الاسباب الشرعيه و ليس في الحقيقة الا معاوضه جديده عكس المعاوضه الاوليّه الواقعه بالعقد و ليس حاله الا حال الاقاله في كونهما سببا جديدا للمعاوضه غايه الأمر انّ في الفسخ يكون السبب لها إنشاء ذى الخيار وحده و في الاقاله لا تكون سببا الا برضى الطرفين و انشائهما معا و ممّا يدلّك على انّ الفسخ سبب جديد هو عدم تأثيره الا من حينه لا من حين العقد و تفسيره بانّه حلّ العقد و ابطاله ليس الا على وجه المسامحه لاستحاله انقلاب الشئ عمّا وقع عليه و لقد علمت عند الكلام في مسقطيه حدوث العيب لحقّ الخيار تحقيق هذا الكلام و بالجمله الدليل على انّ تبعض الصيغه على البائع مانع عن الفسخ ليس عدم قبول العقد او الفسخ للتبعض بل الدليل انّ وقوع التبعض لا بدّ له من دليل شرعى لانه سبب كذلك و ما عرفت انما يقتضى مجرد الامكان لا الوقوع و لذا قال في الجواهر انّ القدر الثابت هو السيلطنه على فسخ الكلّ و اما تسلط احدهما عليه و ان لم يرض به الاخر المثبت للتبعض فلم يثبت شرعا و الاصل عدمه و الدليل على خيار العيب اما ان يكون هو الاخبار او نفى الضرر فان كان الاول فلا اشكال في انّ ظاهرها ثبوت الخيار في العقد باعتبار مجموع ما وقع عليه لا كلّ جزء لانّ متعلّق الخيار هو العقد و مع الفسخ يفسخ بالنسبه الى جميع اجزاء المتعلّق و دعوى ظهورها في كون محلّ الخيار خصوص الجزء المعيب و فسخ العقد بالنسبه الى بعض اجزائه لا وجه لها و لاجل ما ذكرنا من انّ المتبّع في اثبات الاحكام هو ظواهر الادله و الاكتفاء بمقدار دلالتها ليس للعاقد ان يفسخ بالنسبه الى بعض المبيع من جهة خيار المجلس و انما له فسخ المجموع و كذا في خيار الحيوان لو اشترى حيوانين ليس له الفسخ بالنسبه الى احدهما و اما لو اشترى حيوانا و غير حيوان

صفقه فله الفسخ بالنسبه الى الحيوان خاصه فان الظاهر من الدليل ثبوت الخيار فى الحيوان و عدمه فى غيره و ذلك لصدق بيع الحيوان المستلزم للخيار بادلته و لا دليل على ثبوت مثل خيار الحيوان فى غيره فلو اثبتنا الخيار فى الجميع كان حكما بغير دليل و ان نفيناه عن الجميع كان نفيا لحكم اثبته الدليل و هو الخيار فى الحيوان و غايه الامر فى هذا التفكيك تبعض الثمن بذلك فيكون للبائع خيار التبعض و ان كان الدليل على الخيار هو الضرر فلا وجه أيضا للحكم بتبعض الخيار لا لبااء الدليل عن ذلك بل لأن تبعض الصفقه ضرر على البائع و الضرر لا يجبر بالضرر و جبر ضرر البائع بتسليطه على فسخ العقد لتبعض الصفقه عليه و ان كان بمكان من الامكان الا ان جبر ضرر بضرر اخر كان الثانى مجبورا بامر آخر لم يعهد من دأب الشرع فتدبر

قوله (لأن المردود ان كان جزء مشاعا)

الظاهر ان رد الجزء المشاع لا معنى له فى المقام لأن الكلام فيما لو ظهر عيب فى بعض المبيع و بيان حكم التبعض فى الرد برد الجزء المعيب دون الصيحيح و التبعض برد البعض المشاع من الجزء المعيوب لا- وجه له اصلا و ادون منه رد الجزء المشاع من المجموع

قوله (الا انه يوجب الضرر على المشتري)

اذا قلنا بان ضرر التبعض على البائع يجبر بخياره على فسخ العقد فلا وجه لدفعه بأنه يوجب الضرر على المشتري اذ قد يتعلق غرضه بامساك الجزء الصيحيح اما أولا فلان اللازم رعايه حال المفسوخ عليه لا الفاسخ و هو المشتري فانه اقدم على هذا الضرر باختياره حيث ترك اخذ الارش و اختار الرد نعم لو كان الرد واجبا عليه لتم ذلك و اما ثانيا فلان هذا الضرر على المشتري لازم على كل من تقديري رد المجموع و رد البعض فرد البعض و هو المعيب ليس موجبا لنقض غرضه بخصوصه فالاولى فى المنع عن الجبر بخيار البائع على الفسخ ما ذكرنا من عدم معهوديه امثال هذا الحكم من الشرع

قوله (عدم جواز رد المبيع منفردا و ان رضى البائع)

الظاهر عدم الاشكال فى ذلك غايه الامر انه ليس فسخا بالخيار بل يكون من باب الاقاله و لا خلاف عندهم فى جواز التبعض فيها و الاشكال بان العقد امر بسيط و كيف يمكن التبعض فى حله فقد عرفت الجواب عنه

قوله (فى ثبوت حق الخيار لمجموع المبيع)

فى عبائر المقام نوع تشويش و اضطراب و لعل الاشتباه وقع فى النسخ المنقوله عن خط المصنف ره و منها هذه الكلمه فانها بظواهرها غير مراده

قطعا و غرضه أنه لا- يشك في أن الخيار حق وحداني متعلق بمجموع ما تعلق به و إنما الاشكال في أن متعلقه هل هو الجزء المعيوب او هو مجموع ما وقع عليه العقد فلا تغفل

قوله (كما أن للشفيع ان يأخذ بالشفعه في بعض الصفقه)

ليس الغرض جريان التبعض في جميع موارد الشفعه بل الغرض الاستيناس و الاستشهاد للمقام بالموارد التي جوزوا التبعض فيها في باب الشفعه مثل قولهم فيما لو باع حصه من الدار و البستان صفقه بان للشريك فيهما اخذ احدهما بالشفعه مع ان فيه تبعضا للصفقه

قوله (بل ليس قائما بعينه و لو بفعل الممسك)

و الفرق بين هذا الفرع و الفرع الاول حيث ادعى فيه عدم جواز التشبث بقوله (ع) في مرسله جميل اذا كان الشىء قائما بعينه ان المردود من المعيب هنا ليس تامه بل ما هو الحصه لاحد الشريكين فليس الشىء من جهة امسك الشريك الاخر حصته قائما بعينه حين ما يرد الى البائع بخلافه هنا فان المردود تمام المعيب اذا كان متعلق الخيار هو خصوص الجزء المعيب و لا شك في بقاءه بعينه

قوله و من ذلك يعلم قوه المنع و ان قلنا بتعدد العقد)

قد يقال ان هذا مناف لما ذكره قبل الشروع في حكم الفرع الاول من انه مع تعدد العقد بتعدد الثمن لا اشكال في جواز التفريق اذا الظاهر انه لا فرق بين التعدد الجائي من قبل تعدد الثمن او من قبل تعدد المشتري و يندفع بان مع تعدد الثمن كيف يمكن القول بان النقص الحادث في احد المعوضين نقص في المعوض الاخر مع وضوح كون كل من العوضين ركني العقد و هذا بخلاف تعدد المشتري خصوصا مع وحده القبول فقياس التشقيص بتعدد المشتري بالتشقيص عند تعدد الثمن غير وجيه و ما يستدل به لجواز التفريق عند تعدد المشتري بان التشقيص حصل بايجاب البائع فانه اخرج المبيع الواحد اليهما مشقفا فالشركه حصلت بايجابه فالجواب عنه ما في المتن من انه اخرجه غير مبعض و انما تبعض بالاخراج و لا يقاس ما نحن فيه من تعدد المشتري و كون الثمن واحدا بما لو باع نصفه المعين من زيد و نصفه الاخر من عمر و بثمانين في صفقه واحده حيث لا اشكال في استقلال كل منهما في الخيار و في جواز الرد و ذلك لامتناع ان يكون الاخراج غير مبعض مع تعدد كل من العوضين في كل من الثقلين و لو فرض وقوع العقد في صفقه واحده و لعمرى ان هذا من الواضح بمكان فلا تغفل

قوله (و علم البائع بذلك

ليس فيه اقدم على الضرر)

بل على تقدير كون حكم المسأله جواز التبعض ليس علم البائع بتعدد المشتري موجبا لاقدمه على الضرر فان صدق اقدمه موقوف على التفاته الى العيب عند البيع و على احتماله الفسخ من احدهما دون الاخر و لعله غافل عن جميع ذلك

[مسأله يسقط الأرش دون الرد في موضعين:]

قوله (بعد ان حكاها وجها ثالثا)

ليس الغرض كما يتوهم من ظاهر العبارة ان العلماه ره ذكر في مفروض المسأله وجوها ثالثها لبعض الشافعيه نعم يستفاد من كلماته ان في مفروض المسأله وجوها ثلاثه جواز اخذ الارش و عدم الجواز و التفصيل بين الأخذ من جنس العوضين او غيره و لكن الوجوه التي ثالثها لبعض الشافعيه انما ذكرها فيما اذا حدث عيب جديد في يد المشتري فيما كان من الربوي معيبا بالعيب القديم و حاصلها فالأول انه ليس له الارش و لا الرد مجاناً و لا الرد مع الارش و قال ان طريق التخلص فسخ البيع و الزام المشتري بقيمته من غير الجنس معيبا بالعيب القديم سليما عن العيب الحادث و الثاني الفسخ مع رضی البائع و يرد المشتري العين مع ارشها و لا ربا الثالث الرجوع على البائع بارش العيب القديم و قال في التذكرة في المسأله المشار إليها ان هذا الوجه عندي لا بأس به و الموجه لهذا الوجه بان المماثله في مال الربا انما يشترط في ابتداء العقد هو بعض الشافعيه

[موارد سقوط الرد و الأرش معا]

قوله (فلو اشترط العالم ثبوت خيار العيب)

و هنا مسائل الاولى قد يلحق الظن بالعيب و الشك فيه بصوره العلم في سقوط الخيار و يوجه بان الاقدام على ما لا يؤمن على الضرر يكون بمنزله الاقدام على ما يعلم به و فيه أولا ان البناء على اصاله السلامه يمنع عن صدق الاقدام و ان ظن بالعيب و ثانيا ان دليل الاقدام يرفع الخيار لو كان دليله منحصرنا بنفي الضرر لكنه قد عرفت ان العمده هي الاخبار و هي يثبت الخيار مع الجهل فيخرج صوره العلم فقط و يبقى ما عداه و لو كان ظنا نعم لا يبعد الحاق الظن القوي بالعلم اذا كان الظن بحيث لا يجرى معه اصاله السلامه الثانيه اذا كان المشتري و كيلا فان كان و كيلا في مجرد الصيغه كان العبره في سقوط الخيار بعلم الاصيل بالعيب و ان كان و كيلا مستقلا في التصرف و اختلفا بان كان الاصيل عالما و الوكيل جاهلا او بالعكس فهل العبره بحال الوكيل او الموكل او كفايه علم احدهما في سقوط الخيار او كفايه جهل احدهما في ثبوته و جوه خيرها ثالثها لصدق علم المشتري على كل منهما على الاصيل حقيقه و على الوكيل تنزيلا و دعوى

انّ لازم الصّيدق التّنزيلي الحكم بثبوت الخيار مع علم الاصيل و جهل الوكيل لانّ الاصيل و ان كان عالما حقيقه اّلا أنّه جاهل تنزيلا لجهل و كيله مدفوعه بانّ التّنزيل لا يكون اّلا فيما يترتب عليه اثر شرعيّ و سقوط الخيار اثر للعلم بالعيب و اّما ثبوت الخيار فهو اثر لوجود العيب لا- للجهل به ثمّ أنّه يستثنى من كفايه علم احدهما في سقوط الخيار ما لو كان المالك عالما و لم يتمكّن من ردع الوكيل الجاهل و ذلك بناء على كون الاقدام سببا للسقوط فواضح و بناء على الاخبار فلدعوى انصرافها في مقام دلالتها على السقوط في صوره العلم عن هذه الصّوره الثالثه لو علم بالعيب فبان انّ الموجود غير ما اعتقده فان كان ارش العيب الموجود ازيد فلا اشكال في ثبوت الخيار مط و اّلا ففي سقوط الخيار لانّه اقدم على الضّرر و تخلف المصداق غير قادح او ثبوته لانّه لم يقدم على هذا العيب و اّما اقدم على عيب اخر او التفصيل بين اتّحاد السّرخ فالسّقوط و عدمه فالعدم و جوه خيرها اوسطها لاختلاف الاغراض و لو ظهر مع العيب المعلوم عيب اخر ثبت الخيار لانّه لم يقدم على هذا و ان اقدم على المعلوم و كذا لو ظهر زياده العيب الموجود على ما اعتقده و كانت الزّياده ممّا لا يتسامح فيه و لو علم بالعيب ثمّ نسيه لحقه حكم الجهل

قوله (انّما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامه)

لا يقال انّ مقتضى هذا الدليل بطلان المعامله لانّ اقدام المشتري ح يكون من دون اعتماد على اصاله السّلامه و هو اقدام على الغرر لاحتمال ان يكون المبيع معيبا فانه يقال لا منافات بين تبرّي البائع و عدم التزامه بالعيب و اتّكال المشتري في عمل نفسه حيث اقدم على هذه المعامله على الاصل الرّافع للغرر

قوله (و مكاتبه جعفر بن عيسى الآتيه)

يأتي ذكرها في المسأله الرّابعه من مسائل الاختلاف في المسقط و دلالتها من وجهين الاوّل حكمه (ع) بانّ عليه الثّمّن الدالّ على لزوم البيع مع التبرّي الثّاني تقريره (ع) للمشتري حيث اعترف بسقوط خياره على تقدير السّماع الدالّ على انّ سقوط الخيار مع التبرّي ممّا لا يقبل الانكار

قوله (لا يقال انّ التبرّي ممّا لم يوجد يستدعي البراءه)

قد ذكرنا في اسقاط خيار الغبن انّ البراءه عن العيوب في العقد انّما هو دفع لتأثير المقتضى لا ان يكون المقتضى ثابتا و البراءه مسقطا فلا يكون اشتراط سقوطه مستدعي البراءه ممّا لم يجب و لا فرق في ذلك بين العيوب الموجوده و المتجدّده هذا مضافا الى انّ اسقاط ما لم يجب انّما يمنع عنه فيما لو اريد فعلا اسقاط ما لم يثبت موجبه و لو بثبوت مقتضيه و اّما اذا كان حين وجود مقتضيه فلا مانع من

اسقاطه باعتبار ثبوت مقتضيه

قوله (و قد اعترف قدس سره في بعض كلماته)

قد علمت أنّ البراءة من العيوب ليس من باب الاسقاط و أنّما هي بالاشتراط يكون من باب الدّفْع و عليه فيمكن ان يكون عدم تجويزه لاسقاط خيار الرّؤيه بعد العقد غير مناف لتجويزه اشتراط نفى خيار الرّؤيه في العقد فلعلّه اراد من الثّاني غير الاسقاط

قوله (مع أنّ اختصاص النصّ بصوره الخ)

و المراد من النصّ صحيحه زراره عن ابى جعفر (ع) و مرسله جميل عن ابى عبد الله (ع) و العجب ممّن يذهب الى ظهور النصّ المثبت للارش بعد التصرّف فيما قبل العلم و على اى حال فظاهرهم كما مرّ الاجماع على أنّ التصرّف أنّما يمنع عن الرّد خاصيه بل عباره الوسيله ليست صريحه في الخلاف في الجواهر أنّ فيما حضرني من نسخه الوسيله و ان علم بالعيب ثمّ تصرّف فيه لم يكن له الرّد و الارش لأنّ تصرّفه ليس بموجب لرضاه قال و تعليقه أنّما ينطبق على أنّ له الارش و لعلّ الاسقاط من النّسخه

قوله (كسائر الاوصاف المشترطه في المبيع)

قد يتوهم أنّ العيب الحادث يحسب بإزاء العيب السّابق ففي صورته الرّد لا- وجه لدفع المشتري قيمه النقص الحادث فعلم ره كلامه لدفع هذا التوهم بأنّ الصحّح في هذا المبيع كسائر الاوصاف المشترطه في المبيع التي لا يوجب فواتها ارشا و ذلك لأنّ المفروض عدم نقصان قيمه بالعيب السّابق

قوله (اقتصر في المبسوط على حكائيهما)

قال في المبسوط اذا اشترى من غيره ابريقا من فضّه وزنه مائه درهم بمائه درهم و وجد به عيبا و حدث في يده عيب اخر فأنه لا يجوز له ردّه لحدوث العيب فيه عنده و لا يجوز له الرجوع بالارش لأنّه ينقص الثمن من وزنه فيكون ربا و لا يجوز اسقاط حكم العيب فاذا ثبت ذلك فقد قيل أنّه يفسخ البيع و يغرّم المشتري قيمه الابريق من الذهب و لا يجوز ردّه على البائع لحدوث العيب عنده و يكون بمنزله التّألف و قيل أيضا يفسخ البيع و يردّ الابريق على البائع مع ارش النقصان الّذى حصل في يد المشتري و يكون ذلك بمنزله المأخوذ على طريق السّوم اذا حدث فيه النقص فأنه يجب ردّه مع ارش النقصان ه

[مسأله قال في المبسوط: من باع شيئاً فيه عيب لم يبيته فعل محظوراً]

قوله (فالمحصّل من ظاهر كلماتهم خمس احوال)

و هي استحباب الاعلام مط و وجوبه مط و وجوبه في العيب الخفي مط او مع عدم التبرّي دون الجليّ و التّخيير بين الاعلام و التبرّي في الوجوب و الظاهر من استدلالاتهم و كلماتهم ابتناء الكلّ في وجوب الاعلام و عدمه على دعوى صدق الغش في

صوره ترك الاعلام و عدمه و كون المدرك منحصرافى ذلك اما الكبرى و هو حرمة الغشّ فلا اشكال و

لا- خلاف في حرمة و امّا الصّغيرى فهو كما في المتن مبنى على بيان معنى الغشّ و المذى يظهر من ملاحظه العرف و اللّغه انّ كتمان العيب الخفى غشّ و امّا العيب الظاهر فترك اظهاره ليس غشًا لعدم صدق الخفاء و الكتمان و قد مرّ في المكاسب المحرّمه اقسام الغش و بيان احكام المسأله فلاحظ

[مسائل في اختلاف المتبايعين]

[أما الأول، و هو الاختلاف في موجب الخيار]

قوله قال في التذكرة و لو اقام احدهما بينه عمل بها)

المشهور على انّ البيّنه وظيفه للمدعى و وظيفه المنكر ليس الّا اليمين فلو اقام البيّنه لم يقبل منه و ربما ادعى بعضهم الاجماع على ذلك و لكنّ العلماءه و جماعه ذهبوا الى سماعها عن المنكر و عدم الحاجة معها الى اليمين و لو في غير صورته تعارض البيّنتين و حكم التذكرة بانه لو اقام احدهما بينه عمل بها مبنى على هذا المسلك و إليه اشار المصنّف بقوله و هذا منه مبنى على سقوط اليمين عن المنكر باقامه البيّنه و تحقيق المسأله في كتاب القضاء

قوله (و اذا حلف البائع فلا بدّ من حلفه على عدم تقدّم العيب)

اعلم انّ من شرائط اليمين جزم الحالف و قطعه بما يستحلف عليه من اثبات شىء او نفيه و يعبر عنه بالبّت الّا فى نفي الدّعى المسوقه إليه على فعل الغير فيحلف على نفي علمه بفعل ذاك الغير و على هذا اتّفقت كلمتهم و فى المقام لا يكون المدعى به فعل الغير نظير فعل الوكيل حتّى يكون اليمين المتوجه على البائع بعد تقديم قوله متعلقًا بفعل الغير و حتّى يكون حكمه من دون تأمّل هو اليمين على نفي العلم بل يكون من الاوصاف الخارجيّة الّتي ليست من فعل النفس و لا من فعل الغير فانّ التّراع انما هو فى وقوع العقد على الصّحيح او المعيب و لاجل هذا وقع الاختلاف فى أنّه ملحق بفعل النفس و يحلف على البّت و يلحقه حكمه او بفعل الغير فيحلف على نفي العلم و استقرب فى مفتاح الكرامه الاوّل و هو ظاهر المصنّف حيث قال أنّه اوفق بالقواعد و استقرب فى التّذكرة الثّانى و استحسنته فى لك و لكن ذلك من باب الرّخصة لا العزيمة فلو حلف بتّا اذا كان مختبرًا او كان عالما بوقوع العقد على الصّحيح يسقط الدّعى به و ظاهرهم سماع الدّعى لو اقام المدعى البيّنه بعد حلف البائع على نفي العلم فسقوط الدّعى بالحلف ينفى العلم مراعى بالبيّنه اذا عرفت هذا فاعلم انّ الوجوه المذكوره فى المتن فى صورته عدم الاختبار اربعة الاوّل الحلف على الواقع على البّت استنادًا الى الاصل الثّانى الاكتفاء بالحلف على نفي العلم و سقوط الدّعى بذلك الثّالث الحلف على نفي العلم و سقوط الدّعى الى ان تقوم البيّنه فلو اقام المدعى البيّنه بعد حلف البائع كان مقبولًا الرّابع عدم الاكتفاء بالحلف على نفي

العلم و لزوم ردّ الحاكم اليمين على المشتري فيحلف و هذا اوفق بالقواعد من دون فرق في ذلك بين ان يكون الجواب بالانكار او بلا- ادري و وجهه انّ الغالب اطلاع المالك على عيب ماله كنفس فعله ففي صورته علمه و اختباره يحلف على وجه البتّ و مع عدم علمه و اختباره يرّد الحلف الى المشتري

قوله (كما تدلّ عليه روايه حفص الواردة في جواز الحلف)

في الكافي عن حفص بن غياث عن ابي عبد الله (ع) قال قال له اذا رايت شيئا في يدي رجل يجوز لي ان اشهد أنّه له قال نعم قال الرّجل اشهد أنّه في يده و لا اشهد أنّه له فلعلّه لغيره فقال ابو عبد الله (ع) أ فيحلّ الشراء منه قال نعم فقال ابو عبد الله (ع) فلعلّه لغيره فمن اين جاز لك ان تشتري و يصير ملكا لك ثمّ تقول بعد ذلك هو لي و تحلف عليه و لا يجوز ان تنسبه الى من صار ملكه من قبله أليكم ثمّ قال ابو عبد الله (ع) لو لم يجز هذا لم يقيم للمسلمين سوق فانّ بعد التأمل يظهر منها جواز الاتّكال على الاصول و الامارات و المعامله معها معاملة الواقعيّات في مقام الشّهادات فضلا عن غيرها و انّ كلّ ما جاز الاتّكال عليه في مقام العمل جاز الاتّكال عليه في مقام الشّهاده و اليمين و في قوله (ع) أ فيحلّ الشراء منه و في التعليل المذكور فيها من قوله (ع) و لو لم يجز هذا لم يقيم للمسلمين سوق اوضح دلالة على ما ذكرنا و الخدشه بانّ الكلام في الاعتماد على الاصل العملي و مورد الرّوايه صورته وجود اليد غفله عن وجه الاستدلال و لكنّ الشّأن في انّ الصّحّه و عدم العيب ليست من الامور التي يكفى فيها الاستناد الى سبب شرعيّ ظاهريّ فانّ العيب بوجوده الواقعي موجب للخيار

قوله (فرع لو باع الوكيل فوجد به المشتري عيبا)

لا يخفى انّ الوكاله اما معلومه عند المشتري أم لا و على الاوّل فان اتّفق المشتري و الوكيل على تقدّم العيب على العقد الموجب للخيار ردّ المبيع على الموكلّ لانه المالك و الوكيل نائب عنه و بطلت وكالته بفعل ما امر به و ان كان قد دفع الثمن اخذه من الموكلّ سواء وصل الثمن إليه أم لا لانّ يد الوكيل و قبضه يد الموكلّ و قبضه و وصول الثمن إليه لا دخل له في الردّ بالعيب و كذا لو اراد الامسك و الارش اخذه من المالك و ما ذكرنا انما هو فيما بطلت وكالته و لو فرض بقائها كما في عامل القراض فله الرجوع الى الوكيل أيضا و الظاهر انّ هذا هو المعروف بين الاصحاب و قال الشّيخ في ط اذا وكلّ رجلا في بيع ماله و قبض ثمنه فادّعى أنّه قبض الثمن و تلف في يده او دفعه إليه و صدّقه المشتري على ذلك فقال الموكلّ

ما قبضته من المشتري كان القول قول الوكيل على اصح الوجهين فاذا حلف برئ فان وجد المشتري بالمبيع عيبا كان له رده بالعيب فان اقام البيئه على انه دفع الى الموكل او الى الوكيل ثمنه كان له رد المبيع على ايهما شاء و مطالبته بالثمن و ان لم يكن له بيئه لم يكن له مطالبه الموكل لانه لم يثبت له دفع الثمن اليه و له مطالبه الوكيل بالثمن و رد المبيع اليه لانه اقر بقبض الثمن منه و ليس للوكيل مطالبه الموكل و يكون القول قول الموكل مع يمينه انه لا يعلم انه قبض الثمن من المشتري فاذا حلف لم يكن له مطالبته الا ان يقيم بيئه على ما يدعيه من قبض الثمن من المشتري و تلفه في يده او دفعه اليه و على ما قدمنا و هو المذكور في المتن لو انكر الموكل دفع المشتري للثمن الى الوكيل فان اقام المشتري البيئه فالحكم ما ذكر و مع عدم البيئه فاذا اقر الوكيل بقبض الثمن من المشتري و انه دفعه الى الموكل و حلف على الدفح ففي رجوع المشتري الى الموكل وجهان مبتيان على كون اليمين طريقا شرعيا لاثبات وقوع متعلقه في الخارج كالبيئه ام لا بل هي لمجرد سقوط الضمان عن الوكيل فلا يطالب به الموكل لعدم معلومته وصوله اليه او الى وكيله و هل للمشتري ح بعد الفسخ ان يأخذ المبيع مقاصه عن الثمن بعد اعترافه بالوكالة و قبض الوكيل الموجب لشغل ذمه الموكل به في الواقع وجهان مبتيان على ان جواز التقاص مشروط بتمرد المقابل و امتناعه ام انه يجوز عند تعذر وصول المطالب الى ماله مط و الوجهان جاريان أيضا في اخذ الموكل المبيع مقاصه عن ثمنه مع التمكّن منه و العلم بعدم قبض وكيله الثمن و على الثاني فان ادعى المشتري على الوكيل تقدم العيب و لم يتمكن الوكيل من اقامه البيئه على حدوثه فان اعترف بالتقدم و انكره الموكل مع اعترافه بوكالته رجع المشتري الى الوكيل في دفع المبيع اليه و أخذ الثمن او الارش و قد يحتمل رجوع المشتري الى الموكل تمسكا تاره بان يد الوكيل ليست اماره على الملكيه اذا لم تقترن بدعواها و كون البائع اصيلا او وكيلًا- باع لغيره مما لا يعلم الا من قبله فهو مصدق في دعوى الوكالة و انه باع لغيره فيرجع الى مالكة و لذا قالوا ان الوكيل عن جماعه مشتركين في عين يصدق في انه باع لاي واحد من الشركاء لانه لا يعلم الا من قبله و اخرى بان الوكيل يقبل قوله كما يقبل في التلف و ان بطلت وكالته فضلا عن صوره بقائها بقاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به بناء على جريانها بعد انقضاء زمان الملك الفعلي كما يظهر من بعضهم و الوجهان في غايه السقوط اما

الأول فلائح الكلام ليس فى الوكاله و كون البائع وكيلا أم أصيلا و ليس اختلاف الموكل و الوكيل فى ذلك و إنما الاختلاف فى تقدّم العيب و عدمه و ليس هذا من الامور التى لا يعلم إلا من قبل الوكيل حتى يقبل قوله و اما الثانى فلائح الكلام كما عرفت فى وجود العيب حين البيع او حدوده بعده و كون المبيع معيبا حين البيع أم لا- ليس ممّا و كلّ فيه حتى يكون مشمولاً لتلك القاعدة و يقبل قول الوكيل فيه و هذا من الوضوح بمكان و بناء على المعروف و المذكور فى المتن من رجوع المشتري الى الوكيل لم يملك الوكيل ردّه على الموكل و للوكيل احلافه على عدم السّيق و هل للوكيل اخذ المبيع المذى فى يده مقاصّيه فالوجهان و على تقدير عدم جواز التّقصّص يكون المبيع امانه عند الوكيل و يجب دسه فى مال الموكل و لو ردّ اليمين على الوكيل فحلف على السّيق الزم الموكل و لو انكر الوكيل التّقدّم حلف و لم يتمكّن من الردّ على الموكل و هل للمشتري تحليف الموكل لانه مقرّر بالتوكيل قال المصنّف الظاهر لا و ما ذكره من التعليل أنّما يتمّ لو كان المشتري معتقدا بعدم وكاله الوكيل و اما مع دعواه عدم العلم بالحال و أنّه اشترى من الوكيل و لم يعرف غيره فليس دعواه إنكاراً للوكاله و جهله ح لا ينافى جواز تحليفه لكلّ منهما و لكن اذا حلف احدهما سقط دعواه و لا يجوز له تحليف الاخر لانّها دعوى واحده

قوله (لو ردّ سلعه بالعيب فانكر البائع)

لا خلاف فى تقديم قول البائع لاصاله عدم حقّ له عليه و اصاله عدم كونها سلعته و اصاله عدم تأثير الفسخ بردّ هذه السّيله و اصاله عدم تعلق العقد بهذه السّيله و اصاله براه ذمه البائع عن وجوب ردّ الثمن بردّ هذه السّيله مضافاً الى أنّ المشتري لو ترك دعوى كون السّيله هو هذا المعيوب لتركه البائع و على القاعدة المقرّره يكون المشتري مدّعياً و يقدّم قول البائع بيمينه و اما المسأله الثانيه و هى ما لو اتّفقا على الخيار و اختلفا فى السّيله ففيه قولان الاول تقديم قول البائع و هو اختيار المصنّف و الثانى تقديم قول المشتري و غايه ما تمسّكوا له امور الاول اتّفاقهما على ثبوت الخيار و فيه ما فى المتن من أنّ اتّفاقهما على جواز الفسخ لا- يؤثّر فى تقديم قول المشتري الثانى دعوى البائع خيانه المشتري و فيه أولاً ما ذكره فى المتن من أنّ الواجب ح القول بتقديم قول المشتري فى المسأله الاولى أيضاً و ما ذكره بعض الاعاظم من امكان الفرق بين المسألتين فى جريان اصل عدم الخيانه لأنّ فى صورته معلوميه

الخيار أمّا للعيب او لغيره يكون دفع العين من البائع الى المشتري مع كونها فى معرض العود إليه شبيها بالامانه فكانّ البائع جعل المشتري امينا فى ذلك فعليه ان يقبل قوله فى دعوى التّعيين و هذا بخلاف صوره عدم المعلوميه كما فى المسأله الاولى فانّ استيمانه غير معلوم لا حاصل له فانّ بعد الاعتراف بانّ دفع العين الى المشتري فى المسأله الثانيه ليس من الدّفْع على وجه الامانه حقيقه و غايه الامر أنّ كونها فى معرض العود يجعلها شبيها بالامانه المالكيه يمكن ان يقال فى المسأله الاولى أيضا أنّ مع حكم الشّارع بخيار العيب يجعلها شبيها بالامانه الشّرعيّه و ثانيا أنّه لا وجه لتقديم اصاله عدم الخيانه على الاصول المتعدّده الموجهه لتقديم قول البائع و ما افاده فى المتن من أنّ مستندها ظهور حال المسلم نظير اصاله الصّحّه فممنوع لعدم الدّليل على حجّيه هذا الظّهور لو فرض و لا اشكال فى أنّ مقتضى القاعده فى موارد الاشتباه و عدم العلم باعتبار الظّاهر هو الرّجوع الى الأصل و ثالثا أنّه لو جعلنا المدار فى تعيين المدّعى و المنكر بانّ المدّعى هو الذى لو ترك ترك يكون المشتري هو المدّعى و كذلك بناء على ما اختاره جماعه من أنّ المدار فيه على الصّيدق العرفى لأنّ اللّفظين لم يرد فى معناهما شىء من الشّرع و لم يكن لهما حقيقه شرعيّه و الاختلاف فى تعريفهما ناش عن الاختلاف فى الفهم العرفى و رابعا أنّ على فرض التسليم تكون المسأله من باب التّيداعى لأنّ المشتري يدّعى أنّ المبيع هو هذا المعيب و البائع يدّعى أنّه غيره فكلّ واحد مدّع من جهه و منكر من اخرى و كلّ واحد منهما يوافق اصلا و هذا هو التّيداعى و لا بدّ ح من الرّجوع الى ميزان ذاك الباب لا تقديم قول المشتري الثالث دعوى البائع سقوط حقّ الخيار الثّابت للمشتري و هو ينكره و فيه ما افاده فى المتن أولا من أنّها تجدى اذا كان الخيار المتّفق عليه لاجل العيب لسقوطه بالتّلف و ألّا فاكثر الخيارات ممّا اجمع على بقائه مع التّلف بل لا يجدى فى العيب أيضا مطلقا فهو اخصّ من المدّعى لاختصاصه بصوره التّلف و الدّعوى عن البائع اعّم منه و من التبدّل و ثانيا من أنّ اصاله عدم سقوط الخيار غايته ثبوت الخيار و أمّا كون هذه السّيلعه ما لا للبائع و يجب عليه قبولها فلا يترتب عليه ألّا من جهه التلازم فالاقوى ما ذكره فى القواعد و جامع المقاصد من أنّ المشتري يدّعى كون هذه السّله هي السّله المعيبه و ينكره البائع فيقدّم قوله لاصاله عدم كونها سلعه فان جاء بسله اخرى يقبلها البائع بكونها ماله اخذ الثّمّن و ألّا للبائع امساكه مقاصّه عن ماله

[و أمّا الثانى و هو الاختلاف فى المسقط]

قوله (قدّم منكر العلم فيثبت الخيار)

لأنّ عدم العلم بالعيب حال العقد شرط للخيار

فهو من باب احراز موضوع الحكم احد جزئيه بالوجدان و الاخر بالاصل و لا يعارض هذا الاصل و هو اصاله عدم العلم باصاله اللزوم فانه ان اريد منها العمومات فهي اجنبيه عن الشبهات الموضوعيه و ان اريد منها الاستصحاب فهو محكوم بالنسبه الى اصاله عدم العلم لانه مسبب عنه و لو فرض العلم بعلمه سابقا بالعيب و يدعى زوال علمه و اعتقاده بالصحه حال العقد فالاصل يقتضى بقاء علمه و يسقط الخيار

قوله (فمقتضى القاعده بقاء القديم الموجب للخيار)

لا- يخفى ان بقاء الجديد مانع عن الرد بالعيب القديم فمقتضى القاعده تعارض الاصلين من حيث الرد و عدمه و ذلك لان جريان اصاله بقاء القديم مقتضى للرد و الارش و جريان اصاله بقاء الجديد مقتضى لعدم الرد لما مر من ان العيب الحادث عند المشترى موجب لسقوط الرد خاصه فالقاعده تقتضى عدم الرد للمعارضه و ثبوت الارش لعدم المعارضه بشىء فى ثبوته و ان شئت قل ان البائع و المشترى متفقان على ثبوته و انما النزاع فى ثبوت الرد أيضا و الشافعى و ان اختار ما ذكرناه لكن الظاهر انه اخطأ فى وجهه و هو التحالف لان محله ما كان مورد التداعى امرا واحدا وجوديا كان يدعى احدهما ملكيه شىء و الاخر أيضا يدعى ملكيته

قوله (فلا اشكال فى تقديم قول المشترى)

و ذلك لاصاله عدم حدوث الزيادة

قوله (قدم منكرها فيثبت الخيار لاصاله عدمها الحاكمه)

اذ الشك فى اللزوم و عدمه مع وجود العيب انما هو مسبب عن البراءه عنه و عدمها و لا- فرق فى ذلك بين طرح الدعوى بامسالك المشترى عن اداء الثمن للعيب و دعوى البائع البراءه منه او دعوى المشترى ثبوت الخيار و انكار البائع له من دون ذكر البراءه التى هى السبب لسقوط الخيار و عدم استحقاق الفسخ لان المدار عندهم فى تشخيص المنكر على موافقه الاصل و ان من كان قوله موافقا له فهو المنكر و لئما كان المفروض اتفاهما على تحقق العيب و كان النزاع و الغرض متعلقا بانبات الخيار من جهه العيب و عدمه من جهه البراءه و نحوها من المسقطات كان المشترى قوله موافقا للاصل و هو عدم المسقط من دون مدخلية لخصوصيه طرح الدعوى

قوله (و فى كل منهما نظر)

اما فى الاول فلان الخبر رواه الشيخ ره و هو من قسم الحسن و عمل به الاصحاب فى غير المقام فلا بد فى المقام من توجيهه مهما امكن و اما فى الثانى فلان ظاهر الزوايه على خلاف القاعده المذكوره لوضوح ان المدعى هو البائع و المنكر هو المشترى

قوله و الاولى توجيه الزوايه)

وَجَّهَهَا بَعْضُ بَانَ الْمَرَادُ بِقَوْلِهِ ادَّعَى عِيوبًا أَنَّهُ ادَّعَى

حدوث عيب جديد بعد العقد و المراد بقوله قد برئت منها اظهرت و المقصود انّ الدّلال يقول اظهرت لك عيوبها و اشترت مع العيب و المشتري يقول أنّه حدث فيه عيب جديد و الحكم باللّزوم من جهة أنّ العيب الجديد ليس سببا للخيار فيلزم بالتّمن و هو توجيه لا يلتفت إليه من جهات عديده

قوله (و يمكن التفصّي عنه اما بالتزام كفايه تقدّم الشّروط)

و كلّ واحد من الوجوه المذكوره كاف في التفصّي مضافا الى عدم لزوم ذكر التبرّي شرطا في ضمن الايجاب بل يكفي في السّقوط وقوع العقد بناء على الشّروط المذكور خارجا و ان شئت قلت انّ قبول المشتري بعد ايجاب البائع الواقع بعد التبرّي اقدام من المشتري على الالتزام بالعيب و ان لم يكن التبرّي من الشّروط في ضمن العقد

قوله (ثمّ الحلف هنا على نفي العلم)

غرضه قدّس سرّه انّ النزاع لما كان في علم المشتري بالبراءه و عدمه لانه المسقط للخيار لا مجرد براهه البائع واقعا و لو لم يعلم به و البائع يدعى علمه و المشتري ينكره كان اللّازم حلفه على نفي علمه و من الواضح انّ هذا حلف على وجه البتّ و على طريق الموضوعيّة على نفي دعوى البائع و هو علم المشتري بالبراءه فليس الغرض من نفي العلم في العبارة نفي العلم في مقابل البتّ لانه لا يكون الا في فعل الغير و يكون نفي العلم ح على وجه الطّريقيه

قوله (و لو وجد في المعيب عيب اختلف في حدوثه)

قال بعض الاعاظم لا يخفى انّ هذا تكرار لما ذكره في المسأله الثالثه فلا تغفل ه و الظاهر انّ مفروض المقام ما لو اتّفقا على وجود عيب حال العقد و وجود عيب في الحال بعد القبض و ادعى البائع انّ الموجود حال العقد قد زال و هذا عيب حادث فلا خيار و ادعى المشتري أنّه هو العيب القديم الموجب للخيار و ما افاده ره من احتمال تقديم مدّعى الحدوث لاصاله عدم تقدّمه الحاكمه على اصاله بقاء الخيار للتّسبب لا وجه له لانّ الكلام في حدوث المسقط و هو العيب الجديد و اصاله عدم تقدّم العيب لاثبات حدوثه عند المشتري الّذي هو المسقط من المثبت فالاقوى هو تقديم قول المدّعى لعدم الحدوث لاصاله بقاء الخيار

[و أما الثالث الاختلاف في الفسخ]

قوله (و لعلّه لما اشتهر بينهم من انّ من ملك شيئا الخ)

الظّاهر انّ كلامه ليس لاجل ما اشتهر من قاعده من ملك حتّى يشكّل بعدم ثبوت كليّه لها بحيث يشمل المقام بل ناظر الى انّ الخيار اذا كان باقيا فالمقام من الموارد الّتي يكون الاخبار مقام الانشاء كما ذهب إليه جماعه في كلّ مورد كان المدار على كشف رضا المخبر بذلك الأمر مثل قوله انّي كنت قد رجعت عن الطّلاق فانه يكون كاشفا عن الرّضا فيكون كافيا في الرجوع و

المصنّف حيث يقول فان كان الخيار باقيا فله انشائه عدم كفايه الاخبار فى مقام إنشاء الفسخ

قوله (ان يأخذ اقل الامرين الخ)

و عليه اذا تلف العين معيبا فعلى المشتري بمقتضى اقراره دفع قيمه التّالف و هو قيمتها معيبا و استرداد الثّمن و الامر ظاهر فى صورته تساويهما و لو كانت القيمة ازيد من الثّمن كما لو كانت القيمة عشرة و الثّمن ثمانيه لزم على المشتري دسّ الدرهمين فى مال البائع بمقتضى اقراره و فى العكس كما لو كانت قيمة الصّحيح عشرة و المعيب ثمانيه و الثّمن اثنى عشر استحقّ المشتري مقدار الارش و هو درهمان لانه يستحقّه يقينا على تقديرى الفسخ و عدمه

قوله (او مدعى عدمه لاصاله صحه الفسخ وجهان)

و الاقوى الوجه الاخير لاصاله حمل فعل المسلم على الصحه و ما يتخيّل فى منع جريانها فى المسأله امور الاوّل اختصاصها بغير صورته التّنازع و فيه أنّ الظاهر المسلم هو ثبوت حجّيتها مط و هى من الاصول المجمع عليها فتوى و عملا بين المسلمين و يظهر من المراجع فى كلمات القوم أنّ معقد الاجماع هو نفس عنوان اصاله الصحه بنحو الكبرى الكليه و أنّما الفرق هو جريانها فى غير صورته التّنازع و الحكم على طبقها اذا لم يكن هناك دليل حاكم عليها و اما فى صورته التّنازع فليس الغرض منها الحكم فى الدّعى على طبقها بل الغرض أنّ من وافق من المتداعيين قوله لاصاله الصحه كان هو المنكر فاصاله الصحه جاريه فى صورته التّنازع مع اليمين و قد ذكروا فى كتاب القضاء أنّ المدعى من يخالف قوله الاصل و المنكر من يوافق قوله الاصل و ليس المراد من الاصل هو خصوص اصاله العدم او اصاله البراءه بل معنى موافقه الاصل هو موافقه القاعده المعتمده شرعا فعلا فى المورد بمعنى أنّه لو لا التّداعى لعمل عليه سواء كان اصلا عدميا او وجوديا اوليا او ثانويا او ظاهرا معتبرا شرعا لو لا التّداعى و من هنا قد يختلف موافقه الاصل بالنّسبه الى شخص واحد فى كيفيه التّكلم فلو قال المدعى عليه بالف دينار مثلا انى لست مشغول الذّمه و ليس على شىء فهو منكر لموافقه قوله اصاله البراءه و لو قال انى اديتها يصير مدعىا لانه باقراره الضّمنى قد احدث موضوعا للاصل الموافق لقول المطالب و هو اصاله البقاء و كذلك الودعى يكون منكرا و مدعىا لو قال بعد مطالبه الوديعه أنّه ليس على شىء او تلف ما اودع الى و كذلك بالنّسبه الى ذى اليد فانه لو لم يقر بانّ ما فى اليد كان للمدعى يكون منكرا و لو اقر له ثم ادعى ملكيته له و ادعى المقر له أنّه ملكه يصير مدعىا لانه باقراره قد ارتفع اعتبار يده فى مقابل

دعوى المقر له فالاصل الذى يرجع إليه فعلا- هو اصاله البقاء الموافقه لقول المقر له و اذا عرفت هذا فالغرض فى المقام من تقديم قول مدعى الفسخ على انقضاء الخيار لاصاله الصّحّه هو تقديم قوله مع يمينه لو لا- البيّنه على خلافه لا الحكم بالتقديم بمجرد اصاله الصّحّه الثّانى عدم جريان اصاله الصّحّه فى فعل الغير و حمل فعل المسلم على الصّحّه فى الايقاعات و فيه أنّه ان اريد منع كون فعل المسلم و قوله بمجرد دليله على الواقع بمعنى منع كون صدور ذلك من المسلم كافيا فى الحكم فيما اشتبّه حكمه الشرعىّ فهذا غير مختصّ بالايقاعات و ان اريد المنع فيما اشتبّه فيه الموضوع بان كان هناك صورتان إحداهما موافقه للشرع صحيحه و الاخرى مخالفه له فاسده و قد علم حكمهما من الشرع و لم يعلم أنّ هذا الفعل الصّادر عن المسلم من اى الصّورتين و يمنع عن البناء على أنّه من افراد الصّحيحه اذا كان ايقاعا فهذا كلام لم يقل به احد اذ لا فرق فى لزوم حمل فعل المسلم على الصّحّه بين ما كان عباده او معامله عقدا او ايقاعا و ان اريد المنع فى خصوص صورته التنازع فيه ما تقدّم من معنى جريانها فى صورته التنازع الثّالث ما ذكره المصنّف ره فى اواخر كتاب البيع فى اختلاف المتبايعين من الاشكال فى جريانها فى نفسها مع قطع النظر عن مقام التنازع و فيه ما ذكرناه هناك فراجع الرّابع عدم جريانها فيما يوجب اثبات حقّ على الغير كما فى المقام اذ لو بنينا على صحّه الفسخ وجب على البائع ردّ الثّمن و فيه أنّه ان اريد من عدم اثبات اصاله الصّحّه فى الفسخ وجوب ردّ الثّمن معارضتها لاستصحاب بقاء الثّمن على ملك البائع و عدم وجوب ردّه فمن الواضح حكومتها على الاستصحاب و ان اريد منه أنّه لا- يترتب عليها الّا الآثار الشرعيّه سواء كان اعتبارها من باب الظنّ النوعى و ظهور حال المسلم او كانت من الاصول التعبدية المحضه فانّ بناء على كون اعتبارها من باب الظهور لا دليل على اعتبار هذا الظهور الّا من حيث كشفه عن صدور الفعل الصّحيح عنه بما هو هو و امّا كشفه عن لوازم الغير الشرعيّه فليس ممّا قام الدليل على اعتباره فهذا حقّ لا محيص عنه و قد اوضحناه فى محلّه الّا أنّا نقول أنّ وجوب ردّ الثّمن على البائع من الآثار الشرعيّه المترتبه على صحّه الفسخ بل نقول أنّ صحّه الفسخ كون الثّمن ملكا للفاسخ و ذلك لأنّ المراد من الصّحّه ليس ترتب الأثر بل المراد منها كون الفعل على وجه يترتب عليه الاثر و لا اشكال فى أنّ اصاله الصّحّه تقتضى كون الفعل الموجود هو الفرد الصّحيح من الفعل من حيث هو صحيح فهى معيّنه ظاهريّه للموضوع من حيث ترتب الصّحّه عليه مثلا اذا شكّ

فى كون العقد الصّادر صادرا من بالغ او غيره فيقضى بانه صادر عن البالغ من حيث الحكم بافادته التّقل و الانتقال لا وجوب الحكم بصحّته و ترتّب الأثر عليه حتّى تكون جاريه فى نفس الاثر و الصحّح و هذا هو السرّ فى حكومه اصاله الصحّح على الاستصحابات الموضوعيه المترتّب عليها الفساد المطابقه لاصاله الفساد كاصاله عدم اختبار المبيع بالرّؤية او الكيل او الوزن و ان قلنا باعتبار الاستصحاب من باب الظنّ و اعتبار اصاله الصحّح من باب التعيّد ففى مثال البلوغ ليس فى مقابل اصاله الصحّح المشخصه للفعل فى ضمن الفرد الصّحيح الّا اصاله عدم وجود العقد عن البالغ الّتى يرجع الى اصاله عدم وجود السّبب الشرعىّ الرّاجعه الى اصاله الفساد حقيقه و ما يدلّ على عدم وجود السّبب فى الظاهر لا يعارض ما يدلّ على سببّه الموجود لأنّ دلالتّه على عدم وجوده أنّما هو من حيث عدم قيام ما يدلّ على سببّه الموجود فاذا قام ما يدلّ عليها فلا معارضه و هذا هو السرّ أيضا فى تسالمهم على أنّ اصاله الصحّح الجاريه فى فعل احد الطرفين تثبت صحّح الفعل الصّادر عن الطرف الاخر اذا توقّف صحّح احد الفعلين على صحّح فعل الاخر كما فى صورته الشكّ فى بلوغ احد المتعاقدين فانّ صحّح فعل البالغ تتوقّف على صحّح فعل الآخر المتوقّفه على بلوغه المشكوك أيضا و لا- نحتاج ح الى اجراء اصاله الصحّح فى فعل من يشكّ فى بلوغه فالقائل بانّ اصاله الصحّح لا يجرى فيما كان الشكّ من جهه بلوغ الفاعل مثلا لا يكون الفعل عنده محكوما بالصحّح اذا لم يكن له طرف اخر معلوم البلوغ يستلزم صحّح فعله صحّح فعل هذا الفاعل كما لو شكّ فى أنّ الابراء او الوصيّه هل صدر منه حال البلوغ أم قبله و هذا هو السرّ أيضا فيما تراه فى كلام استاد المتأخّرين شيخنا المرتضى قدس سرّه فى مقام الحكم بثبوت شرط الصحّح فى الخارج بجريان اصاله الصحّح فى العقد و عدمه من الفرق بين ما لو شكّ فى أنّ الشراء الصّادر من الغير كان بما لا يملك كالخمر و الخنزير او بعين من اعيان ما له حيث لا يحكم بخروج تلك العين من تركته باصاله الصحّح بل يحكم بصحّح الشراء و عدم انتقال شىء من تركته الى البائع و ما لو شكّ فى بلوغ المتعاقدين حيث يحكم بخروج العوضين عن ملك مالكهما باصاله الصحّح مع أنّ مختاره فى اصاله الصحّح هو ترتّب الآثار الشرعيّه المترتبه على العمل الصّحيح لا ما يلزم الصحّح من الامور الخارجيه عن حقيقه الصّحيح و وجه الفرق أنّ الحكم بصحّح العقد فى الأوّل ليس معناه وقوع العقد على الملك المعين و ان كان لازمه ذلك للعلم الاجمالى بخلاف

الثانى فإنَّ الحكم بصحِّه العقد فيه يقتضى الحكم بخروج العوضين عن ملك مالِكهما فإصالة الصحِّه فى الأوّل يشخّص البيع فى الفرد الصّحيح من البيع ولا يشخّص وقوع البيع على عين معيّن و فى الثّانى تشخّصه فى الفرد الصّحيح و معناه هو تحقّق البلوغ من الحيثية المذكوره و خروج العوض عن ملك مالِكهما كما مرّ الاشاره إليه و تمام الكلام فى محلّه و بالجمله لا- يمكن تخصيص القاعده المجمع عليها بما يوجب اثبات حقّ على الغير من غير دليل قطعى و ادلتها بل الاجماع القولى المحقّق الواقع على الكبرى الكليه كافيه فى بطلان هذه الدّعوى و قد اتفقوا على التمسك بها فى الدّعوى و المرافعات فى مقام اثبات الحقّ على الغير و تقديم قول مدّعى الصحِّه بيمينه

لا يقال أنّ إصالة الصحِّه فى امثال المقام لا يثبت أّ الصحِّه التأهليه و هى لا تفيد وقوع الفسخ فى أوّل الوقت و توضيحه أنّ معنى حمل فعل المسلم على الصّحيح كما تقدّم هو الحكم بأنّ الصّادر منه و الموجود منه فى الخارج هو الفرد المترتب عليه الأثر و من الواضح أنّ الاثر المقصود يختلف باختلاف الأفعال فاذا اتّفقا على عقد السلم او على بيع الصّيرف و اختلفا فى القبض قبل التفزق او فى المجلس او اتّفقا فى الهبه او الوقف مع اختلافهم فى مطلق القبض لا يصحّ ان يحكم بتحقّق ذلك بإصالة الصحِّه فى العقد الواقع لأنّه مقطوع بصحّته على تقدير عدم تحقّق الشّروط و هو القبض و كذا لو شكّ فى تحقّق الاجازة للعقد الواقع من الفضولى فإصالة الصحِّه فى فعل الفضولى لا يفيد فى البناء على لحقوق الاجازة و كذا لو شكّ مثلاً فى أنّ الايجاب الصّادر من المسلم فى البيع هل وقع بلفظ الصّيرف او العربى او الماضى بناء على اعتبارها فى تأثير الايجاب فاللزام حملاً على الصحِّه البناء على كونه مشتملاً للامور المذكوره و أمّا اذا شكّ بعد القطع بوجود الايجاب جامعا للشّرائط فى تحقّق القبول من المشتري فلا معنى للحكم بالبناء على تحقّق القبول من المشتري من جهة إصالة الصحِّه فى الايجاب فإنّ مع القطع بعدم تحقّق القبول يقطع بصحِّه الايجاب لعدم ارتباط صحِّه احد الجزئين بوجود الاخر بل لا يعقل معنى لذلك فإنّ جميع الاجزاء بالنسبه الى تحقّق المجموع فى مرتبه واحده و ممّا يتفرّع على ذلك أنّه لو اختلف المرتهن الأذن فى بيع الرهن و الرهن البائع له بعد اتّفاقيهما على رجوع المرتهن عن اذنه فى تقديم الرجوع على البيع فيفسد او تأخّره فيصحّ لا يصحّ ان يقال أنّ جريان إصالة الصحِّه فى الاذن يقتضى بوقوع البيع صحيحاً او أنّ إصالة صحِّه الرجوع يقتضى بكون البيع فاسداً لأنّ صحِّه كلّ من الاذن و الرجوع صحِّه شأنيه تأهليه و معنى ترتّب الاثر عليهما أنّه لو وقع فعل المأذون عقيب الاذن ترتّب عليه الاثر و لو وقع فعله بعد

الرجوع كان فاسدا اما لو لم يقع عقيب الاول فعل بل وقع في زمان ارتفاعه ففساد هذا الواقع لا يخل بصحة الاذن و كذا لو فرض عدم وقوع الفعل عقيب الرجوع فانعقد صحيحا فليس هذا من جهة فساد الرجوع و من العجيب تمسك صاحب الجواهر باصالة صحة الرجوع حيث عارض اصالة صحة البيع بذلك فراجع و الحاصل لنا بعد ذكر هذه الامثلة دعوى ان اصالة الصحة في الفسخ تفيد الصحة لو كان واقعا في اول الوقت و لا تفيد الصحة الفعلية و الحكم بوقوعه في اول الوقت

فانه يقال ما ذكرتم من الصحة التأهلية دون الفعلية صحيح لا ريب فيه و لكنه مخصوص بالشك الواقع بالنسبة الى الشروط و الاجزاء المتأخره وجودا عن وجود الفعل المحمول على الصحة فان حمله على الصحيح لا يقتضى تحقق الشرط المتأخر من دون اشكال فان الصحة تختلف بالاعتبارات لان العقود مثلا لها صحتان صحة موجه لتأهل العقد للسببية و التأثير على تقدير وجود الشرط المتأخر و صحة تامه موجه للسببية الفعلية زياده على السببية الشائيه متوقفه على ذلك الامر المتأخر و من الواضح جواز التفكيك بينهما و ذلك مثل ما لو اوقعا عقدا و اختلفا في اشتراط الخيار و عدمه في ضمنه فان الحمل على الصيحيح لا ينافيه اشتراط الخيار و مثله ما لو اختلفا في كونه اصاله او فضولا و ما ذكرتم من الامثلة كلها من العقود و الافعال المتوقفه على الشرط المتأخر و لا يجرى جميع ما تقدم في صحة الفعل بالنسبة الى الشروط المتقدمه او المقارنه و لا مانع من التمسك بالقاعده على اثبات صحة الفعل بالنسبة الى الشروط التي كان زمان ايجادها مقدما على زمان ايجاده او مقارنا له كالرؤيه في البيع و عدم تاخر الايجاب عن القبول و صدور العقد من الايجاب و القبول باللفظ العربي الصريح الماضي و اقتضاء حمل الفسخ في مسئلتنا على الصيحيح على كونه واقعا قبل انقضاء المده من هذا القبيل فان من شرائط تأثير فسخ ذى الخيار في مرتبه نفسه عند الشارع ان يقع في زمان الخيار و بناء على فوريه الخيار يكون محل الفسخ و من شرائط صحته وقوعه في اول الوقت فتدبر جييدا و لا يبعد ان يكون الباعث لتمسك صاحب الجواهر باصالة صحة الرجوع في مسئله اختلاف المرتهن و الزاهن في رجوع المرتهن عن الاذن حسبانه انه من هذا القبيل و ان صحة الرجوع يقتضى عدم تقدم البيع عليه و الصواب ما تقدم من انه من قبيل الشرط المتأخر فان صحته كل شىء بحسبه و صحة الرجوع عباره عن تأثيره في رفع الاذن و فساد البيع عقبيه لو كان الاذن باقيا غير مرتفع محله بالبيع السابق و من الواضح القطع بصحة

الرجوع بهذا المعنى على فرض القطع بوقوع البيع بعده فضلا عن صورته الشكك نعم لا بأس باجراء اصاله الصّحّه في الرجوع في مسائل اخرى مثل ما لو وقع الاختلاف في وقوعه في حال الاحلال او الاحرام فانّ من شرائط تأثير الرجوع في مرتبه نفسه عند الشّارع وقوعه في حال الاحلال و كذا لو وقع الاختلاف في وقوع الرجوع قبل انقضاء العدّه او بعدها فانّ حمله على الصّحيح يقتضى وقوعه قبل انقضاء العدّه لو لم يكن في المسأله ما يكون حاكما على اصاله الصّحّه فانّ صّحّه الرجوع في المسألتين أنّما هي من قبيل صّحّه الايجاب بالبناء على كونه مشتملا على الشّرائط المتقدّمه و من قبيل صّحّه الفسخ من ذى الخيار بالبناء على وقوعه في زمان الخيار هذا ثمّ لا يخفى أنّ الاولى ابتناء المسأله على جريان اصاله الصّحّه فيقدم عدم التأخر على الجريان و التأخر على عدمه لاصاله بقاء العقد لا جعل الاصلين مبنى للوجهين في عرض واحد كما هو ظاهر المتن فانّ على تقدير جريان اصاله الصّحّه تكون حاكمه على اصاله بقاء العقد و عدم حدوث الفسخ في أول الزّمان و لا معارضه بينهما ثمّ أنّ الشّهاد الثاني ره ذكر فرعا في باب البيع و هو أنّ المتبايعين في بيع الصّيرف لو اختلفا في القبض بعد اتّفاقهما على وقوع اصل عقد البيع قدّم قول من يدعى الفساد و لو اختلفا في حصول القبض قبل التفرّق او بعده بعد اتّفاقهما على حصوله في الجملة فالقول قول مدّعى الصّحّه و علل الاول بمعارضه اصاله الصّحّه باستصحاب عدم القبض فيرجع الى اصل ثالث و هو الفساد و قد كانت الصّحّه مشروطه بالقبض و الثّاني بانه اذا تعارض اصاله تأخر القبض عن التفرّق مع اصاله تأخر التفرّق عن القبض و تساقطا لكون الشكّ في الحادث يبقى استصحاب بقاء صّحّه الاجزاء و الشّرائط السّابقه اى تأهلها للصّحّه سليما عن المعارض و مقتضاه تقديم قول من يدعى الصّحّه و اعترض عليه المحقّق القمّي طاب ثراه في جامع الشّتات بعدم تعقل الفرق بين المسألتين لاتّحاد المناط فيهما فان قام دليل على الصّحّه فهو قائم فيهما و الّا فكذلك و انت خبير بما في كلّ من الكلامين اّما في كلام الشّهاد فبانه لا جدوى في استصحاب صّحّه الاجزاء و الشّروط المتقدّمه لاثبات صّحّه الاجزاء و الشّروط اللاحقه فانّ هذا الاستصحاب هو بعينه استصحاب الصّحّه الّتي تمسّك به المشهور في باب الصّلاه و قد افاد شيخنا المرتضى ره في الرّساله بطلان الاستناد إليها في مسئله اصاله البراه عند الشكّ في الشّرائط و الاجزاء نعم نفس المدّعى حقّ حيث لا يجرى هذه القاعده في المسأله

الاولى لعدم العلم بحصول القبض و اصاله عدمه فلا فعل حتّى يحمل على الصّحّه و ما يحمل على الصّحّه لا دخل له بالصّحّه من حيث الشّروط الّماحق بخلاف الثّانيه حيث أنّ القبض فيها معلوم التّحقّق فيجب البناء على كونه قبل التّفزّق لوجوب حمله على الصّحّه بعد العلم بتحقّقه و اما الاعتراض فلوضوح الفرق بين المسألتين اما على المختار فلما اشرنا إليه من عدم جريان القاعده فى المسأله الاولى لعدم العلم بتحقّق الفعل و جريانها فى الثّانيه و امّا على مختار الشّهيد فلانّ اصاله الصّحّه فى المسأله الاولى معارضه باصاله عدم القبض و الثّانيه مزيه للاولى بخلاف الثّانيه لسلامه اصاله الصّحّه عن المعارض بعد تعارض الحادّين و تساقطهما ثمّ لو اغمضنا عن اصاله حمل الفسخ على الصّحّه فى اصل المسأله كان اللّازم هو الرّجوع الى اصاله بقاء الخيار الى زمان الفسخ و يكفى فى صحّه الفسخ وقوعه فى زمان احرز فيه بقاء الخيار بالعلم او بالاصل اذ لا يعتبر فى الفسخ الّا وقوعه فى زمان الخيار و الفسخ محرز بالوجدان و بقاء الخيار بالاصل و لا يعارضه اصاله بقاء العقد و عدم حدوث الفسخ فى أوّل الزّمان فانّهما لا يثبتان وقوع الفسخ بعده من المثبت و بنفسهما لا اثر شرعىّ لهما و هذا بخلاف اصاله بقاء الخيار فانّ اللّازم فيه احراز كون الفسخ فى زمان بقاء الخيار و قد علم احراز الجزئين بالوجدان و الاصل و لا يلزم احراز وقوع الفسخ قبل انقضاء الخيار حتّى يكون اصاله بقاء الخيار لا يثبتاه من المثبت

قوله الاختلاف فى زمان وقوع العقد مع الاتّفاق على زمان الفسخ

و الاقوى أيضا جريان حمل فعل المسلم و هو الفسخ على الصّحّه و لو انعكس الامر فكذلك

قوله و هذه المسأله نظير ما لو ادعى الرّوج الرّجوع فى عدّه المطلّقه

يعنى هذه المسأله فى كلا فرضيه نظير تلك المسأله لا فى خصوص الفرض الثّانى و على اىّ حال فقد يفرض دعوى الرّجوع فى عدّه المطلّقه فى مجهولى التاريخ و قد يفرض فيما كان احدهما معلوما اما الأوّل فالاقوى تقديم قول الرّوج لاصاله الصّحّه فى الرّجوع و اصاله بقاء العدّه الى زمان الرّجوع و لا- يعارض باصاله عدم تقدّم الرّجوع على انقضائها لما مرّ الاشاره إليه من أنّ المعترى فى الرّجوع هو وقوعه فى زمان العدّه و يحرز بقائها بالاصل و اما اصاله عدم الرّجوع فى زمان العدّه فليس لها اثر بنفسها و اجرائها لا يثبت كون الرّجوع واقعا بعد زمان العدّه من المثبت و قد يؤيد بانّ الرّجوع فى زمن العدّه و عدمه واقعا ممّا لا يعلم الّا من قبل الرّوج لانه فعله و هو اعرف بفعله و هذا كما يقال فيما لو اختلفا فى

وقت الطلاق بأنه يقدم قول الزوج مط لائن الطلاق من فعله و بان صحه الرجوع موافقه لاستصحاب بقاء احكام الزوجيه من وجوب النفقه و التوارث و عدم جواز نكاح اختها و الخامسة و نحوها من الاحكام المترتبة على العده الرجعيه و يمكن منع الاول بامكان اطلاع الناس بالاشهاد عليه و الثاني بان الطلاق احدث البينونه و الرجوع امر حادث رافع لها و استصحاب بقاء احكام الزوجيه لا يفيد وقوع الرجوع فى العده

فان قلت ان اصله الصحه و غيرها محكومها بما هو اقوى منها و هو ما دل على ان الشارع جعل امر الزوجه فى الحيض و العده إليها فقد روى فى مجمع البيان عن الصادق (ع) فى تفسير الآيه (وَ لَا يَجِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ أَنَّهُ (ع) قال فؤض الله الى النساء ثلاثه اشياء الحيض و الطهر و الحمل و روى الشيخ فى الصحيح عن زراره عنه (ع) قال العده و الحيض الى النساء و الكلينى فى الحسن لابراهيم بن هاشم عن زراره عنه (ع) قال العده و الحيض للنساء اذا ادعت صدقت و لذا فضيل صاحب الجواهر ره بين ما لو كان الاختلاف فى اصل وقوع الرجوع فلا يصدقن و ما لو كان فى زمان الرجوع و انه وقع قبل انقضاء العده او بعده فيصدقن فى جميع الصور قال بعد جملة من الكلام و دعوى ان تقدم انقضاء العده على الرجوع من احوال العده التى لم يجعل إليها و انما الذى جعل إليها نفس العده انقضاء او بقاء لا تقدمه على الرجوع و نحوه يدفعها اطلاق النصوص المتضمنه لكون العده إليها الذى منه قولها قد انقضت العده قبل زمان رجوعك من غير فرق بين الاتفاق على تعيين يوم انقضاء العده و اختلافهما فى يوم الرجوع بان قالت قد انقضت عدتى يوم الجمعة و صدقتها على ذلك و لكن قال هو رجوعى يوم الخميس و قالت هى مثلا يوم السبت فان القول قولها و كذا لو اتفقا على وقت الرجوعه يوم الجمعة و قالت هى انقضت عدتى يوم الخميس و قال الزوج قد انقضت يوم السبت فان القول قولها فى العده المجعول امرها إليها و بين عدم الاتفاق على يوم الرجوع او الانقضاء بل هى تقول قد انقضت عدتى قبل رجوعك و هو يقول قد وقع رجوعى قبل انقضاء عدتك و لو ان اعترافها بالرجوعه يقتضى الحكم بها عليها لاصاله الصحه لاقتضى فيما لو قال رجعت منشأ فقالت هى قد انقضت عدتى ضروره كون الاصل الصحه أيضا و الاعتراف هنا لا مدخلية له لكون الفعل من جانب واحد بل نظيره قول المطلق هى طالق و الامرأ تقول أنا حائض و ليس هو كقول المشتري بعنتى و انت غير بالغ لكون البيع مشترك الوقوع من الجانبين فقوله مناف لفعله نحو قول البائع بعتك و أنا صبى

و حينئذ فاصاله الصَّحَّه بعد فرض كون الفعل من جانب واحد لا يقتضى الحكم به على اخر مضافا الى ثبوت الفساد القبول قولها فى تقدّم الانقضاء المقتضى له بل الظاهر كون الحكم كذلك حتّى لو كانت العده بالاشهر و الفرض أنّ النزاع قد وقع بعد انقضائها فى حصول الرجعه فى اثائها او خارج عنها فأنه لا يحكم بكونها فيها بمجرد قول الزوج و عدم الحكم بذلك كاف فى عدم استحقاقه الزوجيه على الامراه الثابت بينونها منه بالطلاق المتوقّف فسخه على الرجوع فى العده و لم يثبت و بذلك يظهر لك النّظر فى كثير من الكلمات المسطوره فى المقام ضروره أنّك قد عرفت عدم قبول قول الزوج فى حال من الاحوال من غير فرق بين اعترافها باصل الرجعه و عدمه و اتّفاقهما على تعيين زمانها و اختلافهما فى زمن الانقضاء او بالعكس و بين اطلاقهما الدّعوى من كلّ منهما بل ان لم نقل بقبول قولها فى الأخير كان كلّ منهما مدّعيًا منكرًا فيتحالفان فلا تتحقّق رجعه أيضًا الّا مع فرض التّكول و اصل الصّحّه لا يحكم به على الاخر بعد فرض كون الفعل من جانب واحد مع أنّه معارض بإطلاق ما دلّ على قبول قولها انتهى

قلت يرد عليه أوّلا- أنّ ظاهر النّصوص المذكوره هو أنّ دعواها فى الانقضاء و عدمه مسموعه لا- دعواها تقدّم الانقضاء على الرجوع بل يمكن دعوى ورودها فى غير مقام التّهمه و الاختلاف و يؤيّدّه ما رواه الشّيخ عن السيّد كوني بسند قوى و الصّيدوق مرسلا عن عليّ (ع) قال فى امرأه ادّعت أنّها حاضت ثلث حيض فى شهر واحد قال كلّفوا نسوه من بطائنها أنّ حيضها كان فيما مضى على ما ادّعت فان شهدن صدّقت و الّا فهى كاذبه و حملها الشّيخ على التّهمه لاتفاقهم فى الحيض على أنّها يقبل قولها بلا يمين ان لم ينازعه احد و مع اليمين اذا وجد المنازع و الشّهيد فى اللّمعه قرّب عدم قبول غير المعتاد الّا بشهاده اربع من النّساء المطلعات على باطن امرها و اسنده الى ظاهر الروايات و الظاهر أنّه اراد منها الروايه المذكوره و قال المحقّق القمى فى السّؤال و الجواب و لا- يبعد العمل على الروايه لقوّه سندها و عدم تبادل التّهمه و ثانيا لو سلّمنا عدم ظهورها فى ذلك فلا نسلم ثبوت الاطلاق فيها و كيف يتميّك بالاطلاق مع وجود القدر المتيقّن فى حال التّخاطب و هو ما ذكرنا و من العجب أنّه يظهر من كلام صاحب الجواهر عدم ثبوت الاطلاق لها حيث ذهب الى عدم شمول قاعده وجوب تصديقهنّ فى مسئله ما لو اتّفقا على وقوع الطّلاق و الوضع و اختلفا فى السابق منهما فقال احدهما السابق هو الطّلاق

فبالوضع حصل الخروج عن العده و قال الاخر السابق هو الوضع فلا بد من العده للطلاق الواقع بعده مع ان مقتضى ثبوت الاطلاق في وجوب تصديقهن في العده نفيا و اثباتا كما يدعيه في المقام هو تقديم قولها في المسأله المشار إليها سواء علم تاريخ احدهما او جهل التاريخان ثم انه يجاب عن قوله و لو ان اعترافها بالرجعه يقتضى الحكم بها عليها لاصاله الصحه لاقتضى الخ بانه كذلك لو كان الزوج متهما لها في قولها و عن قوله و الاعتراف هنا لا مدخله له لكون الفعل من جانب واحد الخ بانه ليس ذكر الاعتراف لاجل خصوصيه فيه بل للاشاره الى ان الاختلاف ليس في الرجعه او انقضاء العده بل انما هو في التقدم و التأخر و عن قوله بان اصاله الصحه بعد فرض كون الفعل من جانب واحد لا يقتضى الحكم به على الاخر بما تقدم في مسأله اصاله صحه الفسخ في الامر الرابع من الامور التي يتخيل منعها عن جريانها فيه من ان اصاله الصحه يقتضى كون الفعل الموجود هو الفرد الصحيح من الفعل من حيث هو صحيح فهي معينه ظاهريه للموضوع و ليس الغرض في المقام هو الحكم على الزوجه بمجرد حمل الرجوع على الصحه بل الغرض تقديم قول الزوج في مقام الدعوى لمطابقه قوله للاصل و من الواضح ان الحمل على الصحه يختلف بحسب المقامات فاذا كان الفعل مملا لا يستلزم ابطال حق الغير كما اذا ادعى انه صام او صلى صحيحا قدم قوله من غير يمين و كذا لو ادعى الزوج الرجوع و لم تخالفه الزوجه و اذا خالفته الزوجه بان انكرته و كذبتة فتارة يقع الكلام في نفوذ الاقرار على نفسه و عدمه و تارة في تقديم قوله في الدعوى على الزوجه المنكره اما نفوذ الاقرار على نفسه فلا ريب في سماعه و نفوذه للداله الداله على نفوذ اقرار العقلاء على انفسهم و دعواه يتضمن الاقرار على نفسه في مثل التفقه و غيرها و اما تقديم قوله في الدعوى بالنسبه الى الزوجه فهو تعيين كونه المنكر لا الحكم على الزوجه بمطابقه قوله للاصل و من هنا يعلم ان ما افاده اخيرا بقوله بل ان لم نقل بقبول قولها في الاخير كان كل منهما مدعيا منكرًا فيتحالفان الى اخر ما ذكره غير مسموع عنه فان على فرض عدم قبول قولها لا مانع من جريان اصاله الصحه و اما الثاني فالاقوى أيضا انه لو علم زمان الانقضاء و جهل زمان الرجوع قدم قول الزوج لاصاله الصحه في الرجوع و عدم جريان وجوب تصديقهن في هذه الصوره بمكان من الوضوح و لو انعكس الامر فكذلك لاصاله الصحه و اصاله بقاء العده الى زمان الرجوع ثم ان ما ذهبنا إليه هو مختار جماعه منهم الشيخ و المحقق و العلامة ره فانهم فصلوا بين ما سبق دعواها الانقضاء

و ما سبق دعواه بالرجوع فلو ادّعت الانقضاء ثم ادّعى هو الرجوع يقدم قولها و لو ادّعى الرجوع ثم ادّعت الانقضاء يقدم قوله حملا لرجوعه على الصّحّه و هذا عنوان كلام الشّيخ و امّا عنوان المحقّق و العلامه أنّه لو راجعها فادّعت انقضاء العده قبل الرجعه فالتقول قول الزوج اذ الاصل صحّه الرجعه و ظاهره صوره الرجوع فعلا- و ادّعتها بعد انقضاء العده لا- ما اذا علم الرجوع و الانقضاء و لم يعلم تقدّم ايّهما فيفصل بين سبق دعواه او دعواها

قوله (ان احتمل في حقّه الجهل للاصل)

اي اصاله عدم علمه و ينبغي التنبه على امور الاوّل انّ التفصيل اما مبنيّ على تقديم الظاهر على الاصل في تشخيص المدعى و المنكر و على هذا البناء فالتفصيل يجرى في خصوص الجهل بصدقه و كذبه و مثله الحال في الرجوع الى الاصل و اما مبنيّ على انّ في صورته دعوى الجهل بالخيار فهو من حيث تقصيره في معرفه حكم الخيار و الفرض أنّه نشأ في بلاد يعرفون الاحكام يصدق عليه الاقدام على شراء المعيب بخلاف الصوره الثانيه و على هذا البناء فالتفصيل يجرى حتى مع العلم بصدقه في كونه جاهلا الثاني انّ ما افاده المصنّف من سماع قول المشتري ان احتمل في حقّه الجهل هو الصواب و لا وجه للتفصيل لعدم الدليل على حجّيه هذا الظهور و عدم صدق الاقدام بمجرد التقصير الثالث انّ سماع دعوى المشتري و عدمه سواء ادّعى الجهل باصل الخيار او ادّعى الجهل بفوريّته انما هو مبنيّ على فوريّته الخيار لوضوح انّ بناء على عدم الفوريّه لا مانع من اعماله لخياره بعد علمه فلا تغفل

[الكلام في بعض أفراد العيب]

قوله (و لا يشترط اباقه عند المشتري قطعاً)

اي لا يشترط ذلك في كون الإباق عند البائع موجبا للخيار

قوله (و من هنا استشكل المحقّق الاردبيلي)

هذا سهو من قلمه طاب ثراه فانه لم يستشكل في الجذام و انما استشكل في القرن و البرص نعم استشكل الشهيد في الجذام في لك بالانعتاق على المشتري بمجرد حدوثه فلا يبقى للردّ مجال ثم اجاب بما نقله المصنّف بقوله و وجهه في المسالك الخ

قوله (انعتاقها على المشتري بمجرد حدوث الجذام)

في خبر السكوني قال رسول الله (ص) اذا عمى المملوك فلا رقّ عليه و العبد اذا اجذم فلا رقّ عليه

قوله (و فيه أوّلا انّ ظاهر هذه الاخبار انّ سبب الخيار الخ)

كما انّ الخبر الدالّ على الانعتاق عند حدوث الجذام أيضا ظاهر فيه عند ظهور الجذام و التفكيك بين الدليلين بحمل اخبار

الخيار على وجود مادّته في نفس الامر لا وجه له و يمكن دفع هذا الاشكال عن الشّهد بانه لو سلّم ظهور ادلّه

الخيار فى ثبوته عند ظهور الجذام فهو من باب الكاشفيته حيث انه يكشف عن سبق سبب الخيار و هو العيب و وجود الماده عند البائع و لعله المعنى بقوله (ع) فحدث فيه هذه الخصال و تكون الاخبار على طبق قاعده خيار العيب و ليس فيها دلالة على ان ظهور الجذام موجب للخيار على نحو السببيه و يكون حكما تعديدا و ان شئت قلت ان العيب سبب للخيار و وجود الماده عند البائع عيب و لا بد من حمل حدوث الجذام على كونه كاشفا و صرف ظهوره الى ذلك لا ان الظهور هو السبب هذا مضافا الى لزوم هذا الحمل جمعا بين الادله

قوله (و لو لا ذلك لكفى وجود موادها فى السنه)

و يدفع هذا الاشكال بان المدعى كون وجود الماده حال العقد عند البائع عيب موجب للخيار لا وجودها فى السنه و لو عند المشتري و الاخبار تدل على ان ظهور هذه الامراض تكشف عن سبق الماده فى مدته السنه و بناء على ذلك فظهور هذه الامراض قبل انقضاء السنه من حال العقد يكشف عن وجودها حال العقد عند البائع و اما ظهورها بعد السنه فلا يكشف عن وجود الماده حين العقد فلا وجه للخيار و ان كان كاشفا عن وجودها قبل انقضاء السنه الى حال الظهور

قوله مع انه لو كان الموجب للخيار هى مواد هذه الامراض)

و يدفع هذا أيضا بانه لو سلم كون مثل هذه الزيادة التى كان سببها موجودا حين العقد يعد زياده فى العيب فلا بأس بخروج هذه العيوب عن عموم ما دل على ان العيب الحادث يمنع عن الرد تخصيصا بهذه الاخبار فانها اخص من تلك العمومات

قوله (و ثانيا ان سبق سبب الخيار لا يوجب عدم الاعتاق)

و يمكن دفعه بان تنزيل السبب الشرعى بمنزله العقلى مسلم لا اشكال فيه الا ان الكلام فى شمول الدليل الدال على كون الجذام سببا للاعتاق للمقام فانه منصرف الى الملك المستقر و مع سبق سبب الخيار يكون من الملك المترزل فلا يشمل ذلك الدليل و لكن ما يبيد توجيه المسالك هو ان ظهور العيب فى السنه لا يكشف عن وجود الماده فى يد البائع لفقد ما يدل عليه نعم يحكى ذلك عن بعض الاطباء و لا اعتبار به و مجرد كون ما ذكره جمعا بين الاخبار لا يوجب المصير إليه بعد امكان الجمع بنحو اخر و جمع فى الحقائق بعد ما نقل التوجيه المتقدم عن المسالك بان الاعتاق بالجذام و نحوه انما هو فى الملك المستقر الذى لا يتعقبه خيار و لا فسخ و ما نحن فيه ليس كذلك فانه مراعى بمضى السنه سالما من العيوب المذكوره اذ مع ظهورها فى هذه المده فله رده فهو غير مستقر و ملخص البحث ان هذه

الزوايات مع كثرتها و صحه بعضها صريحه فى الرد بهذه العيوب التى من جملتها الجذام و قد اتفقت على الرد به على ان ما ذكره من الخيار فى الصوره المذكوره سيأتى إن شاء الله تعالى ما فيه و ما روى فى الاعتناق بالجذام أنما هو روايه السيكونى و ان كان ظاهرهم الاتفاق على القول بها و هى تضعف عن معارضه هذه الاخبار و لو ثبتت المعارضه و المنافاه فالواجب العمل بهذه الاخبار و حمل روايه السيكونى على استقرار الملك و بذلك يظهر ما فى قوله اى قول صاحب المسالك تفريعا على ما قدمه فان فسخ عتق على البائع بعده و اين هذا التفصيل من ظاهر الاخبار المذكوره و هى أنما تضمنت الرد بظهور احد هذه العيوب خاصه انتهى و فى الجواهر توجيهان آخران احدهما ان يكون الرد من باب الانفساخ للاعتناق على البائع و للمشتري الرجوع على البائع بالثمن من دون حاجه الى الفسخ لأنه قد تلف بعيب مضمون على البائع فهو كالعمرى فى الثالثه فيكون المراد بالرد فى نصوص المقام الاعم منه و من الرد بالخيار الثانى ان يكون منعتقا على البائع لكنه لا يكون انفساخا بل يكون للمشتري ح الخيار بين فسخ العقد و الرجوع بالثمن و الامضاء و المطالبه بالارش و يجب ح عدم ملاحظه الحرّيه فيقوم عبدا صحيحا و عبدا مجذوما اذ على تقدير ملاحظتها لا تكون له قيمه و لا وجه ح للارش بل المعين هو الانفساخ كما فى كل عيب موجب لذهاب المائيه و ما ذكره ممنوع من جهات الاولى أنه خلاف ظاهر الاخبار لظهورها فى الرد بالفسخ لا بالانفساخ الثانيه ان جعل الرد فيها بمعنى الفسخ فى غير الجذام و بمعنى الانفساخ فيه يحتاج الى جامع يكون اللفظ ظاهرا فيه من دون تكلف الثالثه أنه لا وجه للحكم فى المقام بالانفساخ من حيث أنه تلف بعيب مضمون على البائع لانه المقام ليس من التلف فى زمان الخيار فان الخيار و التلف حدثا فى زمان واحد بسبب واحد و ليس الانفساخ فى التلف فى زمان الخيار الا فيما كان الخيار ثابتا قبل التلف كما فى مثال العمرى فى الثالثه حتى يكون التلف تلقا فى زمان الخيار و الانصاف ان ما افاده المصنف ره فى غايه المتانته اما دفع المعارضه بين الروايه الاخيره و هى صحيحه محمّد بن عليّ التى لم يذكر فيها الجذام و سائر الروايات فاقرب الاحتمالات المتطرّقه ان يقال بوجوب العمل بما لا يجرى فيه احتمال يجرى فى معارضه و هو هنا احتمال سهو الراوى فى ترك ذكر الجذام مضافا الى منع كون الروايات فى مقام الضبط و التحديد و اما دفع المعارضه بين هذه الروايات الكثيره الداله على الرد على البائع و روايه السكونى الداله على الاعتناق

بمجرد حدوث الجذام فهو بالعمل بالاخبار الكثيره الدالّه على الردّ المعتضده بالشهره اّما تخصيصها فى موردها فانّ موردها اخصّ مط من خبر السّيكونى الدالّ على الانعتاق القهرىّ بمجرد الحدوث و اّما تخصّصا كما اشار إليه فى الحدائق أيضا بدعوى أنّ الردّ بالخيار و عدم الانعتاق من جهة تزلزل الملك و يكشف هذه الاخبار عن كون الانعتاق أنّما هو فى الملك المستقرّ و على هذا فلا- خصوصيّه للمورد بل يخرج عن عموم دليل الانعتاق كلّ ملك متزلزل سواء كان بسبب الخيار أم غيره و كان سبب الخيار احداث السنه أم غيرها و كان سبب الانعتاق هو الجذام أم غيره و لكنّ الخروج تخصّصا بالدّعوى المذكوره يحتاج الى قرينه فى خبر الانعتاق تكون دالّه عليه و هى مفقوده فالواجه هو الاقتصار على مورد الرّوايات و الحكم بالتخصيص فيه

[القول فى الأرش]

اشاره

قوله (و منها نقص قيمه لجنايه الإنسان الخ)

و من هذا القسم ما يؤخذ من الغاصب عند حدوث عيب فى المغصوب و ما يأخذه البائع حيث يفسخ بخياره و قد تعيّب المبيع عند المشتري عيبا مضمونا و هو تفاوت ما بين القيمتين لا من الثمن بالنسبه

قوله (نعم يبقى الكلام فى كون هذا الضمان الخ)

لا- يخفى أنّه لو قلنا بأنّ الارش غرامه شرعيّه فلا اشكال فى عدم تأتّى الخلاف فى أنّ الضمان ح بعين بعض الثمن او بمقداره لوضوح أنّه لو كان عباره عنها فهو حكم شرعىّ و كلّى تعلق بالذمه و ليس المراد ح من ردّ جزء من الثمن الّا الردّ باعتبار النوع و لو قلنا بأنّ الارش عباره عن نفس التفاوت بين قيمه الصّحيح و المعيب زاد عن الثمن او نقص او ساواه او قلنا بأنّه عباره عن مقدار من الثمن نسبتبه إليه كنسبه التفاوت بين الصّحيح و المعيب كان محلّا للنزاع المذكور لوضوح أنّ الثمن قد يكون كليّا و قد يكون شخصيّا و وجه كون الضمان بمقدار جزء من الثمن اقوى من الاوّل امور الاوّل ما تقدّم من أنّ الحقّ كون الارش غرامه فيكون حاله حال سائر الضمانات الثّانى أنّ الغالب فى الاثمان كونها كليّه و من الواضح عدم كون المراد من الثمن فى النصوص و الفتاوى هو خصوص ما كان جزئيا معينا بحيث يكون واردا لبيان حكم خصوص الفرد النادر فلو سلّم ظهور بعض النصوص فى ردّ جزء من عين الثمن و دار الامر بين الأخذ بظهوره او التصرّف فيه بإرادته ردّ جزء من نوع الثمن تعين الثّانى للزوم الاخذ بالأوّل الحمل على الفرد النادر الثالث اطلاق قوله (ع) فى روايتى حمّاد و عبد الملك أنّ له ارش العيب الزايع الاصول المشار إليها فى المتن و بالجمله لو اخذ بظاهر بعض الالفاظ لزم حمل النصوص على بيان حكم الفرد النادر و

نعلم أنّ الغرض بيان تعلق الارش في الكلى أيضا فالمتعين ان يكون المراد من جزء الثمن في تعريف الارش هو مقداره من نوع الثمن و القول بانّ الكلى بعد القبض في حكم الجزئي كما ترى لأنّ الحكم ليس مخصوصا بما بعد القبض و الا لزم التفصيل

قوله (ثمّ على المختار من عدم تعيينه من عين الثمن فالظاهر الخ)

لو قلنا بلزوم كون الارش من عين الثمن فلا اشكال في أنّ المردود جزء من الثمن كائنا ما كان و اما على المشهور و هو مختار المصنّف من أنّ ضمان الارش في المقام شرعيّ تعبدي و كان المضمون به هو التفاوت بين الصّحيح و المعيب بحسب قيمه فهل الاصل يقتضى دفعه من التقدين أم لا يتعين ذلك و الظاهر كما افاده في المتن الاوّل لأنّ الاصل في ضمان القيميات هو التقدان و الظاهر أنّ المراد منهما هو التقد الغالب و لو كان من غير جنس الدرهم و الدينار من الاثمان المتعارفه في السوق و كون الاصل في التقويمات هو التقدان من جهه انّ قيمه كلّ شىء انما يستعلم بهما و كلّ مال يقدر مائتيه بالقياس إليهما فكلّ ما كان يقابله مقدار معتدّ به منهما يعدّ مائتيه اكثر من مائتيه ما هو دونه و لو فرض احيانا تقويم شىء بغيرهما كما اذا قيل هذا الكتاب يساوى ذلك الثوب فليس ذلك الا بملاحظه كلّ من الكتاب و الثوب معهما و مقايستهما بهما و جعلهما الواسطه في تشخيص قيمتهما و هذا واضح بالضروره عند من لاحظ طريقه العرف و اذا كان حالهما في مقام التقويم كذلك فلا مناص عن حمل كلّ مورد على هذا الاصل لاصالتهما و لانصراف لفظ قيمه إليهما بل لعلّ اطلاق لفظ قيمه على غيرهما لا يخلو عن تجوّز بل المستفاد من طريقه الشارح أيضا في كافه المقامات التي يحكم فيها بالقيمه هو التقويم بهما فلا جرم يتعين التفاوت بالقيمه في الارش كغيره من مقامات اعتبار القيمه بهما ابتداء و ان لم يرد فيه بلفظ القيمه روايه و بالجمله لا يمكن الخروج عن العهده الا بملاحظتهما فانّ الخروج عن العهده و تدارك المضمون لا يكون الا بالمثل او القيمه و دفع التقدين دفع للقيمه و لا يكون في دفع غيرهما وفاء للذمه الا اذا تراضيا عليه وفاء بملاحظه قيمته او جعلاه بدلا عن التقدين من حيث المائتيه بعنوان المعاوضه هذا كلّه مضافا الى انّ الاصل عدم براه الذمه الا بما هو مبرأ قطعا و البراه بغير التقدين مشكوك الا ان يرضى صاحب الحقّ بخلافهما ثمّ اعلم انّ في بيع الصّرف لو وجد عيب في احد العوضين المتوافقين فلا-ارش للزوم الربا بناء على تحقّقه في ذلك و لو تخالفا كان له الارش في المجلس قطعا لوجود المقتضى

و عدم المانع و مع مفارقتة فالمحكى عن ظاهر الشَّهيدين فى الرُّوض و اللِّمعه سقوط الارش و عدم جواز اخذه لا من التَّقدين و لا من غيرهما حيث قال بعد منع اخذه منهما و قيل يجوز من غيرهما مشعرا بتمريضه و عن جامع المقاصد جواز اخذه مط و لعلَّ القول الاول مبنى على ان الارش جزء من احد العوضين فيكون من الصِّرف و قد فرض الافتراق و الثانى مبنى على ما هو الصَّواب فى المسأله من انه غرامه شرعيته خارجه عن اصل البيع و عن الفاضل فى عد و ير و الشَّهيدين فى س و لك جوازه من غير التَّقدين دونهما امَّا عدم الجواز منهما فلما مرَّ الاشاره إليه من انه يكون من الصِّرف و قد فرض الافتراق و اما الجواز من غيرهما فعن بعض الاستدلال له بانَّ جملة العقد بيع و صرف اى بيع غير صرف و بيع صرف فانَّ الصِّرف الواقع و هو المعاوضه الواقعه بين الصِّحيح و المعيب من التَّقدين أوَّلا يتضمَّن بيعا آخر غير صرف و هو المبادله بين الارش الذى يستحقُّه المشتري من التَّقدين و ما يأخذه من غيرهما فالبعض فى المجلس الذى هو شرط فى الصِّرف قد حصل بقبض المعيب و قبض غير الجنس بعد التفزق قبض لما يكون بدلا و عوضا عن الارش لا انه قبض للارش و هنا وجه آخر اشار إليه المصنّف ره و هو كون الدَّفْع من باب الوفاء لا المعاوضه فانَّ ارش المعيب ليس مالا فى الذمه و انما الثابت هو حقُّ لو اعمله جاز له مطالبه المال و اختيار غير التَّقدين و التراضى عليه سبب لعدم ثبوت التَّقدين ابتداء و يكون المختار نفس الارش و لم يتعيَّن التَّقدان حينئذ للارشيه و اختيار التَّقدين ابتداء فى غير المقام جائز من دون حاجه الى التراضى لانه الاصل فى الغرامات و لا يجوز اختيارهما فى المقام لانَّ الأرش خصوصا اذا كان منهما ملحق بالجزء و ان لم يكن منه حقيقه فيلزم حصول الصِّرف قبل القبض و على اى حال فلا اشكال فى ان الاحوط عدم الدَّفْع منهما فى الصِّرف بعد التفزق و ان قلنا ان الارش غرامه و وجهه واضح

قوله (و يمكن دفع هذا الاشكال)

قال بعض الاعاظم فى حاشيته الظاهر انه رجوع عما ذكره أوَّلا من تعيَّن كونه من التَّقدين اذ مقتضى ذلك انه لو دفع من غيره لا يكون نفس الأرش و لو مع التراضى و مقتضى هذا البيان كونه نفسه على ما صرح به ه قلت ما ذكره أوَّلا من ان الاصل فى ضمان المضمونات هو التَّقدان لا- ينافى ما ذكره هنا من ان المضمون بالتَّقدين هى الاموال المتعيَّنه المستقره فانَّ فى الاموال المتعيَّنه المستقره كالتقديمى من العين التالفه او المثلى المتعدّر مثله لا ضمان الا بالتَّقدين و لا يجوز دفع الغير الا بالمعاوضه و اما الارش فحيث انه لم يكن مالا ثابتا فى الذمه بل هو حكم من الشارع

بالغرامه اذا اختارها كان الثابت ح فى الذمه ما هو اعم من التقدين و لكن يتعين فى مقام الدفع ان يكون منهما مع الامكان و ليس ذلك من حيث ثبوتها ابتداء فى الذمه كالاموال المتعينه المستقره بل لما اشرنا إليه من عدم امكان الخروج عن العهده الا بملاحظتهما فانتهما الاصل فى القيمه فكون التقدين هو الاصل فى الارش يكون بمعنى غير ما هو المعنى فى كونهما الاصل فى الاموال المستقره فلا تغفل

قوله (فانه اذا اختير غيرهما لم يتعين للارشيه)

الظاهر ان الضمير فى لم يتعين راجع الى الغير و يكون عله لما ذكره من ان دفع غير التقدين يتوقف على رضى ذى الخيار و هذا بخلاف دفع التقدين فانه اذا اختاره الدافع يتعين و لا يتوقف على رضاه و لكن المفروض عدم جواز اختياره فى المقام

قوله (قال فى القواعد

اعلم ان عباره القواعد يحتمل وجوها الاول ما هو ظاهر كلامه و الاشكال مبنى عليه الثانى ان يكون التعبير بقوله فالارش ثمنه كناية عن فساد البيع لا- الارش الاصطلاحى المترتب على صحه البيع و يكون الغرض انه يبطل البيع و يرجع المشتري الى ثمنه الثالث ان يكون قول العلماء فان استوعبت الجنايه القيمه فالارش ثمنه أيضا من احكام المجنى عليه مع المشتري و يكون المراد من الارش هو الدينه التى يأخذها المجنى عليه من المشتري فى صوره الاجازه لا اخذ النسبه بين الصحيح و المعيب و المراد من الثمن هو قيمه العبد لا ثمن المبيع و يكون المعنى ان المجنى عليه يرجع الى المشتري باخذ قيمه العبد اذا كانت الجنايه مستوعبه و يؤيد هذا المعنى انه ذكر أولا حكم المشتري مع البائع حيث قال و يضمن الاقل من الارش و القيمه فان الجنايه اذا استوعبت القيمه كان الارش اقل من القيمه و ذلك لان الجنايه و لو عمدا لا يوجب خروج العبد عن المائيه و غايه الامر هو استحقاق القصاص فارشه هو التفاوت بين كونه جانبا و عدمه على حسب نسبه من الثمن هذا مضافا الى انه بعد الحكم بضمن اقل الامرين نفى ضمان البائع بالثمن مع الاجازه حيث قال الثمن معها فكيف يحكم عقبيه بانه ان استوعبت الجنايه القيمه فالارش ثمنه و يريد من الارش ما يستحقه المشتري من البائع و من الثمن ثمن المبيع و بالجملة يكون المراد من هذه فقره حكم المجنى عليه مع المشتري لا- المشتري مع البائع فكما ان المشتري يرجع بالقيمه لا الثمن فكذلك المجنى عليه و على المعنيين الاخيرين لا ربط لكلامه بالارش المستوعب الذى افاد المصنف امتناعه و يجرى هذه الاحتمالات أيضا فى عباره التذكره حيث يقول او مع الاستيعاب لان ارش مثل هذا جميع ثمنه فان مضافا الى ظاهرها و يكون

الاشكال مبتيا عليه و هو ان المشتري يرجع الى البائع مع الاستيعاب و عدم الفسخ بتمام الثمن من باب الارش يمكن فيها الوجهان الآخران فيريد الرجوع بالثمن في صورته الاستيعاب من جهة بطلان البيع او يريد من الارش في هذه العبارة القيمة و لديه التي يأخذها المجنى عليه من المشتري في صورته صحه البيع و الاجازة فيرجع المشتري الى البائع بتمام الثمن اذا اخذه المجنى عليه من المشتري لجهله و غروره و الحكم برجوع المشتري الى الثمن مع ان المأخوذ منه ح هو القيمة من جهة غلبه المساواه و كذا العبارة الواقعة في التحرير حيث يقول فان فسخ رجوع بالثمن و كذا ان كانت الجنايه مستوعبه فيمكن ان يكون المراد هو الرجوع بالثمن في صورته الاستيعاب من جهة بطلان البيع و يمكن ان يكون المراد الرجوع على البائع بالقيمة المأخوذه من المشتري و اما العبارة الاخرى من التحرير حيث يقول فان فسخ رجوع بالثمن و ان لم يفسخ و استوعبت الجنايه قيمته و انتزعت يرجع المشتري بالثمن أيضا فهي ظاهره في الاحتمال الثالث و يكون المراد ان المجنى عليه اذا رجع الى المشتري و انتزع قيمة العبد منه رجوع المشتري الى البائع بالقيمة التي اخذت منه

قوله (و على الثاني فينبغي بطلان البيع)

قال السيد الطباطبائي ره في الحاشيه يمكن ان يمنع ذلك لان المفروض ان العبد الجاني من حيث هو مال قابل للنقل و الانتقال غايه الامر ان ابقائه في ملك مالكة يحتاج الى اعطاء مقدار قيمته و هذا لا يخرج عن المائيه و عن صحه تعلق البيع به فكونه جانيا عيب فيه موجب للخيار و ان كانت الجنايه مستوعبه للقيمة فله ان لا يفسخ و يسترجع مقدار الثمن لانه التفاوت بين الصحيح و المعيب و الحاصل ان العيب المستغرق للقيمة قد يكون مما يخرج المال عن كونه مالا كما اذا زالت الحموضه من الخل بحيث صار مثل الماء فانه ح يخرج عن المائيه فلو تبين كون الخل المبيع كذلك يكشف عن بطلان البيع من الاول و قد يكون مما لا يخرج عن المائيه غايه الامر انه يحتاج الى صرف مقدار قيمته لازاله عيبه كالعبد الجاني فيما نحن فيه فانه لا مانع من صحه بيعه و ح فللمشتري ان يمضى البيع و لا يأخذ الارش اصلا و له ان يمضيه و يرجع على البائع بالارش و لا يلزم ان يكون الرجوع إليه عين الثمن بل مقداره و بالجمله الوجه في البطلان هو عدم كون المبيع مالا و هو غير متحقق في المقام و المفروض ان الارش غرامه لا نفس الثمن فلا مانع من الصحه و يؤيده او يدل عليه انه يجوز للمشتري العالم بالحال ان يشتري العبد الكذائي مع انه ح لا يرجع على البائع بالارش و لا يقال ان البيع باطل لمكان وجوب صرف مقدار قيمته في ابقائه و لعل

نظر العلامة الى ما ذكرنا بل هو الظاهر انتهى قلت مقصود المصنّف هو تثبيت ما افاده أوّلا من أنّه لا يعقل فى العيب المتقدّم على العقد استيعاب الارش للثمن فإنّ مع الاستيعاب يبطل البيع و العبد الجانى يصحّ بيعه لأنّ عيب الجنايه فيه لا يستوعب ارشه تمام ثمنه و ما افاده هنا بقوله و كيف كان فالعبد المتعلّق برقبته حقّ للمجنّى عليه يستوعب قيمته اما ان يكون له قيمه تبذل بإزائه او لا الخ ليس الغرض منه امكان الفرض الثانى و عدم بقاء قيمه له حتّى يكون بيعه باطلا فإنّ الحكم على تقدير لا يلزم ثبوت ذلك التّقدير فهنا مسلتان الاولى عدم تعقل استيعاب الارش للثمن فى العيب المتقدّم على العقد و قد افاد المصنّف ره فى ذلك ما فيه كفايه للمتأمّل فى مسئله ما اذا تبين فساد المبيع بعد ابتياع ما يفسده الاختبار عند التعرّض لكلام صاحب الجواهر و ما ذكره المحشّى فى المقام مأخوذ منه و قد ذكر المصنّف هناك أنّ الجمع بين عدم خروج المعيب عن المائيه و عدم قيمه له ممّا لم يفهم الا ان يراد من المائيه الملكيه فراجع و كون الارش غرامه اجنبى عمّا نحن فيه لأنّ المقصود بعد الفراغ عن اشتراط كون كلّ من العوضين متموّلا لأنّ البيع لغه مبادله مال بمال و المال ما يكون له قيمه اى يبذل بإزائه شىء هو أنّ العيب المتقدّم على العقد اذا استوعب قيمه كان المبيع ح غير متموّل فينبغى بطلان البيع

فان قلت يكفى فى صحّه المعامله ثبوت الملكيه و ان لم يكن المبيع ما لا- فإنّ البيع تمليكك عين بعوض و عليه فحيث أنّ المفروض ملكيه المبيع شرعا حال البيع فلا بأس بامضاء المشتري البيع و اخذ الارش و هو تمام الثمن

قلت أنّ البيع و ان كان تمليكا الا أنّ اشتراط المائيه فى المتعلّق ممّا لا ريب فيه لوضوح أنّ الغرض النوعى العقلانيّ فى المعاملات سيّما البيع ليس هو نقل الاضافه الملكيه فقط بل هو التّبديل المتعلّق بالاموال و قال بعض الاعلام فى تعريف المال أنّه ما ينتفع به و يبذله و بقيد الانتفاع به يخرج ما ليس بملك كالحشرات و نحوها ممّا لا ينتفع باعيانها و بالقيّد الثانى يخرج ما ليس له قيمه و لا يبذل بإزائه شىء و متى انتفى احد القيدين انتفى موضوع مال و ما ليس له قيمه و ان كان ينتفع به لكنّه لا ينتفع ببذله فليس بمال و بالجملة اشتراط كون المبيع مالا لا اشكال فيه ثمّ أنّ النسبه بين الملكيه و المائيه عموم من وجه فأنّه قد يكون الشىء مالا و ليس بملك كالكلى قبل استقراره فى الذمّه و لذا يبذل بإزائه المال و قد يكون ملكا لا مالا كحبّه الحنطه و لا يصحّ المعامله على ما يكون ملكا فقط و يصحّ على ما يكون مالا فقط كالكلى فى الذمّه حيث لا يكون ملكا لأنّ الملكيه من صفات الاجسام الخارجيه و وجود الكلى فى الذهن لا

ينفع فى الاتصاف بالملكه و لا اشكال فى صحه بيعه الثانيه صحه بيع العبد الجانى لان الجهات المنافيه لها ترجع اما الى المالك و اما الى المبيع و ما يرجع الى المالك اما من حيث عدم ملكه للعين و اما من حيث عدم ملكه للتصرف و انتفائهما فى المقام فى غايه الوضوح لان العبد لا يخرج عن ملك مولاه بمجرد الجنايه و لو عمدا و ملك التصرف لا يزول الا باحد موجبات الحجر و ما يرجع الى المبيع اما من حيث خروجه عن المائيه او الملكيه و اما من حيث تعلق حق مانع عن نفوذ البيع اما الاول فجواز الاسترقاق او القصاص او الديه و استحقاقها ليس الا جواز اعدام المال لا انه ابطال للمائيه و اما الثانى فمن الواضح ان مجرد تعلق الحق غير مانع و المانع هو الحق المذى لا يجمع نفوذ البيع و الحق فى المقام يتبع العين اياها كان و لا يزول بنفوذ البيع حتى يبطله فالعبد الجانى لا يخرج عن المائيه بمعنى انه ليس له قيمه لانه يبذل بازائه شىء من المال رجاء للعفو او التفديه بشىء يسير و حيث عرفت صحه البيع فى صوره العلم تعرف انه كل فى صوره الجهل ايضا لبقاء المائيه و للمشتري الخيار و مقتضى ورود البيع على المعيب بعيب الجنايه الموجهه للقصاص او الاسترقاق ملاحظه حال العقد و نسبه العبد الكذائى مع غيره و ما به التفاوت فى القيمتين يؤخذ به بالنسبه الى الثمن و هو الارش و هو لا يوجب استيعاب القيمه و انما الموجب هو العبد المقتص منه او المسترق و لو فرض استيعاب العيب للقيمه اى لا يبذل بازاء العبد شىء ينبغى بطلان البيع لا صحته مع الرجوع بالارش فتدبر ثم اعلم انه لا منافاه بين ما ذكره من جواز اخذ الارش المستوعب بل الارش الزائد عن القيمه فى المغصوب كما اذا قطع الغاصب يدى العبد المغصوب و رجليه و مثل به و ما ذكرناه فى المقام تبعا لعامه الاعلام و ما هو المختار وفاقا للمشهور فى مسئله ما لو ابتاع ما يفسده الاختبار من دون اختبار اعتمادا على اصله الصحه و اصل السلامه ثم تبين فساد المبيع بحيث لم يكن لفساده قيمه كما اذا باع البيض فظهر فاسدا من فساد البيع من اصله خلافا لبعض من ادعى صحه البيع و حكم باستحقاق المشتري للارش المستوعب و ذلك لوضوح الفرق و اختلاف الملاك فان وجه امتناع الصحه و استحقاق الارش المستوعب هو وقوع العقد على ما ليس بمال فى الواقع و من المعلوم ان اشتراط تمول العوضين فى البيع و نحوه من المعاملات واقعى لا علمى ففى مسئله البيض الفاسد مثلا ليس شىء يصلح لتعلق عقد البيع به و اذا فسد البيع ارتفع ما يتفرع على العقد الصيحيح من الاحكام التى منها استحقاق الارش فيكون عدم استحقاقه من جهه عدم المقتضى له

و هو صحّحه العقد لابتناء استحقاقه على صحّته لأنّ الثمن فى البيع بإزاء المال بوصف كونه مالا فاذا انكشف انتفاء القيد انكشف فساد البيع فلا محلّ و لا مقتضى للارش و لا مجرى لهذا الكلام فى مسئلة الغصب و لا امتناع فى استحقاق الارش المستوعب فى نفسه و لا مانع فى امكانه و وقوعه بعد قضاء الادله فالفارق وجود المقتضى فى الغصب و امثاله و هو التلف و عدمه فى المسألتين

[مسأله يُعرف الأرش بمعرفه قيمته الصحيح و المعيب ليعرف التفاوت بينهما، فيؤخذ من البائع بنسبه ذلك التفاوت.]

قوله (ثم لو تعذر معرفه قيمه لفقد اهل الخبره)

و الاقوى هو الاخذ بالاقل لاصاله براءه ذمه البائع عمّا زاد على الاقلّ و اصاله عدم استحقاق المشتري ما زاد على ذلك و لا يعارض باستصحاب اشتغال ذمه البائع لأنّ الاشتغال لم يثبت على ازيد من الاقلّ حتّى يستصحب و استصحابه مبنى على عدم كون المرجع فى الاقلّ و الاكثر الاستقلاليين هو البراءه و لا- وجه لتوهم أنّ ذمه البائع قد اشتغلت بالارش يقينا و هو يستدعى اليقين بالبراءه فانّ القدر الذى يتيقن الاشتغال به يستدعى اليقين بالبراءه عنه و الفرض أنّ الاشتغال بما زاد عن الاقلّ غير معلوم و لا يعارض باستصحاب بقاء حقّ المشتري للشكّ فى سقوطه بالاقلّ لأنّ هذا الشكّ مسبب عن الشكّ فى مقدار حقه و مع جريان الاصل فى السبب يرتفع الشكّ بالتعييد و كفايه الظنّ مبنى على ان يكون للقيمه واقع خفى و أنّها من الموضوعات الخفيه التى استقلّ العقل بحجّيه الظنّ فيها من باب دليل الانسداد و هو محلّ منع بناء على الوجه الثانى و هو ما اخبر به المقوم عن حدسه و اجتهاده لوضوح أنّه لا يخبر عن قيمه واقعيه مجهوله عن حدسه و نظره بل يخبر عن نظره فهو مجرد اعتبار لا واقعيه له اصلا

[مسأله لو تعارض المقومون]

قوله (فيحتمل تقديم بينه الاقلّ للاصل)

و يرده أنّه ان اريد اصاله عدم زياده القيمه فففيه أنّها لا- تثبت الاقلّ حيث أنّ الشكّ فى ثبوت احدى القيمتين بشرط لا و من الواضح أنّ تعيين احد الحادثين بنفى الآخر من المثلث و ان اريد اصاله عدم اشتغال ذمه البائع بالزائد و برائتها عنه فففيه أنّ هذا الاصل لاثبات الاقلّ له وجه فى غير المقام من الضمانات المتعلقه بالصحيح لأطراده و اما فيما نحن فيه فلا فانّ هذا الاصل قد يكون اوفق بالاخذ بالاكثر و هذا كما لو تقوم صحيحا بخمسين و معيبا تاره بأربعين و اخرى بثلاثين فأنّه على الاخذ بالاكثر يشتغل ذمه البائع برّد خمس الثمن و على الاخذ بالاقلّ برّد خمسيه و الاول اوفق بالاصل و قد ينعكس الامر و يكون اصاله البراءه اوفق بالاخذ بالاقلّ و هذا كما لو تقوم معيبا بخمسين و صحيحا تاره بستين و اخرى بسبعين فأنّه على الأخذ بالاقلّ تشتغل ذمته برّد سدس الثمن و على الاخذ بالاكثر سابعيه و الاول هو الاوفق

بالاصل و على هذا فاصاله البراءه لا يقتضى الحكم بالاخذ بالاقل على وجه الاطلاق و التفصيل بالاخذ به فيما وافقها و الرجوع الى غيرها من القواعد فى غير ذلك كما ترى و لم يقل به احد ثم لا يخفى عليك انه قد يستدل له بما سيجى ء فى المتن فى الاشكال الثانى على وجوب الجمع و قال بعض الاعاظم و يحتمل التساقت و الرجوع الى الاصل اما لكونه مقتضى القاعده عند تعارض الدليلين او الامارتين و اما لقصور دليل حجيه البيئه عن شمول صورته التعارض و يحتمل ابتناء المسأله على الاقوال فى تقديم بيئه الداخلى او الخارج فان بيئه الاكثر خارج لان قوله مخالف للاصل لكن هذا انما يتم فيما لو كان احدهما يدعى الاقل و يقيم البيئه و الاخر الاكثر و يقيم البيئه على ما ادعاه و يحتمل الرجوع الى المرجحات من الاعدليه و الاكثريه و نحوهما أولا و مع فقدها فاحد الاحتمالات الأخر انتهى اقول الظاهر عدم الدليل على اعتبار الترجيح فى البيئات و لم نعثر على قائل به على وجه الاطلاق بحيث يشمل المقام و الاصل عدم الترجيح بالمزيه الغير المعتمره مط نعم ذهب الشيخ الى الترجيح بالداخلى و الخارج بالاعدليه و الاكثريه فى بعض الموارد من الدعوى لاخبار خاصه استفادوا منها ذلك و لا وجه للتعدي عنها الى غيرها من امثال المقام بعد ما كان الاصل الاولى عدم الاعتبار نظير عدم اعتبار الظن الغير المعلوم اعتباره من الدليل القطعى و مما ذكرنا يظهر عدم الاعتداد بابتناء المسأله على الترجيح بيئه الداخلى او الخارج لعدم دليل على الترجيح فيها فى غير الموارد المنصوصه مضافا الى ان هذا الاحتمال مبنى على ان لا يكون المراد من بيئه الداخلى فى كلماتهم هو خصوص ذى اليد بل كل من يدعى امرا على وفق الاصل بالمعنى الاعم من اليد او اصاله الصحه فى العقود او اصاله البراءه او غيرها و هو أيضا لا- يخلو عن اشكال فان الاستفادة من اخبار تقديم بيئه ذى اليد على غيرها ان ليد خصوصيه من بين سائر الاصول و الأمارات و بالجمله الظاهر عدم الدليل على ترجيح احدى البيئتين فى المقام خصوصا بناء على اعتبار قول المقوم من باب حدسه و نظره و لكن الظاهر من المصنف فى العبارة الآتية حيث يدفع الاشكال عن الجمع بان اصاله البراءه هنا مرجحه للبيئه الحاكمه بالأقل بان الاصول الظاهريه لا تصير مرجحه للدله الاجتهاديه انه يقول باعتبار الترجيح فى المقام لو كان فتدبر

قوله و بيئه الاكثر لانها مثبتة)

و هذا الدليل إشاره الى ما سيذكره فى الاشكال الاوّل على وجوب الجمع و قد يستدل لهذا القول بان قول المقوم فى المقام كقول

المجتهد بالنسبة الى المقلد في اعتبار نظره و حدسه و يكون تعارض المقومين كتعارض المجتهدين و من الواضح ان عند اختلافهم مع التساوى في الشرائط يكون المرجح التخيير في مقام الترافع و في الاحكام و يكون اختيار الحاكم و المفتى و تعيينه ح بيد المدعى او المقلد و بينه الاكثر في المقام موافقه لقول من يدعى زياده الارش و هو البائع

قوله (و الرجوع الى الصلح لتثبت كل من المتبايعين)

و الظاهر ان المراد هو الصلح القهرى اى ايقاف الامر قهرا الى ان يتراضيا بالصلح لعدم دليل على التعيين و ليس المراد اجبار الحاكم بما يراه على الصلح و فيه ان المرجح ح هو اصالة البراءة

قوله (و المورد غير قابل للحلف لجهل كل منهما)

الظاهر ان الضمير راجع الى المتعاملين لوجوه منها ان المقومين قد ذكر بصيغه الجمع و منها ذكر المتبايعين بصيغه التثنيه و منها انه لو كان راجعا الى البيئتين كان اللزام التعليل بان البيئه لا تكلف بالحلف لا التعليل بجهلها

قوله (و تخيير الحاكم لامتناع الجمع)

و فيه ان اللمازم ح هو التساقط و الرجوع الى الاصل او القرعه مضافا الى امكان الجمع بما عليه المعظم و قد يستدل لهذا القول أيضا بما سيذكره في الاشكال الثالث على وجوب الجمع و فيه مضافا الى ما عرفت من لزوم التساقط انه لا سبيل الى التخيير الظاهري شرعا لعدم الدليل عليه في المقام و في تعارض البيئات و ما قام الدليل عليه هو ثبوته في تعارض امارات الاحكام و التخيير العقلي واقعا مبنى على حججه الامارات من باب السببيه و حجيتها كذلك لو سلم فهي انما تكون فيما كان كل من المتعارضين ذا مصلحة لا- فى مثل المقام من الحقوق المالىة التى يتمتع فيها ثبوت المصلحه فى كل من الطرفين المتضادين كوضوح امتناع ثبوت المصلحه فى ملكيه كل من المتنازعين فى دار بتمامها

قوله لكن الاقوى من الكل ما عليه المعظم)

و قد يستدل على الجمع أيضا تاره بان الحق انما هو بين اثنين و احقاق حقوق الناس واجب بقدر الامكان و حيث لا يمكن الجمع بينهما وجب العمل ببعض كل منهما بالعمل بنصفه و ليس الحق فى المقام لواحد كحقوق الله تعالى حتى يكون العمل بتمام احد المحتملين اولى من الجمع و التبعض لما فيه من المخالفة القطعية بل الجمع فى المقام اولى من اهمال احدهما و تظهر الثمرة بين هذا الوجه و ما ذكره المصنف فى الموارد التى يحتمل فيها تعدد القيم من دون قيام بيئه فان ما ذكره مبنى على ملاحظه البيئتين و يكون الداعى على الجمع وجوب العمل بهما و هذا الوجه مبنى على ملاحظه نفس

الحقّين و الدّاعى على الجمع نفس ثبوتهما و اخرى بانّ فى صوره اختلاف القيم او المقومين يعدّ القيمه المنتزعه قيمه للشىء عرفا فان قال احدهم أنّه بخمسه و الثّانى أنّه بعشره يعدّ سبعة و نصف قيمه له و كذلك ثلث القيم الثّلاث و ربع القيم الاربع و نحو ذلك فحكمهم فى جميع موارد الاختلاف أنّما هو بالقيمه المتوسّطه و الجمع بين القيمتين فكما أنّ فى صوره عدم التعارض يرجع الى العرف فى تعيين القيمه و ما يحكم به كان هو المتّبع فكذلك فى صوره التّنازع كان المرجع ما هو القيمه عند العرف فلنا صغرى و كبرى اما الصّغرى فهى أنّ القيمه المتوسّطه قيمه عرفيه و اما الكبرى فهى أنّ القيمه العرفيه هى قيمه الشىء واقعا فانّ القيمه امر اعتبارى لا واقعيه لها غير ما يفرض لها عرفا و المفروض اعتبارهم للتوسّط عند الاختلاف فالجمع هو القيمه الواقعيه

فان قلت أنّ المسلم هو اعتبار نظر العرف فى مقام تشخيص المفاهيم لا تعيين المصاديق

قلت قد ثبت فى الشّرع موارد اعتبر فيها نظر العرف فى تعيين المصداق و ذلك كالحیوان المتولّد من حیوانين و نحوه و قد ثبت اعتباره فى تعيين القيمه أيضا بالاجماع فكما أنّ نظر العرف و تعيينه للقيمه حجّه عند الاتّفاق فكذلك عند الاختلاف لاتّفاق العرف على تعيين القيمه ح بالوسط فهو حجّه و لا- يخلو كلّ واحد من هذه الوجوه الثّلاثه عن نظر و اشكال اما الاوّل فلما مرّ الاشاره إليه من أنّ اللّامزم فى تعارض البيّنات هو التّساقط و لو سلّم حجّيتها من باب السببيّه لا- الطّريقيه فهى اى السببيّه فيها مخصوصه بحقوق الله تعالى لامتناع ثبوت المصلحه فى مؤدى كلّ من البيّتين فيما كان قيامهما على وجه يستلزم التّكاذب بينهما فى حقوق النّاس و اذا امتنع السببيه فلا مصحح للجمع و اما الثّانى فبانّه فرع ثبوت الحقّين و الفرض أنّ الحقّ فى احدى الدّعويين لا- فى كليهما و لو تشبّث هذا القائل لاثبات الحقّين بقيام البيّتين و كونهما على نحو السببيّه رجع الى الوجه الاوّل و اما الثّالث فبانّ حكم العرف بالقيمه المتوسّطه فى جميع الموارد غير ثابت و لو سلّم فحكمهم بها من حيث كونها هى قيمه الشىء غير معلوم و لا يبعد ان يكون من حيث التّراضى و الصّيلح و لذا تريهم قد يعترفون بالجهل بالقيمه الواقعيه و أنّها هى احدى القيمتين بل او غيرهما و مع ذلك فتقديم القول بالتّصنيف على سائر الوجوه عد القرعه لا يخلو عن قوه و سيأتيك الكلام فى القرعه أيضا و هو مختار المقنعه للشّيخ المفيد و الشّرائع و النّافع للمحقّق و كتب العلّامه و الشّهيدين و المحقّق الثّانى و غيرهم و الوجه فى ذلك امور الاوّل أنّا مأمورون بالعمل بالبيّتين و لو كانتا متعارضتين فانّ التّعارض أنّما منع عن اتّباعهما فى تمام مفادهما

لمكان المضادّه ألّا أنّ العمل بكلّ منهما فى بعض مدلوله ممكن و لا طريق الى اعمالهما احسن منه فىكون معينا و ذلك لأنّ العقل اذا لاحظ الدليل الدالّ على وجوب اتّباع قول الشاهد لو خلى و طبعه يحكم حكما بيّنا بأنهما فى حال المعارضه لا يسقطان عن الاعتبار بل كلاهما حجّه فى نفي الثالث قطعا لا يجوز اهمالهما فى موردهما رأسا بل يجب اعمالهما فيما شهدا به فى الجملة و ح يدور الامر بين اعمال احدى البيّتين معينه او مخيره او اعمال كلّ منهما فى التّصف المشهود به و الاوّل ترجيح بلا مرجح و تخصيص فى ابطال حقّ الآخر مع اقامه الحجّه بلا دليل و الثّانى ابطال لحقّ غير المختار من غير دليل لأنّ المراد من إحداهما لا على التّعيين ان كان مصداق إحداهما يلزم استعمال الامر الوارد بالعمل بالبيّنه فى الوجوب التّعيينى و التّخيري و ان كان مفهومها الكلّى فمضافا الى عدم مساعده دليل وجوب الاتّباع عليه فيه أنّه ليس فردا من افراد البيّنه بل افرادها عباره عن الاشخاص الخاصّه و ليس الواحد الكلّى فى عرض سائر الافراد بل هو عنوان من عناوينها مترع عنها فلم يبق أّا الثالث و هو التّصنيف

فان قلت أنّه خارج عن مؤدّى كليهما و يكون تكديبا لهما فى الجملة و ان كان تصديقا لهما كذلك فلا محيص عن خروجهما معا بتمامهما عن العمومات الدالّه على وجوب العمل بالبيّات

قلت أنّ رفع اليد عنهما بعد ملاحظه ما دلّ على وجوب اتّباع كلّ منهما أنّما هو بحكم العقل و انت ترى أنّ العقل يحكم بعدم لزوم اتّباعهما معا فى المدلول المطابقى منهما لمكان المعارضه و لا يحكم بسقوطهما بالمرّه كما لا يحكم بذلك فى المدلول الالتزامى

فان قلت أنّ حجّيه البيّنه أنّما هى من باب الطريقيه النوعيه كما هو الظاهر من كافّه ادلتها العامّه و الخاصّه و قد بينوا فى كتاب القضاء أنّ اعتبارها من باب امضاء ما عند العرف و بناء العرف على اخذها طريقا و قد تبين فى محلّه أيضا أنّ كلّ دليلين متعارضين بحسب الاصل الاوّل محكومان بالتّساقط فى مدلولهما و ان كانا حجّتين فى نفي الثالث و طريقين إليه

قلت مضافا الى ما عرفت أنّ الاصل الاوّل فى المتعارضين و ان كان ذلك أّا أنّه يعدل عنه اذا علم من طريقه الشّرع مطلوبيه العمل بهما فى موردهما و لو بقدر الامكان و قد علمنا ذلك من حكمه بالتّبعيض فى موارد عديده سلّمنا عدم العلم بذلك أّا أنّه يمكن ان يقال أنّ البيّنه ذات جهتين الطريقيه و السببيه و مقتضى الجهه الاولى و ان كان هو التّساقط ألّا أنّ مقتضى الثّانيه التّصنيف كما فى سائر موارد تراحم السببين و الحقيين الثّانى أنّه قد انقذح من البيّتين العلم الاجمالى بثبوت احدى القيمتين و استحقاق البائع إحداهما علما يلزم اتّباعه و المخالفه القطعيه

محرمه و الموافقه القطعيه متعذره فلا- بد من الموافقه الاحتماليه و احسن طريق الى ذلك بحيث يكون على وجه لا- يبطل حق المتداعيين بالمزمه ما ذكرناه الثالث ان الامر فى المقام بعد المنع عن الرجوع الى الثالث دائر بين الايقاف و تخصيص احدى البنتين بالعمل معينه او مخيره و التنصيف لا- سبيل الى الاول لان ايقاف الشئ مع العلم الاجمالى بثبوت مخالف للمعهود من الشريعه و هو احترام حقوق الناس و حرمة تضييعها سيما اذا كان الايقاف لا الى امد بل الايقاف فى المقام خلاف الاجماع و لا الى الثانى و الثالث لما تقدم فيبقى التنصيف او القرع الرابع ان المستفاد من ادله نصب الحاكم امران احدهما قطع الخصومه و الاخر كونه على وفق الموازين الشرعيه و تعذر الثانى لا يسقط الاول فان الميسور لا يسقط بالمعسور و تعذر القيد لا يوجب سقوط المقيّد و الفصل فى المقام لا يمكن الا بالتنصيف الخامس فحوى جمله من النصوص الوارده فى باب الصلح القهرى و غيره من الموارد التى حكموا فيها بالتنصيف فى مقام اشتباه المالك بحيث يظهر منها ان الحكم فى مطلق الحقوق المشتبهه ذلك فلاحظها منها ما اذا اودعه انسان درهمين و اخر درهما و امتزج الجميع من دون تفريط الودعى ثم تلف درهم فحكموا فيها بان احد الدرهمين لصاحب الا-ثنين خاصه و الاخر بينهما نصفين و وردت به روايه عن ابى عبد الله (ع) و منها ما لو كان لو احد ثوب بعشرين درهما و للاخر ثوب بثلاثين ثم اشتبها فقالوا ان خير احدهما صاحبه فقد انصفه و ان تعاسرا بيعا و قسم بينهما و اعطى صاحب العشرين سهمين من خمسه و للاخر ثلثه و وردت به أيضا روايه معتبره عن اسحاق بن عمار عنه (ع) و منها ما لو كان معهما درهما و ادعاهما احدهما و ادعى الاخر احدهما فقالوا ان لمدعيهما درهما و نصفا و للاخر ما بقى و ورد به صحيح و مرسل السادس روى المشايخ الثلاثه فى هذا المعنى روايه فى اختلاف قيم الهدى و هى ما عن عبد الله بن عمر قال كنا بمكّه فاصابنا غلاء فى الاضاحى فاشترينا بدينار ثم بدينارين ثم بلغت سبعة ثم لم توجد بقليل و لا كثير فوقع الهشام المكارى الى ابى الحسن (ع) فاخبره بما اشترينا و انا لم نجد بعد بقليل و لا كثير فوقع (ع) انظروا الى الثمن الاول و الثانى و الثالث فاجمعوا ثم تصدقوا بمثل ثلثه و هى تدل على ان العبره بالقيمه المتوسّطه المنتزعه من القيم الثلث و قد عمل بها الاصحاب فى موردها و ذكروا ان الضابط ان يجمع القيمتان او القيم و يتصدّق بقيمه منسوبه الى القيم بالسويه فمن الثلاثه الثلث و من الاربعه الربع و هكذا فيتسرى من موردها الى سائر المقامات بتتقيح المناط و عدم الفرق و عدم القائل بالفرق على

فان قلت انّ الفصل بالتّصنيف فى المقام ليس عليه دليل خاصّ و كيف يمكن اثباته بملاحظه موارد اخرى مختلفه قد حكم بالتّصنيف فى كلّ واحد منها لاجل قاعده او دليل من دون ان يكون بينها و بين المقام جامع صالح لان يكون مناطا للحكم

قلت من يتأمّل فى فهم المناط القطعى فى المقام فليس له دعوى ذلك فى حكم من الاحكام و من انكر ذلك باللسان فقلبه مطمئنّ بالايمان و انت بعد الاحاطه بما قدّمنا و انّ فى التّصنيف جمعا بين الحقيين و اعمالا للبيّتين بقدر الامكان و ملاحظه حكم الشّارع فى كثير من نظائر المقام بالتّصنيف تعرف انّ ما ذهب إليه المعظم لعلّه هو الحقّ الذى لا معدل عنه و لا محذور فيه سوى مخالفه العلم الاجمالى فيما لو علم بحقيقته احدهما و بطلان الاخر لا مط و لا ضير فيه كما فى نظائره فانّ مخالفه العلم الاجمالى فى مقام اعمال الاصول و القواعد ممّا لا يحصى كثره و ما يجاب به فى سائر المقامات يجاب به فى المقام أيضا

فان قلت انّ بيّنه زيد مثلا ان كانت حجّه فلم لم يعمل بها فى تمام مؤدّيها و ان لم تكن حجّه فلم يعمل بها فى نصفه

قلت هذا الايراد على الحاكم ان كان من المتداعيين فيجاب بانّ ترك العمل بيّنه كلّ منكما فى النّصف الذى اعطى للآخر انما هو لبيّنه صاحبك فكما انّ بينتك حجّه فكذلك بيّنته و ان كان من غيرهما فيجاب بانّ هذا الايراد يرجع الى السّؤال عن الوجه فى مخالفه العلم الاجمالى و قد عرفت أنّه لا محذور فى مخالفته بعد عدم التمكن من وجه اخر لاعمال البيّتين نعم الممنوع هو مخالفه العلم التّفصيلى و هى غير واقعه و على فرض وقوعها لا بأس بها أيضا من باب الصّيلح القهرى ثمّ أنّه لا بدّ من التّنبه على انّ موازين القضاء امور اربعة الاوّل البيّنه و الثّانى يمين المنكر و الثّالث اليمين المردوده و الرّابع النّكول و قد يعدّ من الموازين القرعه فى موردها لقوله (ع) احكام المسلمين على ثلاثه و سيأتى الاشاره إليها و البيّنه التى تكون حجّه بالميزان ما كان سليما عن المعارض و الما فهى ليست حجّه مثبتة و ان كانت مع البيّنه المعارضه نافيتين للثالث و الحكم بالتّصنيف فى المقام من باب دفع الاختلال و حفظ النّظام و احقاق الحقوق بقدر الامكان و قد ثبت شرعيّته بما قدّمناه و ان هو الا نظير القضاء بالنّكول بعد نكول المدعى عن اليمين المردوده على احد الوجهين فيه و بالجمله ليس اعطاء النّصف و لا المنع عن النّصف لاجل البيّنه التى هى حجّه تامّه لقطع الخصومه حتّى يعدّ الفصل المذكور من الفصل بالبيّنه نعم يترتب عليه جميع آثار الفصل بالميزان

من حرمه تجديد الدعوى و لزوم التنفيذ و نحوهما حمايه للحمي فالتنصيف كالفصل بالميزان حكما لا موضوعا و كالصليح القهري الثابت شرعيته و ذلك بحكم ما اشرنا إليه من الوجوه

قوله (و لذا جعل في تمهيد القواعد من فروع هذه القاعده)

قال في القاعده الثامنه و التسعين انه اذا تعارض دليلان فالعمل بهما و لو من وجه اولي من اسقاط احدهما بالكلية لان الاصل في كل واحد منهما الاعمال فيجمع بينهما بما امكن لاستحاله الترجيح من غير مرجح و من فروع القاعده ما اذا اوصى بعين الى ان قال و منها ما اذا قامت البيئه بان جميع الدار لزيد و قامت اخرى بان جميعها لعمر و كانت في يدهما او لم يكن في يد واحد منهما فانها تقسم بينهما انتهى

قوله (و ثالثه بان في الجمع مخالفه قطعيه)

لما في الجمع من طرح كل من البيئتين في النصف و ان كان فيه موافقه قطعيه لكل منهما في النصف الاخر

قوله (ثم ان قاعده الجمع حاكمه على دليل القرعه لان المأمور به)

قد يتوهم ان مقصوده قدس سره ان القرعه انما هي تشخيص نفس الواقع المردد و هو فرع كون الواقع منحصر في الاحتمالين و المفروض انه يحتمل كونه خارجا عنهما فلا موقع للقرعه فيشكل بانه قد يعلم انحصار الواقع فيهما و عدم الخروج عنهما و بان جريان القرعه لا يختص بصوره وجود واقع يعلم مطابقه احد الطرفين له فانها تجري فيما لا واقع فيه اصلا فضلا عما اذا كان واقع يحتمل مخالفته لطرفي الشبهه و بطلان هذا التوهم بمكان من الوضوح فان هذا انما يصح ذكره لو اريد بيان ان دليل القرعه لا يشمل المقام و لا يصح لبيان حكومه قاعده الجمع على دليل القرعه فليس المقصود الا ما ذكره من وجوب الجمع بين البيئتين بقدر الامكان لان كلا منهما حججه شرعيه و قد يقال في وجه تقديم الجمع على القرعه بان الجمع لما كان عملا بالدليلين كان مقدما على ما هو عمل بالواقع لتقدم ما هو قاعده في تشخيص الدليل على ما هو قاعده ظاهريه في تشخيص الحكم الفرعي و فيه ان من الممكن الاقراع بين البيئتين لتعيين احدهما فيكون رجوعا الى ما يشخص الدليل بل الاقراع بينهما حاكم على الجمع لان القرعه ح لتشخيص الدليل و الجمع قاعده ظاهريه في مقام العمل مضافا الى انه لا وجه لتقديم تشخيص الدليل على الواقع لان حججه الدليل انما هو لكشفه عن الواقع و مع وجود قاعده لتشخيصه لا مجال لتشخيص الدليل ثم ان المهم من البحث هو انه كيف يمكن اختيار القول بالجمع بين البيئتين بالتنصيف مع وجود اخبار خاصه تكون امره بالرجوع الى القرعه في

تعارض البيّنات الشّامله بإطلاقها للمقام ولا بدّ من نقلها توضيحا للمرام و تعقيبه بما يترجّح فى ذهنى القاصر بعون الله الملك العلام

فمنها الحسن بمثّى الحنّاط المذكور فى كافى و التهذيب عن زراره عن ابى جعفر عليه السّلام قال قلت له رجل شهد له رجلان بانّ له عند رجل خمسين درهما و جاء آخران فشهدا بانّ له عنده مائه درهم كلّهم شهدوا فى موقف قال اقرع بينهم ثمّ استحلف العذّين اصابهم القرع بالله أنّهم يشهدون بالحقّ قال جدّى الامّى المولى محسن الفيض قدّس سرّه فى الوافى لعلّه اريد بقوله عند رجل أنّه كان وديعه عنده و كانت الشّهود جميعا حضورا عند الايداع و هذا معنى قوله كلّهم شهدوا فى موقف فالمراد بالموقف المكان الخاصّ و الزّمان الخاصّ و السّبب الخاصّ حتّى يتناقض الشّهادتان انتهى

و منها روايه البصرى الصّحيحه فى الفقيه عن موسى بن القاسم و علىّ بن الحكم عن البصرى و الضّعيفه فى الكافى عن ابان عن البصرى عن ابى عبد الله عليه السّلام قال كان علىّ عليه السّلام اذا اتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم سواء و عددهم سواء اقرع بينهم على ايتهم تصير اليمين قال و كان يقول اللهم ربّ السّماوات السّبع ايتهم كان الحقّ له فأدّه إليه ثمّ يجعل الحقّ للعذّى يصير عليه اليمين اذا حلف

و منها الصّحيح الذى رواه الصّدوق ره أيضا فى الفقيه عن البنظى عن داود بن سرحان و الكلينى ره فى الكافى عن الوشاء عنه عن ابى عبد الله عليه السّلام فى شاهدين شهدا على امر واحد و جاء آخران فشهدا على غير الذى شهدا و اختلفوا فقال يقرع بينهم فأيتهم قرع فعليه اليمين و هو اولى بالقضاء

و منها المروى فى كافى و التهذيب عن داود بن ابى يزيد العطار عن بعض رجاله عن ابى عبد الله عليه السّلام فى رجل كانت له امرأه فجاء رجل بشهود فشهدوا أنّ هذه المرأه امرأه فلان و جاء آخرون فشهدوا أنّها امرأه فلان فاعتدل الشّهود و عدلوا قال يقرع بين الشّهود فمن خرج سهمه فهو الحقّ و هو اولى بها

و منها الصّحيح الذى رواه الشّيخ فى يب عن الحسين بن سعيد عن ابن ابى عمير عن حمّاد عن الحلبيّ قال سئل ابو عبد الله عليه السّلام عن رجلين شهدا على امر و جاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا قال يقرع بينهم فأيتهم قرع فعليه اليمين و هو اولى بالحقّ

و منها ما رواه أيضا فى يب و رواه الصّدوق فى الفقيه عن سماعه عن ابى عبد الله عليه السّلام قال أنّ رجلين اختصما الى علىّ عليه السّلام فى دابّه فرعم كلّ واحد منهما أنّها نتجت على مذوده و اقام كلّ واحد منهما بيّنه سواء فى العدد فاقرع بينهما سهمين فعلم السّهمين كلّ واحد منهما بعلامه ثمّ قال اللهم ربّ السّماوات

السَّيِّعِ وَرَبِّ الْأَرْضِينَ السَّيِّعِ وَرَبِّ الْعَرْشِ الْعَظِيمِ عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ أَيُّهُمَا كَانَ صَاحِبَ الدَّابَّةِ وَهُوَ أَوْلَىٰ بِهَا فَأَسْأَلُكَ أَنْ تَخْرُجَ سَهْمَ سَهْمٍ فَخَرَجَ سَهْمٌ أَحَدُهُمَا فَقَضَىٰ لَهُ بِهَا وَالْمَذُودُ كَمَنْبَرٍ مَعْلَفِ الدَّابَّةِ وَالتَّحْقِيقُ أَنَّ هَذِهِ الْأَخْبَارَ غَيْرَ وَافِيَةٍ لِأَثْبَاتِ الْفَصْلِ بِالْقَرَعِ سِوَاءِ أَرِيدَ أَعْمَالَهَا لِتَعْيِينِ الْحَقِّ الْوَاقِعِيِّ أَوْ لِتَعْيِينِ الْحُجَّةِ مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَذَلِكَ مِنْ وَجْهِ الْأَوَّلِ أَنَّهَا مَعَارِضُهُ بِوُجُودِ أَخْبَارٍ أُخْرَىٰ دَالَّةً عَلَى الْفَصْلِ بِغَيْرِ الْقَرَعِ فِي تَعَارُضِ الْبَيِّنَاتِ مِنْهَا مَا فِي كَافِيٍّ وَالتَّهْذِيبِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ عَنِ الْخَشَّابِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ كَلُوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَىٰ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي دَابَّةٍ فِي أَيْدِيهِمَا وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا نَتَجَتْ عِنْدَهُ فَاحْلَفَهُمَا عَلَىٰ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَحَلَفَ أَحَدُهُمَا وَأَبَى الْآخَرَ أَنْ يَحْلِفَ فَقَضَىٰ بِهَا لِلْحَالِفِ فَقِيلَ لَهُ فَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ قَالَ احْلَفَهُمَا فَأَيُّهُمَا حَلَفَ وَنَكَلَ الْآخَرَ جَعَلْتُهَا لِلْحَالِفِ فَإِنْ حَلَفَا جَمِيعًا جَعَلْتُهَا بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ قِيلَ فَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا وَأَقَامَا جَمِيعًا الْبَيِّنَةَ قَالَ أَقْضَىٰ بِهَا لِلْحَالِفِ الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ وَمِنْهَا مَا فِي الْكُتَابَيْنِ أَيْضًا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَىٰ عَنْ غِيَاثِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ اخْتَصَمَ إِلَيْهِ رَجُلَانِ فِي دَابَّةٍ وَكِلَاهُمَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا نَتَجَتْ فَقَضَىٰ بِهَا لِلَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ وَقَالَ لَوْ لَمْ تَكُنْ فِي يَدِهِ جَعَلْتُهَا بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ وَمِنْهَا مَا فِي الْكُتَابَيْنِ أَيْضًا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي جَمِيلَةَ عَنْ سَمَّاكَ بْنِ حَرْبٍ عَنْ تَمِيمِ بْنِ طَرَفَةَ أَنَّ رَجُلَيْنِ عَرَفَا بَعِيرًا فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةَ فَجَعَلَهُ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ بَيْنَهُمَا وَفِي كَافِيٍّ وَالتَّهْذِيبِ عَنِ السَّيِّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ أَبِيهِ عَنْ آبَائِهِ عَنْ عَلِيِّ (ع) أَنَّهُ قَضَىٰ فِي رَجُلَيْنِ ادَّعَىٰ بَغْلَهُ فَأَقَامَ أَحَدُهُمَا شَاهِدِينَ وَالْآخَرَ خَمْسَةَ فَقَالَ لِصَاحِبِ الْخَمْسَةِ خَمْسَةَ سَهْمٍ وَ لِصَاحِبِ الشَّاهِدِينَ سَهْمَانِ إِلَىٰ غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْأَخْبَارِ الَّتِي يَقِفُ عَلَيْهِ الْمُتَتَبِعُ وَأَنْتَ تَرَىٰ أَنَّ الْأَخْبَارَ الْمَذْكُورَةَ الْوَارِدَةَ فِي تَعَارُضِ الْبَيِّنَاتِ مُخْتَلِفَةٌ الْمَفَادِ مِنْهَا مَا اقْتَصَرَ فِيهِ عَلَىٰ مَجْرَدِ التَّنْصِيفِ كَرَوَايَةِ تَمِيمِ بْنِ طَرَفَةَ وَمِنْهَا مَا حُكِمَ بِتَقْدِيمِ بَيِّنَةِ ذِي الْيَدِ وَمَعَ عَدَمِهَا فَالتَّنْصِيفُ كَرَوَايَةِ غِيَاثِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ وَمِنْهَا مَا حُكِمَ فِيهِ بِالْحَلْفِ ثُمَّ التَّنْصِيفُ كَرَوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ الْمَوْثُوقَةَ بِإِسْحَاقَ لِأَنَّهُ فَطَحَ ثِقَةً أَلَّا أَنَّ الْخَشَّابَ وَغِيَاثَ لَمْ يَنْصُوا بِتَوْثِيقِهِمَا وَمِنْهَا مَا أُطْلِقَ فِيهِ الْيَمِينُ بَعْدَ الْأَقْرَاعِ كَرَوَايَةِ دَاوُدَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَمِنْهَا مَا جُمِعَ فِيهِ بَيْنَ الْأَقْرَاعِ بَعْدَ تَسَاوِيِ الْبَيِّنَاتِ عَدَدًا وَعَدَالَةً وَالْإِحْلَافَ بَعْدَ كَرَوَايَةِ الْبَصْرِيِّ وَمِنْهَا مَا اقْتَصَرَ عَلَى التَّرْجِيحِ بِالْأَكْثَرِيَّةِ مَعَ إِحْلَافِ ذِي الْبَيِّنَةِ الرَّاجِحِ كَصَحِيحِ أَبِي بَصِيرٍ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَمِنْهَا

ما ظاهره استحقاق كل واحد من الخصمين من المال بعدد شهوده كروايه السكونى و منها ما حكم بتقديم بينه غير ذى اليد المسمى بالخارج كروايه منصور المرويه فى يب عن ابراهيم بن هاشم عن محمد بن حفص عن منصور قال قلت لابي عبد الله عليه السلام فى رجل فى يده شاه فجاء رجل فادعاها و اقام بينه العدول انها ولدت عنده و لم يهب و لم يبع و جاء الذى فى يده بالبينه مثلهم عدول انها ولدت عنده و لم يبع و لم يهب قال ابو عبد الله عليه السلام حقا للمدعى و لا اقبل من الذى فى يده بينه لان الله عز و جل انما امر ان يطلب البينه من المدعى فان كانت له بينه و الا فيمين الذى هو فى يده هكذا امر الله تعالى و هذه الروايه و ان كانت من جهه اشتراك محمد بن حفص و منصور غير نقيه السند الا ان روايه الشيخ و القميين لها و فتوى الاصحاب على طبقها فى كتاب الشهادات قرينه واضحه على قوتها مضافا الى انصراف منصور الى ابن حازم الثقة و منها ما اقتصر فيه على الاقراع عند اعتدال البيتين و ليس شىء فى ايديهما و على التنصيف ان كان فى ايديهما و هو ما ارسله فى محكى كشف اللثام عن امير المؤمنين عليه السلام فى البيتين يختلفان عن الشىء الواحد و يدعيه الرجلان انه يقرع بينهما فيه اذا عدلت بينه كل واحد منهما و ليس فى ايديهما فاما ان كان فى ايديهما فهو فيما بينهما نصفان و ان كان فى يد احدهما فالبينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه و منها ما عن فقه الرضا عليه السلام فاذا ادعى رجل على رجل عقارا او حيوانا او غيره و اقام بذلك بينه و اقام الذى فى يده شاهدين فان الحكم فيه ان يخرج الشىء من يد مالكة الى المدعى لان البينه عليه فان لم يكن الملك فى يدى احد و ادعى فيه الخصمان جميعا فكل من اقام عليه شاهدين فهو احق به فان اقام كل واحد منهما شاهدين فان احق المدعيين من عدل شاهديه فان استوى الشهود فى العدالة فاكثرهم شهودا يحلف بالله و يدفع إليه الشىء و مثله الى هنا قاله الصدوق فى المقنع ثم قال فى آخر كلامه كذا ذكره ابى ره فى رسالته الى و ذكر مثله فى كتاب من لا يحضره الفقيه و فى آخر الكلام المتقدم عن فقه الرضا (ع) و كلما لا يتهيا الاشهاد عليه فان الحق فيه ان يستعمل القرعه و انت بعد الاطلاع على هذه الاخبار تعلم انها فى غايه الاضطراب و تفصيل حمل مطلقها على مقيدها و ما يمكن الجمع فيه منها و ما لا يمكن موكول الى محله من كتاب القضاء و الغرض فى المقام هو الاشارة الى عدم كون اخبار القرعه الواردة فى تعارض البيتين مط و اضحه تامه بحيث لا يعتربها شك و رب مضافا الى ان بعضها كجملة من غيرها كما ترى

حكايات لايقوال و نواقيل لافعال صدرت عن امير المؤمنين عليه السّلام و قد تقرّر عندهم أنّ حكايات الافعال اذا تطرّق إليها الاحتمال كساها ثوب الاجمال و سقط عن الاستدلال الثّاني أنّ اخبار القرعه امّيا العامّة منها الدالّة على أنّها لكلّ امر مشكل فمضافا الى أنّ العمل بها يحتاج الى جابر قوى مفقود في المقام يكون ادلتها و لو بناء على تعميمها بالنّسبة الى ما كان مشكلا واقعا و ظاهرا كما عليه المشهور مخصوصه بما اذا دار الامر بين الاخذ باحد الطّرفين كما في تراحم الحقيين المعلوم وجوب مراعاتهما بقدر الامكان و لو بالاخذ باحدهما و امّا فيما اذا لم يكن الامر دائرا بينهما كما في تعارض مطلق الامارات الشرعيّه فلا معنى للرجوع إليها و امّا الخاصّه منها الوارده في تعارض البيّتين ففيها أوّلا أنّها ليست من موازين القضاء لحصرها في البيّنه و الايمان كما هو مقتضى الاخبار المستفيضه و من الواضح أنّ ثبوت اليمين أنّما هو فيما كان هناك مدّع و منكر و الّا فالميزان هو البيّنه منها المروى في كافي و التهذيب عن ابي عبد الله (ع) قال قال رسول الله (ص) أنّما اقضى بينكم بالبيّنات و الايمان الحديث و منها المروى في الكتابين أيضا عن العبيدى عن يونس عمّن رواه قال استخراج الحقوق بأربعة وجوه بشهاده رجلين عدلين فان لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان فان لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدّعى فان لم يكن شاهد فاليمين على المدّعى عليه فان لم يحلف و ردّ اليمين على المدّعى فهي واجبه عليه ان يحلف و يأخذ حقّه فان ابي ان يحلف فلا شىء له و منها ما فيها أيضا قال امير المؤمنين عليه السّلام احكام المسلمين على ثلاثه شهاده عادله او يمين قاطعه او سنّه ماضيه عن ائمه الهدى بناء على أنّ المراد من السنّه الماضيه في قوله (ع) الاحكام الكلّيه المستفاده من احاديث ائمه الهدى عليهم السّلام حتّى يكون إشاره الى الفصل فى الشّبّهات الحكيمه و ثانيا لو سلّم أنّها منها كما لا يبعد ان يكون المراد من السنّه الماضيه هو ما بلغ إلينا من قضاياهم فى الموارد الخاصّه الغير المختصّه بها لكن من الظّاهر جدّا أنّ القضاء بها أنّما هو بعد العجز عن اعمال البيّنه و اليمين و مع امكان اعمالهما لا وجه للرجوع إليها و فى المقام لا مانع من القضاء من جهه البيّنه على وجه التّنصيف لما تقدّم من الوجوه و الادلّه و ثالثا أنّه لو بنى على تقديم الاخبار الخاصّه الوارده فى القرعه على غيرها و اختير أنّ مقتضى الاصل هو الرجوع إليها فهو مخصوص بموارد من تعارض البيّتين عملوا بها و ذكروها فى كتاب القضاء و يكون عملهم جابرا و امّا فى مسئله التّقويم فلا جابر لها حتّى يجوز التمسّك بها فإنّهم لم يعملوا بها فى موارد كثيره من تعارض البيّتين و من الواضح أنّ العمومات الموهونه بواسطه خروج

افراد كثيره لا- يجوز التمسك بها ما لم ينجر بالعمل و فى المقام لا عامل بها آلا ما يحكى عن بعض و رابعا ان الاخبار الكثيره القاضيه بالتصنيف المتقدمه لا بد من العمل بها و لو فى بعض الموارد و عدم طرحها و المقام اقرب و اصلح لذلك من غيره

قوله (فيؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما)

و يمكن الاخذ بهذا الجمع من دون ملاحظه النصف عند اختلاف المقومين من جهتي الصحيح و المعيب لوضوح عدم الفرق بين ان يجمع القيم الصحيحه جملته و المعيبه كذلك و تنسب إحداها الى الاخرى و تؤخذ بتلك النسبه او تجمع القيم الصحيحه جملته و يؤخذ نصفها و تجمع المعيبه كذلك و يؤخذ منها نصفها ثم تنسب احدى القيمتين المنتزعتين الى الاخرى و تؤخذ من الثمن بتلك النسبه فان النسبه بين المجموعين هى النسبه بين اجزائهما مع اتحاد الاجزاء بالاسم كالنصف مثلا اذ النسبه بين العشرين و الخمسه عشر كالنسبه بين العشره و السبعه و النصف و النسبه بين الستة و الثمانيه مثلا كالنسبه بين نصفيهما و هكذا اذا كانت القيم اكثر من اثنين فانه يمكن الجمع و يلاحظ النسبه بينهما نعم عند الاختلاف فى احدى الجهتين فلا بد اما من تضعيف الجبه المتفق عليها او تصنيف المختلف فيها ان كانت اثنين و نسبه النصف الى المتفق عليها و تثليثها ان كانت ثلثا و نسبه الثلث و هكذا

قوله و هذا منسوب الى الشهيد قد ره على ما فى الروضه)

قال فى اللمعه و لو تعددت القيم اخذت قيمه واحده متساويه النسبه الى الجميع فمن القيمتين نصفهما و الخمس خمسها و قال فى س و لو اختلف المقومون انتزعت قيمه من المجموع نسبتها إليه بالسويه ففى القيمتين يؤخذ نصفهما و من الثلث ثلثها و هكذا و قال الشهيد الثانى فى الروضه بعد نسبه الطريق الثانى الى الشهيد و عبارته هنا و فى س لا تدل عليه و ذكر فى الحاشيه و انما كانت العبارة لا تدل عليه مع ان ظاهر الطريق الاول لا يقتضى اخذ النصف من القيمتين و لا الثلث من الثلث بل اخذ نسبه المجموع الى المجموع لان مالهما واحد فان لك فى الطريق المطابق للعبارة على الاول ان تجمع القيم الصحيحه جملته و تأخذ نصفها او ثلثها كما مر و تجمع المعيبه كذلك و تأخذ منها كذلك ثم تنسب احدى القيمتين المنتزعتين الى الاخرى و تأخذ من الثمن بتلك النسبه فتأخذ فى المثال الاول نصف الصحيحين عشره و نصف المعيبين سبعة و نصفها الى العشره و ذلك ربع كما ان نسبه الخمسه عشر الى العشرين ربع و فى مثال الثلاثه تأخذ ثلث القيم الصحيحه جملته و هى ثلثون فثلثها عشره و ثلث القيم المعيبه

جملة و هي أربعة و عشرون فثلثها ثمانية و تأخذ من الثمن بنسبه ما بين الثمانية و العشره و هو الخمس كما أنك بالطريق الذى ذكرناه تاخذ بنسبه الاربعه و العشرين الى الثلثين و هو الخمس كذلك و بهذا يظهر ان عباره المصنّف تحتل كل واحد من الطريقين فلم تدل على الثانى بخصوصه انتهى

قوله (و حاصله قد يتحد مع الطريق المشهور كما فى المثال المذكور)

اما كون التفاوت بالثلثين على الطريق المشهور فقد عرفته و اما على الطريق المنسوب الى الشهيد فلان على تقويم الصحيح باثنى عشر و المعيب بأربعة يكون النسبه بين القيمتين الثلث لان الاربعه ثلث الاثنى عشر و على تقويم الصحيح بالسّته و المعيب باثنين فكذلك لان الاثنين ثلث السّته و قد عرفت ان النسبه اذا كانت بالثلث يكون التفاوت بالثلثين فيكون الارش ثلثي الثمن

قوله (على احدى البيئتين بالسّدس و على الاخرى ثلاثه اثمان

فان على تقويم الصّحيح باثنى عشر و المعيب بعشره يكون التفاوت بالسّدس و على تقويم الصّحيح بثمانيه و المعيب بخمسه ثلاثه اثمان فلو فرض الثمن اثنى عشر يجمع السدس و هو اثنان و ثلاثه اثمان و هو أربعة و نصف و يكون المجموع ستّ و نصف و يكون الارش نصفه و هو ثلاثه و ربع

قوله (و هو ناقص عن الثلث بنصف خمس)

فانه اذا كان الثمن اثنا عشر كان ثمنه واحدا و نصفا و هذا النصف يكون خمسين و نصف خمس من المجموع و كان خمس الاثنى عشر اثنين و خمسين فمجموع ثمن الثمن و خمسه يكون ثلاثه و أربعة اخماس و نصف خمس و هو ناقص عن طريق المشهور بنصف خمس

قوله (لان نسبه الكل الى الكل تساوى نسبه نصفه)

و فى المثال نسبه كل المعيب و هو السّته الى كل النصف من الصّحيحين و هو التسعه تساوى نسبه نصف المعيب و هو الثلاثه الى كل من نصفى ذلك الكل و هو الاربعه و النصف فكما ان التفاوت بين السّته و التسعه بالثلث فكذا التفاوت بين الثلاثه و الاربعه و نصف فاذا كانت النسبه ملحوظه بين قيمه المعيب و القيمه المتترعه التى هى نصف قيمتى الصّحيح كان لازم ذلك ان يكون النسبه بين قيمه المعيب و القيمه المتترعه مساويه مع نصف كل واحد منهما ضروره اتحاد نسبه الكل الى الكل مع نسبه كل من نصفيه الى كل من نصفى الاخر و هذا بخلاف نسبه الثلاثه التى هى نصف الكل الى كل من النصفين المركّب منهما ذلك الكل و هو السّته فان نسبه نصف الكل و هو الثلاثه الى احد النصفين المركّب منهما الكل و هو الاربعه بالربع و الى النصف الاخر و هو الخمسه بالخمسين و من الواضح ان الثلث غير الربع

او الخمسين فاذا كانت النسبه ملحوظه بين قيمه المعيب المتفق عليها و كل واحد من القيمتين المختلفين للصحيح لملاحظه نسبه نصف المعيب الى كل من التصفين فالظاهر ان لازم ذلك ان يكون النسبه بين قيمه المعيب و تمام الصحيحين مخالفه مع النسبه بين نصف قيمه المعيب و نصف كل من الصحيحين

قوله (فقد يختلف الطريقتان و قد يتحدان)

قال السيد الطباطبائي في حاشيته و اما قوله قدس سره و قد تقدم مثالهما فالظاهر انه سهو من القلم اذ ما تقدم من مثال الاتحاد انما كان في صورته اتحاد النسبه فلاحظ فلم يتقدم مثال لصوره الاختلاف في النسبه مع عدم تفاوت الطريقتين فيه فتدبره اقول الظاهر انه اراد من اتحاد النسبه بين الصيحيح و المعيب على كلتا البيئتين خصوص نسبه النصف و ذلك بمناسبه التنصيف الواقع بعد جمع القيم في جميع الصور فيما كان المقومان اثنين على كلا الطريقتين و ح فالمثالان قد تقدم ذكرهما و تفصيل ما افاده قدس سره ان في صورته اختلافهما في الصيحيح و المعيب معا ان اتحدت النسبه اتحد الطريقتان دائما و مثاله ما اذا قومه احداهما صحيحا باثنى عشر و معيبا بسته و قومه الاخرى صحيحا بسته و معيبا بثلاثة فان لازم الطريق المشهور ان ينسب الثمانيه عشر الذى هو مجموع قيمتى الصيحيح الى التسعه الذى هو مجموع قيمتى المعيب و ينسب نصف الثمانيه عشر الى نصف التسعه و التفاوت فى النسبتين بالنصف و هذا بعينه هو التفاوت على الطريق الثانى فان التفاوت بين نصف مجموع القيمتين للصيحيح اعنى التسعه مع نصف مجموع القيمتين للمعيب اعنى اربعة و نصف هو عين نصف التفاوت بين احدى قيمتى الصيحيح و هو الاثنى عشر مع احدى قيمتى المعيب و هى الستة و قيمه الاخر للصيحيح و هو الستة مع قيمه الاخر للمعيب و هو الثلاثه و السر فى اتحاد الطريقتين دائما فى هذه الصوره واضح فان كل صحيح ضعف المعيب فيلزمه ان يكون نصف الصيحيحين ضعف نصف المعيبين لان كل عدد اذا كان ضعفا لعدد آخر فلا بد ان يكون جميع كسوره ضعف جميع كسور الاخر و ان اختلفت النسبه بان لا يكون كل صحيح ضعف المعيب فيما كانت البيئتان ثنتين او ثلاثه مثلا اذا كانت البيئه ثلاثه فقد يختلف الطريقتان و مثاله ما ذكره فى صدر المسأله من فرض احدى قيمتى الصيحيح اثنى عشر و الاخرى ثمانيه و قيمه المعيب على الاول عشره و على الثانى خمسه حيث كان التفاوت على الطريق الاول ربع الثمن اعنى ثلاثه من اثنى عشر و على الطريق الثانى بثلاثه و ربع و قد يتحدان و مثاله ما ذكره قبل المثال المتقدم من

فرض احدى قيمتى الصّحيح اثنى عشره و الاخرى ستّه و احدى قيمتى المعيب اربعة و الاخرى اثنين و على ما ذكرنا فاختلاف النسبه فى هذا المثال أنّما هو من حيث أنّه ليس نصف مجموع القيمتين للصّحيح اعنى التسعه ضعفا لنصف مجموع القيمتين للمعيب و هو الثلاثه و ليس كلّ معيب نصفاً للصّحيح مع أنّ اللازم على كلّ من الطّريقين هو الجمع بالتصنيف و اتّحاد الطّريقين فيه فلانّ النسبه بين مجموع قيمتى الصّحيح مع مجموع قيمتى المعيب و كذا بين نصفيهما بالتّثنين و مقدار التّفاوت بين الصّحيح و المعيب أيضا بالتّثنين و يكون التّفاوت بين التسعه الّتى هى نصف مجموع القيمتين للصّحيح مع الثلاثه الّتى هى نصف مجموع القيمتين للمعيب اعنى ستّه هو بعينه نصف تفاوتى الاثنى عشر مع اربعة و الستّه مع اثنين

قوله (ثمّ انّ الاظهر بل المتعين فى المقام هو الطّريق الثّانى)

اعلم أنّه اذا كان المستند للجمع بين البيّتين هو خبر عبد الله بن عمر الوارد فى الاضاحى المتقدّم ذكره فلا اشكال فى انّ طريق المشهور اوفق بذلك و ان كان مورده من حقوق الله تعالى و ان كان مستند الجمع هو العمل بكلّ من البيّتين باعمال كلّ منهما فى نصف العين او كان المستند مجرد الجمع بين الحقيين فالمتعين هو الطّريق الثّانى و قد افاد المصنّف ره فى بيان ذلك بما لا مزيد عليه

قوله (على النهج الذى ذكرناه اخيرا)

الظاهر أنّه الموجود فى حاشيه بعض نسخ الكتاب و قد نقلناه

قوله (لأنّه اخذ من مقابل الجارىه اعنى سبعة)

فانّ نسبه الستّه الّتى هى قيمه الجارىه صحيحه الى العشره الّتى هى مجموع قيمتى الصّحيح من الستّه و الاربعه ثلاثه احماس و نسبه الاربعه الى العشره خمسان فهذه النسبه يؤخذ من الثّمن و هو اثنى عشر و ثلاثه احماس من اثنى عشر تصير سبعة و خمسا و خمسان منها اربعة و اربعة احماس ثمّ بعد ذلك تلاحظ النسبه بين قيمتى الصّحيح و المعيب من الجارىه و هما الخمسه و الستّه و هى السّدس فسدس سبعة و خمسا واحد و خمس و النسبه بين الاربعه و اثنين و نصف فى العبد ثلاثه اثمان لانّ الاربعه ثمانيه انصاف و اثنان و نصف خمسه انصاف و النسبه بينهما ثلاثه اثمان و هى من اربعة و اربعة احماس و احد و اربعة احماس لانّ مجموعها يصير اربع و عشرين خمسا و ثمنها ثلاثه اثمان و ثلاثه اثمان يكون تسعه احماس و هى واحد و اربعة احماس و بعد اجتماع السّدس و هو واحد و خمسا مع ثلاثه اثمان و هى واحد و اربعة احماس يصير ثلاثه فالثلاثه و هى ربع الثّمن منطبق على السّدس و ثلاثه اثمان كما لا يخفى

قوله

بل المتعين ح ان يؤخذ من ستة الجارية سدس)

فإن النسبة بين الخمسة و الستة السدس و هو من الستة واحد و النسبة بين الاربعه و الاثنين و نصف ثلاثة اثمان و هي من الستة اثنان و ربع فيصير المجموع ثلاثة و ربعا

قوله (و من هنا يمكن ارجاع كلام الاكثر الى الطريق الثاني)

يمكن المناقشه فيه أولا بان هذا الحمل في غايه الضعف فان التعبير بالاخذ بأوسط القيم او قيمه منترعه من مجموع القيم او قيمه متوسطه كلها ظاهر في الطريق الاول و ثانيا بان جماعه منهم الشهيد في الروضه صرحوا بنسبه الطريق الاول الى الاصحاب فراجع و اذا كانت كلماتهم مجمله لما كانوا مصرحين بالنسبه

قوله هذا مع ان المستند في الجميع هو ما ذكرنا)

ان كان غرضه قدس سره من هذه الجملة كما هو الظاهر الاشاره الى ما قدمه من التفصيل في ان مستند المشهور ان كان هو الجمع بين البيئتين باعمال كل منهما في نصف العين كان للمازم هو الجمع على الطريق الثاني فهو حسن و قد افاد في تثبيت ذلك بما لا- مزيد عليه و لكن من الواضح انه ح يكون تكرارا لما سبق و ان كان غرضه ان مستند الجمع و هو وجوب العمل بكل من البيئتين شاهد على حمل كلام الاكثر على الطريق الثاني و اتحاد القولين ففيه انه لو كان بذلك الظهور لما احتاج الى التوضيح المتقدم في المتن و من الواضح ان مجرد كون مستند الجمع هو اعمال البيئتين لا يرفع الاختلاف و لا يكون شاهدا على احد الطرفين فتدبر

[في الشروط التي يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها]

[مسأله في شروط صحه الشرط]

اشاره

قوله (الثاني ان يكون الشرط سائغا)

و مجرد كون الممتنع الشرعي كالممتنع العقلي لا- يكفي في درجه في الشرط الاول كما ان الشرط الرابع و هو عدم المخالفه للكتاب و السنه لا يكفي أيضا عن تخصيص هذا الشرط بالذكر لان حليته الشئى ء و حرمة قد يعلم من الاجماعات و الروايات

[من الشروط أن يكون ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء نوعاً، أو بالنظر إلى خصوص المشروط له]

قوله (و الوجه في ذلك ان مثل ذلك لا يعدّ حقاً)

فلا يدخل تحت قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم و تحت قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لا اقلّ من الشكّ فيرجع فيه الى الاصل من عدم لزوم الشرط نعم دائره الشرط اوسع من دائره العقد لاختصاص البيع بالاموال و عموم الشرط لغيرها ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء و يكون الشرط في العقد مشمولاً لقولهم يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الاوائل و قد يستدلّ بانّ المتبادر من ادلّه الشروط و قولهم عليهم السلام المؤمنون الخ هو ما كان له تعلق بالعقد و يكون ممّا يؤول نفعه الى المتعاقدين فاذا لم يتعلّق غرض لكليهما او لاحدهما بالشرط من حيث المنافع الدنيويّه الّتي هي موضوع

تلك العقود غالبا انحصر الغرض في ايجاب المباح او تحريمه فيخرج من مدلول ادله الشروط و يكون داخلا في المستثنى و هو قوله (ع) ألما ما حرّم حلالا- او حلالا حراما اذ ليس الغرض ح ألّا ذلك ألّا ان يقال أنّ مع دعوى ظهور المستثنى منه فيما كان فيه غرض للمتعاقدين كان المستثنى متكفلا لاجرا ح خصوص الافراد ألّنى تكون كذلك فينحصر الدليل في الوجه الاوّل و لنا في توضيحه ان نقول أنّ الشرط في العقد ان كان مجرد التزام شرعى كالنذر و نحوه صحّ اشتراط كلّ ما يصحّ الالتزام به بسبب النذر كان الشرط بنفسه مباحا او واجبا بناء على اصحّ القولين من تعلّق النذر بالفعل الواجب و تعدّد العقاب ح عند المخالفه من جهه مخالفه النذر و ترك الواجب و ثبوت الكفاره من الجهه الاولى و تعددها لو كان لترك اصل الواجب كفاره أيضا كصوم شهر رمضان سواء كان من التروك أم لا- و بالجمله صحّ اشتراط كلّ ما يكون داخلا تحت قدره المشروط عليه و لا يكون منافيا لمقتضى العقد و لم يكن مرجوحا شرعا لانه لا يتعلّق به الالتزامات الشرعيه سواء كان قابلا للمعاوضه كان يقول بعتك بشرط ان تخيط هذا الثوب أم لا كاشتراط عمل حقير لا يعاوض عليه و كان ممّا يملك أم لا كان يقول بعتك بشرط ان تكون هذه الفاره لى و كان قابلا- للتملك أم لا- كان يقول بعتك بشرط ان تكون هذه الحنطه مثلا- لى على القول بانها تملك و لا تملك و ان كان الشرط من باب التملك لا- مجرد الالتزام باختصاص بالافعال الوجوديه و لا يصحّ اشتراط التروك مط كالبيع بشرط عدم الاكل و عدم السكى و ان لا يضرب زيدا او لا يعطى عمروا و من الافعال الوجوديه بالّتى تكون قابله للتملك فلا يصحّ ان يقول بعتك بشرط ان تكون هذه الفاره لى او هذه الحنطه لى و لا يصحّ اشتراط فعل الواجب مط لانّ الواجبات ملك لله تعالى و لا- يملك لاحد و ظاهر بعض الاصحاب أنّ الشرط من باب الالتزام الشرعى و الاكثر انه من باب التملك و هو الاقوى لما ذكرنا من أنّ المتبادر من الشرط المذكور فى الادله ما كان له تعلّق بالعقد و ح لّما كان الاصل و هو العقد معاوضه و تملك فالفرع لا يزيد عليه و لا يمكن ان يخرج عنه بمعنى انه لا بدّ من ثبوت ارتباط بينهما و يكون الشرط الواقع فى ضمن العقد ممّا له تعلّق به و يكون ممّا يؤول نفعه الى المتعاقدين و من هنا يندفع ما يق من انه بناء على كونه من باب التملك لزم ان يقتصر فيه على خصوص ما كان فيه نحو تملك و لا- وجه ح للتعدى الى مطلق ما يتعلّق به غرض المتعاقدين و بعبارة اخرى الشرط لا يقع بازائه الثمن و لا يكون مقصودا فى العقد اصاله فلا يلزم ان

يكون له ماله لكن تعلقه بالعقد بحيث يثول نفعه الى احد المتعاقدين ممّا لا بدّ منه و ممّا ذكرنا من أنّ الشرط من توابع العقد و لا- بدّ ان يكون له تعلق به يعلم سرّ اعتبارهم ان لا- يكون الشرط مجهولا- جهاله يوجب الغرر في البيع كما سيأتى في الشرط السّياس و الشرط يتبع العوضين في جميع ما يعتبر فيهما و ذلك يختلف باختلاف العقود فالبيع يعتبر فيه تعيين العوضين فيعتبر في شرطه أيضا بخلاف ما لو كان بالصّالح

[من الشروط أن لا يكون مخالفاً للكتاب و السنّه]

قوله (بل قد جوز بعض تخصيص عموم ما دلّ الخ

بان يقوم دليل خاصّ على صحّ خصوص شرط مخالف للكتاب و السنّه في مورد خاصّ و يكون مخصّصا لعموم عدم جواز الشرط المخالف لهما و لكنّه لا يرتاب في ضعفه لأنّ العامّ المشار إليه لا يقبل التّخصيص و لو وجد ما ظاهره ذلك فلا بدّ من تاويله ان امكن او طرحه

قوله (و في صحيحه الحلبي)

عن ابى عبد الله عليه السّلام في رجلين اشتركا في مال و ربحا فيه ربحا و كان المال دينا عليهما فقال احدهما لصاحبه اعطني رأس المال و الرّبح لك و ما توى فعليك فقال (ع) لا بأس به اذا اشترط عليه و ان كان شرطا يخالف كتاب الله فهو ردّ الى كتاب الله عزّ و جلّ الحديث

قوله ألا انّ التّزام فعل الحرام يخالف الكتاب المحرّم له فيكفى الخ)

قد اضطرب كلام بعض المحشّدين في المقام و اتوا بما لا حاصل له بل ذكر بعضهم أنّ عبارته المتن في بعض النسخ يغير ما ذكرناه و بالجملة ما افاده في غايه الصحّح و الوضوح فإنّ المتّصف بمخالفه الكتاب أمّا يكون نفس الملتزم او التّزامه و بعبارته اخرى اتّصاف الشرط بالمخالفه قد يكون من حيث المتعلّق و هو الملتزم و قد يكون باعتبار نفسه و هو الالتزام و ما يقال من أنّ التّزام ترك المباح لا ينافى اباحته فينحصر المراد في المعنى الأوّل ففيه أنّ الغايه اخراج التّزام ترك المباح عن الالتزام المخالف و لا- يلزم من هذا انحصار المخالفه بالمعنى الأوّل لأنّ التّزام فعل الحرام مخالف للكتاب و هو يكفى في كونه مصداقا للمعنى الثّاني لوضوح أنّه ليس من المعنى الأوّل و هذا على فرض التّسليم لما يقوله القائل مع أنّ لنا منع ذلك و دعوى أنّ التّزام ترك المباح مخالف للكتاب و الرّوايه المتقدّمه كالصّريحه في ذلك

قوله (ثمّ أنّ المراد بحكم الكتاب و السنّه الذي يعتبر الخ)

لمّا كان في اشتراط كون الشرط غير مخالف للكتاب توهم أنّ جميع الشروط تكون أمّا ممّا احلّت حراما او حرّمت حلالا او اوجبها فيخالف ما دلّ عمومات الكتاب و السنّه او اطلاقاتها عليه فإنّ من شرط في البيع ان يعطى احدا دينارا زائدا على الثّمن فقد خالف العمومات الدالّه على عدم وجوب ذلك و من شرط خيارا في البيع فقد

خالف ما دلّ منهما على لزوم العقد و من الواضح أنّ الشّروط المتّفق على جوازها أنّها ما ليس بواجب كالنّذر و العهد و نحوهما من الاسباب الشرعيّة المغيّره للحكم فلا يبقى للشّروط محلّ كان اللّازم توضيح المقام و بيان ضابط المخالفه على وجه يرفع الاشكال و لهم في ذلك مسالك الاوّل ما سيجي ء في المتن عن التّراقي ره الثّاني ما افاده جماعه من الاصحاب و هو أنّ المراد لزوم كلّ شرط لم يرد فيه من الكتاب و السنّه ما يدلّ على الالزام بالفعل او التّرك على خلافه و أنّ دليل الشّروط من المستثنى و المستثنى منه ليس ألّا كقوله اطع اباك ألّا فيما يخالف الشّريعه و معناه بحسب الفهم العرفي أنّ الامر ملزم لما امر به فيما لم يكن للشّارع امر او نهى على خلافه فكلّ شرط رخص فيه في الكتاب و السنّه او كانا ساكتين عنه كان صحيحا و ملزما و كذا كلّ شرط وافق الكتاب في لزوم فعل او تركه و يكون ح كالنّذر على فعل الواجب او ترك الحرام و كلّ شرط كان في الكتاب امر او نهى على خلافه لم يصحّ من دون فرق بين ان يكون مخالفه الكتاب و السنّه لذلك الشّروط بالعموم او الخصوص و فرّق بعضهم بين ما كان الشّروط رافعا لما كان مشروعيته بالنصّ عليه في باب ذلك العقد بالخصوص كاشتراط ان لا يتزوج فإنّ الزّياده على الواحده منصوص بها في الشّرع بالخصوص لقوله تع فانكحوا ما طاب لكم من النّساء مثنى و ثلث و رباع و ما كان مشروعيته بالعموم كاشتراط عدم اخراج المرأه من بلدها و عدّ الاوّل من الشّروط المخالفه للكتاب و السنّه دون الثّاني و لا وجه له و المثال الّذى ذكره للقسم الاوّل ليس من الشّروط المخالف للكتاب بالمعنى الّذى نقلناه من الاصحاب بل عدم جوازه لاجل ورود الدّليل الخاصّ من الاجماع و الرّوايات على المنع من اشتراط عدم التّزويج عليها او التسرّي او نحو ذلك و أمّا المثال الثّاني فواضح أنّه ليس مخالفا للكتاب و السنّه و الى ما ذكرنا من المعنى اشار صاحب الجواهر حيث يقول فالمراد تحريم ما كان حلالا- باصل الشّرع او بالعكس كاشتراط عدم الارث ممّن يرثه او شرب الخمر او الزّنا و نحوها بل التأمّل الجيّد يقضى بكون المراد بذلك بيان أنّ الشّروط من الملزمات لكلّ ما هو جائز للمكلّف فعله او تركه و أنّه ليس مؤسّسا للحكم الشّرعى و مثبتا له حتّى يكون محلّلا- للحرام او بالعكس فيكون الضّابط ح فى السيّئع منه ما كان جائزا للمشتراط عليه قبل الاشتراط و أنّما اريد بالشّروط الالزام به و غيره ما لم يكن كذلك و مقتضى ذلك جواز اشتراط عدم البيع او الهبه او الوطى او نحو ذلك ضروره أنّ للمشتراط عليه مع قطع النّظر عن الشّروط ترك ذلك كلّ اللهمّ ألّا ان ينعقد الاجماع على عدم الجواز و هو محلّ شكّ بل قد يقوى الظنّ بخلافه خصوصا بعد استدلال جماعه على البطلان بالمنافاه لمقتضى العقد الّذى هو كما ترى و خصوصا بعد ان سئل الصّادق

عليه السلام في الصيحيحتين عن الشرط في الامه لاتباع ولا- توهب فقال يجوز ذلك غير الميراث فانها تورث لان كل شرط خالف الكتاب باطل و في الاخر فهو مردود و نحوهما غيرهما و هما مع صراحتهما بجواز اشتراط عدم البيع و الهبه قد اشتملا على الاستثناء المشعر بما ذكرنا من تفسير الحلال و الحرام انتهى ما اردنا نقله الثالث ما افاده المصنف ره و حاصله ان الاحكام المذكوره في الكتاب و السنه منها ما يقبل التغيير بالشرط لتغيير عنوانه و منها ما لا يقبل و ادله الشروط حاكمه على القسم الاول دون الثاني فان اشتراطه مخالف لكتاب الله و هذا يتول الى الوجه الاول بزياده توضيح لما هو الوجه في ذلك و بيان ان ما رخص فيه في الكتاب و السنه من المباحات و المستحبات و المكروهات انما لم يكن الشرط فيه مخالفا لهما فلان الحكم الثابت بهما للشىء كان ثابتا له من حيث نفسه و مجردا عن ملاحظه عنوان اخر طار عليه و ما لم يرخص فيه من الواجبات و المحرمات انما يكون الشرط على خلافه مخالفا لهما فلان الحكم كان ثابتا للشىء حتى مع وجود الطوارئ الا مثل الضرر و الحرج و لعل الاول احسن فان ما افاده حسن في نفس الامر و لكن لا يمكن جعله ضابطا لمعرفة الشرط المخالف و الموافق لوضوح ان اغلب ادله الاحكام الخمسه غير متكفله لبيان ان الحكم ثابت للشىء مع تجرده عن ملاحظه العنوانات الطاريه عليه ام ثابت له مطلقا غير مقيد بتلك الحثيه و الملاحظه و استشكل السيد الطباطبائي ره على المصنف في حاشيته بان مقتضى كلام المصنف قدس سره و هو ان الشرط المخالف للوجوب و الحرمة من الشرط المخالف للكتاب حيث ان دليلهما مثبت لهما حتى مع لحاظ وجود مثل الشرط بخلاف الشرط المخالف للاباحه هو جواز الشرط المخالف لها و اختيها و لو كان الشرط بمثل قوله بشرط ان يكون الملع حراما عليك فان المفروض ان اباحته انما هي مع عدم طرؤ عنوان الشرط فلا يكون شرطا مخالفا للكتاب و يدفعه ان الشرط هو الالتزام و الالتزام بفعل او ترك لا تغيير الحكم الشرعى عما هو عليه و اشتراط ذلك محال لا من حيث مخالفته للكتاب بل من حيث ان العباد غير قادرين على تغيير نفس الحكم من الوضعى و التكليفى و بالجمله الشرط انما يصح في الامور المقدوره و هو التزام الفعل او الترك لا- تغيير الحكم عميا هو عليه فالاحكام الوضعيه اذا كانت مما جعله الشارع تحت سلطنه الشارع كما في الحقوق و الاموال فلا اشكال في تبدلها بالشرط لان الشارع جعل له السلطنه على ذلك و المنع عنه يتنافى ذلك و من هذا القبيل اسقاط الخيار و نحوه الا اذا قام دليل خاص على المنع من

تصرّف خاصّ كبيع المصحف من الكافر ونحوه و أمّا اذا كانت ممّا جعله الشّارع بعنوان أنّه مجعول من قبله و يكون حكما محضا فان كان الدليل المثبت له مهملا- من جهة اشتراط خلافه بان لم يحرز كون اطلاقه فى مقام البيان حتّى من هذه الجهة فاشترطه ليس مخالفا و مع الشك لا بدّ من الرجوع الى ما يقتضيه الاصل كما ستعرفه و ان كان له عموم او اطلاق مثل حكم الشّارع بكون الولاء لمن اعتق و ولد الحرّ حرّا و الطلاق مفوّضا الى الزّوج لا يصحّ تبدّله بالشّروط لأنّه مخالف للكتاب بل البطلان فى الحقيقه من جهة أنّه غير مقدور الا اذا قام دليل خاصّ على جواز شرط خلافه كاشتراط إرث المتمتّع بها او رقيه من كان احد ابويه رقما عند القائل بجوازهما بدعوى ورود الدليل الخاصّ على ذلك و لكن لا يخفى عليك أنّه لا يكون من التخصيص فى عموم عدم جواز الشّروط المخالف و قد تقدّم أنّه لا يرتاب فى ضعف القول بذلك بل الدليل الخاصّ القائم على جواز شرط الخلاف الظاهر فى التخصيص يستكشف منه أنّ اصل الحكم ممّا يقبل التّغيير بالشّروط و أمّا الاحكام التّكليفية فالواجبات و المحرّمات منها لا- يجوز اشتراط الخلاف فيها الا اذا قام دليل خاصّ على جوازه فيستكشف منه تغيير الحكم الواجب او الحرام بالشّروط كسائر العوارض المجوّزه لفعل الحرام و ترك الواجب و لا اشكال ح فى صحّته الشّروط او كان دليل الحكم مهملا من جهة اشتراط خلافه بان لا يكون له اطلاق حتّى فى صورته اشتراط خلافه و لا بدّ ح من الرجوع الى ما يقتضيه الاصل و أمّا الثلاثه الاخرى فان كان الشّروط تبدّل الحكم فلا يصحّ و ان كان مجرّد التزام فلا اشكال فى الصحّ الا اذا قام دليل خاصّ على عدم جوازه

قوله منها كون من احد ابويه حرّ رقّا)

المشهور بين الاصحاب صحّحه هذا الشّروط خلافا لجماعه منهم المحقّق و الشّهد الثّانين و الاقوى عدم لظهور الرّوايه المشار إليها فى أنّ الحرّ لا يمكن ان يصير رقّا و يؤيده اصاله عدم السّلطنه و تمام الكلام فى محلّه

قوله (و منها إرث المتمتّع بها

المشهور بل ما عليه المعظم هو عدم إرث المتمتّع بها و القول بالخلاف نادر جدّا و على المشهور وقع الخلاف فى أنّه هل يصحّ اشتراطه أم لا- ذهب الى كلّ فريق و الاقوى الاوّل لما رواه الكليني فى الصّحيح عن ابى الحسن الرضا عليه السّلام قال تزويج المتعه نكاح بميراث و نكاح بغير ميراث ان اشترطت كان و ان لم تشترط لم يكن و عن قرب الاسناد للحميرى عن محمّد بن مسلم قال سألت أبا عبد الله كم المهر يعنى فى المتعه فقال ما تراضيا عليه الى ان قال و ان اشترط الميراث فهما على شرطهما و ما رواه سعيد بن يسار عن ابى عبد الله (ع) قال سألته عن الرّجل يتزوّج المرأة متعه و لم يشترط الميراث قال ليس بينهما ميراث اشترط او لم يشترط فمضافا الى ما فى سنده من

المناقشه حمله الشيخ ره فى الاستبصار على كون المراد بالاشتراف فى اشتراف عدم الميراث اى اشتراف عدم الميراث او لم يشترط و هو جيد ثم ان الاقرب عدم ظهور دليل الجواز فى شموله للاشتراف فى عقد آخر و لا اشكال ح فى الفرق بين افراد غير الوارث و افراد العقود بدعوى ان هذا الاشتراف مخالف للكتاب الا فى هذا المورد حيث يستكشف من دليل جوازه ان اصل الحكم مما يقبل التغيير بخصوص هذا الشرط و لا ضير فيه كما مرّ فت

قوله (و منها أنهم اتفقوا على جواز اشتراف الضمان فى العاربه)

يعجبني فى المقام بسط الكلام و تنقيح المسأله من حيث الدخول فيها و الخروج عنها يتم ببيان امور و منه التوفيق الاوّل جرت عاده الاصحاب فى كتاب الاجاره بعد بيانهم لماهيته و الحكم المترتب عليها من حيث الجواز و اللزوم ذكر الضابطه المعروفه لمورد الاجاره و متعلقها و ان عبّروا عنها بعبارات مختلفه كقول المحقق فى الشرائع و كلّما صحّ اعارته صحّ اجارته و قول الحلّى فى السرائر كلّ ما يستباح بعقد العاربه يجوز ان يستباح بالاجاره الى غير ذلك مما يرجع الى معنى واحد و لم يذكروا هذه الضابطه فى طيّ الشرائع و اركان الاجاره و أوّل من صنع ذلك الشيخ فى المبسوط و يستشكل فى هذه الضابطه تاره بانّه لا وجه يقتضى لجعل مورد العاربه ضابطه لتشخيص مورد الاجاره اذ لم يرد به نصّ و لم يدلّ عليه دليل و ما ذكره بعضهم من التعليل بانّ الاجاره لما كانت لنقل المنافع دون الاعيان فلا بدّ ان يكون موردها كمورد العاربه عينا لها منفعه مملوكه يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها و ذلك لان ينزل العمومات و ادله الاجاره عليها فغايتها أنّهما سيان فى اعتبار ذلك و أنّهما معلولان لامر ثالث و يبقى سؤال الوجه عن جعل احدهما اصلا و الاخر فرعاً له و ما يتخيل من انّ الوجه هو سبق كتاب العاربه على الاجاره و ان كان الحكم فى موردهما واحداً و كأنهم استغنوا بهذه الضابطه عن اعاده ما ذكروه فى العاربه فيدفعه أنّه لو تمّ فأنما يصحّ وجها لمن قدّم تدوين كتاب العاربه على الاجاره كالشيخ و ابن ادريس و المحقق لا من قدّم كتاب الاجاره و جعل الضابطه فيها ذلك كالمحكى عن العلّامه فى الارشاد و التحرير و تاره بانّها منتقضه عكسا و طردا و ما يذكر بعنوان الميزان و الضابطه من الواضح أنّه ليس من قبيل العامّ و القاعده كى لا- يضرّ بها خروج بعض الافراد بل لا بدّ ان يكون كالحّدّ و المعرفّ الحقيقى غير قابل للنقض عليه اصلا فانّ معنى الضابطه هو ما كان محيطا بجميع افراد الشىء من حيث الحكم و الفرق بين الحّدّ و بينها ليس الا كونه لبيان الماهيه و تشخيصها و هى لبيان الافراد

من حيث لحوق الحكم و إلا لم يكن ضابطه و على هذا فلا بدّ من جريان الاجاره فى كلّ مورد يجرى فيه العاربه و عدم جريانها فى كلّ مورد لا يجرى فيه العاربه و الاوجه فى بيان التّقض على الضّابطه المذكوره ان يق باختلافهما من حيث اعمّيه احدهما من دون نظر الى موارد خاصّه فمن الواضح أنّ دائره العاربه اوسع من دائره الاجاره و ذلك من جهتين الاولى من حيث أنّه لا يشترط معلومته المنفعه فى العاربه بخلاف الاجاره ألا ان يقال بأنّ اوسعيه العاربه من هذه الجبهه لا يقدر فى الضّابطه المذكوره لأنّ المقصود هو اثبات التّلازم بين مواردتهما مع قطع النّظر عمّا يعتبر فى الاجاره من جهه مراعات المعاضه الّتى هى الفارق بينهما الثّانيه من حيث أنّه لا يشترط فى العاربه ان يكون المنفعه الّتى استعير من جهتها العين مقومه متموله ببذل بازاها بل يكفى فيها مجرد كونها مقصوده للعقلاء و يتعلّق بها غرض عقلاى و هذا بخلاف الاجاره حيث يشترط فيها ان تكون المنفعه متموله بل اضاف جماعه على هذا الشّروط ان لا تكون المنفعه نادره و لاجله حكموا بفساد اجاره التّقدين و لو للزّينه و قد حكموا بصحّه اعارتهما لها و ان كان يظهر من بعض الاشكال فيها أيضا و يدلّك على ما ذكرنا من اوسعيه دائره العاربه أنّه لا اشكال عندهم فى جواز عاربه العين للزّهن مع أنّ الظّاهر من جماعه ممّن ذكر تلك الضّابطه عدم جواز اجارتها له و ان كان يظهر من التّذكيره جوازها له أيضا و كذا لا اشكال فى جواز عاربه فحل الضّراب للزّهن مع أنّه لا يجوز عندهم اجارته له و كذا لا اشكال عندهم فى جواز عاربه الدابّه للاستغلال مع أنّه لا يجوز اجارتها له الى غير ذلك من مسائل كثيره فالمناقشه فى بعض الامثله لا يضّرّ فى دعوى اوسعيه دائره العاربه و قد صرّح بالاوسعيه المشار إليها جماعه منهم العلّامه فى التّذكيره حيث قال و لذا يجوز عاربه الفحل للضّراب و لا يجوز اجارته له

لا- يقال أنّ غرضهم من هذه الضّابطه هو أنّ كلّ عين تقع موردا للعاربه تقع موردا للاجاره فى الجمله و لو من غير الجبهه الّتى باعتبارها تصحّ وقوعها عاربه لا تشخيص موارد الاولى باعتبار تميّز موارد الثّانيه من كلّ جهه تصلح ان تقع العين باعتبارها موردا لها فالدابّه مثلا و ان لم تصحّ ان تقع باعتبار الاستغلال بها موردا للاجاره ألا أنّها يصحّ ان تقع موردا لها باعتبار الحمل و الرّكوب عليها و هكذا

فأنّه يقال ليس مورد التّقض منحصر بما كان للعين منفعتان تبذل الثّمن بإزاء إحداهما دون الاخرى حتّى يمكن دفعه بهذا الكلام بل يشمل عينا لم تكن لها منفعه مقومه اصلا و لها منفعه مقصوده و هذا يكفى فى صحّه التّقض هذا مضافا الى بداهه كون غرضهم من الضّابطه هو تشخيص مورد الاجاره باعتبار مورد العاربه من كلّ

جهه يقع منها العارِيه كما يرشد إليه ما ستسمعه من التَّقْضِ بالمنفعه و غيرها و استثناء بعضهم عن الضَّابِطه المنحه و لو كان غرضهم هو المشابهه و لو فى الجملة لما كان مجال لما ستعرفه من التَّقْضِ بالمنحه فأنَّ اعارتها جائزه بالنَّص و الاجماع بخلاف اجاتها بالاجماع و هى بكسر الفاء فى اللغه مطلق العطيَّه و فى كلماتهم الشَّاهِ التَّى استعيرت للحلب بفتح اللام

فان قلت انَّ العارِيه كالأجاره لا بدَّ ان يكون متعلِّقها متموِّلاً فانَّ العارِيه عَرَفَها بأنَّها تمليك المنفعه بلا عوض و ارادوا بالتقييد بلا عوض خروج الاجاره عنها فأنَّها تمليك لها بالعوض

قلت أولاً- شرط التَّمْلِيك أنَّما هو كون المنفعه قابله للانتقال و التموُّل و التقوُّم بالمال شرط للمعاوضه لا للتَّمْلِيك و ثانيا كون العارِيه تمليك المنفعه محلَّ منع و أنَّما هى إباحه المنفعه و التَّسْلِيط عليها و قد اطبقت كلمتهم على عدم جواز اعاره العين المستعاره للمستعير معلَّين بكون الحاصل من العارِيه إباحه التصرُّف فى المال بخلاف الاجاره و قد صرَّح العلَّامه بذلك منزلاً ايَّها منزله إباحه الطَّعام للضَّيف و قد عَرَفَها جماعه بأنَّها عقد شرع لإباحه التصرُّف و ما صرَّحوا به أيضاً من كون الفرق بين العارِيه و الاجاره هو جعل العوض فى الثَّانِيه و عدمه فى الاولى الظَّاهر فى كون العارِيه تمليكا أيضاً فلا بدَّ ان ينزَّل على التَّمْلِيك بالمعنى الاعمَّ اى التسلُّط المطلق كيف و قد صرَّح العلَّامه بالفرق المذكور مع أنَّه عَرَفَها فى محكِّ التَّيذِكره بأنَّها عقد شرع لإباحه التصرُّف و قد قدَّمنا فى اوائل بحث المعاطاه انَّ الملكيه ربط خاصَّ بين المالك و المملوك و يختلف شدَّه و ضعفا و يصحَّ اطلاقه على إباحه التصرُّفات فراجع و يظهر ممَّا ذكرنا فرق اخر بين العارِيه و الاجاره و انَّ الاولى إباحه و الثَّانِيه تمليك ثمَّ انَّ المتعرِّضين من الاصحاب لبيان التَّقْضِ سلَّكوا سبيلاً- غير ما عرفته و اوردوه بموارد مخصوصه فاوردوا على عكس الضَّابِطه بعارِيه المنحه و على طرفها باجاره الحرَّ نفسه و المرضعه نفسها الجائزه بالاجماع و النَّص و اجابوا عن هذه النَّقوض تاره بأنَّ الضَّابِطه مبتيه على الغالب و اخرى بأنَّ الغرض منها هو بيان التَّلازم بين مورد العارِيه و الاجاره بالنَّظر الى الاصل و لا ينافى التخلُّف من جهه قيام الدَّلِيل من اجماع او غيره و فيهما ما لا يخفى على المتأمل لما عرفت من منافات الانتفاض مطلقاً للضَّابِطه و لو نادرا و من جهه الدَّلِيل الخاصَّ و ثالثه بمنع كون المنحه اعاره حقيقيه بل هى مجرد إباحه كغيرها من المباحات المستلزمه لتلف العين كوضع الطَّعام قدَّام الضَّيف و فيه مضافا الى انَّ هذا خلاف ظاهر كلماتهم حيث عدَّوا

المنحه من افراد العارايه و حكموا بخروجها حكما للدليل و الا كان اللازم الحاق غير المنحه من البقر و الابل إليها من غير اشكال مع أنهم اختلفوا فيه ان الظاهر هو حصول التملك بالنسبه الى اللبن و لذا يترتبون عليه احكام الملكيه من جواز البيع و نحوه كما استقرت عليه السيره التي جعلوها دليلا على خروج عارايه المنحه عن مقتضى القاعده و هو عدم حصول ملكيه للعين فيها و يظهر ما ذكرنا من ان في المنحه تملك من كلام العلماء في التذكرة حيث أنه ذكر في مقام الاستدلال على جواز عارايه المنحه بصحيح ابن سنان و نحوه الواردين في جواز دفع الغنم الى الغير بسمن و دراهم معلومه لكل شاه مقدارا معلوما في شهر ما نصه فاذا جاز مع العوض فيه فهذا اولى فان الظاهر منه ان الجائز بلا عوض هو ما كان جائزا مع العوض و من المعلوم ان الجائز مع العوض فيما استدل عليه هو تملك اللبن لا اباحته

فان قيل كيف يصح التملك في المنحه مع أنه تملك للمعدوم

قيل ان هذا يرد على القول بالاباحه أيضا فان اباحه المعدوم غير جائزه كتملكه لاتحاد المناط مضافا الى ان العرف ينزل المعدوم اذا كان له شأته الوجود منزله الوجود و الملكيه من الامور الاعتباريه العرفيه

فان قلت لو كان في المنحه تملك للبن لزم عدم جواز رجوع المالك الى ما يستحلبه المستعير من اللبن و جواز الرجوع في العارايه لا يستلزم جواز الرجوع فيه لان الفرض عدم وقوعه موردا للعارايه

قلت المفروض حصول الملكيه بعنوان العارايه فيلزمه جواز الرجوع فيه أيضا هذا نعم علل بعضهم كونها على خلاف الاصل بانها يستلزم اتلاف العين و هذا يناسب كونها اباحه و اذن في الاتلاف لا انها تملك و على اى حال فهنا اشكال و هو ان جعل عارايه المنحه نقضا للضابطه المذكوره و الحكم بكونها من افراد العارايه خرجت عن حكمها بالنص و الاجماع كيف يجامع اخذهم عدم اتلاف العين في مفهوم العارايه و موضوعها سواء كانت موردا لها او ثمره و منفعه لها و الظاهر اطلاقهم على ذلك كما اطبقوا عليه بالنسبه الى مفهوم الاجاره أيضا و من هنا التجأ صاحب الجواهر الى الالتزام بكون العارايه اباحه مطلقه و يمكن ان يقال ان جعل المنحه من افراد العارايه انما هي بالمسامحه من حيث ان العرف يطلقون عليها العارايه كما يطلقون في الاجاره على تملك منافع البستان او يقال انها من افراد العارايه حقيقه بمعنى ان مالك الشاه انما يدفعها للانتفاع من عينها مع الرضا باتلاف بعض المنافع العيويه مقرونا بالانشاء الذي ينشأ في سائر افراد العارايه فهي عارايه فاسده لعدم تحقق موضوعها و لكنّها محكوم به بالصحة فهي على خلاف الاصل من هذه الجبهه و هذا نظير ما ذكره المشهور في باب المعاطاه من ان البائع يقصد التملك و لكن لا يحصل الا الاباحه

الامر الثاني

اتَّفَقوا على جواز اشتراط الضَّمان فى العارىه و الاصل فى ذلك النُّصوص الخاصَّه المستفيضه منها صحيحه الحلبي عن ابى عبد الله عليه السَّلام اذا هلكت العارىه عند المستعير لم يضمَّنْه اَلَّا ان يكون قد اشترط عليه و ستعرف عدم منافاه شرط الضَّمان فيها لمقتضى العقد و الاشكال بانَّه يكون شرطاً فى عقد جائز و هو غير لازم و اَلَّا لزم مزيَّه الفرع على الاصل من الاجتهاد فى مقابله النصِّ على انَّ هذا الشرط يؤول الى الرُّضا بالعارىه مع هذا القيد

الامر الثالث انَّ العين المستاجر امانه و لا يضمَّنْها المستاجر اَلَّا بتعدُّ و تفريط اَمَّا كونها امانه فلصدقها عليها لغه و عرفاً فانَّها عباره عن كلِّ مال سلَّط المالك عليه بالمعنى الاعمَّ مع اطمينانه بانَّه يرُدُّ عليه سواء كان بعنوان الوديعه او العارىه او الوكاله او الاجاره و ليس لها حقيقه شرعيه او متشرَّعه حتَّى يتكلَّم فى صدقها على العين المستاجر و ليس صدق الامانه على الاجاره اَلَّا بهذا الاعتبار لا باعتبار ثبوت استحقاق الموجر فيها لانَّ هذا ليس مناط الامانه قطعاً و لذا يصدق على الوديعه و العارىه ايضاً مع عدم استحقاق فيهما و لا- يختلف الامر فيما ذكرنا فى معنى الامانه بين ما كانت مالكيه او شرعيه غايه الامر كون الأمان فى الاولى هو المالك المجازى و فى الثانيه المالك الحقيقى و هذا لا يوجب اختلاف المعنى و اَمَّا يوجب اختلاف النَّسبه و اَمَّا عدم ضمانها فى غير صوره التعددى فللاجماع عليه بل على عدم ضمان كلِّ امين مع القيد المذكور و اصل الدليل على هذه الكليه الاخبار الكثيره المتفرقه فى ابواب العقود المبتيه على الاستيمان و كأنَّهم يشيرون فى كلِّ باب الى كبرى مفروغ عنها مضافاً الى اخبار خاصَّيه وارده فى الاجاره سنذكر بعضها منها إن شاء الله تعالى تدلُّ بمفهومها على ذلك و بناء على ما هو الصَّواب من انَّ النبوى المشهور على اليد ما اخذت حتَّى تؤدَّى يشمل يد الامانه و لا يختصَّ باليد العاديه تكون هذه الاخبار حاكمه عليه لا مخصَّصاً له كما قيل و هل يجرى عدم الضَّمان بعد انقضاء مدَّه الاجاره أم لا و بعباره اخرى هل العين باقيه على الحاله السابقه فى كونها امانه مالكيه أم تكون امانه شرعيه يجب الردُّ فوراً و لو لم يطالب المالك فيضمَّنْها مع الاخلال بالردُّ الظاهر هو الاول فيجرى عليها حكم السابق للاستصحاب و اطلاق ادلّه الامانه فلا- يجب الردُّ فوراً نعم عليه التخليه بينها و بين المالك و يحتمل كونها شرعيه لانَّ الامانه المالكيه كانت مقيدده بزمان الاجاره و اَمَّا الضَّمان فى صوره التعددى و التفريط فبالاجماع و دلالة الاخبار العامه كالنبوى المذكور مضافاً الى اخبار خاصَّه وردت فى المقام كصحيحه على بن جعفر عن اخيه ابى الحسن (ع) قال سألته عن الرَّجل استاجر دابَّه فاعطاها غيره فنفقت ما عليه فقال ان كان شرط ان لا يركبها غيره فهو ضامن لها و ان لم يسمَّ فليس عليه شىء و صحيحه الحلبي سألت أبا

عبد الله (ع) عن رجل يكارى دابته الى مكان معلوم فنفتت الدابته قال ان كان جاز الشرط فهو ضامن و ان دخل واديا لم يوثق منها فهو ضامن و ان سقطت في بئر فهو ضامن لانه لم يستوثق منها و صحاحه ابي و لاد المعروفه الى غير ذلك و بالتعدى هل يخرج الامين عن كونه امينا موضوعا او انه باق على امانته و يخرج حكما لا ربط له بالمقام

الامر الرابع هل يكون لشرط الضمان في الاجاره تأثير فيه كما في باب العاربه أم لا كما في باب الوديعه المشهور الثاني بل عن جامع المقاصد انه المقطوع به و عن الاردبيلي و السبزواري طاب ثراهما الميل الى الصحه و اختاره جمال الدين الخوانساري في حاشيه الزوضه و قد جنح إليه سيد الرياض و استدلل كل من الطائفتين بوجوه لا بد من ذكرها و تعقيبها بما يرد عليها و ادله المانعين وجوه الاول ان الشرط المذكور مناف لمقتضى الامانه المتحققه بالاجاره فتكون فاسده و فيه المنع عن اقتضاء الامانه عدم الضمان من حيث الذات و ما ثبت من ادله الامانه عدم اقتضاءها له فلا ينافي ثبوت الضمان من جهة سبب خارجي كالشرط و نحوه و اما كان شرط الضمان في يد العاربه منافيا لمقتضى الامانه و هو كما ترى الثاني انه مناف لخصوص عقد الاجاره و استدلل بهذا المحقق و الشهيد الثانيان الثالث ما ذكره في الجواهر من معارضه ما دل على تأثير الشرط مثل قوله (ع) المؤمنون عند شروطهم بما دل بعمومه على عدم ضمان الامين اشترط او لم يشترط و النسبه عموم من وجه فيرجح الثاني على الاول بالشهره و الاصل و يدفعه أولا انه لا معنى للحكم بالتعارض بين العامين فان مقتضى ما دل على عدم ضمان الامين ان كان ثبوت اقتضاء عدم الضمان كان حاكما على ادله الشروط بل واردا من حيث ان الشرط العذى يجب الوفاء به انما هو الشرط المقتيد بعدم مخالفته للكتاب و السنه و ان كان عدم ثبوت اقتضاء الضمان على ما مر الاشاره إليه من كونه حاكما على ما دل على سببه اليد للضمان مط من غير زياده في دلالة على ذلك فلا اشكال في عدم المعارضه بينهما أيضا لان عدم الضمان من جهة عدم المقتضى لا ينافي ثبوته بالسبب و ثانيا لو سلم المعارضه لا وجه للترجيح المذكور لما تقرّر في محله من انه لا معنى لترجيح احد الظاهرين على غيره من جهة موافقته لظن غير لفظي لم يقيم على اعتباره دليل فضلا عن ترجيحه بامر تعدي لا دخل له بالظن اصلا كاصاله البراءه و بالجمله عدم ترجيح الدلاله لظن خارجي لا دخل له باللفظ امر ظاهر لا ستره فيه بل الحكم في صوره عدم وجود المريجح الدلالى بين العامين هو التسايط في مورد الاجمال و الرجوع الى الاصول اللفظيه ان كانت و العمليه ان لم تكن و ثالثا لو سلم المعارضه أيضا فلقاتل ان يقدم القول بتأثير الشرط لان مع فرض التعارض يبقى الشك مستقلا في الضمان في صوره

الشَّرط فيرجع الى عمومات الضَّمان بل يمكن ترجيح عمومات تأثير الشَّرط بها أَلَّا ان يقال انَّ المتعيَّن هو ملاحظه التَّعارض بين ادلَّه تأثير الشَّرط الشَّامله بعمومها لمورد الاجاره و ادلَّه عدم الضَّمان فى خصوص الاجاره اشترط أم لا و هى ما تقدَّم من مفهوم الاخبار الدالَّه على الضَّمان بالتعدى فيرجح الثَّانى بما دلَّ على عدم ضمان الامين مط او يرجع إليه بعد الحكم بتساقطهما فإنَّ ما دلَّ على عدم ضمان الامين مقدَّم على ما دلَّ على سببیه اليد للضَّمان لكونه حاكما عليه و الاشكال بانَّ المفهوم لا يعارض المنطوق حتَّى يكون مساويا له فيتساقطان و يرجع الى غيرهما فكيف بترجيح المفهوم مدفوع بانَّ بعد تسليم حجَّيه المفهوم لا معنى لهذا الكلام فإنَّ ظهور الجملة فى المفهوم لخصوصيَّه ناشئه عن المنطوق فلا يقصر ظهور الكلام فى الأوَّل عن ظهوره فى الثَّانى و الحجَّيه فى كلِّ منهما للظهور اللفظى و توضيحه انَّ دلالة المنطوق على المفهوم أنَّما هى لخصوصيَّه فى معنى الجملة الملقاه تفيد دلالتها عليهما على حدِّ سواء من دون ضمِّ مقدَّمه خارجيَّه و الغايه أنَّها على المفهوم بالتبعيه و بواسطه فاء بينهما عند التعمق و أَلَّا فلا- فصل فى مقام الدلَّاله و الظهور نظير استتباع العله معلولها و كلاهما وجود تنزيليَّ لالفاظ تلك الجملة حيث انَّ اللفظ وجود تنزيليَّ للمعنى و بالجملة حيث انَّ المتَّبِع هو قوه ظهور الكلام و قد قرَّنا فى محلِّه انَّ المفهوم هو حكم خبريَّ او انشائيَّ يستلزمه خصوصيَّه فى معنى الحكم المنطوق و لا يقصر دلالة الجملة على مدلوله الثَّانوى عن دلالته على المدلول الأوَّلى فالتَّعارض واقع حقيقه بين المنطوقين و لو سلَّم انَّ المنطوق أقوى ظهورا من المفهوم نوعا أَلَّا أنَّه فى المقام و امثاله ان لم يدع ترجيح الثَّانى فلا اقلَّ من الحكم بالتسويه بينهما لآنَّ المفهوم فى المقام من جهه خصوصيَّه مورده و قلَّه افراده فى حكم الاخصَّ مط بالتسبه الى ادلَّه الشروط و ان كانت التسبه واقعا هى العموم من وجه و ذلك لما تسالموا عليه من انَّ الاقلَّ افرادا من العاميَّن المتعارضين اظهر فى الدلَّاله من الاكثر افرادا و من الواضح انَّ اللآزم على الفقيه أوَّلا اتِّباع الظهور الشَّخصى و مع عدم احرازه يرجع الى الظهور التَّوعى و لذا قد يقدَّم العامُّ على الخاصِّ و المطلق على المقيد و هكذا الامر فى كلِّ ما يكون بحسب التَّوع او الصِّنف اقوى من غيره بحسب الدلَّاله مع كونه اضعف منه فى مورد خاصِّ بل ربما لا يكون للفظ ظهور نوعا فى معنى و يكون له ظهور فيه بنظر الفقيه فى خصوص المقام الا ترى الى ما افاده المحقِّق القمى ره فى دلالة آيه التَّبَيُّ باعتبار التعلُّق على الوصف على المفهوم فى خصوص الآيه مع ذهابه الى عدم دلالة التعلُّق المذكور نوعا على المفهوم و على اىِّ حال فقد عرفت انَّ الحقَّ هو عدم التَّعارض رأسا و اما ادلَّه الآخريَّن فوجوه الأوَّل عموم ما دلَّ على وجوب الوفاء بالعقد و الشَّرط و ليس هذا الشَّرط منافيا للامانه لما عرفت من عدم منافاته لذات العقد كما انَّ ثبوت حكم كالضَّمان بالشَّرط لا يجعله مشرعا فانَّ ثبوت الضَّمان

في الحقيقة ليس باقتضاء الشرط له و إنما الشرط يؤثر في رفع المانع عن مقتضى اليد على أنه لو صح هذا الكلام و كان الشرط مشرعا لجرى في جميع موارد الشروط في ابواب المعاملات و هو كما ترى و هذا عمده ادله المجوزين و ستعرف الجواب عنه بما لا مزيد عليه إن شاء الله تعالى الثاني ما دل على ثبوت الضمان على المستعير بالشرط بناء على دعوى شمول العاربه بحسب اللغة للاجاره أيضا و الجواب أنه لو سلم الدعوى المذكوره بحسب اللغة فليس الكلام في صحه استعمال احد اللفظين مكان الاخر و من الواضح ان كلاهما في الشرع و العرف عنوان مستقل له احكام خاصه و قد عرفت شطرا من الكلام في ذلك الثالث ما دل من الاخبار على ضمان الصانع و الاجير و الملاح و منها المروى في كافي و التهذيب عن موسى بن بكر عن ابي الحسن (ع) قال سألته عن رجل استاجر سفينه من ملاح فحملها طعاما و اشترط عليه ان نقص الطعام فعليه قال جائر قلت أنه ربما زاد الطعام قال فقال يدعى الملاح أنه زاد فيه شيئا قلت لا قال لصاحب الطعام الزيادة و عليه التقصان اذا كان قد اشترط عليه ذلك و الجواب ان الكلام في ضمان المستاجر بالشرط لا في ضمان الموجر به كما هو مدلول تلك الاخبار كما لا يخفى ثم ان الحق هو المنع و ذلك من وجوه الاول ما تقدم في طي ادله المانع من منافاته لمقتضى عقد الاجاره و هي من وجهين احدهما ان المستاجر بعد دفع عوض المنفعه الى الموجر و استحقاقه للانتفاع بالعين يصير في الحقيقة نائبا عنه في التصرف في العين فالتلف في يده تلف في يد الموجر و لا معنى لتضمنه و ليس الامر فيه كالعاريه فإنه لا استحقاق للمستعير فيها اصلا و ان امكن المناقشه في هذا بان مقتضى المعاوضه كون المستاجر مستقلا في الاستيفاء لا- نائبا عن الموجر فإنه يستحق الاستيفاء لنفسه بمقتضى التعاوض الواقع بينهما فت ثانيهما ان اخذ العين في الاجاره إنما هو لمصلحه الموجر فان المنفعه تعود إليه و المستاجر يدفع العوض كأنه يأكل من ماله بخلاف الموجر فإنه يأخذ العوض بدلا عن منفعه ماله بل هو عينها و الاجاره تجاره له فالاجاره نظير الوديعه في كونها من جهه مصلحه المالك و ان لم يكن مثلها في الوضوح و كل عقد يكون مبيتا على مصلحه المالك لم يكن لشرط الضمان فيه على الأخذ وجه معقول كما ان كل اخذ يكون لمصلحه الأخذ لا مانع من شرط الضمان فيه و يؤيد ما ذكرنا من المنافاه حكم العرف بذلك و بان العين المستاجره تهلك باجرتها فان ذلك إنما هو من جهه منافاه ضمان المستاجر عندهم لمقتضى الاجاره و الاشكال بأنه لا- دليل على اعتبار بناء العرف في امثال المقام لا وجه له من جهه ان بعد احراز بنائهم عليه يستكشف ان مقتضى العقد عندهم ذلك و من المعلوم أنهم المرجع في تشخيص مقتضيات العقود بعد فرض كونها من العرفيات الممضاه عند الشارع كما ان الاشكال بان حكمهم بذلك في صورته الاطلاق لا الاشتراط بعيد عن الانصاف بل الظاهر أنه من جهه اقتضاء ذات الاجاره

و ان شئت توضيح هذا المقال فلا بد من بيان الحال فى العقود المتضمنه للاستيمان على سبيل الاجمال فنقول اما الوديعه فلا ريب فى فساد شرط الضمان فيها و قد اطبقت عليه كلمتهم من جهه منافاته لذات العقد من وجهين الاول تمخضها فى الاستنابه كما قضى به تعريفهم لها بانها الاستنابه فى الحفظ و من الواضح انه لا معنى لشرط الضمان على التائب بعد فرض كونه نائبا لرجوعه الى شرط ضمان المنوب عنه و تضمين المالك نفسه غير معقول فكذلك ما يثول إليه و علل فساد الشرط فى الوديعه فى محكى التذكرة بان يد الودعي بمنزله يد المستودع فلا يتعقبها الضمان الثانى كونها مبتئبه على الاحسان الى المودع و لمصلحته و لذا ذكر جماعه ان قبول الوديعه من الواجبات الكفائيه من حيث كونها من المصالح العامه و مما يتوقف عليه النظام فيجب فى الحكمه ايجابه على الحكيم تعالى و هو مما يتعين على الشخص مع عدم وجود من يقوم به الكفايه و مع كونها مبتئبه على الاحسان فلا يعقل شرط الضمان فيها لا المجرد نفي السبيل على المحسن حتى يقال ان المفروض اقدام المحسن بنفسه على قبول الشرط بل لمنافاته لاصل وضع العقد و تشريعه و اما العاربه فلا ريب فى عدم منافاه شرط الضمان فيها لمقتضى وضع العقد من جهه عدم وضعها على الاستنابه و مراعاة مصلحه المالك بل موضوعه لمصلحه المستعير نعم مع الاطلاق و عدم الشرط لا تقتضى الضمان من جهه كونها امانه و هى مانعه عن تأثير اليد فى الضمان و اما مع الشرط فلا و لا يابى العرف و لا الشرع عن هذا الشرط بعد ما كانت لمصلحه المستعير رعايه لحفظ الاموال و اقدام الناس على هذا الامر الخير بل قد حكم الشارع فى بعض العوارى بالضمان من دون شرط أيضا كعاريه التقدين و حكم جمع كثير به فى العاربه للرهن لا من جهه ورود نص بل من جهه ان وضع الرهن فى اصله يقتضى كون العين فى عهده المستعير و ان امكن المناقشه فيها بان التبانى على كون المال فى عهده المستعير على تقدير بيع المرتهن لا يقتضى التبانى عليه على تقدير التلف بغيره و اما الاجاره فهى عند التأمل ملحقه بالوديعه لما ذكرنا من جريان الوجهين المذكورين فى الوديعه فيها أيضا و ان لم يكن بذلك الوضوح و منه يعلم انه لا اشكال فى صحه اشتراط الضمان على الموجر كصاحب السفينه و المكارى و نحوهما فان الامر فيه على العكس من محل البحث حيث ان الشرط فيه على الموجر و الاجاره لمصلحته و اما سائر عقود الامانات كالمضاربه و المساقاه و المزارعه و الرهن و الوكاله سواء كانت مع الجعل او بدونه و نحو ذلك فالظاهر اتحاد حكم شرط الضمان فيها على اخذ العين مع حكمه فى الاجاره صحه و فسادا و من قال بصحه الشرط المذكور فى الاجاره فلازمه هو القول بها فى هذه العقود و ان لم نقف على كلام من المجوزين فى الاجاره على الجواز فيها و ما عثرنا عليه هو النقل عن جماعه من القائلين بفساد الشرط فى الاجاره فساده فى هذه العقود

و عن التذكرة في باب المضاربه أنه لو شرط على العامل الضمان فسد لمنافاته لعقد المضاربه و عن الشهيد في الدروس في باب الرهن أنه لو شرط الضمان على المرتهن بطلاء و ظاهره كون الشرط باطلا و مبطلا و على أي حال فسّر الاتحاد هو جريان كلا وجهي المنع في الاجاره في الوكاله بلاء جعل و هو واضح و جريان الوجه الثاني في غيرها و ذلك لأن اخذ العين في تلك العقود لمصلحة المالك اما غير الرهن فإنّ النفع فيه يعود الى المالك و ما ينتفع به الأخذ فهو شيء بازاء عمله و إنما يصل إليه بدل المشقة التي اصابته بخلاف المالك فإنه يتجر بماله حقيقه و اما الرهن فالمرتهن إنما يأخذ العين من جهة الوثيقه و عدم ورود الضرر عليه و من ينتفع به إنما هو الرهن حيث ينتفع به بجعله رهنا مع بقائه على ملكه الوجه الثاني موثقه اسحاق بن عمّار المرويه في كافي و التهذيب قال اخبرني من سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول و قد سأله رجل و أنا عنده فقال له رجل مسلم احتاج الى بيع داره فمشى الى اخيه فقال له ابيعك داري هذه و تكون لك احبّ إليّ من ان يكون لغيرك على ان تشتترط لي أنّي اذا جئتك بثمرتها الى سنه تردّها عليّ قال لا بأس بهذا ان جاء بثمرتها الى سنه ردّها عليه قلت فإنّها كانت فيها غلّه كثيره فاخذ الغلّه لمن تكون الغلّه فقال الغلّه للمشتري الا ترى أنّها لو احترقت لكانت من ماله وجه الدلاله أنه اطلق فيها الحكم بكون المنفعه مال المشتري و لم يقيّد بعدم اشتراط الضمان على البائع ثمّ عقب بما هو في قوه التعليل و هو ورود الخساره عليه على تقدير الهلاك فهي تدلّ بالإطلاق او العموم على أنّ التلّف من مال المشتري على كلّ تقدير و من عموم الغلّه يستكشف أطراد التلّف من مال المالك و يشمل المقام و هو اجاره العين مع اشتراط الضمان على المستاجر و بعموم الغلّه يندفع ما يمكن ان يقال أنّ الحكم مبنيّ على الغالب و فرض الاشتراط نادر الوجه الثالث النبويّ المرسل و هو قوله (ص) الخراج بالضمان المجبور بالعمل و المتلقّى بالقبول فإنّ مقتضى مقابله الخراج بالضمان كون التلّف في المقام من المالك لا من المستاجر لما عرفت من عود النفع حقيقه الى المالك و هو معنى قولهم من له الغنم فعليه الغرم و هذا بخلاف العاريه فإنّ المنفعه تعود الى المستعير

لا- يقال فاللزام هو الحكم بضمان المستعير من دون الشرط أيضا لأنّ الخراج يعود إليه و المفروض أنّ الامانه لا يقتضى عدم الضمان حتّى ينافيه

فأنّه يقال و ان كان التبادر البدويّ من الحديث ذلك و لاجله ذهب جماعه من العامه الى اقتضاء مطلق العاريه الضمان الا أنّه قد عرفت أنّ مقتضى التأويل خلافه و ليس المتبادر من الخراج ما يعمّ المأخوذ بعنوان العاريه و قد تقدّم بعض الكلام في معنى الحديث في الامر الثالث من الامور المتفرّعه على عدم تملك المقبوض بالعقد الفاسد فراجع

لا يقال الخراج الذي يصل الى المالك إنما هو بازاء ما ينتفع من ماله و ليس عوضا عن العين في باب الاجاره

يقال ليس المأخوذ في الحديث عقد المعاوضة كى يقال أنّ المعاوضة في الاجاره لم يقع على العين و أنّما المراد منه على ما عرفت كون تلف العين ممّن يعود إليه المنفعه و هذا غير مرتبط بالمعاوضه

لا يقال المراد من الحديث أنّ عود النّفع الى الشّخص موجب لسقوط تأثير يد الغير على المال للضّمان و لا ينافى ذلك حصول سبب اخر يقتضى له نظير ما ذكرتم في مطلق الامانات من أنّ المراد ممّا ورد فيها من عدم الضّمان هو عدم اقتضاء الامانه بذاتها للضّمان و سقوط اليد عن التّأثير لا اقتضاءها عدم الضّمان

فأنّه يقال قضيه مقابله الخراج بالضّمان هو كون وصول النّفع الى الشّخص مقتضيا لكون تلف المال منه كالايد المقتضيه لتغريم ذى اليد المستولى على مال الغير و هذا واضح جدّا

لا يقال مقتضى صحيحه ابى ولّاد و غيرها هو تغريم المستاجر و ضمانه للعين و قد ردّ الامام عليه السّلام حكم ابى حنيفه بعدمه و ضمان المالك

فأنّه يقال حكمه عليه السّلام بضمان المستاجر أنّما هو من جهه التعدّى حيث أنّ المفروض فى الصّحيحه هو انتفاع المستاجر بالعين ازيد ممّا قوبل بالعوض و من دون اطلاع مالکها و نحن لم ندّع أنّ معنى النبوى نفى وجود سبب للضّمان رأسا حتّى ينافى ما حكم به الامام فى الصّحيحه بل المدعى أنّ مقابله الضّمان بالمنفعه فى النبوى يقتضى عدم تأثير الشّروط بحيث يكون حاكما او واردا على ما يقتضى ضمان المالك فتدبّر

الامر الخامس يعلم ممّا فضّلناه من عدم جواز اشتراط الضّمان على المستاجر اذا لم يكن عن تعدّد و تفريط حكم اشتراط عدم الضّمان عليه معهما فإنّ المسألتين على نهج واحد فتبصّر

قوله (و منها اشتراط ان لا يخرج بالزّوجه الى بلد آخر)

و يدلّ على الجواز بعد عموم ادلّه الشّروط الصّحيحه الذى رواه الكليني عن هشام بن سالم عن ابى العباس عن ابى عبد الله (ع) فى الرّجل يتزوّج المرأه و يشترط ان لا يخرجها من بلدها قال يفى لها بذلك او قال يلزمه ذلك و ما رواه الشّيخ فى يب عن ابن ابى عمير قال قلت لجميل بن درّاج رجل تزوّج امرأه و شرط لها المقام بها فى اهلها او بلد معلوم فقال فقد روى اصحابنا عنهم عليهم السّلام أنّ ذلك لها و أنّه لا يخرجها اذا شرط ذلك لها و يؤيّده ما رواه أيضا فيه عن الثّلاثه عن جعفر عن ابىه عليهما السّلام أنّ عليّا عليه السّلام كان يقول من شرط لامرأته شرطا فليف لها به فإنّ المسلمين عند شروطهم الا شرط حرّم حلالا او احلّ حراما

قوله (و مرجع هذا الاصل الى اصاله عدم ثبوت هذا الحكم)

لمّا لم يكن لعدم المخالفه بنحو ليس النّاقصه حاله سابقه حتّى يجرى اصاله عدمها لأنّها لم تكن مسبوقة بالعدم مع وجود موضوعه و بعباره اخرى قبل الشّروط لم يكن شرط حتّى يكون موافقا او مخالفا و بنحو ليس التّامه اى العدم الازلى و ان كان

له حاله سابقه لكنّه لم يؤخذ موضوعاً حتّى يثمر اصاله عدمها رجع الى الاصل الثّانى و لا يخفى أنّه لا يفيد أيضاً فأنّه مثبت لأنّ المقصود احراز عدم المخالفه اّما من حيث أنّه شرط و اّما من حيث أنّ المخالفه مانعه و هذا الاصل ليس عدم مخالفه الشرط الفلانى اثرا له و بالجمله الظّاهر أنّ المرجع هو الاصل المسببى و هو اصاله عدم نفوذ الشرط

قوله (ثمّ إنّ بعض مشايخنا المعاصرين)

هو الفاضل التّراقى ره فى العوائد

قوله (بما كان الحكم المشروط مخالفاً للكتاب)

اشار المصنّف ره بذلك الى خلاف التّراقى ره لما افاده سابقا من أنّ المتّصف بمخالفه الكتاب اّما نفس المشروط و الملتزم و اّما ان يكون التزامه الخ

قوله (و ممّا ذكرنا من انقسام الاحكام الشرعيّه

ذكر قدّس سرّه فى معنى الرّوايه وجوها ثلاثه الاوّل ما استظهره من أنّ المراد من الحلال و الحرام فى الرّوايه ما كان كذلك بظاهر دليله حتّى مع الاشتراط الثّانى ما حكاه بقوله و ربما قيل فى توجيه الرّوايه و توضيح معناها و القائل هو الفاضل التّراقى ره فى العوائد الثّالث ما حكاه عن المحقّق القمى ره

قوله و بالجمله فالفرق بين التّرويح و التسرى)

هذا اشكال آخر على معنى الرّوايه فلا تغفل

قوله (و للنظر فى مواضع من كلامه مجال)

منها عدّه جعل المكروه او المستحبّ واجبا و جعل المباح حراما من الحرام مع وضوح عدم كونه كذلك ما لم يقصد التّشريع و منها الفرق بين التّندر و الشرط و الحكم بالصّحّه فى الاوّل دون الثّانى و لا وجه له اصلا فانّ التّندر أيضا يشترط فيه ان لا يكون محلّلا للحرام و محرّما للحلال و قد ورد هذا الاستثناء أيضا فى الحلف الذى هو مثل التّندر و منها استظهاره من تحليل الحرام و تحريم الحلال الواردين فى الرّوايه تأسيس القاعده من تعلق الحكم بالحلّ او الحرمة على سبيل العموم و تخصيصه الحلال و الحرام المذكورين فيها بالكلى مع أنّهما منكرين و يعيّنان الكلى و الجزئى و من الواضح صدق التّحليل و التّحريم مع النّظر الى خصوصيّة الفرد و لا- يلزم فى صدقهما كون الحكم كليّيا و منها أنّ الظّاهر عدم الفرق بين اشتراط عدم التّرويح و التسرى و اشتراط البيع الخاصّ مع أنّه استشكل فى الاوّل و اجاز الثّانى

[من الشروط أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد]

قوله (الشّرط الخامس ان لا يكون منافيا لمقتضى العقد

مقتضى العقد اما يقتضيه مطلق العقد و ذاته و اما يقتضيه العقد المطلق و المراد بالاول كلّ مال دخل في تحقّق ماهيّة العقد و بانتفائه تفوت ماهيّة كالمخرج عن ملك النّاقل و الدّخول في ملك المنقول إليه في العقود المملّكه للعين او المنفعة او الانتفاع فانّ البيع و الاجاره و الصّيلح مثلا تقتضى بذاتها المعاوضه فلو كان بدون العوض او بدون التّمليك لم يتحقّق ماهيّة المعامله و مثل ذلك كون المضاربه معامله بحصّه من الرّبح و المزارعه معامله على الارض بحصّه من النّماء و المساقاه

معامله على الاصول بحصّه من الثمره فانّ كون الرّبح مشتركاً بين العامل و المالك في المضاربه و المزارعه و المساقاه و كون السّبق للسّابق في المسابقه و نحو ذلك من الامور الّتي اعتبرت في ماهيّة العقود و لو انتفى لم يكن العقد بذاته و ماهيّته على ما شرع في الاصل و كذا ما يكون من اللّوازم و الآثار الخارجيه ل ماهيّة العقد كالتسليط على التصرّف في التّملكيات فكلّ ما يكون محصّلاً لذات العقد و بانتفائه تفوت ماهيّة سواء كان من الاركان الدّاخلية او اللّوازم و الآثار الخارجيه يسمّى مقتضيات العقد و يكون اشتراطه و ذكره في العقد مؤكّداً و اشتراط ما ينافيه باطلاً و المراد بالثّاني كلّ ما يقتضيه العقد بوصف اطلاقه و خلوه عن الشّروط و القيد فيقتضيه حيث لم يقيد بوصف او وقت او مكان او نحوها سواء كان من آثاره المترتبه عليه عرفاً كاقضاءه التّسليم و التسلّم و كون الثّمن نقداً و كونه من نقد البلد او من الحقوق المجمعوله شرعاً كخيار الحيوان للمشتري و خيار المجلس للمتعاقدين و ما يقتضيه الاطلاق قابل للتّغيير بشرط او قيد او نحو ذلك و وجهه أنّ العله في اعتباره دلالة العقد عليه بإطلاقه و اذا دلّ القيد على خلافه لزم الوفاء بمقتضى القيد لأنّ الفرض عدم كون خلافه مقوّماً للعقد بل العقد قابل له و لغيره و بالقيد لا يخرج العقد عن ماهيّته و طبيعته ففي هذا القسم يقتضى الاطلاق شيئاً و التّقييد شيئاً اخر و الوفاء بالعقد يستلزم العمل بذلك كلّ نعم قد يمنع عن الشّروط في هذا القسم من جهه اخرى ككونه خلافاً للشّرع و الكتاب و السنّه و أمّا القسم الأوّل و هو ما يقتضيه العقد بطبيعته صريحاً و مطابقه كتمليك الاعيان في البيع و المنافع في الاجاره او ضمناً و التزاماً كعموم الانتفاع و التصرّف في المبيع و عموم الاستمتاع بالزّوجه فهو غير قابل للتّغيير بشرط او قيد للزوم المناقصه الواضحه مضافاً الى امكان التمسك لبطلان اشتراط ما كان منافياً لمقتضى العقد من اللّوازم و الآثار الخارجيه بل لبطلان ما ينافيه من الامور المعتره في ماهيّته الّتي عبّرنا عنها بالاركان الدّاخلية بأنّه شرط مخالف للكتاب و السنّه لوضوح أنّ الشّروط المقتضى لتغيير ذات العقد عمّا شرع عليه في الاصل او لعدم ترتّب آثاره اللّازمه عليه يكون مخالفاً لما دلّ من الكتاب و السنّه على عدم تخلف العقد عن مقتضاه و لكن قد يتبادر ابتداءً في الدّهن من الاخبار المستفيضة المتقدّمه الدّالّه على عدم مخالفه الشّروط للكتاب و السنّه عدم المخالفه لما ثبت منهما بالخصوص بعد تحقّق العقد باركانه العرفيه و قد اعترض جمع من المحشّين في المقام على المصنّف ره بأنّ الوجه الثّاني المتمسك به لا وجه له لأنّ التمسك بوجود المانع أنّما يصحّ بعد احراز المقتضى و الانصاف صحّه التمسك بهذا الوجه لأنّ الاخبار الدّالّه على عدم مخالفه الشّروط لهما ليست صريحه في المعنى الثّاني و

ليست من قبيل الاخبار الواردة فى الامر بالعمل بموافقه الكتاب و طرح الخبر المخالف له فى خصوص الاخبار المتعارضه حيث أنها وردت لبيان الترجيح بحيث لو لم يكن للخبر المخالف للكتاب معارض لكان واجدا لشرائط الحجية و لزم العمل به و لا يصح التمسك بها لطرح الخبر الذى ليس له معارض و لكنّه مخالف للكتاب حيث أنّ موافقه الكتاب من شرائط حجيه الخبر بل الظاهر أنّها من قبيل الاخبار الواردة فى عرض الاخبار على الكتاب و أنّ ما خالفه باطل او زخرف الدالّه على طرح الخبر المخالف له و ان لم يكن له معارض و يصح التمسك بها أيضا فى مقام الترجيح فالاستدلال فى المقام بأنّ الشرط المنافى مخالف للكتاب و السنّه لا بأس به خصوصا لو اريد التمسك به لبطلان اشتراط قسم خاص من المنافى و هو ما كان كذلك من حيث اللوازم و الآثار و لعلّه المراد من العبارة كما هو ظاهر الاستشهاد بكلام العلّامة و بالجمله ما كان من الشرط منافيا لمقتضى العقد و هو ما كان منافيا لصوره العقد كاشتراط ان يكون البيع اجاره و الدوام متعه و المضاربه شركه و السّلم نقدا و بالعكس و نحو ذلك او كان منافيا لمعنى العقد كاشتراط تمليك العين بالاجاره و بعض رأس المال بالمضاربه و المنافع بالوديعة و نحوها او كان منافيا لطبيعته العقد و ما هو مقوم لها كاشتراط كون البيع بلا- عوض و الاجاره بلا اجره فانّ حقيقته البيع مبادله الاعيان بالاموال و الاجاره مبادله المنافع بها او كان منافيا لذات العقد ضمنا و التزاما كاشتراط بقاء سلطان البائع على العين بعد بيعه و الموجر على المنفعه بعد اجارته و الزّاهن على الزّهن بعد رهانته و نحوها او كان منافيا لآثار طبيعته العقد كاشتراط عدم الانتفاع بالكلية مثل اشتراط عدم التصرف اصلا فى المبيع بان لا يبيع و لا يعق و غير ذلك و عدم الاستمتاع اصلا بالزّوجه حتّى النّظر فانّ المنشأ بالعقد أنّما هو طريق للوصول الى تلك الآثار و تكون كالمقوم للعقد فمع اشتراط عدمها رأسا كأنه لم ينشأ بالعقد شيئا فيلزم المناقضه و كذلك الاثر الظاهر من العقد بحيث يكون اشتراط عدمه مساوقا لانتفاء المنشأ بالعقد كاشتراط عدم الملكيه فى عقد البيع بناء على كونه حقيقه فى مبادله مال بمال و ائيا بناء على كونه تمليكا بعوض فالملكيه نفس المنشأ و على اى حال يكون اشتراط عدمها منافيا لمقتضى العقد او كان منافيا لحصول الغرض بالعقد من حينه كاشتراط البيع حال الابتياح و الاجاره حال الاستيجار و نحوهما على اشكال فهو باطل للوجهين المشار إليهما فى المتن و ما لا يكون منافيا لمقتضاه فان كان مخالفا للكتاب و السنّه على التفسير المتقدّم فهو باطل أيضا و ما كان منافيا لاطلاق العقد فلا بأس به الا اذا كان مخالفا للكتاب و السنّه و ليس فى المقام ضابطه كليّه بها يتمكّن من تشخيص آثار العقد التى لا تتخلف عن مطلق العقد عمّا يقبل التخلف و المرجع هو ما سيّجى ء فى المتن

فى آخر البحث و قد اضطرت كلمات الاصحاب فى بعض المسائل و ذكر جملة منها فى المتن و ما ذكره بعض من ان الاختلاط بين الشرط المنافى للعقد و الشرط المخالف للكتاب لعله المنشأ للاشكال و صعوبه الفرق بين الموارد التى يصح الاشتراط عمّا لا يصح فلا حاصل له

قوله (مثلا المعروف عدم جواز المنع عن البيع)

المشهور بطلان اشتراط ان لا يبيع المبيع او لا يهبها او لا يعتقها او لا يطؤها و استدلوا عليه بمنافاه هذه الشروط لمقتضى العقد و فيه ما عرفت من تفصيل الشرط المنافى و بيان موارد فالمسلم هو اشتراط عدم التصرف اصلا و اما اشتراط المنع عن بعض التصرفات فلا مانع منه لان امثال هذه الشروط و كذا اشتراط المرأه على زوجها ان لا يخرجها من بلدها او اشتراط ان لا يتزوج عليها و نحو ذلك امور خارجه عن العقد لاحقه به و ليست من لوازمه المتولده منه الحاصله بسببه و هذا معنى الاقتضاء لا مطلق الارتباط و الآثار و الا لزم بطلان بيع الدار مشروطا بكونها مسلوبه المنفعه الى مدّه و التالى باطل هذا مضافا الى صحيح عبد الله بن سنان الوارد فى اشتراط ترك البيع و الهبه فى الاماء قال سألت أبا عبد الله (ع) عن الشرط فى الاماء لاتباع و لا توهب قال يجوز ذلك غير الميراث فانها تورث لاني كل شرط خالف الكتاب باطل و ما ورد فى اشتراط عدم الوطى فى النكاح و هو روايتان رواهما الشيخ ره الاولى عن سماعة بن مهران عن ابي عبد الله (ع) قال قلت له رجل جاء الى امرأه فسألها ان تزوجه نفسها فقالت ازوجك نفسى على ان تلمس منى ما شئت من نظر و التماس و تنال منى ما ينال الرجل من اهله الا أنك لا تدخل فرجك فى فرجى و تلذذ بما شئت فانى اخاف الفضيحة قال ليس له منها الا ما اشترط و الثانى عن اسحاق بن عمار عنه (ع) قال قلت له رجل تزوج بجاريه عاتق على ان لا يفتضها ثم اذنت له بعد ذلك قال اذا اذنت له فلا بأس فهذه الاخبار و ان وردت فى خصوص اشتراط ترك البيع و الهبه فى الاماء و اشتراط عدم الوطى فى النكاح و لكن المقصود منها هو استظهار ان امثال هذه الشروط ليست منافيه لمقتضى العقد و ان هذه الشروط و امثالها منافيه لمقتضى اطلاق العقد لا ذاته فالصواب هو صحه امثال هذه الشروط تمسكا بعمومات الشرط و القول بالبطلان و ان كان هو المشهور بين قدماء الاصحاب الا ان من المعلوم كون نظرهم الى المنافاه للمقتضى لا الى دليل خاص و دعوى الاجماع عليه لم يقع من احد و كفاك شاهدا استشكال العلّامه ره فى بطلان اشتراط عدم البيع و العتق و تأمل المحقق ره فى النافع فى بطلان اشتراط عدم بيع الامه او هبتها حيث قال المروى الجواز و فى إيضاح النافع بعد نقل كلامه ان الجواز غير بعيد لان بقاء الامه عند المالك الصالح مطلوب

فاشتراط بقاء ملكه عليها جائز و ذلك لا ينافي كما في أم الولد و مندور التصديق به انتهى

قوله و جواز اشتراط عتقه بعد البيع بلا فصل)

صرح جماعة بجواز اشتراط العتق قاطعين به و نافرين للخلاف فيه و في المهذب البارح أنّ عليه علمائنا اجمع و عن ط و الغنيه و غايه المراد و المسالك و محكي الايضاح و غيرها الاجماع عليه و ان اختلفوا في اطلاقه و تقييده على قولين احدهما الجواز مطلقا سواء شرط عتقه عن المشتري او عن البائع او اطلقه ثانيهما الجواز اذا شرط العتق عن المشتري او اطلقه بخلاف ما لو شرط عن البائع فإنه لا يجوز مستدلّين بأنّه لا عتق الا في ملك و البائع بعد النقل ليس مالكا فيكون شرطا مخالفا للسنة و كيف كان فهذا الخلاف لا دخل له بمحلّ البحث و لا اشكال عندهم في اصل الصحه فيرد على الاصحاب سؤال الفرق بين ما جعلوه منافيا لمقتضى العقد كاشتراط ان لا يبيع او لا يعتق او لا يهب و ما اجازوه من اشتراط العتق او الوقف و اشتراط المرأه على زوجها ان لا يخرجها من بلدها كما ورد به النصّ و اشتراط عدم انتفاع المشتري عن المبيع في زمان معيّن كاشتراط البائع لنفسه سكنى الدار و نحو ذلك و توجيه الفرق تاره بثبوت الاجماع على المنع في اشتراط عدم البيع او الهبه او العتق و اخرى بثبوت الاجماع على الجواز في اشتراط العتق مضافا الى كونه مبتيا على التغليب و السرايه فانّ عنايه الشارع بوقوعه يوجب تحقّقه باذنى سبب كما يظهر من تتبع مسائل كثيره و ثالثه بأنه لو باع عينا و اشترط بيعها للبائع او لغيره او وقفها عليه او على غيره او باع مملوكا و اشترط عتقه فالوقف و البيع و ان كان رافعا لسلطنه المشتري الاّ أنّه متفرّع على سلطنته اذ لو لم يكن له السلطنه عليها كيف يمكنه وقفها او بيعها فالشّروط مؤكّد للملك و السلطنه و اما لو باع و اشترط عدم البيع كان منافيا لمقتضى العقد لأنّ الشّروط ينفي السلطنه التي كان العقد مقتضيا لها كما ترى فالحقّ هو الجواز مطّ الاّ اذا اشترط عدم التصرفّ رأسا او كان منافيا لحصول الغرض كما مرّ

قوله (و منها ما ذكره في س في بيع الحيوان من جواز الشّركه)

اعلم أنّ اشتراط التفاضل لاحد الشّريكين سواء كان باختصاص الخسران على احدهما و الرّبح بينهما او باختصاص الرّبح لاحدهما و الخسران بينهما او باختصاص الرّبح باحدهما و الخسران بالآخر او فضل احدهما في الرّبح على غير ما يقتضيه النسبه بين المالين و من دون ان يكون للمشتري له عمل يوجب الزّيادة اذا كان في ضمن عقد الشّركه فالاقوى ح هو البطلان و علّوه بعدم وقوع الزّيادة لاحدهما في مقابل عوض و لا وقع اشتراطها في ضمن عقد معاوضه ليضمّم الى احد العوضين و لا اقتضى تملّكها عقد هبه و الاسباب المقرّره للملك معدوده و ليس

هذا منها و توضيحه أنّ الشَّرْكَه أَمَّا تحصل بالامتزاج الواقع في الخارج و لا تحصل بعقد الشَّرْكَه و حيث كان حكم الشَّرْكَه عدم جواز تصرّف كلّ من الشَّرْيكين في المال بدون اذن الاخر كان فائده العقد هو الاذن في التصرّف لهما على نحو ما اوقعا عليه العقد من الخصوصيّات الرّاجعه الى الاذن و لا يفيد شيئاً ألاً تعيين تلك الخصوصيّات المتعلّقه بكيفيّة عملهما و تصرّفهما و أماً اصل الشَّرْكَه فلا يحصل ألاً بالامتزاج و لا اشكال في أنّ النّماء الحاصل بعد الشَّرْكَه لا بدّ و ان يكون مشتركاً بينهما بنسبه اصل مالهما و كذلك الخسران و بالجمله كون الرّبح و الخسران لهما بنسبه مالهما ليس من آثار العقد حتّى يبحث أنّ شرط الخلاف و كون الخسران مثلاً على احدهما هل هو مناف لذات العقد او لاطلاقه بل هو من آثار الامتزاج فالشَّرْط لو وقع بعد الامتزاج كان باطلاً لأنّ نماء كلّ مال لصاحبه و يستحيل ان يكون لغيره ألاً بسبب حادث يكون مملّكاً و المفروض عدمه و لو وقع حال العقد و قبل الامتزاج يكون من قبيل الشَّرْط الابتدائيّه لأنّ اشتراط الخسران على احدهما اجنبيّ عن العقد و فائدته و اذا كان الشَّرْط في ضمن عقد لازم فلا يخلو أماً ان يكون في عقد يحصل منه الشَّرْكَه و يكون العقد بينهما كان يكون له حيوان او غيره فشرك فيه غيره مع الشَّرْط المذكور او بينهما و بين ثالث كما ان اشترى حيواناً او غيره بالشَّرْكَه و اشترى في ابتاعهما ذلك و أماً ان يكون الشَّرْط في عقد لازم مسبق بالشَّرْكَه بان كانت الشَّرْكَه متحقّقه سابقاً بسبب اختيارى كالشَّراء و الحيازه او قهرى كالارث و نحوه ثمّ وقع الشَّرْط المذكور في ضمن عقد لازم آخر و على جميع التقادير يكون الشَّرْط تارة مرجعه الى انتقال الزّياده الى المشروط له ابتداءً اي عند ظهور الرّبح و حصول المعاوَضه من دون وساطه دخولها في ملك الشَّارط فالاقوى البطلان لما عرفت و اخرى الى انتقال الزّياده الى مالكيها بنسبه ماله ثمّ انتقالها من ملكه الى المشروط له على نحو شرط التّتيجه فالاقوى الصّحّه و دعوى أنّه يكون شرطاً مجهولاً و معلقاً على امر غير حاصل و الجهاله و التّعليق مانعان عن الصّحّه مدفوعه بأنّ اضافه الرّبح و الخسران المشروط فيهما التّفاضل الى رأس المال كافيّه في رفع الغرر و الجهاله قطعاً و ألاً لجرى الاشكال في كثير من موارد الشَّرْط و أماً التّعليق فستعرف عدم كونه مبطلاً في باب الشَّرْط ما لم يرجع الى التّعليق في العقد هذا هو المختار و راجع المسأله في كتاب الشَّرْكَه من الجواهر

قوله ثمّ قال و دفع ذلك لا يخلو عن عسر)

قد عرفت موارد المنافى لمقتضى العقد و أنّه لا مانع من اشتراط المنع عن بعض التصرفات

[من الشَّرْط أن لا يكون مجهولاً]

قوله (الشَّرْط السّادس

ان لا يكون الشرط مجهولا)

راجع الى شرائط العوضين في المسأله المعنونه بأنه لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضمّ معلوم إليه و عدمه فإنك تجد هناك بعض ما يرتبط بالمقام

قوله و المسأله محلّ اشكال و كلماتهم لا يكاد يعرف التيامها)

و الاقوى عدم الاشتراط ألما اذا كان الشرط مجهولا- جهاله يوجب الغرر في البيع لعموم ادلّه الشرط و ادلّه اعتبار المعلوميه مقصوره على موردها و هو خصوص الثمن و المثلن و بعض اقسام الشرط كاشتراط تعيين الاجل حيث ورد في جمله من الاخبار الى اجل معلوم مضافا الى تعلق النهى في بعض الاخبار بالبيع كخبر النهى عن بيع المجهول و الاجماع أيضا مقصور على العوضين و قد صرحوا بصحّه اشتراط دخول الحمل في بيع الحامل مع الجهل بحال الحمل من حيث أنه ذكر و انثى و أنه واحد او ازيد و كذا في بيع الشجر مع اشتراط كون الثمر للمشتري و الحال أنّ قدره مجهول و ان كان حكمهم في المسألتين للنصّ و صرحوا بصحّه اشتراط سقوط الخيارات جميعا من الطرفين او من طرف واحد مع أنه لا علم لهما بثبوت الخيار و صحّه اشتراط نفقه الدابّه على مستاجرهما مع عدم علمه بقدرها و اشتراط اجرة الكيال و الوزان على المشتري الى غير ذلك و يشهد لعدم الاعتبار أيضا ما ورد من الاخبار في صحّه اشتراط الحمل و الثمر مع الجهل و ما يقال من أنّ الجهل في الشرط يوجب الجهل في الثمن لأنّ له قسطا منه فستسمع الكلام عليه

[من الشروط أن لا يكون مستلزما للمحال]

قوله (فإنّ العلامة قد ذكر هنا أنّه مستلزم للدور)

قرّر المصنّف قدّس سرّه الدور المدعى في المسأله الاخيره من مسائل التقد و النسيه بأنه يعتبر في الشرط ان يكون معقولا في نفسه بان يكون مملوكا و مقدورا للشارط مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه و بيع الشئ ء على غير مالكة معقول و لو من غير المالك كالوكيل و الفضولى بخلاف بيعه على مالكة فانّ ظرف الاشتراط ظرف ملكيه البائع و مرجعه الى اشتراط بيع المال على مالكة و ذلك لأنّ صحّه الشرط متوقّف على صحّه العقد و خروج المبيع عن ملك البائع و انتقاله الى المشتري حتّى لا يكون شرطا لبيعه على مالكة و صحّه العقد يتوقّف على صحّه الشرط و هو غير مقدور فيبطل و يبطل و يرد عليه أنّ من الواضح كون المنشأ بالشرط هو الالتزام بنقل المشتري بعد انتقال المال إليه فكما أنّ الوفاء بالشرط و ايجاده لا يكون إلا بعد انتقال المبيع الى المشتري فكذلك انشائه ليس في عرض إنشاء المشروط بل هو واقع في طوله و مترتب عليه و ظرف إنشاء الشرط هو المال المفروض انتقاله الى المشتري و ان شئت قلت أنّ الشرط في قصد المتبايعين ان كان في زمان كون المبيع في ملك البائع و قبل نقله الى المشتري

فالشكال موجب له مضافا الى انه خلاف الواقع ينتقض بما اعترف بجوازه في التذكرة من اشتراط وقف المشتري المبيع على البائع وولده و ينتقض أيضا باشتراط رهنه على الثمن و ان كان في زمان دخوله في ملك المشتري و انتقاله إليه فلا محذور عن جامع المقاصد انه قرر الدور بان انتقال الملك موقوف على حصول الشرط و حصول الشرط موقوف على الملك و يرد عليه ان من الواضح كون الشرط في المقام بمعنى الالتزام و الالتزام و ليس شرطا اصوليا و ح فلزوم المبيع يتوقف على الشرط لا صحه العقد و حصول الملكيه للمشتري و قد صرح العلامة في مواضع من كلماته بان الملكيه حاصله عند العقد و لزومه موقوف على حصول الشرط فليس غرضه الا التقرير السابق و بالجملة الظاهر قيام الاجماع على البطلان و انتظار لتمام الكلام في المتن في التقيد و التسيه

[من الشروط الالتزام به في متن العقد]

قوله الشرط الثامن من ان يلتزم به في متن العقد)

اعلم ان الشرط اذا ذكر في متن العقد فلا اشكال في لزوم الوفاء به و وضعه و تكليفا و اذا لم يذكر كذلك فهو على قسمين الاول ما يسمى شرطا ابتدائيا و هو ما يلتزم به شخص لآخر من غير ان يتعقبه معاوضه و صرح الاصحاب بعدم لزوم الوفاء به و يدل عليه الاصل و ان المعهود من الشرع هو الجواز في العقود المتخانيه كالهبة و العاربه فكيف بالتعهدات المتخانيه بل الظاهر ثبوت الاجماع المحقق على عدم لزوم الوفاء به و من اجل ذلك ذكر المصنف ره انه لا يجوز الوفاء به قطعا و لا عبره بخلاف بعض المتأخرين تمسكا بصدق الشرط عليه فانه بمعنى الالتزام و الالتزام بل مطلق الجعل فان المتبادر من اللغه و العرف هو ما كان في ضمن معاوضه و لا يطلقون الشرط على الالتزام الابتدائي من غير عقد معاوضه قال في القاموس الشرط الزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه و اطلاق الشرط في بعض الاخبار على الالتزام الابتدائي لا يصيره حقيقه شرعيه في عموم الالتزام و لو فرضنا عموم معنى الشرط للالتزام البدوي كفي الاجماع المحقق في تخصيص عموم المؤمنون عند شروطهم الثاني ما تواطيا عليه قبل العقد من دون ذكره في متنه سواء كان راجعا الى اوصاف العوضين او غيرها فهذا تاره يكون شرطا و التزاما قبل العقد او مقاوله سابقه عليه من دون ان يكون العقد في قصدهما مبتيا عليه و مرتبطا به و هذا أيضا لا اشكال في عدم لزوم الوفاء به الا بناء على القول بلزوم الوفاء بالشرط الابتدائي و مثله ما لو نسيا الشرط المتواطى عليه فاقعا العقد غير بانين على الشرط و تاره يكون سابقا على العقد مرتبطا به ثم يوجد العقد مبتيا عليه و هذا على ما يقتضيه النظر هو لزوم الوفاء به لما في المتن أولا من ان العقد اذا وقع مع تواطيهما على الشرط كان قيذا معنويا الخ

قلت أنّ عدم الوفاء بما تواطيا عليه من الشّروط و التخلّف عنه لا يوجب قصورا فيما اعتبر في العقد من قصد انشائه و تحقّق مدلوله كيف و لو كان العقد مقيدا بوجود الشّروط فلازمه بطلان العقد عند فقد الشّروط لا ثبوت الخيار للمشروط له

قلت الشّروط المصطلح في المقام و ان كان بمعنى الالتزام الّا أنّه قد ينشأ هذا الالتزام مستقلاّ في العقد من دون ان يكون على نحو التقييد فيكون قصد مدلول العقد امرا و الالتزام في ضمنه امرا آخر و قد ينشأ بنحو التقييد في العقد كما في اشتراط الاوصاف للعين الشخصية و غايه الامر أنّه يكون قيّدا في لزوم البيع لا في اصله حتّى يكون تخلّفه موجبا لبطلان العقد

فان قلت أنّ الشّروط و ان كان بنحو التقييد فهو التزام لا يحصل الّا بالانشاء و لا يكفي في تحقّق الانشاء مجرد التّباني عليه

قلت المفروض قصد المتعاملين ما تواطيا عليه من الشّروط حين العقد فانشاء العقد مقرونا به إنشاء له أيضا على أنّ إنشاء الالتزام و التقييد كما يكون باللفظ فكذلك يكون بالقصد و ثانيا من أنّ الظاهر صدق الشّروط على التّواطي في العقد المقرون به و التّباني على الالتزام السابق لا- من حيث مجرد الالتزام في السابق بل من حيث وقوع التّباني عليه في العقد فيشملة عموم المؤمنون عند شروطهم و بناء على صدق الشّروط على الالتزام البدوي فيق أنّ الخارج من العموم تخصيصا بالاجماع هو الابتدائي المحض و ما لم يقع العقد مبتدئا عليه دون غيره فيعمّ محلّ الكلام و ما استدّلوا به لعدم الصحّة امور الاوّل الاجماع المحكّي في المتن عن الرّياض المعتضد بما اشار إليه المصنّف ره من التبع في كلماتهم في باب النّكاح و البيع الثّاني ما اشار إليه المصنّف اخيرا من أنّ الشّروط من اركان العقد المشروط بل هو كالجاء من احد العوضين فيجب ذكره في العقد كاجزاء العوضين و ان سلّمنا اطلاق الشّروط عليه و صدقه بمجرّد التّباني القلبي الثّالث الاخبار الدالّة على عدم الاعتبار بالشّروط السابق في عقد النّكاح كخبر عبد الله بن بكير عن الصادق (ع) ما كان من شرط قبل النّكاح هدمه النّكاح و ما كان بعد النّكاح فهو جائز و خبره الاخر قال ابو عبد الله عليه السّلام اذا اشترطت على المرأة شروط المتعه فرضيت به و اوجبت التّزويج فاورد عليها شرطك الاوّل بعد النّكاح فان اجازته فقد جاز و ان لم تجزه فلا يجوز عليها من شرط قبل النّكاح و خبره الاخر عن محمّد بن مسلم قال سمعت أبا جعفر عليه السّلام يقول في الرّجل تزوّج المرأة متعه أنّهما متوارثان اذا لم يشترطا و أنّما الشّروط بعد النّكاح و الظاهر أنّ المراد ببعد النّكاح في هذه الاخبار هو بعد الايجاب او بعد القبول متصلا به و خبر ابان بن تغلب في حديث صيغه المتعه أنّه قال لابي عبد الله (ع) فأتى لاستحيي ان اذكر شرط الأيّام قال (ع) هو اضّرّ عليك قلت و كيف قال لأنك اذا لم تشترط كان تزويج مقام و لزمتهك النّفقه

في العده و كانت وارثا و لم تقدر على ان تطلقها الا طلاق السينه و في الجميع نظر اما الاول فبعد الغض عن الاجماع المحكي ان الظاهر كون مرادهم هو الصوره التي اشرنا إليها سابقا من الشرط و الالتزام قبل العقد او المقاوله عليه سابقه عليه من دون ان يكون العقد في قصدهما مبتيا عليه و مرتبطا به و اما الثاني فبعد تسليم ان ما كان كالجزم من احد العوضين يعد من الاركان انه لا دليل على لزوم التلفظ بجميع خصوصيات العوضين في العقد بل يكفي قول احدهما بعتك و قول الاخر اشترت مع معلوميه جميع المتعلقات و الخصوصيات و امّا الثالث فالظاهر ان المراد من الاخبار هو ما ذكرنا في الوجه الاول و ليست في مقام بيان حكم التبانى الحاصل حال العقد و اما الزوايه الاخيريه فالظاهر منها ان المتعه و الاجل كان من قصد الرجل فقط و ليس فيها ايماء اصلا الى الشرط قبل العقد و التبانى عليه و في حاشيه السيد الطباطبائي ره نعم الزوايه الاخيريه ظاهره في عدم كفايته أيضا فانّ من المعلوم انّ تباينهما انما كان على الاجل و مع ذلك حكم بعدم كفايته و صيروره العقد عند عدم ذكره دائميًا و لكن يمكن ان يقال ذلك كان من قصد الرجل فقط لا المرأه أيضا انتهى و انت ترى انّ الزوايه ظاهره فيما ذكرنا و بالجمله المستفاد من الاخبار و كلام الاصحاب هو انّ الشرط لا بدّ و ان يكون في ضمن العقد و لا يكفي السابق منه من حيث هو في تقييد العقد و هذا لا ينافي كفايه التبانى الموجود حال العقد في صدق الشرط و انصراف العقد إليه و انّ الوفاء بالعقد بدونه تجاره لا عن تراض و مع ذلك كله القول بكفايه التبانى خلاف الاحتياط

[مما يتوهم من الشروط و هو تنجيز الشرط]

قوله (و قد يتوهم هنا شرط تاسع و هو تنجيز الشرط)

اعلم انه لا اشكال في انّ نفس الانشاء لا يقبل التعليق اذ ليس له مدلول وراء لفظه و مرجع التعليق فيه الى عدم القصد الذي يتقوم به الانشاء و لا يكاد يحصل بدونيه و انما يحصل الانشاء بلفظه كالاخبار فلو علّق فيه كان كالاخبار بانّه سينشئ بعد ذلك فلا إنشاء بالفعل و التعليق مط سواء كان في العقد او في الشرط لا بدّ ان يرجع الى المنشأ او المتعلّق من غير فرق بين ان يكون على معلوم الوقوع او مظنونه او مشكوكه فانّ المنشأ كما ينشأ مطلقا مرّه و مقيدا اخرى كذلك ينشأ معلقا مرّه و منجزا اخرى و التّرديد و التشكيك في وقوع المعلق عليه لا يقدر فانه لا يعود الى الانشاء فانّ الانشاء قد حصل الجزم به على احد التقديرين و كون كلّ واحد من التقديرين غير مجزوم به في الواقع لا ينافي ذلك و لهذا صحّ في باب العبادات التي شرطها الجزم بالتيه ان تقول مثلا ان كان مالي الغائب سالما فهذه زكاه و الا فنافله و من ذلك دخول الماموم في الصلاه مع الشك في ادراك الامام راعا و

الاستصحاب لا يفيد جزماً إلا أنّ الاجماع قائم على اشتراط التّنجيز في العقود و الايقاعات على ما مرّ تفصيله في شروط العقد و أمّا الشرط فلا- و مقتضى القاعده هو صحّح التّعليق فيه سواء كان في المنشأ و هو الالتزام او في متعلّقه ألاّ أنّه قد يقال باشتراط التّنجيز فيه أيضاً لرجوع الشرط الى جزء من احد العوضين فيسرى التّعليق فيه الى العقد بل يؤدّى الى البيع بثمانين و اجاب المصنّف ره بأنّ التّعليق و التّقييد راجع الى متعلّق الشرط و هو الخياطه فالشرط هو الخياطه على تقدير المجيء و لا تعليق في نفس الشرط و هذا كما لو قال انت و كيلى فى ان تباع اذا جاء رأس الشّهر فإنّ التّعليق راجع الى متعلّق الوكاله و هو البيع فى زمان خاصّ و لا تعليق فى نفس الوكاله و يرد عليه أنّ الاشكال هو لزوم جهاله الثّمن و أداء الشرط الى البيع بثمانين على تقديرين و لا فرق فى هذا بين ان يكون التّعليق راجعا الى الشرط او متعلّقه فانّهما يرجعان فى المعنى الى امر واحد هذا مضافا الى أنّ مراد المتوهّم صورته كون التّعليق راجعا الى اصل الشرط لا الى متعلّقه و حقّ الجواب منع رجوع الشرط الى جزء من احد العوضين حقيقه و لا دليل على ذلك اصلا و الغرض من هذه الجملة هو اناطه لزوم الوفاء بالعقد و لزوم الالتزام بالعوضين بالوفاء بما التزم بالشرط و هذا هو معنى الخيار المتعلّق بالعقد على تقدير تخلف الشرط و الاشاره الى أنّ الشرط ممّا يزيد به الثّمن و ينقص و لهذا لا يسقط من الثّمن شىء بسقوطه و فى حاشيه اللّمعه للفقيه الشّيخ علىّ بن جعفر كاشف الغطاء ره أنّ الشّروط ليست كاحد العوضين فى جميع الاشياء و ان اشتهر ذلك على السنه الفقهاء فإنّ المراد بذلك شبهها بالعوض فى بعض الوجوه كثبوت الخيار عند عدمها كما فى تبعض الصّيفقه و امثاله و لذلك صحّح فى المنافع و الحقوق و لا يقسّط عليها الثّمن و ان تفاوتت الثّمن و المثل من اجلها نقصا و زياده من البائع و المشتري كالاجل و يجتري فيها من العلم بما يجتري به فى الصّالح و المعاطاه و العقود الجائزه كما ينبى عن ذلك شرط ضمان الغرامه و اشتراط الحمل و اسقاط الخيارات و شرط التّفقه للخادم و مئونه الدابّه و أنّ كلّ ما يعترضه للمعامله بينهما و شرط الزّكاه على المشتري من حاصل الزّرع و شرط اجره الوزان و الميزان و النّقاد و الكيال و الكيله و نحوها و دعوى خروج ذلك كلّه بالدليل لا وجه لها و كفانا فى ذلك عموم ادلّه الشّروط بل و عموم ادلّه العقود بالنّسبه إليها و ان تقيّدت بالنّسبه الى نفسها كما فى البيع بنواهى الغرر فما يظهر من تضاعيف كلمات كثير منهم من أنّ الشرط بمنزله الثّمن فيكون حكمه حكمه على اختلاف احكامه باختلاف العقود فيعتبر فى شرط البيع ما يعتبر فى ثمنه و فى شرط الصّيلح ما يشترط فى ثمنه و هكذا لا دليل عليه كاحتمال أنّه كالثّمن فى البيع

مطلقا و لا يختلف باختلاف العقود فيكون في باب الصلح أسوأ من ثمنه فأنه بعيد جدًا و لا تساعده ظاهر المنزله انتهى و بالجمله لا دليل على لزوم التنجيز في الشرط لا من الجهه المذكوره و لا من جهه اخرى و الاجماع قائم على اعتباره في خصوص العقود و الايقاعات دون غيرها و قد صرحوا بنفوذ الشرط مع التعليق في الخيار المشروط برّد الثمن فتدبر

[مسأله في حكم الشرط الصحيح]

إشاره

قوله (احد المتعاقدين او غيرهما)

قد تقدم في المتن أنّ من شروط صحه الشرط ان يكون داخلا- تحت قدره المكلف و عليه فاذا كان الشرط متعلقا بفعل غير المتعاقدين لا يصح اذا كان الغير ممن لم يكن للمشروط عليه سلطنه عليه فانّ الفعل ح لم يكن مقدورا له عاده و يكون اشتراطه سفها و يصح اذا كان له السلطنه عليه كعبده لعدّ العرف اياه قادرا على الفعل لاجل قدرته على الزام عبده به او كان شرط فعل الغير راجعا الى تسبب المشترط عليه لاقدام ذلك الغير على الفعل كما لو قال بعتك هذا و اشترطت عليك ان تعطى ثوبى زيدا ليخيطه مع كون التسبب من المشروط عليه بالاجاره او غيرها امرا ممكنا عاده و لو تعامللا و اشترط احدهما فى ضمن العقد فعلا على ثالث و التزم ذلك الاجنبى بذلك فالظاهر عدم لزوم ذلك الشرط عليه فانّ التزم الاجنبى بفعل لا يكون من الالتزام المرتبط بالمعاضه الواقعه بين المتعاملين و هذا واضح جدًا نعم لا بأس به بناء على لزوم الوفاء بالشرط الابتدائى

قوله (و عموم المؤمنون مختصّ بغير هذا القسم)

الظاهر أنّ كلامه قدس سرّه من أنّه لا- معنى لوجوب الوفاء فيه الخ مبنى على مختاره فى الاحكام الوضعيه من أنّها منتزعه من التكليف فانّ بناء عليه لا يعقل وجوب الوفاء بتحصيل الشرط و يكون عموم المؤمنون مختصّا بغير هذا القسم و يرد عليه أنّه اذا لم يعقل تكليف فلا يثبت حكم وضعى من الصحه و الخيار و التحقيق هو امكان جعل الوضع و أنّ الظاهر من حديث المؤمنون عند شروطهم هو الوضع و أنّهم محكومون بالوقوف عند شروطهم و عدم المضى عنها و يترتب عليه ح آثار الوقوف و المضى التى من جملتها ثبوت الخيار عند كشف الخلاف على أنّه لو كان الحديث فى مقام التكليف دون الوضع فالمعنى هو وجوب الوفاء بالشرط و وجوب الوفاء به يختلف بحسب الموارد و فى المقام يفيد عدم الزام من له الشرط بالوفاء بالعقد و عدم كون العقد واجب الوفاء بالنسبه إليه

فان قلت قد سبق أنّ الشرط الفقاهتى هو الالتزام و لا يعقل ذلك فى الاوصاف الشخصيه لأنها اما حاصله او لا و على كلّ من التقديرين لا معنى للالتزام بها

قلت ذكر المصنّف ره فى البحث عن اشتراط مقدوريه الشرط أنّ شرط الاوصاف راجع الى التوصيف حيث قال أنّ

التزام وجود الصّيفه في الحال بناء على وجود الوصف الحالى و لو لم يعلما به فاشترط كتابه العبد المعين الخارجى بمنزله توصيفه بها فالشّروط في ضمن العقد قد يكون بنحو الالتزام و قد يكون بنحو التقييد و حديث المؤمنون و غيره من ادله الشّروط ناظر إليهما معا

قوله (كما أنّه لو دلّ الدليل على كفايه الشّروط فيه)

و الدليل في جميع ذلك هو الاجماع و لا فرق في شرط الوكاله و الوصايه بين شرطهما بالعنوان الخاصّ العقدى أم شرط النّيابه من دون عنوان خاصّ و اذا شرط الوكاله او النّيابه الرّاجعه إليها في عقد البيع فلا اشكال في بطلانها بالموت و اما جواز العزل فيهما و في الوصايه فمحلّ اشكال بل الاظهر العدم فانّ الجائز منها ما كان بعنوان العقد و أما اذا وقع شرطا في عقد لازم يصير لازما من حيث لزوم الوفاء بالشّروط الّا اذا كان الشّروط هو الوكاله في مده معلومه لا المستمرّه فانّ مقتضى عموم المؤمنون ح هو لزومها بحسب ما اخذ شرطا

[في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى]

قوله و كيف كان فالاقوى صحّه اشتراط الغايات

و مع ذلك كلّه فالقول بالصّحّه مط غير واضح لأنّ اقصى ما يدلّ عليه ادله الشّروط هو لزوم الوفاء بالشّروط و اما الملزم به فهو شىء لا بدّ ان يعلم شرعيته من الخارج و لو كان شرط الغايه مفيدا للزوم عند الاصحاب حتّى في مورد الشكّ في الاحتياج الى سبب خاصّ لكان معنونا في كلماتهم نعم بالنسبه الى التملك الذى ليس له لفظ خاصّ و يتأدى بلفظ البيع و الهبه و التملك و غيرها بل يتأتى بالفعل كالمعاطاه فالظاهر لزومه بالشّروط و يترتب عليه الاثر لانه لفظ يؤدى ذلك المعنى كسائر الالفاظ مضافا الى ما سمعته في المتن من وجود افراد من التملك اتفقوا على حصولها بالشّروط فيستكشف منها أنّ الملكيه غير محتاجه الى سبب خاصّ و لا يخفى أنّ ما ذكرنا من صحّه شرط الغايه في مقام التملك أنّما هو في اشتراط ملكيه شىء لاحد المتعاقدين من الاخر من دون عوض و اما الاشتراط معه كان يقول بعتك هذا الكتاب بعشر دراهم بشرط ان يكون ثوبك لى بدرهمين فالظاهر بطلان الشّروط لانه التملك بعوض ليس الّا البيع و اذا وقع بصيغه البيع جامعه لشرائطها كان لازما و الّا فهو من باب المعاطاه و على اى حال يلحق بالتملك العقود الجائزه كالوكاله و الشركه و تصير لازمه بالشّروط و كذا اسقاط الحقّ فانه يتأدى بكلّ لفظ فلا بأس به بالشّروط مضافا الى صحيحه سليمان و ارتجاع المبيع عند ردّ الثمن فانّ الظاهر من روايه معاويه بن ميسره جواز اخذ ردّ الثمن قيدا لانفساخ العقد و فيما عدا ذلك كاشتراط الحريه و الصدقه و نحوهما ففي غايه الاشكال

قوله (كما يصحّ نذر مثل هذه الغايات

يظهر من هذه العبارة أنّ الاقوى عنده صحّه نذر الغايه في الموارد التى لم يظهر من الشارح

اناطتها باسباب خاصه كما ذهب إليه في اشتراط الغايه و الانصاف أنّ المسأله مشكله و اقوالهم فيها مختلفه و لا دليل على صحه نذر التتيجه في التملك و أنّا المسلم هو الصحه في فك الملك للنص و عدم المانع كالاعتناق الحاصل بنذر العتق

قوله (خلافًا لظاهر الشّهد في اللّمعه

و منشأ القولين أنّ الشرط الواقع في ضمن العقد هل هو الشرط الفقاهتي اى الالتزام أم الشرط الاصولي الذي مفاده تعليق العقد و تقييده بالفعل الذي اخذ شرطًا و الانصاف هو الاحاله في تعيين ذلك الى قصد المتعاملين فإنّ الظاهر صحه الشرط على كل من الوجهين و مع الشكّ يحمل على الالتزام لأنّه الغالب عند العرف في الشروط المأخوذه في العقد و قد مرّ في المباحث السابقيه أنّ الشرط اذا كان متعلقه كليًا يرجع الى التقييد و لو كان بلفظ الشرط كان يقول بعتك عبدا بشرط ان يكون كاتبًا فإنّه يوجب خروج العبد الغير الكاتب عن متعلق العقد و ان كان متعلقه جزئيًا يرجع الى الشرط و ان كان بلفظ ظاهر في القيد فالشرط في ضمن العقد قد يكون بنحو التعليق و قد يكون بنحو التقييد و قد يكون بنحو الالتزام و ادله الشروط ناظره إليها جميعًا فيجب الوقوف و الوفاء بكلّ من انحاء الشروط المأخوذه و لا يخفى أنّه لو اخذ الشرط المأخوذ من باب التعليق فلا بدّ ان يكون على نحو لا يرجع الى تعليق اصل العقد فإنّه يوجب البطلان بل يؤخذ تعليقًا في لزومه كما هو المتعارف في انظار العرف حيث يرون تعليق العقد على امر بمنزله اشتراط الخيار و يرون بعث الكتاب بشرط كذا في مقام التعليق تعليقًا في الالتزام بالتمليك المفهوم من العقد لا تعليقًا في اصله و لا فرق بحسب المتفاهم عندهم بين هذا المثال و بعث الكتاب بشرط الخيار و بالجملة لا اشكال في صحه تعليق لزوم العقد و ان كان لا تعليق صورته بل كان بلفظ الشرط فيكون حاصل بعتك هذا العبد على ان تعتقه أنّ الالتزام بهذه المعاوضه معلق على التزامك بالعتق فاذا لم يلتزم بالاعتاق لم يجب على المشروط له الالتزام بالمعاوضه و لكن ليس كلّ شرط راجعًا الى التعليق بل الغالب هو الالتزام و ايرادات المصنّف ره على الشّهد غير وارده اما الاوّل فلانّ مضافًا الى ما تقدّم من بيان مقصودهم من هذه الجملة كون الشرط بمنزله الجزء كما يلائم مع الشرط بمعنى الالتزام يلائم التعليق أيضا لوضوح أنّ قيمه المبيع اذا كان البيع قطعيا يختلف مع ما اذا كان معلقًا سيّما اذا كان معلقًا على فعل له قيمه و اما الثّاني فلانّ الظاهر عدم المانع و صلاحية العقد بحسب القواعد اللفظيه لاقتضائه هذا المعنى أيضا سواء كان العقد مشتملا على اداه الشرط او لفظه و اما الاخيران فلما عرفت من رجوع التعليق الى اللزوم لا الى اصل

العقد و ما يق من ان ظاهر التعليق و التقييد هو رجوعه الى اصل العقد فمقنوض بما لو كان الشرط هو الالتزام في العقد فكما ان الظاهر منه هو تقييد اصل العقد به و مع ذلك يحكمون بانه قيد للزوم العقد لا لاصله و بتخلفه يحصل الخيار لا البطلان فكذا اذا كان الشرط بمعنى التعليق فانه يرجع الى الزوم المستفاد من البيع لا الى اصله و يكون في الحقيقه راجعا الى شرط الخيار و يؤيد ان الشرط على كل من المعنيين يرجع الى الزوم المستفاد من العقد ان العرف مع قطع النظر عن الشرع لا يحكمون ببطلان العقد في صورته تخلف الشرط بل يحكمون بخيار المشروط له بين الاخذ بالمعامله و فسخها على تقدير كون الشرط تعليقا و بالاجبار و الخيار المذكور على تقدير كونه التزاما

[في أنه لو قلنا بوجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي، فهل يجبر عليه لو امتنع؟]

قوله (ظاهر جماعه ذلك و ظاهر التحرير خلافه)

يظهر من المتن ان في المسأله اقوالا ثلاثه الاوّل جواز الاجبار مطلقا و قد يقال انه المشهور بل عن الغنيه و يق الاجماع عليه الثاني عدمه مط الثالث ما يظهر من الصي يمرى و هو التفصيل بين ما كان حقا للبائع او لغيره فيجوز في الثاني دون الاوّل و يمكن ان يكون ذلك من جهه ان البائع له التخلص بالخيار دون غيره و هنا وجه رابع يظهر من عبارته التذكره و هو التفصيل بين ما كان من الخصوصيات الراجعه الى المعامله كشرط الزهن و الكفيل و تسليم الثمن معجلا- و غيره كالعبد المشترط عتقه على المشتري فيجوز الاجبار في الاوّل لان الشرط يكون ح بمنزله العوضين و لا اشكال في جواز الاجبار عليهما دون الثاني و الاقوى ما اختاره المصنّف ره و هو القول الاوّل و لقد احسن حيث يقول ان العمل بالشرط ليس الا كتسليم العوضين فان المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط فيجبر على تسليمه و قد مرّ في الشرط الثالث من شروط صحه الشرط ان الشرط من باب التملك لا الالتزام و يدلّك على هذا ان للمشروط له اسقاط الشرط و لو لم يكن من باب التملك و ثبوت الحق بان كان مجرّد وجوب الوفاء لما كان هناك وجه للاسقاط و اذا كان الشرط ممّا يعود نفعه الى الغير كبيع العبد بشرط عتقه او البيع بشرط اعطاء المشتري شيئا لثالث فهل لمن يعود النفع إليه اجبار المشترط عليه او للحاكم من غير جهه الامر بالمعروف كما للبائع الظاهر العدم لان المالك ليس الا الشارط و مجرّد عود النفع الى شخص لا يقتضى ثبوت حق له و لهذا ليس لغير البائع اسقاط الشرط بلا اشكال

قوله كالاجل و الخيار و الشهاده)

الظاهر ان المراد من الاخير هو اقامه البينه او شهاده شخص خاص على اهليه المشروط عليه فيما ينقله الى الاخر اصاله او نيابه

قوله بل الاستدلال به على صحه الشرط عند الشيخ)

لما ذكر أولا أنه يمكن ان

يستظهر القول بوجوب الوفاء مع عدم جواز الاجبار من كل من استدلل على صحه الشرط بعموم المؤمنون مع قوله بعدم وجوب الاجبار و وجه الاستظهار المذكور بظهور النبوى فى الوجوب من حيث نفسه و من جهة القرائن اراد ان يستظهر هذا القول من جهة اخرى غير دعوى ظهور النبوى فى ذلك للقائلين بعدم افساد الشرط الفاسد للعقد و هى انه لو لم يكن النبوى للوجوب فلا وجه لتمسكهم به للصحه فان التمسك بالنبوى لاثبات صحه الشرط فى ضمن العقد الا ما استثنى لا يكون الا لاحد امرين اما لاثبات وجوب الوفاء به و اما لاثبات صحه العقد الواقع فى ضمنه الشرط بناء على ان الشرط اذا كان فاسدا و لم يكن صحيحا فهو مستلزم لفساد العقد و القائلون بعدم الافساد ليس غرضهم من اثبات صحه الشرط صحه العقد و ذلك واضح فانحصر فى الوجه الاول

فان قلت لا ينحصر الغرض من اثبات صحه الشرط فيما ذكر من الامرين لامكان ان يكون مقصودهم من ذلك اثبات استحباب الوفاء بالشرط و ان لم يكن مفسدا للعقد

قلت استحباب الوفاء به لا يتوقف على التمسك بالنبوى و على اثبات صحته فان الوفاء بالوعد مستحب و الشرط اذا لم يكن من المستثنيات فلا اقل من كونه وعدا يحسن الوفاء به و ان لم نقل بصحته من حيث انه شرط فلا تنافى بين استحباب الوفاء بالشرط و فساده نعم يمكن ان يقال ان الوعد اخبار و لا يمكن اثباته بالشرط فانه من باب الانشاء

قوله (فيجوز للمشترط له أيضا نقضه فتأمل)

يمكن ان يكون إشاره الى عدم الفرق بين كون احدهما مالكا لما عند الاخر او ذا حق عليه فكما ان فى الاول لا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه فكذا فى الثانى لا يسقط حقه بامتناع المشروط عليه ثم ان الفسخ من المشروط له لا يجعله بمنزله التقايل لوضوح ان التقايل هو اتفاق الطرفين و تراضيهما على امر واحد و هو حل العقد و فى المقام لا- يكونان متفقين على حل امر واحد من العقد او الشرط لوضوح ان المشروط عليه بنائه على بقاء العقد و امتناعه عن الشرط و المشروط له بنائه على الفسخ عند امتناعه و لو سلم ان الامتناع عن الشرط بمنزله الامتناع عن العقد لانه التزام فى التزام فالمقام بمنزله التقايل بمنع جريان حكمه فيه لان حكم التقايل مترتب على نفس موضوعه لا- ما هو بمنزله فالاقوى ما اختاره المصنف ره من عدم الخيار الا مع تعذر الاجبار فان دليل الشرط من النبوى و غيره ليس مفاده حكما تكليفيا فقط بل هو متضمن لوضع أيضا و هو استحقاق الشرط لمن له الشرط و اشتغال ذمه المشروط عليه بالشرط يثبت حق مالكي للمشروط له المستتبع لجواز فسخ العقد عند تعذر تسليم الشرط كتعذر تسليم

العوضين فكما أنّ الامتناع من تسليم العوض المنتقل عنه لا يوجب الخيار مع امكان الاجبار و يتوقف الفسخ على تعذر التسليم و لو بالاجبار فكذا في الشرط و قد ذكرنا مرارا أنّ معنى الشرط في المقام ملكيه المشروط له على نحو ملكيه المشترط فالملكيه شرط في الملكيه و يحصلان دفعه و سبق ملكيه العوضين أنّما يكون ذاتيا لا زمائيا

فان قلت أنّ الحكم بملكيه الشرط على نحو ملكيه العوضين ان كان بحكم الشارع فهو عين الدّعى و ان كان من حيث قصد المتعاملين فممنوع لأنهما يشترطان فعلا من الافعال كخياطه الثوب و لا يخطر ببالهما ملكيه المشروط له لذلك الفعل على الاخر فكيف بقصدهما ذلك من اللفظ و ليس في لفظهما أيضا دلالة على ذلك فملكيه المشروط له للفعل على الاخر لا دليل عليها

قلت أما حكم الشارع بملكيه الشرط فقد تقدّم مرارا أنّ ذلك هو ظاهر ادّله الشرط و ظاهر الجملة الخبرية و لفظ عند في النبوى الواقع موقع الانشاء و أما قصد المتعاملين فلا ريب أنّ الظاهر من كلّ من يشترط شيئا في ضمن عقد هو إرادته ملكيه الشرط لا فعليته و فعليته موكوله الى اختيار الشارط ان شاء الزم المشروط عليه بها و ان شاء اسقط و في الحقيقه الخيار في المقام الذى هو خيار الشرط قسم من خيار تعذر التسليم و المراد ما يعتمه و تعذر التسلم و لا يصدق التعذر مع امكان الاجبار و لا يقاس بشرط الخيار هذا كلّه مضافا الى ما قد يقال من أنّ الخيار على خلاف القاعده و يقتصر فيه على المتيقن و قال بعض من جوز الفسخ مع امكان الاجبار أنّه يجب على المشروط عليه الوفاء بالشرط و للمشروط له الزامه به و اجباره عليه و لو بالرفع الى الحاكم لأنه حقّه و يجوز له استيفاء حقّه و امّا وجوبه عليه اذا امتنع المشروط عليه فلا دليل عليه فان كان المشروط له راضيا بانفساخ المعامله و الرجوع الى عوضه و المفروض أنّه لا مانع له من قبل المشروط عليه لأنّ التّقصير من جانبه فلا دليل على وجوب اجباره عليه

فان قلت الدليل هو اصاله لزوم البيع مثلا او عموم اوفوا بالعقود فيجب على المشروط له أيضا ابقاء البيع على حاله و الوفاء على مقتضاه خرجنا عن مقتضاه فيما لم يتمكن من تحصيل الشرط و لو بالاجبار و بقى الباقي

قلت اى دليل دلّ على رجوع المشروط له الى الخيار و الفسخ بعد امتناع الاجبار و عدم الامكان و لا نصّ على ذلك و لا دليل مع أنّ مقتضى العقد اللزوم

فان قلت دليله انتفاء الشرط ح و مقتضى انتفائه انتفاء المشروط

قلت لا تعليق هنا بالفرض فانه عقد و شرط لا عقد بشرط بل غايه ما يوجّه به هذه مقاله انّ الاصل عدم انتقال كلّ من العوضين عن صاحبه الى الاخر الى ان يثبت الانتقال الا في صورته تحقّق الشرط فلما لم يتحقّق الشرط فيما نحن فيه رجع المشروط له الى ماله و مقتضى هذا الاصل الاكتفاء فى الخيار و الرجوع بامتناع المشروط

عليه و عدم اتيانه بالشرط لانه هو مقتضى ذلك الاصل و لم يثبت اشتراط ازيد من ذلك انتهى و فيه مضافا الى ما مر من ان هذا الخيار من خيار تعذر التسليم و لا يكون الا بعد تعذر الاجبار او المشقة الشديده أولا ان ما ذكره من ان الاصل عدم انتقال كل من العوضين عن صاحبه لا- وجه له لحصول الانتقال قطعا و مع الشك فمقتضى الاستصحاب بقاءه الا في صوره اليقين بجواز الفسخ و ثانيا ان بناء على ما ذكره فاللازم انفساخ العقد مع عدم تحقق الشرط لا جواز الفسخ

[لو تعذر الشرط فليس للمشتري إلا الخيار، لعدم دليل على الأرش]

قوله (الرابعه لو تعذر الشرط)

يقع الكلام أولا في صحه العقد و ثبوت الخيار للمشتري لا بطلان العقد ثم الكلام في جواز اخذ الارش بمعنى ثبوت الخيار بين اخذه و الفسخ اما الاول فلا اشكال في صحه و الخيار سواء كان الشرط المتعذر وصفا من الاوصاف كالكتابه في المبيع او فعلا من الافعال كخياطه الثوب و سواء كان الشرط متعذرا حين العقد بناء على عدم كون الشرط الفاسد مفسدا او صار متعذرا بعده و ظاهر الاصحاب الاتفاق على ذلك كله و كذا على الصحه و ثبوت الخيار في جميع العقود و قد صرحوا بذلك في كثير من ابواب العقود منها باب النكاح قالوا لو شرط كونها بنت مهيره فظهرت بنت امه كان له الفسخ و كذا لو شرطها بكرا فظهرت ثيبا و استدلوا على ذلك بانه مقتضى الشرط و مقتضى دليلهم كما ترى ثبوت الخيار فيه في جميع صور الشرط و لا ينافي ذلك اتفاقهم على عدم خيار الشرط في عقد النكاح فان مرادهم من ذلك هو شرط الخيار لا الخيار الحاصل من جهه عدم سلامه الشرط و تعذره ثم الدليل على الصحه و ثبوت الخيار اميا من جهه الاجماع و اما من جهه رجوعه الى خيار تعذر التسليم في البعض و اما من جهه نفى الضرر مؤيدا بما رواه الشيخ ره باسناده عن الحسين بن سعيد عن فضاله عن ابان بن عثمان عن ابى الجارود عن ابى جعفر (ع) قال ان بعث رجلا على شرط فان اتاك بمالك و الا فالبيع لك و الخبر و ان كان ضعيفا بابى الجارود زياد بن المنذر الا انه يعد كالصحيح لكون الزاوى عنه ابان المجمع على تصحيح ما يصح عنه على انه منجبر بالشهره و وجه الاستدلال ان الظاهر من لفظه ما في قوله (ع) مالك كونها موصوله و يكون الظاهر منها ح هو خصوص الشرط و على تقدير ان يكون بكسر اللام فالمراد بالمال المبيع مع الشرط و الظاهر من قوله (ع) و الا فالبيع لك كون امره بيدك اذ لا معنى لكون البيع له الا كون اختياره إليه و احتمال إرادته الثمن من المال لا يلتفت إليه من وجهين الاول انتفاء الخصوصيه ح لذكر كلمه على شرط الثانى انه تخصيص بلا مخصص و اما من جهه انه شرط للزوم بمعنى ان تعذر الشرط يجعل العقد اللازم متزلزلا و السر في ذلك ان الخصوصيه الفائته اميا ان يجعل الموجود مبينا لما وقع عليه العقد بلحاظ قصد المتعاملين فقواتها يوجب بطلان العقد قطعا سواء كان اخذها بعنوان احد

العوضين كما لو قال بعتك كتاب المتاجر المذى هو هذا بكذا او بعنوان التوصيف كما لو قال بعتك هذا الكتاب المذى هو المتاجر او بعنوان الشرط كما لو قال بعتك هذا الكتاب بشرط ان يكون متاجر فان التعبير بالوصف او الشرط انما هو لبيان ما يعتبر فى اصل المبادله و البيع و هو اعتبار معلوميه العوضين و اما ان لا يكون كذلك و لا يعدّ الموجود مابيننا لما وقع عليه العقد و ح فلا وجه لبطلان العقد و غايه الامر ان الالتزام بالعقد و المبادله بين المالين لما كان مشروطا و منوطا بتلك الخصوصيه كان انتفائها سببا لانتفاء الالتزام بتلك المبادله و الوصف الفات فى هذه الصوره و ان كان موجبا لتفاوت قيمه الا انه لا يكون طرفا للمبادله

فان قلت ان الشرط فى ضمن العقد قيد فيه و مرتبط به و ليس التزاما مستقلا واقعا فى ضمن العقد بل هو التزام فى التزام بحيث يكون الاوّل قيّدا للثانى فانتهاه و يوجب انتفائه و بطلانه

قلت الشرط فى ضمن العقد ان كان بمعنى الالتزام فهو اما ان يكون التزاما صرفا فى ضمن التزام بحيث لا يرتبط بالبيع اصلا و اما ان يكون التزاما مرتبطا باصل البيع بحيث يكون قيّدا للبيع و المبادله و امّا ان يكون التزاما فى ضمن العقد و مرتبطا به بحيث يكون قيّدا للزوم البيع و المبادله لا قيّدا لاصله و الظاهر من الشرط الواقع غالبا هو الثالث فان المتبادر من قولك بعتك الكتاب بعشر دراهم بشرط ان تخطى ثوبى هو المبادله بين المالين و تقييد الالتزام المبادلى بالخياطه بحيث لولاها فلا التزام بالبيع و هذا معنى رجوع القيد الى لزوم البيع و لانزومه ثبوت الخيار و يؤيد ما ذكرنا ان العرف مع قطع النظر عن الشرع يحكمون بالخيار فى مورد تخلف الشرط لا بطلان العقد و بالجمله فصّحه العقد و الخيار ليس على خلاف القاعده و لخصوص نفى الضرر و الاجماع كما هو ظاهر عبارته المتن بل لان العقد له مدلول مطابقى و هو المبادله بين المالين و مدلول التزامى و هو الالتزام بالمبادله الواقعه و القيد راجع الى الثانى لا الاوّل فتدبر نعم لو كان راجعا الى الاوّل بلحاظ قصد المتعاملين يبطل العقد بتعدّر الشرط و اما الثانى فالظاهر عدم جواز اخذ الارش لان الشرط لا يقابل بالمال سواء كان له مائيه أم لا و سواء كان الشرط ممّا يزيد و ينقص بوجوده و عدمه فى مائيه المال أم لا خلافا للعلامة حيث يظهر منه التفصيل بين ما كان الشرط من الاوصاف التى لا توجب زياده فى قيمه الموصوف و انما يوجب زياده الرغبه فيه فقط فليس له الا جواز الرد دون الارش و ما كان من الاوصاف التى توجب زياده فى قيمه فله الخيار بين الردّ و اخذ الارش اى جزء من الثمن نسبته إليه كنسبه التفاوت الى قيمه و لو كان الشرط عملا يعدّ مالا كخياطه الثوب فتعدّر فالمنقول عن العلامة ره تخيير المشروط له بين الفسخ و المطالبه به او بعوضه ان فات وقته و الظاهر ان مراده من العوض هو قيمه الواقعيه و قال المصنّف بعد نقله هذا و ما ذكره قدس سرّه لا يخلو عن وجه و ان كان مقتضى المعاوضه

كون الشرط قيذا غير مقابل بالمال و الظاهر من المصنّف أنّه اراد من الوجه المثبت للعوض أنّ الشرط و ان لم يكن مقابلا بالمال الا أنّ المشروط له يكون مالكا للعمل الّذى وقع شرطا و المفروض أنّه مال فى حدّ نفسه فله مطالبته باخذ عوضه و قد تقدّم فى مسئله جواز الاجبار و عدم الخيار الا مع تعذّره ما ينفعك فى المقام و لكن لا بدّ ان يعلم أنّ على هذا الوجه ليس الضمان بالعوض من ضمان المعاوضه بل من ضمان الاتلاف و يختصّ بما لو كان المشتري هو المتلف للمبيع او المعيب له بما يوجب تعذّر الوفاء بالشرط المذكور و لا وجه للضمان بالارش او عوض الفائت اذا لم يكن من قبله بل بأفه غير اختياريّه من قبل غيره او من قبل الله تعالى

[لو تعذّر الشرط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه بتلفٍ أو بنقلٍ أو رهنٍ أو استيلاذٍ]

قوله بفسخ العقد الواقع عليه)

اي بانفساخه فلا تغفل

قوله (وجوه تقدّمت فى احكام الخيار)

اي فى التّصنيف و تاخّرت فى ترتيب الكتاب

قوله (بان لا يكون منافيا للوفاء بالشرط)

و ذلك كان اشترط احدهما على الاخر عملا ثم خرج العين عن سلطنه المشروط عليه بتلف او نقل او رهن او استيلاذ ثم تعذّر عليه الوفاء بالشرط

قوله وجوه خيرها اوسطها)

و ذلك لانّ حقّ المشروط له فى العين يكون من قبيل حقّ المرتهن على العين المرهونه و قد مرّ أنّ الاقوى وقوع بيع الزاهن موقوفا على الاجازه و لا يقع باطلا من اصله فان استدلّ على البطلان و عدم صحّته تصرف المالك و هو المشروط عليه بعدم كون الملك طلقا لانه اذا تعلق حقّ الغير به فله فى هذا المال شىء و عليه سلطنته و ان كان اضعف من سلطنه المالك يدفع بالعمومات و ما يستفاد من صحّته نكاح العبد بالاجازه معللا بانّه لم يعص الله و انما عصى سيّده اذ المستفاد منه أنّ كلّ عقد كان المنع عنه لحقّ الآدمى يرتفع المنع و يحصل التّفوذ و التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا و ليس ذلك كمعصيه الله تعالى اصاله فى ايقاع العقد الّتى لا- يمكن ان يلحقها رضا الله تعالى و الّذى يستفاد من الاخبار فى مختلف الابواب أنّ المنع عن معامله اذا كان لحقّ الغير الّذى يكفى اذنه السابق لا يقتضى البطلان رأسا بل انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتّب الاثر عليه مستقلا من دون مراجعه ذى الحقّ و يندرج فى ذلك مسئلتنا و الفضولى و عقد الزاهن و المفلس و المريض و عقد الزوج لبنت اخت زوجته او اخيها و للامه على الحرّه و غير ذلك فانّ الممنوع فى جميع ذلك هو كون العقد سببا مستقلا لآثاره من دون مدخليّه رضى احد غير المتعاقدين و ان استدلّ عليه بانّ مقتضى وجوب الوفاء بالعقد الواقع مشروطا بنحو خاصّ هو النهى عن ضده و ليس

النهي متعلقًا بامر خارج عن المعامله متحد معها كالأعانه على الأثم في بيع السلاح لأعداء الدين كما أنه ليس من جهه مزاحمه وقوع العقد لواجب مضيق او اهم كالبيع وقت النداء حتى يقال بانّ النهى لا يقتضى الفساد بل النهى متعلق

بالمسبب و بمضمون المعامله بما هو فعل بالتسبب و يكون التصرف و المعامله منهيه لآنها مقدمه سببيه و مولده للمسبب و هذا النهى متعلق بالمسبب فى الحقيقه لا- من جهه مبغوضيه ايجاد المسبب عند الشارع كآلتهى عن بيع المصحف للكافر و تحريم الظهار حيث ان الحرمة فى الاول لكونه سببا لتمليك الكافر المصحف و فى الثانى لكونه سببا لحرمة و طى الزوجه بل من جهه عدم كون المبيع فى العقد الثانى ملكا طلقا فيكون من قبيل بيع ما لا- يكون مالا عرفا او شرعا فالمعامله باطله و لو مع اجازة المشروط له لآن العين بنفسها متعلقه لحق الغير و قد نهى الشارع عن التصرف فيما هو متعلق لحق الغير و هل هذا آلا نظير بيع العين المرهونه فان حق الرهانه مانعه عن صحته و يكون بيعه منهيا فمقتضى القاعده بطلان التصرف المنافى يدفع بان كون الحق ثابتا فى العين و النهى متعلقا بالمسبب و المسأله من قبيل حق الرهانه جميعها حسن متين آلا انه فرق بين بيع ما يكون متعلقا لحق الغير على وجه الاستقلال و بيعه على وجه يكون موقوفا على الاجازة و الحق الثابت فى العين للمشروط له و للمرتهن لا يقتضى آلا النهى عن العقد على العين و الوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال و عدم مراجعه صاحبه فى ذلك و اثبات المنع و النهى زائدا على هذا يحتاج الى دليل و مع عدمه يرجع الى العمومات و قال السيد الطباطبائى ره فى حاشيته بعد بيان بطلان العقد الواقع من المشروط عليه ما هذا لفظه هذا مع عدم الاجازة و آما معها فيمكن الحكم بالصحة لارتفاع المانع او لكونه كالفضولى و يمكن الحكم بعدم الصحة أيضا لآن العقد الثانى ليس له حتى يجيزه و لا واقعا على ماله بل كان المالك هو المتصرف و حقه كان مانعا عن نفوذ التصرف فلم يؤثر شيئا و آما معنى اجازته اسقاط حقه من حينها فكما لو لم يجز بل اسقط حقه لا يثمر شيئا فكذا مع الاجازة فالفرق بينه و بين الفضولى فى كمال الوضوح آلا ان يقال ان العقد يبقى موقوفا الى حين الاجازة و ارتفاع المانع كما فى الشرائط المتآخره كقبض المجلس فى الصيرف و السلم لكآنه مشكل لآن مقتضى القاعده تأثير العقد من حينه و مع عدمه من جهه المانع لا دليل على تأثيره بعد ذلك و الفرق بينه و بين الشرائط المتآخره آنها بمنزله الجزء للعقد بخلاف ارتفاع المانع فى المقام انتهى و ما ذكره و جهها لعدم الصحة من ان العقد الثانى ليس له حتى يجيزه الخ ففيه ان الاجازة من المشروط له رفع المانع و عدم المانع ليس من اجزاء السبب حتى يق ان العقد الثانى ليس للمجيز و لا واقعا على ماله و الاجازة رضا بمضمون العقد و متى كان الاجازة مؤثره فى الفضولى و مصححه للعقد فهنا بطريق اولى لآن اجازة المالك من اجزاء المقتضى و هنا من رفع المانع و توهم ان الاجازة آما تؤثر فى العقد الفضولى من باب آنها توجب استناده الى المجيز و بها يصير مخاطبا ب أوفوا بالعقود و المشروط له لا- يمكن ان يتوجه إليه خطاب الوفاء فلا اثر لاجازته و رده لآنه لا موضوع لهما من جهته فآنه بالنسبه الى اصل الملك اجنبى غايه الامر له حق بالنسبه الى العين يوجب عدم نفوذ العقد

الواقع من المالك و هو المشترط عليه ألما بزوال هذا الحق أمّا باسقاطه او الاتيان به مندفع بأن كل من له اضافته الى العين المملوكة يكون الخطاب متوجّها إليه و السرّ في ذلك أنّ أوفوا بالعقود ليس خطابا تكليفيّا محضاً بل هو خطاب وضعي و كناية عن نفوذ العقد و مضيّه من قبيل المؤمنون عند شروطهم و يكون المشروط له في المقام كالمالك في الفضولي لأنّ له حصّه من الاضافه المذكوره و لاجله يق أنّ الملك للمشروط عليه ليس طلقاً و كما أنّ في الفضولي للمالك اقرار العقد بالاجازه و ازالته بالردّ فكذا للمشروط له و تاثير الاجازه في نفوذ العقد جار في جميع ما هو من قبيل المقام و قد اشرنا الى بعضها و ما ذكره من أنّ معنى اجازته اسقاط حقّه من حينها فكما لو لم يجر بل اسقط حقّه الخ ففيه ثبوت الفرق الواضح بين الاجازه و الاسقاط فإنّ الاجازه كما سمعت رضا بمضمون العقد و مقتضى ثبوت الحق له هو صحّه رضاه بالبيع الواقع و نفوذ امضائه له في زمان حقّه و ان لزم من الاجازه سقوط حقّه فالاجازه في المقام نظير اجازته المالك بل هو اولى منها في التأثير و هذا بخلاف الاسقاط فإنّ مدلوله اجنبى عن الرضا بمضمون العقد و قبوله لمضيّه حال وقوعه بل الغالب أنّه في مقام الاسقاط يكون غافلاً او غير مطلع على العقد الواقع المنافى لحقّه فهو اشبه شىء ببيع الفضولي لنفسه ثمّ تملكه هذا مضافاً الى منع كون اسقاط الحق لا يؤثّر شيئاً و ذلك لأنّ عدم مضيّ العقد و نفوذه من المشروط عليه ليس ألّا لمزاحمه حقّ المشروط له و اذا اسقط حقّه اثر المقتضى لأنّ البيع ليس له و لا واقعا على ماله بل كان المالك هو المتصرّف و حقّه كان مانعاً عن نفوذ التصرف و لم يكن عدم الاثر من جهه قصور في المقتضى بل كان من جهه المانع و اذا اسقطه و ازاله اثر المقتضى و ليس الاسقاط من قبيل بيع الفضولي لنفسه ثمّ تملكه حيث أنّ الاقوى في الاخير هو البطلان سواء اجاز البائع أم لا و ان كان شبيهاً به و ذلك للفرق بين العقد الذى صدر عمّن لا يملك المبيع او ممّن لا يملك البيع و الاوّل عقد موقوف لقصور المقتضى و الثانى عقد موقوف لوجود المانع و اذا كان القصور في المقتضى فملكه المبيع لا يصحّ البيع الفضولي فانه حين وقوعه كان موقوفاً على اجازته مالكة في تلك الحال و الفرض أنّه لم يجر العقد الفضولي و بعد بيعه للفضولي لا اثر لاجازته لانه حين وقوعه كان موقوفاً على اجازته مالكة فعلا لا اثر لاجازته لعدم كونه مالكا حين العقد الفضولي و اذا كان لوجود المانع فلا قصور في العقد و اقتضائه ألّا كون المبيع متعلقاً لحقّ الغير و اذا زال المانع اثر المقتضى و لا مانع من نفوذه و لم يكن تمام الملاك في صحّه البيع باجازه المشروط له هو كون مفاد الاجازه رضا بمضمون العقد و امضاء له بل الملاك في الحقيقة هو كون الاجازه رافعا للحقّ و ما ذكره من أنّ مقتضى العقد

تأثير العقد من حينه الخ ففيه ما مرّ في بيع الرهن من أنّ ادله سبب البيع المستفاده من نحو أو فوا بالعقود والناس مسلطون على اموالهم ونحو ذلك عامه و خروج زمان الرهن او عدم تحقق الشرط يعلم أنه من جهة مزاحمه حق المرتهن او المشروط له الذي هو اسبق فاذا زال المزاحم وجب تأثير السبب على الاختلاف من حيث النقل والكشف ولا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب و ارتفاعه فالمقام من باب وجوب العمل بالعام لا- من باب استصحاب حكم الخاص ولو تم هذا الاشكال في الذهاب الى تنفيذ الاجازه و الاسقاط للعقد الواقع من المشروط عليه و مضى العقد بلحوق ذلك و صح أنّ مقتضى القاعده تأثير العقد من حينه و لا دليل على تأثيره بعد ذلك لجرى ذلك في الشرائط المتأخره كقبض المجلس في الصيرف و السلم و ما ذكره من الفرق بأن الشرائط المتأخره بمنزله الجزء من العقد بخلاف ارتفاع المانع في المقام ففيه أنّ الجميع من باب واحد و هو توقيف العقد على امور متأخره غايه الامر أنّ بعضها يكون جزء مؤثرا في المنشأ و ان تم العقد بدونه و بعضها يكون مؤثرا في نفوذ العقد و تأثيره بل القسم الاوّل اولى بالاشكال من حيث أنه مؤثر في صحه العقد الواقع و تماميته في الاقتضاء بخلاف الثاني فإنه من رفع المانع و ما ذكره في القسم الاوّل من أنه بمنزله الجزء من العقد و قلنا أنه يكون جزء مؤثرا في المنشأ أنّما هو على المشهور أوّلا فالقبض في الصرف و السلم و الوقف و اشباهها محلّ اختلاف بينهم في كونه شرطا في الصحه او في اللزوم و كونه كاشفا او ناقلا و قد علم من جميع ما ذكرنا وجه القول بالبطلان رأسا و القول بالصحه مع الاجازه و اما الصحه مط فهو مبنى على ما تقدّم من الشهديه ره من أنّ الشرط لا يوجب حقا للمشروط له و أنّما فائدته التعليق و انعقاد العقد جائزا فعند تخلف المشروط عليه يكون للمشروط له الفسخ من غير توقّف على التعذر و كذا على القول بعدم جواز الاجبار و ثبوت الخيار بمجرد تخلف المشروط عليه و لو مع الاختيار ثم لا- يخفى عليك جريان الوجوه المذكوره في الخيار المتصل و اما في الخيار المنفصل كالمقام فلا يخلو عن اشكال و هو عدم الخيار في حال التصرف الناقل فلا وجه لبطلانه مط او جواز فسخه و يتعين الرجوع الى المثل او القيمه و سيتعرّض المصنّف ره لهذا الكلام في احكام الخيار عند التعرّض لتلك الوجوه

قوله (كان للمشروط له فسخه و الزامه بالوفاء بالشرط)

بمعنى أنّ على المختار كان للمشروط له اجازه البيع الواقع و ح يسقط حقه الثابت بالشرط لانه اسقاط له و رضا بالعقد الاوّل بدونه و كان له عدم اجازته و رده فيكون باطلا و منفسخا و يجب على المشروط عليه الوفاء بالشرط لعدم تعذره ح و لا يكون معه خيار فانّ بانفساخ العقد الثاني و عدم تعذر الشرط لا موجب للخيار

قوله (فالظاهر صحه العقد الثاني)

و على فيتعدّر

الشَّرط و يكون للمشروط له الخيار فاذا فسخ العقد ففي انفساخ العقد الثَّاني من حين الفسخ او من صلته او الرُّجوع الى المثل او قيمه وجوه رابعها التَّفصيل بين التصرّف بالعتق وغيره و هذا التَّفصيل كما يجرى على هذا القول و هو المختار على تقدير عدم الاجازة مبتيا على عدم اجبار المشروط عليه كذلك يجرى على المختار على تقدير عدم الاجازة و يجرى على القول بالصَّحَّه مط كما انه يجرى فى القسم الاوّل و هو ما لو كان التصرّف و العقد الثَّانى غير مناف للوفاء بالشَّرط الا انّ هذا التَّفصيل لا وجه له اصلا لانّ البناء على التَّغليب انّما هو فى مسئلة السِّرايه كما اذا كان العبد مشتركا فاعتق احد المالكين حصّته فانه ينعق حصّته الاخر عليه للتَّغليب و ليس بنائهم عليه مط حتّى فى مثل المقام كما لا دليل عليه و دعوى انّ فى العتق معنى القربه و العباده و حقّ الله تعالى و فيه حقّ للعبد أيضا مدفوعه بما ستسمعه فى المسأله التَّاليه

قوله (و ظاهره ما اخترناه و يحتمل ضعيفا

يعنى انّ ظاهره س بطلان التصرّفات الواقعه فى العبد المشروط عتقه من البيع و الهبه و الوقف و هذا هو مختار المصنّف ره حيث قال خيرها اوسطها فلو باع بدون اذنه كان للمشروط له فسخه و الزامه بالوفاء بالشَّرط و يحتمل ضعيفا ان يكون مراده فسخ العقد الاوّل و يفسخ ح هذه العقود و كونه ح خلاف المختار لدلالته على صحّته التصرّفات الواقعه لو لا فسخ المشروط له العقد الاوّل و وجه ضعف هذا الاحتمال انّ كلمه كَلَّه له ظهور فى تعلق الفسخ بنفس المذكورات

قوله ثم انّ هذا الخيار كما لا يسقط)

اي لا يسقط بتصرّف المشروط له فيما انتقل إليه اذا تعذّر الشَّرط

[قد عرفت أنّ الشرط من حيث هو شرط لا يقسّط عليه الثمن عند انكشاف التخلف على المشهور]

قوله (لانه اما ان يكون مختلف الاجزاء او متّفقها)

و الاوّل ما كان مثلثا كما لو قال بعتك هذه الصّبره بشرط ان تكون عشره ارطال و الثَّانى ما كان قيميا كما لو قال بعتك هذه الارض على ان تكون عشره اجرب

قوله بالمقابلته فتأمل)

لا- اشكال فيما افاده من ملاحظه جانب الجزئيه فيما كان عنوان المبيع فى الحقيقه هو كونه كذا و كذا جزء فبعد ما علم انّ المقصود بالبيع هو المقدار المعين و ان جرى العقد عليه بلفظ الشَّرط لا بدّ من تقديم العنوان على الاشاره و كذلك فى صوره الشكّ لانّ العرف حاكم فى هذا الشَّرط بالمقابلته و امّا لو علم بكون الشَّرط مأخوذا على حقيقته بان كان عنوان المبيع و المقصود منه هو هذا الموجود الخارجى فمن الواضح عدم حكمهم بالمقابلته و التوزيع و يلحقه حكم الشَّرط

قوله (و فيه منع عدم المعلوميه لانّ الفئات

قال بعض الاعاظم الظاهر ان لفظه و فيه زياده من قلم الناسخ و قوله منع مبتداء لقوله و

فيه مضافا الخ ه و العباره المصححه بتصحيح والدى قدس سره هكذا و فيه منع منع عدم المعلوميه فيكون المنع الاول راجعا الى دعوى استلزام جهاله ثمن المبيع فى ابتداء العقد و المنع الثانى مبتداء لقوله و فيه مضافا الخ قوله (و لعل هذا اظهر)

الاقرب جريان ما قدمناه فى التقيصه من انه لو كان عنوان المبيع و المقصود منه هو المقدار المعين و كان الشرط صوريا فلا بد من تقديم العنوان و الحكم بان الزيادة للبائع و تخير المشتري للشركه و لو كان الشرط مأخوذا على حقيقته و عنوان المبيع هو هذا الموجود الخارجى فلا بد من الحكم بخيار البائع بين الفسخ و الاجازه لمجموع الشىء بالثمن و مع الشك يلحق بالاول فان الظاهر ان العرف يحكم بالمقابله فى هذا الشرط سواء تبين التقيصه او الزيادة الا اذا علم من قصدهما كون الشرط على حقيقته و لو دلت القرنيه على ان المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة فحكمه ما فى المتن

[مسأله فى حكم الشرط الفاسد]

قوله (و لا تأمل أيضا فى ان الشرط الفاسد لاجل الجهاله)

قد عرفت فيما مر ان جهاله الشرط غير مفسد للشرط الا اذا اوجب الغرر فى البيع فلا تأمل فى ان الشرط الفاسد لاجل الجهاله الراجع الى جهاله احد العوضين يكون مفسدا للعقد و كذا الشرط الغير المقذور اذا اوجب تعذر التسليم فى احد العوضين و مثل له فى الغنيه كما فى المتن باشتراط صيروره الزرع سنبلا و البسر تمرا و كذا الشرط الفاسد من جهه كونه منافيا لمقتضى العقد يكون مفسدا له و اميا اشتراط بيع المبيع من البائع ثانيا يكون مبطلا للعقد فبالاجماع و النص و كذا جعل الخشب المبيع صنما يكون مبطلا للعقد من جهه ان المعامله على هذا الوجه اكل للمال بالباطل اما المنافع المحلله فلا يجوز استيفائها من جهه الشرط و اما المحرمه فللنهي من الشارع

قوله (لعموم الادله السالم عن معارضه ما يخصصه)

نحو قوله تع احل الله البيع و غيره مما دل بعمومه او اطلاقه على صحه المعاملات المشروعه امضاء او تأسيسا و كذا عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود بناء على كون مفادها الارشاد الى صحه العقد و لكن الانصاف عدم صحه التمسك ب اوفوا بالعقود فى المقام اذ لا اشكال فى انه مشتمل على الخطاب و لكن الشأن انه ليس تكليفا محضا بل هو كناية عن خطاب وضعى اعنى نفوذ العقد و مضيه و على اى حال فالظاهر منه هو الوفاء بالعقد على ما هو عليه من الخصوصيات و حاصل غرض الماتن قدس سره ان المدعى لصحه العقد فيما كان فساد الشرط لا لامر مخل بالعقد يكفيه العمومات و القائل بالافساد لا بد له من اقامه الدليل و انتظر للجواب

قوله (و فيه بعد التقض بالشرط الفاسد فى النكاح)

أورد المصنّف قدّس سرّه على القائلين بأنّ الشّروط الفاسد مفسد للعقد نقضين في خصوص النّكاح أحدهما النّقض بالشّروط الفاسد الذي يكون بمنزله جزء من الصّدق حيث أنّ اللّازم بناء على الافساد هو سقوط المسمّى رأساً و الرّجوع الى مهر المثل مع أنّ الفتوى على خلافه كما في صحيح الوشاء عن الرّضا (ع) فيما لو جعل للمرأه عشرين الفا و لابيها عشره آلاف حيث قال (ع) المهر جائز و المذى جعله لابيها فاسد و قد يتوهّم أنّ بنائهم في باب النّكاح في صور فساد الصّدق على أنّه اذا كان الفساد راجعاً الى تقدير الصّدق كما اذا عقدا على شىء لا قيمه له اصلاً كالعقد على حرّ بتخيّل أنّه عبد يرجع الى مهر المثل و اذا كان راجعاً الى تعيينه كما اذا عقدا على مال فظهر أنّه للغير يرجع الى مثل المسمّى او قيمته و النّقض المذكور ملحق بالقسم الثّاني فإنّ فساد الشّروط لا يوجب بطلان اصل التّقدير بل غايته بطلان تعيين ما هو بمنزله الضّميمة للصّدق فيقوم ما جعل صداقاً مع الشّروط تاره و مع عدمه اخرى و يرجع الى التّفاوت و ح فلو ثبت تسالمهم على عدم الرّجوع الى شىء مط و الاقتصار على ما هو المسمّى كما هو الظاهر كان النّقض في محلّه و الّا فمجرّد عدم الرّجوع الى مهر المثل لا يتمّ به النّقض اقول ان اراد هذا القائل بيان توضيح للمطلب فلا بأس به و ان اراد توجيه اشكال على المصنّف ره فهو في غايه السّقوط لأنّ المخالف القائل بفساد العقد عند فساد الشّروط يلزمه القول ببطلان اصل التّقدير و هو المسمّى و الرّجوع الى مهر المثل و الظاهر اتّفاق الكلّ على عدم الرّجوع الى التّفاوت في الشّروط الفاسد الذي يكون بمنزله جزء من الصّدق و الاقتصار على المسمّى و لذا اعترف في جامع المقاصد بأنّ في الفرق بين الشّروط الفاسد و الجزء الفاسد عسرا و ثانيهما ما سيصرّح به في الجواب عن الدّليل الثّاني من عدم الخلاف نصّاً و فتوى في عدم فساد نكاح بمجرّد فساد الشّروط المأخوذ فيه فلا تغفل و اما النّصوص الدّالة على ذلك فمنها صحيحتي محمّد بن قيس المتضمّنه إحداهما اشتراط المرأه في عقد النّكاح أنّ يبدها الجماع و الطّلاق و الاخرى اشتراط ان يجىء الزّوج بالصّدق الى اجل و الّا فليس له عليها سبيل و قد حكم (ع) فيهما بصحّه العقد و ابطال الشّروط و صحيحته الثّالثه في شرط عدم التّزويج و التّسرّي و أنّه ان تزوّج عليها او هجرها او تسرّي فهي طالق و قد حكم (ع) فيها بصحّه العقد و ابطال الشّروط و انتظر للبحث عنها

قوله (و ثانيا منع جهاله ما بإزاء الشّروط من العوض)

المهمّ في الجواب هو الوجه الأوّل و قد تقدّم توضيحه و للمناقشه في هذا الوجه مجال اذ لو سلّم أنّ للشّروط قسطاً من العوض و اذا فسد صار العوض مجهولاً فمضبوطيّه التّفاوت عند العرف غير مفيد فإنّ اللّازم

هو علم المتعاملين بالعوضين في حال العقد ثم لا- وجه لتفريق ما حكم به العلماء من وجوب الارش في المسألتين على كون التفاوت مضبوطا عند العرف فإنه لم يعلل حكمه به بذلك ولا ملازمه بينهما

قوله و ثالثا منع كون الجهاله الطاريه الخ)

كما هو كذلك في مسئله فساد الجزء مثل العقد على ما يملك مع ما لا يملك كالخمر و الخلّ و ما يملكه العاقد مع ما لا يملكه كما في الفضولي و قد حكموا بصحة البيع في الجزء الصّحيح للنص و الاجماع فكما يحكم بالصحة فيهما و لا يقدر الجهاله بسبب فساد الجزء لمكان معلوميه العوضين عند إنشاء العقد و يحكم بالخيار لتبعض الصّيفه فكذا في فساد الشرط لا مانع من صحه العقد و ثبوت الخيار

فان قلت انّ هذا لا يتم في صوره علم المتبايعين او احدهما بفساد الشرط

قلت قد سبق الجواب عن هذا في بيع ما يقبل التملك و ما لا يقبله فراجع

قوله او انكشف فقد بعض الصفات المأخوذه)

و كذا تخلف الشرط الصّحيح لاجل تعدّره او لامتناع المشروط عليه عن الوفاء نعم لو قيل بانّ العقد ليس مقيدا بالملتزم بل هو مقيد بالالتزام بحيث متى حصل كفى في حصول المقيد و ان لم يأت بما التزم به لم يكن تخلف الشرط الصّحيح مط من موارد النقص لانّ المتخلف بالتعدّر او الامتناع هو الملتزم و اما الالتزام فان كان صحيحا فقد كان حاصله حين العقد و لم يتخلف فلا موجب للخيار او فساد العقد و أما اذا كان فاسدا فهو بمنزله العدم و الشرط ح يكون غير حاصل و لازمه فساد العقد و لكنّ الشّأن في انّ اختيار كون الشرط نفس الالتزام مجرّد و هم فانّ الغرض من الالتزام وقوع الملتزم فهو القيد و المرتبط بالعقد حقيقه و من الظاهر ان نفس الالتزام يعدّ في ناحيه العقد و المعامله و الملتزم يعدّ في ناحيه العوضين و الالتزام بنفسه ليس شرطا و لم اجد قائلا بذلك فيما اعلم ثم اعلم انّ هذه النقوض المذكوره أنّما هي بناء على ما ذكره ره من منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفائه الى معاوضه جديده عن تراض جديد و اما بناء على ما هو المختار في الشرط الصّحيح و الفاسد من أنّه على قسمين فلا مجال للنقض

قوله (و قد تقدّم انّ ظاهرهم في الشرط الغير المقصود)

الانصاف انّ عدّ هذا و كذا الشرط الغير المذكور في العقد من موارد النقص في غير محله لما مرّ من عدم لزوم هذين الشرطين و عدم اجراء احكام الشرط عليهما

قوله (و حلّ ذلك انّ القيود الماخوذه الخ)

و فيه أنّه لا اشكال في كون القيود على قسمين كما ذكرنا في المسأله الرابعه من مسائل حكم الشرط الصّحيح من انّ الخصوصيه

الفائته عند عدم الشرط اّما ان يجعل الموجود مابنا لما وقع عليه العقد ففواتها يوجب بطلان العقد و اّما ان لا يكون كذلك ففواتها سبب للخيار لرجوع الشرط ح الى لزوم البيع و الالتزام المبادلي الا انّ المصنّف ره يرجع القسمين الى

العرف و الانصاف أنه ليس كذلك بل تعيين القسمين منوط بقصد المتبايعين فقد يجعلان الوصف العارضى الذى لا يكون عند العرف ركنا قييدا ركنيا للمطلوب و قد يكون بالعكس و قد ذكرنا فى المسأله المشار إليها أنّ فقدان الشرط اذا جعل الموجود مابينا لما وقع عليه العقد بلحاظ قصد المتعاملين فالعقد باطل سواء كان اخذ الخصوصية بعنوان احد العوضين او بعنوان التوصيف او بعنوان الشرط و اذا لم يجعل الموجود مابينا لذلك لم يوجب فقدانه الا الخيار و السرّ فى ذلك ما ذكره قدّس سرّه فى الدليل الثانى للمانعين للصحة من أنّ التراضى أنّما وقع على العقد الواقع على النحو الخاصّ فاذا تعدّرت الخصوصية لم يبق التراضى فالتمسك بالعمومات لصحة العقد فى غير محلّه لأنها مقيدة بالقصد المنفىّ فى صورته فساد الشرط فإنّ البائع أنّما رضى فى المبادله على هذا الشرط و اذا لم يسلم كانت تجاره عن غير تراض مع أنّ التراضى شرط اجماعا و قد اشتهر بينهم تبعيه العقد للقصد و تمسكوا بهذه القاعدة فى كثير من الابواب كشرط عدم اشاعه الحصّه فى المزارعه او فى المساقاه او فى المضاربه و شرط عدم التزويج عليها فى النكاح و شرط عدم التصرف فى المبيع و نحو ذلك و الغرض من هذه الجملة أنّ العقد اذا امكن حصوله على انحاء مختلفه من الاطلاق و التقييدات المتكثّره الحاصله بالشرط و غيرها فالعقد تابع للقصد بمعنى أنّ ماهيته المطلقة يحكم بحصولها فى ضمن ما قصد من افرادها كما أنّ المدار فى القصد هو قصد المتعاملين معا و لا يكفى فى ذلك قصد احدهما و ليس المعنى أنّ كلّ ما يترتب على العقود من الآثار و الثمرات الخارجه و الاحكام اللماحقه لا بدّ ان يكون المتعاملان عارفين به و يقصد انه فى العقد و مع عدم القصد لا يصحّ و الا لزم بطلان اكثر العقود فما يحتمل وجوها كثيره و امكن تقييد العقد المشتمل على العوضين الواجد لشرائط الصحة ببعض منها و لم يذكر فى العقد شىء منها و لم يكن معينا عندهما فالقدر المشترك من غرضهما و هو مطلق العقد الواقع يحكم بوقوعه و ما عداه يبنى فيه على الاطلاق و لا اشكال فى أنّ الشرط تعيين لوجه من الوجوه المحتمله و مع ثبوته فالعقد محمول عليه و قد علمت فيما سبق أنّ الشرط الواقع فى ضمن العقد ليس لمجرد الالتزام فقط بل هو اما لربط اصل العقد و المعامله به و اما لربط لزومه به و اذا كان لربط اصل العقد و كان فاسدا فما وقع عليه القصد من المركب لم يقع و المطلق لم يتعلّق به القصد و ليس العقد دالا على وقوع المعامله و ان انتفى الشرط بل هو دالّ على عدمه بدونه فالتمسك بالعمومات لا ينفع فى الصحة لأنّ العقد المعين بنظر المتعاملين كان مقتضيا للأثر بهذا القيد و مقتضاه عدمه عند عدم القيد و ان شئت قلت أنّ العمومات من احلّ الله البيع و أوفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم تدلّ

على البطلان للوجه الذي ذكرناه بل لو فرض ان العقد بظاهره اقتضى الوقوع بدون الشرط فاللزام عدم الحكم بالصحة لعدم القصد الى ذلك نعم لو كان العقد دالاً على قصدهما للوقوع بدون الشرط بان دل على كون الشرط مرتبطاً باللزام وقيدا للمدلول الالتزامي للعقد لاصله و لو بدعوى شهادته العرف بذلك في غير ما كان العقد ظاهراً في كون الشرط قيدياً لاصل البيع كما ذكرناه سابقاً في الشرط الصحيح فلا بأس في الحكم بالصحة ثم انه قد يتوهم في المقام اشكال وهو انه اذا كان الشرط فاسداً فكيف يؤثر في العقد امياً بافساده رأساً و امياً برفع لزومه باثبات الخيار و الدفع ان في صورته فساد العقد ليس ذلك في الحقيقة من ناحيه الشرط بل لما عرفت من عدم التراضي و عدم شمول العمومات و كذلك في صورته صحة العقد ليس السبب في الحقيقة لرفع اللزوم و الخيار فساد الشرط و هذا واضح جداً و بالجمله فالانصاف ان الشرط الفاسد اذا كان قيدياً لاصل المعامله بحيث يلحق باحد العوضين في قصد المتعاملين يكون مفسداً للعقد سواء كان المشروط كلياً او جزئياً و اذا كان قيدياً للزومها فلا- يكون مفسداً و يحكم بصحة العقد مع الخيار و اذا شك في ذلك يحكم بصحة العقد و من هنا يمكن ان يقال ان النزاع لعله لفظي و لا- يبعد ان يكون جماعه من القائلين بالافساد ارادوا القسم الاول و بالعكس و يجرى ما ذكرنا في الشروط المتعدده في العقد الواحد فقد يفسد العقد بفساد بعضها و قد يثبت الخيار و لو تعددت العقود فقد تفسد بفساد شرط واحد متحداً او منضمماً الى غيره و قد يجيئ الخيار و في الشروط المتداخله كشرط الشرط يجيئ الحكمان في الشرط السابق دون ما عداه و الظاهر ان ما ذكرنا من القسمين لا يختص بشروط البيع بل يجرى في سائر العقود اللازمه بالاصل او بالعارض بل و في العقود الجائزه اذا كان الشرط راجعاً الى اصل العقد ففساده يقضى بفساد الاذن و الاباحه

قوله (على ان ليس منه علي و ضيعه)

اي بشرط ان يكون الضرر و النقص على البائع الاول اذا باعه المشتري بالوضيعه و النقص و المشهور على بطلان هذا الشرط لانه مخالف للكتاب و السنه فان مقتضى القاعده وقوع النقص على مالك المال و احتسابه على الاخر لا وجه له فان قلت اذا اشترط دفع البائع الاول من ماله الى المتضرر معادل النقص من دون ان يكون النقص محسوباً عليه ابتداء لم يكن مخالفاً للقاعده و لا مانع من صحته الا شبهه الجهاله و قد سبق ان الاقوى عدم اشتراط المعلوميه في الشرط

قلت هذه جهاله يوجب الغرر في البيع و العوض و قد سبق اعتبار المعلوميه ح و بالجمله الظاهر فساد هذا الشرط لما ذكرنا و لاجل ذلك يحمل خبر عبد الملك على البطلان و ان لم يكن صريحاً في ذلك و في المختلف ما يزيدك بصيره في المسأله و هذا لفظه قال الشيخ في ط و ف اذا باعه بشرط الاخسار عليه بطل الشرط و هو الاشهر و في

الاستبصار ما يشعر بجوازه فإنه قال من باع من رجل شيئاً على ان ربح كان بينهما و ان خسّر لا يلزمه شيء ثم صدر الباب بما رواه عن ابي الزبير عن الصادق (ع) في رجل شارك رجلاً في جاريه فقال له ان ربحت فللك و ان وضعت فليس عليك شيء فقال لا بأس بذلك ان كانت الجارية للعامل بذلك و من عادته في هذا الكتاب ان يصدر الباب بما يعتمد عليه ثم قال فاما ما رواه احمد بن محمد بن عيسى عن علي بن الحكم عن عبد الملك بن عتبة قال سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل ابتاع منه طعاماً او ابتاع متاعاً على أنه ليس عليّ منه وضيعه هل يستقيم هذا و كيف يستقيم وجه ذلك قال لا ينبغي ثم قال الوجه فيه ان يحمله على ضرب من الكراهه دون الخطر و هذا يعطى جواز البيع و الشرط عند الشيخ و المعتمد بطلانها معا بحديث عبد الملك بن عتبة فإنه صحيح السند و حمل الشيخ ممنوع و اما ما رواه الشيخ أولاً فإننا نقول بموجبه اذ نفى البأس في ذلك لا يستلزم التمليك فنقول يجوز مثل ذلك على سبيل التبرع لا الوجوب و سند روايه الشيخ عندي لم يثبت صحته هـ

قوله (اذ مع صحه العقد لا وجه لكراهه الوفاء)

الظاهر انّ المستدل يرجع كلمه لا ينبغي الى اصل البيع و يحمله على الحرمة و يوجه ذلك بأنه لو حمل على الكراهه لزم صحه العقد و الشرط مع الكراهه و مع صحه العقد لا وجه لكراهه الوفاء بالوعد لأن العمل بالشرط لا يخرج عن كونه وفاء بالوعد و في الاستدلال بالروايه و ان رواها الشيخ بسند صحيح أولاً ما سيذكره المصنف من ظهور لا ينبغي في الكراهه و لا بأس في ان يكون المراد كراهه هذا البيع فلا يدل على فساد الشرط فضلاً عن فساد البيع المشروط به و ثانياً لا دافع لاحتمال ارجاع لا ينبغي الى الشرط سواء اريد منه الحرمة او الكراهه قولكم لا وجه لكراهه الوفاء بالوعد و الوفاء بالشرط الفاسد مستحب من حيث أنه وعد يجاب عنه بانّ الوفاء من حيث الوعد غير الوفاء من حيث الشرط فانّ الوفاء بالشرط واجب و يكون الكراهه متعلقه بجعل هذا الشرط واجبا عليه و ثالثاً لو سلمنا عدم ظهور لا- ينبغي في الكراهه فلا اقل من اجماله و كيف يمكن التمسك به لاثبات حرمة اصل البيع و فساده و رابعاً لو سلم الدلالة على فساد البيع فغايه مدلول الروايه هو فساد البيع الوضعيه خاصه و لا وجه لجعلها دليلاً على الكليه و يتعدى من موردها الى غيرها و من الواضح انّ محلّ البحث في غير ما دلّ دليل خاص من نصّ او اجماع على فساد عقد بفساد شرطه و هذا كلّه بالنظر الى خصوص الروايه و الا فقد علمت انّ شرط الوضعيه فاسد لأنه مخالف للكتاب و السنّه

قوله (و روايه الحسين بن المنذر قال قلت

المرويّه في الكافي و السند حسن

قوله

فلا بأس و دلالتها اوضح من الاولى)

و ذلك لان لا- ينبغى فى الروايه الاولى و ثبوت البأس بالمفهوم فى الثانيه لم يكونا صريحين فى ارجاعهما الى اصل المعامله و يقوم فيهما احتمال ارجاعهما الى الشرط و اتميا هذه فصريحه فى ان متعلق الباس و عدمه هو العقد لا الشرط و ستعرف فى الجواب ان المقصود من متعلق البأس و عدمه هو الشراء بالتقيصه الواقع بعد المعامله الاولى و فساده ح لا من حيث ان فساد الشرط يقتضى فساد العقد بل من حيث ان العقد الثانى انما يقع مبيتا على الشرط الفاسد و يثبت هذا المعنى قوله (ع) و رضيا بعد قوله اذا لم يشترطا

قوله (النأشى عن التزامه فى خارج العقد الاول

و كذا يحتمل ان يكون وجه فساد الشراء منه هو عدم رضاء البائع عن طيب النفس بشرائه و انما يشتره بنقيصه من جهه الالتزام بالشراء فى المعامله الاولى و لا شك ان هذا الشرط فاسد فالشراء الواقع من حيث الالتزام بالشرط الفاسد فاسد لانه يكون وفاء بالشرط

قوله (و منها مرسله جميل و صحيحه الحلبي)

و يرد على الاولى مضافا الى مخالفتها لفتوى المشهور و الى احتمال وقوع الشرط فى عقد لازم اخر غير عقد بيعها و وقوع البيع غير مشروط فصحة بيع الجاريه ح من جهه عدم اشتماله على شرط فاسد ان الروايه ليس لها ظهور فى الجمع بين الشروط الثلاثه فى بيع واحد و يحتمل قويا ان تكون الواو بمعنى او و مع قيام الاحتمال يسقط الاستدلال و على الثانيه بان قوله (ع) فانها تورث لا دلالة فيه اصلا على صحه البيع و غايته الدلاله على ان عدم الميراث حكم لا يقبل التخلف

قوله (بل يمكن ان يستفاد من قوله بعد ذلك)

يرده ان مجرد الامكان لا يكفى مع قيام الدليل القطعى على خلافه

قوله (و يؤيده ما ورد فى بطلان الشروط الفاسده)

عبره بالتأييد إشاره الى ما سبق فى ذكره للتقوض بان المقصود من ذلك انه لا- يستحيل التفكيك بين الشرط و العقد و الجواب انه قد عرفت ان الشرط على قسمين الاول ما يؤخذ بحسب قصد المتعاملين قيда فى اصل العقد و الثانى ما يؤخذ قيدا فى لزومه و فى هذا القسم لا- يتسرى فساد الشرط الى اصل العقد و شروط النكاح كلها من هذا القسم لوضوح ان النكاح ليس بمعاوضه محضه و ليس الشروط المأخوذه فيه لبيان ما يعتبر فى اصل المعاوضه و من حيث اعتبار معلوميه العوضين حتى يكون الفاقد للشرط مباينا للواجد و لو فرض اخذ شرط فى باب النكاح من القسم الاول كان مقتضى القاعده الافساد و لو فرض الاشتراط و اطلق المتعاقدان من حيث ارجاع الشرط الى احد القسمين حمل على الثانى لما عرفت من انه المتبادر من الشرط فى

العقد حين الاطلاق و دعوى ان ظاهر الاخبار الوارده فى شروط النكاح و كذا كلمات الاصحاب فيها هو عدم الفرق فى صحته العقد و فساد الشرط بين قصد الزوجين المعنى الاول او الثانى بل ظاهرهم ان محل البحث هو القسم الاول غير مسموعه لما عرفت من ان شروط النكاح من القسم الثانى و ان ابيت عن ذلك كله فالغايه انه وردت اخبار فى باب النكاح فى خصوص بعض الشروط و لا بد من الاقتصار على تلك الموارد الخاصه و ليس فيها ما يدل على صحه العقد بقول مطلق حتى يتسرى منها و يكون قاعده فى ذلك الباب و مثله الكلام فى دعوى الاجماع فلنا منعه على اطلاقه لوقوع الخلاف بينهم فى الشرط المخالف لمقتضى العقد و قد اختلفوا فى مواضع اخر أيضا منها اشتراط عدم المهر اصلا و منها اشتراط الخيار فى النكاح حيث لا خلاف بينهم فى فساد الشرط و ذهب المشهور الى فساد العقد أيضا فيهما و ان ابيت عن هذا أيضا كان باب النكاح خارجا عن قاعده تبعيه العقود للقعود بالتعبد و النص و كان التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به تصرفا لا عن تراض جوزة الشارع تعبدا و قهرا على المتعاقدين و يكون من قبيل الاسباب

قوله (لزوم الدور و فيه ما لا يخفى

اجاب فخر المحققين فى محكي الايضاح بان كون هذا شروطا مجاز لانها تابعه للعقد او العقد سبب فيها فلا يعقل كونها شرطا له و الا دار بل هى من صفات البيع تختلف الاغراض باختلافها و عنه أيضا فى شرح الارشاد ناقلا عن والده ان هذا الدور دور معيه كالصلاه و اجزائها فان مجموع الصلاه متوقفه على اجزائها من حيث الصحه و اجزائها من حيث الصحه متوقفه على مجموعها و عن جامع المقاصد ان الشروط شروط لتأثير العقد لا لنفسه و الاحسن ان يقال ان البيع اذا لوحظ فى نفسه فصحته موقوفه على عدم اشتماله على الشرط الفاسد و ليست موقوفه على صحه الشرط لوضوح انه قد لا يكون له شرط و اذا لوحظ مشتملا على الشرط و قلنا بان الشرط الفاسد مفسد له فان اريد من صحه الشرط الصحه الشائيه و صلاحيته لان يقع صحيحا و واجب الوفاء فصحه البيع يتوقف على صحه الشرط بهذا المعنى لكن صحه الشرط لا يتوقف على صحه البيع بل على الشروط المتقدمه كعدم مخالفه الكتاب مثلا و ان اريد من صحه الشرط الصحه الفعلية و وجوب الوفاء به فعلا فهى موقوفه على صحه البيع لكن صحه البيع ليست موقوفه على هذه الصحه هذا مضافا الى ان الدور المتصور فى المقام على فرض تسليمه معى كما سمعته و لا غائله فيه

قوله (ثم على تقدير صحه العقد فى ثبوت الخيار الخ)

التقييد بالجهل للاحتراز عن صورته العلم

بفساد الشَّرط حال العقد بدعوى أنّ في تلك الصّوره يكون مقدما على ضرر نفسه و الظّاهر ثبوت الخيار للمشروط له من غير فرق بين الصّورتين لأنّه على وفق القاعده لما تقدّم في خيار تخلف الشَّرط من أنّ بانتفاء الشَّرط و الخصوصيّة المأخوذه في اللّزوم يكون الالتزام بالمبادله منتفيا و التعذّر الشّرعي كالعقلّي و المشروط له لم يلتزم بالفاقد و أنّما التزم بالعقد مع الشَّرط و الزامه بالعوض من دون سلامه الشَّرط له لفساده لا دليل عليه فلا موجب للزوم العقد بالنّسبه إليه و ادّله لزوم الوفاء بالعقد أنّما يفيد اللّزوم على حسب ما اشتمل عليه العقد فان كان بلا شرط فلزومه على حسبه و ان كان معه و كان صحيحا فلزوم العقد على حسب ذلك الشَّرط و ان كان فاسدا فلا لزوم له لأنّ الفرض تعذّر الشَّرط و بناء على أنّ الخيار في صورته تعذّر الشَّرط ليس على القاعده و أنّما ثبت في بعض الموارد بالاجماع و نفى الضّرر كان عدم الخيار مطّ ثمّ التّفصيل بين العلم و الجهل حسنا

[القول في أحكام الخيار]

[مسأله في أن الخيار موروث و الاستدلال عليه]

قوله (الخيار موروث بانواعه بلا خلاف)

الظّاهر أنّ اصل المسأله اجماعية و لا- ينافي ذلك الاختلاف في بعض المواضع من جهه خصوصيّة خارجه عن اصل المسأله كالخلاف فيما سيأتي من انتقاله الى الوارث فيما كان لاجنبيّ و الخلاف في بقاء خيار المجلس بعد موت احد المتبايعين او كليهما فانّ القول بعدم البقاء أنّما هو من جهه دعوى حصول الافتراق بافتراق الارواح الذي هو اعظم من افتراق الابدان

قوله (لأنّه من الحقوق كالشّفعة و القصاص)

أمّا حقّ الشّفعة فهو موروث يرثه جميع الوراث حتّى الزّوجه على المشهور و قال بعض الاعاظم ظاهرهم أنّ الزّوجه ترث حقّ الشّفعة حتّى في العقار الذي هي محرومه عنه و يمكن حمل كلامهم على غيره انتهى و لا يخفى أنّ القول بارثها من حقّ الشّفعة اذا كانت محرومه من متعلّقها في غايه الاشكال و ان قلنا بارثها من حقّ الخيار كما ستسمعه لأنّه يعتبر في الاخذ بها كون الأخذ شريكا و قد كان للمورث بمعنى ثبوت حقّ ابطال المعامله و ارجاعها الى نفسه بمثل الثمن الذي نقده المشتري و إرثه عباره عن انتقال هذا الحقّ الى الوارث بان يرجع المعامله الى نفسه بمثل الثمن من ماله و لا- بدّ في ذلك من كونه شريكا و أمّا حقّ القصاص فموروث و لا يرثه الزّوج و الزّوجه و اذا صولح بالديه يرثانها بلا خلاف و في إرث المتقرب بالأمّ و النّساء المتقربات بالابّ خلاف و أمّا نقل كلّ منهما الى من هو عليه فلا اشكال عندهم ظاهرا اذا كان بالصّيلح و نحوه و أمّا النّقل الى غير من هو عليه فعن جماعه المنع عنه بل الظّاهر اتّفاقهم على ذلك اذ لم نطّلع على قائل بجواز النّقل الى الاجنبيّ او العبدى لم يكن شريكا في متعلّق الشّفعة من غير فرق بين النّقل مستقّلا و منضمّا الى حصّته نعم جوّز بعض نقل حقّ الشّفعة الى احد الشّركاء

كان يصلح احدهم بمقدار حقه فيما اذا كانوا ازيد من واحد و قلنا بجريان الشفعه فى ازيد من شريكين او كانوا وراثا و يتجه ح سؤال الفرق بين الانتقال القهرى بالارث و النقل الاختيارى الى الاجنبى باحد التواقى خصوصا فى نقل الشريك بعد ثبوت الحق حقه منضمًا مع حصته مع اتحاد الكل فى كونه نقلًا و يجب بعد وضوح الفرق بان الارث مرجعه الى قيام الوارث مقام المورث و لذا كان له ما ترك من حق و هذا بخلاف النقل الاختيارى فانه من تحويل الملك من المالك الى غيره صرفًا لا من قيام الغير مقام المالك ان الفارق بين الحكيمين بعد منع عموم يقضى بصحة النقل فى كل حق الا ما خرج و لو سلم فمرجع الشك هنا الى الشك فى القابليه التى لا يمكن احرازها بالعموم هو قيام الدليل من الاجماع و غيره على الانتقال القهرى ثم انه قد قدمنا فى صدر البيع ان حق الخيار أيضا يقبل النقل الى من هو عليه دون غيره

قوله (على انتفاء الخيار بالتصرف معللاً بأنه رضى)

فان الخيار لو كان حكماً لم يكن لسقوطه بالرضا وجه

قوله (لان الحق لا يتقوم الا بالمستحق)

فان استصحاب الخيار للميت كان منافياً للمقصود لانه المقصود ثبوته للوارث و ان استصحاب كونه للوارث فهو عادم لليقين السابق

قوله (ففى الاجماع المنعقد على نفس الحكم كفايه)

مضافا الى انه حق مالى و كل ما يكون كذلك ينتقل بالموت الى الوارث كما هو الشأن فى غيره من الحقوق مضافا الى النبوى المرسل المنجبر بالعمل ما ترك ميت من حق فهو لوارثه المؤيد بعمومات الكتاب و السنه ثم اعلم ان هذا فيما كان الخيار حاصلًا فعلاً للميت و اما اذا لم يكن حاصلًا بالفعل كما لو مات الباع فى الثلاثه فهل ينتقل خيار التأخير الى الوارث كخيار رد الثمن و خيار الشرط بعد شهر مثلا و نحو ذلك أم لا وجهان من ان السبب فيه الضرر الحاصل بالتأخير فلا يتحقق الا بعد الثلاثه و سببه ملكيه الحق ليست حقا و فرق بين خيار التأخير و خيار الشرط و الخيار المشروط برد الثمن فان ملكيه الخيار فى الاخيرين حاصله و الزمان المتأخر يكون زمانا لنفسه كما فى تمليك المنفعه بعد شهر و من ان العقد سبب الخيار فيكفى وجوده فى توريث الخيار

قوله (فلو فرض استغراق دين الميت لتركته لم يمنع)

الوجه المتصوره فى المقام ثلاثه الاول ما جزم به المصنف ره الثانى عدم التوريث و لو على القول بانتقال التركة الى الوارث فانه ممنوع من التصرف و الفسخ عملاً بمقتضى الخيار تصرف الثالث ان حق الخيار حكمه حكم المال فعلى القول بعدم انتقال المال الى الوارث لا ينتقل ذلك أيضا و على القول بالانتقال ينتقل

الحق أيضا لكنه كما يكون ممنوعا من التصرف في المال فكذلك يكون ممنوعا من العمل بالخيار و الاقوى هو الاول للعمومات و لا- مانع من كون الخيار لشخص و يرثه ورثته و العين التي تعلق بها الخيار لشخص اخر لان ملكيه الخيار لا دخل لها بملكه العين و لا- تلازم بينهما و معنى كون الخيار حقا ماليا ليس الا تعلقه بالمال لا كون المتعلق أيضا ملكا لمالك الخيار و لا بعد في تسلط الغير على ادخال المال في ملك الشخص قهرا و اخراجه عن ملكه بالخيار اذا كان حقا ثابتا له او لمورثه و ستعرف في خيار الاجنبي ان القول بعدم انتقاله الى وارثه انما هو من حيث ان ظاهر الجعل او محتمله مدخله نفس الاجنبي فلا يدخل فيما تركه و اما فلو علم بجعل الخيار له من دون اختصاص بشخصه ورث الخيار ورثته بعد الموت للعموم نعم لو كان اعمال الخيار مزاحما لحق الغرماء و ضررا عليهم اتجه المنع كذلك و تقويه المصنف ره للتفصيل المنسوب الى فخر الدين ره في ارث الزوجه للخيار بالنسبه الى العقار لا- ينافى جزمه هنا بالتوريث مط حتى بناء على عدم الانتقال لثبوت الفرق حيث ان الزوجه ممنوعه محرومه من الارث فعلا و شأنها بخلاف الوارث مع الدين و لو على القول بعدم انتقال التركة إليه حيث انه ممنوع فعلا لا شأنه لوضوح ان باداء الدين او البراء عنه مثلا يكون ملكا فعليا للوارث و لعمري ان الفرق بين المسألتين واضح

قوله (و لو كان حرمانه من المال لتعبد شرعي كالزوجه)

و يستدل للوجه الاول و هو عدم الارث مط بما ذكره المصنف ره من ان ما يحرم منه هذا الوارث ان كان قد انتقل عن الميت فالفسخ لا- معنى له الفسخ و ليس غرضه قدس سره من عبارته ما يلوح من ظاهرها و هو ان الخيار حق فيما انتقل عنه حتى ينكر ذلك عليه بما سبق في معنى الخيار من انه ملك فسخ العقد و حله بل مقصوده ان الخيار و ان كان حقا متعلقا بالعقد من حيث حله و فسخه اما ان هذا التعلق ليس من حيث نفسه و بذاته بل لكونه طريقا لاسترجاع ما انتقل عن صاحبه و رد ما انتقل إليه و هذا ممتنع في حق المحروم و لا معنى لفسخه و ان شئت قلت ان الاصحاب صرحوا بكون الخيار حقا ماليا و به عللوا توريثه و المراد من الحق المالي ان يكون متعلق الحق ما لا يعود الى ذي الخيار او وارثه بعد فسخه و لا ريب ان الزوجه ان كانت محرومه عما انتقل عن الميت بفسخها لا- ينتقل إليها بإزاء ما ينتقل عنها من الثمن شيء من المثلن و ان كانت محرومه عما انتقل الى الميت فهو لباقي الورثه و لا سلطنه للزوجه المحرومه و الخيار حتى فيما انتقل عن الميت بعد احراز تسلط الفاسخ على ما وصل بإزائه لانه حق يتبع متعلقه فارثه تابع لارث متعلقه و اذا لم ترث من متعلق الخيار و هي الارض فكيف ترث من الحق

التابع له و الجواب ما ذكره أيضا من أنّ الخيار لا يقتضى الملك كخيار الاجنبى فعمومات الارث بالنسبه الى الخيار لم يخرج عنها الزوجه و ان خرجت عنها بالنسبه الى المال فالتبعيه ممنوعه و قد سبق معنى كون الخيار حقًا ماليًا و قد يتوهم أنّ الاستصحاب يقتضى بقاء الارض على ملك مالكها و كذلك الثمن و فيه أنّ الاصل لا يعارض الدليل و يستدل للوجه الثانى و هو الارث مطلقا بأنّ الخيار ليس الاّ السيلطنه على الفسخ و الامضاء و هو متعلق بالعقد و قد مرّ أنّه ملك فسخ العقد من دون مدخلية له بالمنتقل عنه او إليه و ان كان لازمه ردّ ما انتقل الى الميّت و استرداد ما انتقل عنه و ما سبق من أنّ الخيار و ان كان متعلقًا بالعقد و حلّه الاّ أنّ هذا التعلق يكون طريقًا لاسترجاع ما انتقل عن صاحبه و ردّ ما انتقل إليه لا يلزمه دخول المنتقل عن الميّت الى ملك ذى الخيار و قد اشرنا الى أنّ الاجنبى المجعول له الخيار مسلط على الردّ و الاسترداد من دون ان يدخل فى ملكه شىء او يخرج عنه و كذا الوكيل و اذا كان حقيقه الخيار مجرد حلّ العقد و فسخه من دون اعتبار امر اخر و يعود العوضان الى مالكيهما فاذا كان الفاسخ هو الميّت كان العوض مردود إليه و أمّا اذا كان هو المحروم من إرث المال فبفسخه امّا ان يقال بالردّ عن الميّت و الاسترداد إليه ثمّ يرثه سائر الورثه مستدلًا بأنّ الحقّ الثابت للميّت كان لازمه ذلك و اذا انتقل هذا الحقّ الى الوارث لزم ان يكون كذلك أيضا او يقال أنّ الخيار فسخ العقد فحسب و لازمه الردّ و الاسترداد الى المالكين و بالفسخ يعود العوضان الى المالكين الفعلين و هما من عليه الخيار و سائر الورثه و الفسخ أمّا يؤثّر من حينه و استلزام فسخ المورث فى حياته بالنتقل عنه و الانتقال إليه أمّا هو من حيث كونه مالكا ح لا- من حيث مدخلية لذلك فى حقيقه الخيار حتّى يلزمه العود الى ملك الميّت بعد فسخ الوارث و بالجملة لا مانع من شمول العمومات لارث الزوجه من الخيار مط بالنسبه الى العقار سواء كان العوض راجعا إليه او الى غيره من الورثه بل الظاهر أنّها ترث الخيار و ان كان العوضان كلاهما من العقار و يستدل للوجه الثالث و هو الّذى صرّح به فخر الدّين و هو ظاهر مختار والده أيضا بأنّ حقّ الخيار علقه لصاحبه فى الملك المنتقل الى الغير من حيث التسلّط على استرداده الى نفسه او من هو منصوب من قبله كما فى الاجنبى و هذه العلاقه لا ينتقل من الميّت الاّ الى وارث يكون كالميّت فى كونه مالكا لان يملك فاذا فرض أنّ الميّت باع ارضا بثمان فالعلاقه المذكوره أمّا هى لسائر الورثه دون الزوجه لأنّها بالخيار لا تردّ شيئا من الارض الى نفسها و أمّا اذا كان الميّت قد انتقلت إليها الارض كان الثمن عند البائع

متزلزلا- فى ملكه فىكون فى معرض الانتقال الى جميع الورثه و منهم الزوجه و الجواب ما عرفت من ان حقيقه الخيار ليس الا السيطنه على حل العقد و لا مانع من كون الخيار لشخص و يرثه ورثته و متعلقه لشخص اخر و لا تلازم بينهما و ما ذكر من ان حق الخيار علقه لصاحبه فى الملك المتقل الى الغير من حيث التسلط على استرداده حق لا- محيص عنه لانه كما عرفت لازم الخيار و اما التقييد باسترداده الى نفسه او من هو منصوب من قبله فهو عين الدعوى و لا بعد فى تسلط الغير على ادخال المال فى ملك الشخص قهرا و اخراجه عن ملكه كذلك فالعلاقه المذكوره كما انها تنتقل الى وارث يكون كالميت فى كونه مالكا تنتقل أيضا الى وارث يكون كالميت فى كونه مالكا لان يملك من غيره فبعد شمول العمومات لارث الزوجه من الخيار تكون هى كالأجنبي المنصوب من قبل المالك فكما ان الأجنبي يتسلط بعلقه الخيار على استرداد العين الى من نصبه فكذا الزوجه تتسلط على استرداد العين الى ورثه زوجها و غايه الفرق ان احدهما يجعل المالك و الاخر يجعل الشارع و فى الحاشيه التقريرية بعد اختياره لهذا القول استدلل له عقيب تمهيد ان اعتبار الحقوق التى هى من الامور الاعتبارية النفس الامرية تاره على وجه الموضوعية سواء كانت من الحقوق المتقومه بشخص خاص كحق المضاجعه و الحضانه أم لا كحق القصاص و حد القذف و اخرى على وجه الطريقيه لاكتساب المال و جلب منافع الاموال كحق الخيار ان هذا الحق حيث اعتبر لجلب المال لا يمكن ان ترثه الزوجه اذا انتقلت الارض عن الميت و لا ينافى ذلك كون الخيار عباره عن التسلط على الفسخ و الامضاء و عدم كونه تابعا لارث المال لان انتقاله الى الوارث يتوقف على كون الحق متروكا بحيث لو لم يملكه الوارث لبقى الحق بلا مستحق و كونه متروكا يتوقف على اثبات كونه مما يستجلب به شىء انتهى و هذه عباره اخرى عن ان مشروعيه الخيار للارفاق و فى صوره البيع لا ارفاق بحال الزوجه اصلا بل الفسخ ضرر عليه لانها ان لم تفسخ ترث من الثمن اذا كان غير ارض بخلاف ما اذا فسخت فالثمن يأخذه المشتري و الارض يأخذها الورثه و فيه ان الارفاق و استجلاب المال حكمه لا عله و الا كان اللازم انتفاء الخيار اذا كان حل العقد و فسخه مضرا بحال المختار و يستدل للوجه الرابع و هو عدم الجواز فيما كان ما يحرم الوارث عنه منتقلا الى الميت و الاشكال فيما كان منتقلا عنه بما فى المتن نقلا عن جامع المقاصد و فيما ذكرناه كفايه ان شاء الله تعالى

قوله (و لذا قوى بعض المعاصرين)

هو صاحب الجواهر ره

قوله (فلو علل بارثها دار)

و تقريره ان ارث الزوجه من الثمن متوقف على فسخها و فسخها متوقف على ارثها للخيار و ارثها للخيار موقوف على ارثها من الثمن و كونه موروثا حتى يكون لها فيه حق و فيه ان ارثها للثمن بمعنى ملكها للثمن موقوف على

فسخها و فسخها موقوف على ارثها للخيار و ارثها للخيار ليس موقوفا على ارثها من الثمن بالمعنى المذكور و هو استقرار ملكها للثمن فان ذلك انما يكون بعد الفسخ المتأخر عن ارثها للخيار و ان اراد ان ارثها للخيار موقوف على ارثها من الثمن بمعنى مجرد استحقاقها لان تملك منه ففيه انهما في مرتبه واحده من دون توقّف لاحدهما على الاخر فان الخيار و استحقاق الارث من الثمن من دون فعليته يحصلان في مرتبه واحده

قوله و الاصح اختيار المصنّف لان الشراء يستلزم الخ

الظاهر انه يريد دفع الدور بما ذكرنا و يريد ان ارثها من الثمن و ان كان موقوفا على الخيار الا ان الخيار موقوف على استحقاقها من الثمن لا على ملكيتها للثمن و استحقاقها من الثمن حاصل من دون توقّف على الفسخ بان يكون متأخرا عنه لان الشارع نزل الثمن بمنزله الجزء من التركة و بالجمله الدور معي

قوله (يحتاج على هذا التقدير الى تكلف زياده تقدير)

إشاره الى ما ذكره في أول كلامه حيث قال فارادت الفسخ لترث من الثمن و اما على التقدير الاخر فلا يحتاج الى تقدير فارادت الفسخ قبل لفظه لترث من الثمن

قوله (كما سيجي ء في احكام التصرف)

و ذلك كما لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار له فقال اعتقهما

[مسأله في كيفية استحقاق كل من الورثه للخيار]

اشاره

قوله (اوضح استحاله و اظهر بطلانا

و ما اعترض به بعض في المقام بانّه ان كان غير معقول لم يكن القول به في شى ء من المقامات مع أنّه قائل به في حق القصاص و الشّفعة و نحوهما فستعرف دفعه و ان ثبوت الحق لاشخاص متعدّدين مستقلا في تلك المقامات ليس من باب قيام اضافه واحده باشخاص متعدّدين

قوله (و تركه للوارث حقّ واحد شخصي)

اعلم ان الحق اذا كان من باب الاضافه كالمملك يمتنع ثبوت واحد شخصي منه و قيامه بالاشخاص متعدّدين فكما يمتنع توارد علتين مستقلتين على معلول واحد كذلك يمتنع ان يكون ملك واحد بتمامه لمالكين و حقّ واحد كذلك لشخصين بحيث يكون لكل منهما منع الاخر و اذا لم يكن كذلك كالولاية و حقّ المطالبه و الاستيفاء فلا مانع من ثبوته لاشخاص متعدّدين و

ذلك كثبوت حق الخيار للاب و الجد اذا جن العاقد فان الحق واحد و مضاف الى المجنون الا ان لكل من الوليين مطالبته و من هذا القبيل حد القذف فاذا مات المقذوف عن وارثين يكون لكل منهما استيفائه مستقلا و كذا حق القصاص فاذا قتل واحد جماعه يكون لكل واحد من اوليائهم حق القصاص و مطالبته على المشهور و اما إرث حق الشفعه بحيث يكون لكل واحد من الورثه استيفائه فهو من جهه ثبوت المقتضى و هو الشركه فان المقتضى لثبوت حق الشفعه للميت بالاخذ بتمام المبيع هو كونه شريكا و هذا الاقتضاء ثابت لكل من الورثه و توريثه

و ان كان بمقدار الحصه الا انه يجوز لاحدهم مع عفو الباقيين الاخذ بتمام المبيع من جهة ثبوت المقتضى و هو كونه شريكا و يجرى ما ذكرنا فى تعدد الشركاء فى الشفعه ابتداء بناء على جريانها فى ازيد من شريكين فانها تكون بالحصه لكن اذا اسقط احد الشريكين حقه جاز للاخر الاخذ بها فى الجميع لثبوت المقتضى و هو الشركه و بالجملة ليس ثبوت حق الشفعه لاشخاص على الاستقلال من باب اضافه واحده الى ازيد من واحد بتمامها اذا عرفت ما ذكرنا فان اريد من استحقاق كل منهم خيارا مستقلا كمورثه بحيث يكون له الفسخ فى الكل و ان اجاز الباقون فى عباره المتن المتقدمه استحقاق كل مستقلا بحيث يكون له الفسخ فى الكل سواء كان الاجازه من الباقيين قبله او بعده بحيث يثمر تقديم الفاسخ على المجيز و ان تاخر الفسخ كما فى خيار المجلس للمتعاقدين فينفذ فسخه و لو بعد اجازة الباقيين و لا يثمر اجازتهم الا بالنسبه الى انفسهم كما فى عفو بعض المستحقين فى حد القذف و حق الشفعه فهو ممتنع عقلا لاستحاله ان يكون الاضافه بوحدتها مضافه الى الاثنين و ان اريد منه استحقاق كل منهم للخيار بحيث يكون له الفسخ فى الكل و ان اجاز الباقون بعد الفسخ بحيث يثمر تنفيذ السابق و تقديمه سواء كان مجيزا او فاسخا و يكون الخيار حقا واحدا قائما بكل واحد من الورثه من حيث الاعمال و الاستيفاء نظير استقلال الوكيل المفوض و موكله و استقلال الأب و الجد اذا جن العاقد فهذا ليس بمتنع عقلا الا انه لا دليل عليه فى مقام الاثبات لانه خلاف ظاهر النبوى و غيره من ادله الارث مضافا الى انه يوجب استعمال الكلام فى معنيين كما فى المتن و الى هذا الوجه يرجع ما ذكره من الوجه الرابع و هو تعلق الخيار بالمجموع من حيث تحقق الطبيعه فى ضمنه فانه أيضا يفيد استقلال كل واحد منهم بالفسخ ما لم يجز الاخر و الفرق بينهما انما هو من حيث الكيفيه فان استحقاق كل منهم مستقلا فى الوجه الاول بكلا معنييه انما هو بثبوت الخيار لكل من حيث هو و اميا فى الوجه الرابع فلتحقق الطبيعه فى ضمن كل واحد و على اى حال فالمعنى الاخير أيضا لا وجه له لما افاده من عدم الدليل على تعلق الخيار بالطبيعه فان الظاهر من ادله الارث سواء كان بلفظ المفرد او الجمع هو تعلقه بالاشخاص و ليس الطبيعه من حيث هى موضوعا للحكم و من ان ادله الارث مفادها بالنسبه الى المال و الحق واحد و من المعلوم ان المالك للمال ليس هو الجنس المتحقق فى ضمن المجموع

قوله (فالمتيقن من مفادها هو ثبوت الخيار الواحد الشخصى للمجموع)

و غايه ما يوجه به القول الثانى ما اشار إليه المصنف ره و قال فى توضيحه بعض من اختار هذا القول ان قسمه كل شىء بحسبه فقسمة المال انما هى باعتبار نفسه و قسمه الحق باعتبار التحجير لوارثه يفهم منه انه يقسم بينهم على حسب

قسمه الارض يعنى ان لكل حق في مقدار من الارض لو كان وارثا لها كان له ذلك و كذا في حق القصاص و حق الزهن و حق الخيار فالحق غير قابل للتجزى عقلا- ألما أنه يعد من القابل له عرفا لأن نظرهم في ذلك الى متعلقه فيعد تجزیه باعتبار متعلقه تجزیه نفسه و الحاصل ان المفروض شمول الادله للحق و كون مفادها واحدا بالنسبه إليهما و لازم ذلك ما ذكرنا و لازم ما ذكره المصنف امرا دعوى عدم الشمول و هو خلاف الفرض و خلاف الواقع أيضا و اما دعوى اختلاف المفاد بالنسبه إليهما بإرادته إرث كل واحد حصته بالنسبه الى المال وارث المجموع من حيث المجموع بالنسبه الى الحق و هو مستلزم للاستعمال في معنيين حسبما اعترف به آنفا في رد الوجه الاوّل انتهى و أنك ترى أنه لم يزد على اصل الدعوى شيئا و ما ذكره في معنى ما تركه الميت من حق التحجير لوارثه هو عين الدعوى و لا ريب في ان بعد امتناع تجزى نفس الحق فحمل ما تعرض للقسمه على ثبوتها فيما يحصل باعمال هذا الحق اولى و اقرب بفهم العرف من حمله على تجزى الحق باعتبار متعلقه و دعوى استلزام الاستعمال في معنيين لو سلم فهو مشترك الورود مضافا الى أنه ليس المراد قسمه المتروك باعتبار نفسه في المال و قسمته باعتبار ما يحصل بعد الفسخ في الحق بمعنى لحاظ هذين الامرين في المعنى مستقلا حتى يلزم الاستعمال في المعنيين بل المراد من ادله القسمه معنى واحد و هو قسمه المتروك الا ان مصداق ذلك بالنسبه الى الحق هو قسمه العين المسترده بالفسخ او ثمنها الباقي في ملك الورثه بعد الاجازة فلا يجوز لاحدهم الاستقلال بالفسخ لا في الكل و لا في حصته و توهم ان ذلك يستلزم الضرر على من اراد من الورثه الفسخ و ابطال حقه مع عدم إرادته الباقيين مدفوع بما ستسمعه في المتن من ان الحق اذا كان مشتركا لم يجر اعماله ألما برضى الكل كما لو جعل الخيار لأجنيين على سبيل التوافق و ما يقال من ثبوت الفرق بين المقامين حيث ان في المقام لكل من الشريكين حقا بمقتضى ادله الارث كما ترى فانه مبنى على القول الثاني و هو استحقاق كل واحد من الورثه خيارا في نصيبه

قوله (ما تقدم من عبارته التحرير ثم التذكرة)

اراد من عبارته التذكرة ما ذكر في خيار العيب من أنه لو اشترى عبدا فمات و خلف وارثين الخ و دلالتها في غاية الظهور

[فرع فيما اذا اجتمع الورثه كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم]

قوله (فرع اذا اجتمع الورثه كلهم على الفسخ)

لا بد في المقام من توضيح امور الاوّل أنه لا كلام في ان الخيار هو ملك حل العقد و فسخه من غير نظر الى كونه عن نفسه او غيره و اذا انتقل الى الوارث كان المنتقل إليه هو هذا الحق من دون مدخلية لان يفسخ عن نفسه او عن الميت الثاني ان انتقال اضافه الملك او الحق تاره بمبادله الملك و العوضين

الَّذِي هُوَ أَحَدُ طَرَفِي الْإِضَافَةِ وَ الْمَتَكْفَلُ لِحَصُولِ هَذَا الْأَمْرِ هُوَ الْعُقُودُ الْمَعَاوِضِيَّةُ الْمَمْلُكَةُ لِلْعَيْنِ أَوْ الْمَنْفَعَةُ وَ أُخْرَى بِتَبَدُّلِ الْمَالِكِ الْمَذِي هُوَ الطَّرْفُ الْأُخْرَى لِتِلْكَ الْإِضَافَةِ وَ الْمَتَكْفَلُ لِهَذَا هُوَ الْإِرْثُ فَإِنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ تَبَدُّلِ الْمَالِكِ مَعَ بَقَاءِ الْمَلِكِ وَ الْإِضَافَةُ الَّتِي بَيْنَهُ وَ بَيْنَ الْمَالِكِ عَلَى حَالِهِ فِي إِرْثِ الْحَقِّ تَنْحَلُّ الْإِضَافَةُ الْقَائِمَةُ بَيْنَ الْحَقِّ وَ الْمَوْرَثِ مِنْ طَرَفِ الْمَوْرَثِ وَ تَقُومُ بِالْوَارِثِ مَعَ بَقَاءِ الْحَقِّ عَلَى مَا هُوَ عَلَيْهِ الثَّلَاثُ قَدْ عَرَفْتَ أَنَّ الْخِيَارَ عِبَارَةٌ عَنْ مَجْرَدِ حَقِّ حَلِّ الْعَقْدِ أَلَّا أَنْ الْكَلَامُ فِي أَنَّ الْوَارِثَ إِذَا فُسِّخَ هَلْ يَكُونُ فُسْخُهُ نِيَابَةً عَنِ الْمَيِّتِ بِمَعْنَى أَنَّهُ يَفْسُخُ عَنْهُ فَيَنْتَقِلُ الْمَالُ إِلَى الْمَيِّتِ بِمَعْنَى أَنَّهُ يَقْدَرُ حَيًّا وَ مَالِكًا حَالِ الْفُسْخِ فَيُؤَثِّرُ الْفُسْخُ فِي الْخُرُوجِ عَنِ مَلِكِهِ وَ الدَّخُولِ كَذَلِكَ ثُمَّ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَارِثِ أَوْ يَكُونُ فُسْخُهُ عَنْ نَفْسِهِ مِنْ حَيْثُ أَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الْمَيِّتِ فِي الْفُسْخِ بِرَدِّ الثَّمَنِ أَوْ بَدْلِهِ وَ تَمْلِكُكَ الْمَبِيعِ وَ عَلَيْهِ فَيَكُونُ حَقُّ الْخِيَارِ لِلْوَارِثِ كَحَقِّ الشَّفْعَةِ لَهُ حَيْثُ عَرَفْتَ أَنَّهُ يُعْطَى الثَّمَنُ مِنْ مَالِهِ وَ يَتَمَلَّكُ الْمَبِيعَ لِنَفْسِهِ وَ الْإِظْهَرُ عِنْدَ الْمُصَنَّفِ هُوَ الثَّانِي وَ مُقْتَضَى النَّظَرِ خِلَافَهُ لِأَنَّ الْخِيَارَ هُوَ مَلِكٌ فَسُخِ الْعَقْدِ وَ الْفُسْخُ لَيْسَ إِلَّا رَفْعًا لِلْبَيْعِ الْوَاقِعِ وَ لَيْسَ مِنَ الْمَعَاوِضَاتِ فَالْفُسْخُ يَرْجِعُ كُلُّ مَالٍ إِلَى مَالِكِهِ الْأَصْلِيِّ وَ مِنْهُ إِلَى وَارِثِهِ وَ الرُّجُوعُ إِلَى الْوَارِثِ أَمَّا هُوَ مِنْ جِهَةِ كَوْنِهِ قَائِمًا مَقَامَ الْمَيِّتِ لَا مِنْ جِهَةِ أَنَّهُ مَالِكٌ لَهُ فَعَلًا إِذَا تَمَهَّدَتْ هَذِهِ فَنَقُولُ أَنْ حَصَلَ الْفُسْخُ وَ كَانَ عَيْنُ الثَّمَنِ مَوْجُودًا دَفَعُوهُ إِلَى الْمُشْتَرِي مِنْ غَيْرِ فَرَقٍ بَيْنَ اجْتِمَاعِ الْوَرِثَةِ كُلِّهِمْ عَلَى الْفُسْخِ أَوْ انْفِرَادِ بَعْضِهِمْ بِذَلِكَ بِنَاءً عَلَى الْقَوْلِ بِجَوَازِ الْفُسْخِ لِبَعْضِ الْوَرِثَةِ وَ يَسْتَرَدُّ مَالُ الْمَيِّتِ أَوْ بَدْلُهُ وَ يُقَسَّمُ بَيْنَ الْوَرِثَةِ وَ هَذَا وَاضِحٌ جَدًّا مِنْ دُونِ فَرَقٍ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ فُسْخُ الْوَارِثِ نِيَابَةً عَنِ الْمَيِّتِ أَوْ يَكُونَ فُسْخُهُ عَنْ نَفْسِهِ لِأَنَّ الْفُسْخَ يَنْتَقِلُ عَيْنُ الثَّمَنِ الْمَوْجُودِ إِلَى الْمَفْسُوخِ عَلَيْهِ وَ أَنْ لَمْ يَكُنْ عَيْنُ الثَّمَنِ مَوْجُودًا وَ كَانَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ أُخْرَى أَخْرَجَ مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ مِنْ دُونِ فَرَقٍ أَيْضًا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْفُسْخُ نِيَابَةً عَنِ الْمَيِّتِ أَوْ يَكُونَ فُسْخُ الْوَارِثِ عَنْ نَفْسِهِ وَ قَدْ يَتَوَهَّمُ أَنَّ بِنَاءً عَلَى مَخْتَارِ الْمُصَنَّفِ فَالْإِشْغَالُ ذِمَّةَ الْفَاسِخِ بِالْبَدْلِ وَ رُجُوعُ الْعَوْضِ إِلَيْهِ وَ لَا يَجِبُ إِعْطَاءُ الْبَدْلِ مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ لِأَنَّ الْمَفْرُوضَ عَدَمَ إِشْغَالِ ذِمَّةِ الْمَيِّتِ بِالْبَدْلِ حَتَّى يَخْرُجَ مِنْ تَرْكِهِ وَ دَفَعَهُ فِي غَايَةِ الْوُضُوحِ لَمَّا عَرَفْتَ مِنْ أَنَّ الْإِرْثَ هُوَ تَبَدُّلُ الْمَالِكِينَ فَقَطْ وَ لَيْسَ مِنْ بَابِ الْمَعَاوِضَةِ وَ إِذَا كَانَ الْمَيِّتُ تَالِفًا لِلْبَدْلِ وَ لَهُ مَالٌ آخَرَ وَ جَبَّ إِخْرَاجُهُ عَنْ مَالِهِ وَ أَنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ مَالٌ فَبِنَاءً عَلَى أَنَّ الْوَارِثَ يَفْسُخُ عَنْ نَفْسِهِ مِنْ حَيْثُ انْتَقَالَ الْحَقُّ الْمَذِي كَانَ لِلْمَيِّتِ وَ هُوَ جَوَازُ الْفُسْخِ لِنَفْسِهِ إِلَيْهِ يَرْجِعُ الْمَالُ إِلَى الْوَارِثِ وَ يَشْتَغَلُ ذِمَّتَهُ بِعَوْضِهِ وَ بِنَاءً عَلَى الْوَجْهِ الْأُخْرَى لَا يَكُونُ مَالُ الْوَرِثَةِ عَوْضًا عَنِ الْمَبِيعِ إِلَّا عَلَى وَجْهِ كَوْنِهِ وَفَاءً لِدَيْنِ الْمَيِّتِ وَ هَذَا هُوَ الْمَخْتَارُ لِأَنَّ الْفُسْخَ لَا يَثْمُرُ إِلَّا رُجُوعَ كُلِّ مِنَ الْعَوْضِينَ إِلَى مَحَلِّهِ الْمَذِي خَرَجَ عَنْهُ فَيَرْجِعُ الْمُنْتَقِلُ عَنِ الْمَيِّتِ إِلَيْهِ وَ يَشْتَغَلُ ذِمَّتَهُ بِبَدْلِهِ فِي الثَّمَنِ الْكُلِّيِّ وَ حَيْثُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ كَانَ لِلْمَفْسُوخِ

عليه حبس ما انتقل إليه أولاً- حتى يستوفى دينه من الميت وقد ظهر ممّا ذكرنا أنّه لو قلنا بجواز الفسخ لبعض الورثة ففسخه يوجب حلّ العقد ورجوع المبيع الى الميت ثم الى جميع الورثة ولا موجب لانتقاله الى الفاسخ وحده وما فى المتن من كون ولايه الوارث لا كولايه الولي او الوكيل فى كونها لاستيفاء حقّ للغير بل هى ولايه استيفاء حقّ متعلق بنفسه فهو كنفس الميت لا نائب عنه فى الفسخ تامّ لا اشكال فيه الاّ أنّه قد علم أنّ الحقّ الثابت لنفس الميت لم يكن الاّ حلّ العقد من غير مدخلية لخصوصيته كونه لنفسه

قوله (و فى اشتراط ذلك بمصلحه الديان و عدمه وجهان)

استدلّ فى مجمع الفائده للوجه الاوّل بانّ سبب الحجر فى الابتداء موجود فى الاستدامه و هو حفظ مال الناس و عدم التّضييع فكما منعه الحاكم عن البيع فى الابتداء كذلك يمنعه فى غيره مع اشتماله على عدم الغبطه خصوصاً بالنسبه الى عدم الفسخ فأنّه لا يكلف بشىء اصلاً مع المصلحه له و لغيره فانّ فسخه مثلاً يصير سبباً لتضييع مال الديان فى الجمله فسند الاجماع هنا أيضاً موجود و مجرد وجود سببه حال عدم الحجر لا يقتضى ذلك مطّحتى مع وجود الدليل على عدمه و بالجمله ما اعرف الفرق بين منعه من البيع بقوله لا تبع و بين منعه من الفسخ بقوله لا تفسخ فانّ كلّ تصرّف مالىّ موجب لفوت مال الديان فى الجمله بل فى الثانى قد تعرض المصلحه لهما فلا يبعد جعل مدار الامر فى غير الابتداء مطّ على المصلحه كما فى الردّ بالعيب فانّ الوجه المذى ذكره له فى التّذكره بعينه جار فى الخيار انتهى و حاصله تعلق حقوق الغرماء باعيان الاموال فلا يسوغ التصرّف فيها بما يبطل حقّهم و الاوجه عدم الاشتراط فانّ دليل المنع عن التصرّف المخرج فى صورته الدّين عن الحكم بجواز التصرّف الثابت بمقتضى الاصل و عموم السّيلطنه هو الاجماع و هو دليل لثبوت و المتيقّن منه هو التصرّف المبتدأ و سبب جواز الفسخ امر متحقّق قبل الحجر من دون فرق فى ذلك بين الفسخ بالخيار و الفسخ بالعيب فانّ العيب و ان كان ظهوره بعد الحجر الاّ انّ السّبب هو العيب الموجود حال العقد و ظهوره كاشف عن تقدّم سببه على الحجر و ما افاده فى مجمع الفائده ففیه أوّلاً ظهور الفرق بين الابتداء و الاستدامه فانّ الحجر يقتضى تعلق حقّ الغرماء بمال المفلس على حسب ملكيته فان كان الملك لازماً تعلق به حقّهم كذلك و ان كان مترزلاً- فكذلك و الحجر لا- يقبّل الملك عمّا هو عليه و الاجماع غير منعقد على الحجر مطلقاً و ثانياً لازم عدم الفرق عدم جواز الفسخ الاّ باذن الغرماء حتى فى صورته المصلحه كما هو الحال فى التصرّف المبتدأ و هو كما ترى و فى المسأله وجه ثالث و هو التّفصيل بين الفسخ بالعيب و الفسخ بالخيار باشتراط المصلحه فى الاوّل و عدمه فى الثانى و هو المنقول عن التّذكره و الارشاد للعلّامه

و المحكّي عن الشّهد و استدلّ له في محكّي التّذكّره بقوله و فارق الفسخ و الاجازه بالخيار الرّد بالعيب لأنّ العقد في زمن الخيار متزلزل لا ثبات له فلا يتعلّق حقّ الغرماء بالمال و يضعف تعلّقه به بخلاف ما اذا خرج معييا و اذا ضعف التعلّق جاز ان لا يعتبر شرط الغبطه انتهى و قد عرفت ان سبب الخيار في العيب هو العيب الموجود في زمن العقد لا الحادث في يد المشتري فالفسخ بالخيار و العيب مشتركان في تزلزل العقد نعم التزلزل في العقد الخيارى ثابت ظاهرا و واقعا و في ظهور العيب ثابت واقعا لا ظاهرا و مجرّد هذا لا يوجب الفرق

قوله (المستلزم لدخول المبيع في ملك الميّت)

و الانصاف أنّه كذلك لأنّ حقّ الفسخ ينتقل الى الوارث على نحو ما كان للميّت و مقتضى الفسخ رجوع كلّ من العوضين الى مالكة الاصلى فينتقل البديل الى المفسوخ عليه و يدخل المبيع في ملك الميّت و قيام الوارث مقامه بادله الارث لا يوجب ثبوت حقّ للوارث على غير النّحو الّذى كان للمورث و ليس الفسخ الّا حلّ العقد الّا أنّه يستلزم دخول المبيع في ملك الميّت و الحقّ الّذى كان للميّت هو مجرّد جواز الفسخ و حلّ العقد و خصوصيّة كون الفسخ لنفسه لم يكن داخلا في ماهيّة الحقّ حتّى يلزم ان يكون انتقاله الى الوارث بهذه الخصوصيّة و يكون فسخ الوارث أيضا لنفسه

قوله (من دون ان يلزموا الخ)

لا تدلّ هذه السّيره على انتقال تمام المبيع الى الفاسخ وحده كما انّ مجرّد ردّ الثّمن من اموالهم لا يدلّ على كونهم مالكين بالاصاله للمبيع المفسوخ لاحتمال رجوع المبيع بالفسخ الى المورث و اشتغال ذمّته بالبديل و يكون ردّ الورثه مثل الثّمن من اموالهم على وجه كونه وفاء لدين الميّت و هذا لا اختصاص له بالورثه بل يجوز للغير أيضا اداء ذلك الدّين نعم لو ثبت جريان السّيره على عدم التزامهم باداء ديون الميّت منه بعد الاخراج و كانت شرعيّته فهي تدلّ على عدم الانتقال الى المورث و الانتقال الى الورثه بالاصاله في خصوص إرث خيار البيع المشروط برّد الثّمن و لا وجه ح للتعدّي منه الى سائر الخيارات مسائل الاولى اذا شرط الخيار بشرط المباشرة له بلسانه فالظاهر صحّه الشرط و لزومه و اذا مات لم ينتقل لورثته لسقوط الحقّ بموته و لو شرط في ضمن العقد عدم انتقال الخيار الى الوارث فالظاهر البطلان لأنّ اشتراط عدم الانتقال مخالف للسّينه فلا يشمل ادلّه الشرط و يندرج الخيار المجمعول في عموم ما دلّ على انتقال ما ترك الميّت من حقّ الى وارثه الّا اذا رجع الى اشتراط المباشرة فيصحّ الثّانيه هل يجب اعلام الوارث او وليّه بثبوت الخيار و حقّ فسخ العقد له و جهان من أنّه موروث و من اصاله البراءه و المال عين مملوكه للغير و ايصاله إليه يتوقّف على اعلامه بخلاف الحقّ فانّه

لا يكون شيئاً لمن عليه الحق يد عليه الثالث لا يختص إرث الخيار بالبيع و يجري في جميع العقود من الصلح و الاجاره و غيرهما لعدم اختصاص دليل الانتقال بالبيع نعم لو كان الخيار فى الصلح ما دام العمر بناء على جواز الجهالة فى الصلح فبالموت ينقطع الخيار و لا يبقى حق يكون موروثاً

[مسأله لو كان الخيار لأجنبى و مات]

قوله (و هذا لا يخلو عن قوه)

فان كان الظاهر من لفظ المشترطين للخيار عدم الاختصاص و فهم بان الغرض ثبوت الخيار له و لعقبه انتقل الى وارث الاجنبى لعموم ادله الارث و ان كان الظاهر خصوصيه مباشره الاجنبى للفسخ و ان الغرض كونه له بنفسه و هذا هو الغالب سقط و لم ينتقل منه الى غيره و ليس معناه عدم الارث بل قصر الملك الى زمان كما فى العمرى و الاجاره مع اشتراط مباشره

قوله (فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضا و حلاً)

اما الاول فلانتقاض الوجه بما ذكره فى عبد الاجنبى من انه لا يتوقف على رضا مولاه و اما الثانى فكذلك حيث يستفاد منه عدم توقف اعمال العبد الخيار على اذن المولى و رضاه اذا لم يمنع حقاً للمولى و على اى حال فتوضيح المسأله فى طى امور الاول محل البحث انما هو بعد الفراغ عن عدم كون العبد مسلوب عبارته بحيث يكون عبارته كعباره الصبى و المجنون و السكران غير كاشفه عما فى الضمير كشفاً صحيحاً و غير مؤثر اذن المولى فى قوله و فعله كما لا مساس للبحث بالخلاف فى مالكيه العبد و عدمها الثانى لا اشكال فى صحه جعل الخيار للعبد مع اذن المولى و رضاه بذلك و كذا لا اشكال فى انه لا يصح اذا كان اعمال الخيار مزاحماً لحقه و مفوّتاً لخدماته التى على العبد و لم يرض بجعل الخيار له و اعماله منه و انما الخلاف و الاشكال فيما اذا لم يكن منافياً لحقه و فيه وجهان بل قولان مبينان على ان العبد ممنوع من التصرفات مط و انه لا يقدر على شىء اصلاً الا الضروريات التى بها قوام عيشه و الامور التى لا يعد شيئاً عرفاً كالتكلم و المشى و التمديد لا كالممان و الخيار او ان ذلك مختص بما ينافى حق المولى ذهب بعض الى الثانى بدعوى انصراف الادله عن التصرفات الغير المنافيه و بدعوى معلوميه كون ذلك لرعايه حقوق المولى و الاقوى هو الاول لقوله تعالى ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ شَيْءٌ فَإِنَّ الْقَيْدَ وَ ان كان اصله كونه احترازياً الا ان الظاهر من الآيه كون عدم قدره توضيحياً كقوله تعالى مَمْلُوكًا و سلب القدره شرعاً عن العبد على الشىء عبارته عن حرمة ذلك الشىء عليه ان كان متعلقاً للتكليف و عدم نفوذه ان كان متعلقاً لحكم وضعى و بعبارته اخرى عدم قدره العبد عبارته عن ان الشىء بفعله او بتركه ليس باختياره من دون اذن سيده و اريد منه الفعل بحكمه الوضعى و التكليفى بجامع واحد من دون مجاز او عموم مجاز نعم الاحكام الالهيه

العامة الاصلية التي يشترك فيها جميع العباد من الاحرار و العبيد خارجه عن حكم الآيه و قد تقدّم في شروط المتعاقدين نقل صحيح زراره المروى في يب و قه الشاهد للظهور المذكور و أنّ الشئى ء الذى حكم الآيه بسلب قدره العبد عليه يعمّ ما لا ينافى حقّ المولى و دعوى الانصراف غير مسموعه لوضوح أنّه أنّما يكون فيما كان غلبه الوجود او الاستعمال موجبا لظهور اللفظ عند الاطلاق في نظر العرف الى خصوص بعض الافراد على نحو يوجب تعينه و لا ينسب الى الذهن كذلك من لفظ الشئى ء في الآيه خصوص ما ينافى حقّ المولى و تقدّم تمام الكلام في المسأله في المتن في شروط المتعاقدين فراجع ثمّ أنّ في قبال القول الثّانى قولاً اخر و هو عموم الشئى ء لجميع افعاله غير الضروريات فلا يجوز له المشى و التكلم و تمدّد الاعصاب و نحو ذلك و ضعفه ظاهر الثّالث هل الخيار المَجْعول للعبد فيما يصحّ ذلك يرجع الى مولاه أو لا الظاهر الثّانى لوضوح عدم دلالة جعل الخيار للعبد على جعله للمولى بشئى ء من الدلالات الثلث من دون فرق بين كون العبد لاحد المتعاملين او لاجنبى و دعوى أنّ ما دلّ على أنّ ما كان للعبد فهو لمولاه يعمّ الاموال و الحقوق يدفعها أنّ الظاهر اختصاصه بالاموال و على فرض العموم يكون المراد الحقوق التي تختصّ بالعبد و لا- ترجع الى غيره و في المقام و ان كان الخيار له الا أنّ للمتعاقدين تعلقاً به و قد شرطوه للعبد على نحو الخصوصيّة القائم به الرّابع بناء على عدم رجوعه الى مولاه هل ينتقل بموته الى مولاه بالارث أم لا الظاهر أنّ حكمه حكم الا-جنبى فان كان الظاهر من لفظ المشترطين للخيار خصوصيّة مباشره للعبد للفسخ سقط بموته و لم ينتقل الى غيره و ان كان الظاهر من لفظهما عدم الاختصاص فعلى القول بعدم التوارث بين العبد و الحرّ سقط أيضاً و على القول بالتوارث ورثه المولى و التفصيل موكول الى محلّه الخامس اذا عامل العبد مع الخيار لنفسه باذن مولاه ثمّ مات العبد ثبت الخيار لمولاه اذا كانت المعامله له و لا- اشكال في ذلك و ليس ذلك بسبب الارث حتّى يجرى فيه الخلاف المتقدّم بل لأنّ ملكيه الخيار تابعه لملكيه العين و هي للمولى السّادس لو جنّ العبد او الاجنبى المَجْعول له الخيار فاذا كان الخيار مختصّاً به بالمباشره و استمرّ الجنون زمن الخيار سقط خياره و الا فيراعى افاقته و ان لم يكن على نحو الاختصاص يقوم وليه مقامه

[مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرّف بعد العلم بالخيار.]

قوله (و قد صرّح في التذكرة بأنّ الفسخ كالاجازه)

لا بأس بذكر امور الاوّل لا اشكال في أنّ الفسخ كالاجازه يكون بالقول و بالفعل و التصرّف ان وقع فيما انتقل عنه كان فسخاً و ان وقع فيما انتقل إليه كان اجازة الثّانى لا اشكال في عدم انفساخ العقد بالتصرّف فيما انتقل عنه الا اذا دلّ التصرّف المذكور على إرادته الفسخ فالمسقط للخيار هو التصرّف المؤذن بالرّضا او الفسخ و ليس الفسخ و سقوط الخيار بالتصرّف تعبداً شرعيّاً

من غير ان يكون فيه دلالة عرفيه على فسخ العقد لعدم دليل عليه و ان فرض القول به فى الاجازه مع أنه لا وجه للقول به فيها أيضا و على اى حال فلا- ريب أن الاصل فى كل معاملة الفساد ألما ما دل عليه الدليل و لا- ريب أن أدله العقود و الايقاعات باجمعها لا تنصرف ألما الى ما هو المدلول عليه بشىء صريح الدلالة بل لا يعد ما هو مظنون الدلالة بيعا او صلحا او طلاقا او رجوعا و على فرض الشك فالمرجع هو الاصل الثالث أن التصرف المشكوك اقتترانه بقصد الفسخ لا يحكم بكونه فسخا فان الحكم به ان كان لاجل التعيد فقد عرفت منعه و ان كان لاجل أن هذا التصرف لو لم يكن فسخا لكان ممنوعا منه شرعا لمصادفته ملك الغير على المشهور من الانتقال بنفس العقد و الاصل يقتضى حمل فعل المسلم و وقوعه على الصحة فهو فى محل المنع ضروره أن حمل فعل المسلم على الصحيح لا يفيد ارادته الفسخ اذ الصحيح من التصرف شرعا ما لا يكون محرما و كما أن قصد الفسخ يرفع وقوع الفعل على وجه الحرمة فكذلك التصرف على وجه الاطمينان برضا من انتقل إليه لشاهد الحال و نحوه او التصرف على وجه الغفلة عن الانتقال منه و أنه لغيره و هكذا و توهم أن الاصل عدم ابتناء تصرفه على وجه الاطمينان و الرضا و كذلك الغفلة مدفوع بأنه ان اريد من الاصل الاستصحاب فهو معارض بان الاصل عدم ابتناءه على قصد الفسخ مضافا الى أن الاصل المذكور لترتيب كون التصرف على وجه الفسخ مثبت و ان اريد منه الظاهر فهو على وجه الاطلاق ممنوع الرابع ما ذكره المصنف ره من أن حمل التصرفات المشكوكه كونها بقصد الفسخ على إرادته انفساخ العقد قبل هذه التصرفات اسهل من حمل التصرفات المشكوكه على الاجازه و الرضا بالعقد لا يخلو عن نظر لما عرفت من عدم تمامية الاستدلال باصالة الصحة بل لقائل ان يقول أن الامر هنا اشكل و ذلك مضافا الى ورود النص بدلالة الفعل على الرضا و عدمه فى الفسخ من جهة أن الاجازه رضا بالعقد و الفسخ حل له و لازمه التملك و التملك فهو فى الحقيقة معاملة جديده و دلالة الفعل على الاول اسهل و اقرب الخامس ستسمع أن مثل التصرف الذى يحرم شرعا التصرف الذى لا- ينفذ شرعا فيجرى فيه ما ذكرنا فى الامر الثالث و اما حكومه اصاله عدم الفضوليه على اصاله عدم الفسخ بتقريب أن الشك فى الفسخ ناش عن الشك فى الفضوليه و قصد العقد عن الغير فهو من الشك فى السبب و المسبب و الاصل فى السبب حاكم على الاصل فى المسبب فهى ممنوعه فان الشك فى كل منهما ناش عن الشك فى كفيته الحادث المعلوم و إنما يكون من باب السببيه اذا كان التصرف لو خلى و طبعه دالاً على الفسخ و ليس كذلك بل هما فى عرض واحد

[مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبله متصلاً به؟]

قوله (من دون ان يدل عليها بفعل مقارن)

فان قلت

لا- مانع من حصول الانشاء و منه الفسخ بمجرد التيه و القصد و فى بعض الروايات إشاره إليه على أنّ المدار على المدلول و الدالّ أنّما يعتبر للدلاله فاذا علم المدلول بنفسه فلا حاجه الى الدلاله

قلت نعم و لكن ظاهر الاصحاب و طريقه الشرع عدم اعتبار التيه وحدها فى العقود و الايقاعات و ما يتعلّق بهما كما لا يخفى على المتتبع و لهذا انكروا على الشيخ ره فى اثباته النذر بمجرد التيه و هو الموافق لمقتضى الاصل و اما التعليل بالرضا فى بعض الروايات فقد عرفت أنّه اما لبيان الحكمه او علّه مقيدّه بالاجماع

قوله (لأنّ الفعل لا إنشاء فيه)

و ما قاله السيد الطباطبائى ره لم افهم الفرق بين القول و الفعل فى امكان الانشاء بهما و عدم الدلاله ممنوع بل المفروض الدلاله و الّا فكيف يكون كاشفا و لا يجب ان يكون دالّا على الانشاء و الّا فالقول أيضا كذلك اذ كونه إنشاء او اخبارا أنّما يستفاد من الخارج لا من نفس اللفظ كما لا يخفى ه فففيه أنّ القول دالّ على الانشاء و استفادته ذلك من الخارج لا ينافى ما هو محلّ البحث فانّ اللفظ فان فى المعنى و القائه القاء للمعنى فاذا فرض كون اللفظ إنشاء لا خبرا كان المعنى نفس الانشاء و اذا كان محتملا لكونه خبرا او إنشاء و استفيد احدهما من الخارج فهذا غير محلّ بانّ اللفظ دالّ على معنى و هذا بخلاف الفعل فانه دالّ على قصد ذلك الفعل لا على قصد إنشاء الفسخ مثلا بذلك الفعل نعم قد يكون الفعل مضافا الى دلالاته على قصد الفعل الذى هو بمنزله دلالة القول على الانشاء فيما قصد ذلك دالّا على قصد الانشاء قبله و ليست هذه الدلاله عامّه و قد عرفت أنّ التصرف المشكوك اقتراجه بقصد الفسخ لا يحكم بكونه فسحا فالفعل دالّ على قصده ابداء و اما دلالاته على قصد الانشاء كدلاله القول عليه فلا- و لذا لم يكن كاشفا عن الفسخ على وجه الاطلاق ثمّ ما قاله أيضا من أنّ لازم ما ذكره كون الملكيه او الاباحه فى المعاطاه حاصله بالاراده المتّصله به و لا قائل به فففيه أنّ الكلام فى التيه المقترنه بالفعل و أنّ الفعل وحده ليس دالّا على الانشاء بحيث يكون الانشاء مدلولاً له و لا- بدّ من تيه الانشاء مقترنا بالفعل اما مقارنا له او قبيله متّصلا به و فى الفسخ حيث لا يجوز التصرف الّا بعده يكون كاشفا عن تيه الانشاء قبيله و اما فى المعاطاه اذا كانت مقرونه بقصد الملكيه فلا محذور فى مقارنه الفعل و الانشاء معا و لا يلزم ان يكون الانشاء قبل المعاطاه نعم هى وحدها بدون التيه غير مؤثّره و هذا لا كلام فيه

قوله (نعم يلزم من ذلك ان لا يحصل الفسخ باللفظ اصلا)

و فيه أنّ المدعى هو دلالة الفعل على قصد الفسخ قبله فيما كان كاشفا عنه و اما اللفظ فهو مسبوق بقصد

الانشاء من اللفظ ابدا لوضوح استحاله استعمال اللفظ فى معناه الا بعد لحاظ المعنى و تصوّره فى الذهن و ليس مسبوقا بقصد نفس الفسخ ابدا نعم قد يكون كذلك

قوله (و كيف كان فالمسأله ذات قولين)

و الذى دعاهم الى القول الثانى و هو حصول الفسخ قبيل التصرف هو الخلاص عن لزوم الاشكال بعدم صحه التصرفات من حيث عدم مصادفتها لملك العاقد بل حرمه بعض التصرفات و الانصاف ان هذا القول حسن لا بأس به و الاشكال بان الفسخ و الاجازه من الايقاعات و قد مرّ أنّها لا تحصل بمجرد القصد من الرضا القلبي و الكراهه الباطنيه و لا بدّ فى حصولها من تحقق امرين الانشاء و كونه خارجيا من القول او الفعل الصريحين او الظاهرين مدفوع بما افاده فى المتن من انّ المسلم هو عدم وقوعها بمجرد القصد من دون ان يدلّ عليها بفعل مقارن له و على اى حال فلاصحاب القول الاول فى دفع الاشكال مسالك منها القول بفساد التصرف لو كان الفسخ بالبيع و نحوه فكيف اذا كان بالانتفاع و فعل الحرام و عن التحرير الجزم بالحرمة و على هذا القول فان لم توجد قرينه داله على إرادته الفسخ من البيع فلا اشكال فى بطلان البيع و عدم حصول الفسخ و ان وجدت فان دلت على الفسخ قبل البيع حصل الفسخ و صحّ البيع و أما حصل الفسخ بالبيع و لا يصحّ البيع لعموم لا بيع الا فى ملك و منها ما عن التذكرة من منع عدم صحه حصول الفسخ و العقد بشىء واحد بالنسبه الى شيئين نعم لا يصحّ كون الشىء الواحد مملكا و فسخا له و فيه انّ المفروض حصول الفسخ بنفس التصرف مع انّ التصرف و تمليك الغير موقوف على الفسخ و كيف يصحّ كون الفعل الواحد فسخا اى تملكا و بنفسه يكون تملكا و اما مسئله التكميره فقد علل بطلان الثانيه بوجوه الاول انّ صحته موقوفه على وقوعها امثالاً لامرّها و لا امر بها حين فعلها لانّ امرها سقط بفعل الاولى فيمتنع وقوع الثانيه صحيحه ما دامت الاولى باقيه بصفه الصحه اذ لا امثال عقيب الامثال فالثانيه تقع باطله جزما سواء صدرت عن عمد او غفله عن الاولى و هى تبطل سابقتها أيضا فانها لا تقع بقصد الافتتاح الا بعد رفع اليد عن الاولى و العزم على استيناف الصيلاه و هذا العزم و ان لم نقل بكونه من حيث هو هو موجبا للبطلان و كذا التكميره لو لم تكن بقصد الافتتاح و ان لم نقل بكونها موجبه للبطلان لكن اقترانهما يوجب البطلان من حيث أنّهما معا يكون سببا لرفع الهيئه الاتصاليه بنظر العرف و قد جعل الاصحاب نظر العرف مناطا فى الفعل الكثير الماحى لصوره الصلاه و

من الواضح أنّ اعاده تكبيره الاحرام التي هي عباره عن استيناف الصّلاه اشدّ تأثيرا لدى العرف في محو الصّوره القائمه بالاولى مع ما بعدها من تاثير مثل الطّفره و نحوها ممّا مثّلوا بها لمحو الصّوره و فيه مواقع للنظر الاول أنّ التّكبيره اذا كانت بقصد الافتتاح فهي تقع لصلاه اخرى و مع قطع النّظر عن النّهي عنها من جهه قطع الصّلاه كيف تكون امثالا- عقيب الامثال الثاني أنّ وقوعها بقصد الافتتاح لا يستلزم رفع اليد عن الاولى و العزم على استيناف الصّلاه بناء على جواز تجديد التّيه في الاثناء متى اريد الثالث أنّ عدّها من الفعل الكثير ممنوع غايه المنع و الشّاهد هو الاحاله على العرف و ليس هذا الما استحسانا محضا ثم لا يخفى أنّ بطلان التّكبيرتين مبنّى على عدم بطلان الصّلاه بتيه الخروج كما عرفت الاشاره إليه و الّا فقصد الافتتاح ثانيا لا يكون الّا بعد رفع اليد عن الاولى في صوره العهد و مع السّيهو لا يكون الّا بعد ان يرى الإنسان نفسه خارجا فلا يبقى معه اثر للغرم السابق اى يرتفع الاستدامه الحكميه التي هي مناط القول بالبطلان بتيه الخروج فيتّجه ح صحّه الصّلاه بالتّكبير الثاني و الى ما ذكرنا من وقوع الثانيه صحيحه على التّقدير المذكور ينظر من قيد البطلان كما في القواعد بعدم تيه الخروج قبلها الثاني ما افاده المصنّف قدّس سرّه في كتاب الصّلاه لصوره العمد من أنّها زياده واقعه على جهه التّشريع و فيه بعد تسليم الكبرى أولا أنّه يمكن اتيانها بقصد الاحتياط لاحتمال خلل في الاولى او برجاء ادراك الفضيله و الاشكال بعدم امكان الاحتياط في مثل تكبيره الافتتاح التي تتوقّف اعادتها على الابطال المنهّي عنه غير مسموع لأنّ مضافا الى عدم جريان ما ذكر في النّافله لو اتى بالثانيه على سبيل الاحتياط كون الاحتياط غير ممكن لا ينافى قصده الدّافع للتّشريع و ثانيا أنّ بعد رفع اليد عن الاولى و استيناف الصّلاه بالثانيه كما هو لازم قصد الافتتاح لا- يكون زياده و لا تشريعا لّما تقرّر في محلّه من أنّه يشترط في صدق الزّيادة قصد كونه من الاجزاء الثالث أنّ قصد الافتتاح بمعنى الدّخول في الصّلاه يقتضى الخروج بالثانيه عمّا انعقد بالاولى ضروره عدم تعقل قصد الدّخول هنا مع بقاء الدّخول بالاولى و الخروج عنها منهّي قال تعالى و لا تبطلوا اعمالكم فتبطل الثانيه المقصود بها ذلك و لذا اشرنا الى أنّ البطلان مبنّى على عدم تيه الخروج قبلها او عدم كونها مبطلا و الّا وقعت الثانيه صحيحه و فيه مضافا الى صدور هذا الحكم ممّن لا يرى القدح في الصّلاه بتيه الخروج كالمحقّق في الشّرائع و الشّهاد في البيان و الى وجوه المناقشات في دلالة الآيه على حرمة الابطال بمعنى القطع و الخروج و قد ذكرها المصنّف قد ره في كتاب

الرّسائل أنّ العموم أنّما يصحّ التمسك به بعد احراز كون قصد الافتتاح و رفع اليد عن هذه الصّلاه ابطالا اذ يحتمل قويا ان يكون زياده الثّانيه بعد القول بأنّ تيه الخروج بنفسه غير مبطله موجب للبطالان و الانقطاع لا ان تكون قاطعه و مبطله حتّى تكون منهيه عنها و هذا كلّ على أنّه لا ملازمه بين الثّانيه و الخروج بها عن الصّلاه بناء على جواز تجديد التيه فى الاثناء الزّابع دعوى الاجماع من جهه زياده الرّكن فبطالان الثّانيه من جهه أنّ الصّلاه انعقدت بالاولى و بالثّانيه بقصد الافتتاح يتحقّق زياده الرّكن لأنّ تكبيره الا-حرام ركن و عدم الاعتداد بها بتكبيره الا-حرام شرعا لوقوعها باطله لا ينافى ترتّب ابطال الصّلاه عليها للاكتفاء فى الابطال بالزياده ايجاد صوره الفعل ثانيا و الا لا يمكن حصول الزّيادة المشروعه بالضروره و يتحقّق الصّوره هنا بقصد الافتتاحيه و فيه مناقشه ظاهره لابتنائه على ما هو المعروف بينهم من بطلان الصّلاه بنقص بعض افعالها و زيادته عمدا و سهوا يسمّى من اجل ذلك بالرّكن مع أنّ غير واحد منهم فسّره بما كان نقصه عمدا و سهوا مبطلا من دون التعرّض لزيادته فلا يصحّ الاستدلال للمدعى بالاجماع على أنّه ركن اذ لم يعلم كونه بهذا المعنى مرادا للمجمعين و المتيقّن من الاجماع أنّما هو كونه ركنا بمعنى كون نقصه مبطلا- مط و امّا فى صوره الزّيادة فالاصل عدم البطلان الاّ مع ثبوت الدّليل الاّ أنّ فى الجواهر بعد الحكم ببطلان الصّلاه بزياده التّكبيره قال بلا- خلاف اجده فيه بين القدماء و المتأخّرين و تمام الكلام موكول الى محلّه و منها أنّ المحصّل للملك و الفسخ هو القصد المقارن للعقد و الايقاع السّابق عليهما آنا ما و يحصل بهما و التقدّم ذاتيّ بمعنى أنّ الفسخ و العقد و ان حصل معا و اجتماعا زمانا و كان العقد متوقّفا على الملك و الملك على الفسخ و الفسخ على العقد الاّ أنّ الفسخ مقدّم رتبه على الثّانى فيقدّر الملك آنا ما للفاسخ ثمّ ينتقل الى المشتري فيكون من قبيل من باع مال الغير ثمّ ملكه نعم ذلك موقوف على وجود الدّليل و الدّليل فى المقام على تحقّق الفسخ مضافا الى أنّ الظّاهر انعقاد الاجماع عليه هو كون الفعل بنفسه مصداقا للفسخ بالحمل الشّائع الصّناعى و اختار هذا الوجه جماعه من الاصحاب و فى الجواهر و هذا و ان ارتكبناه فى غير المقام الاّ أنّه لمكان الدّليل المخصوص الدّالّ على الصّحّه و الحصر طريق الجمع بينه و بين ما دلّ على اعتبار سبق الملك بدعوى التقدّم الدّاتى بخلاف المقام الّذى لا يتوقّف الحكم بالفسخ على صحّه التصرف بل يكفى و لو كان فاسدا اى لم يترتّب عليه أثره و منها ما عن الشّهيد ره من أنّ الدّور معيّ و فيه أنّ هذا

بظاهرة في حيز المنع لوضوح توقّف الملك على الثقل المتوقّف عليه و منها ما عن الايضاح من اختلاف الطرفين في الموقوف و الموقوف عليه بانّ الفسخ و الملك يحصلان باؤل جزء من الفعل او القول و نفوذ التصرف و البيع يحصل بباقي الاجزاء هذا ان كان البيع بمعنى السبب و هو الايجاب و القبول و ان جعلناه بمعنى المسبب و المنشأ و هو الثقل الحاصل فالامر اسهل لانّ الثقل موقوف على الملك و هو موقوف على الجزء الاوّل من السبب و هو العقد لا على الثقل و فيه أوّلا انّ هذا يتمّ في الوضعيات من البيع و غيره لا- التكاليفيات كالوطى فانّ الجزء الاوّل يقع محرّما و ثانيا انّ كلّ جزء من اجزاء الايجاب موقوف على الملك و الفسخ في حصول الثقل فانّ بناء على القول بتوقّف البيع و العتق على الملك و اشتراط وقوع الانشاء في ملك المنشى يكون صحه العقد متوقفا على تقدّم تملك العقاد على جميع اجزاء العقد لتقع فيه و ان اراد ذلك بناء على القول بانّ الممنوع شرعا تمام السبب في ملك الغير لا وقوع بعض اجزائه في ملك الغير و تمامه في ملك نفسه رجع هذا الوجه الى الوجه الآتى الذى افاده المصنّف ره و قال انه لا يخلو عن قوّه و ثالثا انه لا يتمّ فيما لم يكن لسبب الثقل جزء كما في إشاره الاخرس فانّ الفسخ و الملك و الثقل يحصل في ان واحد و التنظر في هذا بانّ بناء على الوجه الثانى و هو كون الثقل عباره عن المنشأ لا الانشاء لا دور و ان حصل الجميع في ان واحد لانّ الثقل موقوف ح على الملك و هو موقوف على سبب الثقل لا على نفسه لا موقع له فانه و ان لم يكن ح دور الاّ انه مستحيل للزوم وجود ما لا يكون الاّ في زمان بعد وجود الشىء مقارنة لوجود ذلك الشىء و منها انّ الفسخ يحصل بالانشاء و البيع بالمنشأ بقبوله بعت يفسخ العقد و يملك ما انتقل عنه و ينتقل الى المشتري من حيث اثر القول و مرتبه الأثر متأخره عن مرتبه المؤثر نعم لو اعتبر في الانتقال الى الغير كون العقد واقعا في ملك الناقل لم يجر هذا الوجه لانّ الملكيه هنا تحصل بنفس العقد و أنّما يجرى بناء على اعتبار الملكيه في المسبب و انّ المنشأ لا بدّ و ان يقع في الملك و هو كذلك و لذا عدّوا الملكيه من شروط العوضين لا من شروط العقد و ليس حكمهم بتحقق الفسخ بوقوع العقد و لو كان فاسدا لما من حيث انه يحصل بالانشاء و قال المصنّف ره و لعلّ هذا معنى ما فى الايضاح من انّ الفسخ يحصل باؤل جزء و بتمامه يحصل العتق ثمّ انّ هذا اذا كان التصرف بالعقد و اذا كان بالمعاطاه فالفسخ يحصل بالاخذ من المنتقل إليه و البيع بالاعطاء الى المشتري و فيه انّ هذا

يتم في الوضعيات كالبيع و لا يجرى في غيرها من التصرفات الفعلية المحققة للفسخ كالوطى و الاكل و نحوهما و منها ما ذكره المصنف ره من أنه لا دلالة في ادله اعتبار الملكيه فى البيع و نحوه على ازيد من كونه مملوكا قبل كونه مبيعا فلا تعم البيع الواقع بعضه فى ملك الغير و فيه ما ذكره أيضا من أن التصرفات الفعلية المحققة للفسخ كالوطى و الاكل و نحوهما لا وجه لجواز الجزء الاول منها و منها ما فى الجواهر قال أما اذا كان اى التصرف بالانتفاع كاللمس و التقييل و الوطى و نحوها فيمكن القول بحصول الفسخ بها و أنه مقارن للدخول فى الملك من غير اثم تحكيما لما دل على أن له الفسخ باى فاسخ يكون المستفاد من نفس ثبوت الخيار له على ما دل على حرمه التصرف فى مال الغير بحمله على ما لا يقارنه الملك من التصرف خصوصا مع خفاء اندراج هذا الفرد فزمان الفسخ ح و الدخول فى الملك و اللمس واحد الى ان قال بل يمكن القول به فى البيع و نحوه بناء على منع اعتبار سبق الملك فيه و نحوه لعدم الدليل بل مقتضى اطلاق الادله خلافه و قوله (ع) لا بيع الا فى ملك لا يقتضى ازيد من اعتبار اصل الملك فى البيع على وجه يشمل المقارن فى مثل الفرض لا اقل من الشك و قد عرفت أن مقتضى الاطلاق الصحه فى مثل الفرض المذى هو من باب ترتب المعلولات الغير المتنافيه بعلمها و ان كانت العله فى وجود الجميع واحده فيترتب ح على التصرف الفسخ المقتضى لعود الملك للفاسخ المقتضى لانتقاله عنه الى المشتري المقتضى للانعقاد لو فرض كونه ابا له و ربما يؤيده ما ذكره فى الوكاله من حصول عقدها بالقبول فعلا من الوكيل بان يفعل ما وكل فيه من تزويج او بيع او نحوهما فان الوكاله و البيع حصلا بعله واحده و الظاهر عدم زياده اعتبار الملك فى مضمي البيع على اعتبار الوكاله فيه فان بيع الوكيل و المالك سواء فى ذلك و بالجمله لا- مانع من تسلسل العلل المترتب على كل منها معلولها و ان اتحد العله الاولى فيها نعم لا يعقل حصول المعلولات المتنافيه لعله واحده كما هو واضح و ميا يؤكد المقام ظهور إرادته القائل بكون البيع فعلا فاسخا الصحيح منه لا الفاسد الذى يكون فسحه من الدلاله على ارادته لا أنه فسح بالتصرف بل هو صريح استدلالهم على الفسخ باصالة الصحه فى العقد و الله العالم انتهى ففى الوضعيات من البيع و نحوه يمنع اعتبار سبق الملك فيها بل مقتضى اطلاق ادله البيع خلافه و قوله (ع) لا بيع الا فى ملك يشمل المقارن و ان شئت قلت ان هذا و اشباهه من ادله الملكيه فى البيع اضافي بالنسبه الى البيع فى ملك الغير او فى غير ملك كالمباحات الاصلية و اما التصرف بالوطى و نحوه فلا المستفاد من ادله

الخيار سلطنه صاحبه على الفسخ قولاً او فعلاً و الوطى مصداق للفسخ و مقتضاه الجواز التكليفى أيضاً و عدم الحرمة فإن الحليه الوضعيه للفسخ لا بدّ و ان يستتبع الحليه التكليفيه له كغيره من الافعال و حليه الوطى مثلاً لا تتوقف على ملك الرقبه قبله بل على السيلطنه الشرعيه عليه و لذا يجوز بالتحليل و التزويج فاذا جاز الفسخ وضعا بادلّه الخيار و جاز بإطلاقها و بعموم معقد الاجماع جواز تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه اى تصرف كان قولاً- او فعلاً- من البيع و الاكل و الوطى و غير ذلك استلزم الجواز الوضعى الجواز التكليفى و لا يلزم فى حليه الوطى كونها مملوكه قبل الوطى و يظهر ممّا ذكر ما قاله من حصول الفسخ بالوطى و أنّه مقارن للدخول فى الملك تحكيماً لما دلّ على أنّ له الفسخ باى فاسخ على ما دلّ على حرمة التصرف فى مال الغير الخ فأنّه اذا استفيد الجواز التكليفى بتبعيه الجواز الوضعى كان مبيناً للمراد من قوله تعالى **أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ** و مفسراً له بأن المراد او ما ملكت ايمانهم و لو مقارنا للفعل و بسببه و منع الاطلاق فى ادلّه الخيار من حيث افراد الفسخ حتى يشمل الفعل المذمى يكون محرماً من حيث هو فى غير محلّه فان قلت أنّ معنى جواز الفسخ لاجل الخيار الجواز الوضعى اعنى الصحه لا التكليفى فلا ينافى تحريم ما يحصل به الفسخ قلت أنّ الفسخ الجائر بالجواز الوضعى لا بدّ و ان يكون مقدوراً للفاسخ و اذا كان حراماً تكليفاً يكون غير مقدور له فإنّ الممتنع الشرعى كالممتنع العقلى و اذا استفيد من ادلّه الخيار عموم الجواز الوضعى لكلّ فعل استلزم جوازه التكليفى و امتنع تخلف الثانى عن الاول و نحن لا ندعى ثبوت الملازمه بين الحكمين الوضعى و التكليفى فى كلّ مورد لوضوح فساده بل ندعى أنّ الحكم الوضعى قد يكشف عن ثبوت الحكم التكليفى أيضاً لامتناع تخلفه عنه و لذا حكموا بأنّ صحه الاجاره لا تجتمع مع وجوب العمل المستاجر عليه او حرمة كما أنّ الحكم التكليفى أيضاً قد يكشف عن ثبوت الوضع و ذلك كما فى الاخبار الواردة فى استحباب الاحسان و التبرّع بالقضاء عن الميت فأنّها يكشف عن صحه العمل المأتمنى به كذلك حيث لا يعقل استحباب الثيابه عن الميت و عدم صحتها بعدم وصول شىء الى المنوب عنه و كما فى قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** اذا قلنا بأنّها لبيان الحكم التكليفى و يكون الوضع مستفاداً منه بالملازمه و بالجملة اذا دلّ دليل الخيار على صحه الفسخ بكلّ فعل دلّ على حليه ذلك الفعل بالملازمه و كون الفعل فى نفسه محرماً أوّل الكلام و القول بأنّ الجواز وضعا أنّما يفيد الجواز تكليفاً من حيث أنّه فسخ لا- من جميع الحيثيات فالوطى مرخص فيه من حيث أنّه فسخ و حرام من جهة عدم الملكيه شطط من الكلام لا يلتفت إليه فتدبر ثمّ انّ هذه الوجوه المذكوره قد اشار الى

جميعها في المتن و اقربها عندي هو الاخير ثم الاول و هو الفسخ قبيل التصرف

قوله (و الجزء الذي لا يتجزى غير موجود)

قال بعض المحشيين لا يخفى ان كل جزء لا يكفي في السبب بل لا بد من ان يكون بمقدار يدل على إرادته الفسخ و قد لا يكون الكاشف و الدال على الفسخ الا تمام العقد فوجود الجزء الذي لا يتجزى لا دخل له بالمطلب اذ لا يكون كاشفا قطعاً و على فرضه فلا فرق بينه و بين غيره في كونه مقدماً على الملكيه فما ذكره المصنف قدس سره بقوله ان غاية الامر المقارنه بينه و بين التملك كما ترى ه و قد تقدم نقل ما هو نظير ذلك من حاشيته و فيه ان الكلام ليس في الكاشف بل في تحقق الفسخ و الملك و النقل في الواقع و الايضاح ناظر الى ذلك نعم ليس التصرف فيما انتقل عنه فسخاً تعبد او انما يحكم بالفسخ بالتصرف فيما علم كون تصرفه من جهة الفسخ لا لامر آخر و ان كان انكشاف ذلك و العلم به مفارقاً لنفس التصرف و بالجمله حصول الفسخ و النقل بالتصرف و توجيه حل اشكال الدور في ذلك لا دخل له بلزوم الكاشف عن كون التصرف من جهة الفسخ و من تأمل في كلام المصنف ره عرف المدخلية لوجود الجزء الذي لا يتجزى في مرامه فتدبر

[مسألة من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذي الخيار تصرفاً يمنع من استرداد العين عند الفسخ]

قوله (من احكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذي الخيار)

يظهر من المتن اقوال الاول عدم الجواز مطلقاً و هو مختار المبسوط و المنقول عن اكثر الاصحاب الثاني الجواز مطلقاً و هو المستفاد من عبارته الشرائع في باب الرهن و الزكاه و من عبارته التذكرة و الدروس الثالث التفصيل بالجواز في الخيارات الاصلية و المنع في الخيارات المجعولة بالشروط و هو الذي يظهر من المتن الرابع التفصيل بين العتق و غيره من التصرفات بنفوذ الاول و عدمه في غيره و هو المستفاد من كلام بعضهم الخامس التفصيل بين الاتلاف فلا يجوز و التصرفات الناقله فيجوز مع انفساخه عند الفسخ من اصله السادس التفصيل المتقدم مع الانفساخ من حين الفسخ و الظاهر ان القولين الاخيرين يرجعان الى القول الاول فان تجويزهما لغير الاتلاف من جهة ان التصرف غير مانع للاسترداد بالفسخ و ليس الخلاف في المسألة مبني على حصول الملك بنفس العقد او بانقضاء الخيار فان على القول بعدم تملك المبيع قبل انقضاء الخيار و هو المنسوب الى الشيخ و ابن سعيد يلزم عدم جواز تصرف المشتري مط سواء كان من قبيل العتق المنافي لاسترداد العين أم لا و يلزم ان يعلل المنع بعدم الملك مع ان جماعه من المانعين عللوا بان تصرفه ينافي استرداد العين فخلاف القائل بعدم الملك لا يعد خلافاً في هذه المسألة و ان كان

الانسب تاخير هذه المسأله عن مسئله حصول الملك بالعقد او بانقضاء الخيار و كذا ليس الخلاف مبنيًا على تعلق الخيار بالعقد او العين لأن الخيار ملك فسخ العقد و حلّه و ليس متعلقًا بالعين أولاً و لذا يصحّ الفسخ من ذى الخيار مع عدم بقاء العين إلاّ أنّه لا اشكال كما تقدّم فى أنّ تعلق الخيار بالعقد أنّما يكون على وجه الطريقيه لاسترجاع ما خرج عن ملك صاحبه و ردّ ما انتقل إليه و ان لم يلزم دخول المرجوع الى ملك ذى الخيار فالخيار فى الحقيقه حقّ لصاحبه متعلق بالعين و فى الحاشيه التقريرية للخوانسارى ره قال أنّ الخيار و ان كان سلطنه على حلّ العقد و ابقائه إلاّ أنّ كونه موضوعيًا لا وجه له و على الطريقيه يحتمل ان يكون الغرض من استرجاع المال الاعمّ من العين او المثل او القيمه و ان يكون الغرض استرجاع نفس العين و مبنى الوجهين أنّه لو قلنا فى باب الضمان بأنّ المدار فيه على قيمه يوم الاداء امّا لبقاء العين التالفه بخصوصيتها الشخصيه فى عهده الضامن او بماليتها الغير المتقدّره بالمقدار فلازمه ان يجب عليه حفظها ليتمكّن المضمون له عن استرجاع نفس العين فلا يجوز له التصرفات المتلفه و التناقله و يكون حفظها من قبيل المقدمات الوجوديه للواجب المطلق و امّا لو قلنا بأنّ المدار على قيمه يوم التلف فلازمه ان يكون ماليتها المتقدّره فى عهده الضامن فيجوز اتلافها و نقلها الى الغير لأنّ ما فى ذمّه الضامن هو القدر المشترك بين العين و المثل او القيمه و يكون حفظ العين من المقدمات الوجوديه للواجب و حيث اخترنا فى مسئله الضمان أنّ المدار على قيمه يوم الاداء فلا يجوز له التصرفات المانع عن الاسترداد بل فى الخيار المشروط بردّ مثل الثمن لا شبهه فى عدم جواز التصرف المانع و ان قلنا بتعلق الضمان بالاعمّ لأنّ الغرض من جعل الخيار نوعا هو ردّ نفس المبيع لا يقال غايه ما يقتضيه الخيار مط هو طريقيته لجلب المال الذى هو القدر الجامع بين العين و بدلها و لهذا لا يسقط بتلف العين بل ينتقل الى البدل لأننا نقول الذى يمكن ان يكون الخيار وسيله الى استرداده هو ما انتقل من ذى الخيار الى من لا خيار له و هو نفس العين و لذا لو طرأ الفسخ او الانفاسخ و كانت العين باقيه لا يصحّ ردّ المثل او القيمه و ردهما عند التلف أنّما هو لتعدّر ردّ العين و عدم موجب لسقوط الخيار فلا ملازمه بين الرجوع الى البدل مع التلف و جواز الاتلاف انتهى اقول لا وجه لجعل الخلاف فى المسأله مبنيًا على كون الطريقيه يحتمل فيه الوجهان لوضوح سقوط الضمان باداء نفس العين على جميع الاقوال فى كيفيه ضمان المثلى و القيميّ حتى على القول بضمان اعلى القيم

و استقرار ارتفاع قيمه السوقية فى الذمه فالعين ما دامت موجوده يجب ردها و معنى ضمانها انها لو تلفت يجب رد مثلها او قيمتها و مراد القائل بضمان قيمه يوم التلف و كون المائيه المتقدره للعين فى عهده الضامن هو ان العين اذا قبضت تحقق ضمانها بماليتها و صفاتها فاذا تلفت و لم يمكن اداء شخصها ينتقل الضمان الى مثلها او قيمتها الكذائيه و ليس الغرض جواز اتلافها حتى يقال فى المقام ان بناء عليه يجوز اتلاف العين و نقلها الى الغير و يكون حفظ العين من قبيل المقدمات الوجوبيه و بالجمله لا اشكال فى ان الغرض من الخيار و حل العقد هو استرجاع نفس العين و معه لا يجوز نقلها و اتلافها و ان كان ضمانها يفيد وجوب تداركها بماليتها و من هنا يعلم ان المسأله ليست صعبه و ان الاقوى عدم الجواز مط وفاقا للمشهور لان حق الخيار المتعلق بالعين يمنع عن جريان دليل السيلطنه كما ان تعلق حق الرهن يمنع عن سلطنه الرهن و تصرفاته من دون فرق اصلا و ما ذكرنا فى مانعيه حق الخيار ليس بدعوى ان الخيار حق فى العقد و فى العين معا فى عرض واحد و لا بدعوى ثبوت حقين على نحو تعدد المطلوب بمعنى انه حق فسخ العقد و حق استرداد العين ان كانت موجوده لعدم افتقار ثبوت المانعيه الى احدى هاتين الدعويين لوضوح ان الخيار و حل العقد انما هو على وجه الطريقيه و معنى ذلك ان حل العقد هو وسيله الى استرداد العين و استرجاع ما انتقل عن ذى الخيار إليه بنفسه و هذا ليس الا حقا واحدا

مسائل الاولى على المختار هل يكون مطلق التصرف باطلا اصلا او حاله حال الفضولى فيصح باجازه ذى الخيار او بانقضاء زمان الخيار الاقوى هو الاخير لان الخيار انما يمنع عن نفوذ التصرفات المنجزه الواقعه عن المالك على نحو الاستقلال لا ما يكون بمجرد ايقاع العقد على مترقبا للاجازه او متوقعا لانقضاء زمان الخيار فان هذا لا يمنع عنه فى الفضولى فضلا عن المالك فالحكم بالصحة فى المقام اولى منه فى الفضولى فان عدم النفوذ فى المقتضى انما هو من جهة فقد المقتضى و فى المقام من جهة وجود المانع ثم على تقدير انقضاء زمان الخيار من دون فسخ او اجازه لا يحتاج الى اجازه من المالك بل يتنجز بعده من دون حاجه إليها و ذلك لوجود المقتضى و هو العقد و ارتفاع المانع فان العقد كان من المالك جامعا لشرائط التأثير من رضاه و غيره و انما منع عن وجوب الوفاء به ثبوت الخيار و بانقضاء زمان الحق يرتفع التوقف و التزلزل بل قد

يقال أنّ المالك كان مكلفًا بوجوب الوفاء بالعقد من حينه كما في طرف الاصيل في الفضولي و ما تقدّم في مسئله بيع الرهن يجرى هنا أيضا الثاني أنّ على المختار من عدم بطلان التصرف رأسا و توقّف نفوذه على الاجازه او انقضاء زمان الخيار هل لدى الخيار فسخ العقد الثاني أم يفسخ بفسخ الاوّل من حين الفسخ او من اصله الظاهر انفساخه بفسخ الاوّل من حين الفسخ لوضوح انحلال الثاني بحلّ الاوّل و عدم ثبوت خيار اخر له متعلّق بالثاني مستقلاً مع قطع النظر عن خياره الثابت المتعلّق بالاوّل من غير فرق بين ان يكون الفسخ حلّ العقد او أنّ الحلّ طريق لاسترجاع العين فالفسخ هو بمعنى استرجاع العين و قد يستدلّ على انفساخ الثاني من اصله بما سينقله المصنّف عن بعض افاضل معاصريه و يرده أنّ ما ذكره من أنّ مقتضى الفسخ تلقى كلّ من العوضين عن ملك كلّ من المتعاقدين لو سلّم لا داعى فى دفع المحذور الى الالتزام بانفساخ العقد الثاني من اصله و بطلانه رأسا لإمكان ان يلتزم بملك العاقد الثاني الى وقت الفسخ و تلقى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الاوّل جمعا بين صحّته العقد الثاني و ان كان متزلزلا و صحّته الفسخ الواقع ففسخ العقد الاوّل يقتضى رجوع المال من المشتري الثاني الى من عليه الخيار ملكيه له تقديرا او آنا ما حقيقه و منه الى البائع الاوّل بمثل ما يقال فى اعتق عبدك عتّى و بالجمله المانع من رجوع المال بالفسخ من المشتري الثاني الى ذى الخيار لم ينشأ من حين العقد الثاني و المفروض وقوعه صحيحا موقوفا و أنّما نشأ من الفسخ فلا وجه لبطلانه و انفساخه من حين العقد و لا بدّ من الالتزام بما ذكرنا و عدم معرفته الملك الموقّت غير ضائر اذا اقتضى الجمع بين القواعد ذلك و لا دليل على كون الفسخ مانعا عن صحّته العقد الثاني ابتداء و موجبا لبطلانه من حين وقوعه ثمّ أنّ لنا منع كون مقتضى الفسخ خروج كلّ من العوضين عمّن دخل فى ملكه الاخر و دعوى أنّ مقتضاه ليس الا رجوع كلّ من العوضين الى المالك الاوّل فإنّ الفسخ ليس الا حلّ العقد و استرجاع ما خرج عن ملكه الثالث هل يصحّ العتق ممّن عليه الخيار متوقفا على الاجازه الظاهر نعم لوجود المقتضى و عدم المانع كغيره من التصرفات فان قلت أنّه يعتبر فى العتق تبه القربه و لا- تحصل مع التريد قلت عدم الجزم لا ينافى قصد القربه كما هو المقرّر فى صحّته عباده المحتاط و توهم أنّه من الايقاعات و لا يقع الا منجزا من دون توقيف على امر مستقبل مثل الطلاق مندفع بانّ القدر المسلم من اعتبار التنجّز فى الايقاع ما هو المعتمد فى العقود و هو ان لا يكون العقد او الايقاع معلّقا على شىء باءه الشرط بان يقصد انعقاد العقد او الايقاع فى صورته وجود ذلك الشىء لا فى غيرها و اما الشرائط الشرعيّه الواقعيّه

المقرّر للتأثير بحسب اصل العقد و منها عدم المانع فلا اشكال فى عدم اخلالها و اعتبار عدمها اذ لا دليل على ازيد ممّا ذكرنا بل الدليل على خلافه نعم قد قام الدليل فى بعض الموارد على اعتبار التنجّز بمعنى عدم التّوقيف فى التأثير على امر غير محقّق حال الانشاء و ايجاد الصّيغه كالاجماع الواقع على ذلك فى الطلاق و المفروض فى المقام عدمه ثمّ أنّ هنا شيئاً ينبغى التنبيه عليه و هو أنّ ما قدّمنا من أنّه يفسخ تصرّف من عليه الخيار بفسخ ذى الخيار من حين الفسخ أنّما هو فى غير العتق و امّا فى مثله فلا بدّ من القول ببطلانه من اصله بالفسخ و ذلك لعدم امكان انفساخه من حين الفسخ لوضوح أنّ الحرّ لا يعود رقاً و قد تقدّم فى بيع الرهن و فى خيار الغبن ما يتعلّق بالمقام الرّابعه لا- اشكال على المختار فى جواز وطى من عليه الخيار للامه المشتره و مع الفسخ يكون حقّ الخيار مقدّمًا على الاستيلاء و قد سبق ممّا الكلام فى ذلك فى مسئله عدم جواز بيع أمّ الولد و ما اذا كان علوقها فى زمان خيار بايعها و ذكرنا أنّ المسأله ان كان من باب التّراحم فالتقدّم لحقّ الخيار لسبقه و ان كان من باب التّعارض فالمرجع هو استصحاب بقاء الخيار و ذكرنا أنّ هذا بناء على شمول ادلّه مانعيه الاستيلاء عن البيع لمثل المقام و امّا لو قلنا أنّ الممنوع هو نقل المالك او التّقل من قبله فلا مانع من استرداد العين اصلا فان قلت لا بدّ من تقديم حقّ الاستيلاء لأنّ المسأله ان كانت من باب التّراحم فالتقديم لجانب الاهمّ و العتق اهمّ فى نظر الشارع هذا مضافا الى أنّ حقّ الخيار له بدل يقوم مقام العين بخلاف العكس و ليس المدار فى باب التّراحم على السّابقه حتّى يقدّم حقّ الخيار و لذا لا يجب فى انقاذ الغريقين تقديم انقاذ الغريق السّابق بل يجب انقاذ الاهمّ و ان كان من باب التّعارض فالظاهر اقوائيه دليل الانعتاق بالاستيلاء على دليل رجوع العين بالفسخ خصوصا بملاحظه أنّ قوله (ع) لاتباع أمّهات الاولاد ممّا يأبى سياقه عن التّخصيص قلت أنّ منع ذلك كلّه بمكان من الوضوح امّا ما ذكر من تقديم الاهمّ دون السّابق فى باب التّراحم فالتّحقيق أنّه يختلف حيثه التّرجيح و التّقديم فيه بحسب الموارد ففى مثل المقام من تراحم الحقوق لا اشكال فى تقديم السّابق و عدم ملاحظه الاهميه فى اللاحق و ذلك من جهه أنّ ثبوت الحقّ السّابق مانع عن الاخر قطعا و القياس بتراحم الواجبين فى غير محلّه و من قبيل المقيس عليه من كان عنده من المال ما لا يكفى الاّ لاحد الدّينين حيث لا يجب تقديم الدّين السّابق و ذلك من جهه أنّ متعلّق الدّين هو الذمّه و لا حقّ لاحدهما يكون متعلّقا بالعين و الاّ لكان من قبيل المقام و لو كان للميت غريمان فى الدّين المستغرق و كان حقّ احدهما متعلّقا بالتركه قبل الاخر بان

حدث الدين الثاني بعد الموت فالقاعده تقتضى تقديم السابق و البحث فيه مو كول الى محلّه و بالجمله ما كان من قبيل التّكليف
فلتقديم الالهّم وجه و امّا ما كان من قبيل الوضع و الملكيه بحيث كان عمله مملوكا للغير و من باب الحقوق بان كان الحقّ متعلّقا
بالعين فلا اشكال فى أنّ التّرجيح للسّابق زمانا و من هذا القبيل ما اذا اجر نفسه لعمل فى اشهر الحجّ ثمّ حصلت الاستطاعه فأنّه لا
بدّ من الحكم بلزوم الاجاره و عدم تحقّق الاستطاعه ثمّ أنّ اهمّيه العتق فى حيز المنع كما هو ظاهر و امّا التّرجيح بأنّ حقّ الخيار
له بدل ففيه أنّ ما ذكره من ترجيح ما لا بدل له شرعا على ماله بدل كذلك فى باب التّراحم على فرض تسليمه أنّما هو فيما
كان جعل البدليه تقييدا للمبدل منه بالقدره الشرعيّه و كان تقييدا له من أوّل الامر كما فى الوضوء اذا زاحم واجبا اخر من
واجبات الصّلاه حيث حكموا ح بسقوط الوضوء فلو دار الامر بين الوضوء و ادراك ركعه او ازيد من الوقت او التيمّم و ادراك
جميع الوقت قدّم الوقت و انتقل التّكليف الى التيمّم و أمّا اذا لم يكن تقييدا للمبدل منه بان جعل بدلا بعد فرض تحقّق العجز
خارجا فلا يكون مرجّحا لأنّه لا يقتضى تقييد المبدل منه بالقدره الشرعيّه و أنّما يقتضى البدليه فى صوره العجز عن القدره
العقلية و المقام من هذا القبيل و امّا ما ذكر على تقدير التعارض من اقوائيه دليل الانعتاق بالاستيلاء فالانصاف خلوه عمّا يوجب
ترجيحه على دليل الخيار من احدى المرّجحات الداخليه و الخارجيه و امّا أنّ قوله (ع) لاتباع أمّهات الاولاد يأبى سياقه عن
التّخصيص فهو كلام خال عن التّحصيل فالحقّ أنّ مع قطع النّظر عن دعوى أنّ الممنوع هو نقل المالك او التّقل من قبله هو
تساوى الدّليلين من دون اقوائيه لاحدهما و المرجح ح على تقدير التعارض هو الاستصحاب الخامسه لا- فرق بين كون العقد
الثانى لازما او جائزا امّا على المختار من عدم نفوذ العقد الثانى الاّ بالامضاء او انقضاء زمان الخيار فواضح و امّا على مختار
المصنّف ره و عدم استحقاق المغبون للعين بالفسخ فليس له فسخ العقد الثانى أيضا لأنّ جوازه لا يوجب سلطنه اجنبى غير
المتعاقدين و هو المغبون على فسخه و عليه فلا- بدّ من الكلام من حيث الزام الغابن على الفسخ بما افاده فى المقام و فى خيار
الغبن

قوله (فى الرّوضه بما لا يخلو عن تكلف)

حيث حمل عبارته المصنّف على الرّهن على الثّمّن فى زمن الخيار عند البائع مع أنّ ظاهرها صحّه الرّهن للمبيع من المشتري عند
البائع و غيره كما لا يخفى على من تدبّر فى كلامهما

قوله (الاّ أنّها فى الخيار المجعول علّه للجعل)

الظاهر عدم الفرق بين الخيارين فى أنّ ابقاء السلطنه علّه للخيار بمعنى أنّ الغرض من جعل الخيار بقاء سلطنه

صاحبه على استرداد العين

قوله (و عليه فيتعين الانتقال الى البدل)

يعنى على ما عرفت من جواز التصرف و يحتمل بعيدا أنه ره يعنى على بقاء الخيار مع التلف و لكن لا يلائم هذا المعنى كلامه بعد ذلك و منه يعلم حكم نقله عن ملكه لتصريحه ح بأن الانتقال الى البدل من اجل جواز التصرف

قوله (و على كل حال فالخيار المتوقع تنجزه الخ)

غرضه بيان عدم الخلاف فى الفرض من حيث الفتوى فلا ينافى ثبوت الاشكال من جهة ما افاده من الوجهين فلا تغفل

قوله (بدون اذن ذى الخيار فيه وجهان)

هذا بالنسبه الى ما بعد الفسخ و اما بالنسبه الى ما قبله فالظاهر عدم الاشكال فى الصحه سواء قلنا بصحة التصرفات الناقله أم قلنا بعدمها الا مع الامضاء و ما تقدم فى طى الاقوال من القول بجواز التصرف مع انفساخه من اصله عند الفسخ إنما هو مخصوص بالتصرفات المنافيه لاسترداد العين و لا يراد منه ذلك حتى فى الاجاره ثم ان اقوى الوجهين هو البطلان لما ذكره المصنف ره من ابطال هذا التصرف لتسلط الفاسخ على اخذ العين و لا اشكال فى تبعيه المنافع للعين و استرداد العين يستلزم استرداد المنافع و ذلك لان الفسخ يقتضى رجوع العين الى ما كانت عليه حين العقد من حال الفسخ و كيف يمكن مع الفسخ و استرجاع العين الحيلولة بينها و بين من رجعت ملكا له فصحة الاجاره بالنسبه الى بعد زمان الفسخ مستلزم لاستحقاق المستاجر لتسلم العين لاجل استيفاء منفعتة و هذا ينافى رد العين الى مالكةا و لو اجره من ذى الخيار او باذنه ففسخ لم تبطل الاجاره و ترد العين الى الفاسخ مسلوب المنفعة و بلا غرامه كما اذا باعه بعد الاجاره و هذا بخلاف الفرض الاول من الاجاره بدون اذنه فان بناء على القول بالصحه فى ذلك الفرض لا بد من غرامه الموجه للمنفعة التالفه فى مده الاجاره لوضوح ان المنافع المستوفاه مضمونه على المستوفى فى الضمان المعاضى

قوله (لم يبطل الاجاره لان المشتري ملك العين الخ)

و تزلزل الملك من حيث الخيار الموجود لا يكون مانعا عن صحه الاجاره و نفوذها لانها كانت باذن ذى الخيار و الاذن الصادر منه لا ينافى صحه الفسخ و تأثيره فى رد العين و ينافى تأثيره فى ابطال الاجاره

قوله (ثم انه لا اشكال فى نفوذ التصرف)

الظاهر ان المراد هو التصرف المخرج عن الملك لا المغير للعين و نحوه و يشهد له التعليل الثانى لسقوط الخيار به

[مسألة المشهور أن المبيع يملك بالعقد، و أثر الخيار تزلزل الملك بسبب قدره على رفع سببه]

قوله (فى هذا الكلام شهادة من وجهين)

الأول التّسبه الى الشّرخ ملك المشتري اذا اختصّ بالخيار الثّانى جعل الماخذ لتملك المبيع بعد الخيار

كون غايه الملك التصرف الممتنع في زمان الخيار فان الممنوع من التصرف في زمان الخيار هو من عليه الخيار و في صوره اختصاص الخيار بالمشتري لا اشكال في عدم المنع عن تصرفه في المبيع فيكون ملكه له بنفس العقد كما ان الظاهر بناء على هذا المآخذ عدم منع البائع اذا كان الخيار مختصا به عن التصرف في الثمن فيكون مالكا له بنفس العقد فان من له الخيار اذا كان قادرا على ابطال العقد لزم ان لا يملك الاخر الا بعد انقضاء الخيار من غير فرق بين البائع و المشتري و اذا كان الخيار لهما لا يملك كل منهما و ذكر المشتري فقط في كلام الشيخ لعله من حيث تعلق العنوان بالمبيع و الا فلا خصوصيه في ذلك

قوله (لكن ينافيه جعل قول ابن الجنيد مقابلا) فان الظاهر من المقابله كون قول ابن الجنيد هو التوقف على انقضاء الخيار مط و هذا ينافي عدم الخلاف في عدم توقف ملك المشتري على انقضاء خياره و حصول الملك بالعقد و انه ينافي ما ذكره الشهيد في مأخذ الخلاف فان بناء على كون الناقل العقد و الغرض من الخيار الاستدراك كان اللازم الملك حال العقد مط و بناء على ان غايه الملك التصرف الممتنع كان اللعازم التفصيل المنسوب الى الشيخ و القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار مط لا يجمع احد الوجهين

قوله و يمكن حمله أيضا على إرادته الملك اللازم)

بل هو قريب من وجوه الاوّل تصدير كلامه بان العقد يثبت بنفس الايجاب و القبول فان الظاهر ان المراد صحه العقد او حصول الملك منه و كل منهما يرجع الى الاخر فان الصحه هو ترتب الأثر و ليس ذلك الا حصول الملك مقارنا و لا يصح ان يكون المراد من لفظ العقد الايجاب و القبول لان المعنى ح ان العقد يثبت بالعقد الثاني ان الملك قد يستعمل في اللزوم كما انه قد يستعمل في الملك اللازم و اما استعمال اللزوم في الملك فلم يعهد من احد و بالجمله لو كان مراده هو القول المشهور صح العبارة من جهة ان العقد يثبت بنفس الايجاب و القبول و من جهة ما هو المعهود في معنى اللزوم و كان ارجاع الضمائر في اللزوم الى العقد في غايه الوضوح و ح فيحمل قوله بعد ذلك ملك المشتري على انه لزم ملكه و قوله لم ينتقل على انه لم ينتقل لازما الثالث ان المشهور عن ابي حنيفة و مالك هو القول بخروج المبيع عن ملك البائع و عدم دخوله في ملك المشتري و بقاء الملك بلا مالك و من البعيد اختيار الشيخ لهذا القول و تركه لما عليه الاصحاب و لذا لا بد من حمل كلامه على هذا التقدير على الكشف كما في المتن

قوله (و ربما ينسب الى المبسوط اختيار المشهور)

التاسع هو صاحب الجواهر

قوله (لكن النسبه

لا يخلو عن تأمل)

لا- بدّ أوّلا من نقل تمام العبارة فعن المبسوط فى كتاب المفلس هكذا و اذا باع عينا بشرط خيار ثلاثه ايام ثم افلسا او احدهما قيل فيه ثلاثه اوجه احدها يجوز للمفلس منها اجازة البيع لان ذلك ليس بابتداء ملك و الملك قد سبق بالعقد المتقدّم و الثّانى انّ له اجازة البيع اذا كان حظه فى الاجازة او رده اذا كان حظه فى الردّ دون الاجازة و امّا ان يجيز و الحظّ فى الردّ فلا- لانه محجور عليه فممنوع من التصرف الا فيما فيه مصلحة لمال او حظّ و الثّالث انّ هذا مبنى على انه متى ينتقل الملك الى المبتاع اذا كان فى العقد شرط خيار الثلاثه فمن قال ينتقل بنفس العقد قال له الاجازة و الفسخ و من قال لا ينتقل الملك الا بانقطاع الخيار لم يجز امضاء البيع و من قال انتقال الملك موقوف فان اجاز البيع تبين انّ الملك انتقل بالعقد فانه لا يجوز له الاجازة و يكون بمنزله من يقول ينتقل الملك بانقطاع الخيار لانّ بفعله يتبين انتقال الملك فكان ممنوعا منه و الاوّل اصحّ الوجه انتهى و وجه التأميل انك ترى المقابلة فى كلامه بين الوجه الاوّل و الثّالث و لازمها انّ المراد من سبق الملك بالعقد المتقدّم المذكور فى الوجه الاوّل ليس هو الانتقال بنفس العقد الذى هو مقاله المشهور فانّ بناء الحكم فى الوجه الثّالث على انّ الملك متى ينتقل الى المبتاع هو صحّحه الوجه الاوّل مط من دون فرق بين الاقوال المذكوره فاخياره الوجه الاوّل لا يدلّ على انّ مختاره حصول الملك بنفس العقد

قوله و قد تقدّم حكاية التوقف)

اي توقف الملك على انقضاء الخيار

قوله (و اكل المال اذا كانت تجاره عن تراض)

فانّ الاستثناء يدلّ على حلّ الاكل بمجرد حصول التجاره و لم يقم دليل فى المقام على توقّفه على شىء اخر كما قام فيما يشترط فيه القبض و عن المستند الاشكال بمنع الملازمه بين تعليق الملك عليه و افادته الملك و فيه انّ الآيه تدلّ على تعليق ايباحه التصرف على التجاره عن تراض و هى صريحه فى حلّ الاكل اذا كانت عن تراض و ليس الملك الا ترتب الاثر

قوله (و يدلّ عليه لفظ الخيار)

قال بعض السّاده المحشّين وجه الدّلاله غير ظاهر اذ يمنع كونه حقّا فى الملك بل هو ملك فسخ العقد ه و فيه انا لا نمنع ممّا ذكره فى معنى الخيار بل المقصود انه لو لا حصول الملك بالعقد لم يكن فى الفسخ حلّ و لا له محلّ كما انه لا خصوصيه فى قولهم (ع) البيعان بالخيار فى الدّلاله على ذلك بل اخبار الخيارات

كلها داله على ذلك

قوله (ألا ان يلتزم بأنه نظير حلّ وطى المطلّقه)

الظاهر أنه لا وجه لهذا الالتزام لأنّ وطى المطلّقه الرجعيه أنما يكون من صاحب الحقّ فيحصل به الرجوع و المفروض في المقام هو جواز النظر ممّن عليه الخيار فيدلّ على ملكه بالعقد و لو لم يكن مالكا قبل الانقضاء لكان النظر حراما عليه

قوله (يقول بالتوقّف في الخيار المنفصل أيضا)

هذا تأييد للتمسك بالإطلاق في دفع احتمال كون النماء في مورد الروايه نماء المبيع في زمان لزوم البيع و الغرض أنّ هذا الحمل لا وجه له فأنه مضافا الى كونه خلاف الاطلاق لم يقل به الشيخ أيضا فلا قائل بهذا التفصيل و لا داعى لحمل الروايه عليه ثمّ أنّ الشيخ لو كان قائلا بالتوقّف في الخيار المنفصل أيضا فلعلّ وجهه أنّ الدخول في الملك في زمان اللزوم و الخروج عنه عند زمان الخيار يستلزم الدخول و الخروج مرّات عديده اذا كان شرط الخيار في شهر دون شهر الى سنتين و هو كما ترى

قوله (في غايه الوضوح لمن تأمل في فقه المسأله)

الانصاف تماميه الاستدلال بالروايه لمذهب المشهور لظهورها في حصول الملكيه و عدم التوقّف من غير فرق بين الكشف و التقل فانّ مجرد التبانى و التواطى على البيع ثانيا لا يوجب ان يكون العقد لازما و تصريح الشيخ في ط بجواز بيعه على صاحبه و المنع عن بيعه على غير صاحبه في المجلس لا يدلّ على كفايه التبانى عنده لاحتمال كون الوجه في منعه عن البيع على غير صاحبه هو ما اختاره من التوقّف و عدم حصول الملك في زمان الخيار و الوجه في تجويزه للبيع على صاحبه هو التعبد لاجبار العينه

قوله (و مثل هذه الروايه في عدم الدّلاله و لا الاستيناس)

الانصاف أنّها كذلك فأنها ليست في مقام بيان حصول الملكيه بنفس الشراء حتّى يتمسك بإطلاقها لصوره البيع ثانيا في ذلك المجلس بل هي وارده مورد حكم اخر و الظاهر أنّ هذا هو مقصود المصنّف من وجه عدم الدّلاله حيث يقول فانّ الظاهر أنّ قوله أنّما يشتره الخ اشاره الى أنّ هذا ليس من بيع ما ليس عندك ثمّ وجه ثانيا عدم الدّلاله بأنّ الغالب وقوع الشراء الأوّل في غير مجلس الشراء الثانى و لو فرض اجتماعهما في مجلس واحد كان التعريض للبيع مسقطا للخيار المشتري و دالّا على سقوط خيار البائع و فيه أنّه لو فرض الاطلاق كان التمسك بالصّحيحه للقول المشهور في محلّه لأنّ التعريض كما عرفت ليس مسقطا للخيار و الحمل على ما هو الغالب خلاف الاطلاق

قوله (و نحوه في الضّعف الاستدلال في التذكرة)

تنظير هذا الاستدلال بالاستدلال بالصّحيحه لاجل أنّ الجواب الأوّل عن التمسك بصّحيحه محمّد بن

مسلم كان عدم كونها في مقام بيان حصول الملكيه في زمان الخيار بل هي في مقام بيان حكم اخر و هذا هو الجواب أيضا عن هذا الاستدلال حيث أنّ النصوص الدالّة على كون مال العبد للمشتري من غير تقييد بانقضاء الثلاثه مسوقه لبيان ثبوت المال للمشتري على نحو ثبوت العبد له لا لبيان ثبوت الخيار و عدمه و لا لبيان زمان حصول الملكيه

قوله (و اشدّ ضعفا من الكلّ ما قيل)

استدلّ بهذا الوجه و تاليه صاحب الجواهر

قوله (و هو أنّ الخراج بالضمان بناء على أنّ المبيع الخ)

و تقرّبه أنّه اذا كان المبيع في ضمان المشتري فخراجه له أيضا بحكم النبوي و بقاعده التلازم بين ملك المنفعة و ملك العين يثبت حصول الملك بالعقد و وجه الاختصاص بالخيار المشترك او المختصّ بالبايع هو أنّ الخيار لو كان مختصّا بالمشتري كان الضمان على البائع و سيجيء الاستدلال عليه في المسأله الآتية و يندفع مضافا الى ما في المتن بما سبق في الامر الثالث من الامور المتفرّعه على القبض بالعقد الفاسد في معنى الخراج بالضمان و علمت أنّ المعنى هو أنّ تملك المنافع و استحقاقها بسبب التعهّد بالعين و تعهّد ضمانها سبب لاستحقاق المنافع و ليس المعنى كون المال في عهده الضامن سواء كان بجعل منه او من الشارع و على المعنى الأوّل يكون مفاده أنّ الضمان العقدي يقتضى ان يكون المنافع بإزائه فلا ينافى تملكه لمنفعته كونه في عهده الغير و كذا لا ينافى ضمانه على مالكة كون المنفعة لغيره فراجع

قوله (و قد ظهر بما ذكرنا أنّ العمده في قول المشهور الخ)

وقع التمسك في كلماتهم لما هو المشهور بادله غير ما سمعت فمنها اخبار خيار التأخير المشتمله على أنّه ان جاء قبل الثلاثه فله بيعه و الا فلا بيع له و فيه أنّ الحكم باستحقاق البيع قبل الثلاثه و عدمه لا دلالة و لا ايماء على حصول الملكيه قبلها و منها مفهوم الاخبار الدالّه على أنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه من دون تقييد بمضى زمان الخيار و فيه أنّ كون التلف بعد القبض من المشتري الّذى هو مفهوم تلك الاخبار و منطوق روايه عقبه بن خالد الآتية في احكام القبض و ان كان يقتضى الملكيه الا أنّ تقييد كون التلف بعد القبض من المشتري بما اذا كان الخيار للبائع كما يأتي يوجب التفصيل في حصول الملكيه بنفس العقد بين ما اذا كان الخيار للبائع او للمشتري و هو كما ترى و اما روايه عقبه بن خالد الدالّه بمنطوقها على انتقال الضمان بالقبض الى المشتري من دون تقييد بمضى زمان الخيار او نفى الخيار فالحكم فيها بالضمان أنّما هو بعد الاخراج من بيت

البائع الظاهر فى حصول الافتراق و غير خيار المجلس منقًى بالاصل مع ان صدر الزوايه يدل على نفى الخيار مط فانه سئل عمّن اشترى متاعا من رجل و اوجب له و هذا كناية عن نفى الخيار و منها غير ذلك و هو فى غايه الضعف

قوله (و على اى حال فهذه الاخبار اما ان يجعل مخصّصه)

لنا أولا- انكار التعارض و انه لا- وجه للكلام فى التكافى و عدمه و ذلك لنى الملازمه بين كون التلف من احدهما و ثبوت الملكيه له و لا- دليل عليها اصلا و من المسلّم كون التلف من البائع قبل القبض و ان لم يكن خيار لاحدهما و كذا فى زمان الخيار للمشتري على القول بتملكه و الغايه ان هذه الاخبار تدل على ان التلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له و هذا ممّا قام عليه الاجماع و لا ينافى حصول الملك بالعقد و انما ينافيه من حيث استلزامه لكون التلف من المشتري فيخرج بالنصّ و الاجماع عمّا يستلزمه الملك بالعقد كما يخرج بهما فى التلف قبل القبض حيث ثبت بهما انه من مال بايعه سواء كان للمشتري خيار أم لا فكما نقول فى التلف قبل القبض انه يفسخ العقد من حينه و يقدر دخوله فى ملك البائع آنا ما قبل التلف و يكون التلف كاشفا كذلك نقول به فى المقام بل ارتكاب تقدير الدخول آنا ما فى المقام لازم على كل حال فانه اذا كان الخيار للبائع وحده و تلف المبيع كان مقتضى قاعده التلف ممّن لا- خيار له كون التلف من مال المشتري و اذا كان الخيار للمشتري و تلف الثمن فانه من مال البائع و لا بدّ من تقدير الدخول آنا ما فى ملك المشتري فى الاول و البائع فى الثانى على قول توقّف الملك بانقضاء الخيار و بالعكس من ذلك فى الصورتين على قول المشهور فلا- بدّ من الخروج عن القاعده و ارتكاب تقدير الدخول فى كل من الصور الاربع و هى تلف المبيع او الثمن و كون الخيار للبائع او المشتري على كل من القولين

فان قلت قد علّق (ع) فى صحيحه ابن سنان أولا صيروره المبيع للمشتري بانقضاء الخيار و حكم ثانيا بان التلف فى زمان الخيار من مال البائع فقوله (ع) حتّى ينقضى الشرط ثلاثه ايام و يصير المبيع للمشتري و كذا قوله فهو من مال البائع حيث ان الظاهر عود الضمير الى المبيع ظاهر ان مع قطع النظر عن الملازمه بين كون التلف من احدهما و ثبوت الملكيه له فى توقّف الملك على انقضاء الخيار و عدم حصوله للمشتري قبله

قلت لا اشكال فى اظهره الاخبار المتقدمه الداله على حصول الملك بالعقد من ذلك بل بعضها صريحه فى الملك و كيف يقاوم ظهور صحيحه ابن سنان مع صراحه قوله (ع) ليس متاعك فى صحيح بشار مع امكان حمل صحيحه ابن سنان

و غيرها على عدم اللزوم و الاستقرار و بالجملة لا- تعارض بين مضمون كل من اخبار الطرفين و مدلوله المطابقي و هو كون التلّف ممّن لا- خيار له في طائفه و حصول الملك بالعقد في اخرى و أنّما التعارض بين لازميها بناء على ثبوت الملازمه بين الضمان و الملك و قد عرفت منعها عقلا و شرعا و لا تعارض أيضا من حيث ظهور صحيحه ابن سنان من جهة الاظهرية التي اشرنا إليها و لو سلّمنا المعارضه فالترجيح للدلالة المتقدّمة من جهات و هي الكثرة و الاعتضاد بالشّهرة بل الاجماع و موافقه الكتاب و مخالفه العامه كأبي حنيفة و مالك و الشافعي في احد اقواله و الموافق لنا احمد و الشافعي في احد اقواله و صراحه اخبار الشرط و اخصيه الاخبار المستدلّ بها للشيخ من المدعى و عدم المعاضد لها الا موافقه الاصل و في كونه مرجحا خلاف و قد يق بمعارضه اصاله عدم حصول الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار باصاله براه ذمه المشتري من المنافع المتلفه عنده في زمان الخيار قبل الفسخ و هو مردود بأنهما من باب السببيه و المسببيه فالمتعين على تقدير المعارضه و عدمها حمل الصيروره للمشتري على الاستقرار و تقدير الدخول في ملك من لا خيار له آنا ما كما في التلّف قبل القبض بقى شىء و هو توضيح ما اشار إليه المصنّف ره في صدر الاستدلال من أنّ ما دلّ على كون تلف المبيع من مال البائع في زمان الخيار يدلّ بضميمه قاعده كون التلّف عن المالك لانه مقابل الخراج على كونه في ملك البائع و يريد المستدلّ أنّ النبوى الخراج بالضمان يدلّ على أنّ المنافع بإزاء الضمان فكون التلّف على البائع و في ضمانه في زمان خيار المشتري يقتضى ان يكون منافع المبيع للبائع و اذا كانت المنافع له لم يحصل الملك للمشتري و الا لكانت المنافع له من حيث تبعيتها لملك العين و الجواب مضافا الى ما سبق من أنّ النبوى لا يدلّ الا على ما هو مقتضى المعاوضه من أنّ التضمين العقدي بإزاء المنافع و لا دلالة فيه على كون الشخص ضامنا بإزاء الخراج أنّه لا يدلّ على ما هو المنسوب الى الشيخ لانه قائل بحصول الملك للمشتري مع اختصاص الخيار به

[مسألة و من أحكام الخيار، كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار في الجملة]

قوله و من احكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار)

الظاهر أنّه لا- خلاف في اختصاص هذا الحكم بالبيع دون سائر العقود و وجهه واضح لانه على خلاف القاعده و اختصاص الاخبار الوارده بالبيع و لا- خلاف أيضا في أنّ مورد هذا الحكم هو الخيار المختصّ باحد المتبايعين و لا- يجرى في الخيار المشترك و ان كان ظاهر الاخبار الوارده هو الحكم مطلقا و لو كان الخيار لاجنبى من جانب احدهما فالظاهر

عدم جريان الحكم لأنه على خلاف القاعده و المتيقن من الاخبار هو صورہ الاختصاص بالمشتري و لو كان للمشتري و للاجنبي من جانبہ أيضا فالظاهر الجريان خلافا للجواهر حيث مال الى العدم كالصوره السابقه و ضعفه واضح و لو كان للمشتري و لاجنبى من جانب البائع فالظاهر عدم الجريان لانعقاد الاجماع على ثبوته فى الخيار المختص

قوله (على المعروف بين القائلين)

حيث يكون الحكم ح على خلاف القاعده و قد يتفق كون الحكم على القاعده حتى على القول بعدم توقف الملك على انقضاء زمان الخيار و حصوله للمشتري بالعقد و ذلك كما لو تلف المبيع فى يد المشتري مع اختصاص الخيار بالبائع او تلف الثمن فى يد البائع مع اختصاصه بالمشتري لو قلنا بهذا الحكم فى طرف الثمن أيضا

قوله (فتثبت القاعده المعروفه)

و لكن فى فهم هذا المناط كما ستسمعه تأمل بل منع من جهات احدها ظهور الصيحيه باعتبار لفظه حتى الظاهره فى الامتداد فى عدم التعدى عن الثلاثه و هذا ما افاده قدس سره فى المتن ثانيها ظهور الصيحيه من جهه قوله (ع) و ان كان بينهما شرط اياما معدوده فيما كان زمان الخيار مضبوطا و هذا انما يتم فى خيار الحيوان و الشرط فلا يجرى فى خيار المجلس لعدم كونه مضبوطا و ليس له وقت محدود و زمان معين فضلا عن الخيارات الاخر فان الغايه هو الغاء خصوصيه الايام و شمول الصيحيه لمثل شرط الخيار فى الساعه او الساعتين مما يكون الزمان معلوما و اما الغاء جميع الخصوصيات و جعل المناط صيروره المبيع لازما على المشتري بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه فهو خلاف الظاهر و لا وجه له اصلا ثالثها ان لفظه حتى تستعمل غالبا فى الغايه و قلما تستعمل فى مقام العليه و لا يمكن ان يستظهر منها العليه الا بقريته واضحه و بالجمله فالذى يقوى فى نفسى هو ما افاده المصنف ره من ان الصيحيه مختصه بالخيارات الثلاثه على تأويل فى خيار المجلس وجه التأمل هو انه و ان امكن جعل المناط انقضاء الشرط الذى يطلق على خيار المجلس فى الاخبار و انه و ان لم يكن محدودا فى منتهاه بزمان معين الا ان التحديد بالافتراق يجعله مضبوطا و انه من قبيل الخيارين من حيث كونه مجعولا ابتداء الا ان الجمود على ظاهر الصيحيه و عدم قيام دليل قطعى على ثبوت الحكم فى خيار المجلس يقتضى عدم التعدى من الخيارين الحيوان و الشرط الى غيره اصلا

قوله (فان ظاهره كفايه مطلق الخيار)

و ان احتمل بعيدا عدم الدلاله فانه فى مقام بيان الغايه لحكم ضمان ما قبل القبض لا فى مقام

بيان الضمان و عدمه من حيث الخيار

قوله (او الامه المدلّسه فلا شىء)

توضيح العبارة يظهر ممّا نقله أيضا فى مسئله أنّ ظهور الغبن شرط شرعىّ لحدوث الخيار او كاشف عقلىّ فراجع

قوله (نفى ذلك الاحتمال)

مفعول لقوله ذكر

قوله (و فى الاعتماد على هذا الاستظهار تأمل)

و وجهه مضافا الى ما تقدّم جعله (ع) ثلاثه ايام بدلا عن الشرط فى قوله حتى ينقضى شرطه ثلاثه ايام و يصير المبيع للمشتري فالشرط المذكور فى هذه الجملة ليس الا خيار الحيوان مضافا الى تفسير الشرط فى بعض الزوايات بخيار الحيوان

قوله (و لو كان منفصلا بناء على أنّ البيع مترزل

يستفاد من كلامه قدس سرّه التفصيل بين ما لو كان الخيار منفصلا فى خيار المجلس و الحيوان و الشرط فيجرى القاعده كما لو شرط فى خيار المجلس سقوطه من حال العقد الى ساعه مثلا مع بقاءه بعدها الى اخر المجلس و فى خيار الحيوان سقوطه الى يوم و بقاءه بعده الى آخر الثلاثه و ما لو كان الخيار منفصلا من جهه سائر الخيارات كالغبن و العيب و نحوهما فلا يجرى و هذا هو الحقّ الّذى لا- محيص عنه و قد يقال أنّ الظاهر اختصاص القاعده بما اذا كان الخيار متّصلا بالعقد فلا يجرى فى الخيار المنفصل حتى فى خيار الحيوان مدّعا لصدق أنّه صار المبيع للمشتري بمعنى أنّه لزم بالنسبه إليه و هو فى غايه الضعف لوضوح أنّ الخيار فى المجمعول ابتداء من حين العقد كخيار الحيوان و شرط الخيار و ان اسقطا بعضه يصدق كون البيع مترزلا و لو قبل حضور زمان الشرط و هذا بخلاف التزلزل الحادث الّذى ليس مجعولا ابتداء من الشرع او المتبايعين سيّما على القول المشهور من حدوث التزلزل عند ظهور سبب الخيار

قوله (فهى توجب التزلزل عند ظهورها)

قال بعض هذا مناف لما قواه سابقا من كون الخيار فى الغبن و العيب من حين العقد لا من حين الظهور و هذا عجيب فأنّه قد فصل هناك بين ما لو اريد من الخيار السيلطنه الفعلية التى يقتدر بها على الفسخ و ما لو اريد منه مجرد ثبوت حقّ للمغبون و منه يظهر أنّه ينكر تزلزل العقد ظاهرا قبل ظهور الغبن و قد جعل التلّف من آثار السيلطنه الفعلية و قال أنّ الظاهر أنّه قبل ظهور الغبن من المغبون اتّفاقا و لو قلنا بعموم قاعده كون التلّف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له لمثل خيار الغبن

قوله (ثمّ أنّ مورد هذه القاعده أنّما هو ما بعد القبض)

قد يتوهم أنّ هذه القاعدة بإطلاقها

تعارض قاعده تلف المبيع قبل قبضه تعارض العامين من وجه لأن هذه القاعده تعمّ ما قبل القبض و بعده إلا أنّها مختصّه بوجود الخيار و الثانيه مختصّه بما قبل القبض و تعمّ وجود الخيار و عدمه فتعارضان في صورتى تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع و الخيار للبائع فقط و تلفه بعد قبضه و الخيار للمشتري كذلك و لا تعارض في صورتى تلف المبيع قبل قبضه و الخيار للمشتري فقط و تلفه بعد قبضه و الخيار للبائع كذلك و اذا كان التعارض بالعموم من وجه لزم الرجوع الى المرجح في تخصيص احد العامين و هو في غير محلّه فإنّ الظاهر من قوله (ع) و ان كان بينهما شرط اياما معدوده فهلك في يد المشتري في صحيحه ابن سنان و من قول السائل فماتت عنده في روايه عبد الرحمن هو اختصاص هذه القاعده بما بعد القبض و ما ذكرنا هو الوجه في عدم ملاحظه الاصحاب للعموم من وجه و اتّفاقهم على اختصاصها بما بعد القبض و مرسله ابن رباط و النبوى المروى في قرب الاسناد و ان كانا مطلقين إلا أنّه لا بدّ بقريته ما سبق و لو بمعونه فهم الاصحاب من تقييدهما بذلك أيضا و لو سلّم التعارض فالترجيح في الصوره الاولى من صورتى التعارض لقاعده التّلف قبل القبض لأنها مستفاده من النصّ الخاصّ و هو روايه عقبه بن خالد و اما قاعده كون التّلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له فدليلها من صحيحه ابن سنان و غيرها مختصّ بحسب المورد بخيار المشتري و ضمان البائع و اذا كان بالعكس فالحكم فيه أنّما هو بفهم المناط من مورد الادله كما علمت ذلك من عباره السرائر و لا اشكال ح في أنّ الظهور الحاصل من المدلول المطابقى لروايه عقبه بن خالد اقوى من الظهور الحاصل من الطائفه الثانيه بحسب فهم المناط كما لا يخفى هذا مضافا الى موافقته أيضا لقاعده كون التّلف من المالك و من الصوره الاولى أيضا ما تقدّم عن مجمع البرهان من تلف المبيع بعد الثلاثه مع خيار التّأخير من البائع و في الصوره الثانيه لقاعده كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار لأنها المدلول المطابقى لصحيحه ابن سنان و غيرها من الاخبار المتقدمه المعترضه بالاجماع و العدى يسهّل الخطب عدم الخلاف في اختصاص قاعده الضمان بمن ليس له الخيار بما بعد القبض و لا خلاف في حكم الصورتين سواء قلنا بالتعارض و لزوم التّرجيح او عدمه

قوله (و اما عموم الحكم للثمن و المثمن)

ظاهر كلمات الاصحاب عدم الفرق بينهما و في الرّياض بعد بيان قاعده ما اذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بايعه و كذا لو تلف المبيع او الثمن بالآفه الالهيه بعد قبضه و قبل انقضاء خيار المشتري او البائع فإنّ التّلف في مدّه الخيار ممّن لا خيار له بلا خلاف اجده انتهى و لكن دعوى وحده المناط

بأن نسبة الثمن المقبوض للبائع و الخيار مختص به كنسبه المبيع المقبوض للمشتري اذا كان الخيار مختصا به غير مسموعه و قد مرّ بعض الكلام في ذلك في بعض الامور المذكوره في بيع الخيار و لا اشكال في ان مقتضى الاحتياط خلافه و ذلك لاجل الاقتصار فيما خالف القواعد على المتيقن خروجه منها و هو المبيع فلا يتعدى الى الثمن

قوله (مضافا الى استصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض)

هذا مبني على ما هو الظاهر من عدم الخلاف كما سيأتي في جريان قاعده التلف قبل القبض في الثمن

قوله (و حيث ثبت المخالفه قبل القبض فالاصل بقائها)

و يكون الاصل السببي و هو بقاء الضمان حاكما على الاصل المسببي و هو اصاله عدم الانفساخ فالدليل على عموم الحكم للثمن و المثلن هو استفاده وجود المناط القطعي في الثمن و على فرض عدمه يتمسك بالاستصحاب المذكور و لا يكون الاستصحاب معارضا لقاعده كون التلف على المالك فان هذه القاعده مخصيه بصوره التلف قبل القبض و مع الشك في بقاء الضمان بعد القبض يستصحب الضمان و لا يتمسك بالقاعده لما افاده قدس سره في خيار الغبن و في مسئله كونه على الفور او التراخي من ان المرجع هو استصحاب حكم الخاص لا عموم العام و لما افاده في المقام من ان الاستصحاب في الحقيقه ليس مخالفا لتلك القاعده بل هو مخالف لاصاله عدم الانفساخ و حيث ثبت المخالفه قبل القبض باليقين من جهه قاعده الضمان قبل القبض فالاصل بقائها بمعنى بقاء ضمان المشتري له الثابت قبل القبض و هو حاكم عليها و قد يستشكل على استصحاب الضمان تاره بانه شك في المقتضى و فيه ما لا يخفى لوضوح ان بقاء الضمان الثابت اذا عد من الشك في المقتضى لم يبق للشك في الزافع مورد اصلا و هذا بالنظر الى مختار المصنف من عدم حجيه الاستصحاب في الشك في المقتضى و على المختار من حجتيه مط فلا وجه للاشكال اصلا و اخرى بعدم بقاء الموضوع لانه المال الغير المقبوض و فيه ان المدار في بقاء الموضوع على فهم اهل العرف و لا اشكال في ان الموضوع عندهم هو خصوص المال المنقول و ثالثه بانه من الاستصحاب التعليقي لادن المستصحب هو ضمان المشتري على تقدير التلف و فيه ان المستصحب هو الضمان و هو حكم شرعي الا ان معناه ثبوت العوض على تقدير التلف فهو حكم تنجيزي و لو سلم كونه تعليقيًا فلا اشكال في جريان الاستصحاب فيه كجريانه في التنجيزي و كون الحكم منجزا او معلقا لا يوجب فرقا في اجراء الاصل ضروره عدم فقدان الحكم المعلق شيئا

مما يكون المنجز واجدا له في باب الاستصحاب و ما يتخيل من عدم الوجود للحكم المعلق دون المطلق فمردود بان المعلق أيضا موجود بنحو التعليق و لا يعتبر في الاستصحاب ازيد من الشك في بقاء شىء كان على يقين منه و اختلاف نحوى الثبوت لا يكاد يوجب التفاوت فيما يعتبر في الاستصحاب فان الحكم المعلق أيضا مأخوذ من الشارع و يناله يد التصرف نفيًا و اثباتًا و قابل للبقاء بعد الحدوث و الارتفاع و متيقن في الزمان السابق و مشكوك في اللاحق و ينطبق عليه تعريف الاستصحاب و هو الحكم بالبقاء من الشارع فيما شك في بقاءه و ارتفاعه و كذا الاخبار الدالة على حججه فان الحكم المعلق كان يقينى الثبوت و لا ينبغي ان ينقض اليقين بالشك

لا- يقال ان الاستصحاب مبين لوظيفة الشاك في مقام العمل و الحكم التعليقى عند عدم تحقق ما علق عليه ليس بحكم فعلى عملى

لانا نقول اما القضية المتيقنه فهى قد قام عليها الدليل الاجتهادى و ليس من شأنه بيان حكم العمل فعلا و اما القضية المشكوكه فالدليل عليها و ان كان هو الاستصحاب و القاعده المجهوله للشاك في مقام العمل الا ان مقتضاه هو اثبات الحكم في مقام العمل عند تحقق المعلق عليه و لو لم يكن العمل فعليًا لانه لا يعتبر في اجراء الاستصحاب ازيد من ان يكون بلحاظ العمل و لذا يجوز للمفتى ان يكتب فتواه في رسالته المعده لذلك و يكون دليه الاستصحاب او سائر الاصول المقرره للشاك في مقام العمل مع ان المقلد المرسل إليه لا يعمل بذلك الفتوى الا بعد مضي سنوات بل بعد الممات بناء على جواز البقاء و لو سلم كون استصحاب الضمان و انفساخ العقد تعليقيًا و سلم عدم جريان الاستصحاب التعليقى نقول انه لا يصل التوبه الى استصحاب عدم الانفساخ و ذلك لان لنا في كل استصحاب تعليقى مستصحب تنجيزى يكفينا استصحابه عن استصحاب الموجود التعليقى و هو الملازمه بين تلف العين قبل القبض و ضمانه على من هو فى يده اى انفساخ العقد و الملازمه امر موجود منجز لان مرجعها الى الشرطيه التى تصدق مع صدق الشرط و كذبه و اذا ثبت الملازمه فى الزمان اللاحق بالاستصحاب و فرض صدق الملزوم و هو التلف يلزمه الحكم بثبوت اللمازم و هو الضمان فان قلت استصحاب الملازمه لاثبات اللمازم فى زمان الشك مثبت لان اثبات صدق اللمازم باستصحاب الملازمه مع صدق الملزوم عقلى لا شرعى قلت هذا يتم اذا كان الملازمه عقليًا و أما اذا كانت شرعيه فصدق اللمازم عند صدق الملزوم شرعى فان قلت الملازمه الثابته فى القضايا الشرعيه التعليقيه

قد يكون من المجعولات الشرعيه بحيث يصدق على الموضوع أنه ذا حكم شرعي كما اذا قال ماء العنب ينجس اذا غلى بحيث يكون غرضه جعل هذا الحكم الشأني لماء العنب وقد يكون من الامور الانتزاعيه كما اذا قال ماء العنب الغالي نجس فقبل الغليان لا حكم لماء العنب لكن يصح عقلا ان يقال هذا الماء بحيث لو غلى يصير نجسا فهذه الملازمه ليست مجعوله شرعا و كذا اذا قال ان استطعت فحج كان الملازمه بين الاستطاعه و وجوب الحج حكما شرعيًا و ان استطاع و شك في وجوب الحج عليه من جهه من الجهات يقول الاصل بقاء وجوبه على تقدير الاستطاعه و أما اذا قال المستطيع يحج لم يكن في السابق وجوب فعلي و لم يكن الملازمه الا امر انتزاعيًا و مثله اذا قال يجب على البالغ كذا فقبل البلوغ لا حكم اصلا و في المقام لو كان الصادر عن الشارع مفاده لو تلف يفسخ كان الملازمه بين التلف و الانفساخ حكما شرعيًا و اذا شك في بقاء هذه الملازمه جاز الاستصحاب و أمّا اذا كان مفاده امرا معلقًا و كان المجعول هو الانفساخ الفعلي عند التلف كانت الملازمه امرا انتزاعيًا و قبل التلف لا حكم حتى يستصحب و المرجح هو اصاله عدم الانفساخ و القدر المسلم من كلام الشارع في التلف قبل القبض هو الوجه الثاني فالملازمه المذكوره المستصحبه من الانتزاعات العقلية لا من الاحكام المجعوله الشرعيه قلت بعد تسليم الفرق بين الكلامين المفروض صدور احدهما و الغض عما قدّمناه أنه لا اشكال في ظهور ما دل على قاعده التلف قبل القبض من النبوى المشهور كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و مجموع كلام ابى عبد الله (ع) في روايه عقبه بن خالد في الوجه الاول من الوجهين المذكورين و بالجمله فالظاهر عدم الاشكال في الرجوع الى استصحاب حكم الخاص لا عموم العام و حكومته على استصحاب عدم الانفساخ

قوله و هذا ممّا لا يدلّ عليه الاخبار المتقدمه فتأمل)

لمّا افاد أولاً- عدم الفرق بين الثمن و المثل من حيث الفرق بين تلف الشخصى و الفرد من الكلى لاین الظاهر من الاخبار المتقدمه كون التلف من ملك البائع و هو الضمان المعاوضى الثابت قبل القبض و هذا يتم في الشخصى لأن الضمان المعاوضى و كون التلف من مال البائع يقتضى انفساخ العقد و رجوع المبيع الى ملك البائع حتى يكون التلف من ماله و اما في الكلى فلا يقتضى كون التالف من البائع الا كون المقبوض كغير المقبوض و لا- يلزمه انفساخ العقد اشار بالتأويل ثانيا الى ان الاخبار المتقدمه ليس فيها اشاره

الى انفساخ العقد حتى يقال بعدم جريانه فى الكلى بل استفيد ذلك من حيث ان كون التلف من مال البائع لازمه الانفساخ فى خصوص الشخصى فيمكن ان يقال بثبوت التلف من مال البائع بمقتضى اطلاق الاخبار و هذا فى الشخصى يلزمه انفساخ العقد و الضمان المعامضى و فى الكلى عدم الانفساخ و الضمان بلزوم اداء فرد اخر من الكلى و بالجمله الامر بالتأمل إشاره الى اطلاق الاخبار بكون التلف من مال البائع و منع عدم دلالتها على الحكم فى المبيع الكلى و لو بغير الضمان المعامضى و يتبعه الكلام فى الثمن و يمكن ان يكون إشاره الى ان المبيع و ان كان كلياً الا ان بعد دفع الفرد يصير الكلى متشخصاً به و منطبقاً عليه كأنه هو المبيع و العقد واقع عليه و حكم الشارع بتلف المبيع من مال البائع يصدق عليه و لازمه انفساخ العقد لان دفع الفرد فرغ ذمه البائع فلا فرق بين الشخصى و الكلى فتدبر

قوله (بل هو ظاهر القاعده و هى ان التلف فى مده الخيار ممن لا خيار له)

ليس الغرض ظهورها فى الانفساخ حتى يستشكل فى ذلك بأنها شامله لما اذا كان الحكم على وفق قاعده كون الضمان من مال المالك كما لو تلف المبيع فى يد المشتري مع اختصاص الخيار بالبائع او تلف الثمن فى يد البائع مع اختصاصه بالمشتري و فى هذين الموردين لا- داعى الى الانفساخ بل الغرض ظهورها كما فى المتن فى ان معنى تلفه منه تلفه مملوكاً له و ان كان لازمه الانفساخ فيما كان الحكم على خلاف تلك القاعده

قوله (و الحاصل ان إرادته ما ذكرنا من الضمان مما لا ينبغى الرب فيها)

فان قيل وقع السؤال فى صحيحه ابن سنان عن تلف الوصف أيضاً حيث يقول السائل فيموت العبد او الدابة او يحدث فيه حدث على من يكون ضمان ذلك و من المعلوم ان الاوصاف ليست مضمونه بالضمان المعامضى لان الاوصاف لا تقابل بشىء من الثمن فالضمان فى القاعده لا بد و ان تحمل على ضمان المثل او القيمه لتعم تلف العين او الوصف قيل معنى الضمان هو اندراج المال فى الذمه و كون عهده على الضامن و هذا معنى واحد يقتضى آثاراً مختلفه حسب اختلاف المقامات و ليست تلك الآثار جزء من معناه و ليس حقيقه الضمان كون درك المضمون و خسارته عليه فان كون الغرامه و الخساره على الضامن من لوازم معنى الضمان و الخروج عن عهده المضمون به يختلف باختلاف المقامات أيضاً فقد يقتضى العوض المسمى و ذلك فيما تعهد الضامن ضمان المسمى و أمضاه الشارع و قد يقتضى العوض الواقعى و ذلك فيما لم يكن تسميه كما فى الغصب او كانت و لم يمضها الشارع كما فى المقبوض بالعقد الفاسد فليس مقتضى الضمان بقول مطلق لزوم تداركه

بعوضه الواقعي او العوض المسمي و في الجميع بمعنى واحد و في المقام حيث ان الظاهر من قوله (ع) على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام و يصير المبيع للمشتري بقاء الضمان السابق و ان القبض كالعدم فان معنى كلامه (ع) و الله اعلم ان القبض ليس غايه للضمان بل الغايه انقضاء شرطه و كون المبيع مستقرًا عليه و كان الضمان السابق بالمسمي و أمضاه الشارع فلا وجه للحمل على الضمان الواقعي و حيث كان الضمان في جميع الموارد بمعنى واحد و هو العهده كان المعنى ان عهده الوصف و الموصوف على من لا- خيار له و تلف الموصوف يقتضى الانفساخ و تلف الوصف يقتضى بقاء خيار تخلفه دون الغرامه لا بالضمان الواقعي و لا- بالمعاوضي و بالجمله ليس معنى ضمان الوصف هو الغرامه حتى يكون مقتضاه ما توهم و ليس نفس الضمان في العين و الوصف بمعنيين

قوله في الفرع السادس من فروع خيار الشرط)

لا يخفى ان قوله و بعده لا يبطل الخيار و ان كان التلف من البائع كما اذا اختص الخيار بالمشتري يدل على عدم الانفساخ فانه جمع بين بقاء الخيار و كون التلف من البائع اذا اختص الخيار بالمشتري و من الواضح ان بقاء الخيار لا يجتمع مع انفساخ العقد

قوله (فلو فسخ البائع رجع بالبدل)

تفريع على ما ذكره من ان التلف بعد القبض لا يبطل الخيار و ليس ناظرًا الى ما بعده من صورته التلف من البائع

قوله (و العبارة محتاجة الى التأمل من وجوه)

الأول التأمل في مبناه فان قوله و بعده لا يبطل الخيار ظاهر في الضمان الواقعي دون المعاوضي الثاني ان في قوله فلو فسخ البائع رجع بالبدل في صورته عدم ضمانه تقييد لرجوع البائع بالبدل عند فسخه بصوره عدم ضمانه و من الواضح ان مع كون الخيار للبائع و فسخه لا يتصور ضمانه حتى يكون للتقييد بعدم ضمانه محل فان ضمانه لا يكون الا اذا اختص الخيار بالمشتري و رجوع البائع الى المشتري بالبدل لا- يكون الا اذا كان الخيار مختصًا بالبائع و ذلك لانه اذا كان الخيار مختصًا بالمشتري فهو يرجع الى البائع و يكون البائع ضامنًا و اذا كان مشتركًا فضمان كل منهما لا يمنع عن رجوع كل الى الاخر فعند تلف المبيع عند المشتري و الثمن عند البائع و وقوع الفسخ منهما يرجع البائع الى المشتري ببدل المبيع و المشتري الى البائع ببدل الثمن و بالجمله لا يختص رجوع البائع الى المشتري بالبدل بصوره عدم ضمانه و لا- يكون البائع ضامنًا في الخيار المختص به حتى يصح التقييد بعدم ضمانه هذا و لكن يمكن تصوير الضمان مع كون الخيار له فيما اذا كان هو السبب للتلف فعلى القول بعدم سقوط الخيار بالاتلاف صح

التقييد و يكون مقصوده أنه لو فسخ البائع رجع ببديل المبيع الى المشتري أذا كان البائع هو المتلف فلا رجوع له و اذا فسخ فلا شىء عليه غير رد الثمن الثالث أن فى قوله و لو فسخ المشتري رجع بالثمن الخ حكم بغرامه البديل فى صوره ضمان المشتري مع أن فى خيار المشتري يكون الضمان على البائع لقاعده كون التلف ممن لا خيار له و لكن يمكن ان يكون الشهيد قدس سره ناظرا الى ما اذا كان المشتري هو المتلف كما فى الصورة السابقه و الى ما اذا كان الخيار مشتركا لأنه لا ضمان ح على البائع لاختصاص القاعده بالخيار المختص الرابع أن قوله و لو اوجه المشتري فى صوره التلف الخ موهم لجواز الايجاب أا أنه لا يؤثر فى تضمين البائع مع أنه اذا كان الايجاب بعد التلف فلا محل له لأنه صرح بطلان العقد لو تلف المبيع قبل قبضه فلم يكن ايجابه قابلا- لان يؤثر حتى يقال بأنه لم يؤثر و اذا كان الايجاب قبل التلف كان اثره سقوط الخيار و لزوم العقد لا غيره و لا فرق فى الحكم بأن التلف قبل القبض من مال بايعه و يوجب بطلان البيع بين ان يكون العقد لازما او خياريا و سقوط الخيار قبل التلف لا يوجب بقاء العقد عند التلف حتى يمكن تاثيره فى تضمين البائع فلا وجه لجواز تأثير الايجاب فى تضمين البائع مط حتى يقال بأنه لم يؤثر فى تضمين البائع و يمكن تصحيحه بأن عدم تاثير الايجاب فى تضمين البائع يمكن ان يكون من جهه أنه لا محل له و يمكن ان يكون من جهه اخرى و الظاهر أن كلامه ناظر الى الجهه الاولى و عدم الأثر لا يجاوبه رأسا لحصول الانفساخ عند التلف الخامس أن النظر و التردد فى قوله و فى انسحابه فيما لو تلف بيده فى خياره نظر مناف لما حكم به فى السابق من أن تلف المبيع بعد قبضه لا يبطل الخيار فان لازمه أن مع ثبوت الخيار و عدم بطلان البيع لو اوجه يجوز له تضمين البائع و اخذ المثل او قيمه منه سواء كان الضمير فى انسحابه راجعا الى عدم التأثير كما هو الظاهر منه او الى التأثير لوضوح أن التردد ينافى الجزم و لكن يمكن دفع المنافاه بأن ما جزم به أولا من عدم بطلان البيع و الخيار يلزمه تضمين البائع عند ايجاب البيع على غير الوجه الثالث من الوجوه الآتية و اما عليه فلا يلزمه ذلك و يمكن ان يكون الشهيد مترددا بين الوجه الثالث و الرابع و أن الضمان الواقعى بالمثل او قيمه عند التلف هل هو ثابت مط او مقيّد بصوره الفسخ فمع ايجاب المشتري فى زمان خياره و تلفه عنده كان فى تضمين البائع وجهان

قوله (و ربما يحتمل أن معنى قولهم أن التلف

مَمَّن لا خيار له)

يحصل من هذه العبارة وجوه ثلاثه يجمعها ان معنى قولهم ان التلف مَمَّن لا خيار له ان عليه ذلك اذا فسخ صاحبه لا انه يفسخ كما فى التلف قبل القبض الاوّل ان على من لا- خيار له ردّ الثمن اذا فسخ صاحبه و اذا لم يفسخ يتخير بين الرجوع على البائع بالمثل او قيمه و الرجوع بالثمن الثانى ردّ الثمن اذا فسخ صاحبه و كذلك اذا لم يفسخ فيرجع بالثمن و هذا الوجه يتحد فى صورتى الفسخ و عدمه مع القول بالانفساخ الثالث ردّ الثمن اذا فسخ صاحبه و اذا لم يفسخ فلا يرجع بشىء و هنا وجه رابع و هو ردّ الثمن اذا فسخ صاحبه و اذا لم يفسخ رجوع على البائع بالمثل او قيمه و الفرق بين هذا الوجه و القول بالانفساخ الذى هو مختار المصنّف ره انما هو فى صورته عدم الفسخ فانّ على هذا الوجه يرجع على البائع بالضمان الواقعى المعبر عنه بضمان اليد و على الانفساخ يرجع بالثمن و اّمّا فى صورته الفسخ فلا- فرق بينهما فى الرجوع بالثمن و يرد على الجميع ما افاده المصنّف من ظهور الادله فى الانفساخ و هل يمكن حمل قوله (ع) فهو من مال البائع على غير الانفساخ و انّ التالف حال تلفه بنفسه يكون من مال البائع و على غير الثالث انه اذا كان التلف مَمَّن لا خيار له مقيدا بصوره فسخ صاحبه فلا دليل على الرجوع إليه بشىء فى صورته عدم الفسخ و على الاوّل انّ مع عدم الفسخ لا وجه للتخيير بل لا معنى له لانّ الضمان المعاوضى و الرجوع بالثمن انما هو بالانفساخ او الفسخ و مع عدمه كيف يعقل ذلك

قوله ثمّ الظاهر انّ حكم تلف البعض حكم تلف الكل)

اعلم انّ الابعاض يقسّم عليها الثمن فتلف البعض يوجب انفساخ البيع بنسبته و اّمّا الاوصاف فلا يقسّم عليها الثمن و تلفها لا يوجب انفساخ البيع و معنى ضمانها انّ فى تلفها فى زمان الخيار يثبت خيار تخلف الوصف و لو بعد انقضاء مدّه خيار الحيوان او الشرط و له اعمال الخيار بالنسبه الى فقد الوصف و الخيار فى تخلف وصف الصحه و تلفه هو التخخير بين الردّ و الارش فراجع

قوله (و منها حكم الشارع عليه بالاتلاف)

كما اذا ارتدّ العبد المشتري و وجب قتله و كحدوث بعض العيوب الموجب للعتق كالاتعاد ثمّ انه لا بأس فى المقام من التنبيه على انّ الخيار اما ان يكون للبائع او للمشتري او لهما او للاجنبى منفردا اوله منضمّا إليهما او الى احدهما و على اى حال اما ان يكون التلف قبل القبض او بعده فان كان قبل القبض كان من ضمان البائع مطلقا فى جميع تلك الصور لانه من تلف المبيع قبل قبضه و هو مضمون على البائع مط حتّى لو كان له خيار مختصّ به فانه لا يكون من

ضمان المشتري المذى لا خيار له لما مرّ من اختصاص قاعده تلف المبيع فى مدّه الخيار بما اذا كان بعد القبض و ان كان التّلف بعد القبض فمن ضمان المشتري فى جميع الصّور ألّا اذا كان الخيار خاصّاً بالمشتري فأنّه المتيقّن خروجه بما دلّ على هذه القاعده عن القاعده الاوليّه التّى تقتضى كون التّالف من المالك اذا كان مقبوضا و يخرج عن القاعده الاوليّه أيضا اذا كان الخيار للاجنبىّ و كان بجعل من المشتري توكيلا منه منفردا كان او منضمّا الى نفسه لا تحكيما كما مرّ الاشاره إليه فى صدر البحث

قوله (و أمّا اذا كان باتلاف ذى الخيار)

لا- يخفى أنّ مورد القاعده هو التّلف بآفه سماويّه كما هو الظّاهر من قوله (ع) فهلك فى يد المشتري فى الاتلاف لا يكون الضّمان على من لا- خيار له نعم لو كان الاتلاف من الاجنبىّ ممّا يعدّ تلفا عرفا كما لو سرق المبيع اجنبىّ فيحتمل دخوله فى القاعده و شمول الاخبار له ثمّ أنّه اذا كان الاتلاف من ذى الخيار سقط به خياره لما مرّ من سقوط الخيار بالتصرّف

قوله (و ان كان باتلاف اجنبىّ تخير أيضا بين الامضاء و الفسخ)

فاذا مضى رجوع على المتلف بالمثل او قيمه و اذا فسخ رجوع بالثمن و لوضوحه تركه نعم ذكر أنّ بعد الفسخ و الرجوع بالثمن على المفسوخ عليه هل يرجع المفسوخ عليه ح بالمثل او قيمه الى المتلف او الى صاحبه و هو الفاسخ او يتخير وجوه و هذه الوجوه جاريه فى كلّ مقام يكون الخيار باقيا و قد تلف احد العوضين او كلاهما باتلاف من الاجنبىّ

قوله (قبل تلفها فى ملك الفاسخ)

الظّاهر أنّ هذا من غلط النّاسخ او سهو القلم و الصّحيح لفظ المفسوخ عليه و كذا لفظ الفاسخ فى الجمله التّاليه و كذا فى قوله اخيرا بالقيمه فى ملك الفاسخ كما أنّ لفظ المفسوخ عليه فى بيان الوجه التّالث غلط و صحيحه الفاسخ فلا تغفل

[مسأله و من أحكام الخيار ما ذكره فى التذكرة، فقال: لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن فى زمان الخيار]

قوله (و لا يجبر الاخر على تسليم ما عنده)

لو تبرّع ذو الخيار فلا وجه لمنع الاخر عن التسليم ألّا ان يكون المستند منع شمول دليل السّلطنه للملك المترزل

قوله (ثمّ أنّه ان اريد عدم وجوب التسليم الخ)

لا- اشكال فى أنّ من لوازم صحّه العقد من دون اشتراطها بحصول القبض كما فى باب الهبه و الوقف و نحوهما حصول تملك كلّ من العوضين بنفس العقد و وجوب تسليم كلّ من المتبايعين ما هو مال الاخر ألّا انّ الكلام فى أنّ العقد اذا كان خياريا لا يجب تسليم العين فى مدّه الخيار و ما يمكن ان يستدلّ به امور الأوّل ما اشرنا إليه من أنّ دليل السّلطنه شموله للملك المترزل و المال الغير اللّازم نقله غير معلوم و مدعى انصرافه عن ذلك غير مجازف الثّانى أنّ العقد اذا

كان خيارياً فلا يجب على ذى الخيار الوفاء باصل العقد فكيف بلوازمه التى منها وجوب التسليم و ان جازح لصاحبه حبس ما انتقل عنه لأن الترامه بالتسليم كان منوطا بتسليم صاحبه لا مط الثالث ان حصول التملك لا يستلزم استحقاق المطالبه و السلطنه عليها فان الملكيه فى نفسها و ان اقتضت السيطنه على المطالبه بمقتضى قوله (ص) الناس مسلطون على اموالهم الا انه قد يمنع المانع عن هذا الاقتضاء كتعلق حق من الغير بالملك فالحبس لحق ليس منافيا لثبوت اصل الملكيه و السلطنه الفعليه على المطالبه اينما وجدت يتوقف على عدم تعلق حق بالملك مانع عن المطالبه و من لا خيار له لو انتقل المال إليه على نحو كان لمالكة الاول التسلط على عدم التسليم لم يثبت له السيطنه الفعليه فالحق الثابت لذى الخيار وارد على الملك لان له حقا فى العين بما هى ملك الغير سواء كان الخيار متعلقا بالعقد او بالعين و مع ذلك كله المسأله فى غايه الاشكال الا ان يراد من كلام التذكرة المعنى الاول

[مسأله قال فى القواعد: لا يسقط الخيار بتلف العين]

قوله (قال فى القواعد لا يسقط الخيار بتلف العين)

لا يخفى ان هذه القاعده انما هى فى الخيار الشرعى و اما الخيار الجعلى فهو تابع لكيفيه جعل المتعاقدين فقد يكون المجعول عنوان الخيار و قد يكون عنوان الرد و قد يقيد الخيار ببقاء العين و قد يجعل مطلقا غير مقيد ببقائها و أيضا انما هى فى صوره بقاء العقد و لا معنى لبقاء الخيار فيما كان التلف موجبا لانفساخ العقد و لا خلاف أيضا من حيث قيام الادله فى بعض الخيارات فى بقاءه مع التلف و فى بعضها الآخر بعدمه و اختصاص الخيار بصوره بقاء العين و ترددا فى بعضها الآخر و لا بد من تحقيق المسأله بحسب القواعد و توضيحها فى هذا المقام فنقول بتوفيق الله الملك العلام المدرك اما ان يكون لفظيا او غير ذلك كان يكون مناطا عقليا او اجماعا فان كان المدرك دليلا لفظيا فاما ان يكون العنوان مأخوذ فى لسان الدليل لفظ الخيار كقوله (ع) البيعان بالخيار و قوله (ع) صاحب الحيوان المشتري بالخيار و اما ان يكون لفظ الرد و الاسترداد كما فى الاخبار الوارده فى خيار العيب فان كان على الوجه الاول فان كان مخصوصا بصوره بقاء العين فلا اشكال و ان كان على وجه الاطلاق فالظاهر بقاء الخيار بعد التلف لانه عباره عن ملك فسخ العقد و معلوم ان العقد بعد التلف قابل للفسخ و ما ذكره المصنف ره اخيرا من ان إرادته ملك الفسخ من الخيار غير متعينه فى كلمات الشارع و هو استعمال غالب فى كلمات بعض المتأخرين غير ضائر فان الظاهر انه مأخوذ من الادله

الشرعيه و أنهم استفادوا ذلك من الاخبار و كلمات القدماء لوضوح أنّ مقصودهم من ذلك بيان ما هو الموضوع الشرعى للاحكام المذكوره فى باب الخيار هذا مضافا الى أنّ قوله (ع) لو افترقا وجب البيع و قوله (ع) فاذا مضت ثلاثه ايام فقد وجب الشراء و قوله (ع) و الا اى لو لم يأت بالتّمن فلا بيع بينهما قرينه على أنّ المراد من الخيار عدم وجوب البيع و السلطنه على فسخه و أنّه فى مقابل اللزوم العقدى فاحتمال إرادته معنى اخر من لفظ الخيار الوارد فى الأدلّه يوجب اختصاصه بصوره بقاء العين و سقوطه بالتلف فى غايه الضعف و بالجمله ما كان بلفظ الخيار فهو فى مقابل لزوم العقد و لا يختصّ بصوره بقاء العين سواء حصل بسبب تخلف الشرط الضمنى أم كان بجعل مالكى من دون تقييد ببقاء العين او تصريح بالإطلاق أم كان ثابتا بجعل شرعى اللهم الا ان يعلم فى الاخير من الخارج أنّ شرع الخيار لدفع ضرر الصبر على نفس العين فينتفى هذا الضرر بتلف العين كما فى العيب فانّ تخيره بين الردّ و الارش لأنّ الصبر على المعيب ضرر و لو مع اخذ الارش فتداركه الشارع بملك الفسخ و الردّ فاذا تلف انتفى حمكه الخيار الا أنّه لا يخلو عن اشكال اشار إليه المصنّف ره و هو أنّ الحكمه لا يجب اطرادها و مع اطلاق الدليل الدالّ على ثبوت الخيار و فرض ظهور هذا اللفظ فى ملك فسخ العقد لا بدّ من الحكم ببقاء الخيار بعد تلف العين و سقوطه فى خيار العيب بتلف المعيب أنّما هو لقيام الدليل الخاصّ لا من حيث العلم بالحكمه المذكوره و ان كان على الوجه الثانى فالظاهر أنّه مشروط ببقاء العين و لا يبقى مع التلف و ان كان المدرك دليلا عقليا فكذلك قد يكون مخصوصا بحال بقاء العين و ذلك كما فى خيار العيب بناء على كون المستند لجواز الفسخ فيه قاعده الضرر لا الاخبار الخاصّه و قد يعمّ الحالتين و ذلك كما فى خيار الغبن بناء على كون المستند فى ذلك قاعده الضرر و الفرق بين الخيارين مع فرض كون المدرك فيهما قاعده نفى الضرر هو ذهاب الاصحاب الى عدم الارش فى خيار الغبن و كذا لو كان المدرك دليلا لينا كالاجماع فانّه أيضا يتبع فى ثبوته لحال التلف و عدمه معقد الاجماع و على اى حال فان كان بلفظ الردّ و الاسترداد فهو مقصور على صورته بقاء العين و يسقط جواز الردّ مع تلفها لأنّ الاسترداد لا يعقل الا مع البقاء ما ذكره بعض الاعلام من أنّ استرداد العين قد يكون بمعنى مطالبتها مع خصوصياتها الشخصيه و هذا لا يعقل الا مع البقاء و قد يكون لا بملاحظتها و ح فلا مانع من تعلق الاسترداد بالعين

التألفه مندفع بأن الكلام في ما هو الظاهر من معنى الردّ والاسترداد لا في امكان إرادته معنى غير ما هو الظاهر منهما مجازا و لا يقاس المقام بمعنى الضمان المستفاد من حديث على اليد ما اخذت حتى تؤدى حيث قدمنا في محلّه أنّ معناه على عهده اليد ما اخذت و يشمل بعمومه صورته بقاء العين و تلفها فإنّ العهده صادقه على تلف العين و ان كان بلفظ الخيار ففي صورته الاطلاق و عدم اختصاص الدليل من نصّ او عقل او اجماع على صورته بقاء العين فالظاهر بقاء الخيار بعد التلف و الفرق بين عنوان الخيار و جواز الردّ في غايه الوضوح فإنّ الخيار من الحقوق و يكون قابلا- للاسقاط و النقل و التوريث و جواز الردّ من الاحكام و لا يترتب عليه تلك الآثار و لو فرضنا الشك بان كان النصّ المثبت للخيار مجملا او كان المتيقن من الاجماع مثلا صورته بقاء العين فالاستصحاب يقتضى بقاءه و ليس من الشك في المقتضى كما توهمه بعض الساده الاعاظم في حاشيته لظهور أنّ التلف امر حادث و لولاه لكان الخيار باقيا و لا رافع له فان كان العنوان المعلوم في الزمان السابق هو الخيار و شككنا في تقييده جرى الاستصحاب و ان كان هو الردّ لم يجر لانه لا- يعقل مع التلف أولا- و على فرض الشك فالموضوع متبدل ثانيا لوضوح أنّ ردّ العين بمعنى ردّ بدلها المفروض وقوع الشك فيه غير ردّ العين بخصوصيتها الشخصيه المعلوم سابقا و كذا لم يجر لو شككنا في كون العنوان هو الخيار او الردّ و ظهر ممّا ذكرنا صحّه ما قاله في القواعد و لا يسقط الخيار بتلف العين فإنّ مصبّ القاعده في غير ما كان الدليل مثبتا للخيار في خصوص صورته بقاء العين

قوله (لوجود المقتضى و عدم المانع)

أمّا وجود المقتضى لثبوت الخيار للمشتري فهو وجود السبب ابتداء و استدامه أمّا لأنّ البيع مرابحه مع كذب البائع يرجع الى تخلف الشرط الضمنيّ حيث أنّ بيعه برأس المال يتضمّن اشتراط صدقه في اخباره و أمّا للاجماع القائم على ثبوت الخيار في المسأله مع ظهور كذب البائع فان قلت أنّ المتيقن من الاجماع هو صورته عدم التلف قلت يتمّ المقتضى بالاستصحاب و أمّا عدم المانع فظاهر لأنّ مجرد التلف غير صالح للمانع سيمّا اذا انضمّ إليه اصاله عدم المانع

قوله على وجه ارادتهما التسلّط على مجرد الردّ)

قد علمت أنّ القاعده أنّما هو في الخيار الشرعيّ و أمّا الخيار الجعليّ فهو تابع لكيفيته جعل المتعاقدين فاذا كان اطلاق جعل المتعاقدين مقيدا على وجه التصريح به في الكلام او استظهر من

الكلام عدم تعلق غرضها ألاً بالردّ أو الاسترداد فلا محيص عن الاختصاص بصوره البقاء

قوله و من هنا يمكن القول بعدم بقاء الخيار)

قد علمت فيما تقدّم أنّه لو كان الخيار المَجْعول مقيّدا بصوره بقاء المبيع يسقط خيار المشتري في صورته التّلف و لكنّ الغالب في الخيار المشروط بردّ الثّمن في البيع الخياري عدم التّقييد فلا يسقط مع التّلف

قوله اذ لم يدلّ ادّله الخيار من الاخبار و الاجماع)

غرضه أنّ لفظ الخيار الوارد في الادّله كما يحتمل ان يكون بمعنى السّيلطنه على فسخ العقد يحتمل أيضا ان يكون بمعنى يتوقّف على بقاء العين كالسلطنه على الردّ أو الاسترداد و قد عرفت دفعه

[مسأله لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونه]

قوله (لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونه)

لا بدّ من بيان امور الأوّل صرّح الاصحاب بأنّ الفسخ بالخيار لا يتوقّف صحّته و ايجابه بطلان البيع على حضور الخصم بل عن المبسوط نفى الخلاف فيه و كذا لا يتوقّف على الحضور عند الحاكم و لا على الاشهاد و هذا كلّه لاصاله البراءه من اشتراط شىء في اعمال ما هو حقّ له و توهم أنّه لو لم يكن الفسخ او الامضاء بحضور الخصم او الاشهاد لم يسمع دعواه فيكون فعله لغوا مندفع بأنّ اعتبار ذلك في سماع دعواه في صورته الاختلاف حقّ لا محيص عنه ألاً أنّ الكلام في نفس الفسخ او الامضاء بحسب الواقع و أنّه لا يشترط ذلك في اصله و يظهر الثّمرة في أنّه لو امضى من دون اشهاد او فسخ كذلك لم يكن له نقض ذلك و قد يدعى صراحه الصّحيح الذي رواه الصّدوق باسناده عن حمّاد عن الحلبي عن ابي عبد الله (ع) و الخبر الذي رواه الشّيخ باسناده عن زيد الشّحام عنه (ع) في عدم توقّف الامضاء على حضور الخصم و لفظ الحديث هكذا سئل عن الرّجل يبتاع الثّوب من السّوق لاهله و يأخذه بشرط فيعطى الرّبح في اهله قال ان رغب في الرّبح فليوجب الثّمن على نفسه و لا يجعل في نفسه ان يرّد الثّوب على صاحبه ان ردّ عليه و ما رواه الكليني عن السّكوني عن ابي عبد الله (ع) أنّ امير المؤمنين (ع) قضى في رجل اشترى ثوبا بشرط الى نصف النهار فعرض له ربح فاراد بيعه قال ليشهد أنّه قد رضيه فاستوجه ثمّ لبيعه ان شاء فان اقامه في السّوق و لم يبع فقد وجب عليه فالامر فيه للارشاد الى ايجاد ما هو السّبب لعدم النزاع بعد ذلك الثّاني اذا لم يكن الفسخ بحضور صاحبه و جب ردّ ما في يده الى صاحبه مع علم الاخر و مطالبته و مع عدم علمه و جب الاعلام او الردّ و لو عصى في الصّورتين فلا اشكال في الضّمان و لو علم او كان الفسخ بحضوره و لكن مع عدم مطالبته فلو ابقى ما في يد

الفاسخ عنده امانه فلا اشكال فى كونه امانه مالكيه كسائر الامانات لا يضمنها الا بتعدّ او تفريط و الا اى مع العلم و عدم المطالبه و الابقاء امانه فهو محلّ البحث و الظاهر ثبوت الضمان لوجهين الاول عموم على اليد ما اخذت بناء على شموله لكل يد و لو من غير عدوان الثانى الادله العامه المثبتة للضمانات فى كل مقبوض الا ما استثنى من الامانات و غيرها و منها ما دلّ من الكتاب و السنّه و اجماع المسلمين على احترام مال المسلم و أنّه لا يحلّ الا عن طيب نفسه و انّ حرمة ماله كحرمة دمه و أنّه لا يصحّ ذهاب حقّ احد و عدم الضمان بعد الفسخ مناف للاحترام المجعول شرعا فى مال المسلم بعد ان كان التقابض بين المتبايعين على تبادل مال بمال فانّ غايه ما اوجب الفسخ عدم سلامه المسمّى لهما لا سقوط احترام مال المفسوخ عليه نعم اذا كان القبض مجّانا بان كان تملك المفسوخ عليه لماله مجّانا او تسليطا على الانتفاع به لم يكن دليل الاحترام منافيا لعدم الضمان ثمّ أنّه قد تقدّم فى قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده أنّه تمسك للضمان فى لك باقدام الاخذ على الضمان تبعا للشيخ فى ط حيث علل الضمان فى موارد كثيره بالاقدام و بدخوله على ان يكون المال مضمونا عليه بالمسمّى فاذا لم يسلم له المسمّى رجع الى المثل او القيمه و ناقش فيه الماتن شيخنا المرتضى ره ثمّ قال و لا- يبعد ان يكون مراد الشيخ و من تبعه من الاستدلال على الضمان بالاقدام و الدخول عليه بيان انّ العين و المنفعه اللذين تسلّمهما الشخص لم يتسلّمهما مجّانا حتّى لا يقضى احترامهما بتداركهما بالعوض فليس دليل الاقدام دليلا مستقلا بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد فى الاموال و احترام الاعمال و على هذا صحّ التمسك فى المقام أيضا بدليل الاقدام المأخوذ من قاعده الاحترام و سلطنه الناس على اموالهم فانّ الفاسخ قد اقدم على قبض مال الغير على ان يكون مضمونا عليه و كذلك المفسوخ عليه و عموم على اليد ما اخذت و حرمة مال المسلم كحرمة دمه يقتضى الضمان فى جميع ما يدخل تحت اليد و الاقدام على المجانيه يكون مانعا عن ذلك فتسلّم العين او المنفعه ان كان مجّانا و تبرّعا فلا يقضى احترامهما بتداركهما بالعوض فانّهما اقدما على العقد بدون الضمان و ان كان على وجه العوضيه يقتضى احترامهما بتداركهما بالعوض فانّهما اقدما على العقد كذلك فيضمن و فى المقام قد قبض الفاسخ العين مضمونه عليه و لم يسلمها ناقلها إليه الا فى مقابل العوض و اذا بطل ضمان الفاسخ بالثمن المسمّى تعيّن ضمانه بالعوض الواقعى اعنى المثل او القيمه لأنّ العين كانت مضمونه

لعموم على اليد ما اخذت و للاحترام و الاقدام و غيرهما من العموم المستفاد من ادله الضمانات بناء على اختصاص النبوى باليد العدوانى و لم يتجدد بعد الفسخ ما يدل على رضا مالكة حتى يكون رافعا للضمان و هذا هو المراد من الاصل فى المتن حيث يقول و الاصل بقائه اذ ليس الغرض منه الا الظاهر و القاعده لعدم حدوث ما يقتضى كون المفسوخ امانه فان قلت ان التمسك بدليل اليد لعله فى غير محله لعدم الاشكال فى اعتبار كون المأخوذ مالا للغير فى الضمان المستفاد منه و اخذ الفاسخ للمال بعد تحقق البيع لم يكن موصوفا بكونه مال الغير و تحقق هذا العنوان بالفسخ لم يكن مقرونا بالاخذ لانه لم يتجدد ح اخذ و استيلاء باليد فكيف يشمله دليلها قلت لا يعتبر فى الضمان ان يكون المال حين الاخذ مال الغير و لذا تمسكنا فى المقام بدليل الاحترام على الضمان و استفاده الضمان من على اليد ما اخذت أيضا كذلك فانه لم يؤخذ فى الحديث مال الغير عنوانا للمأخوذ بل اعتبار ذلك فى على اليد فى موضوع الحكم بوجود الاداء انما هو بالقرينه العقلية و هذا القيد موجود حين الحكم بوجود الاداء و هو زمان بعد الفسخ و ان لم يكن حين الاخذ كذلك فان قلت لا داعى فى اثبات الضمان بعد الفسخ الى التمسك بدليل اليد و الاحترام لاثباته قبله و الحكم بقائه من جهة عدم حدوث ما يقتضى كون العين امانه كما افاده المصنف لصحة التمسك بهما بعد الفسخ فى اثبات الضمان من دون حاجه الى اثباته قبله قلت نعم لا اشكال فى ذلك و يصح التمسك بادله الضمان فى الزمان اللاحق من دون نظر الى ثبوته فى السابق و ذلك كما لو لم يثبت الضمان حين الاخذ من حيث كون اليد امانيا ثم عرض الضمان برفع عنوان الامانه و اباة من كان المال امانه عنده عن رد المال و مثله لو اخذ المتهم المال بعنوان الهبه الغير المعوضه ففسخ الواهب فانّ المال مضمون بعد الفسخ و ان لم يكن مضمونا قبله و يتمسك لذلك فى المثالين و نحوهما الى اليد و دليل الاحترام الا ان الشأن فى المقام بيان الواقع و من الواضح ثبوت الضمان قبل الفسخ بالتقرير المتقدم فلا يقاس المقام بالمثالين فان قلت ان الضمان بعد الفسخ هو الضمان بالعوض الواقعى اعنى المثل او القيمة و قبل الفسخ هو الضمان المعاوضى اعنى المسمى و كيف يمكن ان يق ببقاء ذلك و هو مرتفع قطعاً قلت قد ذكرنا مرارا ان معنى الضمان المستفاد من الادله هو كون عهده المال فى ذمه الضامن و هذا معنى واحد يقتضى آثارا مختلفه حسب اختلاف المقامات و ليست تلك الآثار جزء من معناه و الخروج

عن عهده المضمون به قد يقتضى العوض المسمى و قد يقتضى العوض الواقعى و فى الجميع بمعنى واحد و لهذا لو نوقش فى التمسك بالاصل اللفظى من عموم اليد و ادله الضمانات لاثبات الضمان فى المقام بعد الفسخ و شك فيه جاز التمسك بالاصل العملى و يق ان العين كانت مضمونه قبل الفسخ و الاصل بقائه و الفرق بينهما بثبوت الضمان بالعوض المسمى قبل الفسخ و بالمثل او قيمه بعده غير ضائر فان الخصوصيةين انما هما من لواحق الضمان لا نفسه فتدبر ثم ان قول المصنف و لكن المسأله لا يخلو عن اشكال بعد حكمه بالضمان لما ذكرنا فالظاهر انه من جهه المناقشه فى عموم على اليد للعاديه و غيرها و قد سبق فى المقبوض بالعقد الفاسد بيان العموم الثالث ان يد المفسوخ عليه على العين أيضا يكون بالضمان و لا وجه للفرق بين يد الفاسخ و المفسوخ عليه فان محل الكلام فيهما هو صورته عدم كون اليد عاديه و عدم حصول الاذن و الاستيمان لان مجرد ابقاء الفاسخ ما له عند المفسوخ عليه و عدم اخذه منه لا- يكون و كاله فى الحفظ و استيماننا و لا- مشعرا بالرضا ثم لا- يخفى انه لا ينافى ضمانهما بعد الفسخ لمال الاخر مع القول بجواز الحبس لكل منهما حتى يسلم الاخر ماله و ذلك لان كلا من وجوب التسليم و الضمان مما يقتضيه العقد و لا تنافى بينهما

قوله (كما فى القبض بالسوم)

و هو المال الذى اخذه القابض ليشتريه و سام البائع السلعه من باب قال عرضها للبيع و فى المسأله قولان و المشهور كما عن لك و الروضه و الايضاح و مجمع البرهان انه مضمون على القابض

[القول فى التقد و النسيه]

اشاره

قوله (القول فى التقد و النسيه)

اما الاول ففى مصباح المنير نقدت الدرهم نقدا من باب قتل و الفاعل ناقد و الجمع نقاد مثل كافر و كفار و انتقدت كذلك اذا نظرتها لتعرف جيدها و زييفها و نقدت الرجل الدراهم بمعنى اعطيته فيتعدى الى مفعولين و نقدتها له على الزيادة أيضا فانتقدتها الى قبضها انتهى و اما الثانى فمأخوذه من النسيه بمعنى التأخير و عن الصحاح نسأت الشئى ء نساء اى اخرته و كذلك انسأته فعلت و افعلت بمعنى تقول استنسأته فانسأنى الى ان قال و النسأه بالضم التأخير مثل الكلا و كذلك النسيه على فعليه تقول نسأ البيع و انسأته و بعته بنسئه و بعته بكلا- و بعته بنسيه او باخره انتهى و فى الروضه مأخوذ من النسيه ء و هو تاخير الشئى ء تقول انسأت الشئى ء انساء اذا اخرته و النسيه اسم وضع موضع المصدر انتهى و فى القاموس بعته بنسئه بالضم

و بنسبته باخره و النسيء الاسم منه انتهى فالعدي يظهر ان النسيءه كالتقيد مصدر و النسيء الاسم و مجيء فعيله مصدرا كثير كالغريمه و الخطيئه و السريره

[أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]

قوله (الى أربعة اقسام

من الظاهر ان البيع و ما فى حكمه ينقسم باعتبارات مختلفه الى اقسام عديده فباعبار الزبح و عدمه الى مساومه و توليه و مرابحه و مواضعه لانه اما ان يخبر برأس المال أو لا و الثانى المساومه و الاول اما ان يبيعه برأس المال او لا فالاول التوليه و الثانى اما ان يبيعه بربح أو لا- فالاول المرابحه و الثانى المواضعه و باعتبار المساواه بين العوضين الى ربوى و غيره و الاول ما وجبت فيه المساواه و الثانى ما لم تجب و باعتبار العاقد الى عقد اصيل و عقد وكيل و ولى و وصى و فضولى و باعتبار القبض فى المجلس الى ما وجب قبض العوضين فيه و هو الصّرف و ما وجب قبض الثمن و هو السلم و ما لم يجب و هو الباقي و هكذا

قوله (و هو بيع الكالى بالكالى)

هو اسم فاعل من كالأ- بالهمز بمعنى تأخر و هو صريح جمع من أهل اللغه و عن القاموس انه قال فى باب الهمزه كالأ الدين اى تأخر و فى باب اللام ان الكال ان تشتري او تبيع دينا لك على رجل بدين له على اخر و جعله فى التروضة من كلائه بمعنى حفظه حيث يقول الكالى اسم فاعل او مفعول من المراقبه لمراقبه كل من العزيمين صاحبه لاجل دينه ثم ان الاقسام الاربعه للبيع كلها صحيحه اجماعا الا الثانى فففيه مسائل الاولى ان يبيع دينا سابقا على العقد بعد حلوله او قبله بدين كذلك الثانى ان يبيع دينا سابقا بكلّى مؤجل او بالعكس الثالثه ان يبيع الكلّى المؤجل بالكلّى المؤجل و هذا هو بيع الكالى بالكالى عند جماعه و صرح به فى عبارته التذكرة امّا الاولى فلا يجوز مط اتفاقا لما رواه فى الكافى فى الصّحيح عن طلحه بن زيد عن ابى عبد الله (ع) قال قال رسول الله (ص) لا يباع الدين بالدين و الاظهر عندى ان بيع الكالى بالكالى عبارته عن هذه المسأله و هى بيع الدين بالدين و ذلك لان الظاهر اتفاهم على بطلان بيع الكالى بالكالى و لو كان راجعا الى المسألتين الاخيرتين لما اتفقوا على بطلانه و اما الثانى ففيها قولان احدهما الحرمة و البطلان و قد يقال انه المشهور ثانيهما الكراهه و هو خيره الشرائع و جماعه للعمومات و عدم المانع و استدلل المانعون بان المؤجل يقع عليه اسم الدين فيكون من بيع الدين بالدين و ناقش فيه صاحب لك بمنع اطلاق اسم الدين حقيقه الا على ما ثبت فى الذمه و العوض هنا لا يثبت فى الذمه الا بعد العقد فلم يتحقق بيع الدين بالدين و انما يصدق بيع الدين بالدين اذا كان العوضان

كلاهما ديننا قبل المعاوضه كما لو باعه الدّين المذى فى ذمّته بدين اخر له فى ذمّته او فى ذمّه ثالث او تبايعا ديننا فى ذمّه غريم لاحدهما بدين فى ذمّه غريم للآخر و نحو ذلك لاقتضاء الباء كون الدّين نفسه عوضا و المضمون الذى لم يكن ثابتا فى الذمّه قبل ذلك لا يعدّ جعله عوضا بيعا بدين و اما قولهم اشترى فلان كذا بالدّين مريدين به انّ الثّمن فى ذمّته لم يدفعه فمن باب المجاز يريدون به انّ الثّمن بقى فى ذمّته ديننا بعد البيع و لو لا- ذلك كلّه للزم مثله فى الحال لاطلاقهم فيه ذلك و ردّه فى الجواهر بمنع كون المراد من النّص ذلك لا غير و تعلق الباء اعمّ اذ يمكن كون المراد المنع من بيع الدّين بالدّين المقابل للعين و الحال اى لا- تبع الدّين بهذا الصّنف من البيع فيكون التعريف إشاره الى هذا القسم من البيع المعهود فى الذّهن و ح فظاهر الفردين المؤخّل فى العقد لا- العكس انتهى و الانصاف انّ ما ذكره فى لك حسن و هو مختار الشّرائع فانّ ظاهر الصّحيحه هو التّهى عن بيع ما فى الذمّه بما فى الذمّه و يبقى غيره تحت الاصل و العمومات التى يجب الاقتصار فى الخروج عنها على المتيقّن و الكلام فى المسأله الثالثه كذلك أيضا قولا و مدركا و مع ذلك كلّه فلاحتماء يقتضى متابعه المشهور و المنع عن بيع الدّين بالنّسبه و التّسبيه بالنّسبه

[مسأله إطلاق العقد يقتضى النقد]

قوله (و علّله فى التذكرة بانّ قضيه العقد الخ

و قد يعلّل أيضا بانّ اطلاق العقد ينصرف الى التّقد و التّقل و الانتقال الحالين و ان كان الموضوع له بالوضع العرفى الاعمّ من ذلك كانصراف المطلقات الى افرادها الشّائعه و كانصراف التّقد الى نقد البلد و كالانصراف الى الدّفْع فى بلد العقد الى غير ذلك و من هنا قد يعلّل أيضا بانّه يكون كالشّروط الضّمنى و على اى حال مقتضى الادلّه عدم الفرق بين الثّمن و المثلّث فى اقتضاء اطلاق العقد الحلول و التّعجيل و لكن لما كان محلّ التعرّض لتأجيل المثلّث و تعجيله مبحث السّلم اقتصرنا فى المقام على ذلك الثّمن خاصّه و من هنا عبّر المصنّف ره بالتّقد خلافا للاكثر حيث عبّروا بالثّمن الحالّ

قوله (متى طولب صاحبها

لا اشكال فى انّ قضيه العقد انتقال كلّ من العوضين الى الاخر فيجب الخروج عن العهده طولب صاحبها أم لا و مقتضى ملكيه البائع للثّمن وجوب دفعه إليه و لو مع عدم المطالبه و تقييد وجوب الدّفْع فى كلام العلماءه و غيره بصوره المطالبه أنّما هو من حيث كشف عدمها عن الرّضا بالتأخير فكما انّ قضيه العقد فى الثّمن المعين مالكيه البائع له و وجوب دفع المشتري اياه للبائع الّا من جهه ثبوت حقّ او حصول رضا فكذلك فى الكلّى يكون قضيه

العقد مالكيه البائع للثمن في ذمه المشتري و يجب دفعه الى البائع الا من الجهه المذكوره نعم سيأتي ان وجوب الدفع ليس مطلقا بل مقتيد بما اذا تسلّم من لم يدفع بعد ماله من الاخر او كان تسليمه مقارنا لتسلّمه بان يدفع من يد و يأخذ من اخرى و فيما كان الثمن مؤجلا يجب الدفع بعد حلول الاجل و لا يتوقّف على المطالبه الا اذا علم برضا البائع بالتأخير و قد يقال انّ التّقد الذي هو مقتضى العقد عباره عن استحقاق البائع المطالبه لا فعليته الدفع و المؤجل الحال بمجيء اجله هو كذلك أيضا و وجوب الدفع في الثمن الشخصى مع عدم المطالبه غير مسلّم و اما المحرّم التصرف في مال الغير بغير اذن منه او من الشارع و الابقاء المجرد عنه ليس بتصرف و لا دليل على أنّه يجب عليه ان يحمله الى مالكه و كذلك في الامانه الشرعيّه فانّ الواجب بعد معرفه المالك اعلامه بالحال و تمكينه من اخذ ماله لا- دفعه إليه و بالجمله لا- ريب في أنّه يجب على المشتري تمكين البائع من احد الثمن بمعنى ازاحه العله من جانبه و رفع سلطنته المانعه لاستيلائه على ماله و ذلك لحرمة الحيلولة بين المال و مالكه لا جعله متمكنا مط بازاحه العله من جانبه أيضا فالحرام على المشتري الامتناع من دفع الثمن و اما وجوب الدفع فعلا فهو مشروط بمطالبتة و الاقرب ما ذكرناه فانّ ابقاء مال الثّاس عنده لا يجوز بغير اذن من مالكه او من الشارع كما في الامانات الشرعيّه الا مع العلم بالرّضا

قوله (و يدلّ على الحكم المذكور أيضا الموثّق)

المروى في الكافي عن عمّار بن موسى عن ابي عبد الله (ع)

قوله (مع أنّ مرجع عدم المطالبه الخ)

هذا بظاهره استدلال عجيب فانه لو فرض اشتراط التعجيل بدفع الثمن من دون مطالبه كيف يكون عدم المطالبه القاء للشرط المذكور و يمكن ان يقال انّ المراد من المطالبه ليس هو التلّفظ بها اذ ليس لمثله موضوعيه بل المراد منها هو الطلب النفسى المنكشف و ح فالتقابل بين المطالبه و عدمها تقابل السلب و الايجاب فيكون مرجع عدم المطالبه الى القاء هذا الحقّ المشترط

قوله (و كيف كان فذكر الشهيد ره في الدروس)

المشهور كما في الروضه و المتن أنّه لا فارق بين الاطلاق و اشتراط التعجيل و أنّه لا يكون الا مؤكّد المقتضى الاطلاق و استفاد من كلمات بعضهم وجود الفارق من وجهين الاول ثبوت الخيار مع الشرط و هذا ما ذكره المصنّف تبعا للشهيدين الثاني انّ مع الاطلاق لا يجب الدفع الا بمطالبه المنتقل إليه بخلاف الاشتراط فانه يوجب وجوب الدفع من غير مطالبه و قد صرح بعض انّ المراد بالحلول استحقاق البائع المطالبه بالثمن بمجرد العقد فيجب على المشتري

دفعه إليه ح فوراً ان لم يكن له خيار او كان و لم يفسخ ثم قطع بعدم وجوب المبادره عليه بدفعه إليه بدون مطالبته ان كان العقد مط ثم اختار وجوب المبادره مع اشتراط التّعجيل و الى هذا ينظر صاحب الجواهر حيث يقول بعد نقله عن الرّوضه نسبه القول بأن اشتراط التّعجيل مؤكّد الى المشهور أنّه قد يمنع التأكيد بناء على أنّ الاطلاق يفيد استحقاق المطالبه في كلّ وقت كما هو مقتضى الحلول في كلّ دين اما وجوب الدفع فعلى المطالبه فعلاً و ح فاشترط التّعجيل يفيد وجوب الدّفع بدونها فهو امر غير ما يقتضيه العقد اللهمّ الا ان يمنع ذلك و يقال باقتضاء العقد التّقابض من دون مطالبه كما تعرفه إن شاء الله انتهى و لا اشكال في أنّ مختاره بنفسه هو كلامه الاخير من اقتضاء العقد التّقابض من دون مطالبه و قد عرفت أنّ تقييد وجوب الدّفع في كلماتهم بصوره المطالبه أنّما هو من حيث كشف عدمها عن الرّضا بالتأخير و بالجمله الفرق بين اطلاق العقد و اشتراط التّعجيل بذلك كما عن بعض لا-وجه له و اما الفرق بينهما بثبوت الخيار مع الشّروط سواء عيّن زمان التّقيد فاخلّ المشتري به او اطلق و لم يعيّن الزّمان اذا اخلّ به في أوّل وقته كما استحسّنه في المتن تبعاً للشّهيد في الرّوضه فالظاهر أنّه لا اشكال فيه و ما في الجواهر من أنّه قد يناقش في صحّه الشّروط باعتبار تعدّد افراد التّعجيل و اختلافها فلا يصحّ مع الشّروط عدم التّعيين للجهاله و على تقدير الصحّه فدعوى التسلّط على الخيار بالاخلاق به في أوّل وقته يمكن منعها لعدم صدق الاخلاق بالشّروط حتّى تنتفى سائر الافراد نحو التّكليف بالمطلق ه ففيه ما افاده المصنّف ره من أنّ العقد المطلق كما ينصرف الى التّقيد و المعجّل فكذا شرط التّعجيل اذا كان مطلقاً انصرف الى أوّل ازمته الامكان عرفاً فالشّروط ليس مجهولاً و ليس نحو التّكليف بالمطلق

قوله (و لا يقدر في الاطلاق عدم تعيين زمان التّعجيل)

اي و لا يقدر في اطلاق اشتراط التّعجيل من دون تعيين زمانه و اراد بذلك ردّ ما في الجواهر كما عرفت

قوله (و لا حاجه الى تقييد الخيار الخ)

هذا أيضاً ردّ لما في الجواهر حيث اعترض أيضاً بأنّه لا بدّ من تقييد الخيار بعدم امكان الاجبار و الاّ اجبر على الوفاء به ه بوجهين الأوّل أنّ الغرض في المقام بيان أنّ التخلّف موجب للخيار كما هو الحال في الاخلاق بكل شرط اخذ في العقد و ليس الغرض بيان تمام جهات المسأله و هذا واضح لا ستره عليه و لكن لا يبعد أنّ صاحب الجواهر لم

يقصد الاعتراض بل قصد دفع توهم ثبوت الخيار مط الثاني أنه لا يتصور الاجبار في المقام اصلا فلا وجه للتقييد و اجاب بعض الاعاظم ره عن هذا في الحاشيه بأنه انما يتم اذا لم يكن زمان التعجيل المشترك ممتدا بحيث يتصور له أول و اخر او كان كذلك و قلنا بجواز التأخير الى آخر زمانه كما هو الحق و أما اذا قلنا بعدم جواز ذلك و ان التأخير عن أول وقته موجب للخيار كما اختاره المصنف قدس سره فيتصور الاجبار لأن المفروض سعه زمان الشرط و ان كان يجب عليه المبادرة في أول اوقاته هذا مع أنه على الأولين أيضا و ان كان لا يتصور الاجبار بعد فوات الوقت الا أنه يتصور قبله فإنه بناء على عدم توسعه زمانه له اجباره من أول الامر كما في الواجب المضيّق اذا علم من حال المكلف البناء على تركه و على فرض توسعته و جواز التأخير الى اخر ازمنته له اجباره في الجزء الاخر من الوقت فلا وجه لما ذكره المصنف ره من ان قبل انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الاجبار اذ لو استكشف من حاله أنه غير بان على الاداء يجوز له اجباره انتهى و فيه ان ما فرضه لامكان الاجبار و هو ما اذا كان زمان التعجيل المشترك ممتدا و كان التأخير غير جائز انما هو مجرد فرض غير واقع لوضوح امكان اشتراط زمان ممتد في شرط من الشروط غير تعجيل الثمن بحيث يكون الوقت الممتد وafia للاجبار عليه و اما في خصوص اشتراط تعجيل احد العوضين فواضح أنه لم يكن سعه وقت الشرط بحيث يفى بالاجبار عليه فسعه زمان الشرط في المقام ليس بحيث يفى تخلفه لجواز الاجبار و اعجب من هذا ما ذكره ثانيا من تصوير الاجبار قبل الوقت كما في الواجب المضيّق فان قبل الوقت في المقام و هو اشتراط التقد -لا- بد من تصوير وقت فاصل بين العقد و الشرط له امتداد يفى لامكان الاجبار و جوازه و انى يكون له وقت كذلك و هذا بخلاف الواجب المضيّق فان جواز الاجبار فيه قبل الوقت انما هو فيما كان الوجوب فعليا قبل صيرورته مضيّقا ثم لو فرض تحقق ما فرضه المحشى لامكان الاجبار فهو فرد نادر لا يعاب به و ليس كلام المصنف ناظرا إليه

[مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدّة معيّنة غير محتمله مفهوماً و لا مصداقاً للزيادة و النقصان الغير المسامح فيهما]

قوله (الغير المسامح فيهما)

و امّا الجهاله المسامح فيها عرفا فلا بأس بها كالتأجيل بأخر ساعه الأيام مع ان ساعاتها تختلف باختلاف أيام السّنه كاختلاف الوزن في مقدار المنّ مثلا بمثاقيل عديده بل ازيد و كالمسامحه في تراب الحنطه و نحو ذلك لمسامحه العرف في امثال ذلك و عدّهم ذلك من المعين

الموجب لارتفاع الغرر و الظاهر أنّ ما ذكرنا اجماعيّ و من اجل أنّ المدار في التّعيين نظر العرف جاز تعيين المدّة بالشّهر الهلالى و ان لم يعلم أنّه تامّ او ناقص مع أنّه لو ردّد المدّة بين تسعه و عشرين و ثلثين كانت باطله ثمّ أنّه لو جعل بعض الثّمن معجّلا و بعضه مؤجّلا بمدّه معيّنه جاز لاطلاق الادلّه

قوله (و لما دلّ في السّلم)

مثل ما رواه الصّيدوق عن غياث بن ابراهيم عن ابى عبد الله (ع) قال قال امير المؤمنين (ع) لا بأس بالسّلم كيلا معلوما الى اجل معلوم و لا تسلّم الى دياس و لا الى حصاد

قوله (و عن الاسكافى المنع عن التّأخير)

المحكّي عنه في غير هذا الكتاب هو المنع عن التّأخير الى اكثر من ثلث سنين

قوله (و ظاهر الخبرين الارشاد)

لوضوح أنّ طول المدّة يؤدّي الى تلفه او صعوبه تحصيله و ممّا يشهد أنّهما للارشاد الى ذلك اختلاف مؤدّاهما

قوله (على ما يحتمل بقاء المشتري إليه لغوا بل مخالفا)

قد يمنع اللغويه بامكان فرض المصلحه و امكان الصّالح بعد البيع على المدّة الزائده عن العمر الطّبيعى بشىء و يمنع كونه مخالفا للشّرع بانّ نفس اشتراط ما زاد و تمادى الاجل الى الف سنه من حيث هو ليس مخالفا للشّرع و اسقاط الشّارع الاجل بالموت و حكمه بالحلول تعيّد منه و نمنع كون الاشتراط المذكور تصريحاً ببقائه بعده فيكون فاسداً و لذا اتّفقوا على الجواز فى صوره عدم الافراط مع الحلول بالموت فيه أيضاً و لعلّ فافهم إشاره الى ما ذكرنا و على القول بالصّحّه اذا حلّ الاجل بموت المورث فهل للوارث خيار فسخ البيع أم لا- وجهان من أنّ للأجل قسطاً من الثّمن بالمعنى الّذى تقدّم و قد فات بالحلول و لا يمكن تداركه و الفسخ رافع للضرر و من اصاله اللزوم مع عدم التّقصير من البائع فى فوات الاجل كما فى المدّة القصيره اذا حلّ الاجل بالموت

قوله (و المهرجان)

هو السّادس عشر من مهرماه أوّل الخريف

قوله (و نحوهما)

كبعض اعياد اهل الذّمّه اذا عرفه المسلمون

قوله (إذا المضبوطية في نفسه غير مجد)

الاقوى كفايه تعين المدّة في الواقع اذا كان منضبطا عند اهل عرفه و ان لم يعرفه المتعاقدان كما استظهرنا ذلك في مقدار الوزن عند الكلام في شروط العوضين

قوله (و ظاهر التذكرة اختيار الجواز)

ظاهرها باعتبار ما ذكره من التعليل اختيار ما قويناه من كفايه المعلومية عند اهل العرف لا مجرد المعلومية في الواقع

قوله (قال بعض الشافعية نعم)

عبارة التذكرة هكذا قال بعض الشافعية نعم و قال بعضهم لا يعتبر و يكتفى بمعرفة الناس و لو اعتبر معرفتهما أولا و لو عرفا كفى انتهى

[مسألة لو باع بثمانٍ حالًا و بأزيد منه مؤجلًا]

قوله (و يدلّ عليه أيضا ما رواه في الكافي)

و قد ورد ذلك في ذيل روايه محمّد بن قيس المعتبره ففى الكافى عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن ابى جعفر (ع) قال قال امير المؤمنين صلوات الله عليه من باع سلعه فقال انّ ثمنها كذا و كذا يدا بيد و ثمنها كذا و كذا نظره فخذها باى ثمن شئت و جعل صفقتها واحده فليس له الا اقلهما و ان كانت نظره قال و قال عليه السّلام من ساوم بثمانين احدهما عاجل و الاخر نظره فليسّم احدهما قبل الصّيه فقه و محمّد بن قيس هو البجلي الثّقه بقرينه روايه عاصم بن عبد الحميد عنه و لانه الّذى يذكر قضايا امير المؤمنين (ع) مضافا الى انّ فى السّند ابن ابى عمير و هو من اصحاب الاجماع فلا اشكال فى اعتبار السّند و هى معدوده من الحسن بل الصّحيح

قوله (فيقع الاشكال فى نهوض الرّوايتين

امّا روايه محمّد بن قيس فقد عرفت أنّها فى غايه الاعتبار و امّا الرّوايه التّانيه المرويّه فى التّهذيب عن البرقى عن التّوفلى عن السّكونى فهى معدوده من القوى و الاصحاب على العمل بروايه التّوفلى و السّكونى فلا اشكال فى اعتبار الرّوايتين من حيث السّند هذا مضافا الى عدم اعراض الاصحاب عنهما فقد عمل بهما جماعه من القدماء و بعض المتأخّرين و لا داعى الى صرفهما عن ظاهرهما و حملهما على بعض المحامل كما اشار الى بعضها فى المتن فأنّها فى غايه البعد و بالجمله لا مانع من العمل بظاهرهما فيحكم بطلان المعامله بمعنى عدم مضيّها على ما تعاقدنا عليه و كان على المشتري اقلّ الثمنين و ان تأخر الدّفع الى آخر الاجلين نعم لا يقاس بمفروض المسأله ما اذا جعل له الاقلّ فى اجل و الاكثر فى اجل اخر

قوله ان خطّته فارسيا فبدرهم و ان خطّته روميا فبدرهمين)

الحقّ فى هذه المسأله البطلان ان قصد عنوان الاجاره نظرا الى كونه غررا لانّ الاجير لم يملك اجره معيّنه فانّ العمل لو سلّمنا كونه معينا فلا نسلم تعيين الاجره لانه جعل له اجرين على تقديرين فلم يملك الاجير بالعقد اجره معينه و الصّحّه ان قصد الجعالة لاغتفار مثل هذه الجهاله فى الجعالة و قد يستدلّ على الصّحّه مع قصد الاجاره بالآيه الشّريفه فى اجاره موسى (ع) و صحيحه ابى حمزه و كانه الثّمالى عن ابى جعفر (ع) قال سألته عن رجل يكتري الدابّه فيقول اكثريتها منك الى مكان كذا و كذا فان جاوزته فلك كذا و كذا زياده و يسمّى ذلك قال لا بأس به كلّه و تقريب الاستدلال واضح كما انّ ضعفه بين فانّ آيه موسى (ع) ظاهره فى كون الزّيادة احسانا لا اجاره كما يقضى به فمن عندك و الصّححه لا تدلّ على جواز مثل هذا الابهام

قوله (فلا يكلف تقليد المنه و فيه تأمل)

فانّ القبول ليس فيه منّه

مطلقا كيف و قد يكون المشتري ممنونا فى قبول البائع مضافا الى ان هذا دليل اعتبار لا حجه و يمكن ان يقال أيضا ان الاصل براه ذمه ذى الحق من لزوم القبول قبل حلول الأجل

[مسأله لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل]

قوله (و اندفع أيضا ما يتخيل)

و المتخيل هو المحقق الاردبيلي ره حيث ذكر لاحتمال وجوب القبول وجوها منها الوجهان المشير إليهما المصنف قدس سره الاول ان الاجل لرعايه حال المشتري و الترفه له كالترخصه له لا لاجل البائع و لهذا يزداد الثمن فاذا حصل الثمن الزائد للبائع نقدا فهو غايه مطلوب التجار فلا ينبغى الامتناع عنه و الثانى ان الظاهر من قولنا بعثك هذا بكذا الى مده كذا ان زمان الاداء الى تلك المده موسع فذلك الزمان نهايه الاجل للتوسعه بمعنى عدم التضييق الا فى ذلك الزمان كالواجبات الموسعه و يدفع الاول انه قاصر عن افاده وجوب القبول المستلزم للعقاب على الترك و ليس الا مجرد اعتبار مع ان الاغراض لا تنحصر و قد يكون مصلحه البائع فى اشتراط تاخير القبض الى الاجل و الثانى ان محل الكلام فيما اذا كان وقت اداء الثمن مؤجلا اى موقتا لا فيما باعه بشرط ان يجوز له التأخير و من الواضح ظهور ما ذكره من المثال فى ظرفيه كل جزء من الزمان للاستحقاق و منها انه قد يتضرر المشتري بعدم الاخذ و يدفعه ان التضمرح لم يكن مستندا الى فعل صادر من البائع حتى يجب عليه القبول كما ان البائع لو تضرر بتأخير الدفع الى وقته المؤجل لا يجب على المشتري التعجيل و الاداء قبل وقته و هذا واضح و منها ان الظاهر ان الحق ثابت و الاخذ مع دفع صاحبه واجب عندهم عقلا و نقلا و قد افاد الاجل عدم وجوب الدفع لا عدم وجوب الاخذ و يدفعه ان هذا ليس الا مصادره و هو عين الدعوى هذا و قد يقال انه اذا توفرت المصلحه للبائع انتفت المفسده من جميع الوجوه و حيث لا يكون فى امتناعه غرض عقلايى كان سفها فيقبضه الحاكم لتبرئ ذمه الدافع بذلك و هذا أيضا لا يخلو عن مصادره لان الحاكم ليس له التصرف الا فيما كان الامتناع غير مشروع و لا وجه لولايه الحاكم فى المقام

قوله (و فى باب الشروط من التذكرة الخ)

الظاهر ان مقصود العلماءه ما هو مفروض المسأله من كون البيع نسيه بحيث يكون تاخير الاجل داخلا فى عنوان البيع و من قيود الثمن و مقصوده من المقيس عليه ما يكون كذلك كما اذا باع الحنطه الجيده و أما اذا كان الاجل مأخوذا بعنوان الشرط فليس الاجل صفه تابعه

و كذا لو قال بعثك هذه الحنطة بشرط كونها جيده و للمشتري اسقاط حق الشرط في المسألتين اذا كان له فقط و الفرق بين ما ذكره جامع المقاصد من التعليل و ما ذكره في التذكرة في غايه الوضوح فانّ الاوّل ينظر الى اشتراك المتبايعين في الحقّ فلا يسقط باسقاط احدهما و الثاني ينظر الى أنّ التأجيل صفة تابعه و لا تفرد بالاسقاط

قوله (لكنّ الظاهر تعدّد الحقّ فت)

يمكن ان يكون إشاره الى اختلاف الموارد فاذا باع بشرط استحقاق المشتري تاخير الثمن اتحد الحقّ و اذا باع مؤجلا او بشرط التأجيل في الثمن بحيث يكون التّأخير حقًا لكليهما تعدّد و يمكن ان يكون إشاره الى ما ذكره من تعليل الحكم بعدم وجوب القبض على البائع لو تبرّع المشتري بالدفع من أنّ التأجيل كما هو حقّ المشتري يتضمّن حقًا للبائع فلا اشكال في أنّ الظاهر تعدّد الحقّ

[مسأله إذا كان الثمن بل كل دين حالاً أو حلّ، وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه]

قوله (مسئله اذا كان الثمن بل كل دين حالاً)

قد علمت أنّه يجب الدّفع على المديون عند الحلول مع المطالبه و عدمها و يجب القبول على صاحب الدّين اذا كان موافقا لحقّه و مساويا لما في ذمّه المديون قدرا و جنسا و وصفا الا اذا كان له عذر من جهه الاشتغال بواجب و عن جماعه عدم الخلاف فيما ذكرنا من وجوب القبول بل عن الرّياض الاجماع عليه و استدللّ عليه المصنّف قدّس سرّه بانّ في امتناعه اضراراً و ظلماً على المديون و بفحوى دليل سلطنه الناس على اموالهم و يمكن ان يستدلّ أيضا كما في الجواهر في المسأله و هي ثمن البيع اذا حلّ الاجل و دفعه المشتري بقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ حيث قال فانّ وجوب الوفاء بها يتبع وجوب الدّفع و وجوب القبول و الاشكال بانّ الظاهر من الآيه الوجوب الوضعي لا التّكليفي و على فرضه فمقتضاه وجوب ترتيب آثار الملكيه على كلّ من الطّرفين و اما أنّه يجب القبول فلا مندفع بما سبق من عدم الاشكال في أنّ الآيه الشّريفه مشتمله على الخطاب و ان لم يكن تكليفا محضاً و يكون مستتبعا لخطاب وضعيّ و هو نفوذ العقد و مضيه و اما أنّ مقتضى التّكليف هو وجوب ترتيب آثار الملكيه فلا اشكال فيه الا أنّ المدعى أنّ معنى وجوب الوفاء هو العمل على طبق المعاهده و الالتزام بترتيب آثار الملكيه و ذلك يستتبع وجوب الدّفع و وجوب القبول لظهور الخطاب في وجوب الوفاء بالعقد على ما هو عليه من الخصوصيات بالدّلاله المطابقيه و الالتزاميه فتدبر

قوله و كيف كان فاذا امتنع بغير حقّ سقط اعتبار رضاه)

لا اشكال و لا خلاف في ذلك كما لا اشكال في أنّه اذا رضى المديون بالصّبر و كونه في ذمّه كان له ذلك

و ليس للحاكم مطالبته لما فى المتن من عدم ولايته عليه ح و عن السيرائر وجوب القبض على الحاكم عند الامتناع و انما الكلام فى الاجبار و العزل و الرجوع الى الحاكم اذا لم يرض المديون بالصبر و فيه اقوال الاول ما فى المتن و هو مختار جماعه من اجبار الحاكم على القبض فان تعذر دفعه الى الحاكم و ان تعذر الحاكم كان للمؤمنين اجباره عدولا كانوا أم لا و ان تعذر ذلك أيضا تعين العزل الثانى تعين العزل و كون الضمان على صاحب الدين و هو ظاهر اطلاق جماعه منهم الشيوخان فى المقنعه و النهايه و المحقق فى الدين من الشرائع و مجمل دليلهم انه اذا سقط اعتبار قبض الدائن بنفى الضرر كفى تعيين المديون و عزله لاصاله براءه ذمته عن وجوب شىء اخر من الاجبار او الرجوع الى الحاكم الثالث تعين الدفع الى الحاكم و هو ظاهر المشهور و مجمل دليلهم انه بمنزله المالك لانه ولى الممتنع و زاد بعض الساده الاعاظم فى المسأله على هذه الاقوال وجهين آخرين احدهما التخيير بين الوجوه و ثانيهما تعين الاجبار أولا- و مع عدم امكانه فالتخيير بين العزل و الدفع الى الحاكم و الاقوى ما اختاره المصنف ره لكن مع عدم الأمن من الانكار و مع الأمن فالمدى اذهب إليه انه اذا امتنع يجوز للمديون اجباره و لو بإلقائه إليه اذا كان ملتفتا فان تعيين الكلى بيده و ليس الحكم معلقا على عنوان القبض بحيث يكون له موضوعه فى براءه ذمه المديون و انما الواجب هو الوفاء و اداء الدين و لا اشكال فى صدقهما مع اللقاء إليه و كذا يجوز له التوسل باجبار المؤمنين آياه و لو كانوا فساقا و كان الحاكم موجودا و مع عدم امكان الاجبار مط تعين العزل لانه اذا لم يمكن القبض مع الرضا لا يجوز رفع اليد عن اصل القبض بل مقتضى القاعده سقوط الرضا فقط و مع عدم امكان القبض يسقط مع حصول ملكيه الدائن فى المعزول و لا دليل على الرجوع الى الحاكم الا ان يقال بعموم ما اشتهر فى اللسن و تداول فى بعض الكتب من روايه ان السلطان ولى من لا ولى له الشامل لصور تعذر ايصال الحق الى صاحبه سواء كان حاضرا او غائبا و امتناعه من اخذ حقه و انه ولى الممتنع و استدلل به جماعه فى باب اداء الحقوق الواجبه من الزكاه و الخمس و غيرهما و فرق جماعه فى المال المجهول المالك بين كونه فى الذمه و كونه عينا خارجيا فحكموا فى الاول بأنه يجب دفعه الى حاكم الشرع او الاستيذان منه فى التصديق عن المالك و فى الثانى انه يجوز لمن عنده المال التصديق من غير ان يرفع الامر الى الحاكم او نائبه و كذا

في باب اللقطة تمسكا باخبار ظاهره في جواز تصدق الملتقط بنفسه من جهة ثبوت الولاية له في خصوص المورد وعللوا ذلك بان الحق لو كان في الذمه فلا يقع التصديق عن ذي الحق الا بعد صيروره المدفوع مالا له قبل التصديق ولا يصير مالا له الا بعد وصوله إليه او الى وليه فكل مورد كلف الشخص الى ايصال حق الغير إليه و اراد ذلك لتحصيل براءة ذمته و التخلص من الضرر المترتب على بقاءه فلا بد ان يرفع الامر الى الحاكم على تقدير امتناع ذي الحق عن اخذ حقه و يجب على الحاكم القبول أيضا و ان شئت قلت أنه لا اشكال في حصول براءة ذمته على تقدير الدفع الى الحاكم و لازمه تعيين الدفع إليه اذ لا بد اما من القول بعدم جواز الدفع إليه او الالتزام بوجود ذلك و لا معنى للالتزام بحصول براءة الذمه بالدفع الى الحاكم عند امتناع ذي الحق عن اخذ ماله و عدم تعيين الدفع إليه و هذا مطرد في كل مورد يكون المطلوب ايصال الحق الى صاحبه و يكون الامر متعلقا به و بتحصيل البراءة من حقه و ما يظهر من القدماء الى زمان المحقق و يظهر منه أيضا في كتاب الدين و غيره من عدم وجوب رفع الامر الى الحاكم و ان امتناع ذي الحق بمنزله قبضه فيكون التلّف منه فلعلهم يريدون حكم صورته عدم التمكّن من الوصول الى الحاكم و من يقوم مقامه لان عموم ادله و لايه الحاكم مسلم عندهم مفروغ عنه بينهم نعم قد يتعلق الامر الشرعي بمجرد اعلام ذي الحق بوجود ماله عند من في يده كما في الامانات الشرعية او المالكية عند نسيان المالك فان من عنده الامانه ليس مكلفا في الصورتين الا باعلام المالك و التمكين من قبضه و لا معنى لوجوب رفع الامر الى الحاكم لسقوط التكليف بعد اعلام من له الحق و لا اشكال ظاهرا في هذا من حيث الكبرى و اما يقع الاشكال في بعض الموارد من حيث الصغرى و أنه من اى القسمين و المتبع ح الرجوع الى الادله فان علم الامر منها و الا فلا بد من الاخذ بالمتيقن هذا كله مضافا الى ان اللّازم الاقتصار فيما خالف الاصل الدال على عدم تعيين الثمن للبائع حيث كان كليا الا بقبضه على محلّ الوفاق هذا غاية ما يمكن ان يقال دليلا لهم و فيه منع دلالة العموم المذكور عليه لان قوله (ع) في المرسله من لا ولي له انما هو من باب عدم الملكة اى السيلطان ولي من لا ولي له فعلا مع شأنيته ان يكون له ولي لا من باب عدم السلب فلا يجرى في الممتنع عن اخذ حقه نعم يجرى في المتعذر عن اخذ حقه و ايا ما يقال من ان السيلطان ولي الممتنع ففيه أنه ليس بروايه رويت عن النبي (ص) او عن احد الائمه عليهم السلام و انما المدرك له هو المرسله المتقدمه

المشهوره فى الالسن او الاجماع المدعى فى كلام بعض عليه اما الاول فقد عرفت ما فيه و اما الثانى ففيه انه لا ينفع المقام لان مراد المجمعين من الممتنع كما يظهر لمن راجع الى كلماتهم هو الممتنع عن اداء حق الناس لا من امتنع عن اخذ حقه و بالجمله هذه القضيه ليست شامله للمقام و ليست مما تسالم عليه الاصحاب و قد صرح جماعه بخلافها و ظاهر القدماء عدا ابن ادريس ذلك و دعوى ان مرادهم مما اطلقوا صورته التعذر من رفع الامر الى الحاكم كما ترى فانه فى غايه البعد من كلماتهم و اما الاستشهاد بما ذكره جماعه فى المال المجهول المالك ففى غير محله للفرق الواضح بين صورته التعذر و الامتناع مضافا الى المناقشات الوارده فى كلامهم فى ذلك الباب و اما ان لازم الحكم بحصول براه ذمه المديون بمجرد الدفع الى ذى الحق و امتناعه و تعيين حقه فى ذلك يوجب الحكم بعدم جواز رفع الامر الى الحاكم و عدم حصول براه الذمه بالدفع إليه ففيه انه لا ضير فى الالتزام بذلك لانه ان اريد من حصول براه الذمه بالدفع الى الحاكم هو الدفع إليه قبل الدفع الى ذى الحق و امتناعه فهذا لم يقل به احد و ان اريد من ذلك الدفع إليه بعده فبناء على الالتزام بحصول البراه بالدفع الى مالكة و امتناعه و تشخيص الحق فى المدفوع بالامتناع لا يبقى مجال للدفع الى الحاكم اما فيما كان معينا فللدعوى صدق القبض حقيقه على دفع المال الى مالكة و تمكينه منه و ان امتنع عن اخذه مضافا الى ان الحكم الشرعى المترتب على قبض كل من العوضين و اقباضه لم يترتب عليه بحيثيه هذا العنوان ليكون المناط فى حصول استقرار التملك و رفع الضمان المعوضى عنوان القبض و الاقباض بل المستفاد مما ورد فى باب البيع فى بيان ذلك كفايه الوفاء و اداء الدين فالحكم يترتب على الفعل الصادر من مالك المعوض بحيث لم يكن حاله منتظره لصدق عنوان القبض عليه اما اختيار مالك العوض و من الواضح ان هذا الفعل يختلف باختلاف الموارد و الحالات و لذا ابدل جماعه اشتراط القبض فى حصول الاستقرار باشتراط الاقباض معترضين على من عبر باشتراط القبض بان المستفاد من الادله كفايه تحقق الاقباض فى نقل الضمان المعوضى و ان لم يتحقق معه القبض فان ظاهره كما ترى كفايه الفعل الذى يصدق عليه الاقباض على تقدير اختيار الاخر و اما فعنوان القبض و الاقباض متلازمان لا يعقل انفكاك احدهما عن الاخر كما فى مطلق الفعل و الانفعال و اما فيما كان كليا فى الذمه فلان مقتضى ما دل على نفي الضرر و الضرر هو كون الاختيار فى

التعيين بيد المالك الذي يريد الاقباض و احتمال اشتراطه برضا من له الحق لا وجه له مع انه قضيه تمليك مالك الكلى من حيث هو الذي لا يمكن ايجاده فى الخارج و تحصيل البراءه منه وجوبا او جوازا الا بايجاد فرد منه و دفعه الى من يملك الكلى فى الذمه و ان شئت قلت ان تملك الكلى لا يقتضى التسلط على الافراد و يجوز لمن عليه المال تحصيل براءه ذمته و نتيجه هذا كون تعيين الكلى و تشخيصه باختيار من هو فى ذمته من دون اعتبار امر اخر اصلا و بالجمله اذا كان الاختيار بيده و مكن صاحب الحق من ماله صدق القبض و قد ظهر مما ذكرنا عدم تماميه القول بان الاصل عدم تعيين الثمن للبائع حيث كان كليا و اللازم الاقتصار على محل الوفاق و هو الرجوع الى الحاكم مع التمكن منه بل الاصل و عدم الدليل قاضيان بعدم وجوب الدفع الى الحاكم مع حضور صاحب المال و تمكنه من اخذه

فان قلت سلمنا جميع ذلك و صدق القبض بالمعنى المشار إليه و تعيين الحق و استقرار الملكيه بمجرد تمكين الدافع و لكن المفروض انه مال مسلم محترم يتمكن من ايصاله الى وليه فيجب

قلت هذا عين الدعوى لما عرفت من منع عموم الولايه و شمولها لصوره الامتناع

فان قلت سلمنا براءه الذمه بمجرد تعيين من عليه الحق مع الامتناع فى الكلى و ان امكن رفع الامر الى الحاكم و رفع الضمان بالتلف فى المعين و ان امكن دفعه الى الحاكم الا انه لا اشكال فى وجوب حفظ المال على من فى يده من باب قضيه اللطف و الحسبه نعم لو دفعه الى ذى الحق او الى مكان يتعلق به او دسه فى امواله ارتفع وجوب الحفظ عنه كما انه لو دفعه الى محضر من المسلمين او اخبر جماعه منهم ارتفع الوجوب العيني عنه و وجب عليه الحفظ كفايه أيضا و من هنا ذكر الشهيد الثانى ره انه لو دفع شخص ماله الى غيره ليحفظه و ينوب عنه وجب حفظه عليه و ان لم يحصل بمجرد ذلك عنوان الوديعه و الامانه لائن حفظ اموال الثياس واجب كفايه و على هذا فلو اراد التخلص عن هذا الوجوب عينا او كفايه لا بد ان يدفعه الى الحاكم على تقدير قبوله

قلت لا دليل على وجوب حفظ مال الغير فى صوره علمه و امتناعه من الاخذ و كذا فى صوره دفع ماله الى شخص ليحفظه كما عليه الشهيد الثانى بل و كذا فى صوره ضياع مال شخص مع علم الغير به و اقتضاء اللطف ذلك ممنوع بل هو تكليف ضررى فى اكثر الصور و ايا ما دل على عموم حسن الحسبه و الاحسان فلا يجدى فى المقام لان القدر الثابت منه هو استحباب ذلك لا وجوبه نعم لا اشكال فى وجوب الحفظ فى الامانات

الشَّرعيه و المالكيه لكنّه يرتفع في الاول بمجرد اعلام المالك و التّمكين من دفع ماله إليه و لو امتنع فلا يجب عليه الحفظ و في الثاني بمجرد اخبار المالك بعدم الرّضا ببقاء الامانه عنده فتدبّر ثمّ أنّه قد علم من مجموع ما ذكرنا أنّه اذا امتنع الدّايين و من له الحقّ و تعذّر اجباره تعيّن العزل و مقتضى تعيين الكلّي في فرد مخصوص هو بدليته من الكلّي في اصل الملكيه و يكون نمائه للدّائن و تلفه عليه و لا يجوز للمديون التصرف فيه خلافا لما تراه في المتن من أنّ اللّازم بعد التّعيين ليس الّا انتقال الحقّ من ذمّته و تعلّقه بالعين بمعنى أنّه لو تلف وقع خسارته على من له الحقّ من دون ان يخرج الفرد عن ملكه ماله نظير حقّ المجنّي عليه برقبه العبد الجاني لا كتعلّق حقّ المرتهن بالعين المرهونه حيث أنّ تعلّقه بالعين لا يوجب رفع تعلّقه بذمّه الرّاهن و قد يؤيّد ذلك بما ذكره بعض في باب الزّكاه من أنّه لو عزل الزّكاه من المال و عيّن ما في ذمّته في ضمن فرد من جهة تعذّر دفعه الى الفقراء تعيّن حقّهم فيما عينه لكنّه لا- يخرج عن ملك المالك بمجرد ذلك بل هو باق في ملكه و نمائه له و فيه أوّلا ما عرفت من أنّ مقتضى نفى الضّرر سقوط اعتبار قبض الدّايين في تملكه و كون الاختيار في التّعيين بيد المالك الّذى يريد الاقباض و كفايه تعيينه و عزله في حصول الملكيه و ثانيا أنّ لازم انتقال الحقّ من الذمّه الى العين من دون خروجها عن ملك المديون خروج مال الدّايين عن ملكه بلا سبب شرعيّ فأنّه كان مالكا للكلّي في ذمّه المديون و قد خرج الكلّي عن ذمّته من دون ان يتعيّن في الفرد المعزول و ثالثا ما ذكره بعض السّاده الاعاظم من أنّ لازم تعلّق الحقّ بالمعزول أيضا عدم جواز تصرف المديون فيه بعد ذلك اذ الحقّ مانع عن ذلك و دعوى أنّ التصرف لا- يعدّ منافيا للحقّ حتّى يكون ممنوعا لا-نّ المفروض أنّه موجب للعود الى الذمّه مدفوعه بأنّ مجرد هذا لا- يسوّغ التصرف مع أنّه أنّما يتمّ في التصرف بالاتلاف لا كلّ تصرف الّا ان يقال أنّ مطلق التصرف مستلزم للعود الى الذمّه و فيه أنّه لا وجه له انتهى و رابعا أنّ هذا الوجه كالوجه الأخر من تقدير الدّخول في ملك ذى الحقّ آنا ما قبل التّلف على خلاف الاصل و القاعده و نفى الضّرر لا يقتضى ذلك فلا دليل عليه اصلا فلا يمكن الالتزام به و قياس المقام بحقّ الجنايه مع الفارق كما هو واضح و لا اشكال في صيروره المعزول للزّكاه ملكا للفقراء و يكون التّماء لهم و قد صرح بذلك غير واحد بل لم ينقل فيه خلاف الّا عن الدّروس بأنّه مال المالك مع أنّه صرح كغيره بعدم جواز الابدال الّذى لا يتمّ الّا بنقل

الملك اذ لا مانع منه بناء على عدم تحقق القسمة المفيدة للملك اللهم الا ان يدعى ظهور لفظي الاخراج و العزل الواردين فى الاخبار بعد فرض عدم حصول الملك فى تعيين الدفع بما عزله عن ماله بقصد الزكاه و يمنع ما عن غير واحد من ايقاف عدم جواز الابدال على الملك و بهذا يمكن الجمع بين قول الشهيد بعدم جواز الابدال و بانّ النماء للمالك و لكنّ الدعوى ضعيفه جدّ الظهور الاخراج و العزل الواردين فى الاخبار المشار إليها فى القسمة و لا محيص ح عن كون النماء للفقراء و على اى حال فالمسأله فى باب الزكاه مبتنيه على ما يستفاد من الاخبار الوارده فيها بخلاف المقام فأنه مبنى على القاعده

قوله (و عن السرائر وجوب القبض على الحاكم

الفرق بين هذا و ما رجحه فى جامع المقاصد انّ الاوّل يقول بوجوب القبض على الحاكم مط سواء رضى المديون بالصبر و كون الثمن باقيا فى ذمته أم لا- و الثانى يقول بجواز قبض الحاكم و لو مع امكان الاجبار فى خصوص ما اذا لم يرض المديون بالصبر و استبعد الشهيد فى الدروس كلام السرائر و هو فى محله لانّ وجوب القبض على الحاكم فرع ولايته و ولايته متفرع على تعذر تسلّم البائع و من الواضح انّ ذلك لا يكون الا اذا تعذر الاجبار على انه اذا لم يسأله المديون و رضى بالصبر فلا وجه لجواز قبضه الحاكم فضلا عن وجوبه عليه

قوله (عدم وجوب حفظه من التلّف لانّ شرعيّه عزله الخ)

وقع الاشاره الى هذا الوجه فى عبارته جامع المقاصد حيث قال اذا امتنع المالك عن القبض و تعذر الحاكم زال الضمان عن الدافع بالتعيين لكن هل هو مشروط بالحفظ بمجرى العاده فيكون امينا أم لا فلا يكون الحفظ واجبا عليه لم اجد به تصريحاً للاصحاب لكن قوه التأمل فى كلامهم تشهد للثانى حيث اطلقوا نفى الضمان عنه دفعا للضرر و لو وجب الحفظ الدائم لبقى الضرر المحذور و الزم بالضمان بالتقصير فيه انتهى و ما احتمله من وجوب الحفظ مط يمكن استظهاره من عبارته الشرائع و غيرها ممّا قيّد فيه كون التلّف من البائع بعدم تفريط المشتري فى الحفظ قال بعض المحشّين و لعلّ وجهه انه مال امرئ مسلم محترم فيجب حفظه على عامّه المسلمين و هو احدهم و اقربهم و تساهل المالك فى حفظ ماله لا يوجب ارتفاع حرمة ماله انتهى و يرده ما قدّمناه

[مسأله لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرّح به فى غيره فى عدم جواز تأجيل الثمن الحال، بل مطلق الدين، بأزيد منه]

قوله (فيلغى وجوب الحفظ فى الثانى)

ليس هذا تفصيلا فى المسأله لانّ مع طرحه و القائه إليه لا يبقى موضوع للحفظ حتى يبحث عن وجوبه و عدمه

قوله (فى عدم جواز تأجيل الثمن الحال)

و مثله تأجيل الثمن المؤجل غير الحال باجل زائد فى مقابل الزيادة من دون فرق بين

جعل الزائد في مقابل الاجل او جعل مجموع المؤجل في مقابل المجموع الحال بان يقابل بين الثمن الحال و ما يجعل مؤجلا و من دون فرق بين ان يكون الدين الحال و ما يجعل مؤجلا من الجنس الربوي أم لا كما يدل عليه التعليل المذكور في المتن

قوله (عن ابن عباس أنه كان الرجل من اهل الجاوبه)

هي بالواو و الياء المشدده و جاوه صقع من اطراف مكه معروف و لكن هذه اللفظه في مجمع البيان غير موجوده و الموجود فيه انما هو لفظ منهم بدلها و السهو واقع من بعض النسخ و رايت في بعض النسخ هكذا كان الرجل من اهل الجاهليه

قوله (بل يدل عليه حسنه ابن ابى عمير او صحيحته

المرويه في الكافي و ترديد المصنف ره بين كونها حسنه او صحيحه لاجل الاختلاف في ابراهيم بن هاشم الواقع في سند الزوايه بين كونه من الثقات او الحسان و عن ابن طاوس ره دعوى الاتفاق على كونه من الثقات

قوله (و يدل عليه بعض الاخبار الوارده)

كالموتق بابن اسحاق و هو كالصحيح لابن ابى عمير الذى رواه الشيخ ره عن محمد بن اسحاق بن عمار قال قلت لابي الحسن (ع) يكون لى على الرجل درهم فيقول اخرنى بها و انا اربحك فابيع جنبه تقوم على بالف درهم بعشره آلاف درهم او قال بعشرين الف درهم و اؤخره بالمال قال لا بأس و مضمر عبد الملك بن عتبه الذى رواه الشيخ أيضا قال سألته عن الرجل يريد ان اعينه المال و يكون لى عليه مال قبل ذلك فيطلب منى مالا ازيدته على مالى الذى لى عليه أ يستقيم ان ازيدته مالا و ابيعه لؤلؤه تساوى مائه درهم بالف درهم فاقول له ابيعك هذه اللؤلؤه بالف درهم على ان اؤخر ثمنها و مالى عليك كذا و كذا شهرا قال لا- بأس به و موتق ابن عمير الذى رواه الشيخ أيضا عن محمد بن اسحاق بن عمار قال قلت للرضا (ع) الرجل يكون له المال فيدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤه تساوى مائه درهم بالف درهم و يؤخر عنه المال الى وقت قال لا بأس قد امرنى ابى (ع) ففعلت ذلك و زعم أنه سئل أبا الحسن عليه السلام عنها فقال له مثل ذلك

قوله (مورد الاعتراض العامه في استعمال بعضها)

يشير الى الصحيح المروي في الكافي عن عبد الرحمن بن الحجاج قال سألته عن الصّرف الى ان قال فقلت له اشترى الف درهم و ديناراً بألفى درهم فقال لا بأس بذلك أنّ ابى كان اجرى على اهل المدينه منى فكان يقول هذا فيقولون انما هذا الفرار لو جاء رجل بدينار لم يعط الف درهم و لو جاء بالف درهم لم يعط الف دينار و كان يقول لهم نعم الشىء الفرار من الحرام

قوله (و يدلّ عليه أيضا او يؤيده بعض الاخبار)

كالمروى فى الفقيه عن اسحاق بن عمّار قال قلت لابي ابراهيم عليه السّلام الرّجل يكون له عند الرّجل المال قرضا فيطول مكثه عند الرّجل لا يدخل على صاحبه منه منفعه فينبه الرّجل الشّى ء بعد الشّى ء كراهه ان يأخذ ماله حيث لا يصيب منه منفعه يحلّ ذلك له فقال لا- بأس اذا لم يكونا شرطا و المروى فى الكافى عن اسحاق بن عمّار عن ابى الحسن (ع) قال سألته عن الرّجل يكون له مع رجل مال قرضا فيعطيه الشّى ء من ربحه مخافه ان يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير ان يكون شرط عليه قال لا بأس بذلك ما لم يكن شرط

قوله (و ظهر أيضا انه يجوز المعاوضه اللّازمه الخ)

اى ظهر جواز اشتراط التّأجيل بالزّياده فى عقد لازم من الاخبار الثّلاثة المذكوره و هى الموثّقان و مضمّر عبد الملك و هذه احدى المسألتين المشار إليهما فى المتن و لم يساعده الزّمان على الوفاء بما اراد ره و على اى حال يجوز ان يبيع الدّين شيئا من المديون بتلك الزّياده بعقد لازم و يشترط فى ضمنه تأجيل ذلك الحالّ سواء اشترط تأجيل ثمن المبيع مضافا الى تأجيل السّابق أم اشترط تأجيل السّابق فقط و استظهر جماعه عدم الخلاف فى ذلك فكما يجوز اشتراط تأجيل الحال فى ضمن عقد لازم من غير زياده يجوز اشتراط ذلك مع الزّياده و استدلّوا على ذلك مضافا الى عمومات الوفاء بالعقود و الشّروط بالاخبار المذكوره و لا يعارضها سوى ما رواه الشّيخ ره فى التّهذيب عن يونس الشّيبانى قال قلت لابي عبد الله عليه السّلام الرّجل يبيع البيع و البائع يعلم انه لا- يسوى و المشتري يعلم انه لا- يسوى الا انه يعلم انه سيرجع فيه فيشتره منه قال فقال يا يونس انّ رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم قال لجابر بن عبد الله كيف انت اذا ظهر الجور و اورثتم الذلّ قال فقال له جابر لا بقيت الى ذلك الزّمان و متى يكون ذلك بابى انت و أمى قال اذا ظهر الرّبا يا يونس و لهذا الرّبا فان لم تشتريه منه ردّه عليك قال قلت نعم قال فقال عليه السّلام لا- تقرّبته و لا- تقرّبته و لكنّه مضافا الى قصور سنده و وهنه باعراض الاصحاب عنه محمول على الكراهه او التّقيه و لقد احسن المولى الفيض ره حيث حمّله فى الوافى على صورته عدم القصد الى التّقل حقيقه فقال لا منافاه بين هذا الخبر و الاخبار المتقدّمه لانّ المتبايعين هاهنا لم يقصدا البيع و لم يوجبا فى الحقيقه و هناك اشترط ذلك فى جوازه انتهى و اما المسأله الثّانيه و هى جواز تعجيل ثمن

المبيع المؤجل و سائر الحقوق المائيه المؤجله بتنقيص من المؤجل مع التراضى من دون فرق بين ان يكون ذلك بالابراء او الصلح فالظاهر عدم الخلاف فيه و استدلوا على ذلك بطائفه من الاخبار منها حسنه ابن ابى عمير المذكوره و منها ما رواه الشيخ عن ابان عمّن حدثه عن ابى عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل ان يحل الاجل عجل لى النصف من حقى على ان اضع عنك النصف أ يحل ذلك لواحد منهما قال نعم و منها ما رواه الكليني عن زراره عن ابى عبد الله (ع) و رواه الشيخ عن الحلبي عنه عليه السلام قال سألته عن رجل اشترى جاريه بثمان مسمى ثم باعها فربح فيها قبل ان ينقد صاحبها الذى هى له فاتاه صاحبها يتقاضاه و لم ينقد ماله فقال صاحب الجاريه للذين باعهم اكفونى غريمى هذا و الذى ربحت عليكم فهو لكم قال لا- بأس و الاولى الاتيان بصيغه الصلح او التصريح بالبراء او الاسقاط و العفو و ان كان الاقوى الاكتفاء بمعاطاه الصلح بل قد يستظهر من الاخبار الاكتفاء بالتراضى من غير حاجه الى الابراء او الصلح

[مسأله إذا ابتاع عيناً شخصيه بئمن مؤجلٍ جاز بيعه من بئنه و غيره قبل حلول الأجل و بعده بجنس الثمن و غيره]

قوله (إذا ابتاع عيناً شخصيه بئمن مؤجل)

تخصيص البحث بالعين الشخصيه كما خصص بها فى الجواهر أيضا من جهة أنّ ما عبّر به جماعه فى المقام و هو أنّه اذا باع شيئا ثم اشتراه منه جاز ذلك يشمل ما عدّه المشهور من بيع الدين بالدين و منعوا عنه و ذلك لأن قولهم اذا باع شيئا ثم اشتراه يشمل عندهم ما اذا كان المبيع فى البيعين كلياً و كان البيعان نسيئتين و وقع البيع الثانى قبل حلول الاجل فانّ البيع الثانى يكون بيع دين بدين كما اذا باع قفيزاً من حنطه بدرهم نسيئه ثم اشتراه منه قبل مجىء الاجل بدرهم الى مده كذا فانّ القفيز صار بالعقد الاول ديناً على البائع لعدم اشتراط الاجل فى الدين فانه ينقسم الى حالّ و مؤجل فاشترى البائع هذا الدين بما صار ديناً بشرائه و هو الدرهم بناء على أنّه يكفى فى صدق بيع الدين بالدين كون احدهما ديناً قبل العقد و ان صار الاخر ديناً بعد العقد و من ذلك يعلم أنّه لا- يختص الاشكال الوارد على تعبيرهم بكون البيعين نسيئتين بل يتصور فى التقدين أيضاً الا ان صدقه مع كون البيع الثانى نسيئه اظهر الا ان يقال ان اطلاق كلماتهم بجواز بيع شىء ثم شرائه بقرينه منعهم عن بيع الدين بالدين منزل على ما اذا كان

المبيع شخصيًا و ليعلم أنّ هذا بناء على ما ذهب إليه جماعه و ألا فقد مرّ أنّ هذا ليس من بيع الدّين بالدّين و أنّه مخصوص ببيع دين سابق على العقد بدین كذلك ثمّ أنّ بعض الاعلام افاد في بيان ما اذا باع شيئًا ثمّ اشتراه منه أنّ له صوراً عديده لأنّ المبيع أمّا كلّى او شىء معيّن و كذلك الثّمّن و على كلّ منها فامّا ان يبيع نقداً او نسيئته او بعضه نقداً و بعضه نسيئته و على كلّ منها ان يشتري نقداً او نسيئته او مركّباً منهما و على الجميع أمّا ان يشتري بجنس الثّمّن الأوّل المذموم باع المبيع به او بغيره او بهما و على الجنسيتيه أمّا يشتري بمقدار ما باعه او باقلّ منه او باكثر و على تقدير كون البيع الأوّل بجميعة او بعضه نسيئته و كذا الشراء الثّانى أمّا ان يكون الاجلان متساويين او اجل البيع اطول او بالعكس و على تقدير كون البيع الأوّل مؤجّلاً أمّا يبيع قبل انقضاء اجله او بعده و على جميع التقادير فأمّا ان يكون البائع قد شرط في البيع الشراء الثّانى او لا و الشرط أيضاً له اقسام لأنّه أمّا ان يكون مذكوراً بلفظه او باداته او بحكم المذكور كإشاره الى مكتوب فيه ذلك و نحو ذلك او لا يكون مذكوراً بل أنّما كان بناؤهما عليه فمرّه يوقعان العقد عليه بطريق جعله قيدياً له كالمذكور باللفظ الصّريح و مرّه يكون ذلك بمجرد بناؤهما عليه و لم يأخذه قيدياً او شرطاً و مرّه يحصل الغفله و التّسيان عمداً بنياً عليه من الشرط فيوقعان العقد بطريق الاطلاق لكن لو تبها الشرط و على جميع التقادير فالشرط قد يكون شرط سبب كاشتراط ان يبيعه منه بعد شرائه و قد يكون شرط غايه كان يشترط عليه كون المبيع ينتقل من المشتري إليه بعد انتقاله منه إليه

قوله (في صحيحه يسار بن يسار)

الصّحيح في الأوّل و هو الزّواى بشار بن يسار بالباء الموحّده ثمّ الشّين المعجمه

قوله (و روايه الحسين بن منذر)

العينه المذكوره في الزّوايه هي بالعين غير المعجمه المكسوره و الياء الساكنه و التّون المفتوحه مخفّفه و الهاء المنقلبه عن تاء و قد تقدّم تفسيرها في حكم الشرط الفاسد

قوله و في دلالتها نظر)

لأنّ طعاماً في قوله خذ منّي طعاماً نكره و ظاهرها أنّه لا يقتضى كونه عين الطّعام الأوّل

قوله (و حكى عن بعض ردها بعدم الدّلاله)

فإنّ الظاهر منها أنّ السائل طمع ان يرخص له في اخذ عين طعامه الذى دفعه إليه من دون وقوع معامله جديده فلم يرخص له لأنّه لا يستحقّ إلاّ الدرهم إلا ان يأخذ الطّعام بالشراء بسعر يومه بل الزّوايه ادلّ على الخلاف فإنّ صدره صريح

فى جواز الشراء منه و حمل الصدر على طعام اخر غير ما باعه فيكون مورد الجواز خارجا عن محل النزاع كما ظنه الراوى مندفع بان هذا لا- يلائم قول الراوى رخص لى فرددت عليه الخ لما ان يقال انه اراد رخص لى بالاطلاق الشامل لطعامه و فيه ح لزوم التناقض بالترخيص فى الصيدر و لو بالاطلاق و المنع فى الذيل ثم لو اغمضنا عما ذكرنا من الظهور و قلنا بان الصيدر و الذيل كليهما واردان مورد الشراء فالصدر صريح فى جواز الشراء منه و لا بدح من حمل الذيل على الكراهه هذا كله مضافا الى القدح فى السيند بالقاسم بن محميد فانه رجل مجهول و اختصاص موردها بالطعام و عدم انطباقها على مذهب الشيخ فانهما باطلاقها يشمل ما لو كان الثمن زائدا او ناقصا او مساويا

قوله (لا يظهر من روايه خالد دلالة على مذهب الشيخ)

مع انه لا دلالة على كون الشراء بالزيادة او النقيصه و لا على كون الشراء بجنس الثمن و يستدل أيضا لقول الشيخ بروايه الحلبي قال سئل ابو عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوبا ثم رده على صاحبه فابى ان يقبله الا بوضيعة قال لا يصلح له ان يأخذه فان جهل و اخذه باكثر من ثمنه رد على صاحبه الاوّل ما زاد و فيه أولا- انها ظاهره فى ان المشتري اراد الاقاله فلم يرض البائع الا بوضيعة و نهى الامام (ع) عن ذلك و لا- خلاف و لا- اشكال فى بطلان الاقاله بالنقيصه او الزيادة و ثانيا لو اريد منها الاخذ بالشراء فالتنهى محمول على الكراهه بقريته لا- يصلح فى ذلك على ان ذيله فى غايه الاجمال هذا كله مضافا الى ان الروايات الثلاث موهونه باعراض المشهور عنها

قوله (و اما الحكم فى المستثنى)

و هو عدم جواز الشراء و قد مرّ الكلام فى الجواب عن الدور فى الشرط السابع من شروط صحه الشرط فراجع

قوله (و قد يرد دلالتها)

الردود الثلاثة لصاحب الجواهر

قوله (و فيه ما لا يخفى)

الظاهر انه اشاره الى ظهوره فى الحرمة و الفساد و لكن العجب من المصنّف قدس سره صرح فى غير موضع بانّ البأس اعتم من الحرمة و الكراهه

قوله (و فيه انّ الحرمة المستفاده من البأس)

الظاهر انّ الحرمة اعتم من الفساد و العجب انه قال فى غير موضع بعدم دلالة البأس على الحرمة و يدعى هنا انّ الحرمة المستفاده منه داله على الفساد

قوله (وَأَمَّا رَوَايَهُ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ فَهِيَ أَظْهَرُ)

تَمَسَّكَ بِهَذِهِ الرِّوَايَةِ أَيْضًا فِي الْحَدَائِقِ وَالْكَفَايَةِ

[القول في القبض]

[وَالنَّظْرُ فِي مَا هِيَ، وَوَجُوبُهُ، وَأَحْكَامُهُ يَقَعُ فِي مَسَائِلَ]

[مَسْأَلُهُ اخْتَلَفُوا فِي مَا هِيَ الْقَبْضُ فِي الْمَنْقُولِ]

إِشَارَةٌ

قوله (اخْتَلَفُوا فِي مَا هِيَ)

لَمَّا كَانَ الْقَبْضُ مِنَ الْمَوْضُوعَاتِ الَّتِي يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا أَحْكَامُ كَثِيرَةٍ كَكُونِ التَّلْفِ قَبْلَهُ مِنَ الْبَائِعِ وَ بَعْدَهُ مِنَ الْمُشْتَرِي وَ اشْتِرَاطِ خِيَارِ التَّأخِيرِ بَعْدَمَهُ وَ اشْتِرَاطِهِ فِي صَحِّهِ الْهَبَةِ أَوْ لَزُومِهَا وَ كَذَلِكَ بَيْعِ الصَّيْرِفِ وَ السَّيْلِمِ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الثَّمَنِ وَ الْوَقْفِ وَ الْوَصِيَّةِ وَ اشْتِرَاطِهِ فِي جَوَازِ بَيْعِ مَا اشْتَرَاهُ بَدُونَهُ وَ ثُبُوتِ التَّحْرِيمِ أَوْ الْكِرَاهَةِ مَعَ عَدَمِهِ وَ فِي مَقَامِ تَشْخِيسِ مَا فِي الذَّمِّ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ تَصَدَّى الْأَصْحَابُ لِبَيَانِ مَا هَيْئَتُهُ وَ مَعْنَاهُ وَ اخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُهُمْ فِي ذَلِكَ فِي الْمُنْقُولِ بَعْدَ اتِّفَاقِهِمْ عَلَى كِفَايَةِ التَّخْلِيهِ فِي غَيْرِهِ بِمَا يَفْضَى بِحَسَبِ ظَوَاهِرِهَا إِلَى اقْوَالِ ثَمَانِيَةٍ وَ مَا يُمْكِنُ أَنْ يَتَمَسَّكَ بِهِ لِلْقَوْلِ الْأَوَّلِ لَزُومِ الْإِشْتِرَاكِ أَوْ الْمَجَازِ لَوْ أُرِيدَ غَيْرُ التَّخْلِيهِ فِي الْمُنْقُولِ بَعْدَ الْإِتِّفَاقِ عَلَى ارَادَتِهَا فِي غَيْرِهِ وَ الْمَرَادُ بِهَا رَفْعُ الْيَدِ وَ جَمِيعِ الْمَوَانِعِ عَنِ سُلْطَنَةِ الْقَابِضِ وَ اسْتِيْلَائِهِ عَلَى الْمَبِيعِ وَ فِيهِ أَنَّهَا فَعَلُ الْبَائِعِ فِي مَقَامِ الْإِقْبَاضِ وَ الْقَبْضِ وَ التَّسَلُّمِ فَعَلُ الْمُشْتَرِي وَ لِلْقَوْلِ الثَّانِي أَمَّا كِفَايَةُ النَّقْلِ فَلِلصَّدَقِ الْعَرْفِيِّ وَ أَمَّا اعْتِبَارُ الْكَيْلِ أَوْ الْوِزْنِ فِي خُصُوصِ الْمَكِيلِ وَ الْمَوْزُونِ فَلِصَّحِيحِهِ مَعَاوِيَةَ بْنِ وَهَبٍ وَ غَيْرِهَا الْمَذْكُورَةَ فِي الْمَتْنِ وَ ذَهَبَ إِلَى هَذَا الْقَوْلِ جَمَاعَةٌ وَ قَدْ يَنْسَبُ إِلَى الْمَشْهُورِ وَ فِيهِ أَنَّ اعْتِبَارَ الشَّارِعِ الْكَيْلِ وَ الْوِزْنِ أَنْ كَانَ لِكُونِهِمَا قَبْضًا فِي الْمَكِيلِ وَ الْمَوْزُونِ فَمِنْ الْوَاضِحِ أَنَّهُمَا يَصْدُرَانِ غَالِبًا مِنَ الْبَائِعِ فِي مَقَامِ الْإِقْبَاضِ وَ مَا يَكُونُ فَعَلًا لِلْبَائِعِ لَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ فَعَلًا لِلْمُشْتَرِي وَ هُوَ قَبْضُهُ وَ تَسَلُّمُهُ فَلَا أَقْلَ مِنْ الْقَوْلِ بِالتَّفْصِيلِ بَيْنَ مَا لَوْ صَدَرَ مِنَ الْبَائِعِ أَوْ الْمُشْتَرِي وَ أَنْ كَانَ لِدَفْعِ الْمَنْعِ تَحْرِيمًا أَوْ كِرَاهَةً عَنِ بَيْعِ مَا لَمْ يَقْبِضْ فِي خُصُوصِ الطَّعَامِ أَوْ مَطْلَقِ الْمَكِيلِ وَ الْمَوْزُونِ فَفِيهِ مِضَافًا إِلَى كَوْنِهِ خَارِجًا عَنِ فَرْضِ كَوْنِهِمَا قَبْضًا فِي الْمَكِيلِ وَ الْمَوْزُونِ أَنَّهُ مَنَافٍ لِلْإِجْمَاعَاتِ الْمُحْكِيَةِ عَلَى جَوَازِ بَيْعِ بَعْدِ الْقَبْضِ فَالْمَتَّجِهَ حَمَلُ الزُّوَايَاتِ عَلَى الْغَالِبِ مِمَّا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِمَا مِنَ الْقَبْضِ الَّذِي هُوَ فَعَلُ الْمُشْتَرِي وَ لِلْقَوْلِ الثَّلَاثِ فَعَلِيَّ اعْتِبَارِ الْكَيْلِ وَ الْوِزْنِ فِيمَا يَعْتَبَرُ فِي بَيْعِهِ ذَلِكَ صَّحِيحُهُ مَعَاوِيَةَ بْنِ وَهَبٍ مَعَ الْحَاقِّ الْمَعْدُودِ بِالْمَكِيلِ وَ الْمَوْزُونِ نَظَرًا إِلَى الْحَاقِّ بِهِمَا فِي عَدَمِ صَحِّهِ بَيْعِهِ بِالْمَشَاهِدَةِ وَ أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ اعْتِبَارِهِ وَ عَلَى اعْتِبَارِ النَّقْلِ فِي الْحَيَوَانَ وَ الْوَضْعِ فِي الْيَدِ فِي الثُّوبِ الْعَرْفِ وَ رَوَايَةِ عَقْبَةَ بْنِ خَالِدِ الْآتِيَةِ فِي أَحْكَامِ الْقَبْضِ وَ فِيهِ مَا عَرَفْتَ مِنَ الْكَلَامِ فِي الصَّيْحِيحِ وَ غَيْرِهَا وَ الْحَاقِّ الْمَعْدُودِ بِالْمَكِيلِ وَ الْمَوْزُونِ قِيَاسًا وَ قِضَاءَ الْعَرْفِ بِالْفَرْقِ بَيْنَ الْحَيَوَانَ أَوْ غَيْرِهِ مَمْنُوعٍ وَ لِلْقَوْلِ الرَّابِعِ بَعْدَ الْإِجْمَاعِ الْمَدْعَى فِي مُحْكَيِّ الْغَنِيَةِ الْمَعْتَصِدِ بِالشَّهْرِ الْمُحْكِيَةِ فِي الْجَمَلَةِ فَهَمَّ الْعَرْفُ لِأَنَّهُ الْمَرْجِعُ فِيمَا لَمْ يَرِدْ فِي تَعْرِيفِهِ نَصٌّ مِنَ الشَّرْعِ وَ فِيهِ مَا نَرَى بِالْعِيَانِ مِنْ صَدَقِ الْقَبْضِ عَرَفًا أَيْضًا بِمَا دُونَ النَّقْلِ كَالْإِخْذِ بِالْيَدِ وَ نَحْوِهِ وَ لِلْقَوْلِ الْخَامِسِ قِضَاءَ الْعَرْفِ وَ دَعْوَى

الشَّهْرَه كَمَا سَتَسْمَعُه وَفِيهِ مَنَعُ الشَّهْرَه وَ مَنَعُ انطِبَاقِ العَرَفِ عَلَي مَا قَالُوا بِاعْتِبَارِ التَّنَاولِ فِي قَبْضِ مَا يَتَنَاوَلُ وَ التَّقْلُ فِي قَبْضِ مَا يَحْوِلُ وَ الكَيْلُ وَ الوِزْنُ فِي المَكِيلِ وَ الموزون وَ للقول السِّدَّادِسُ بِفَهْمِ العَرَفِ وَ قَضَائِهِ وَ فِيهِ مَا عَرَفْتَ وَ لَا يَخْفَى أَنَّ مَا ذَكَرَهُ فِي المَسَالِكِ هُنَا لَا يَكَادُ يَتَمُّ مَعَ مَا ذَكَرَهُ عَقِيبَ ذَلِكَ بَعْدَ ذِكْرِ فُرُوعِ كَثِيرِهِ بِقَوْلِهِ وَ التَّحْقِيقُ أَنَّ الخَبَرَ الصَّحِيحَ دَلٌّ عَلَي النَّهْيِ عَنِ بَيْعِ المَكِيلِ وَ الموزون قَبْلَ اعْتِبَارِهِ بِهِمَا لَا- عَلَي أَنَّ القَبْضَ لَا يَتَحَقَّقُ بِدُونِهِمَا الخ مَا سَيَنْقَلُهُ فِي المَتْنِ وَ للقول السَّابِعُ مَا ذَكَرَهُ فِي المَخْتَلَفِ مِنَ الجَمْعِ بَيْنَ العَرَفِ المَذِي هُوَ المَرْجِعُ فِيمَا لَا- نَصٌّ فِيهِ مِنَ الشَّرْعِ مُؤَيَّدًا بِرَوَايَةِ عَقْبِهِ بِنِ خَالِدِ عَنِ الصَّيَّادِ ق (ع) وَ صَحِيحِهِ مَعَاوِيَةَ بِنِ وَهَبٍ وَ فِيهِ مَا مَرَّ فِي دَفْعِ القَوْلِ الثَّانِي وَ للقول الثَّامِنُ أَمَّا عَلَي أَنَّ التَّخْلِيَةَ قَبْضٌ بِالنَّسْبِ إِلَى انْتِقَالِ الضَّمَانِ إِلَى المَشْتَرِي فَهُوَ دَلِيلُ القَوْلِ الأوَّلِ وَ أَمَّا أَنَّهُ لَا يَسْبِقُ بِقَبْضِ النَّسْبِ إِلَى النَّهْيِ عَنِ بَيْعِ مَا لَمْ يَقْبِضْ فَاسْتَصْحَابُ المَنَعِ إِلَى أَنْ يَحْصَلَ اليَقِينُ بِالجَوَازِ بِاسْتِيْلَاءِ بَالِدِ أَوْ التَّقْلِ وَ لَعَلَّ هَذَا التَّفْصِيلَ كَمَا سَيَجِيءُ فِي المَتْنِ يَكُونُ اخْتِلَافًا فِي مَنَاطِ الحُكْمِ لَا فِي تَسْمِيَةِ قَبْضًا فَلَيْسَ قَوْلًا خَاصًّا فِي مَاهِيَةِ القَبْضِ وَ يَشْهَدُ لِهَذَا اسْتِبْعَادُ كَوْنِهِ قَوْلًا فِي مَعْنَى القَبْضِ بَعْدَ مَا اخْتَارَ قَبْلَ هَذَا بِإِضْمَالِهِ مَا نَقَلَهُ المَصْنَفُ فِي القَوْلِ الثَّالِثِ مِنْ عِبَارَةِ الدَّرُوسِ أَلَّا أَنَّهُ يَتَوَجَّهُ السُّؤَالُ حَ بَانَ التَّخْلِيَةَ إِنْ كَانَتْ قَبْضًا فَقَدْ حَصَلَ المَجْوزُ لِلْبَيْعِ لِدَعْوَى العَلَامَةِ فِي المَخْتَلَفِ فِي مَسْئَلَةِ القَبْضِ وَ حَقِيقَتُهُ بَعْدَ نَقْلِهِ لِرَوَايَةِ مَعَاوِيَةَ بِنِ وَهَبٍ وَ قَوَاعِدِ الاجْتِمَاعِ عَلَي تَسْوِيعِ بَيْعِ الطَّعَامِ بَعْدَ قَبْضِهِ وَ مِمَّنْ نَقَلَ الاجْتِمَاعَ عَلَي ذَلِكَ أَيْضًا الفَاضِلُ الجَوَادُ فِي مَحْكِيِّ شَرْحِ اللَّمَعَاتِ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ قَبْضًا لَمْ يَتَحَقَّقْ نَقْلُ الضَّمَانِ بِحُكْمِ التَّبَوُّيِّ كَلِّ مَبِيعٍ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَايَعِهِ ثُمَّ أَنَّ الأَقْوَى هُوَ القَوْلُ التَّاسِعُ وَ هُوَ مَا أَفَادَهُ المَصْنَفُ رَه وَ حَاصِلُهُ أَنَّ مَاهِيَةَ القَبْضِ وَ مَعْنَاهُ فِي جَمِيعِ مَوَارِدِهِ هُوَ الاسْتِيْلَاءُ وَ السَّيْلَطْنَةُ العَرَفِيَّةُ عَلَي الشَّيْءِ وَ قِيَامُهَا بِذَاتِ المَشْتَرِي بَعْدَ أَنْ كَانَتْ قَائِمَةً بِذَاتِ البَائِعِ مِثْلًا بِحَيْثُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَالِكًا أَوْ مَأْذُونًا مِنَ المَالِكِ لَكَانَ غَاصِبًا مِنْ غَيْرِ مَدْخَلِيَّةٍ لِمَمَاسَّةِ اليَدِ أَوْ فِعْلِ الجَوَارِحِ فِي مَاهِيَّتِهِ وَ اعْتِبَارِ العَرَفِ لِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ أَمَّا هُوَ لِكُونِهِ كَاشِفًا عَنِ حِصُولِهِ وَ أَمَارِهِ عَلَيْهِ فَالْثَّقْلُ أَوْ الكَيْلُ أَوْ مَمَاسَّةِ اليَدِ مِثْلًا اسْبَابَ لِحُكْمِ العَرَفِ بِحِصُولِ القَبْضِ لَا- أَنَّهُ نَفْسُهُ فَلَوْ حَصَلَتْ التَّخْلِيَةُ التَّامَّةُ العَتَمَى هِيَ بِمَنْزِلَةِ الإِقْبَاضِ مِنَ البَائِعِ مِثْلًا- مَعَ قَبُولِهَا مِنَ المَشْتَرِي تَحَوَّلَتْ تِلْكَ السَّيْلَطْنَةُ مِنَ البَائِعِ إِلَى المَشْتَرِي وَ قَامَتْ بِذَاتِهِ قِيَامَ الصَّفَةِ بِالمَوْصُوفِ وَ مِنَ المَحْتَمَلِ جَدًّا أَنَّ اخْتِلَافَ عِبَارَاتِ

الاصحاب فى بيان القبض فىما سوى من اعتبر الكىل و الوزن فى المكىل و الموزون لىس لاجل اختلافهم فى معناه بل هو اختلاف فى التعبير عن الكواشف و يشهد له تمسك كل منهم الى العرف و بالجمله القبض للمبيع هو فعل للقباض و هو المشترى و لىس ذلك الا سلطنته عليه و حىث ان القبض و الاقباض لىسا كالكسر و الانكسار فلا بد من مراعات ادله الاحكام و التفكىك بين ما يترتب على فعل البائع و ما يترتب على فعل المشترى

قوله (و نسب عباره الشرائع الزاجعه الى ما فى المبسوط الى المشهور)

قال فى الشرائع و القبض هو التخليه سواء كان المبيع مما لا ينقل كالعقار او مما ينقل و يحول كالثوب و الجوهر و الدابه و قيل فىما ينقل القبض باليد او الكىل فىما يكال او الانتقال به فى الحيوان و الاول اشبهه و الناسب هو ابن فهد ره حىث قال فى المهذب البارع بعد نقل عباره الشرائع و نسبته الى القيل انه المشهور بين الاصحاب و فى محكى غايه المرام و إيضاح النافع و المقتصر أيضا نسبه هذا القول الى المشهور

قوله (و ان فسرت برفع جميع الموانع و اذن المشترى)

الواو فى و ان فسرت و صليّه و اراد بذلك الاشاره اجمالا الى تفسير التخليه و هى لغه بمعنى الترك فى القاموس خلى الامر و تخلى منه و عنه تركه انتهى و لا اشكال انها فى عباره الفقهاء فى المقام عباره عن رفع البائع جميع ما يمنع المشترى عن قبض المبيع و هل يعتبر فيها غير رفع المانع امر اخر الحق نعم و هو اذن المشترى اى اعلامه و عن الغنيه ان التخليه امر اخر غير رفع المانع ه و الظاهر انه اراد من ذلك ما يعتبر فى فعل البائع من الاذن و الاعلام بعد رفع المانع

قوله (فنقول اما رفع الضمان)

تلف المبيع قبل القبض يكون من مال بايعه اما من جهه الشرط الضمنى و اما من جهه التعيد فعلى الاول لا اشكال فى كفايه التخليه فى انتقال الضمان الى المشترى لان البائع اذا رفع موانع قبض المشترى و خلى بينه و بين المبيع فقد فعل ما عليه و برئ من الضمان و ان لم يقبضه المشترى و لا يبقى مجال للشك حتى يجرى استصحاب الضمان لان الاشتراط يرجع الى ما هو فعل المشروط عليه و قد فعل ذلك و على الثانى بان يكون المستند النبوى المعروف و روايه عقبه بن خالد فهما بظاهرهما متعارضان و لا بد من حمل احدهما على الاخر كما افاده فى المتن و مع عدم الترجيح يتساقطان و يرجع الى اصاله بقاء ضمان البائع فى مورد الشك و هو ما لو وقع التخليه و لم يتحقق القبض العدى هو فعل المشترى و ربما يتوهم الحكم بلزوم العقد للشك فى عروض الفاسخ له او فاسخيه العارض و الجواب ان الشك فى عروض الفاسخ مسبب عن الشك فى حصول

القبض و عدمه لعدم تعقل القبض بعد التلّف و اصاله عدم تحقّق القبض محكّمه على اصاله لزوم العقد لا يقال سبب الضمان هو التلّف المعنون بكونه قبل القبض لا المعنون بعدم القبض بعده و اصاله عدم القبض لا تثبت عنوان كون التلّف قبل القبض فأنّه يقال القبليه بالنسبه الى بعديه الغير له غير معقول لأنّ القبض بعد التلّف من قبض المعدوم و هو محال فمعنى تلفه قبل القبض تلفه بلا قبض و بالجمله مع الشك ليس المرجح أنّ اصاله عدم القبض أنّ دعوى كفايه التخليه فى انتقال الضمان الى المشتري و لو قلنا بأنّ الحكم للتعييد غير بعيد فإنّ ظهور روايه عقبه فى اناطه الحكم بالتخليه اقوى من ظهور النبوى فى خلافه فلو سلّم ظهوره فى اناطه الحكم بحصول الفعل من المشتري يحمل على ذكر ما هو مقارن غالبى للتخليه بقى شىء و هو أنّ ما افاده ره من وقوع التعارض لظهور روايه عقبه بن خالد فى اناطه الحكم بالتخليه مبنى على قراءه يقبض بضّم حرف المضارعه لا بفتحها و جعل فاعل يخرج راجعا الى البائع دون المشتري و أنّ فالرّوايتان متّحدتان فى اناطه الحكم بما هو فعل المشتري و قراءه الفتح فى غايه الضعف

[فروع]

[الأولى لو باع دارا او سفينه مشحونه بامتعه البائع]

قوله (لو باع دارا او سفينه مشحونه بامتعه البائع)

هنا مسائل الاولى هل يعتبر اذن الناقل فى قبض ما انتقل عنه مط او لا كذلك او يفصل و الحقّ بعد القول بعدم الاعتبار مط فى ارتفاع الضمان عن البائع هو التفصيل فيعتبر الاذن فيما يشترط فى صحته او لزومه القبض كالوقف و الهبه و الصيرف و السلم و كذا فيما يشترط فى استقرار لزومه كما فى البيع قبل انقضاء ثلاثه ايام و كذا فيما توقّف تعين ما وقع عليه العقد على دفعه كما فى بيع الكلى عند دفع فرد منه و لا يعتبر فى غير ذلك الا اذا لم يقبض هو بعد ما انتقل إليه من العوض و الوجه فى اعتبار الاذن فى الثلاثه المذكوره اما الاول فلانّ القبض ح بمنزله جزء العقد المتوقّف حصول التملك او اللزوم عليه فكما يعتبر رضا المالك بالعقد و صدوره عن رضاه او لحوق رضاه به بعد ذلك فكذلك يعتبر فى الجزء الاخر و منه يظهر وجه الاعتبار فيما يشترط لزومه به بل ظاهر اخبار المسأله هو بطلان البيع بعد الثلاثه مضافا الى أنّ ظاهر ادله القبض كونه باذن الناقل كما صرح به فى محكيّ الرياض فى باب الهبه نعم لو قبض بغير اذن ثمّ رضى الناقل فيبنى على جريان الفضولى فى الايقاعات و الظاهر الجريان و اما الاخير فلانّ المشتري لا يملك فى ذمه الناقل الا الكلى و قد سبق أنّ تعينه فى ضمن الفرد لا يحصل الا بتعيين الناقل و الاصل عدم تعين ما وقع عليه العقد فى الفرد الا باذن الناقل الثانى لو كان المبيع مشغولا بامتعه البائع فاما ان يكون منقولاً او

غير منقول و على الاوّل فأمّا ان يعتبر الثقل فى قبضه او تكفى التخليه او الاستيلاء و على التقادير فتاره اذن البائع فى نقل المتاع و اخرى لم يأذن فى ذلك امّيا مع اذنه فى نقله فلا- اشكال فى حصول القبض مط بعد حصول ما هو معتبر فيه منقولاً- كان كالصّندوق او غير منقول كالدار قال فى التذكرة لو باع دارا او سفينه مشحونه بامتنعه البائع و مكّنه منها بحيث جعل له تحويلها من مكان الى مكان كان قبضاه و امّيا مع عدم اذن البائع فى نقل المتاع مع كونه اذنا فى قبض المبيع او كان اذنه غير معتبر لوصول الثمن إليه ففى تحقّق القبض قبل تفرّغه و ترتّب جميع احكامه عليه بالاستيلاء عليه او نقله بما فيه ان كان منقولاً- و اعتبرنا الثقل فيه او عدمه كذلك او ترتّب نقل الضمان عن البائع دون غيره من الاحكام لعدم كونه قبضاً تامّاً وجوه و احتمالات قوى اولها فى الجواهر حيث قال و لو كان المبيع مشغولاً بملك البائع فان كان منقولاً كالصندوق المشتمل على امتنعه البائع كفى فى قبضه على المختار حصول تلك السّلطنه عليه و لو قبل تفرّغه بل لو اعتبرنا نقله و نقله المشتري بالامتعه كفى فى نقل الضمان و غيره حتّى مع عدم اذن البائع فى نقل الامتنعه بعد ان يكون اذنا فى المبيع او كان اذنه غير معتبر لوصول الثمن إليه اذ الاثم فى ذلك لا ينافى صحّحه القبض و ترتّب احكامه عليه و احتمال فى لك توقّفه فضلاً عن غيره من احكام القبض على اذن البائع فى نقل الامتنعه و فيه من الضّعف ما لا يخفى و ان كان غير منقول فلا ريب فى تحقّق التخليه قبل نقل الامتنعه فيكتفى بها و احتمال فى لك عدم الاكتفاء بها قبل الثقل أيضاً و هو اضعف من سابقه انتهى و ينظر فيما افاده ره من عدم مانعيه الاثم لتحقّق القبض و ترتّب احكامه عليه الى انّ التّهي لا- يدلّ على الفساد فى المعامله و ان اتّحد العنوان المحرّم معها فى الوجود و لكنّ الاقوى عندى هو التفصيل بين ما كان اذنا فى قبض المبيع و ما كان اذنه غير معتبر لوصول الثمن إليه ففى الاوّل المنع من حصول القبض و ترتّب احكامه عليه لعدم تحقّق الاستيلاء و السّلطنه او التخليه الّتى قد عرفت انّ معناها رفع جميع الموانع الّتى منها المانع الشرعى لكونه مستلزماً للتصرّف فى مال الغير بغير اذنه و لو كان منقولاً و اعتبرنا الثقل فيه لانّ اعتبار الثقل اعتباراً للتخليه و زياده نعم اذا فرّغه المشتري تحقّق القبض بعده و ان اثم فى ذلك و هذا كما افاده العلّامه ره فى المختلف فى باب الهبه فيما لو كان المنقول مشتركاً بين الناقل و غيره حيث جعل صورته عدم اذن الشريك من قبيل ما لا ينقل لانّ المانع الشرعى من الثقل كالمانع العقلى فى العقار و فى الثانى حصوله لانّ التفرّغ كما سيأتى ح

واجب على الناقل و يحرم عليه الانتفاع بمال الغير و تعطيله عن الانتفاع به حتى لو امتنع من ذلك فرغه المشتري و ان لم يأذن الناقل بالتصرف في ماله فانه مالك و له رفع موانع تصرفه في ملكه و بالجملة ليس في القسم الثاني مانع شرعي عن استيلائه و سلطته على ماله اذا كان في التفريغ ضرر على الناقل و مما ذكرنا يعلم حكم ما لو باع بعض الجملة مشاعا او معيناً بحيث لا يمكن قبض المبيع منه الا بالتصرف في الجميع الثالثه عن المسالك تبعا لما في المتن عن التذكرة لو كان المبيع في مكان لا يختص بالبائع كفي في المنقول نقله من حيز الى حيز و ان كان في مكان يختص به فان نقله فيه من مكان الى اخر باذنه كفي أيضا و ان كان بغير اذنه كفي في نقل الضمان خاصه انتهى و لا يخفى ان هذا مبنى على اعتبار الثقل في المنقول و عليه فيتوجه السؤال عليهما من حيث الفرق بين المكان المختص بالبائع و غيره و على المختار من ان القبض هو السيلطه و الاستيلاء فالقبض تابع لحصول هذا الامر و من الواضح اختلافه بحسب الموارد الرابعه لو كان المبيع بنفسه مشتركا بين الناقل و غيره فعلى المختار كفي في تحقق القبض حصول السيلطه و الاستيلاء للمشتري على نحو كان للناقل سواء كان منقولا او غيره و كذا على القول بكفايه التخليه فيهما لتحقق التخليه المطلوبه من المالك و على القول باعتبار الثقل في المنقول و كان المبيع المشترك منقولا فمع اذن الشريك لا اشكال فان المفروض حصول ما هو معتبر في فعل الناقل من رفع الموانع في ملكيه المشتري للمال المشترك و المنع من التصرف من جهه الشركه لا ينافي الملكيه بالاشاعه و مع عدمه بان كان غائبا او ممتنعا فقد يق بكفايه التخليه ح في تحقق القبض إلحاقا له بغير المنقول كما عن المختلف في باب الهبه و الحق انه ان امكن القسمة و رضى الشريك بها فلا يحصل القبض بغير اذنه و ان لم يرض او لم يمكن رفع المشتري امره الى الحاكم لأن القسمة و القبض يستلزمان التصرف في مال الغير قطعاً و هو لا يجوز الا باذنه او باذن وليه و للحاكم ح ان يجبر الشريك على احد الامرين من القبض و القسمة و ليس للحاكم اجباره على خصوص القبض او يقبض الحاكم جميع المال بعضه امانه و بعضه عن المشتري و اذا تضرر الشريك بالقبض و القسمة فلا يجوز تقديم حق المشتري على حقه و تجوز حصول الضرر على الشريك لمنفعه المشتري بل كانت المسأله من باب تزامم الضررين و لا بدح من اختيار اخفهما و اقلهما و مع التساوى فمقتضى القاعده التخيير لا الرجوع الى

سائر القواعد لوضوح أنّها تكون من باب تراحم الحقيين لا- من تعارض الدليلين و ممّا ذكرنا يعلم حكم ما لو باع متاعا فى صندوق و كان الصّندوق لاجنبى و توقّف قبض المتاع على التصرف فيه الخامسه لو باع ما هو غير منقول كالدار مع ما فيها من المنقول صفقه فالظاهر كفايه التخليه فى قبض المجموع ح و لو قلنا باعتبار الثقل فى المنقول لأنّ قبض الدار قبض لها بما فيها عند العرف و قد يقال بلزوم الثقل فى خصوص ما فيها و ان كانت التخليه كافيّه فى قبض الدار و ما يشبهها ممّا كان غير منقول

[الثانى: قال فى المسالك: لو كان المبيع مكبلا أو موزونا]

قوله (ثمّ الظاهر أنّ مراد المسالك ممّا نسبه)

ما افاده المصنّف ره من أنّه ليس فى كلامهم ما يدلّ على أنّ الشىء الشخصى المعلوم كيله او وزنه و جب كيله مرّه اخرى فى غايه المتانّه الاّ أنّ دعوى الشّهيد الثّانى تصريحهم بذلك يقرب احتمال عثوره على كلام لهم فى بعض منشوراتهم غير ما نقله المصنّف و على اىّ حال فالأقوى ما افاده الأردبيليّ و المصنّف طاب ثراهما

[القول فى وجوب القبض]

[مسأله يجب على كلّ من المتبايعين تسليم ما استحقّه الآخر بالبيع]

قوله (يجب على كلّ من المتبايعين تسليم الخ)

لا اشكال فى أنّ اطلاق العقد يقتضى وجوب تسليم العوضين كما أنّه يقتضى التّقد على حسب ما مرّ و به صرح الاصحاب و ظاهرهم أنّه اقتضاء عقديّ منشأ الفهم العرفى من اطلاق العقد و قد قرره الشّارع بقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ حيث اوجب الالتزام بجميع ما يقتضيه كلّ عقد وضعا او انصرافا و من هنا ترى أنّ من يريد التّأخير يشترط ذلك فى العقد و لا يوقعه على وجه الاطلاق و هذا اقوى شاهد على أنّه لو لا الاشتراط لم يجز التّأخير هذا مضافا الى الاجماع و الى دلاله موثّق عمّار بن موسى الذى مرّ ذكره فى أوّل مسئلة التّقد لأنّه يفهم من كونه نقدا أنّه يجب الدّفع الى مالكه و الى أنّ وجوب التّسليم من احكام دفع اموال التّياس إليهم فإنّ بالعقد ينتقل كلّ من العوضين الى مالك الاخر فيجب على كلّ منهما دفع المال الى صاحبه فى أوّل ازمته الامكان لأنّه ماله و لم يأذن ببقائه عنده من دون فرق فى ذلك بين كونه عينا شخصيا او مالا كليا و بالجمله لا كلام فى أنّ اقتضاء العقد تسليم البائع المبيع و المشتري الثمن فورا بحيث يجب على كلّ منهما البدار الى ذلك و ان تعاسرا تقابضا و فى الجواهر أنّه لا خلاف فيه و قد يستظهر من الشّيخ ره الاجماع عليه حيث قال الحقّ عندنا أنّ اطلاق العقد يقتضى وجوب التّسليم على كلّ من البائع و المشتري للمبيع و الثمن من غير اولويّه تقديم انتهى بل الظاهر كما تقدّم ذلك و ان لم يطالب كلّ منهما الاخر بذلك فلا يجوز لاحدهما التّأخير الاّ برضا الاخر لما عرفت من أنّ بالعقد ينتقل كلّ من العوضين الى مالك الاخر و بقاءه فى

يد الغير مفتقر الى الاذن ثم أنهم ذكروا أنه لو امتنع احدهما عن التسليم اجبره الحاكم و ان امتنعا مع عدم رضا كل منهما بامتناع الاخر و قال كل منهما لا ادفع حتى اقبض عصيا و اجبرا على التقابض بالقبض من يد و الدفع من اخرى لعدم اولويه تقديم الجبر على احدهما كعدم اولويه تقديم الدفع من احدهما لاستواء الحقين في وجوب دفع كل منهما الى مالكة بل و في حصول الانتقال بعد تمام العقد سواء كان الثمن او المبيع عينا او في الذمه و خالف في ذلك من اصحابنا الشيخ في الخلاف و المبسوط و ابن زهره في الغنيه و القاضى و من العامه الشافعى في احد اقواله فعن الشيخ في الخلاف اذا باع شيئا بثمن في الذمه فقال البائع لا- اسلم المبيع حتى اقبض الثمن و قال المشتري لا اسلم الثمن حتى اقبض المبيع فعلى الحاكم ان يجبر البائع على تسليم المبيع أولا ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن بعد ذلك بعد ان يحضر الثمن و المبيع و قال الشافعى فيه ثلاثه اقوال احدها يجبر البائع و هو ظاهر كلامه و الثانى يجبر كل واحد منهما مثل ما قلناه و هو الصريح عندهم و الثالث لا يجبر واحد منهما و قال ابو حنيفه و مالك يجبر المشتري على تسليم الثمن أولا دليلنا على ما قلناه ان الثمن انما يستحق على المبيع فيجب أولا تسليم المبيع ليستحق الثمن فاذا سلم المبيع استحق الثمن فوجب ح اجباره على تسليمه فلا بد اذا ما قلناه انتهى و الاقوى ما عليه الاكثر من حصول الاستحقاقين في زمان واحد من غير ترتب بينهما لما عرفت من استواء العقد في افاده الملك لكل منهما و قد ثبت فعلا على كل واحد منهما حق الاخر بل المحكى عن جماعه كما ستسمعه في المتن جواز استرداد الثمن من المشتري لو فرض كون اخذه من دون اذن من البائع و ما يمكن ان يستدل به للشيخ هو ما اشار إليه من ان تملك الثمن مترتب بحسب الطبع على تملك المثلثين فلا بد من ان يكون زمان استحقاق مطالبته بعد دفع المثلثين و يساعده العرف أيضا فانهم يقبضون البائع في مطالبه الثمن قبل دفع المثلثين و بالجملة مقتضى العوضيه كون تملك العوض مؤخرا بحسب الطبع عن تملك المعوض و ان قدم القبول على الايجاب كان قال المشتري اشترت هذا و تملكته ثم قال البائع بعت هذا لعدم اختلاف المعنى بتقديم الايجاب و تاخيره و فيه أولا المنع من تقدم تملك المثلثين طبعا على تملك الثمن للبائع كيف و هما معلولان لعله واحده و هو العقد المركب من الايجاب و القبول و كيف يمكن الحكم بالترتب ضروره ان الترتب الطبعى انما هو فى العله و المعلول او ما يلازمهما و امرا اللآزمان و المعلولان لملزوم واحد و عله واحده فلا بل لا يعقل ذلك

لأنّ قضيه تسببهما عن امر واحد كونهما فى مرتبه واحده بحسب الطبع و الزمان كما هو واضح و ثانيا أنّ الترتب الطبعى على فرض تسليمه لا ينفذ فى الحكم بترتب الاستحقاقين بحسب الزمان و لا معنى للحكم بترتب الاستحقاقين بحسب الزمان من جهه الترتب الطبعى بين منشأيهما و هى ملكيه المعوض و العوض بل قضيه الترتب الطبعى بين منشأيهما و عدم الترتيب الزمانى بينهما هو عدم الترتب الزمانى بين الاستحقاقين ضروره عدم جواز الانفكاك بينهما فى ذلك و ثالثا أنّ الترتب الزمانى بين الملكيتين على فرض وجوده لا ينفذ فى الحكم بترتب الاستحقاقين بحسب الزمان فضلا عن الترتب الطبعى لأنّ مقتضى حصول ملكيه العوض للبائع جواز حبسه للمعوض لكونه حسباً لحقّ أيضاً و لو كان حصول ملكيه المشتري متقدماً بحسب الزمان و دعوى حكم العرف بترتب الاستحقاقين ممنوعه فاذا طلب المشتري الثمن أولاً حتى يدفع إليه الثمن بعد الاخذ لا يحكم العرف بلزوم الدفع أولاً- على البائع بل يجوزون له ان يطالب المشتري بالثمن كمطالبته بالثمن ثمّ ان المنقول عن الحلّى فى السرائر احتمال تقديم احدهما بالقرعه فيقرع بينهما و من اقتضى القرعه اولويته اجبر أولاً و فيه أنّ التمسك بعمومات القرعه يتوقف على عمل الاصحاب كما هو الحال فى كلّ عامّ يكون التمسك به موهونا بسبب كثره التخصيص و قد يحتمل الفرق بين كون المبيع او الثمن عينا او فى الذمه فيحكم بوجوب التسليم أولاً على من باع عينا او اشترى بعين و يجبر مع الامتناع دون غيره بدعوى صدق الغصب و الاستيلاء على مال الغير عدوانا فى الاول دون غيره و فيه ما عرفت بالأدله المتقدمه من أنّ وجوب التسليم و الجبر مع الامتناع ثابت فى المقامين و أنّه يجب على كلّ منهما بعد العقد دفع المال الى صاحبه ما لم يأذن ببقائه عنده مط فلا نطيل بالاعاده و نسب جماعه الى الشافعى اقوالاً أربعه احدها اجبار البائع و الثانى اجبار كلّ واحد منهما و الثالث أنّه لا يجبران و لكن يمتنعان عن التخاصم فان سلّم احدهما اجبر الاخر و الرابع ما يحكى عن ابى حنيفه و مالك أيضاً من أنّه يجبر المشتري على تسليم الثمن و القولان الاوّلان فقد عرفت الكلام فيهما و اما الثالث فكأنه ناش من الخلط بين ما هو محلّ البحث و هو مسئله ما لو كان كلّ منهما باذلاً- و تشاحاً فى البدأه بالتسليم و المسأله الاخرى و هى ما اذا امتنع احدهما او كلاهما عن البذل رأساً و حيث لا- اشكال فى المسأله الثانيه من اشتراط وجوب التسليم بعدم امتناع الاخر بل صرح بعض كما ستسمعه فى المتن بعدم الخلاف فى جواز الحبس لامتناع الاخر من التسليم فتوهم القائل مستدلاً بأنّ وجوب التسليم مشروط بتسليم الاخر فمتى لا تسليم لا وجوب فلا وجه

للجبر و أمّا المنع عن التخاصم فلكونه وظيفه الحاكم و حيث سلّم احدهما تحقّق الوجوب على الآخر و على كلّ حال ففيه أنّ وجوب التسليم مشروط بعدم امتناع الآخر لا بالتسليم فهنا امران الأوّل أنّ وجوب التسليم على كلّ منهما ليس واجبا مطلقا بل مشروط بعدم امتناع الآخر عنه فإنّ شيئا من الوجوه المتقدمه لا يساعد على ثبوت الوجوب على الاطلاق أمّا بناء على كون الدليل هو اقتضاء العقد و اطلاقه و الاجماع فواضح و أمّا بناء على كونه من احكام ردّ اموال الناس فالمتيقّن منه و لو بضميمه فهم العرف هو هذا الثاني أنّ وجوب التسليم ليس مشروطا بتسليم الآخر و هذا ظاهر لا ستره عليه ضروره أنّ اشتراطه بذلك يوجب رفع الوجوب ما لم يبدأ احدهما به لاینّ الفرض كونه شرطا في الوجوب هذا مضافا الى أنّ الحاكم منصوب لرفع التخاصم لا لمجرد المنع عنه و لا دليل على ذلك و أمّا الزّابع فقد استدلّوا له بأنّ حقّ المشتري متعيّن في المبيع فيؤمر بدفع الثمن ليتعيّن حقّ البائع لأنّ للبائع حقّا اخر و هو التسلّط على الخيار بعد الثلاثه و قد يفوته ذلك و يفهم من هذا التعليل أنّ غرضهم من ذلك هو أنّ خيار التّأخير لمّا كان مشروطا بتأخير المشتري الثمن فمع عدم تعيين الثمينه لا يتحقّق شرطه لعدم تحقّق الثمن حتّى يوجب تاخيره الخيار فيفوت حقّ الخيار بعدم التعيين المشروط بالدفع و يدفع هذا الاستدلال بظاهره أولا بأنّ حقّ الخيار المجعول للبائع لا يفوت بعدم تعيين الثمن لأنّ المراد من الثمن في خيار تاخيره ليس ما تشخّص بكونه ثمنا بل المراد منه هو العوض المجعول في مقابل المبيع سواء كان عينا او كليّا في الذمّه فمتى لم يجئ المشتري بالثمن المجعول الى ثلاثه ايام تحقّق التّأخير و ثبت الخيار و ثانيا بأنّ خيار التّأخير مشروط بعدم دفع شىء من الثمن و مع التسليم كيف يثبت حقّ الخيار للبائع مع أنّه لا مجال له لانتفاء الشرط ح و ثالثا بأنّه لو سلّم فعدم تعيين الثمن لا يوجب فوات حقّ ثابت للبائع بل يوجب انعدام الموضوع و عدم الخيار ح لعدم شرطه و هذا لا ضير فيه نظير عدم الغبن و العيب في المعامله النافى للخيار و رابعا بأنّه لو سلّم فهو يجرى فيما كان الثمن في الذمّه لا فيما كان عينا شخصيّا و خامسا بأنّه لو سلّم فلا وجه لتخصيصه بالثمن بل يجرى أيضا فيما كان المبيع كليّا غير متعيّن و هذا كلّه بمكان من الوضوح و بالجملة فالحقّ ما عليه الاكثر من أنّهما لو امتنعا عن التسليم مع عدم رضا كلّ منهما بامتناع الآخر اجبرا معا

قوله (و لعلّ الوجه فيه أنّ عقد البيع الخ)

و بعبارة اخرى الظاهر من ادلّه البيع و سائر المعاوضات كون القبض بإزاء القبض كما أنّ الملك بإزاء الملك

و لذلك شواهد في احكام خيار التأخير و غيرها فاطلاق العقد يقتضى جواز الحبس عند امتناع الآخر لا ان اطلاقه يقتضى بلزوم الاقباض مط

قوله (فلا يرد ان وجوب التسليم)

المورد هو المقدس الاردبيلي ره

قوله (و مراده التصرف المتوقع على القبض كالبيع

بل و غيره من التصرفات الناقله للمنفعه او الموجه لورود نقص شىء على شىء من العين او المنفعه بناء على ان حق الحبس ح متعلق بالعين كتعلق حق المرتهن بها و ان لم يضمن القابض له قيمه المنافع لكونها ملكا له بالعقد و لكنه محل تأمل لقيام احتمال ان الحق في المقام لا تعلق له بالعين بل جواز الحبس هو حكم شرعى فلا ياثم بقبضه أيضا لان العين ملكه او ياثم من حيث انه قبض بغير حق و لكن لا يحرم عليه التصرف فيها مطلقا فتدبر

قوله (ثم اذا ابتداء احدهما بالتسليم اما لوجوبه عليه)

بقى في المقام شىء و هو ان وجوب التسليم لا يختص بالبيع بل يجرى في جميع العقود المملّكه كالصلح و الاجاره و لا يجرى فيما يكون القبض شرطا لصحة العقد و ما يظهر من بعض من وجوب القبض فيه أيضا مستدلا بأنه من مقتضيات العقد فيجب الوفاء به في غير محله لانه اقتضاء العقد للقبض ليس عبارته عن كون القبض من لوازمه عرفا و شرعا مطلقا بل المراد ان العقد يقتضيه اميا من حيث كونه مصححا له و اميا من حيث كونه لازما و اثرا عرفيا و شرعيا له فان كان من العقود التي تصير سببا للملك و الانتقال من دون اشتراط بحصول القبض و جب الاقباض بالاجماع و لان المفروض انتقال كل من العوضين الى مالك الاخر بنفس العقد فيجب تسليم المال الى مالكه لعدم جواز وضع اليد على مال الغير ابتداء و استدامه الا باذنه و ان كان من العقود التي لا تتم الا بالقبض فلا يجب الاقباض لوضوح عدم حصول الملكية الا بالقبض و معه لا معنى لوجوبه و اقتضاء العقد له ليس معناه لزوم القبض على كل حال بل هو اعتم من ذلك و لا بأس بالاشارة الى تلك العقود فمنها الوقف في الجملة و يلحقه الحبس و منها الصّيدقه فانها لا تصح بدون القبض بالاجماع و ان وقع الايجاب و القبول و منها الهبه سواء كانت معوضه أم لا و منها الصّيرف فانه يشترط في صحته التقابض في المجلس بالاجماع و منها السّلف فانه يشترط فيه قبض الثمن اجماعا و منها السّكنى و اختاها و منها القرض فانه مشروط بالقبض اجماعا و منها الرهن فانه لا يتم الا بقبض المرهون للآيه الشريفه و ما روى عن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام لا رهن الا مقبوضا و ضعفه منجبر بظاهر الكتاب و شهره العمل به بين الاصحاب و تفصيل

الكلام يطلب من محلّه و يلحق بهذا القسم العقود الجائزه كالوديعة و العاربه و الوكاله فانّ العقد لا يتمّ فيها الاّ بالقبض و يبطل بفوته لا انّ عقدها يقتضى وجوب القبض ما لم يرجع كما هو الشّان فى العقود اللّازمه اذا كانت خياريه فانّ مقتضى ما عرفت من ادلّه وجوب القبض هو جريانه فى كلّ عقد لازم اذا كان فيه الخيار اصليا كان او جعليا ما لم يفسخ هذا كلّه فى غير عقد الاجاره و امّا هى فمن الظّاهر انّ المنفعه و العمل فى باب الاجاره كالمبيع فى باب البيع لانّها المثلث و قد عرفت انّ مقتضى القاعده اتّحاد زمان تسليم العوض و المعوّض و من هذه الجبهه يتّحد حكم البيع و الاجاره مطّ الاّ انّ المنفعه لّمّا كانت تدريجيّه الحصول و العمل لا يمكن تسليمه مطّ او فى الجملة الاّ بعد تمامه يختلف تسليم العوض بحسب تسليم متعلّق الاجاره و تفصيل ذلك انّ الاجاره امّا ان يتعلّق بعين من اعيان مال المورجر او بعمله و على الاوّل امّا ان يكون عبدا او غيره من الحيوانات و الجمادات و على الثّانى امّا ان يكون عملا- فى ملك المستاجر كخياطه ثوبه و تعمير داره او لا يكون كذلك كقراءه القرآن له و على كلّ من التّقديرين الاخيرين امّا ان يوجد المورجر العمل فى ملكه كداره مثلا او يوجد فى ملك المستاجر كان يخطط الثوب فى داره امّا اذا تعلّق الاجاره بعين من اعيان المورجر غير العبد فالظّاهر انّ زمان تسليم الاجره و دفع العين الى المستاجر واحد كما فى البيع و هذا هو المشهور بين الاصحاب بل الظّاهر عدم الخلاف فيه لما عرفت من حصول تملك كلّ من العوضين بنفس العقد و صدق تسليم المنفعه الرّافع لحقّ حبس المستاجر الا-جره بدفع العين المستاجر عرفا فان قلت كيف تنسب إليهم القول باتّحاد زمان استحقاق اخذ الاجره و دفع العين مع انّ كلماتهم مشحونه بانّه لا يستحقّ المورجر اخذ الاجره الاّ بعد دفع العين المستاجر الى المستاجر قلت كلامهم هذا و ان كان ظاهرا فى بادى النظر فى التّرتيب امّا انّ من المعلوم انه ليس فى مقام بيان انّ زمان دفع الاجره بعد دفع العين المستاجر و امّا هو مسوق لبيان عدم استحقاق اخذ الاجره قبل دفع العين على ان يكون زمان استحقاقه مقدّما و حصول استحقاق اخذ الاجره بعد الدّفع و عدم توقّفه على مضى مدّه الاجاره كما عليه جماعه من العامّه فالعقد الايجابى من هذا الكلام إشاره الى ردّ العامّه و السّلبى منه إشاره الى دفع توهم الاستحقاق قبل دفع العين فان قلت كيف يحكم بحصول قبض المنفعه بدفع العين مع استحاله

وجود المنافع فى زمان واحد و يكون حصولها تدريجيا و ليس الموجود فى زمان الدّفْع الّا الشّأنىه المحضه و المنفعه أنّما توجد بالاستيفاء شيئا فشيئا و أيضا كيف يجمع ذلك مع اتّفاقهم على كون التّلف فى اثناء مدّه الاجاره من مال الموجر لا المستاجر قلت ليس الغرض دعوى تحقّق قبض المنفعه و تسليمها عرفا حقيقه يدفع العين بل الغرض أنّ المانع من عدم وجوب الوفاء بالعقد على المستاجر بدفع الا-جره مع وجود المقتضى له ليس الّا عدم وفاء الموجر و كذلك العكس و لا يعقل معنى لوفاء الموجر الّا بدفع العين المستاجره و لا- ينافى هذا توقّف استقرار ملكيته لتمام الاجره على بقاء العين فى يد المستاجر و امكان استيفائه المنفعه فى تمام المدّه و الحاصل أنّه لو كان القبض المسوّغ لمطالبه المستاجر بالاجره هو ما يرفع ضمان الموجود بنقله الى المستاجر لكان الايراد فى محلّه و اما لو كان المسوّغ له اعطاء الموجر المستاجر تمام ماله من السّيلطنه فهو حاصل بتسليطه المستاجر على العين مع عدم تحقّق قبض المنفعه حقيقه التّاقله للضّمان و بالجمله المدعى أنّ هذا نوع تسليم بالنّسبه الى المنفعه بتنزيل العرف بالنّسبه الى الحكم المذكور و اذا كان مورد الاجاره عبدا ففيه وجوه الاوّل أنّ حكمه حكم سائر الاعيان المستاجره من اتّحاد زمان تسليم الا-جره و العبد مط لانه مملوك كسائر المملوكات و لا يستحقّ الموجر الاجره الّا بدفعه الى المستاجر لينتفع عنه بما شرط فى عقد الاجاره الثّانى أنّ حكمه حكم الاعمال مط لانه لا فرق بينه و بين الحرّ من حيث كونه ذا اختيار و إرادته فى التصرّف و قادرا على ترك العمل بما اشترط فى العقد الثّالث أنّه يفصل بين ما اذا كان العبد كبيرا متصرّفا بالاستقلال او صغيرا غير مستقلّ فى التصرّف لانه اذا فرض استقلاله فى التصرّف كان كالحرّ اذا اجر نفسه من حيث كونه مختارا و مجرد كونه ملكا للغير لا يؤثّر فى رفع قدرته و اختياره عرفا و اذا فرض عدم استقلاله يكون كالأله من قبيل الحيوان المعلّم فيلحق بسائر الاعيان المملوكه الرّابع أنّه يفصل بين ما اذا كان متعلّق الاجاره عملا- خاصا من العبد و ما اذا كان مطلق منفعته فى الاوّل لا يستحقّ الاجره الّا بعد الفراغ عن العمل و فى الثّانى يستحقّ بمجرد تسليم العبد و خير هذه الوجوه الاوّل ثمّ الثّالث ثمّ الرّابع و اذا كان مورد الاجاره عملا لحرّ كان زمان استحقاق الاجره و وجوب تسليمها بعد الفراغ عن العمل و ذلك لاقتضاء القاعده و النّص و الاجماع اما القاعده فلظهور عدم صدق الوفاء من الموجر الّا بعد الفراغ و اما النّص فلما دلّ على عدم جواز تاخير اعطاء الاجره بعد الفراغ عن العمل الى ان يجفّ عرق الموجر فانه يدلّ على تسلّط المستاجر على الامتناع عن

دفع الاجره قبل فراغه و اَمَّا الاجماع فظاهر بعد الرجوع الى كلماتهم نعم مقتضى القاعده جواز مطالبه الموجر بالاجره حين اشتغاله بالجزء الاخير من العمل فانه كدفع العين المستاجر و يمكن حمل كلماتهم على ما لا يابى عن هذا فلو كان المستاجر لعمل الحر وصيًا او وكيلا لم يجز له دفع الاجره الى الموجر قبل العمل و لو قطع باتيانه للعمل ضروره ان قطعه غير مسوغ لذلك الا اذا كان مأذونا عن الموصى او الموكل صريحا او بشاهد الحال ثم ان ما ذكرنا من عدم استحقاق الاجره قبل العمل انما هو فيما لم يقض العاده بتقديم دفع الاجره كلاً او بعضا كما فى الاستيجار للعباده عن الميت و الا فيجوز للموجر مطالبتها قبل العمل فان جريان العاده بمنزله الشرط فى ضمن العقد فكما ان شرط التسليم قبل العمل يقتضى وجوبه بلا اشكال لعموم ما دل على لزوم الوفاء بالشرط و عدم المنع عنه لان المفروض عدم منافاته الا لمقتضى اطلاق العقد لا نفس العقد فكذا ما هو فى حكمه كما لا اشكال فى صحه شرط الاجل من غير فرق فى ذلك كله بين الاجاره الوارده على الكلى فى الذمه و الوارده على العين الخارجى و لو توقف عمل الحر فى بعض الموارد على اخذ الاجره كلاً او بعضا قبل العمل كما لو كان الموجر نفسه للحج عاجزا بدون اخذها عن طى المسافه و اداء مناسكه فهل يحكم بتحقق استحقاق الموجر للمطالبه أم لا- وجهان اوجهها عند ثانى الشهيدين الاول و لعل الاوجه ان يقال ان التوقف ان اوجب اقتضاء العقد التعجيل بدفع الاجره فيكون كالشرط الضمنى و ما جرت العاده بالتقديم فهو و الا فلا موجب للاستحقاق قبل العمل غايه الامر ثبوت الخيار لكل من الموجر و المستاجر اما الموجر فلعدم قدرته على العمل بدون اخذ الاجره مع لزوم الضرر عليه من الحكم بوجوب الصبر عليه الى بعد العمل و اما المستاجر فلعجز الموجر عن تسليم العمل و المفروض عدم دليل على وجوب تسليم الاجره عليه فيلزمه ثبوت الخيار أيضا ثم اعلم ان ما ذكرنا من عدم الخلاف و الاجماع على كون زمان التسليم فى عمل الحر الواقع متعلقا للاجاره بعد الفراغ انما هو فيما لا يكون له تعلق بعين من الاعيان كالعبادات المائيه نيابه و غيرها من حراسه الزرع و البستان و فيما يكون له تعلق بعين من اعيان مال المستاجر الغير القابله للتقل كبناء الدار و نحوه و اما ما يكون له تعلق بعين من اعيان مال المستاجر القابله للتقل كخياطه ثوبه و نحوها ففيه خلاف و اقوال الاول توقف استحقاق مطالبه الاجره بعد الفراغ من العمل على تسليم العين التى هى محل العمل مط و عليه جماعه منهم العلماء

و ابنه و الشَّهيدان و فى اجوبه المسائل للفاضل القمى ره بعد اختياره لعله مختار الاكثر و الظاهر ان مراده اكثر متأخرى المتأخرين الثانى عدم توقفه عليه مط و عليه جماعه منهم المحقق الثالث التفصيل بين ان يكون العمل فى ملك المستاجر فلا يشترط التسليم و يكفى الفراغ عن العمل و ان يكون فى ملك الاجير فيشترط التسليم و حكى هذا القول عن الشيخ ره فى ط قال فى مسئله التلّف اذا كان العمل فى ملك الصّانع لا يستحقّ الاجره حتّى يسلم و ان كان فى ملك المستاجر استحقّ الاجره بنفس العمل ه و قد يتخيّل الفرق بين كون متعلّق الاجاره نفس العمل كادخال الابره و اخراجها عن الثوب اعنى نفس الحركات و السيّكنات او الاثر الحاصل منه كصيروره الثوب مخيطه و العمل يكون مقدّمه لحصوله فعلى الاول يلزم القول بعدم شرطيه تسليم العين و فى الثانى يلزم القول بشرطيته و الاصحّ هو القول الاول و تفصيل الكلام يطلب من كتاب الاجاره و الظاهر كما اشرنا إليه انّ النزاع فى مسائل الاجاره صغروى و ليس الا من جهه اختلاف انظارهم فى تعيين ما يتحقّق به صغرى التسليم

[مسأله يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله مطلقاً و من غيرها فى الجمله.]

قوله (و لو الحق مط بالقيمي كان له وجه)

و الاقرب عندى وجه ثالث و هو طمّ ما يطمّ و اصلاح ما استهدم مطلقاً فى جميع الموارد سواء كان من قبيل قلع الباب او هدم الحائط الا اذا تراضيا بالارش من دون فرق بين الموارد أيضاً فانّ الواجب على البائع هو تسليم المبيع مفرّغا و تسليم المبيع بعد التفرغ لا يتمّ الا بالاصلاح و اعاده المبيع على ما كان عليه حال البيع فوجوب الاصلاح مقدّمه لوجوب تسليم المبيع الى المشتري على ما كان حال العقد

فان قلت انّ الملك للمشتري فله منع البائع من التصرف فيه بالاصلاح و مطالبه الارش اى نفس قيمه الهدم و يجب عليه ح اجابته من دون اشتراط رضاهما بالارش

قلت منعه من تصرف البائع لا يكون موجبا لاشتغال ذمّته بالارش لوضوح انّ المشتري ليس له الا تسليمه البائع للمبيع على ما كان عليه و وجب عليه اصلاحه و اذا منعه المشتري فقد اقدم على ضرر نفسه

قوله (الجدار المشترك بغير اذن صاحبه اقوال ثلاثه)

و يستدلّ للاول بانّه ضمان مثله عاده و بانّ الاصل فى الضمان ان يكون بالمثل فيلزم الاعاده و للثانى بانّ الجدار قيمى و علّله فى لك بانتفاء المثلّيه فى الفائت فانه محض صفه اذ الاعيان باقيه و المماثله فى الصّفه بعينه و يردّ بانّ العرف لا يرون شغل الذمه فى امثال ذلك الا بالمماثله و لعلّ السرّ فى انّ العرف لا يرون فى ذلك الضمان بالقيمه هو انّ جبر ضرر الشريك بالارش غير ممكن لانه ان اريد به

ما يخصّ الشريك من ارش الجدار الفائت فذلك لم يكن جابرا لضرره و ان اريد به ما يكون قيمه لتمام هيئه الجدار فهو خلاف الفرض لأنّ الجدار كان مشتركا فيلزم ضمان نصفه لنفسه و من الواضح أنّه لا يضمن شخص لنفسه و للثالث بأنّ العرف يرى حائط البساطين و المزراع و امثالهما من المثلى مضافا الى أنّ الاصل في الضمان ان يكون بالمثل و مع عدم امكان المماثل فلا محيص الا بدفع قيمه و الاقرب وجوب الاعاده بحيث يصدق عرفا أنّه اعاده نعم لو فرض تعذر ذلك كما في بعض البناء انتقل الى قيمه كما في كلّ مثليّ تعذر مثله

[مسألة لو امتنع البائع من التسليم]

قوله (احتمله في جامع المقاصد)

و يمكن ان يستدلّ له بعدم الملازمه بين جواز الحبس و سقوط حقّ المنفعه و هذا من قبيل ما ذكره في الاجاره من أنّه يجوز للخياط حبس الثوب ليأخذ اجرتة و ذلك لا يرفع عنه ضمانه لكن اجاب المصنّف ره بأنّ منافع الاموال الفائتة بحقّ لا دليل على ضمانها و ما ذكره في باب الاجاره ان ثبت بنصّ خاصّ اختصّ بمورده و الا منعناه أيضا

قوله (و يمكن الفرق بين النفقه في المقامين)

و ذلك بأنّ نفقه الزوجه في مقابله الاستمتاع فاذا منعت نفسها يمكن ان يقال لا نفقه لها بخلاف نفقه المبيع المملوك الذي حبسه البائع

قوله (ففي وجوب اجابته وجهان)

من أنّ البائع انما استحقّ الحبس لاستيفاء حقّه و انتفاع المشتري في يد البائع لا ينافي حقّه فيجب اجابته و من أنّ منع البائع عن الانتفاع به مضافا الى حبسه ادى الى استيفاء حقّه و الاولى ان يقال ان توقّف حصول غرض البائع الذي حبسه لاجله على المنع عن الانتفاع أيضا جاز المنع و الا وجب اجابته

[الكلام في احكام القبض]

[مسألة من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله إلى القابض]

قوله (من احكام القبض انتقال الضمان ممن نقله الى القابض)

لو تلف المبيع قبل القبض فهو مضمون على البائع بضمان المعاوضه بلا-خلاف و لا اشكال و يدلّ عليه قبل الاجماع النبوي المشهور فانّ لفظه من للتبعض فمعناه أنّ المتلف من جملة امواله و لما كان المبيع ملكا للمشتري فلا بدّ ان يحكم بانفساخ العقد قبل التلف آنا ما لا حينه لأنّ المبيع لا بدّ ان يكون قبل التلف مالا للبائع حتى يحكم بأنّه تلف من ماله فانّ قولك تلف مال زيد

لا يصحّ ألبعد كون المال لزيد ضروره لزوم وجود الموضوع بوصفه العنوانى قبل الحكم فانّ ثبوت شىء لشىء فرع ثبوت المثلث له فلو توقّف تحقّق الموضوع على الحكم لزم الدّور ولا يحكم بانفساخ العقد من حين وقوعه لأنّ انفساخه قبل التّلف آنا ما يكفى لتصحيح كون المتلف من

مال البائع فيحكم فيما قبله ببقاء العقد على صحته نظرا الى ادله لزوم الوفاء بالعقد فيكون النماء الحاصل قبل التلّف للمشتري ثم انّ انفساخ العقد قبل التلّف آنا ما هل يكون على القاعده أم للتعبّد على خلافها صرح اكثر من تعرّض للمسأله بأنّها جاريه على خلاف القاعده لأنّ القاعده الاوليّه بناء على انتقال كلّ من العوضين الى ملك الاخر بالعقد تقتضى ضمان كلّ منهما لصاحبه لو تلف قبل القبض ببذله الواقعي من المثل او قيمه ان لم نقل بكون يده امانه و لو تلف المبيع يكون من المشتري و ضمانه باليد لعموم دليله لكن لما دلّ الدليل الخاصّ على كون التلّف قبل القبض من مال البائع وجب الحكم بانفساخ العقد قبل التلّف بجزء لا- يتجزّى من الزمان و ثبت الضمان بالعوض ح من دون فرق في ذلك بين البيع وغيره من المعاوزات الحقيقيه بناء على إلحاقها به و التعدّي من مورد النصّ إليها و ذلك لانه اذا حكم بالانفساخ و انّ تلف المملوك بالعقد قبل القبض من مال المالك الاوّل فلازمه صيروره عوضه ملكا لمالكة الاوّل أيضا و الّا لزم ان يصير الثمن ملكا للبائع بلا عوض و هو ينافى المعاوضه و لذا يحكم بانفساخ البيع بالتلف فانّ الحكم بالانفساخ لم يرد في نصّ و انما اخذوه من قوله (ص) فهو من مال بايعه و هذا انما يدلّ على الانفساخ اذا كان تملك البائع للمبيع و ثمنه غير جائز فتصحیح النبوی بالحكم بالانفساخ انما هو على هذا الفرض اعنى عدم جواز كون البائع مالكا للعوضين اذ لو جاز ذلك لصحّ قوله (ص) فهو من مال بايعه و لم يحتج في التصحيح الى الحكم بالانفساخ و بناء على انّ المسأله جاريه على خلاف القاعده فقد يقال بأنّه يكون انفساخا حقيقيا لأنّ كون المبيع من مال البائع يدلّ التزاما على الانفساخ الحقيقي و في المتن نقلا- عن العلامه انه صرح بأنّه لو كان المبيع مملوكا و مات قبل القبض فمئونه تجهيزه على البائع و هو مبنی على ثبوت الملك التحقيقي قبل التلّف للبائع و الظاهر انّ هذا القول مبنيا على كون الحكم على خلاف القاعده مضافا الى ما ستسمع من بطلانه مجرد احتمال لم يحكم به احد عدا ما سمعته من العلامه في فرع واحد و هو أيضا لم يقل به في غير الفرع المذكور فلا بدّ من تطبيقه على المشهور و لو بالتأويل لو كانت المسأله عنده على خلاف القاعده و قد يقال كما هو المشهور بأنّه يكون حكما بمعنى انه يقدر اي يفرض الانفساخ قبل التلّف لتصحيح قوله (ص) فهو من مال بايعه فانه كما سمعت لا يكون صحيحا ما لم يحكم بتحقیق الملكيه للبائع قبل التلّف و لما لم يكن الانفساخ الحقيقي متحققا فيه يحكم بالانفساخ الحكمي و وجه عدم تحقّق الحقيقي انّ سبب الانفساخ هو

التلف و هو أنما يوجب حصوله حقيقه بعد حصوله فى الخارج و لا يقتضى الانفساخ قبل تحقق نفسه لمكان امتناع تقدم المعلول على العلة و ليس هناك سبب اخر يقتضى الانفساخ قبل التلف و تنظيره باجازه الفضولى بناء على الكشف فى غير محله لامكان دعوى كون الشرط فى الاجازة هو تعقب العقد بها لا نفسها و هو مقارن للعقد و اما فى المقام فلا يمكن دعوى كون السبب للانفساخ هو العقد المعقب بالتلف لأن مدخليته فى التأثير يصادا اثر العقد فكيف يمكن تركيب السبب منهما بخلاف الاجازة حيث لا معنى لها الا امضاء مضمون العقد و ارجاع شرطيه التلف الى شرطيه بقاء العين الى القبض فى اللزوم كما ترى و صدق الرجوع و الانفساخ و ان توقف على سبق الملك بالعقد لما انه ليس مستندا إليه بالاستقلال او منضمًا مع غيره و مع ذلك لا ينفك عن لزوم المحال و تاخر المعلول عن علته بالزمان لانفاقهم على عدم الفسخ من حين العقد و ليس فى المقام غير العقد أيضا ما يصلح ان يكون متعقبا بالتلف حتى يصح ان يكون ذلك عله للانفساخ هذا مع ما عرفت فى بحث الفضولى من الاشكال فى كون الشرط هو تعقب العقد بالاجازة و بالجملة ان الاصحاب لم يجروا على الزمان السابق احكام ملكيه البائع و لو آنا ما بل بناؤهم على اجراء احكام ملكيه المشتري على ما قبل التلف لأن المبيع ملكه واقعا و تقدير ملكيه البائع آنا ما قبله انما هو مجرد فرض ليس له واقع و الداعى على هذا الفرض هو تصحيح الحديث النبوى و هذا نظير ما ذكره فيمن ملك من ينعق عليه فان العتق لهما كان موقوفا على الملك و المفروض انه لا يصير مالكا لمن ينعق عليه فى زمان و لو كان آنا ما لانه لو صححت ملكيته له فى زمان صححت فى جميع الازمنه اذ لا مدخلية لزمان دون زمان فى قبوله للملك المذكور و لاجل ذلك قدروا الملك آنا ما تصحيحا لقوله (ع) لا عتق الا فى ملك و لا يرتبون آثار ملكيه من ملك من ينعق عليه الا الأثر الذى لاجله قدروا ذلك التقدير اعنى العتق و مثله دخول الدية فى ملك الميت قبل الموت آنا ما و ما لو قال اعتق عبدك عتق فاعتقه عنه فان الظاهر انه لا كلام فى صحته العتق لو اعتقه عنه ففى ما نحن فيه لما رأوا ان الشارع حكم بكون المبيع التالف من مال البائع مع عدم ملكيته له قدروا تصحيحا لقوله (ص) ملكيته قبل التلف آنا ما و لم يحكموا بالانفساخ الحقيقى قبل التلف لانهم علموا بسبب التلف له و انه لا سبب هناك للفسخ قبله و كيف يصح الحكم بالانفساخ الحقيقى قبل التلف مع تاخر السبب فاللزام هو الحكم بترتيب جميع آثار ملكيه المشتري قبل التلف دون البائع الا الاثر الذى صار

ثبوتها داعيا لتقدير الملك المذكور و هو الضمان المعاوضي نعم الانفساخ الحكمي أما هو في ان ما قبل التلف و اما بعد التلف فالانفساخ حقيقي و وجهه واضح هذه غايه ما يمكن ان يوجه به الانفساخ الحكمي و قد اتضح ان التصحيح المذكور هو الداعي لذهابهم الى الانفساخ و الضمان بالعوض و يرد عليه أنه لا ملازمه بين التعبير بكونه من مال البائع و الانفساخ حتى يلتزم بالانفساخ تحقيقا او تقديرا و قد التزموا به تصحيحا للصدق و كما يمكن لاجل هذا الالتزام بالملازمه كذلك يمكن ان يكون قوله (ص) فهو من مال بايعه كناية عن إرادته كونه تالفا عليه بلا عوض له تشبيها بما له الذي لو تلف عنده كان خسارته منه و تلفه عليه و العبارة و ان كانت اظهر فيما التزموا به من الانفساخ الا ان تصحيح الصديق بالمعنى الذي ذكرنا ارجح من وجوه لا يخفى و لم يقع الانفساخ في نص او معقد اجماع حتى لا يكون بد من الالتزام به و ما ذكرنا لعله انبى بإطلاق الضمان عليه و عليه فلا يكون التبرؤ دالا على الانفساخ و مخالفا للقاعده التي مقتضاها لزوم العقد و كون المبيع مضمونا ببدله الواقعي من المثل او قيمه بل يكون دالا على الضمان بالمسمى بجعل الشارح الثمن المملوك للبائع بخصوصه بدلا في المقام عن المبيع التالف قبل القبض و مخصيصا لقاعده الضمان بالبدل الواقعي و يكون رجوع الثمن ح الى المشتري بالدليل الخاص من باب الغرامه و البدليه عميا تلف من ملكه و بالجملة الالتزام بما ذكرنا اولي من رفع اليد عن الادله الداله على لزوم العقد و وجوب الوفاء به و ليس فيه ألما عدم امضاء الشارح في المقام لما عليه العرف من الضمان بالبدل الواقعي و تظهر الثمره بين الوجهين فيما لو عاد التالف او ما بحكمه فبناء على كون المدفوع غرامه يرجع كل من العوضين الى من ملكه بالعقد بخلاف القول بالانفساخ و هذا كله بناء على ما صرح به جماعه من كون الانفساخ على خلاف القاعده و ما ذكروه مبني على ان مفاد العقد ليس الا التملك بإزاء التملك و ان وجوب القبض انما هو لكون المال ملك الغير فيجب تسليمه الى مالكة لا لاقتضاء عقد المعاوضه ذلك و لكن مقتضى دقيق النظر تبعا لجماعه اخرى من الاصحاب موافقته لها بل الظاهر ان دعوى كون الانفساخ قبل التلف آنا ما يكون على وجه الحقيقه موافقا أيضا للقاعده غير بعيده اميا موافقه الانفساخ لها فلا ان المعاوضه تتضمن التزامات مطابقيه و التزامات ضميمه و من الاولى تبديل المالكين و تسليط كل من المتعاقدين صاحبه على ما كان مسلطا عليه في المتعلق بحيث يقوم كل من العوضين مقام الاخر في تعلق السلطنه الفعلية به و من الثانيه تسليم البائع للمبيع

الى المشتري فى الخارج و بالعكس لاقتضاء العقد ايجاد كل منهما ما هو عليه بعد العقد من التمكين لحصول التسليط الفعلى و لذا جاز لكل منهما الامتناع عن التسليم حتى يحصل التقابض و لما كان وجوب القبض و التسليم من شئون العقد و مقتضياته كان بقاء المالىن و تعذر تسليم احدهما كالاباق او السرقة المرجو عوده موجبا للخيار و كان التلف و امتناع تسليم احدهما موجبا لبطلان المعاوضه لوضوح انه اذا بطل ما عينه فى عقد المعاوضه عن العوضيه و خرج عن صلاحيه البدليه بطل الاخر أيضا عن العوضيه و خرج عنها فيرجع قهرا الى مالكة و اذا رجع الثمن الى المشتري فلا بد ان يرجع المبيع الى البائع كما هو الحال فى الفسخ من رجوع كل من العوضين الى مالكة الاصلى فبالثلف يتحقق الانفساخ المسبب عن عدم الوفاء بتمام مقتضى العقد و مما ذكرنا يعلم بطلان ما ربما يقال تبعا للمسالك ان ظاهر كون المبيع التالف قبل القبض من مال البائع يوهم خلاف هذا المعنى اى يوهم ضمانه بالمثل و قيمه مضافا الى ان الظاهر من الروايه وقوع التلف فى مال البائع سواء جعل الطرف لغوا متعلقا بتالف او مستقرا متعلقا بثابت و الى انه لو كان المراد ما يوهم منه لكان اللمازم التعبير بعلى البائع و نحو ذلك و اما كون الانفساخ قبل التلف آنا ما حقيقه موافقا للقاعده فلانه لما عرفت ان مقتضى عقد المعاوضه هو وجوب التسليم و مع امتناعه فاللزام انفساخ العقد و بطلانه و جب ان يقال برجوع المبيع التالف الى البائع قبل التلف آنا ما لانه بعد التلف لا يصلح للرجوع و لا قابليه له للعوضيه و المفروض ان بطلان المعاوضه يقتضى خروج كل من العوضين عن ملك المنتقل إليه و دخوله فى ملك المالك الاوّل و اذا لم يبق التالف على صلاحيه الخروج و الدخول كذلك عند التلف فلا محيص عن الالتزام بماله صلاحيه لذلك و الصالح انما هو قبل التلف و مجرد فرض التالف موجودا لا يخرج عن المعدوميه كما ان الالتزام بخروج الثمن عن ملك البائع و دخوله فى ملك المشتري دون خروج المبيع التالف عن ملك المشتري و دخوله فى ملك البائع مخالف لما يقتضيه الانفساخ و ينتج ذلك كله ان التلف ح لا بد و ان يكون كاشفا عن الانفساخ قبله لا ان يكون عله له فتأمل بان يقال مقتضى القاعده انفساخ العقد و رجوع المبيع الى البائع بالتلف لانهما معلولان له و يستحيل تقدمهما عليه و الامر سهل اذا النزاع فى كون الانفساخ حين التلف او قبله تحقيقا او تقديرا انما هو مجرد بحث علمي لا ثمره له اصلا و قد اتضح ان الانفساخ فى تلف المبيع على طبق

القاعده لا- لمجرد التعيّد و تظهر الثمره فى التعدي الى الثمن و الى غير البيع من المعاوضات فانّ بناء على المختار يتعدى الى الثمن فى البيع و الى جميع المعاوضات و على التعيّد لا وجه للتعدي الا اذا استظهر كون الخصوصيه ملغاه كما فى خيار العيب حيث يتعدى فيه الى غير البيع من سائر المعاوضات و اشباهها كالخلع و اما الفتوى فلا خلاف فى التعدي الى الثمن فى البيع و اما التعدي الى كل معاوضه و ما يشبهها فلم نجد من صرح به نفيًا و اثباتًا الا ما ستسمعه فى المتن

قوله (لا حقّ مالى فلا يقبل الاسقاط)

الظاهر عدم الخلاف فى عدم سقوط هذا الضمان بالاسقاط لا لانه اسقاط لما لم يجب لما عرفت من اقتضاء المعاوضه كون الضمان فعليًا فالانفساخ بالتلف حكم امضائى من الشارع لما التزم به المتعاقدان بعقد المعاوضه فهو من احكامها كلزوم النكاح و ليس من الحقوق حتى يمكن فيه دعوى السقوط بالاسقاط و هذا هو المائز بينه و بين الحكم و الضمان المعاوضى كضمان الاعيان فكما انه ليس للمغصوب منه اسقاط الضمان عن الغاصب فكذا فى المقام فان قلت معنى الضمان هو تعهد المالى فى الذمه و اندراجها فيها و قد صرح فى روايه عقبه بن خالد بالضمان فى المسأله و الخروج عن عهده المضمون به يختلف باختلاف المقامات فقد يقتضى العوض المسمى و قد يقتضى العوض الواقعى و قد يقتضى اقل الامرين و على هذا لم لا يكون الضمان حقًا مع تعهد المتعاملين به فيكون حقًا فى العهده و كذا فى الاعيان المضمونه لم لا يكون حقًا على من هى فى يده لدخولها فى العهده غير ان السد لظنه فى المقام بالتلف على الرجوع بالمسمى و فى غيره على الرجوع بالمثل او قيمه قلت اولًا- التمييز بين الحكم و الحق فى غايه الاشكال و ما يقال ميزانا للتمييز بينهما من الرجوع الى ثبوت الآثار و عدمه من النقل و الاسقاط غير نافع و ذلك لانه مضافا الى كونه مستلزما للدور غير مطرد ضروره ان الحكم ممّا لا يسقط و لا ينقل فلو دلّ دليل على السقوط او الانتقال افاد كونه حقًا لا كلّ ما لا يسقط و لا ينقل يكون حكمًا فانّ الحقوق أيضا بعضها لا يسقط بالاسقاط و لا ينقل بالتواقل و ينحصر التمييز بينهما بما يستفيده الفقيه من الأدله و لا اشكال فى انّ الاستفادة من ادله الضمانات باجمعها كونها من الاحكام و ثانيا انّ الرجوع فى المسأله بالمسمى ليس بعنوان كونه بدلا و عوضا عن التالف حتى يمكن دعوى كونه من الحقوق بل ليس الرجوع به الا من حيث انفساخ المعاوضه و رجوع كل مال الى صاحبه و المعاوضه ان اقتضت الضمان بالمسمى

قبل القبض فقبل رفع الموضوع و اصل المعاوضه بالاقيه او رفع عدم القبض بهبه او إباحه يمتنع رفع مقتضاها بالاسقاط لانه مخالف لاصل الجعل او لمقتضى العقد و حكم الشارع بالانفساخ و هذا من قبيل ما هو الحق من كون اولويه السبق فى المساجد و نحوها من الاحكام و لا- يرتفع ألما بارتفاع موضوعها و هو التراحم الذى هو موضوع المنع و الحرمة بالاعراض عن المحل و ليست من الحقوق التى تسقط بالاعراض و ثالثا لو سلم كونه من الحقوق فليس كل حق قابل للاسقاط بل بعضها كالحكم غير قابل له كما اشرنا إليه بيان ذلك انّ الموجب للحق على اقسام منها ما يكون علّه تامّه له فيمتنع انفكاكه عنه بسقوط او انتقال لامتناع تخلف المعلول عن علته التامّه كولاية الالباء و الاقارب و الحاكم و منها ما يكون من قبيل المقتضى و هذا على قسمين لانه ان كان مختصّا و متقوّما بشخص خاصّ كحق الوصايه المجمعول لشخص خاصّ و حقّ التولية المجمعول كذلك او عنوان خاصّ كحقّ التولية المجمعول للحاكم او كان متقوّما بشخص خاصّ بالشرط كحقّ الخيار المجمعول لصاحبه بشرط مباشرته للفسخ بنفسه و امثال هذه فلا يجوز نقله الى الغير و يجوز اسقاطه لانّ الموجب ليس علّه تامّه و ان لم يكن كذلك جاز اسقاطه و نقله و انتقاله لوجود المقتضى و هو كونه مالكا و عدم المانع كحقّ الخيار الغير المشروط بالمباشرة و ممّا اوضحنا فى بيان الانفساخ و انه مقتضى القاعده يظهر لك انّ المقام لو فرض كونه من الحقوق ليس ألما من القسم الاول حيث انّ الانفساخ قهرىّ و يمتنع الاسقاط لامتناع تخلف المعلول عن علته التامّه ثمّ اعلم انّ ما ذكرناه انما هو فى الاسقاط و البراء بعد العقد و اما اشتراط سقوطه و البراءه عنه فى ضمن العقد فلصحتّه وجه لو لا قيام الاجماع على خلافها و ذلك لامكان ان يقال انّ العقد المشروط فيه البراءه من الطرفين او من احدهما عن ضمان العوضين او احدهما يغير مقتضاه لمقتضى العقد المجرد عن الشرط فانّ مع الشرط يكون مفاد العقد مجرد التملك و التسليط الاقتضائى و لا- يكون الشرط منافيا لذات العقد لما عرفت من انّ القبض و التسليم من الالتزامات الضمنيه فهو من مقتضيات العقد المطلق لا مطلق العقد و هذا بخلاف العقد بدون الشرط فانّ مفاده هو التسليط الفعلى و الاسقاط بعده ينافى لمقتضاه و عليك بمراجعته ما افاد المصنّف ره فى مسئله سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه فى ضمن العقد

قوله (و يدلّ على الحكم المذكور أيضا روايه عقبه بن خالد)

المرويه فى الكافى و ضعف سندها بمحمّد بن عبد الله

بن هلال منجبر بعمل الاصحاب

قوله (و لعلّ الروايه اظهر دلالة)

و ذلك حيث وقع كلام الامام (ع) جوابا عن من مال من يكون و من اجل هذا يكون ما ذكرناه فى دفع الملازمه بين التعبير بكونه من مال البائع و الانفساخ من امكان ان يكون كناية عن إرادته كون الخسران على البائع تشبيها بماله بعيدا عن سياق روايه عقبه

قوله (و فى معناه الركاز الذى يجده العبد)

الركاز ككتاب بمعنى المركزى اى المدفون فى المجمع و اختلف اهل العراق و الحجاز فى معناه فقال اهل العراق الركاز المعادن كلها و قال اهل الحجاز الركاز المال المدفون خاصه مما كثره بنو آدم قبل الاسلام و القولان يحتملها اهل اللغة لانّ كلا منهما مركزوز فى الارض اى ثابت يقال ركزه ركزا اذا دفنه ه

قوله (ثمّ انه يلحق بالتلف تعدّر الوصول)

لا- اشكال فى انه يلحق بالتلف الظاهر فى الهلكه كلّ ما كان بحكمه ممّا يوجب تعدّر التسليم كالسيرة و الضياع و الغصب المتعدّر استخلاصه من الغاصب و صيروره العبد حرّا لا بفعل من مالكة كالمزمن و المقعد و اما مثل التنكيل فهو اتلاف و ان ترتب عليه العتق كترتب المعلول على علته و اللاحاق فيما ذكرنا واضح بناء على انّ الحكم على وفق القاعده لوجود المناط الموجب لانفساخ العقد و هو عدم تماميه مقتضاه و ذكر السيرة فى روايه عقبه محمول على المثال و بناء على انه على خلاف القاعده و انّ الحكم من حيث دلالة النبوى المذكور فى اللّحوق بالتلف مط او عدمه مطلقا حتّى فى السيرة لضعف روايه عقبه او التفصيل بين ما كان التعدّر بالغصب و كان الغاصب معلوما فيرجع الى ما يقتضيه القواعد من الرجوع الى الغاصب بالغرامه و ما كان بغيره فيلحق بالتلف لروايه عقبه الظاهره فى ذكر المثال وجوه و الاقرب الاوّل

قوله (ثمّ انّ ظاهر كثير من الاصحاب انه لا يعتبر الخ)

لا- اشكال فى ذلك لانّ حقيقه القبض كما عرفت عند الكلام فى ماهيته هو استيلاء المشتري على المبيع و قد يتوهم كون الضمان على البائع لانّ القبض الواقع لم يكن معتبرا موجبا لنقل الضمان الى المشتري و يكون التلف ح من التلف قبل القبض الموجب لانفساخ العقد لكنّه توهم فاسد لانه لو تلف المقبوض بالقبض الفاسد بيد المشتري فلا يخلو اما ان يكون الفساد من جهة فساد العقد او ما يعتبر فيه و امّا ان يكون من جهة انّ القبض لم يكن مستحقا له على البائع و ان كان العقد صحيحا فى الاوّل يكون مضمونا على المشتري مط بالمثل او قيمه و فى الثانى يكون مضمونا عليه بالمسمى و معناه انتقال الضمان من البائع إليه لقاعده كون الضمان على من تلفت بيده و ذلك لانّ المراد من

القبض المعلق على عدمه التلّف مطلق القبض صحيحا كان او فاسدا و نفى القبض كذلك معناه كون التلّف عند غير المشتري فلا يكون الفرض مشمولاً للنبويّ حتّى يتوهم تعارض القاعدتين فيه كيف و لو تلف بيد المشتري بعد ان كانت العين مضمونه بالمسمّى بالعقد الصّحيح فان رجع البائع على المشتري ببدله الواقعي فمع أنّه غير الضّمان بالمسمّى مع كون الضّمان به بالفرض لم يكن الفوات من مال البائع بعد اخذه البديل الواقعي و ان لم يرجع عليه بشيء من البدلين الواقعي و المسمّى جمع المشتري بين العوض و المعوّض فلم يبقّ الّما كون المبيع فائتا من المشتري بمعنى أنّ خسارته عليه و نقصانه في ملكه و هو ما ذكرناه من انتقال الضّمان الى المشتري و بالجملة الظاهر أنّ المقصود من النبويّ و من قاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه النخ هو بيان حكم ما لو تلف المبيع عند البائع و أنّ التلّف يكون منه و اين هذا من فرض كون التلّف بيد المشتري و ممّا ذكرنا يعلم عدم ضمان البائع أيضا لو كان المبيع مقبوضا للمشتري قبل البيع سواء كان القبض السّابق باذن من البائع كالوديعة و العاربه و نحوهما أم لا كالغصب لظهور البيع الواقع في الرّضا بقبضه فينتقل الضّمان الى المشتري و يكون التلّف منه و يعدّ من تلف المبيع بعد قبضه و هذا كلّّه بالنّسبة الى البيع و امّا بالنّسبة الى ما كان القبض شرطا في صحّته او لزومه كالرهن و الهبة فلو رهن المقبوض بيد المرتهن قبل عقد الرهن عليه و كان القبض المتحقّق أولا- باذن الرّاهن كالوديعة و العاربه او بغير اذنه كالمغصوب ففي ضمان المرتهن مع التلّف عنده او عدمه اقوال مذكوره في كتاب الرهن

قوله (قولان لا يخلو السقوط عن قوّه)

تقدّم الكلام في هذا عند ذكر الاقوال في ماهية القبض

قوله (هذا كلّّه حكم التلّف السّماوي و اما الاتلاف)

لا اشكال في ظهور لفظ التلّف فيما كان التلّف بنفسه و يسمّى التلّف بأفه سماويّه و كذا ما يلحق به و أمّا اذا كان التلّف بتسبب و يسمّى بالاتلاف فأمّا ان يكون باتلاف من المشتري او البائع او الاجنبيّ فان كان من المشتري فاتلافه بمنزله قبضه فيكون من ضمانه ما لم يكن مغرور الوقوع بالاتلاف منه على ملكه كما لو اتلف ماله المغصوب في يد الغاصب الموجب لخروجه من الضّمان و لعلّ التّفصيل بين المغرور و عدمه هو المراد من التّفصيل المحكّي في المتن عن التّدكره بين صورتى علم المشتري و جهله و ان كان الاتلاف من البائع ففي انفساخ البيع و ضمانه بالمسمّى لاقتضاء العقد ذلك من غير فرق بين الاختيار و عدمه الّا في الاثم و عدمه و لصدق

التلف و ان كان بالاختيار فيكون مشمولاً لاطلاق ما دلّ على كونه من مال البائع فإنّ المبيع الذي اتلفه البائع يصدق عليه أيضاً أنّه مبيع تلف قبل القبض فهو من مال البائع و ان اثم بالاختيار او الضمان بالمثل او القيمة بناء على انصراف التلف في الدليل المخرج له عن القاعده الى ما كان بنفسه فيدخل تحت قاعده اتلاف مال الغير او تخيير المشتري بين تضمين البائع بالمسمى و مطالبته بالتّمن و تضمينه بمطالبه المثل او القيمة لوجود سبب كلّ من الضمانين الموجب لاختياره الاخذ بايهما شاء وجوه و الاوّل هو الاقوى على المختار من أنّ وجوب القبض من شئون العقد و مقتضياته و قوله (ع) في روايه عقبه من مال صاحب المتاع المذى هو في بيته حتّى يقبض المتاع و يخرج من بيته يدلّ على عليه عدم قبض المبيع لكون التلف من البائع بل النبوى يشمل بإطلاقه أيضاً لما كان باتلاف حيوان او انسان و لو سلّمنا المناقشه في الاولى بأنّها تحتاج الى الجابر لتعبير اكثر الاصحاب او جميعهم بمضمون النبوى و في الثانيه بانصراف التلف الى ما كان بأفه كفى ما تقدّم من أنّ مقتضى العقد هو الانفساخ و على تقدير كون قاعده الانفساخ في صورته التلف على خلاف القاعده الاولى فالوجه في صورته الاتلاف هو الضمان بالمثل او القيمة لأنّ كلا وجهي التّخيير لا يخلو عن مناقشه اما الاول و هو تحقّق سبب الانفساخ و سبب الضمان فيتخير المالك و هو المشتري في العمل باحدهما ففيه أنّ العقد اما ان ينفسخ بالتلف او لا و على الاول فلا معنى لاجراء قاعده الاتلاف لأنّ المبيع بعد الانفساخ ليس ملكاً للمشتري فلا وجه لاختياره المثل او القيمة و على الثاني لا معنى للاخذ بسبب الانفساخ لأنّ المبيع ح ليس متلفاً من مال البائع فالتلف اثره الانفساخ و حلّ العقد الموجب للضمان بالمسمى و الاتلاف اثره الضمان بالمثل او القيمة و هو مبنى على بقاء العقد و لزومه فاما ان لا يكون التلف المسبب عن الاتلاف سبباً للضمان بالمسمى او لا يكون الاتلاف المسبب بالكسر للتلف سبباً للضمان بالمثل و القيمة و يستحيل اجتماعهما في السببيه و تصادمهما في التأثير و توهم أنّه يكفي لاجراء قاعده الاتلاف كون المبيع ملكاً للمشتري قبل التلف لأنّه يصدق ح أنّ البائع اتلف مال الغير و لا ينافى خروجه عن ملكه بعد الاتلاف لاجرائها اذ لو كان خروج المتلف عن ملك المالك بعد التلف موجبا لعدم الضمان لم يبق مورد لقاعده الاتلاف لأنّ كلّ متلف يخرج عن ملكه بعد التلف فإنّ الملكيه تتوقّف على بقاء المملوك و اذا تلف فكيف تبقى الملكيه بلا محلّ و القول بالتّخيير لاجل الجمع بين قاعده الاتلاف و سبب الانفساخ مبنى على أنّ الانفساخ تقديرى

فالعمل بقاعده الاتلاف من جهه كون المبيع ملكا حقيقيا للمشتري قبل التلّف و العمل بقاعده الانفساخ من جهه كونه ملكا تقديرية للبائع قبله آنا ما و لا- منافاه بينهما نعم لو كان مقتضى سبب الانفساخ هو الانفساخ الحقيقي قبل الاتلاف توجه عدم امكان الجمع ممنوع و لا حاصل له فان اجتماع ملكيه البائع و المشتري للمبيع فى ان واحد يستحيل و لو فرضنا احدهما تحقيقا و الاخر تقديرية و ان شئت قلت ان مورد كل من قاعده الاتلاف و سبب الانفساخ غير مورد الاخر و هذا واضح ثم انه قد يورد على التخيير بين المطالبه بالقيمه او الثمن لاجل تحقق سبب الانفساخ و سبب الضمان بانّه كيف يحكم بالتخيير و الحال ان النسبه بينهما عموم و خصوص مطلق و التخيير انما هو فى الدليلين المتعارضين الذين لم يدل دليل من العرف و غيره على تقديم احدهما كان يكونا متباينين او اعم و اخص من وجه لا- الا-عم و الاخص مط فان اللّازم هو تقديم الخاص و لما كانت قاعده الانفساخ اخص من قاعده الاتلاف فيقدم عليه و ذلك لاجل ان قاعده الاتلاف تدل على كون المتلف ضامنا للتلّف مط سواء كان بالمثل او القيمه أم بغيرهما كضمن المبيع و قاعده الانفساخ تدل على كونه ضامنا لامر خاص و هو عوض المبيع و يدفعه ان النسبه بينهما هو التباين و هما متباينان لان الضمان الثابت بقاعده الاتلاف هو ضمان المثل او القيمه دون غيرهما و الثمن الذى هو عوض المبيع لا تدل القاعده المذكوره على ضمانه فان معنى لفظ ضامن فى قوله (ع) من اتلف مال الغير فهو ضامن انما هو ضمان المثل و القيمه لانه المتبادر من اطلاق الضمان من غير تقييد بشىء خاص فهو عند الاطلاق منصرف عن ضمان المعاوضه و اما سبب الانفساخ فدلالته على ضمان العوض ليست مستفاده من لفظ الضمان بل من اقتضاء العقد و من قوله (ص) فهو من مال البائع و اما التخيير من جهه ثبوت الخيار للمشتري بعد انصراف الدليل الى التلّف بنفسه لجريان دليل تعذر التسليم الموجب لخياره بين الفسخ فيرجع على البائع بالمسمى و القبول فيرجع ببدله الواقعي ففيه ان التعذر المسبب عن التلّف لم يثبت سببه للخيار و ان قلنا به فى بيع الضالّ و نحوه و حديث نفي الضرر الذى هو الاصل فى ثبوت هذا الخيار يدفعه ما وضعه الشارع من الضمان بالبدل الواقعي لمن اتلف مال غيره و من هنا يعلم انه لو اغمضنا عن كون الانفساخ فى صورته التلّف على وفق القاعده و قلنا بانّه من باب التعبد فالاقوى فى صورته اتلاف البائع هو ضمان المثل و القيمه فتدبر و ان كان

الاتلاف من الاجنبى جرى ما تقدم من الوجوه الثلاثه و الاقوى هو الاول لما عرفت من ان وجوب القبض من شئون العقد و النبوى يشمل بإطلاقه لصوره الاتلاف و لو قلنا بان الانفساخ على خلاف القاعده و النبوى منصرف الى غير الاتلاف لانصراف لفظ التلف الى ما كان بآفه فالوجه تعيين الضمان بالمثل و قيمه الا ان القول بالتخير منسوب الى الاشهر بل المشهور بل فى الجواهر ظاهرهم الاتفاق عليه

[مسأله تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين فى جميع ما ذكر]

قوله (و يمكن ان يستظهر من روايه عقبه المتقدمه)

بل هى كالصيرريحه فى ذلك فان احتمال كون المبتاع هو البائع و عود ضمير الحق الى المشتري مستلزم لعدم الجزاء للشرط المذكور فان الحكم السابق على الشرط كان ضمان البائع و ذكر الشرط ح يكون لغوا و اما احتمال كون الضمان الثابت على المشتري هو ضمان اليد لا المعاوضى فهو كما ترى خلاف السياق

قوله (كما قال فى التذكرة لو اكلت الشاه الخ)

و الغرض من نقل كلام العلامة فى التذكرة اطلاقه لفظ المبيع على الثمن

قوله (و ظاهر هذا الكلام كونه مسلماً بين الخاصه و العامه)

و هذا يؤيد كون الحكم عندهم على طبق القاعده و من البعيد ان يكون المستند عندهم للتعدى الى الثمن و الى غير البيع هو النص خصوصاً فى التعدى الى غير البيع و مع ذلك فقد يستظهر من عبارات المتن فى المسأله ان بناء المصنف كعبعض اخر هو كون الحكم مخالفا للقاعده و مقتضاه ح هو الاقتصار فيما خالفها على المتيقن من مورد الدليل من المبيع دون الثمن فضلاً عن غير البيع من سائر المعاوضات و مجرد ظهور كلام العلامة لا يكون دليلاً فى مثل هذا الحكم على تقدير كونه على خلاف القاعده و ينبغى التنبيه على امرين الاول ان بناء على التعدى فى الحكم المذكور الى المعاوضات و ما يشبهها فتلف المملوك بالعقد قبل القبض مضمون على من انتقل عنه بعوضه فى المعاوضات و بمثله او قيمته فيما يشبهها و ليس بمعاوضه حقيقته اما كونه مضموناً بعوضه فى المعاوضات الحقيقه فلما تقدم بيانه على كل من التقديرين اى تقدير كون الحكم على خلاف القاعده و كونه على وفاقها و اما كونه مضموناً بالمثل او قيمه فى غير المعاوضات الحقيقه فلانه اذا تلف الصيد اداق مثلاً قبل القبض فلا يوجب تلفه فسخ النكاح لان البضع ليس عوضاً حقيقياً للصيد اداق حتى يقال انه اذا صار الصيد اداق ملكاً للزوج فلازمه صيروره عوضه اعنى البضع ملكاً للزوج لثلاً يلزم كون الزوج مالكا للعوضين بل يحكم ببطلان العقد بالنسبه الى هذا الصيد اداق الخاص بمعنى انه يخرج عن كونه صداقاً و يصير ملكاً للزوج و لازمه ح ان يحكم بلزوم المثل او قيمه

عليه لأنه لا يجوز الحكم بسقوط الصِّدَاق رأساً اجماعاً ولأنه يلزم ان يخرج النِّكاح عن كونه شبه معاوضه و يحتمل ان يكون الضَّمان في اشباه المعاوضات من ضمان اليد لأنَّ الصِّدَاق مثلاً مال الغير و قد تلف في يد الزَّوج فهو ضامن له و على اى حال فالظاهر عدم الاشكال في ثبوت الضَّمان بالمثل او القيمه و لا بدَّ من المراجعه الى كلماتهم في هذه المسأله فتأمل الثَّانى انَّ بناء على التعدى و ما هو الظاهر منهم في خصوص الاجاره من كون الاجره التَّيَّالفه قبل القبض من مال المستاجر و كون المنفعه التَّالفه قبل القبض من مال الاجير فان قلنا انَّ مجرَّد فراغ الاجير من العمل تسليم فلا شىء على الاجير لو تلف العين بعد فراغه من عمله الذى عمل فيها بمعنى انه ليس بضامن للعمل بل تلف من مال المستاجر لكونه تلفاً بعد القبض و ان قلنا انَّ فراغه من العمل ليس تسليمًا له ما لم يسلم العين الى المستاجر فيضمنه الاجير بعوضه اعنى الاجره فلا اجره له لكونه تالفًا قبل القبض هذا حكم العمل و اَمَّا العين التى هى محلّ للعمل لو فرض تلفها أيضا فليس الاجير بضامن لها ما لم يفترط لكونها امانه بيده و ممَّا ذكرنا يظهر انه لو قيل بكفايه الفراغ من العمل للتسليم و فرض تلف المنفعه و العين التى هى محلّه من غير تفريط لما كان الاجير ضامنا لشىء منهما و يستحقّ مع ذلك الاجره كما لا يخفى ثمَّ انه بناء على التعدى لو اتلف الاجير العمل بعد فراغه منه قبل ان يسلمه الى المستاجر فهو ضامن لمثله او قيمته ان قلنا انَّ مجرَّد الفراغ من العمل تسليم له و لكنّه يستحقّ اجره العمل و ان قلنا انه ليس تسليمًا له جرى فيه الاحتمالات المذكوره فى المبيع الذى اتلفه البائع قبل القبض

[مسأله لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]

قوله (و كيف كان فلا اشكال و لا خلاف فى المسأله)

لكون الفرض عندهم من تلف المبيع قبل قبضه بعد فرض انحلال البيع الى بيوع متعدده فلو تلف احد العبدین المذین باعهما صفقه او تلف منّ من الحنطه من عشره امانان انفسخ العقد بالنسبه إليه بخصوصه بما يقابله من الثمن و يتخير المشتري فى ردّ الموجود منه و الرجوع بجمله الثمن لتبعض الصِّفقه و قبوله بما يقابله منه و قد يشكل بناء على القول بمخالفه الحكم بالانفساخ للقاعده فى الحكم به فى تلف بعض المبيع و كون التَّيَّالف بخصوصه من مال البائع بانّ مقتضى القاعده ح هو وجوب الاقتصار فى الانفساخ على المتيقن خروجه منها و هو تلف جميع المبيع و ذلك لدعوى انصراف المبيع عن بعض المبيع و ظهوره فى المنتقل الى المشتري بعقد مستقل لا فى ضمن العقد الواقع على المجموع و لو استند البيع الى جزء واحد مقتصرًا عليه كان ظاهراً فى

انتقاله بعقد مستقل و لذا لم يطلق على بيع الكل البيوع المتعدده فيجب الرجوع في تلف البعض مع القبول و عدم الرد الى ما يقتضيه القاعده من ضمان المثل او قيمه و من هنا قد يقال ان اتفقهم كما هو الظاهر على انفساخ البعض التالف بما يقابله من الثمن من الشواهد على كون الحكم موافقا للقاعده و لكن الانصاف تماميه دعوى ان البعض التالف مبيع تلف قبل قبضه و ان البيع يتعلق بكل جزء اذ حقيقه البيع هو التملك بعوض و كل جزء كذلك و الانصراف المذكور بدوى و يشهد له حكمهم بانّه اذا ظهر فقدان البعض من حين العقد بطل بالنسبه اليه و صح في الباقي مع الخيار و هذا من جهه صدق المبيع على كل جزء مما وقع عليه العقد

قوله بخلاف نقصان الصّفه و فيه تأمل)

الظاهر أنّه إشاره الى عدم الفرق بين نقصان الجزء و نقصان الصّفه في ثبوت حكم العيب و هو الخيار بين الردّ و الارش لأن ميزانه هو النقص عن الخلقه الاصليه مطلقا فلا وجه لظاهره ثبوت الارش في نقص الجزء و يحتمل ضعيفا ان يكون إشاره الى ما سيذكر من المناقشه في ثبوت اصل الارش فيما لا يقابل بجزء من الثمن

قوله (عدم الارش هنا مع قوله به في العيب فتأمل)

يحتمل ان يكون إشاره الى تردد الشرائع في ثبوت الارش و التردد ليس ظاهرا في العدم قال في الشرائع و اذا تلف المبيع قبل تسليمه الى المشتري كان من مال البائع و كذا ان نقصت قيمته بحدث فيه كان للمشتري رده و في الارش تردد ه

قوله (لا خلاف في ان للمشتري الردّ و اما الخلاف في الارش)

قد تقدّم عند الكلام في الرابع من مسقطات خيار العيب ان مقتضى القاعده في وصف الصّحه اذا تخلفت و لم يكن مشروطا في ضمن العقد كما هو مفروض كلامهم في خيار العيب ان لا يوجب خيارا و لا ارشا كما هو مقتضى القاعده في غيره المعبر عنه بوصف الكمال كالكتابه لو لم يكن وصفها مذكورا في العقد و ان تباينا عليه نعم لو وقع العقد على أنّه كاتب و بشرط الكتابه فتخلفه يوجب الخيار من باب تخلف الشرط و مثل ذلك تخلف وصف الصّحه و لكنهم ذكروا في خيار العيب بلا خلاف ان تخلف وصف الصّحه يوجب خيار المشتري بين الفسخ و عدمه مع اخذ الارش و اختلفوا في المقام و هو حكم العيب الحادث قبل القبض في الارش و عدمه بعد اتفقهم على ان للمشتري الردّ و الاقوى فيه أيضا خيار المشتري بين الردّ و عدمه مع الارش و استدلل عليه في المختلف و غيره بان المبيع لو تلف اجمع لكان من ضمان البائع فكذا ابعاضه و صفاته و اورد عليه

بأن تلف بعض المبيع ممّا لا يقسّط عليه الثمن و تلف وصف الصّحّه مط سواء اشترط فى العقد أم لا و تلف سائر الاوصاف اذا كان مع الشّروط لا يوجب حدوثه بعد العقد و قبل القبض الّا الخيار بين الرّد و الامضاء و لا وجه للحكم بكونه من ضمان البائع قياسا على تلف جميع المبيع لما قد عرفت أنّ معنى الضمان انفساخ العقد بالتلف و الرجوع الى المسمّى و الضمان بهذا المعنى أنّما يتحقّق بتلف الجميع او بعضه ممّا يقابل بشىء من الثمن لامكان تحقّق الرجوع ح بكلّ الثمن او بعضه بالانفساخ فى كلّ المبيع بالتلف او بعضه و حيث كان التالف جزء لا يقسّط عليه الثمن او وصفا كذلك كيف يمكن فرض الضمان بهذا المعنى فيه اذ لا رجوع فيهما بشىء من الثمن المسمّى و ليس الارش من المسمّى حتّى يمكن فى مورده فرض الانفساخ و الرجوع بشىء منه و المصنّف قد دفع اليراد و ذكر وجهها لتعقّل انفساخ العقد و تخيير المشتري بين الرّد و الارش و لقد اجاد فيما افاد و هو أنّ الضمان فى تلف المبيع و ابعاضه و اوصافه بمعنى واحد و هو فرض العقد بالنسبه الى التالف كان لم يكن غير أنّه يختلف حكمه باختلاف التالف فان كان الجميع كان الرجوع بتمام المسمّى و ان كان بعضا منه يقسّط عليه من الثمن كاحد العبدین فرض كان لم يقع العقد على التالف و وقع على الموجود الباقي منهما فيرجع بما يقابل التالف من المسمّى و يتخيّر للتبعّض بين الرّد و قبول الموجود بما يقابله منه و ان كان التالف بعضا لا يقسّط عليه من الثمن او وصفا مشروطا اتّصافه به او يوجب فواته عيبا فيه كان ضمانه بمعنى فرض العقد بالنسبه إليه بخصوصه كان لم يكن و مرجعه الى تقدير كون العيب فى ملك البائع و وقوع العقد على المعيب فيجرى حكمه من التّخيير بين الرّد و الارش الّا أنّه يشكل هذا بناء على كون الحكم بالانفساخ على خلاف القاعده كما اعترف به لوجوب الاقتصار ح على المتيقّن خروجه منها و هو تلف جميع المبيع او ما يعمّه و ما بحكمه من تلف بعض يقسّط عليه الثمن دون مطلق ابعاضه و اوصافه

قوله (و أنّما ثبت الرّد لدفع تضرّر المشتري به)

و فيه أنّ نفى الضرر لا يقتضى فى المقام جواز الرّد لأنّ حدوث العيب فى المبيع بعد العقد و قبل القبض نظير حدوثه بعد القبض يكون حادثا فى ملك المشتري و ستسمع فى المتن أنّه لو لا الاجماع على جواز الرّد لاشكل الحكم به

قوله (و يؤيد ما ذكرنا من اتّحاد معنى الضمان)

و اشتمال

الصَّيْحِيحَهُ عَلَى مَا هُوَ ظَاهِرٌ فِي تَوَقُّفِ الْمَلِكِ عَلَى انْقِضَاءِ الْخِيَارِ كَمَا تَقَدَّمَ غَيْرَ ضَائِرٍ عَلَى أَنَّهُ قَدْ يَحْمَلُ قَوْلَهُ (ع) فِيهَا وَيَصِيرُ الْمَبِيعُ لِلْمَشْتَرَى عَلَى لُزُومِ الْبَيْعِ وَاسْتِخْصَاصِهِ بِهِ بِحَيْثُ لَا يَقْدَرُ عَلَى سَلْبِهِ عَنْ نَفْسِهِ أَوْ يَحْمَلُ عَلَى إِرَادَةِ قَبْضِهِ وَ الْقَوْلُ بَأَنَّ الظَّاهِرَ مِنَ الْحَدِثِ مَا كَانَ مِنْ قَبِيلِ الْمَوْتِ خِلَافَ الْإِنْصَافِ وَ الصَّيْحِيحَهُ وَ إِنْ كَانَتْ وَارِدَةً فِي ضَمَانِ الْبَائِعِ فِي أَيَّامِ الْخِيَارِ إِلَّا أَنَّهُا تُؤَيِّدُ الْحُكْمَ فِي الضَّمَانِ قَبْلَ الْقَبْضِ

قوله (إلا أنه لما استندوا في الرد إلى نفي الضرر)

قد عرفت الاشكال في هذا الاستناد وأنه لا فرق في حدوث العيب بعد العقد بين كونه قبل القبض و بعده من حيث حدوثه في ملك المشتري و نفي الضرر لا يوجب تدارك النقص الوارد على مال الغير بلا استناد إلى غيره

قوله (و يحتمل تخير المشتري بين الفسخ و الامضاء)

قال في لك لو كان العيب من البائع أو من اجنبي تخير المشتري بين الرجعه على المتلف بالارش و بين فسخ العقد و الاقوى هو تخيير المشتري بين الفسخ و الامضاء من غير فرق بين كون التعيب بفعل البائع أو بفعل الاجنبي فان فسخ رجوع البائع على الاجنبي بالارش و لكن ان امضى رجوع بالارش الى البائع سواء كان التعيب بفعله أو بفعل الاجنبي و ذلك لما عرفت من ان الحكم بالانفساخ على وفق القاعده و وجوب القبض من شئون العقد و ان معنى انفساخ العقد بالنسبه الى الوصف فواته في ملك البائع و تقدير العقد كان لم يكن بالنسبه الى حدوث هذا العيب فالمبيع في ضمان البائع و يكون هو المطالب بالارش و يرجع البائع على المتلف مسائل الاولى لو كان المبيع بعضا من جمله معينه فهو على قسمين الاول ما يعبر عنه باحد الكسور التسع كالنصف او السدس من صبره معينه الثاني ما يعبر عنه بمقدار من الكيل او الوزن كمن او قفيز اما الاول فلا اشكال في كون المبيع مشاعا و يتحقق قبضه بقبض الجميع ضمنا فاذا تلف الجميع بعد القبض كان المبيع في ضمان المشتري و اذا تلف بعضه يحسب التالف عليهما بالنسبه و اما الثاني ففي تحقق قبض المبيع بقبض الجميع ليتخير منه وجهان من حيث الابهام و عدم تعيين المبيع الا بعد تعيينه فليس مقبوضا بعنوانه و على هذا فلو تلف الجميع انفسخ العقد و كان المبيع من ضمان البائع و لو تلف بعضه و كان الباقي بمقدار المبيع فلا انفساخ و من انحصاره في المعين الخارجي المقبوض و لا فرق بينه و بين القسم الاول في صدق القبض بقبض الجميع و على

هذا فلا- انفساخ مطلقا من دون فرق بين تلف الجميع او البعض فان تلف الجميع كان ضمان مقدار المبيع على المشتري و من ماله لانه من التلف بعد القبض و ان تلف بعضه و كان مقدار المبيع باقيا فهو للمشتري و هذا هو الاقوى الثانيه قد علمت ان انفساخ البيع بالتلف قبل القبض انما هو قبل التلف آنا ما تحققت او تقديرا لا من حين العقد و انه يترتب على ذلك كون الثمن قبل التلف للمشتري و ليعلم ان الاصحاب صرحوا بان الثمن المتجدد قبل التلف بيد البائع امانه لم يضمه الا تبعد او تفريط و هو في محله لان الضمان باليد مورده ما كان مسبقا بملك الغير لا ما كان سابقا على حدوثه لانه المستفاد من حديث على اليد حيث جعل الاخذ صله للموصول فاليد عند حدوث الملكيه للمشتري يد امانه و مما ذكرنا يعلم انه لو لا اقتضاء العقد او حديث كل مبيع تلف قبل قبضه الخ لضمان المعاوضه لكان مقتضى القاعده كون المبيع امانه عند البائع من حين حدوث ملكيه المشتري لانه خارج عن عنوان ضمان اليد و ليس الاصل في كل يد على مال الغير و لو لم يكن مسبقا بملكه هو الضمان و بالجملة الضمان قبل القبض انما هو باقتضاء العقد او بالنص و هما لا يدلان الا على ضمان المعاوضه الثالثه قد علمت في مسئله كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار ان موردها هو ما بعد القبض و اما قبل القبض فلا اشكال في كونه من البائع و لا تعارض تلك القاعده لقاعده كون التلف قبل القبض من ضمان البائع و انه لو سلم التعارض ففي صورته تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع و ثبوت الخيار له يكون الترجيح لقاعده التلف قبل القبض و ليعلم انه قد نسب الى المفيد في المقنع و السيد في الانتصار و سلار في المراسم انهم ذهبوا فيما لو تلف المبيع قبل القبض في الثلاثه التي يثبت فيها خيار التأخير الى كون المبيع في ضمان المشتري و بعد الثلاثه في ضمان البائع لانه ملكه بالعقد و كان التأخير لمصلحته بل عن الانتصار و الغنيه دعوى الاجماع عليه و عن الوسيله و ابي الصيلاح الحلبي التفصيل بين ما لو عرض البائع المبيع فلم يتسلم المشتري فهو من ضمانه و عدمه فمن ضمان البائع اما المحكي عن المفيد و من تبعه من التفصيل بين الثلاثه و بعدها ففيه ان التعليل المنقول مضافا الى انه عليل يأتي فيما بعد الثلاثه و لا وجه لاختصاصه بها و الاجماع المدعى ممنوع بذهاب المعظم الى خلافه و معارض بالاجماع المحكي عن الخلاف و ان استندوا الى قاعده كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار و الخيار في الثلاثه للبائع

ففيه مضافا الى ما اشرنا إليه أنه لا وجه لاختصاصه بالثلاثة بل جريان الضمان على المشتري بعدها اولى لأن خيار التأخير للبائع يحدث بعدها واما التفصيل المنقول عن الوسيه فالظاهر أنه ليس تفصيلا في المسأله بل هو مبنى على تحقق القبض عندهم بعرض البائع المبيع موضوعا او حكما فضمن المشتري ح من حيث أنه من التلّف بعد القبض الزابعه قد يستثنى من قاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه موارد منها ما لو اسلم عبد الكافر فأنه يجبر على بيعه من مسلم فلو تلف او ابق بعد بيعه و قبل قبضه فإن فيه وجهين من عدم الانفساخ لاستلزامه الدخول في ملك الكافر و لو آنا ما قبل التلّف و نفى السبيل كما يمنع عن مالكيه الكافر للمسلم حدوثا و بقاء كذلك يمنع عن عود الملك إليه و من أنّ نفى السبيل منصرف عن هذا النحو من الملك الى الملك المستقرّ و لو سلّم عدم الانصراف فالتسبه بين القاعدتين عموم من وجه و الترجيح في المقام لعموم قاعده التلّف قبل القبض فإنّ العود الى الملك من توابع ملكه السابق و الاقرب هو الثاني لما عرفت و قد سبق في آخر شروط المتعاقدين في مسئله عدم نقل العبد المسلم الى الكافر و فيما يستثنى من خيار المجلس ما ينفعك في المقام و منها أنه لو جنى المملوك قبل القبض على نفسه تقبل فأنه من التلّف قبل القبض قطعا و ان كان باتلاف منه و اما لو جنى قبل القبض بما يوجب قتله او استرقاقه حيث لا يكون الخيار للمالك فقد تقدّم في شرائط العوضين أنّ الاقوى صحّه بيعه ابتداء فلو الحق المقام بالتلّف و قيل بأنه من ضمان البائع لتعدّد التسليم عليه قبل القبض لا- وجه للاشكال عليه بأنه لا- يعود في ملك البائع بانفساخ العقد لجنائه لما اشرنا إليه من أنّ الاقوى صحّه بيعه ابتداء و قد بسط المصنّف ره الكلام في ذلك بما لا مزيد عليه فلا مانع من عود الملك الى البائع أيضا و لكنّ التحقيق المنع عن الحاقه بالتلّف و أنه يتعدّد تسليم البائع ح و يظهر ذلك لمن راجع المسأله المشار إليها و الاقوى أنه من باب تعيب المبيع قبل القبض بفعل احد غير المشتري و قد ذكرنا في الحاشيه السابقه أنّ الاقوى تخيير المشتري بين الفسخ و الامضاء و منها ما لو باع العبد ممن ينعق عليه قهرا فتلف قبل القبض و الظاهر عدم الاشكال في عدم الانفساخ لأنّ مقتضى الادله الانعتاق بمجرد الملك و عدم زوال الحرّيه بعد تحقّقها سواء قلنا بأنّ الملك فيمن ينعق عليه تحقيقى او تقديرى و قد سبق في البحث عن مستثنيات خيار المجلس ما ينفعك في المقام

و منها قد علمت فيما سبق أنه يلحق بالتلف كل ما كان بحكمه و لو حصل في العبد المشتري احد اسباب الانعتاق من الجذام و العمى و نحوهما قبل القبض فقد يقال بعدم ضمان البائع و أنه ينعتق على المالك و هو المشتري قياسا على الانعتاق عليه في شراء احد عموديه و الاقوى ضمان البائع سواء قلنا بحصول الانعتاق بمجرد العمى مثلا كما هو المشهور و ظاهر الاخبار المستفيضه او قلنا بكونه سببا لوجوب الاعتاق كما هو ظاهر خبر الجعفي عن ابي جعفر عليه السلام حيث قال اذا عمى المملوك اعتقه صاحبه و لم يكن له ان يمسه الخبر اما على الثاني فلا اشكال في امكان الانفساخ فهو قبل قبضه في ضمان البائع و ملحق بالتلف و اما على الاول فلا بد عروض المرض ليس من الاتلاف و يشمله كليه كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه اذ لا فرق بين تلف الملك و الملكيه فيقدر الانفساخ قبل الانعتاق و ينعتق في ملك البائع و منها ما لو باع العبد الآبق مع الضميمة فتلف الآبق قبل القبض دون الضميمة و تقدم تفصيل الكلام في ذلك في مسئله بيع الآبق مع الضميمة و منها ما لو كان المبيع جاريه فاولدها المشتري قبل تحقق القبض فتلفت او ابقت قبل القبض ففي ضمان البائع بانفساخ البيع و عدمه و جهان من خروجها بصيرورتها أم ولد عن كونها ملكا طلقا و المنع عن نقلها الا في موارد خاصه ليس المقام منها و من ان المنع مخصوص بالتواقل الاختياريه و الانفساخ في التلف قبل القبض حكم قهري شرعي و قد حكى عن جماعه جواز استردادها بخيار البائع و علل ذلك بان الممنوع هو نقل المالك او النقل من قبله لديونه و اما الانتقال عنه بسبب يقتضيه الدليل خارج عن اختياره فلم يثبت فان قلت ان الفسخ بخيار البائع انما هو لسبق حقه على حق المشتري من المنع بالاستيلاء و اما في المقام فحق المشتري بالاستيلاء سابق على سبب الانفساخ و هو التلف قلت انفساخ العقد بالتلف من شئون العقد و توابعه و في الحقيقه هو السبب للانفساخ حين التلف و لا اشكال في سبقه عليه و عليك بمراجعته ما تقدم عند الكلام في مسئله ما لو كان علوقها في زمان خيار بايعها الخامسة لو ضمن الاجنبي درك الثمن للمشتري عند تلف المبيع قبل قبضه فان كان الضمان قبل التلف لم يصح مطلقا سواء كان قبل قبض البائع للثمن او بعده و سواء كان قبضه للثمن قبل تلف المبيع او بعده و سواء تلف المبيع عنده او لم يتلف و ان كان بعد التلف و قد قبض البائع الثمن صح

مطلقا سواء تلف الثمن أم كان باقيا بعينه أما الأول فواضح لأنه من ضمان المال و قد انتقل الى ذمه الضامن و أما الثاني فهو و ان كان من ضمان العين و فى صحته خلاف و الا شهر عندهم المنع الا أنهم اجمعوا على الصحه فى خصوص ضمان الثمن للمشتري عن البائع بعد القبض و قبل التلف و تفصيل الكلام يطلب فى باب الضمان السادس لو باع الولي ما له من الصيغير او ابتاع منه لنفسه فهل يفتقر الولي مع ما كان المبيع مقبوضا له فى الفرضين الى قبض منوي به عن الصيغير فى الأول و عن نفسه فى الثاني أم لا- فيكون التلف بعد العقد بمجرد من المولى عليه فى الأول و من الولي فى الثاني و جهان من ان المبيع فى الفرضين فى يد الولي و قبضه قبل البيع و بعده قبض واحد مستمر و لا يتشخص فى القبض عن المشتري الصيغير أم الولي الا بالقصد و من وقوع القبض قهرا بعد ما كان المال مقبوضا حيث ان يد الولي على المبيع فى الأول كانت قبل البيع مالكيه و بمجرد البيع تصير امانه و استيلائه عليه ح استيلاء عن الصيغير و فى الثاني بالعكس من ذلك و الظاهر الثاني لما عرفت فيما مر ان حقيقه القبض المعبر هو استيلاء المشتري على المال و هو حاصل بعد البيع من دون حاجه الى القصد بل يمكن ان يقال ان مجرد تبدل عنوان اليد بوقوع البيع كاف فى المقام فى حصول القبض و ان قصد عدمه و بالجمله لو كان للقبض مدخلته لذاته فى تحقق البيع لزم القصد تحقيا لصدق القبض المتجدد فان استدامه القبض ليست قبضا حقيقه و لكن لنا منع تناول دليل لزوم القبض فى المعاملات لمثل الفرض فيبقى اصاله استقلال العقد لتسبب الملك بحاله و يؤيد ذلك الاخبار الوارده فى هبه الولي للصيغير كالصحيح عن الصادق (ع) فى رجل تصدق على ولد له قد ادركوا فقال اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فان تصدق على من لم يدركوا من ولده فهو جائز لان الوالد هو الذى يلى امره و موثقه داود بن الحصين الهبه و التحله ما لم يقبض حتى يموت صاحبها قال هو ميراث فان كان لصبي فى حجره فاشهد عليه فهى جائزه و روايه جميل عن رجل وهب لابنه شيئا هل يصلح ان يرجع فيه قال نعم الا ان يكون صغيرا حيث ان الاصحاب اتفقوا ظاهرا على انه لو وهب الأب او الجد ما هو فى يده للولد الصيغير لزم العقد و وقع البحث فى اعتبار قصد القبض عن الصيغير بعد الهبه و المشهور على العدم تمسكا بهذه الاخبار و الجواز فى الاولين بمعنى التفوذ و لم يقع فى هذه الروايات

تقييد بالقبض لو كان الموهوب له صغيراً من جهة تحقق القبض بقبض الولي و لو كان القصد معتبراً وجب التقييد به و إلا لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة و العلة المنصوصه في الصّحيح موجب للحكم به في غير الهبه من سائر عقود المعاوضات فتدبر السّابعه لو و كّل احداً في اقباض المبيع للمشتري و فرّط الوكيل في الاقباض حتّى تلف قبل قبضه انفسخ العقد بالتلف و خرج المشتري عن كونه مالكا حينه و انتقل الى ملك الموكّل و كان التّلف منه و حيث كان السّبب تفريط الوكيل كان الضّمان عليه لموكّله فيرجع عليه لتفريطه و هل يرجع عليه بالمسمّى او بالمثل و قيمه وجهان من أنّه فرّط في الاقباض و كان تفريطه سببا لرجوع المشتري بالمسمّى و من أنّ ضمان الوكيل ح من ضمان اليد لا من ضمان المعاوضه و يحتمل ضمان اكثر الامرين من القيمة و المسمّى فلو زاد قيمه على المسمّى عزمها و لو زاد المسمّى عليها عزم الزّائد أيضا التّامنه لو اشترى عينا بعين و قبض احدهما ثمّ باع ما قبضه و تلفت العين الاخرى في يد صاحبها كما لو باع ثوبا بعبد و قبض العبد فباعه من غيره ثمّ تلف المبيع و هو الثّوب قبل قبضه فان كان البيع قبل التّلف نفذ البيع لوقوعه في ملكه و يغرم قيمه العبد للمشتري لانفساخ العقد بتلف المبيع قبل قبضه و توهم وقوف العقد الثّاني على حصول القبض من الطرف الاخر و ذلك لتعلّق حقّ الغير بالمبيع على تقدير التّلف فلا يكون ملكا طلقا للبائع في غير محلّه لأنّ المنافى أنّما هو فعلية الحقّ لا مط و إلا لما جاز اتلافه باكل و نحوه مع أنّه جائز بالضروره و ان كان البيع بعده لم ينفذ بيع العبد لرجوعه الى المالك الاوّل بانفساخه من حين التّلف و مع الشكّ في السّبب و اللّحوق فالظاهر صحّه البيع الثّاني و توضيح ذلك أنّه اذا كان البيع و التّلف مجهولى التاريخ و اريد اجراء الاصل في واحد منهما بالإضافه الى الاخر فقد يؤخذ الموضوع وجوده المحمولى الّذى هو مفاد كان التامه اى وجوده الخاصّ من دون ان يؤخذ في حال الاخر قيده و في هذا يجرى الاصل لأنّه مسبوق بالعدم الازلى المطلق و الاصل عدم تحقّق وجوده الخاصّ و الشكّ و ان كان في الوجود الخاصّ إلا أنّ استصحاب العدم المطلق يكفى في رفع ذلك إلا أنّ استصحاب العدم في احدهما معارض باستصحاب العدم في الاخر و قد يؤخذ الموضوع وجوده الزّابطة الّذى هو مفاد كان التاقصه فلا يجرى الاصل لعدم يقين سابق اذ لم يحرز في

زمان أنّه كان و لم يكن في زمان وجود الآخر حتّى يستصحب بل وجد أمّا في حال وجود الآخر او في حال عدمه و على اى حال سواء جرى الاصل و سقط بالمعارضه او لم يجر يكون المرجع ما يقتضيه المقام من القاعده و هى اصله حمل فعل المسلم و هو بيع العبد على الصّحّه فان قلت أنّ مقتضى الاصل ح بطلان بيع العبد لأن مقتضى تعارض الاصلين و عدم تقدّم كلّ منهما على الآخر هو الاقتران الّذى لا ريب في البطلان مع تحقّقه و ان قلنا بكون الاقتران امرا عدميًا فضلًا عن كونه وجوديًا قلت أنّ اثبات التّقارن باصالة عدم سبق كلّ منهما على الآخر يكون من المثبت و لو سلّم فالاصل يقتضى عدمه أيضا و اذا كان تاريخ البيع مجهولا فاستصحب عدمه بالوجود المحمولى الى زمان التّلف لا يجرى لاثبات تأخره عنه و المرجع أيضا هو اصله الصّحّه في البيع و يمكن ان يوجّه صحّه البيع أيضا بأنّ الشكّ في بقاء الملك للعبد حين بيعه و عدمه مسبّب عن سبقه على التّلف و مع تعارض الاصلين او عدم جريان الاصل في السّبب يرجع الى ما يقتضيه الاصل في المسبّب و هو بقاء الملك الى حين البيع الحاكم على اصله عدم التّلف لأنّ الشكّ فيه مسبّب عن الملك و عدمه و اذا كان تاريخ التّلف مجهولا فاستصحب عدمه كذلك الى زمان البيع لا- مانع من اجرائه و يكفى في صحّه البيع و لا- يحتاج الى اثبات تأخر التّلف عنه قال في الجواهر و لو جهل تاريخ كلّ من البيع الثّانى و التّلف اتّجه البطلان بناء على أنّ مقتضى تعارض الاصلين الاقتران الّذى لا ريب في البطلان مع تحقّقه و أمّا اذا قلنا بعدم الاقتران و أنّ الاصل تقتضى عدمه أيضا فيمكن الصّحّه تسمّيها باصالتها الثّائسه من اطلاقات البيع و عموماته فتأمّل انتهى و لعلّ وجه التأمّل في جريان اصله الصّحّه في امثال المقام مع أنّها من الاصول المجمع عليها فتوى و عملا ما ذكره المصنّف قدس سرّه في اواخر كتاب البيع في اختلاف المتبايعين في مسئله ما لو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما يكفى في قبضه التّخليه و اختلفا في تقدّم التّلف على البيع و تأخره من الاشكال في جريانها في نفسها مع قطع النّظر عن التّنازع و ملخصه أنّ صحّه العقد عباره عن كونه بحيث يترتب عليه الاثر شرعا فاذا فرضنا أنّه عقد على شىء معدوم في الواقع فلا تاثير له عقلا في تملك العين لأنّ تملك المعدوم لا على قصد تملكه عند الوجود و لا على قصد تملكه بدله مثلا او قيمه غير معقول فاذا شككنا في وجود العين حال العقد فلا يلزم من الحكم بعدمه فعل فاسد من المسلم و فيه ما ذكرناه هناك فراجع و الله تعالى هو العالم

[مسأله الأقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه إلّا تولى]

قوله (قال سألت أبا عبد الله

عن قوم اشتروا بزاً)

هو بالزء المعجمه من الثياب امتعه التاجر و منه البراز

قوله (و روايه معاويه بن وهب)

هذه أيضا صحيحه السند لأن الشيخ ره رواها باسناده عن الحسين بن سعيد عن علي بن النعمان عن معاويه بن وهب و قد يناقش فيها بأن السؤال و ان كان عن البيع قبل القبض ألما أن الجواب نهى عن بيع المكيل و الموزون ألما بعد كيله او وزنه و مرجع الامر الى شىء واحد بناء على القول بأن القبض فى المكيل و الموزون هو الكيل و الوزن و اما بناء على غيره من سائر الاقوال المتقدمه فى ماهية القبض فالمسألان متغايران و لازم هذه الروايه صحه البيع لو كيل او وزن بمحضر المشتري من دون حصول القبض ثم أنه يستفاد من ذيلها أن بيع التولية يقع أيضا على ما بذله من الثمن و ما غرمه من حيث التعبير بالذى قام عليه و يشهد لذلك ما عن التذكرة حيث قال و لبيع المربحه عبارات اكثرها دورانا على الالسنه ثلاثه الاولى بعتك بما اشتريت او بما بذلت من الثمن و ربح كذا الثانيه بعتك بما قام على و ربح كذا او بما هو على و ربح كذا الثالثه بعتك برأس المال و ربح كذا فاذا قال بالصيغه الاولى لم يدخل فيها ألما الثمن خاصه و اذا قال بالثانيه دخل فيه الثمن و ما غرمه من اجره الدلال و الكيال و الحمال و الحارث و القصار و الرفاء و الصباغ و الخياط و قيمه الصبغ و اجره الختان و تطيين الدار و سائر المؤن الذى يحفظ فيه المتاع لأن التربص ركن فى التجاره و انتظار الارزاق و اما المؤن التى يقصد بها استبقاء الملك دون الاسترباح كنفقه العبد و كسوته و علف الدابه فلا تدخل فيه انتهى

قوله (و مفهوم روايه خالد بن الحجاج الكرخي)

و زاد الشيخ فى التهذيب بعد ما فى المتن من قوله (ع) كما اشترت قوله (ع) و ليس لك ان تدفع قبل ان تقبض قلت فاذا قبضته جعلت فداك فلى ان ادفعه بكيله قال لا بأس بذلك اذا رضوا و فى الفقيه خالد بن حجاج الكرخي عن ابى عبد الله (ع) مثله و زاد قال و قلت له اشترى الطعام من الرجل و ابيعه من رجل اخر قبل ان اكتاله فاقول ابعث و كيلك حتى يشهد كيله اذا قبضته قال لا بأس

قوله و مصححه على بن جعفر عن اخيه)

فى التهذيب و سأل على بن جعفر اخاه موسى بن جعفر عليهما السلام عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل ان يقبضه قال اذا ربح لم يصلح حتى يقبض و ان كان توليه فلا بأس و سألته عن الرجل يشتري الطعام أ يحل له ان يولى منه قبل ان يقبضه قال اذا لم يربح عليه شىء فلا بأس فان

ربح فلا يصلح حتى يقبضه و كلام المصنّف ره حيث يقول و فى معناها روايته الاخرى إشاره الى ما نقلناه من الزيادة

قوله (و المشهور بين المتأخرين فالكراهه لروايات صارفه

هذا هو الأقوى ثم أنه لا بدّ من التنبية على امر و هو تعيين حكم بيع المواضعه و المساومه قبل القبض فعلى القول بالكراهه قال فى الجواهر بعد اختيارها أنه قد يقوى فى النفس خفّه الكراهه فيها بالنسبه الى التولية اذ الظاهر أنّ المراد من التّصوص أنه مع البيع مرابحه ينبغى الكيل و الوزن و عدم الاكتفاء بالاخبار كما هو المناسب لاخذ الرّبح و دفعه أمّا اذا لم يكن فيه ربح فاللائق اخذه منه كما اشتراه بالاخبار و نحوه و لا ينبغى مدأقته لعدم حصول ربح له فلا ريب فى اولويّه المواضعه ح فلاحظ التّصوص و تأمل ما ذكرناه تجده واضحا انتهى و هو حسن و على القول بالحرمة فيختلف مفاد الاخبار المذكوره فصحيح على بن جعفر ادار المنع مدار الرّبح و مفهومه جواز التولية و المساومه و المواضعه لعدم الرّبح فى شىء منها فيقتد به ما دلّ من الاخبار المذكوره على المنع الّا فى التولية و المناقشه بأنّ المفهوم لا يقاوم المنطوق لأنّه اضعف ظهورا ممنوعه بما ثبت فى محلّه من أنّ دلالة المفهوم لا يقصر عن دلالة المنطوق و روايه ابى بصير الآتيه تدلّ على الجواز فى خصوص التولية و على المنع عن المواضعه أيضا الّا أنّها ضعيفه السند جدّا لا تقاوم مفهوم الصّحيحه فتأمل

قوله (و هو اولى من حمل تلك الاخبار على الكراهه)

و فيه أنّ شمول اطلاق هذه الاخبار لغير التولية اظهر من ظهور الاخبار المشتمله على التّهى فى الحرمة فكيف بالاخبار المشتمله على كلمه لا يصلح و نحوها و يشهد لحملها على الكراهه خبر ابى بصير الآتى

قوله (و هو قول الشيخ فى ط مدّعا عليه الاجماع)

عن ط اذا ابتاع شيئا و اراد يبعه قبل قبضه فان كان طعاما لم يجوز له يبعه حتى يقبضه اجماعا و اما غير الطّعام من سائر الاموال فأنّه يجوز يبعه قبل القبض ه

قوله (كما يظهر من الاستدلال فى التذكرة للمانعين)

لكن من الواضح أنّ هذا الدليل الاعتبارى لا يقاوم اطلاق التّصوص و فتاوى المانعين

قوله (ثمّ أنّ ظاهر اكثر الاخبار المتقدّمه المانعه)

فانّ التّهى فيها راجع الى نفس البيع كبيع المجهول و نحوه و التّهى على تقدير دلالة على الحرمة متعلّق بمصلحه لا تتمّ الّا ببطلان البيع

قوله (الّا أنّ المحكى عن المختلف)

قد احتجّ لذلك بما تقرّر عندهم في الاصول من عدم اقتضاء النهى في المعاملات الفساد و فيه أنّ الامر كذلك اذا لم يكن
النهى للارشاد الى الفساد كما هو الشائع فيها

قوله (فى شرح قول المصنّف قدّس سرّه و لو احوال)

و سيجى ء من المصنّف قدّس سرّه نقل عباره الشّرح فى اواخر الامر الثالث

قوله (و يؤيّدّه تعليل المنع فى طرف المبيع)

و لكن من الواضح أنّ الحكم بتوقّف جواز بيع المكيل و الموزون على القبض على خلاف الاصل و العمومات فيقتصر فيه على مورد النصّ و هو المبيع

قوله (و اقبضه لنفسك جرى فيه الخلاف فى بيع ما لم يقبض)

لا يخفى أنّ الظاهر كون مفروض البحث و الخلاف هو ما لو قال اقبضه لنفسك كما هو صريح عباره المذكوره فى المتن و امّا لو قال اقبضه لى ثم اقبضه لنفسك و فعل كذلك فلا اشكال فى الصحّه الا بناء على عدم جواز تولّى طرفى القبض و الاقرب جوازه كما سيجى ء

قوله (لكن يرد على ما ذكره الشّهيد

قد ذكر هذا الايراد صاحب الجواهر حيث يقول أنّ ما ذكره الشّهيد ره لو سلّم فأنّما هو فى الفرد الذى يتشخص بالدفع و القبض امّا الذى يتشخص بعقد الحواله كما فى المقام فقد يمنع صدق اسم السلم عليه اذ هى عقد مستقلّ يحصل به ملك ما فى الذمه و لا ينصبّ عقد السلم عليه انتهى

قوله (و المسأله تحتاج الى فضل تتبع)

لا اشكال فى أنّ المنهى عنه هو بيع المكيل و الموزون قبل قبضه و صدق ذلك على مفروض المسأله سواء كانت بعنوان الوكاله او الحواله و سواء كانت الحواله استيفاء او معاوضه مستقلّه محلّ منع لما عرفت من أنّ الاقتصار فى مخالفه الاصل على المتيقّن هو المتعيّن لعدم لحوق حكم حرمة البيع او كراهته للمقام لا يخلو عن قوه نعم ربما التزم المحقّق و الشّهيد الثّانين بالكراهه فى المسأله لا من باب اللاحاق بمسأله البيع قبل القبض بل خروجا عن شبهه خلاف الشّيخ و غيره و تحرّزا عن الشبهه و لا بأس به و الاحتياط حسن على كلّ حال

قوله (ذكر جماعه أنّه لو دفع الى من له عليه طعام الخ)

بل عن الحدائق نسبتبه الى الاصحاب و فى الجواهر عدم وجدان الخلاف فيه و لو لا عدم الخلاف ظاهرا لمنعنا التعليل لعدم الصحّه فى المقام بما ذكر من الوجه بما ذكرنا فى بيع الفضولى لنفسه من أنّ حقيقه البيع هو تبديل مال بمال و تمليك احدهما بالآخر فلا- يعتبر فى حقيقه المعاوضه تعيين من انتقل منه و إليه و دخول احد العوضين فى ملك من انتقل عنه الاخر فإنّ ذلك

ليس من مقومات الانشاء او العوضين و لكن اتفاق كلمتهم يوجب الاقتصار على المتيقن من اطلاق ادله البيع و الرجوع الى
اصاله عدم الانتقال الا اذا علم بانتقال احد العوضين الى غير مالكة قبل

المعاوضه او بانتقال العوض الاخر إليه بعدها

[مسأله لو كان له طعامٌ على غيره فطالبه به في غير مكان حدوثه في ذمته]

قوله (فلا اشكال في عدم وجوب ادائه في ذلك البلد)

و في الجواهر عدم وجدان الخلاف في هذا و لكن عن جامع المقاصد أنه قال و يشكل بأنه ربما لم يكن مریدا الى بلد السلف او ان المسلم فيه لا يوثق بعوده إليه و الظفر به هناك بل ربما يكون قد هرب من المسلم فلم يظفر به الا بعد مدّه فيكون منعه من مطالبته مفضيا الى ذهاب حقه ابدأ و طريقا الى مدافعه الغريم عن اداء الحق دائما و ذلك ضرر يتبين مع كون الدين حالما و الاستحقاق له ثابتا الى ان قال و التحقيق ان يقال له المطالبه به ان كان في موضع المطالبه مثل بلد السلف او ادون و ان كان اكثر فله المطالبه بقيمه بلد السلم لتعذر المثل و لو اتاه برهن او ضميين و تهيئا للمسير مع أول رفقه فالظاهر عدم وجوب الصبر لما فيه من الضرر و تاخير الدين الحال المستحق انتهى و التحقيق انصراف الاطلاق الى بلد العقد و هو كالشروط الضمني الا ان تكون هناك قرنيه على خلاف ذلك سواء كانت قيمه في موضع المطالبه مثل بلد السلف او ادون او كانت اكثر و لو علم ان المديون لا يرجع الى بلد العقد او أنه لا يظفر به هناك او ان الحق يفوت بالتأخير يرفع امره الى الحاكم و كون قيمه مساويه او ادون لا يجوز المطالبه في غير بلد السلف لجواز ان يكون المديون قادرا على عين الحق في بلد التسليم عاجزا عنها في غيره و ان كان انقص قيمه فكيف يحكم بجواز المطالبه مع أنه ضرر عليه و مخالف لما اقتضاه الاطلاق و اما جواز المطالبه بقيمه بلد السلم على تقدير ان تكون في بلد المطالبه اكثر ففيه ما افاده في الجواهر من أنا لو قلنا أنه يجب عليه في ذلك اليوم التسليم في العراق و هو متعذر فالمتجه فيه السقوط لقبح التكليف بما لا يطاق و يبقى خطاب الوضع و هو ثبوت الدين لا أنه ينتقل الى قيمه قياسا على تعذر المسلم فيه في بلد السلم بعد بطلان القياس عندنا انتهى بل الانتقال الى قيمه انما هو بتعذر المثل و مجرد زياده القيمه لا يعد منه فالمتجه ما ذكره الاصحاب من دون اشكال

قوله (و لو طالبه في ذلك البلد بقيمته في بلد وجوب التسليم)

اختلفوا في هذه المسأله على اقوال ثلاثه الاوّل ما نقله عن الشيخ من عدم الجواز و هو مختار جماعه الثاني الجواز مع الكراهه و عليه جماعه اخرى منهم المحقق في الشرائع بناء على مختارهم في بيع المكيل و الموزون قبل قبضه و هذا أيضا بناء على إرادته بيع ما في ذمته بالقيمه او إرادته مطلق الاستبدال عن البيع المنهى عنه كما هو ظاهر عنوان القيمه الثالث الجواز

من غير حرمه ولا كراهه و عن الحدائق أنه المشهور بين المتأخرين و استدلوا عليه بجملة من النصوص منها مرسل ابن ابي عمير الذي هو كالصحيح المروي في كافي و التهذيب عن ابان عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله (ع) في الرجل يسلف الدراهم في الطعام الى اجل فيحل الطعام فيقول ليس عندي طعام و لكن انظر ما قيمته فخذ مني ثمنه قال لا بأس بذلك و منها صحيح العيص بن القاسم المروي في كافي و الفقيه و التهذيب عن ابي عبد الله (ع) قال سألته عن رجل اسلف رجلا دراهم بحنطه حتى اذا حضر الاجل لم يكن عنده طعام و وجد عنده دوابا و رقيقا و متاعا أ يحل له ان يأخذ من عروضه تلك بطعامه قال نعم يسمى كذا و كذا بكذا صاعا و في دلالة على الجواز اذا ارادوا دفع القيمة بعنوان الاستيفاء منع لأن الصيحيحة صريحه في التسميه على وجه المعاوضه و التوجيه بأنه لما كانت القيمة عروضاً لا دراهم فلا بد من تشخيصها في مقابلة الطلب الذي له فيحصل بذلك استيفاء حقه كما ترى و منها خبر ابن فضال المروي في كافي و التهذيب قال كتبت الى ابي الحسن (ع) الرجل يسلفني في الطعام فيجيء الوقت و ليس عندي طعام اعطيه بقيمته دراهم قال نعم و منها المروي في يب عن الصفار عن محمد بن عيسى عن علي بن محمد و قد سمعته عن علي قال كتبت إليه رجل له على رجل تمر او حنطه او شعير او قطن فلما تقاضاه قال خذ بمالك عندي دراهم يجوز ذلك له أم لا- فكتب (ع) يجوز ذلك عن تراض منهما إن شاء الله لكن هذه الاخبار لا دلالة فيها على جواز مطالبته القيمة و دفعها بعنوان الايفاء و قد علمت أنه لا وجه لجواز مطالبه الطعام في غير بلد الاستحقاق حتى يكون تعذره مثلاً- موجبا للانتقال الى البدل و على فرض التسليم ينتقل الى المثل لا القيمة على أن خبر علي بن جعفر (ع) عن اخيه موسى بن جعفر (ع) الذي رواه الحميري و الشيخ في يب يدل على المنع ففيه قال سألته عن رجل له على اخر تمر او شعير او حنطه أ يأخذ بقيمته دراهم قال اذا قومه دراهم فسد لأن الاصل الذي يشتري دراهم فلا تصلح دراهم بدراهم فالقول الذي لا محيص عنه أن دفع قيمه بلد الاستحقاق في غيره ان كان بعنوان الايفاء فالظاهر عدم الجواز و ان كان بعنوان البيع على وجه التراضي كان جائزا على كراهه

قوله (و أما اذا لم يرض المسلم إليه)

الظاهر عدم جواز الاجبار لأن الواجب في ذمته هو الطعام و هو ما يستحقه المسلم و لم يثبت

جواز المطالبة في غير بلد العقد و على تقدير جوازها لا وجه لمطالبه القيمة من دون فرق بين تقصير المسلم إليه و عدمه و القيمة لم تكن موردا للعقد و لم يتم دليل على استحقاقها و ما ذكره من التعليلات لا يفيد الوجوب و بالجمله لا وجه لجواز مطالبه الطعام او القيمة سواء كانت مساويه لقيمة بلد الاستحقاق او ادون او اكثر

قوله (الثانيه ان يكون ما عليه قرضا)

لا- اشكال في أنه اذا اشترط الاداء في بلد التسليم او غيره لزم الوفاء به و محلّ البحث هو جواز المطالبة بالمثل او القيمة في غير بلد القرض من غير تقييد و اقتضاء الاطلاق دفعه في ذلك البلد و فيه اقوال الاول ما حكاه عن لف من أنه يجب على المديون دفع المثل عند المطالبة فان تعذر فالقيمة بسعر بلد القرض الثاني ما عن المبسوط و التذكرة من أنه لا يجبر على دفع الطعام و إنما يجبر على دفع قيمته بسعر بلد القرض الثالث ما عن جماعه منهم ما عن الارشاد و المسالك من عدم وجوب دفع شىء من المثل او القيمة نعم يجوز المطالبة بالدفع في بلد القرض و يجوز الاجبار عليه و هذا هو الذى اختاره

قوله (خلافًا للمحكى عن المختلف و قواه جامع المقاصد هنا)

و استدلل له بالموثوق عن سماعه عن ابي عبد الله (ع) قال سألته عن رجل لى عليه مال فغاب عني زمانا فرأيتة يطوف حول الكعبه فاتقاضاه قال قال لا تسلّم عليه و لا تردعه حتى يخرج من الحرم محلّ التسليم و ترك الاستفصال بين ان محلّ التسليم هل كان هو الحرم او مكان آخر و بين ان المال هل كان من القرض او من غيره يفيد العموم و لا يخفى عدم دلالة الروايه على المطلوب اذ الكلام في جواز المطالبة بالتسليم في غير بلد التسليم لا في جواز المطالبة في غير بلد التسليم بالتسليم في بلد التسليم اذ لا اشكال في جواز ذلك و الروايه ساكته من هذه الجهة اذ غايه ما تدلّ عليه المنع من المطالبة في الحرم و جوازها في خارجه اما دلالتها على جواز المطالبة بالتسليم في موضع المطالبة فمنفيّه و قد استدلل له أيضا بانّ اطلاق القرض ليس كاطلاق عقد البيع في الانصراف الى بلد الحدوث نعم اذا اشترط الاداء في بلد القرض ليس له المطالبة في غيره و فيه منع ظاهر

قوله (و فيه تأمل فتأمل)

لعلّ وجهه انّ بعد ما جوّز مطالبه المثل في غير بلد القرض فالذمه مشغوله بالمثل هناك و اللّازم عند الانتقال الى القيمة هي قيمه موضع الانتقال إليها لا هي موضع حدوث اشتغال الذمه و سيصرّح المصنّف بمثل هذا في المسأله الثالثه

قوله (و ظاهر بعض عدم جواز المطالبه)

هو العلامه فى الارشاد و الشهد الثانى فى المسالك و جمع من المتأخرين

قوله (تسليم المثل الى مضى زمان فتأمل)

الظاهر أنه إشاره الى ما تقدم منه قدس سره فى وجه جواز المطالبه بقيمه بلد الاستحقاق و هو لزوم الاضرار

قوله (الثالثه ان يكون الاستقرار من جهه الغصب)

فى المسأله اقوال الامول ما حكاه عن الشيخ و القاضى الثانى جواز المطالبه بالمثل و مع تعذره فى بلد المطالبه لزم قيمه ذلك البلد وقت الدفع و عليه جماعه من الاصحاب و هو الاقوى اميا اصل الجواز فلان الاستقرار كان بالعدوان من دون رضا حتى يمكن ان يقال بانصراف ثبوت الحق الى مكان مخصوص مضافا الى ان الغاصب مأخوذ بأسوأ الاحوال و اميا ثبوت قيمه المذكوره مع اعواز المثل فلما سبق من عدم سقوط المثل عن الذمه بمجرد التعذر بل هو باق فيها الى وقت الاداء و اداء قيمه انما يكون بدلا عنه الثالث ما اختاره فى المختلف و هو جواز مطالبه الغاصب بالمثل و مع تعذره بقيمه بلد الغصب لانه غصب هناك ثم احتمل بقيمه بلد المطالبه و الجواب ان المفروض تجويزه مطالبه المثل فى غير بلد الغصب فالذمه مشغوله به فى اى مكان كان الى وقت اداء قيمه بدلا عنه لتعذره و بعبارة اخرى تعذر المثل سبب لاداء بدله و هو قيمه فكيف يمكن التفكيك بينهما و الله تعالى هو العالم و هنا نقطع الكلام حامدين لله تعالى على الاتمام و الصلاه و السلام على «النبي محمد خير الانام و آله الساده البرره الكرام» قد تم تحرير هذا الكتاب بيد اقل العباد و المحتاج الى رحمه «ربه الغنى الوهاب السيد على بن السيد حسين الصالحى» و الحمد لله أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا»

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

