



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية
عليه السلام

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

تأليف
أستاذ الأقسام العربية
الأخوندادج محمد كاظم آشتيآساني
مدرس مؤرخ

تأليف

أستاذ الأقسام العربية

الأخوندادج محمد كاظم آشتيآساني
مدرس مؤرخ

تأليف

أستاذ الأقسام العربية
الأخوندادج محمد كاظم آشتيآساني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

حاشيه كتاب المكاسب

كاتب:

مرتضى انصارى (اعظم انصارى)

نشرت فى الطباعة:

وزاره الثقافه و الارشاد الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائميه باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٩	حاشيه كتاب المكاسب
١٩	اشاره
١٩	[مقدمه التحقيق]
٢٢	١- كتاب البيع
٢٢	اشاره
٢٢	[فى تعريف البيع]
٢٢	اشاره
٢٥	[استعماله فى معان آخر]
٢٧	[فى أن العقود حقيقه فى الصحيح]
٢٨	[فى المعاطاه]
٢٨	اشاره
٣٢	[فى لزوم المعاطاه و عدمه]
٣٤	[و ينبغى التنبيه على أمور]
٣٤	[الأول فى أن المعاطاه بيع]
٣٤	[الأمر الثانى فى المتيقن من موارد المعاطاه]
٣٤	[الأمر الثالث تمييز البائع من المشتري]
٣٧	[الرابع أن أصل المعاطاه و هو إعطاء كل منهما الآخر ماله يتصور على وجوه]
٣٧	اشاره
٣٧	[فى مفاد الإباحه المعوضه]
٣٩	[الخامس فى حكم جريان المعاطاه فى غير البيع]
٤٠	[السادس فى ملزمات بيع المعاطاه]
٤٤	[السابع إن الشهيد الثانى فى المسالك ذكر وجهين فى صيروره المعاطاه بيعا بعد التلف]
٤٤	[الثامن لا إشكال فى تحقق المعاطاه بما إذا تحقق الإنشاء بالفعل]

- ٤٤ اشاره
- ٤٥ [مقدمه في خصوص ألفاظ عقد البيع]
- ٤٥ اشاره
- ٤٦ [مسألة الأشهر لزوم تقديم الإيجاب على القبول]
- ٤٧ [أو من جملة شروط العقد الموالاه بين إيجابه و قبوله]
- ٤٧ [أو من جملة الشرائط التي ذكرها جماعه التنجيز في العقد]
- ٤٨ [أو من جملة شروط العقد التطابق]
- ٤٨ [أو من جملة الشروط في العقد أن يقع كل من إيجابه و قبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الإنشاء]
- ٤٨ [أفرع لو اختلف المتعاقدان في شروط الصيغه]
- ٤٩ [مسألة في أحكام المقبوض بالعقد الفاسد]
- ٤٩ [أحدها الضمان]
- ٤٩ [أقاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده]
- ٤٩ اشاره
- ٥٢ [في عكس هذه القاعدة]
- ٥٢ [الثاني من الأمور المتفرعه على المقبوض بالعقد الفاسد وجوب رده فوراً]
- ٥٣ [الثالث في ضمان المنافع المستوفاه]
- ٥٣ [الرابع في بيان ضمان المثلى]
- ٥٥ [الخامس لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل]
- ٥٥ [السادس لو تعدّر المثل في المثلى]
- ٥٥ [أفرع لو دفع القيمة في المثل المتعدّر مثله، ثم تمكّن]
- ٥٦ اشاره
- ٥٨ [أبقى الكلام في أنه هل يعد من تعدّر المثل خروجه عن القيمة]
- ٦٠ [السابع لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً]
- ٦٠ اشاره
- ٦١ [تحقيق حول صحيحه أبي وئاد]
- ٦٥ [الكلام في شروط المتعاقدين]

- ٦٥ [مسأله المشهور بطلان عقد الصبي]
- ٦٧ [منها قصدهما لمدلول العقد]
- ٦٧ اشاره
- ٦٧ [فى اعتبار تعيين الموجب و القابل للبائع و المشتري]
- ٦٨ [فيما يتعلق بعقد المكره]
- ٦٨ اشاره
- ٧٠ [فروع لو أكرهه على بيع واحد غير معين من عبيد فباعهما]
- ٧١ [أبقى الكلام فى أن الرضا المتأخر ناقل أو كاشف]
- ٧١ [فيما يتعلق بعقد العبد]
- ٧٢ [القول فى العقد الفضولى]
- ٧٢ اشاره
- ٧٣ [المسأله الأولى أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع للمالك]
- ٧٤ [المسأله الثانيه فى ما لو سبق المنع من المالك]
- ٧٤ [المسأله الثالثه فى بيع الفضولى لنفسه]
- ٧٧ [أبقى هنا أمران]
- ٧٧ [الأول أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولى بين كون مال الغير عيناً أو ديناً أو فى الذمه]
- ٧٨ [الثانى الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولى بين البيع العقدى و المعاطاه]
- ٧٨ [القول فى الإجازة و الرد]
- ٧٨ [الكلام فى الإجازة]
- ٧٨ [أما حكمها]
- ٨٥ [أو ينبغى التنبيه على أمور لبيان شرطها]
- ٨٥ [الأول أنّ الخلاف فى كون الإجازة كاشفه ليس فى مفهومها اللغوى]
- ٨٥ [الثانى أنه يشترط فى الإجازة ان يكون باللفظ الدال عليه]
- ٨٦ [الثالث من شروط الإجازة ان لا يسبقها الرد]
- ٨٧ [الرابع الإجازة أتر من آثار سلطنه المالك على ماله]
- ٨٨ [الخامس إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن]

- ٩٠ [السّادس الإجازة ليست على الفور]
- ٩٠ [السّابع هل يعتبر في صحه الإجازة مطابقتها للعقد الواقع أم لا]
- ٩١ [أو أمّا القول في المجيز]
- ٩١ [الأول يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف]
- ٩١ [الثالث لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد]
- ٩١ [المسألة الثانيه في من باع شيئا ثم ملك]
- ٩٣ [المسألة الثالثه ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف]
- ٩٤ [أو أمّا القول في المجاز]
- ٩٤ [الأول يشترط كونه جامعا لجميع الشروط المعتمره في تأثيره عدا رضا المالك]
- ٩٤ [الثاني هل يشترط في المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل]
- ٩٥ [الثالث المجاز إمّا العقد الواقع على نفس مال الغير و إمّا العقد الواقع على عوضه]
- ٩٧ [مسألة في أحكام الرد]
- ٩٧ اشاره
- ٩٩ [أبقى الكلام في التصرفات غير المنافيه لملك المشتري]
- ٩٩ [مسألة لو لم يجز المالك فله انتزاع المبيع ممن وجده في يده]
- ٩٩ [المسألة الأولى أن المشتري يرجع بالثمن على الفضولي]
- ١٠٠ [المسألة الثانيه إذا اغترم المشتري للمالك غير الثمن]
- ١٠٠ اشاره
- ١٠٢ [في توارد الأيادي على غير واحد]
- ١٠٥ [مسألة لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه]
- ١٠٧ [مسألة لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار]
- ١٠٩ [مسألة لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله]
- ١٠٩ [مسألة يجوز للأب و الجد أن يتصرفا في مال الطفل]
- ١١٢ [في ولايه الفقيه]
- ١١٦ [مسألة في ولايه عدول المؤمنين]
- ١١٩ [مسألة يشترط في من ينتقل إليه العبد المسلم أن يكون مسلما]

- ١٢٣ [القول فى شرائط العوضين]
- ١٢٣ [يشترط فى كلّ منهما كونه متموّلاً]
- ١٢٣ اشاره
- ١٢٤ [الكلام فى أحكام الأرضين]
- ١٢٤ [أو اعلم أنه ذكر الفاضلان فى فى شروط العوضين بعد الملكيه كونه طلقاً]
- ١٢٤ اشاره
- ١٢٧ [مسأله لا يجوز بيع الوقف إجماعاً]
- ١٢٧ اشاره
- ١٢٩ [افعلم أن الكلام فى جواز بيع الوقف يقع فى صور]
- ١٢٩ [الأولى أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه]
- ١٣١ [الصوره الثانيه أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به]
- ١٣١ [الصوره الرابعه أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف عليه]
- ١٣٢ [الصوره السادسه أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجه]
- ١٣٣ [الصوره العاشره أن يلزم فساد تستباح منه الأنفس]
- ١٣٤ [أو أمّا الوقف المنقطع]
- ١٣٤ [مسأله و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً صيروره المملوكه أم ولد لسيدها]
- ١٣٤ اشاره
- ١٣٧ [أمّا المواضع القابله للاستثناء]
- ١٣٧ [القسم الأول إذا تعلق بها حق للغير أولى من الاستيلاء]
- ١٣٧ [منها ما إذا كان على موليه دين و لم يكن له ما يؤدى هذا الدين]
- ١٣٩ [أو منها تعلق كفن مولاها بها]
- ١٣٩ [أو منها إذا جنت على غير موليه فى حياته]
- ١٤٠ [أو منها إذا جنت على موليه بما يوجب صحه استرقاقها لو كان المجنى عليه غير المولى]
- ١٤٠ [أو منها ما إذا جنى حرّ عليها]
- ١٤٠ [أو منها ما إذا لحقت بدار الحرب]
- ١٤٢ [أو أمّا القسم الثانى و هو ما إذا عرض لها حق لنفسها أولى بالمراعه من الاستيلاء]

- ١٤٢ [منها إذا أسلمت و هي أمه ذمی]
- ١٤٢ [أو منها إذا مات قریبها و خلف تركه و لم يكن له وارث سواها]
- ١٤٢ [أو أما القسم الثالث و هو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاء]
- ١٤٢ [مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا]
- ١٤٤ [مسألة إذا جنى العبد عمدا فالأقوى صحه ببعه]
- ١٤٤ [مسألة إذا جنى العبد خطأ صح ببعه على المشهور]
- ١٤٥ [الثالث من شروط العوضيين القدره على التسليم]
- ١٤٥ اشاره
- ١٤٨ [مسألة لا يجوز بيع الآبق منفردا]
- ١٤٨ [مسألة يجوز بيع الآبق مع الضميمة فى الجملة]
- ١٤٩ [فى اشتراط عدم الغرر فى العوضين]
- ١٤٩ [مسألة العلم بمقدار المثلن كالمثلن شرط]
- ١٤٩ [مسألة فى تقدير المبيع بالمتعارف من الكيل أو الوزن]
- ١٤٩ اشاره
- ١٤٩ [أبقى الكلام فى تعيين المناط فى كون الشئ ء مكيلا أو موزونا]
- ١٥٠ [مسألة لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور]
- ١٥١ [مسألة فى بيع بعض من جملة متساويه الأجزاء]
- ١٥١ اشاره
- ١٥١ [مسألة لو باع صاعا من صبره]
- ١٥٣ [مسألة إذا شاهد عينا فى زمان سابق على العقد فهل يجوز بيعها]
- ١٥٣ اشاره
- ١٥٤ [أفرعان]
- ١٥٤ [الأول لو اختلفا فى التغير فادعاه المشتري]
- ١٥٤ [الثانى لو اختلفا فى تقدم التغير على البيع]
- ١٥٤ [فى اختبار الطعم و اللون فيما يختلف قيمه باعتبارها]
- ١٥٤ [مسألة يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون الاختبار إجماعا]

- المشهور جواز بيع المسك في فأره] ١٥٨
- مسأله لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه] ١٥٨
- مسأله يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه] ١٥٨
- مسأله يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه] ١٦٠
- اتنبيهات كتاب البيع] ١٦٠
- في التفقه في التجارات] ١٦٠
- في بيان تلقي الركبان] ١٦١
- مسأله إذا دفع إنسان إلى غيره مالا ليصرفه في قبيل يكون المدفوع إليه منهم] ١٦١
- في الاحتكار] ١٦٢
- ٢- كتاب الخيارات ١٦٤
- اشاره ١٦٤
- مقدمتان] ١٦٤
- الثانيه في أصاله اللزوم في البيع و الاستثناء منه] ١٦٤
- القول في أقسام الخيار] ١٧٣
- الأول في خيار المجلس] ١٧٣
- مسأله لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا أصيلين و لا في ثبوته للوكيلين في الجملة] ١٧٣
- مسأله لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره] ١٧٨
- مسأله قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار] ١٧٩
- منها من ينعق على أحد المتبايعين] ١٧٩
- أو منها العبد المسلم المشتري من الكافر] ١٨١
- أو منها شراء العبد نفسه بناء على جوازه] ١٨٢
- مسأله لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع] ١٨٢
- القول في مسقطات الخيار] ١٨٢
- مسأله لا خلاف في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد] ١٨٢
- اشاره ١٨٢
- أفرع لو نذر المولى أن يعتق عبده] ١٨٩

- ١٨٩ [مسأله و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد]
- ١٨٩ اشاره
- ١٩١ [مسأله لو قال أحدهما لصاحبه اختر]
- ١٩١ [مسأله و من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين]
- ١٩١ اشاره
- ١٩٣ [مسأله لو أكره أحدهما على التفرق و منع عن التخاير]
- ١٩٣ اشاره
- ١٩٤ [مسأله لو زال الإكراه]
- ١٩٥ [الثانى خيار الحيوان]
- ١٩٥ اشاره
- ١٩٥ [مسأله المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري]
- ١٩٧ [مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]
- ١٩٨ [مسأله يسقط هذا الخيار بأمور]
- ١٩٨ [أحدها اشتراط سقوطه فى العقد]
- ١٩٨ [أو الثالث التصرف]
- ٢٠٠ [الثالث خيار الشرط]
- ٢٠٠ [مسأله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه]
- ٢٠٠ [مسأله لا فرق فى بطلان العقد بين ذكر المده المجهوله و بين عدم ذكر المده أصلا]
- ٢٠٠ [مسأله يصح جعل الخيار لأجنبى]
- ٢٠١ [مسأله من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع و يقال له بيع الخيار]
- ٢٠١ [الأول إن اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على وجوه]
- ٢٠٢ [الأمر الثانى الثمن المشروط رده إما أن يكون فى الذمه و إما أن يكون معيناً]
- ٢٠٢ [الأمر الثالث لا يكفى مجرد الرد فى الفسخ]
- ٢٠٣ [الأمر الرابع يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد]
- ٢٠٤ [الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري]
- ٢٠٤ [الأمر السادس لا إشكال فى قدره على الفسخ برد الثمن]

- ٢٠٥ [الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد المثلثين]
- ٢٠٥ [مسأله لا إشكال فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع]
- ٢٠٦ [الرابع خيار الغبن]
- ٢٠٦ اشاره
- ٢٠٧ [مسأله يشترط فى هذا الخيار أمران]
- ٢٠٧ [الأول عدم علم المغبون بالقيمه]
- ٢٠٧ [الأمر الثانى كون التفاوت فاحشا]
- ٢١٠ [مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى]
- ٢١٢ [مسأله يسقط هذا الخيار بأمر]
- ٢١٢ [أحدها إسقاطه بعد العقد]
- ٢١٣ [الثالث تصرف المغبون بعد علمه بالغبن بأحد التصرفات المسقطه للخيارات]
- ٢١٤ [الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك]
- ٢١٦ [أثنا تصرف الغابن]
- ٢٢١ [بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن]
- ٢٢٢ [مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه ماليه]
- ٢٢٢ [مسأله اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى]
- ٢٢٥ [الخامس خيار التأخير]
- ٢٢٥ اشاره
- ٢٢٦ [ثم أنه يشترط فى هذا الخيار أمور]
- ٢٢٦ [أحدها عدم قبض المبيع]
- ٢٢٧ [الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا أو شبهه]
- ٢٢٧ [يسقط هذا الخيار بأمر]
- ٢٢٧ [أحدها إسقاطه بعد الثلاثه]
- ٢٢٨ [الثانى اشتراط سقوطه فى متن العقد]
- ٢٢٨ [الثالث بذل المشتري للثمن بعد الثلاثه]
- ٢٢٨ [الرابع أخذ الثمن من المشتري]

- ٢٢٩ [مسأله في كون هذا الخيار على الفور أم لا قولان]
- ٢٢٩ [مسأله لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع]
- ٢٢٩ [مسأله لو اشترى ما يفسد من يومه]
- ٢٣٠ السادس خيار الرؤيه
- ٢٣٠ اشاره
- ٢٣٠ [مسأله مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه الغائبه]
- ٢٣٢ [مسأله الأكثر على أن الخيار عند الرؤيه فوري]
- ٢٣٢ [مسأله يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفا و بإسقاطه بعد الرؤيه و بالتصرف بعدها]
- ٢٣٣ [مسأله لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت]
- ٢٣٣ [مسأله لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه و قال المشتري قد اختلف]
- ٢٣٤ [السابع خيار العيب]
- ٢٣٤ اشاره
- ٢٣٤ [مسأله ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش]
- ٢٣٧ [القول في مسقطات هذا الخيار بطرفيه أو أحدهما]
- ٢٣٧ [مسأله يسقط الرد خاصه بأمور]
- ٢٣٧ [الثاني التصرف في المعيب]
- ٢٣٩ [الثالث تلف العين أو سيورته كالتالف]
- ٢٣٩ اشاره
- ٢٣٩ [أفرع لا خلاف نسا و فتوى في أن وطء الجار يهتبه عن ردها بالعيب]
- ٢٤٢ [الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشتري]
- ٢٤٢ اشاره
- ٢٤٤ [تنبيه أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقه على البائع]
- ٢٤٧ [مسأله يسقط الأرش دون الرد في موضعين]
- ٢٤٧ [أحدهما إذا اشترى ربويا بجنسه]
- ٢٤٧ [مسأله يسقط الرد و الأرش معا بأمور]
- ٢٤٧ [أحدها العلم بالعيب قبل العقد]

- ٢٤٨ [الثانى تبرى البائع عن العيوب]
- ٢٤٩ [ثم إن هنا أمورا يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الأرش بها]
- ٢٤٩ [امنها زوال العيب قبل العلم به]
- ٢٥٠ [أو منها التصرف بعد العلم بالعيب]
- ٢٥٠ [أو منها التصرف فى المعيب الذى لم ينقص قيمته بالعيب]
- ٢٥٠ [أو منها ثبوت أحد مانعى الرد فى المعيب الذى لا يجوز أخذ الأرش فيه]
- ٢٥٢ [مسأله من باع شيئا فيه عيب لم يبينه فعل محظورا و كان المشتري بالخيار]
- ٢٥٢ [مسائل فى اختلاف المتبايعين]
- ٢٥٢ [أما الأول فى موجب الخيار]
- ٢٥٢ [الثالثه لو اختلفا فى حدوث العيب فى ضمان البائع أو تأخره عن ذلك]
- ٢٥٢ [اشاره]
- ٢٥٤ [أفرع لو باع الوكيل فوجد به المشتري عيبا يوجب الرد رده على الموكل]
- ٢٥٤ [الرابعه لو رد سلعه بالعيب فأنكر البائع أنها سلعته قدم قول البائع]
- ٢٥٤ [أو أما الثانى و هو الاختلاف فى المسقط]
- ٢٥٤ [الثالثه لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه فادعى البائع حدوثه عند المشتري و المشتري سبقه]
- ٢٥٥ [الرابعه لو اختلف فى البراءه قدم منكرها فيثبت الخيار]
- ٢٥٥ [أو أما الثالث و هو الاختلاف فى الفسخ]
- ٢٥٥ [الأولى لو اختلفا فى الفسخ]
- ٢٥٦ [الثانيه لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت]
- ٢٥٧ [الثالثه لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بغيريته]
- ٢٥٧ [القول فى ماهيه العيب]
- ٢٥٨ [القول فى الأرش]
- ٢٥٨ [اشاره]
- ٢٦١ [مسأله يعرف الأرش بمعرفه قيمتى الصحيح و المعيب ليعرف التفاوت بينهما]
- ٢٦١ [مسأله لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بينه الأقل و بينه الأكثر و القرعه]
- ٢٦٢ [القول فى الشروط التى يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها]

- ٢٦٢ اشارة
- ٢٦٣ [الكلام فى شروط صحه الشرط]
- ٢٦٣ [أحدها أن يكون داخلا تحت قدره المكلف]
- ٢٦٤ [الثالث ان يكون ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء]
- ٢٦٤ [الرابع أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنه]
- ٢٦٨ [الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد]
- ٢٦٩ [الشرط السادس أن لا يكون الشرط مجهولا جهاله توجب الغرر فى البيع]
- ٢٧٠ [الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال]
- ٢٧١ [الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد]
- ٢٧٢ [مسأله فى حكم الشرط الصحيح]
- ٢٧٢ اشارة
- ٢٧٢ [أو الكلام فيه يقع فى مسائل]
- ٢٧٢ [الأولى فى وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى]
- ٢٧٤ [الثانيه فى أنه لو قلنا بوجود الوفاء من حيث التكليف الشرعى فهل يجبر عليه لو امتنع]
- ٢٧٤ [الثالثه فى أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإيجاب]
- ٢٧٥ [الرابعه لو تعذر الشرط فليس للمشترط إلا الخيار]
- ٢٧٥ [الخامسه لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ]
- ٢٧٦ [السابعه قد عرفت أن الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن]
- ٢٧٧ [القول فى حكم الشرط الفاسد]
- ٢٧٧ [الأول أن الشرط الفاسد لا تأمل فى عدم وجوب الوفاء به]
- ٢٨٠ [الثالث لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظا و لم يذكر فى العقد فهل يبطل العقد بذلك]
- ٢٨١ [الكلام فى أحكام الخيار]
- ٢٨١ [الخيار موروث بأنواعه بلا خلاف بين الأصحاب]
- ٢٨١ اشارة
- ٢٨١ [بقى الكلام فى أن إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا]
- ٢٨٢ [مسأله فى كيفية استحقاق كل من الورثه للخيار مع أنه شىء واحد غير قابل للتجزيه و التقسيم وجوه]

- ٢٨٣ [فرع إذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ]
- ٢٨٤ [مسأله لو كان الخيار لأجنبي و مات]
- ٢٨٤ [مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار]
- ٢٨٤ اشاره
- ٢٨٥ [مسأله هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبله متصلا به]
- ٢٨٧ [فرع لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار له فقال أعتقهما]
- ٢٨٧ [مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ]
- ٢٨٧ اشاره
- ٢٨٨ [فرعان]
- ٢٨٨ [الثانى أنه هل يجوز إجاره العين فى زمان الخيار بدون إذن ذى الخيار]
- ٢٨٩ [مسأله المشهور أن المبيع يملك بالعقد و أثر الخيار تزلزل الملك]
- ٢٩١ [مسأله و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجملة]
- ٢٩٣ [مسأله قال فى القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين]
- ٢٩٤ [مسأله لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه]
- ٢٩٤ [القول فى النقد و النسيئه]
- ٢٩٤ [مسأله إطلاق العقد يقتضى النقد]
- ٢٩٥ [مسأله يجوز اشتراط تأجيل الثمن مده معينه]
- ٢٩٥ [مسأله لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا]
- ٢٩٦ [مسأله لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل و إن طولب]
- ٢٩٨ [مسأله إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل و جب على مالكة قبوله عند دفعه إليه]
- ٢٩٩ [مسأله إذا ابتاع عينا شخصيه بثمن مؤجل جاز بيعه قبل حلول الأجل و بعده]
- ٣٠١ [القول فى القبض]
- ٣٠١ [مسأله اختلفوا فى ماهيه القبض فى المنقول]
- ٣٠٢ [فرعان]
- ٣٠٢ [الأول لو باع دارا أو سفينه مشحونه بأمتعه البائع و مكنه منها كان قبضا]
- ٣٠٢ [الثانى لو كان المبيع مكيلا أو موزونا فلا يخلو إما أن يكون قد كيل قبل البيع أو وزن أو لا]

٣٠٣ [القول فى وجوب القبض]

٣٠٣ [مسأله يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحققه الآخر بالبيع]

٣٠٣ [مسأله يجب على البائع تفريغ المبيع من أمواله مطلقا و من غيرها فى الجملة]

٣٠٤ [مسأله لو امتنع البائع من التسليم فإن كان لحق فلا إثم]

٣٠٥ [الكلام فى أحكام القبض]

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

٣٠٧ [مسأله تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين فى جميع ما ذكر]

٣٠٧ [مسأله لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]

٣٠٨ [مسأله الأقوى حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه إلا توليه]

٣٠٨ اشاره

٣٠٩ [أو ينبغى التنبيه على أمور]

٣٠٩ [الأول أن ظاهر جماعه عدم لحوق الثمن بالمبيع فى هذا الحكم]

٣٠٩ [الثالث هل المراد من البيع المنهى إيقاع عقد البيع على ما لم يقبض]

٣١٠ [الرابع ذكر جماعه أنه لو دفع إلى من له عليه طعام دراهم و قال اشتر بها لنفسك طعاما لم يصح]

٣١١ تعريف مركز

سرشناسه: انصاری، مرتضی بن محمد امین، ق ۱۲۸۱ - ۱۲۱۴

عنوان قراردادی: [المکاسب. حاشیه]

عنوان و نام پدیدآور: حاشیه کتاب المکاسب / لمولفه محمد کاظم الاخوند الخراسانی؛ صحه و علق علیه مهدی شمس الدین

مشخصات نشر: [تهران]: وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق. = ۱۳۶۴.

مشخصات ظاهری: ص ۲۸۲

شابک: بها: ۶۰۰ ریال

یادداشت: کتابنامه به صورت زیر نویس

عنوان دیگر: المکاسب

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده: آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، ۱۳۲۹ - ۱۲۵۵ق. حاشیه نویسنده

شناسه افزوده: شمس الدین، محمد مهدی، ۱۹۳۱ - ، مصحح

شناسه افزوده: ایران. وزارت ارشاد اسلامی

رده بندی کنگره: ۱/۱۹۰/۱BP/الف ۱۸ م ۱۳۶۴۷۰۳۲

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی: م ۶۵-۱۳۵۳

ص: ۱

[مقدمه التحقیق]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، و الصلاة على سيدنا محمد و آله الطاهرين و لعنه الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين في كل أفق من آفاق العالم الإسلامي أسماء رجال معدودين، امتازوا بمواهب و عبقریات رفعتهم الى الأوج الأعلى من آفاق العلم و المعرفة.

و ثمه رجال ارتسمت أسماؤهم في كل أفق من تلك الآفاق، و هم قليلون للغاية، شذت بهم طبيعه هذا الكون.

و من تلك القلّة شيخنا و شيخ الكل، علامه الآفاق الآخوند الشيخ محمد كاظم الخراساني أعلى الله درجاته و أجزل أجره، و قد كرس - قدس الله نفسه - حياته طوال عمره لخدمه الدين و المذهب.

توجد ترجمته في كثير من التراجم المؤلّفه في عصره و من بعد مشفوعه بالاكبار و التبجيل و الإطراء، و قصارى قولهم فيه: انه جماع الفضائل و مختبؤ المآثر كلها، و قد سبر ترجمه (قدس سره) حفيده في كتاب مستقل فتصفح عن ترجمته صفحا.

و اما الكتاب الحاضر و هو «التعليقه على المكاسب» فهو من امتن التعاليق على الكتاب مع و جازتها، مشتمله على معظم كتاب البيع و الخيارات.

و حيث كانت النسخه المطبوعه من الكتاب مصحفه محرفه، فبذلت

الوسع فى تصحيح الكتاب و مقابله مع النسخه الاصيله بقلم مؤلفه و استخراج مصادر الروايات و كلمات الأصحاب و لم آل جهدا فى تنميته و تحقيقه حق التحقيق.

و من الواجب على أن أقدم ثنائى العاطر الى حفيد المؤلف الفاضل البارع الشيخ الكفائى فى بذله النسخه الأصيله للتحقيق، فجزاه الله عنى خير جزاء المحسنين و نرجو من العلماء الأفاضل الذين يراجعون الكتاب ان يتفضلوا علينا بما لديهم من النقد و تصحيح ما لعلنا وقعنا فيه من الأخطاء و الاشتباهات و الزلات.

و الحمد لله الذى هدانا لهذا، و ما كنا لنهتدى لو لا ان هدانا الله، و نستغفره مما وقع من خلل و حصل من زلل، و نعوذ من شرور أنفسنا و سيئات أعمالنا، و زلات أقدامنا و عثرات أقلامنا، فهو الهادى إلى الرّشاد، و الموفق للصواب و السداد، و السلام على من اتبع الهدى.

٦-٦-١٤٠٥ قم المشرفه السيد مهدي شمس الدين هذه تعليقه شريفه أنيقه، و حاشيه رشيقه، على مكاسب آيه الله فى الأنام، الشيخ مرتضى الانصارى طاب ثراه المتعلقه على مبحث البيع و ما بعده.

١- كتاب البيع

إشارة

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، و الصلاة و السلام على محمد سيد النبيين و آله، سادات الخلائق أجمعين، و لعنه الله على أعدائهم، إلى يوم الدين.

[فى تعريف البيع]

إشارة

قوله (ره): (مبادله مال بمال- إلخ-)

التعبير بالمبادله، لا يخلو عن مسامحه، و حقه ان يقال: تبديل مال بمال، فإنه فعل الواحد، لا اثنين، فافهم.

قوله (ره): (و اما عمل الحرّ، فان قلنا انه قبل المعاوضه- إلخ-)

لا إشكال انه من الأموال، بدهه أنّ حاله حال عمل العبد، فى كونه ممّا يرغب فيه، و يبدل بإزائه المال، و ان كان قبل المعاوضه، لا يكون ملكا، بخلاف عمل العبد، لأنّه ملك لسيدته بتبعه، و لا شبهه فى عدم اعتبار الملكيه قبلها، لوضوح جعل الكلى، عوضا فى البيع، مع عدم كونه ملكا قبله.

و بالجملة، المالىه و الملكيه، من الاعتبارات العقلائيه الصحيحه، و لكل منهما منشأ انتزاع، و بينهما بحسب الموارد، عموم من وجه، يفترقان فى الكلى المتعهّد به، و المباحات قبل الحيازه، و فى مثل حبه من الحنطه، و الماء على الشط، و الثلج فى الشتاء، الى غير ذلك. فانقدح انه يجوز جعل عمل الحرّ عوضا، و ان قيل باعتبار كون العوضين مالا، قبل المعاوضه. فتدبر جيّدا.

قوله (ره): (و اما الحقوق الأخر- إلخ-)

لا يخفى أنّه كلام مختلّ النظام، فإنّه فى مقام أنّها تجعل عوضا، أم لا،

فلا يناسبه التعليل بقوله: لان البيع تمليك الغير، و لا النقض بيع الدّين أصلا، فإنه إنّما يناسب إذا كان بصدد بيان انها لا يجعل معوّضا في البيع.

فالتحقيق ان يقال: أنّه لو قيل باعتبار المائيه في العوض كالمعوض، كما يظهر من المصباح، فلا إشكال في عدم صحه جعل الحقّ عوضا، و ان كان قابلاً للانتقال. فان الحقيّه و ان كانت من الاعتباريات، كالماليه و الملكيه، ألّا أنّها غيرهما، و لو قيل بعدم اعتبارها، فلو قيل بعدم اعتبار الانتقال في العوض، و ان أخذه فيه، انما هو لمجرّد أنّه ليس بتمليك مجانيّ، فلا إشكال في جعلها، عوضا مطلقا، و ألّا في خصوص القابل منها للانتقال.

قوله (ره): (و السرّ أنّ الحقّ سلطنه فعليّه - إلخ -)

لا يخفى ان الحق بنفسه ليس سلطنه، و انما كانت السلطنه من آثاره، كما أنّها من آثار الملك، و أنّما هو كما أشرنا إليه، اعتبار خاص، له آثار مخصوصه، منها السلطنه على الفسخ، كما في حقّ الخيار، أو التمامك بالعوض، كما في حقّ الشّفعه، أو بلا عوض، كما في حقّ التحجير، الى غير ذلك. و هي لا يقتضى ان يكون هناك من يتسلّط عليه، و ألّا كانت من آثار الملك أيضا، و ان لم يكن نفسه، فيلزم في بيع الدّين، إمّا محذور تسلّط الشّخص على نفسه، و إمّا التفكيك بين الملك و أثره، مع أنّ ذلك أنّما يلزم في بيع الحقّ، ممّن كان عليه، لا من غيره، و قد عرفت انه أجنبيّ عمّا هو بصدده، كما يظهر من صدر كلامه و ذيله.

قوله (ره): (ألّا ان الفقهاء، قد اختلفوا في تعريفه - إلخ -)

الظاهر أنّ اختلافهم، ليس لأجل الاختلاف في حقيقته و ماهيته، بل لأجل ان البيع الحقيقي، لما كان له سبب، يتسبّب به اليه، و لوازم تترتب عليه أخذ كلّ منهم، بطرف من أطرافه، لا بتمام جوانبه و أكنافه، حيث أنّ الغرض، ليس إلا الإشاره إليه من نحوه و معرفته بوجه، لا معرفته بحدّه أو برسمه، و بذلك يوفق بين كلمات الأعلام، و ينقدح انه لا وقع، لما وقع من النقض و الإبرام في المقام، بل لا اختلاف حقيقه فيه بين العرف و الشرع، و أنّما الاختلاف بينهما، فيما يعتبر في تحقّقه، و ان شئت ان تعرفه بأطرافه،

فاستمع لما يتلى عليك، و هو ان البيع المأخوذ فى، بعت، و سائر المشتقات، من أوضح المفاهيم العرفيه، و هو التملك بالعوض، و ان كان ممّا لا يكاد يمكن ضبطه، بحيث لا يبقى اشتباه فى بعض المصاديق، كما هو الشأن فى جميع المفاهيم. و لا يخفى أنّه شرعا و عرفا، لا يكاد يصدر مباشرة، بل بالتسبيب، و التوسل اليه بالعقد عليه تاره، و بالمعاطات اخرى، على القول بها. و لا بدّ فى سببه عقدا كان، أو معاطاه، كسائر المعاملات، من إيجاب، و هو إنشائه، و قصد حصوله، بلفظه، أو بفعل دالّ عليه من واحد، و من إنشاء قبول ذلك كذلك من آخر. و من المعلوم أنّ لانه إذا حصل، هو نقل الملك من البائع إلى المشتري، و لانه الانتقال اليه، كما أنّ لانه، التبدل و التبادل بين العوضين، و قد يطلق على نفس السبب، إلى المعامله الخاصه، القائمه بالبيعين، كما ربّما يطلق على جزئه، و هو الإيجاب القائم بالموجب، كما سيأتى الإشارة إليه فى كلامه (ره) ألاّ أنّه ليس على الحقيقه، ضروره صحه سلبه عنه، فليس هو بيع، و لا موجهه ببيع، و كذا صحه سلبه عن نفس المعامله، كما يشهد به جميع مشتقاته، لكن لا يبعد تداوله فى السنه الفقهاء، ألاّ أنّه بالقرينه. و عليك بالتأمل فى المقام.

قوله (ره) (لأن المقصود معرفه مادّه بعت- إلخ-)

و عليه يتوقف معرفه البيع، على معرفه (بعت) بمادته، و معرفته كذلك يتوقف على معرفه البيع، و هو دور صريح، كما هو واضح. و الظاهر تعين اراده الشقّ الثانى، و عدم الاقتصار على النقل أو التملك، للإشاره الى عدم كفايه مطلق الصيغه، و لو كانت كنايه.

قوله (ره): (فالأولى تعريفه بأنّه إنشاء تملك عين بمال- إلخ-)

كيف هذا، و البيع الذى عرفه بذلك، هو المأخوذ فى صيغه (بعت)، و غيره من المشتقات، كما يصرّح به عن قريب، و ليس المراد فى الإخبار بوقوعه قبل أو بعد، بمثل: باع، أو يبيع، ألاّ نفس البيع، لا إنشائه، فالصواب تعريفه، بتملك العين بالعوض، لما عرفت أنّ إنشاء التملك، ليس ببيع، كما أنّه ليس بتملك. نعم أنّما هو جزء سببه، فيما إذا قصد التوسل

اليه. و يرد عليه أيضا، أنّ إنشاء التمليك، لا يعقل إنشائه، و ما يقبل لهذا الطّور من الوجود، و سائر أطواره هو التمليك، فيتصوّر تاره، و ينشأ أخرى، و يوجد في الخارج ثالثه، و يختلف آثاره باختلاف أطواره، و يكون لكل طور منه اثر لا يكاد يترتب على الآخر. فتدبر.

قوله (ره): (منها انه موقوف على صحة الإيجاب - إلخ -)

لا يخفى عدم التوقف، فإنه لو قيل بعدم جوازه، لأجل اعتبار الصراحة في الإيجاب، و لزوم كونه بلفظ البيع، و ما يرادفه، و عدم كونه مرادفا له، لعدم صحه ما حكاه عن الفخر (ره) من كون (بعت) في لغة العرب، بمعنى ملكت، لوضوح انه أعم، كان التعريف به بضميمه ما دلّ على خصوصيته جائزا، كما هو واضح.

قوله (ره) (إذ ليس المقصود الأصلي منه، المعاوضه - إلخ -)

بل التمليك لا - مجاناً، بل بنحو الغرامه، و لذا لا يجب تعيين ما عليه عينا، من المثل، أو القيمه، و لا كما إذا علم كونه قيمياً، بل يتعين عليه المثل، ان كان مثلياً، و قيمته، ان كان قيمياً، بمجرد تمليكه بالغرامه.

فافهم.

قوله (ره): (كان بيعاً - إلخ -)

إذا لم يقصد به الصلح، أو الهبه المعوضه، و الّا يصح صلحا، أو هبه، لو قلنا بوقوعها بغير الألفاظ الصريحه، و الّا فلا يصح بيعاً، و لا واحدا منهما. اما البيع، فلعدم كونه بمقصود، و العقود تابعه للمقصود. و أما هما، فلعدم الصراحة في عقدهما.

[استعماله في معان آخر]

قوله (ره): (أحدها التمليك المذكور، لكن بشرط تعقبه - إلخ -)

أى التمليك الإنشائي، كما هو الظاهر، و يشهد به سائر كلماته، و لا يخفى أنه لا يلائمه ما استشهد لما ادّعاه، من تبادل التمليك المقرون بالقبول بقوله، و لهذا لا يقال: باع فلان - إلخ - بل يلائم ما أشرنا إليه، من أنه التمليك، ضروره أنه لا يقال: باع، إذا عقد، و قد أخلّ ببعض الشرائط، صحّه ان يقال: ما باع فتدبر جيداً.

قوله (ره): (و لعله لتبادر التمليك المقرون- إلخ-)

بل لتبادر التمليك الحقيقي الذى لا- يكاد ينفك عن تملك المشتري، و تبادر اقترانه بقبوله، أنما هو لكونه ممّا لا بدّ منه فى حصوله، لا من نفس اللفظ، بل يتبع معناه، و منه ظهر حال صحّ السلب عن المجرد، و أنّه من جهة عدم التمليك مع المجرد، لا لذلك، و لا لما افاده بقوله (أقول- إلخ-).

فافهم.

قوله (ره): (تحقق القبول شرط للانتقال فى الخارج- إلخ-)

لا- يخفى أنّ الذى لا- يكاد يكون القبول شرطاً له، هو الانتقال الإنشائي التابع لإنشاء النقل، و أمّا الانتقال بنظر الناقل، فيختلف بحسب الانظار، فربّما يكون شرطاً له بحسب نظر، و لا يكون كذلك بنظر آخر.

و بالجمله، النقل بحسب كلّ مرتبه و نظر، لا- يكاد يمكن انفكاكه عن الانتقال، بحسب تلك المرتبه، و ذاك النظر، إذ الأثر لا ينفك عن التأثير، لاتحادهما ذاتاً، و اختلافهما اعتباراً، فيكون تأثيراً من جهة انتسابه الى الفاعل، و أثراً من جهة الانتساب الى القابل، و ان كان انفكاكه عنه بحسب مرتبه اخرى، أو نظر آخر، بمكان من الإمكان، و كذلك الحال فى الوجوب، و الإيجاب، لا يكاد يمكن انفكاكهما فى مرتبه واحده، بحسب نظر واحد، و أنما ينفك الإيجاب فى مرتبه، أو بحسب نظر، عن الوجوب فى مرتبه اخرى، و نظر آخر.

و من هنا ظهر انه لا فرق بين النقل و الانتقال، و الوجوب و الإيجاب فى مرتبه، و بحسب نظر، و بين الكسر و الانكسار. نعم هما، لمّا كان من الأمور التى تكون موجوده فى الخارج، ليست لهما، إلّا مرتبه واحده، بخلاف مثل الوجوب و الإيجاب، من الأمور النفس الأمرية الاعتبارية التى لا- واقع لها، ألّا بحسب الاعتبار المختلف بحسب الانظار، و صحّ الانتزاع عن منشأ بنظر، و عدم صحته بآخر. هذا مع ثبوت الانفكاك، بين الذهنى من الكسر و الانكسار، و الخارجى منهما أيضاً، فلا تغفل.

قوله (ره): (و الى هذا، نظر جميع ما ورد- إلخ-).

لا يخفى إمكان إرادته ما ذكره، من معناه فى هذه الإطلاقات، لو لم نقل

بظهورها فيه، و جعله بهذا المعنى من العقود، بملاحظه أنه لا بدّ في تحقّقه من العقد، قبالا للمعاني الإيقاعية، كالطلاق، و العتاق، و نحوهما.

قوله (ره): (ثمّ إنّ الشهيد ره- إلخ-).

اعلم أنّ الصّحة و الفساد، لما كانا من الأمور المتضايّفة، لا يكاد يتّصف الشىء بواحد منهما، إلّا إذ أصحّ تواردهما عليه، فما لا يتّصف بالفساد أصلا، لا يتّصف بالصّحة أيضا، كان البيع بمعنى التملك مطلقا، حقيقيا كان أو إنشائيا، لا يتّصف بواحد منهما، بل يكون مع علته، و لا- يكون بدونها، و كذا البيع بمعنى النقل و الانتقال، و أنّما يتّصف بهما البيع، بمعنى الإيجاب، و القبول، فيكون صحيحا لو كان واجدا لما اعتبر في تأثيره، و فاسدا فيما إذا كان فاقدا، لكّله، أو بعضه، فلا ينافى ذلك، تأثيره شيئا آخر، إذا لم يكن ممّا يترقّب منه، أو لم يكن فعلا- ممّا يتوسّل به اليه، و ان كان في نفسه مرغوبا، لو كان ممّا يتوسّل اليه، لكن لا وحده، بل مع اثر آخر، فإنّ الصّحة و الفساد، من الأمور الإضافية، فيصح ان يتّصف بالصّحة، بملاحظه أثر، و بالفساد، باعتبار آخر.

ثم لا- يخفى أنّ ما نقله عن الشهيد الثانى (ره) ههنا، ينافى ما نقله عنه سابقا، من كون إطلاق البيع على العقد، مجازا، بعلاقه السببية، إلّا ان يكون مراده، كون إطلاقه عليه، مجازا فى الأصل، و حقيقه بالنقل، فتأمل.

[فى أن العقود حقيقه فى الصحيح]

قوله (ره): (فلان الخطابات لما وردت على طبق العرف- إلخ-).

فينكشف بإطلاقها، أنّ الصحيح عندهم، يكون صحيحا عند الشارع، و لا يخفى أنّه انما يجدى، فيما شك فى اعتباره شرعا، و قد علم عدم اعتباره عرفا.

قوله (ره): (فيستدلّ بإطلاق الحكم يحله- إلخ-).

أى يستدلّ بإطلاقه على كون البيع الإنشائى، بمثل (بعت)، على إطلاقه، من دون اعتبار ما شكّ فى اعتباره، يكون مؤثرا نافذا، غاية الأمر، قد علم تقييده بالقبول. و من هنا ظهر أنّه على الوجهين، يكون المراد بالبيع، هو

السبب القابل للاتصاف بالصحة، و الفساد. و الفرق بينهما أنّما يكون بالتماميّة، و التقصان. فافهم.

[في المعاطاه]

اشاره

قوله (ره): (و المعاطاه (١) على ما فسره جماعه - إلخ-).

لا يخفى، أنّ المعاطاه، ما جعل موضوعا لحكم في آيه، أو روايه، و لا في معقد إجماع، و أنّما عبّر به، عمّا يتداول بين الناس، من المعامله بلا صيغه، فالمهمّ تعيين ما هو المتداول بينهم، و الظاهر عدم اختصاصه بما إذا كان هناك تعاطى من الطرفين، كما في السِّلْف، و النسيه، و لا- بما إذا كان كلّ واحد من الإيجاب، و القبول به، لو كان، بل كما يكون به، يكون بالإعطاء إيجابا، و بالأخذ قبولا- و يكون إعطاء الآخر، و فاء بالمعامله، لا متممًا لها، بل لا يبعد دعوى ان الغالب في المعاملات المتعارفه، بحسب قصد المتعاملين ذلك كما لا يخفى، فلا يضرّ بالمعامله، لو ظهر ما أعطاه الثاني، مستحقًا للغير، أو من غير ما عيّن من الجنس في المقاوله، بل يضرّ بالوفاء بها، بل ربّما يقال، بحصولها بالتراضى المنكشف بالقطع، و الفصل في المساومه، و يكون التعاطى، أو الإعطاء، و الأخذ، خارجا عنها، و فاء منهما بها، فيكون كل واحد من الثمن، و المثلن كليًا، كما كان أحدهما على الوجه السابق. فتأمل.

قوله (ره): (و هو يتصوّر على وجهين - إلخ-).

لا- يخفى، ان غرضه، ان كان بيان ما يتصوّر في باب البيع، فلا يتصوّر، الّا على ثانى الوجهين، و ان كان بيان ما يمكن ان يتصور فيه، من دون اختصاص بهذا الباب، فلا وجه للتخصيص بهما، فإنّه يمكن ان يقع على وجوه عديده، و قصد به كل ما يقصد باللقط، من إيقاع، أو عقد، بيعا كان، أو غيره، من غير فرق بينهما في ذلك، و ان كان بينهما فرق من حيث أنّ دلالتة لا يكون بمثابة دلالتة، و ذلك مما لا شبهه فيه، و لا ريب يعتريه.

اللهم الّا ان يكون غرضه، ما يتصور فيه، في هذا الباب، بحسب ما يوهّم انه محلّ الكلام، و مؤدّ التقض و الإبرام بين الأعلام.

قوله (ره): (و الإنصاف ان ما ارتكبه - إلخ-).

فإن مثل هذا التأويل، و ان كان مما يصار إليه في الاخبار، توفيقاً بينها، لاحتمال التعويل فيها، على قرينه لم تصل إلينا، لتقطع الاخبار، أو لاختلافها تقيته، أو غير ذلك، و لم يَأْب عنه بعض الكلمات، ألا انه كيف يصار إليه في كلمات مشهور الأصحاب، الظاهر في إرادته الإباحه، و نفى الملك، بل مع صراحه بعضها بلا موجب، و لا داعى، و مجرد عدم مساعده القواعد، على ما هو ظاهرهم، بل مساعدتها على خلافه، لا يوجب الحمل على ما يساعدها، سيما مع احتمال مساعده السيره التي هي العمده في هذا الباب على ذلك و اما وجه أبعديه جعل محل النزاع، ما إذا قصد الإباحه، فهو أنه كيف، و قد جعل المعاطاه من فروع اعتبار الصيغه.

لا يقال: على هذا لا يحتمل، فلا وجه لاحتماله. فإنه يقال:

لاحتمال ان يكون ذلك، لدفع توهم انعقاد البيع بالمعاطات، مع قصد الإباحه ابتداء، من مشاهده فائدته، و لو بعد التصرف، و انه لا يكون ذلك أولاً، بل أولاً و ما دعاه الى هذا التحمل، ألا استبعاد تأثير قصد التمليك للإباحه، لا للتمليك، مع أنه كما ستعرف أنه ليس كذلك، بل يؤثر التمليك غايه الأمر، بشرط التصرف، كالتقبض في الصرف، و السلف، أما الإباحه قبله، فليست شرعيه، بل مالكيه ضمته، و لو سلم أن مرادهم، هي الإباحه الشرعيه، فإنما يستبعد المصير اليه، لو لم يكن هناك ما يمكن ان يتوهم منه ذلك، و السيره التي هي العمده في الباب مورد لذلك، فتدبر جيداً.

قوله (ره): (مع ان إلغاء الشارع للأثر المقصود - إلخ-).

قد أشرنا إلى أنه، ما ألغاه، بل رتب عليه بشرط التصرف، كالتقبض في الصرف، و ترتب الإباحه عليه شرعاً، لو سلم، فهو للاستناد إلى السيره ظاهراً، بتوهم أنها تساعد على ذلك.

قوله (ره): (و يدفع الثاني تصريح بعضهم بان شرط لزوم البيع - إلخ-).

يمكن ان يقال: لزوم البيع، بمعنى عدم جواز فسخه، لا يقتضى لزومه، بمعنى عدم جواز التراد، و بهذا المعنى محل الكلام في المقام، و كون

الإيجاب، و القبول، من شرائط انعقاد البيع بالصيغ، لا يقتضى كونهما من شرائط البيع مطلقا، و لو بالمعاطات، و ليكن المراد بالإيجاب اللفظيين منهما، و ألا لم يكن المعاطاه بخاليه عنهما، كما لا يخفى.

قوله (ره): (لكن فى عدّ هذا، من الأقوال تأمل - إلخ-).

وجهه، أنه مع شرط اللفظ، يكون البيع بالصيغ، لا بالفعل، لكنه يمكن ان يقال: انه يكون كذلك، إذا اعتبره، لكى يقع المعامله به، لا إذا كان لأجل الدلالة، على أنها بالتعاطى، فتأمل.

قوله (ره): (و يدلّ عليه أيضا قوله تعالى «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) حيث دل على حليّه جميع التصرفات - إلخ-).

و الظاهر أنّ سبب التصرف فيها، و صرف الحكم بالحليّه إلى التصرفات، عدم كون البيع بنفسه اختياريا، لكونه مترتبا على سببه بلا- اختيار، و أنت خير، بأنّ مجرّد ذلك لا- يخرج عن الاختيار المعترف فى متعلق الأحكام، و على ذلك، فلا- دلالة لها على المدعى، فإنها مسوقه لبيان تحليل البيع، بمعنى التمليك قبلا لتحريم الرّبا. نعم لو كان البيع فيها، بمعنى ما يوجب، لدلت على صحه المعاطاه، و لو كان المراد من الحليّه، مجرد التكليف، فان تحليل الشّارع للبيع بما يتوسل به، الى التمليك، و ترخيصه فيه كذلك، كما هو ظاهرها، ملازم عرفا لامضائه و إنفاذه، كما ان تحريم معامله، و النهى عنها كذلك، يدلّ على الردع عنها كما فى تحريم الرّبا، و فيما علّقنا على الخيارات، ما له نفع فى المقام.

قوله (ره): (فمرادهم بالبيع، المعامله اللازمه - إلخ-).

بل المعامله الشرعيّه، و لذا صرّح فى الغنيه (٢)، بكون الإيجاب و القبول، من شرائط الصّحه، لا اللّزوم. فافهم.

قوله (ره): (فهو أنّما يجدى، فيما إذا أشكّ فى أنّ هذا النوع من السلطنه، ثابتة

١- البقره: ٢٧٥.

٢- الغنيه - كتاب البيع - ٥٢٣.

للمالك - إلخ -).

بل لا يجدى فى ذلك، إذا شكّ فى تشريع أصل هذا النوع أيضا، حيث أنه مسوق لبيان سلطنه المالك، و تسلّطه، قبلا لحجره، لا- لبيان تشريع أنحاء السلطنه، كى يجدى فيما إذا شكّ فى تشريع سلطنته، فلا يجوز التمسك به على صحّحه معامله خاصّه، و جواز تصرّف خاص، مع الشكّ فيهما شرعا.

فافهم، كى ينفعك فى غير المقام.

قوله (ره): (و اما ثبوت السيره و استمرارها على التّوريث - إلخ -).

هذا فى سيره المسلمين، و اما سيره العقلاء، بما هم عقلاء، فلا شبهه فيها، و لا ريب يعترىها، حيث استقرت طريقتهم على ذلك، من غير اختصاص بأهل مله، و نحلّه، و لم يردع عنها، صاحب شريعته، حيث لو ردع، لشاع نقله، و ذاع لتواتر الدّواعى، فى مثل هذه المسأله إليه، فالأولى التمسك بها، كما تمسك بها فى غير مقام، فإنّها أسلم ممّا تمسك به فى المقام.

قوله (ره): (ان القول بالإباحه المجرده، مع قصد المتعاطيين - إلخ -).

لا يخفى، أنه انما يتوجه ما افاده من الاستبعادات، على القول بها، إذا لم يقل القائل بها بالأول إلى البيع، بعد التصرف، أو التّلف، و قال: انّ الملك بعد أحدهما انما يكون به، لا بالمعاطاه بشرطها، بل يكون بالنسبه إليه لغوا، و ان كانت مؤثّره للإباحه، و اما على القول بالأوّل، فلا- يلزم انخرام قاعده «العقود تابعه للقصد» و لا كون اراده التصرّف، و لا التّصرف من جانب، و لا التّلف السماوى من المملّكات، فان التملك انما حصل بنفس التعاطى، الذى قصد به التملك، لا بهذه الأمور، بل بشرطها.

و امّا حديث تعلق الأخماس، و الزكوات، و الاستطاعه - إلخ - بغير الاملا-ك، ففيه أنه لا- محذور فى ذلك فى كثير منها، كالاستطاعه، و أداء الدّين، و النفقه، و الغنى، كما سيشير إليها، و كذا الوصايا، لو لم نقل بكفايه مثل الوصيّه، من التصرف فى حصول الملك بالتعاطى، و الّا فلا إشكال، فإنّ نفوذها حينئذ يكون فى الملك، و كذا لمواريث، فإنه لا اشكال بناء على الأوّل بموت أحد المتعاطيين، كتلف أحد الملكين، كما ليس ببعيد، و اما بناء

على عدمه، فلا- بعد في القول بالإرث، و صيروره الوارث كالمورث فيما له، و قد تركه، ضروره أنه ليس بلازم ان يكون ممّا ملكه، و في الباقي، لم يعلم التزام القائل بالإباحه في بعضها، فلا يصح إلزامه، و إفهامه، و لو كان بينا فساده، فلم يعلم منه القول، بتعلق الخمس، أو الزكاه قبل الأول، و لم يعلم فساد بعض الآخر، لو علم التزامه به، كما في الشفعه، فلا ضير في القول بها بمجرد التعاطي، لشمول دليلها لبيع أحد الشريكين عرفا، و ان كان تأثيره شرعا يتوقف على أمر، لم يحصل بعد، و كذا الربا، إذ لا شبهه على الأول في تعلقه بالمعاطات، و لا- يكون حاله قبل التصرف و نحوه، ألا كالصّيرف، قبل القبض في ذلك، كما لا شبهه في تبعيته النماء المتصل، و اما المنفصل، فلم يعلم أنّ القائل بالإباحه، يلتزم بانتقاله إلى الأخذ، كما أشار إليه، مع أنه يمكن ان يقال: ان قضيه قاعده التبعيه، ان يتبع في الملكيه بعد التصرف، كما يتبعها قبله، و بعبارة أخرى، يكون حالها، حال العين، المبيوعه، و ليس هذا ببعيد، كل البعيد. و بالجمله، على الاولى تكون هذه الأمور، بين ما لا يلزم، أولا يلتزم به القائل بالإباحه، و بين ما لا بعد فيه، لو التزم، أو لا بدّ من ان يلتزم به.

[في لزوم المعاطاه و عدمه]

قوله (ره): (مدفوعه مضافا الى إمكان دعوى كفايه- إلخ-).

لا مجال لدعوى الكفايه على مختاره، من عدم حجيه الاستصحاب، مع الشك في المقتضى، كما لا شبهه في صحتها على ما هو المختار، من حجّيه، و ملخص ما أفاده في دفع الدعوى، بين منع انقسام الملك الى قسمين، و تنوّعه بنوعين، و الاختلاف في الأحكام، ليس لأجل الاختلاف في ناحيته، بل للاختلاف في ناحيه أسبابه، قلت: لو كان الجواز، و اللزوم هيهنا، بمعنى جوازا فسخ المعامله و عدمه كما في باب الخيار، فلا شبهه في كونهما من أحكام الأسباب و اما لو كان بمعنى تراد العينين، و تملك ما انتقل عنه، و عدمه، بلا توسط فسخ المعامله، كما في الهبه، على ما صرح به في الملزمات، فهما من أحكام المسيبات لا محاله، و اختلافها فيهما، كاشف عن اختلافها في الخصوصيات المختلفه في اقتضاء الجواز، و اللزوم، لثلا يلزم الجزاف في أحكام

الحكيم تعالى شأنه، و ان كان اختلافها فيها، ناشيا عن اختلاف الأسباب ذاتا، أو عرضا.

و بالجمله جواز فسخ المعامله، بحق خيار، أو بمحض حكم، كما فى الإقاله، و عدم جوازه، لا ريب فى كونهما من أحكام السبب المملك، اما جواز الرد، أو التراد و عدمه، فهما من أحكام الملك، و الحكم عليه، تاره بالجواز، و اخرى بعدمه، كاشف فى مورد كل واحد منهما عن خصوصيه مقتضيه له، غير خصوصيه فى الآخر، و الاختلاف بحسب الخصوصيه كاف فى اختلاف الأحكام، من غير حاجه الى الاختلاف بالحقيقه، و الماهيه، و هذا الاختلاف الناشى عن اختلاف الأسباب ذاتا، أو عرضا، لا يجب ان يوجب تفاوتاً فى المنشأ أصلا، كما لا يخفى، فانقذح بذلك، فساد ما أفاده فى بيان كون الجواز، و اللزوم، من أحكام السبب المملك، لا الملك، فتدبر جيدا.

قوله (ره): (فان مقتضى السلطنه، ان لا يخرج - إلخ-).

يمكن ان يقال: كما أشرنا إليه، أنه ليس الّا لبيان سلطنه المالك على ماله، و تسلطه عليه، و أنه ليس بمحجور، لا لبيان إثبات أنحاء السلطنه له، ليصير دليلا على لزوم عقد، بمعنى عدم جواز الرد، لمنافاه جوازه لا طلاقها، فتأمل.

قوله (ره): (فالقول بالملك اللازم، قول ثالث فتأمل).

لكنه لا بأس بالمصير اليه، بعد عدم الاتفاق عليه نفيه، بل كان عدمه الى الآن، بمجرد الاتفاق، كما هو الحال، فى حدوث القول الثالث فى كل مسأله، و لعله أشار إليه بأمره بالتأمل.

قوله (ره): (بل يمكن دعوى السيره - إلخ-).

دعواها، على نحو كانت كاشفه عن رضاء المعصوم، كما ترى، و الإنكار على المنع عن الرجوع، لو سلم، لم يعلم أنه من جهه بنائهم على جوازه، و لعله لأجل ما هو المركز عقلا و نقلا، من حسن الإقاله، و كون تركها مع الاستقاله، خلاف المروه، و مناف للفتوه، من غير فرق بين إيقاع البيع بالصيغه، أو التعاطى.

قوله (ره): (أو باعتبار محلّه و غير محلّه - إلخ-).

أو باعتبار كونه محللاً لكلّ من الثمن، أو المثلث، على من انتقل اليه، و محرّماً على من انتقل عنه، و يكون الغرض، دفع توهم كون مجرد المقاوله، من بيع ما ليس عنده المركز حرّمته، و عدم نفوذه، بيان انها ليست بمحلله، و محرّمه، و الكلام، و هو البيع ما كان كذلك، فليست ببيع، حتى كانت من بيع ما ليس عنده، و عليه يكون التعبير عنه بالكلام، لا لأنّه لفظ بمعناه، بل بما هو نفس المعنى بوجه، كما لا يخفى، و يكون الحصر ليس بحقيقى، بل بالإضافه إلى المقاوله، فلا دلالة فيه على انحصار التحليل، و التحريم، بالبيع بالصيغه، و لا به مطلقاً. فتدبر جيّداً.

قوله (ره): (بان يقال (١) حصر المحلّ و المحرم فى الكلام، لا يتأتّى إلّا - إلخ-).

هذا إذا كان المراد بالكلام، هو اللفظ بمعناه، و أمّا إذا كان المراد به نفس المعنى، كما أشرنا إليه آنفاً، أو كان حصر المحلل فى المقاوله، و المواعده، و حصر المحرم فى إيجاب البيع و إيقاعه، بالإضافه إلى الآخر، فلا يكاد يمكن استظهار اعتبار الكلام فى إيجاب البيع أصلاً، كما لا يخفى.

[و ينبغى التنبيه على أمور]

[الأوّل فى أن المعاطاه بيع]

قوله (ره): (فالظاهر انه بيع عرفى لم يؤثر شرعاً - إلخ-).

لكنه قبل وجود أحد الملزمات، و الّا يصير بيعاً شرعياً، يؤثّر التمليك، و نفى البيع عنها فى كلام المشهور، القائلين بالإباحه، هو البيع الشرعى بمجرد، لا بعد وجود أحدها، على ما عرفت من الأوّل إلى البيع. و من هنا ظهر أنّ قوله (فنفى البيع - إلخ-) لا يصحّ ان يكون تفرّيعاً على القول بالإباحه، و انما هو تفرّيع على القول بالملك، و ان كان خلاف سوق الكلام.

قوله (ره): (و حيث أنّ المناسب لهذا القول التمسك - إلخ-).

قد عرفت انه لا - دلالة على مشروعيته معامله أصلاً، و أنّه لا - دلالة الّا على إثبات السلطنه للمالك، قبلاً لحجره، كما فى بعض أفراد، بأحد

أسبابه، و في غيره، الّا بسبب ولايه، أو وكاله، لا إثبات أنحاء السلطنه، كى يجدى فيما إذا شكّ في شرعيّه أصل معامله، أو فيما اعتبر في صحتها، و لو علم شرعيّتها، و عليه فلو شكّ في أصل مشروعيه الإباحه العوضيه، لا وجه للتمسك به، على مشروعيتها، فضلا عمّا إذا شكّ في اعتبار شىء في سببها. نعم يحلّ التصرف بما لا يتوقّف على الملك، لقوله عليه السلام «لا يحلّ مال امرء الّا بطيب نفسه (١)» و قوله «لا يجوز لأحد التصرف في ملك غيره، الّا بإذن مالكه، إذا كان بطيب من مالكه، أو باذنه (٢)» و لو لم يكن هناك معاطاه. فلا تغفل.

قوله (ره): (و اما على المختار، من أنّ الكلام فيما إذا قصد - إلخ-).

و نخبه الكلام في المقام، انه لا- شبهه في اعتبار ما اعتبر في البيع، بإطلاق، أو عموم، على القول بإفادتها للملك، فإنّها بيع بلا إشكال، الّا ان يقال: أنّ السيره قد ألغت بعض ما يعتبر بالإطلاق أو العموم، و أنّى لها بذلك. نعم لو كان الاشتراط، بدليل يختص بما إذا كان بالصيغه، لا يعتبر فيها، إذا كان الدليل على الصحه، عموم، أو إطلاق، لا مثل السيره، و كذلك على القول بالإباحه، بناء على الأوّل اليه، و إفادتها التملك بعد التصرف، أو التلف، فإنّها بيع أيضا، و توقف تأثيره على مثله غير ضائر، كما في الصرف، و السلف، و أمّا بناء على عدم الأوّل، و كون التملك بعد التصرف به، لا بها، بإطلاق أدله شروط البيع، و ان كان لا يساعد على اعتبارها فيها، لعدم كونها بيعا شرعا، و لا يجدى كونها بيعا عرفا، بعد كشف الشارع عن حالها، و انها ليست ببيع واقعا، الّا ان إفادتها لإباحه جميع التصرفات شرعا قبل التصرف، و حصول التملك به بعده، لما كان على خلاف الأصل، و جب الاقتصار في خلافه، على القدر المتيقن، و هو ما إذا كانت واجده لجميع ما يعتبر في صحه البيع. فتدبر جيّدا.

قوله (ره): (و اما حكم جريان الخيار فيها، فيمكن نفيه - إلخ-).

إذا لم نقل بالأول إلى البيع بعد التلف، لعدم كونها بيعا، لا لجوازها،

١- وسائل الشيعه: ٣-٤٢٤- ب ٣- ح ١.

٢- وسائل الشيعه: ٦-٣٧٧- ب ٣- ح ٦ (بهذا المعنى).

و اما بناء عليه، فحالها حال بيع الصرف و السِّلْم قبل القبض، و مجرد الجواز، بمعنى التراد، أو الردّ قبل التصرف، أو التلف، لا يمنع عن تعلق حق الخيار، مع ان جواز الفسخ بخيار، لا يمنع عن تعلق خيار آخر.

و من هنا ظهر أنّ ثبوت الخيار فيها مطلقا، بناء على إفادتها الملك، أظهر، لا لصيرورتها بيعا بعد اللزوم، كما علّل به، بل لكونها فعلا- بيعا عرفا، و شرعا، و الخيار موجود من زمن المعاطاه، و أثره يظهر من حين ثبوته، لصحة إسقاطه، و المصالحه عليه قبل اللزوم، فلا- وجه لما افاده من ظهور أثره بعده، كما لا وجه، لما ذكره من احتمال التفصيل، إذ دعوى اختصاص أدلّه الخيار فى البيع، بما وضع على اللزوم، مجازفه، كما لا يخفى على من لاحظها.

[الأمر الثانى فى المتيقن من موارد المعاطاه]

قوله (ره): (الأمر الثانى: ان المتيقن من مورد المعاطاه- إلخ-).

قد عرفت فى بعض الحواشى السابقه، ان لفظ المعاطاه ليس مما ورد فى آيه، أو روايه، و لا فى معقد الإجماع، بل من المعلوم انه عتبر بها، عن المعامله، المتعارفه، المتداوله، فالمدار فى ترتيب الأحكام و الآثار، على ما هو المتعارف، و ان لم يصدق عليه معنى المعاطاه، بل معنى الإعطاء، بل و لو لم يصدق عليه بناء على حصول التملك، و تحقق المعامله بالمقاوله، و يكون الإعطاء من طرف أو طرفين، من باب الوفاء بها، لا إحداثا، أو تميمها لها، على ما احتملناه، فالعمده تحقيق ذلك، و عليك بالتحقيق.

[الأمر الثالث تمييز البائع من المشتري]

قوله (ره): (الثالث: تمييز البائع من المشتري- إلخ-).

لا- يخفى، أنّه ليس هذا من تنبيهات المعاطاه، لعدم اختصاصه بها، و ان المنشئ للتمليك بالعوض، بايع، و منشئ التملك به، مشتري، من غير فرق فيما قصدا به، بين اللقط، و الفعل، فلو لم يقصد كل واحد منهما، إلا ما قصد الآخر، فهما بائعان، أو مشتريان كذلك، اى من غير فرق بينهما، فلا فرق فيما هو المميّز لكلّ منهما عن الآخر، مفهومهما بينهما.

نعم بينهما فرق فى التمييز خارجا، و هو انه غالبا يكون فى البيع بالصيغه، ما يدل بظاهره على أنّ أيهما بائع، و أيهما مشتري، بخلاف الفعل،

لعدم دلالة بنفسه، و يكون الدلالة بالقرينه، و ربّما لا يكون، أو لا يكون محفوظه، و ربّما يعكس الأمر، لو قلنا بكفايه المجاز، و الكفايه فى الصيغه، فافهم. فتدبر جيدا.

[الرابع أن أصل المعاطاه و هو إعطاء كل منهما الآخر ماله يتصور على وجوه]

إشاره

قوله (ره): (فيكون الآخر فى أخذه، قابلاً و مملكا- إلخ-).

لا- يخفى، انه لا يتعين هذا، على هذا الوجه، لا مكان ان لا يقصد بأخذه التملك، بل بدفعه، و أنّما أخذ مقدمه لقبوله بدفع العوض، فلو مات قبل الدفع، مات قبل تمام المعاطاه، فلا تغفل.

قوله (ره): (فيكون تملك يازاء تملك، بالمقابله- إلخ-).

بل يكون المقابله، بين مال المعطى، و تملك الآخر، و يكون تملكه ثمنا، كفعل آخر جعل ثمنا، فاذا قصد بأخذه القبول، فالمعامله يتم، من دون توقّف على تملكه، و ان وجب عليه الوفاء، و يستحقه عليه المعطى، فلو مات، لم يفت منه، ألّا الوفاء، بالمعامله، الحاصله بالمعاطات، و لو كان الغرض من المعامله، المقابله بين التملكين، بان يكون عمل كل منهما و تملكه، جعل يازاء عمل الآخر، و تملكه، لم يقع بهذه المعامله، تملك من أحدهما، بل يستحق كلّ على الآخر، بعد وقوعها تملك الآخر وفاء بها، كسائر الأعمال، إذا وقعت المعاوضه بينهما، كما لا يخفى.

و بالجمله، إذا قصد بنفس المعامله، تملك مال، بعوض تملك الآخر شيئا، كان التملك عوض المال، كما يظهر من مقايسته على بيع الأموال بالأعمال، فظهر انه بيع، لا- انه بعيد عنه، و قريب من الهبه، كما افاده (ره). فانقذ بذلك مواضع الخلل فى كلامه، زيد فى علوّ مقامه، فى هذا الوجه، و الوجه الرابع، فلا تغفل.

[فى مفاد الإباحه المعوضه]

قوله (ره): (فاذا كان بيع الإنسان مال غيره- إلخ-).

تحقيقه ان يقال: انه لا- شبهه و لا- إشكال فى أنّه يعقل تملك الإنسان، مال غيره، بعوض يملكه باذنه، كما يعقل تملك ماله، بعوض يملكه غيره، و ان لم يصدق عليه عنوان البيع، لاعتبار خصوصيه تملك المالك للعوض فى صدقه، و لم يصح الاستدلال على صحته، بما دل على صحته،

و إمضائه، مع ان مجال المنع عنه واسع، و تعريفه بمبادله مال بمال، انما يكون فى قبال التمليك مجاناً، كيف، و فى بيع مال المضاربه بالمرايحه للعامل من الثمن ما جعل له من المقدار، مع انّ مال المضاربه للمالك، و لو سلّم، فيمكن ان يستدل عليه بمثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) و «المؤمنون عند شروطهم» (٢)، لا يقال:

لا يكاد يصح الاستدلال على صحته بأدله البيع، و لو سلّم صدقه عليه، لمكان ما دلّ على النهى عن بيع ما ليس عنده، فإنه مع الاذن فى بيعه، كذلك يمنع عن كونه من بيع ما ليس عنده، و اما العتق عن غير المالك، فلا مانع عنه عقلاً، و انما منع شرعاً عن عتق غير المالك، لا عن عتقه عن غيره، فاذا صح عتقه عن غيره، صح له ان يأذنه فى ذلك، و اما الوطى، فلا بأس بالقول بجوازه للمباح له، بدعوى انه تحليل، و ان اعتبار لفظ خاص فيه، دعوى بلا دليل.

فتلخص مما ذكرنا، انه لا بأس بأن يقال بصحة إباحه جميع التصرفات التى منها البيع، و العتق، و الوطى، فتأمل.

قوله (ره): (فيشكل الأمر فيه، من جهة خروجه عن المعاوضات المعهوده- إلخ-).

إنما يشكل من هذه الجبهه، إذا أريد الاستدلال عليه، بما دلّ على صحّتها بعناوينها، و الّا فلا إشكال فى صحه الاستدلال عليها، بالمؤمنون عند شروطهم، و بأوفوا بالعقود (٣)، ألّا ان يدعى ان المراد بالعقود، هى المعهوده المتعارفه مها، لا مطلقاً، و هو كما ترى، و قد عرفت الإشكال فى الاستدلال ب «الناس مسلطون» (٤) فى تشريع المعاملات، و أنحاء التسلطات. فتدبر جيّداً.

١- المائده: ١.

٢- بحار الأنوار - ٢ - ٢٧٢.

٣- المائده: ١.

٤- بحار الأنوار - ٢ - ٢٧٢.

قوله (ره): (ففى لزومها مطلقا لعموم «المؤمنون عند شروطهم» (١) - إـخ-).

قد بينا فيما علقناه على مبحث الخيارات من الكتاب، الإشكال فى الاستدلال بمثل عمومه على اللزوم، فليراجع ثمه، و فى الاستصحاب كفايه، لكن قد يشكل بان اللزوم فى مثله من العقود الإذنيه، لا يكاد يعقل، لتقومه بالإباحه و الاذن، و مع الفسخ أو المنع، لا-إباحه و لا-اذن، و حلّه ان جواز التصرف فى العقود الإذنيه، ان كان مستندا الى الاذن الفعلى، فلا إشكال فى زواله بزواله، و لكنه ليس كذلك، بل بالعقد على إباحته له، و الاذن فى تصرفه مطلقا، و تعقل لزوم العقد على ذلك، مما لا ريب فيه و لا شبهه يعتريه.

نعم لزومه لا يمنع عن جواز تصرف المالك فيه، بما يذهب موضوعه، لعموم «الناس مسلطون- إـخ-» (٢). فافهم و تأمل، كى لا يشته عليك الأمر.

[الخامس فى حكم جريان المعاطاه فى غير البيع]

قوله (ره): (لكن الأظهر بناء على جريان المعاطاه- إـخ-).

بل الظاهر جريانها فيها، لإطلاق أدلتها، و سيره بالنهج الذى فرّناها فى البيع، و عدم القول بالفصل بينه و بينها، ظاهرا، و الاشكال فى مثل الرهن لأجل منافات ما هو قضيته، و ما هو لازم المعاطاه من الجواز، لا يوجب و هنا فى جريانها فى غيره ممّا لا يكون هناك منافاه، مع أنّ المنع عن كون الجواز لازم المعاطاه، بمكان عن الإمكان، و قضيه الإطباق، على توقف العقود اللازمه على اللفظ، لو سلّم، فهو أنّما إذا كان اللزوم من عوارض العقد، و جاز تبادله مع الجواز، لا ما إذا كان اللزوم، من مقتضيات ذاته، و حقيقته، كما فى الرهن.

و من هنا ظهر، أنّه من كان يبالى بمخالفه المشهور، فضلا عن المتفق عليه فى فسحه عن هذا الاشكال، مع أنّ ما أطبقوا عليه، ليس الا بنحو القاعده، مخالفته بلا دليل على خلافه، لا يجوز، ألّا بالدليل، و السيره فى خصوص الرهن، دليل، فظهر أنّ مخالفه ما أطبقوا عليه هيهنا، ليس لأجل

١- المستدرک- ٢- ٤٧٣.

٢- بحار الأنوار: ٢- ٢٧٢.

عدم المبالاة بالمخالفه. فافهم و اغتتم.

[السادس في ملزمات بيع المعاطاه]

قوله (ره): (اعلم انّ الأصل على القول بالملك - إلخ-).

قد ظهر مما علّقناه على مبحث الخيارات، ان اللزوم المناسب للمقام، و هو بالمعنى المقابل لجواز التّراد، أو لجواز الفسخ، بمجرد الحكم به، لا- بحق الخيار، ممّا يدلّ عليه بعض الوجوه المتقدمه، فمن أراد الاطلاع، فعليه المراجعه ثمه، ثم ان المهم في المقام، إذا شكّ في اللزوم و الجواز، بعد التلف مثلا، و قد قطع بالجواز قبله، بيان انه من موارد الرجوع الى استصحاب حكم المخصّص عند الشكّ، أو الرجوع الى العام، فاعلم انه، و ان كان مثل «أوفّوا» و «المؤمنون» مما دلّ على عدم جواز فسخ العقد، إذا خصّص من موارد الرجوع الى استصحاب حكم المخصّص، لا الرجوع الى حكم العام، فان حكم وجوب الوفاء، أو لزوم الالتزام بالشرط، أنّما لو حظ بنحو استمرار أمر وحداني في الأزمنه، لا متعددا بحسبها، فاذا قطع فلا يرجع إليه إذا شكّ، بل الى استصحاب حكم الخاص، ألّا انه في المقام حيث ما انقطع حكمه من البين، بل منع عنه من الأول في الجملة قبل انقضاء المجلس، و حصول التلف مثلا، فاذا شكّ في أنّه صار محكوما أولا، فالمرجع هو الحكم العام، لإطلاق العقود، أو الشروط، لو كان لهما إطلاق، فإن قضيته ان يكون محكوما به مطلقا، و دليل الخيار، أو الجواز في المعاطاه، قيّده و جعل المحكوم به، هو العقد به انقضاء المجلس، أو حصول التلف، فاذا شكّ في زياده التقييد، فالمرجع هو الإطلاق، الا- ان يمنع عنه، بتقريب أنّه غير مسوق بلحاظ الطّواري بل لحاظ نفس العقد، و الشرط، فليرجع الى استصحاب حكم المخصّص، هذا بالنسبه إلى جواز الفسخ، و اما بالنسبه إلى جواز التّراد، فكذلك، اي المتبع هو إطلاق مثل «لا يحل مال امرء- إلخ-» (١) لو كان، و ألّا فاستصحاب جوازه، و لا يمنع عنه مثل تلف احدي العينين، لامتناع التّراد، كما أفاد، لأنّه ليس متعلّقه نفسهما، كي يمتنع ترادهما في الخارج، بل

ملكيتهما، و الملكيه كما صح انتزاعها عن الموجود، صح انتزاعها عن التالف، فإنها من الاعتبارات، و هي مما لا يتوقف على موضوع موجود، بل إذا كان هناك منشأ انتزاع، تنتزع عن غيره، و ليست هي بالجده، التي هي إحدى المقولات، كما توهم، حتى يحتاج الى موضوع موجود، كيف، و قد وقع التراد مع التلف، فيما إذا فسخ العقد بخيار، و لا يتفاوت في الامتناع، ان يكون التراد بلا واسطه، أو بواسطه الفسخ، لا يقال: في الفسخ لا تراد أصلا، بل يرجع الى بدل التالف، فإنه لو لا التراد، لم يكن وجه للرجوع الى البدل، بقاعده ضمان اليه، أو الإلتلاف.

هذا كله على القول بإفادتها الملك الجائر، و أما على القول بالإباحه، فبناء على الاولى الى البيع، كما أشرنا إليه، يكون المرجع عند الشك فيها، ما هو المرجع عند الشك في جواز الفسخ، أو التراد من إطلاق وجوب الوفاء، أو لزوم الالتزام بالشرط، الى غير ذلك لو كان، و أما فاستصحاب الإباحه طابق النعل بالنعل، و بناء على عدم الأول إليه، فما لم يعلم حصول الملك، فالأصل بقاؤها، لو كانا باقيين، أو الباقي منهما على الملكيه للمالك قبل حدوث ما يوجب الشك فيجوز تصرفه فيه بما شاء، كما يباح لصاحبه التصرف فيه بعده، كما كان قبله قطعاً، إذا علم بأن المالك لم يحدث فيه شيئاً، لا يبقى معه الإباحه، و استصحاباً لو شك فيه، أما إذا أحدث فيه ذلك، فلا مجال لاستصحاب جواز التصرفات، لحكومته استصحاب نفوذ تصرف المالك، على استصحاب جوازها، كما لا يخفى. فانقذح بما حققناه، مواضع الخلل في كلامه، زيد في علو مقامه، قد أشرنا إلى بعضها، و ربما نشير الى بعض آخر.

فتدبر جيداً.

قوله (ره): (و المتيقن من مخالفتها، جواز تراد العينين - إلخ-).

قد عرفت جواز ترادهما ملكاً، لا- خارجاً، فلا- وجه للامتناع بمجرد التلف، و الارتفاع، فالوجه في عدم التراد، هو اتباع إطلاق «الناس مسلطون» (١) و «لا يحل مال امرء» (٢) و نحوهما، و ألاً كان استصحاب جوازه

١- بحار الأنوار - ٢ - ٢٧٢.

٢- وسائل الشيعه: ٣ - ٤٢٤ - ب ٣ - ح ١.

مقتضيا لجوازه، مثل استصحاب الجواز في البيع الخيارى بلا تفاوت أصلا، و لو كان التلف مانعا عن التراد ملكا، لكان مانعا عنه في صورته الفسخ، مع ان الظاهر، ان يكون الجواز هيهنا، كالجواز في البيع الخيارى، من عوارض المعامله، لا العوضين، غايه الأمر هناك بحق الخيار، و هيهنا بمحض الحكم به، و ذلك لان الدليل عليه، ليس إلّا السيره التى استقرت على أنّ البيع بها، ليس بالصيغه فى عدم جواز الفسخ، بل يجوز فسخه لعدم استحكام المعاطاه عندهم، استحكام الصيغه.

و بالجمله، بنائهم فى المعامله المعاطاتيه، على نفوذ الفسخ من أحد المتعاطيين، و لو مع عدم رضاء الآخر.

قيل: استحكامها بالتصرف، أو التلف، و نحوهما، لا على جواز تراد العينين بلا توسط الفسخ، كما يظهر ذلك من الاستفسار منهم، كما صرح بجواز الفسخ فى السرائر، و اما التعبير بالتراد، الظاهر فيما ذكره (ره) فهو انما يكون من القائلين بالإباحه. فافهم.

و قد انقذح بذلك، فساد العلاوه التى ذكرها بقوله «مع ان الشك - إسخ-» و ذلك لما علم من أنّ الإطلاق لو كان، لكان مانعا من الاستصحاب مطلقا، و لو علم ان الجواز كان عن عوارض البيع، كما فى البيع الخيارى، و لولاه، فلا مانع من استصحابه، و لو علم بكونه عن عوارض البيع، كما فى البيع الخيارى، و لولاه، فلا مانع عن استصحابه، و لو علم بكونه من عوارض العوضين، لا مكان تحقّقه مع تلفهما، و ما لا- يكاد يتحقق معه ترادّهما خارجا، لا ملكا. و منه يعلم حكم ما لو تلف أحد العينين، أو بعضهما، على القول بالملك، و اما على القول بالإباحه، فالأصل عدم اللزوم، كما استوجهه بعض المشايخ على ما حكاه، لأصالة السلطنه، بل لقاعدتها، بناء على شمول دليلها لمثل هذه الطوّارى.

قوله (ره): (و على المال التالف بأخذ بدله الحقيقي، و هو المثل أو قيمه - إلخ-).

قد مرّ غير مره، انه ليس لعمومه هذا الشأن، و انما شأنه، إثبات السلطنه للمالك، قبلا لحجره فيما سوغ من التصرفات، فلا دلاله له على تجويز تصرف، فضلا عن الدلاله على الضمان بالمثل أو قيمه، و لعلّه أشار إليه بقوله فتدبر.

قوله (ره): (و الظاهر انه فى حكم التلف لان الساقط لا يعود - إلخ-).

لا- يكاد يعود نفس الساقط، حقيقه لامتناع اراده المعدوم، لكنه لا- يختص بالساقط، بل الملكيه الزائله عن العين الموجوده، كذلك لا تعود لذلك، و اعاده مثله كما فى الملكيه بمكان من الإمكان، فالعمده مع الشك، هو أصاله عدم العود، و عدم زوال ملكه عمّا انتقل اليه بعوض الدين، و لا استصحاب للجواز ههنا، ليحكم عليها كما لا يخفى.

قوله (ره): (و الظاهر ان الحكم كذلك على القول بالإباحه، فافهم - إلخ-).

فإنّ الظاهر ان اباحه الدّين على من عليه الدّين لا يعقل لها معنى، ألّا سقوطها، فيعود أنّ السّاقط لا يعود مع ما علّقناه عليه طابق النعل بالنفل.

فافهم.

قوله (ره): (فهو كالتلف على القول بالملك - إلخ-).

قد عرفت ان التلف لا- يمتنع معه التّراد، خلافا له (ره)، لكن الظاهر امتناعه مع النقل، و لو كان جائزا أيضا، و ذلك لان المراد به هو ردّ العين الى ملكه عن ملك حدث لصاحبه بنفس المعامله، لا من ملك غيره، و لا عن ملكه بسبب غيرها، و لو كان فسخ ما يوجب ارتفاعها، لعدم إمكان التّراد بالمعنى المراد قبل فسخه، لكونه عن غير ملك المتعاطيين و بعده، لكونه عن غير ملكه الحاصل بالمعامله، فإن فسخ المعامله، كعقدها سبب مستقل، و ان أبيت فلا أقل من الشك، و معه فالأصل عدم جوازه، لانقطاع الجواز بتخلّل ملك الغير، و بذلك ظهر عدم التفاوت بين ان يكون بعقد لازم، أو

جائز، فلا تغفل.

قوله (ره): (اتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الأخرى - إلخ-).

لا يخفى أنّ المتّجه، عدم جوازه، فإن تملك المالك للعين الموهوبه، تملك بوجه آخر، غير التملك بالزّد في المعاطاه، ليحجب ردّ الأخرى إلى مالكةا، كى حصل التراد، و لم يلزم الجمع بين العوضين، فالعينان و ان اجتماعا عنده، ألّا أنّ إحداهما بالمعاطات ابتداء، أو بعد التصرف في إحداهما بالهبه، و الأخرى بالرجوع الى العين في الهبه، لا المعاطاه. نعم لو كان الرجوع إليها بالفسخ، يمكن ان يقال بعود العلقه السّابقه، بحسب الاعتبار، و ان لم يكن عودها بحسب الحقيقه، لامتناع اعاده المعدوم، فكأنّه لم يكن هناك هبه، فيكون المعاطاه على ما كانت محلّاً للتّراد، لكن الرجوع في الهبه، ليس فسخاً لها، مع أنّه لو كان من باب الفسخ، فلا يحكم بجواز التراد لعدم القطع به، و لا لاستصحابه، لانقطاعه قبل الرجوع قطعاً، فافهم.

قوله (ره): (سقط الرجوع على القول بالملك لامتناع التّراد - إلخ-).

لو قيل بحصول الشركه بمجرد الامتزاج، و ألّا لم يمتنع التّراد، لبقاء الأجزاء الممتزجه على ما كانت عليه من الملك، أو الإباحه، لمن صارت اليه من المتعاطين، فيصح ردّها الى من انتقل عنه. فتدبر جيّداً.

[السابع إن الشهيد الثاني في المسالك ذكر وجهين في صيروره المعاطاه بيعا بعد التلف]

قوله (ره): (لإطباقهم على انها ليست بيعا حال وقوعها، فكيف يصير - إلخ-).

قد عرفت بما لا مزيد عليه أنّه لا غرابه فيه أصلاً، و ليس حالها، ألّا حال بيع الصّرف و السّلف في عدم كونهما بيعا قبل القبض في المجلس بالاتفاق، و صيرورتهما بيعا بعده كذلك، و من هنا ظهر أنّ حالها في ترتيب أحكام الخيار و غيرها حالها، كما لا يخفى.

[الثامن لا إشكال في تحقق المعاطاه بما إذا تحقق الإنشاء بالفعل]

إشاره

قوله (ره): (فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم أى - إلخ-).

لا- يخفى، انه خلف إذا افترض فيما إذا حصل بالقول غير الجامع لشرائط اللزوم، فلا- يكاد يتأتّى فيه، ألّا بالخلف، ثم ان الفاقد لشرائط اللزوم، فان كان واجدا لجميع ما يعتبر في الصحه عند الجميع، فلا يعقل ان

يحتمل ان يكون من باب المعاطاه التي هي محل الخلاف، و ان كان فاقده البعض ما يعتبر فيها كذلك، فكذاك، و ان كان فاقدا لبعض ما يعتبر عند البعض دون الآخر، فيكون فاسدا عند من اعتبره، و صحيحا عند غيره، فكذاك أيضا، و أنما يصح التردد في تمشيه النزاع و الخلاف في الإنشاء القولي، فيما إذا جعل المحلّ الإنشاء بصيغه كذا أو بغير صيغه كذا، فيصح حينئذ ان يردّد في انه كالإنشاء بالمعاطات في كونه معرکه للآراء و الخلاف بين العظاماء- فافهم.

قوله (ره): (أقول: المفروض ان الصيغه الفاقده لبعض الشرائط- إلخ-).

يمكن ان يقال أنّ الصيغه المفروضه، و ان لم تتضمن إلّا إنشاء واحدا، و المفروض فسادها، للإخلال ببعض ما اعتبر فيها، إلّا أنّ الصحه و الفساد، لما كان من الأمور الإضافيه، كما أشرنا إليه في بعض الحواشي السابقه، كان فساد الصيغه المنشاء بها التمليك بما هي عقد البيع، و لا يترتب عليها شىء مما يكون آثار العقد، من اللزوم و غيره، لا ينافى كونها معاطاتا و داخله في المسأله التي تكون معرکه للآراء، و صحيحه بما هو بيع عند بعض، و اباحه عند آخر، الى غير ذلك من الأقوال فيها، و الحكم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد يمكن ان ينزل على أنّه حكم اقتضائي لا فعلي، بمعنى ان قضيه فساده بما هو عقد، ذلك لو لم يجىء في البين الحكم بصحته بوجه آخر، اى بما هو بيع بغير العقد، و هذا أحسن ما يقال، توفيقا بين ما ذكر في المقامين. فتفطن.

[مقدمه في خصوص ألفاظ عقد البيع]

اشاره

قوله (ره): (ثم الكلام في الخصوصيات المعتره في اللفظ- إلخ-).

و المرجع في عدم اعتبار خصوصيه ماده، أو هيئه، هو الإطلاق المنافي لاعتبارها، لو كان، و إلّا فأصالة الصحه، لو كان الشك في اعتبارها فيها، و أصالة اللزوم لو كان الشك في اعتبارها فيه، كما مرّت إليه الإشاره.

قوله (ره): (اما الكلام من حيث المادّه، فالمشهور عدم الوقوع- إلخ-).

لكن مقتضى الإطلاقات في باب البيع، وقوعه بالكنايات، و أنحاء

المجازات، بلا فرق أصلى بين ان يكون القرينه على التجوز لفظا أو غيره، لاستناد إنشاء التمليك الى اللفظ على كل تقدير، كما لا يخفى. نعم ربما يمكن المناقشه فى صدق العقد على ما إذا وقع بالكنايه، فإنه عهد مؤكّد، و لا يبعد ان يمنع عن تأكّده فيما إذا وقع بها، و ذلك لسرايه الوهن من اللفظ، الى المعنى لما بينهما من شدّه الارتباط، بل نحو من الأنحاء.

[مسأله الأشهر لزوم تقديم الإيجاب على القبول]

قوله (ره): (ان القبول الذى هو أحد ركنى العقد، فرع الإيجاب - إلخ-).

و محصل ما ذكره وجهها للتفصيل على طولها و جواز تقديم مثل اشترت، و عدم جواز تقديم مثل قبلت، هو اشتمال هذا على المطاوعه التى لا- بدلها من الفرعيه، و التابعيه، فكيف يقدم بخلاف ذاك فإنه لا مطاوعه فيه، فيؤخر و يقدم، قلت: لا يخفى أنّ العقد و ان كان ينعقد بفعل الاثنيين، و يتقدم بركنين، ألا أنه أمر واحد، لا يكاد تحققه، ألا من تواطئهما على أمر وحدانى يوقعه أحدهما، و يقبله الآخر، و يظهر الرضاء به، و لا يكاد يتحقق بإيقاع كل واحد معنى على حده، بل يتحقق هناك من كل إيقاع، لا منهما، عقد، فلا- بد فى تحققه من إيجاب من أحدهما، و إنشاء الرضاء بما أوجبه، و قبوله بما يدل عليه، مطابقه أو التزاما من الآخر، فالتبعيه التى لا- بد منها فى القبول، بأى صيغه كانت، لو اقتضت التأخر، فليكن القبول مطلقا مؤخرا، و ألا فلا مقتضى لوجوب تأخره إذا كان مثل لفظ، قبلت، و المطاوعه التى تكون مأخوذه فى معناه، ليست ألا تلك التبعيه التى لا بد منها فى كل قبول، و هى غير مقتضيه لوجوب تأخره، ألا أنها لازمه نفس المعنى فى (قبلت)، و لازم كونه فى مقام القبول فى مثل (اشترت)، و هذا لا يوجب التفاوت بينهما فى ذلك، كما لا يخفى.

و دعوى أن المطاوعه بمعنى آخر، تكون مأخوذه فيه، ممنوعه، مع أنّ مطاوعه القبول مطاوعه ايقاعيه، إنشائية، تحصل بأى شىء كان، بمجرد قصد حصولها باستعمال اللفظ فيها، كما هو الشأن فى جميع المعانى الإنشائية، و التى لا تكاد تكون إلا متأخره، هى المطاوعه الحقيقيه، كالانكسار حيث

لا يكاد يتحقق الا عن كسر، لا المطاوعه الإنشائيه، بداهه صحه استعمال اللفظ فى المعنى المطاوعى إنشاء، كما يصح اخبارا، و ان لم يكن هناك مما يكون هذا مطاوعه عين، و لا- اثر واقعا، و لا إنشاء، و ذلك لكون الإنشاء خفيفه المؤنه، يمكن ان يعبر إنشاء من اى معنى، و لو كان محالا غايه الأمر يقع لغوا لو لم يكن بداعى عقلائى، فانقذح بما حققناه، أنه لا مانع عقلا عن تقديم مثل (قبلت). نعم يمكن ان يدعى انّ تقديمه غير متعارف، و لا بدّ فى تحقق العقد، ان يكون صيغته بالنحو المتعارف، فتأمل، و لا اعتناء بما نقل من الإجماع فى مثل المسأله، حيث يطمئن بأنّه ما ورد من صاحب الشرع، ما يدل بالخصوص على عدم جواز تقديم مثل (قبلت)، و أنّما ذهب اليه، من ذهب لمثل ما افاده (ره)، أو أشرنا إليه، لا- أقل من احتمال ذلك فى من لهم الدّخل فى تحصيله، لو لم يكن فى الكل، أو الجلّ، و هو كاف فى حصول الياس عن الكشف بالحدس، و عليك بالتأمل التام فيما افدناك فى المقام.

قوله (ره): (فتلخص مما ذكرنا انّ القبول فى العقود على ثلاثه أقسام- إلخ-).

قد عرفت بما حققناه، أنه لا بد فى القبول الذى يتقوم به العقد، و يكون أحد ركنيه من التبعيه مفهوم ما ركنه الآخر، تقدم فى الخارج أو تأخر، تقدم فى الخارج أو تأخر، و أزيد منها لا يكون فيه بمعتبر، مع أنّك قد عرفت، أنه لا يوجب تأخره، و ان كان معتبرا. فتدبر جيدا.

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

قوله (ره): (و ما ذكره حسن، لو كان الملك- إلخ-).

مع انه يمكن مع اعتبار الموالاه عرفا من صدق العقد أيضا، و دعوى صدقه على ما إذا كان تأخير القبول بتواطؤ منهما، بلا إخلال بشىء آخر ممّا يعتبر فيه. اللهم إلا ان يدعى انصرافه عنه، فتأمل.

[و من جمله الشروط التى ذكرها جماعه التنجيز فى العقد]

قوله (ره): (و تسلط الناس على أموالهم- إلخ-).

قد عرفت انه غير كاف فى إثبات أنحاء التسلطات، فضلا عن أسبابها. فلا تغفل.

قوله (ره): (و بالجمله فإثبات هذا الشرط فى العقود، مع عموم أدلتها و وقوع كثير منها فى العرف، على وجه التعليق بغير الإجماع - إلخ-).

و تحصيل الإجماع فى مثل هذه المسألة، من الاتفاق لو كان أشكل، لاحتمال تشبث البعض، لو لا الجلل، أو الكل، بما أشار إليه من الوجوه الاعتبارية بما فيها من الضعف، و المنقول منه فى مثلها ليس بحجه، و لو قيل بحجته فى نفسه، فالعمل بإطلاقات أبواب المعاملات، لا يخلو من قوه.

[و من جمله شروط العقد التطابق]

قوله (ره): (و من جمله شروط العقد التطابق - إلخ-).

ضروره أنه لو لا التطابق لما قصد امرا واحدا بل فان لكل هم و قصد، فلا يكون بينهما عقد، نعم لو كانت الخصوصيه التى اختلفا فيها بحسب القصد، غير مهمه لهما، و المهم كان الجامع المقصود لهما، لا بأس بعدم التطابق، فلو قصد الموجب البيع من القابل، و قد قصد قبوله لموكله صحَّ العقد، فان مهم الموجب ليس ألا تمليك ماله من الأعم، من الشخص و موكله، و أنما قصده لأجل أنه اعتقد أنه قصد الشراء لنفسه، و هذا بخلاف عقد المزواجه، فإنه لا بد فيه من تعيين الزوج، و أنه له أو لموكله، فإنه المهم فيه كالعوضين فى البيع.

[و من جمله الشروط فى العقد أن يقع كل من إيجابه و قبوله فى حال يجوز لكل واحد منهما الإنشاء]

قوله (ره): (لأنّ المعترف فيه عرفا رضاء كل منهما - إلخ-).

لا يخفى أنّ الرضا ممّا يعتبر فى صحه العقد، و تأثره شرعا و عرفا، لا ممّا يعتبر فى تحقّقه، و انما المعترف فيه القصد، لطيب كان، أو كره منه. نعم فى تحقّق الإكراه فى مثل العقد ممّا يتقوّم بالقصد، بحث يأتى. و بالجمله لا ينبغى الإشكال فى انعقاده فيما إذا قصد التوسيل الى تحقّق مضمونه، و لو كان عن كره، غايه الأمر، عدم ترتب الأثر عليه ما لم يلحقه الطيب و الرضاء، فلا يكون صحه بيع المكره إذا لحقه الرضاء على خلاف القاعده، للإجماع.

[فرع لو اختلف المتعاقدان فى شروط الصيغه]

قوله (ره): (و الأولان مبنيان على أنّ الأحكام الظاهرية - إلخ-).

هذا إذا قلنا بأنّها، أحكام واقعيه مطلقا، و لو فى حق من رأى خلافها، و لو قلنا باختصاص ذلك بمن رأى بواقعيتها، كما هو الأظهر، فلا يتفاوت كونها أحكاما واقعيه، أو عذريه فيما هو المهم فى المقام، و أنما التفاوت

بينهما في مقام آخر عند كشف الخلاف، فلا تغفل.

[مسألة في أحكام المقبوض بالعقد الفاسد]

[أحدها الضمان]

[قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده]

إشاره

قوله (ره): (و كيف كان، فالمهمّ بيان معنى القاعده- إلخ-).

و حيث أنّ هذه القاعده بألفاظها، ليست ممّا دلّت بها آيه، و لا وردت في روايه، و ما وقعت في معقد إجماع، لم يكن بيان معناها من المهم بشىء، ضروره أنّه لا بدّ ان يراد منها ما يساعد عليه سائر القواعد، و أنّما المهم، بيان ان قضيتها الضمان في أى الموارد، ساعد عليه ظاهر القاعده، أو لم تساعد، و هكذا الحال في عكسها.

قوله (ره): (و المراد بالضمان في الجملتين، هو كون درك المضمون عليه- إلخ-).

لا- يخفى، أنّ الضمان هو اعتبار خاص، يترتب عليه آثار تكليفيا، و وضعيا، منها لزوم أداء المضمون الى المضمون له، لو تمكن منه، و أداء بدله من قيمته أو مثله، لو لم يتمكن من أدائه، لتلف و نحوه، و هو بهذا المعنى لا يكاد يكون في مال نفس الضامن، بل في مال غيره، فلا- يكون في العقد الصحيح ضمان بمعناه الحقيقي، فلا بد ان يراد في القضيّه الأولى بالمعنى المجازى، و أقرب المجازات الى المعنى الحقيقي كون تلفه عليه، فإنّه من أظهر آثاره. لا يقال أنّه لا يوجب صحّه التجوز، و الّا لجاز أن يقال، ان المالك يضمن أمواله، فإنّه لو سلّم فصحه التجوّز ههنا، أنّما هو لخصوصيه المقارنه مع الضمان في القضيّه الثانيه، كما في قوله تعالى «فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ- الآيه-» (١) و لمثلها دخل في صحته، أو حسنه و ملاحظته، و لا- يصحّ ان يراد بالضمان في القضيّه الأولى، ما افاده من درك المضمون، و خسارته في ماله الأصلي، كيف، و لا يكون ضمان بهذا المعنى في العقد الصحيح بالنسبه إلى الوارث، مع أنّه من موارد القاعده أصلا، و عكسا، حيث لا ضمان عليه فيما انتقل اليه من مورثه، من مال ملكه بالعقد الصحيح، الّا بمعنى كون تلفه عليه، و أنّما كان خسارته هكذا على البائع بمجرد العقد، و لو لم يتلف، فافهم.

قوله (ره): (فالمعتين بمقتضى هذه القاعده، الضمان فى مسأله البيع - إلخ-).

لا يخفى، ان البيع بلا ثمن، ليس من أفراد القاعده، فإنه ليس ببيع و ان كان بصيغته، لأنه مبادله مال بمال، لا أنه ليس بصحيحه، بل هو من أفراد عكس القاعده، فهبه صحيحه، ان قلنا بكفايه المجاز و الكنايه، و فاسده ان لم نقل بالكفايه. و كيف كان المتيقن بمقتضى عكسها، عدم الضمان فى المسأله، هذا لو قصد التمليك بلا عوض، و اما إذا قصد ما هو حقيقه البيع و بلا ثمن، فكما لا بيع، لا هبه، و لا يكون هناك عقد للمناقضه فى القصد.

قوله (ره): (و اما لمطلق السيئه - إلخ-).

فى كلتا القضيتين حقيقه بناء على ان يكون السبب للضمان فى العقد الفاسد، هو الاقدام، و مجازا فى الثانيه، لأجل المشاكله، و المقاومه مع الاولى، بناء على ان يكون اليد سببا فيه، كما لا يخفى.

قوله (ره): (و لأنهما إنما أقدما، و تراضيا، و تواطئا بالعقد الفاسد - إلخ-).

يمكن ان يقال، بأنهما أقدما على أصل الضمان، فى ضمن الاقدام على ضمان خاص، و الشارع أنما لم يميز الضمان الخاص، لا أصله، مع أن دليل فساد العقد، ليس بدليل على عدم إمضائه، فافهم، لكن لا دليل على كون الاقدام سببا للضمان أصلا.

قوله (ره): (ألا ان مورده، مختص بالأعيان، فلا يشمل المنافع - إلخ-).

و مورده و ان كان مختصا بالأعيان، ألا ان قضيه كونها مضمونه، ضمان منافعها، ضمان المنافع فى الإجاره الفاسده، أنما يكون بتبع ضمان العين المستأجره. و بالجمله قضيه ضمان اليد، ضمان المنافع فيما كانت العين مضمونه بها، فاختصاص مورده بالأعيان، لا- يوجب اختصاص الضمان بها، نعم الحرز، حيث لم يكن نفسه مضمونه باليد، لم يكن اعماله مضمونه فى الإجاره الفاسده بها، فافهم.

قوله (ره): (ألا ان يستدل على الضمان فيها، بما دلّ على احترام مال المسلم - إلخ-).

لكنه لا يخلو عن الاشكال، لدعوى انصراف مال المسلم عن

إعماله، أولاً، و عدم قضيه الاحترام الآ حرمه التصرف فيها بدون الاذن لا الضمان، ثانياً، و لا أقل من عدم قضيه الضمان إلا إذا كان الغير سببا لا تلافها، ثالثاً. ضروره أنه ليس فى عدم الضمان شىء من المنافاه، للاحترام فيما إذا كان المالك باختياره متلفاً لها، كما فى المقام، حيث ان العاقد يعمل وفاء بالعقد اختياراً، بل و ربّما كان على خلاف ميل الآخر و رضاه، حيث لحقه الندم، و كون العقد فعل الاثنين، لا يقتضى عدم استقلال كل منهما فى وفائه، و العمل على وفقه.

و من هنا انقذح الإشكال فى الاستدلال بقاعده الضرر أيضاً، إذا كان عمله وفاء باختياره، كما هو محل الكلام.

فتلخص أنه، لا مدرك للقاعده، للإجازة الفاسده المتعلقه بعمل الحرّ، و فى المسابقه الفاسده مطلقاً، فيمكن ان يكون القاعده، بعد انه لا مدرك لها على حده، بل مصطاده من الموارد التى حكم فيها بالضمان بأحد أسبابه غالبية، لا كليته، كما هو الشأن فى سائر القواعد التى كان لها مدرك على حده، حيث أنه ما من واحده منها، إلا و قد خرج منها بعض الموارد.

قوله (ره): (و مورد العقد فى الإجاره، المنفعه - إلخ-).

كما هو المتوهم من تعريفها بتمليك المنفعه، و لكن التحقيق، أنّ مورده فيها، نفس العين، و لذا يقال «آجرت الدار، و استأجرتها» و أنّ الإجاره عباره عن، إضافه خاصه بين العين المؤجره و المستأجر، و من آثارها تملكك منفعتها. و التعريف بالتمليك، تعريف بالرّسم، مع أنه لو سلّم أنه بالحدّ، كان مورد عقدها أيضاً، نفس العين، فإنّها تملكك المنفعه، و لا يكاد يكون مورد، و متعلقه، إلا العين، فافهم.

قوله (ره): (عموم ما دلّ على ان من استأمنه - إلخ-).

فإنّ بطلان استئمان المالك، بما هو وديعه، أو عاريه، أو غيرهما، و عدم ترتيب الآثار الخاصه لهذه العقود عليها، لا يوجب خروجه عن الاستئمان المانع من الضمان.

[في عكس هذه القاعدة]

قوله (ره): (اما في الهبة (١)، فيمكن الاستدلال - إلخ-).

قضيه الفتوى، ليست إلا عدم الضمان فيما إذا لم يكن هناك إفراط و تفريط، لا و لو كان كما هو المهم في الهبة الفاسده، كى يكون كصحيحها، كما لا- يخفى، هذا، مع أنّ منع الفحوى، بمكان من الإمكان، إذ لعلّ ملاك عدم الضمان مع الاستيمان، ما نجده بالوجدان من الملائمه التامه بينهما في الجملة، و لا يكاد يدركها بينه و بين الهبة الفاسده، فضلا عن ان يكون بالأولى.

[الثانى من الأمور المتفرعه على المقبوض بالعقد الفاسد وجوب رده فورا]

قوله (ره): (الّا ان يقيّد بغيرها، بأدله نفى الضرر - إلخ-).

إنّما يقيّد بها، فيما إذا كانت المئونه الكثيره، زائده على ما يتوقّف عليه الرّد بحسب المتعارف و الّا كان دليله مقّيّدا لها، و ذلك لما حقّق فى محلّه، من ان أدلّه نفى الضرر كما يقيّد بها أدلّه الأحكام، كذلك يقيّد بها فيما لا بدّ منه، و يقتضيه طبعها بحسب المتعارف.

قوله (ره): (و لو نوقش فى كون الإمساك تصرّفا، كفى عموم - إلخ-).

لا- يخفى، ان المناقشه فى عموم مثل «لا يحل» لغير التصرفات أوضح، مع أنّه لو سلّم دلالتة على حرمة الإمساك، فلا دلالة على وجوب الرّد تعيّنا أصلا، و لو على القول بمقدميه الضّد، فان الرّد، و الإمساك، و ان كانا ضدّين، الّا أنّه لهما ثالث، و هو التخليه بينه و بين مالكة، فلا يجب عليه على هذا القول، إلّا أحدهما، لا خصوص الرّد، فافهم.

قوله (ره): (و اما توهم أنّ هذا باذنه - إلخ-).

يمكن ان يقال: أنّه إذا علم الدّافع بالفساد، لا يكون دفعه و قبض الغير الّا برضاه، و كون الدفع وفاء بالعقد، لا ينافى كونه برضاه فى الصوره المذكوره. نعم لا يكون التصرف فيه، بمجرد العقد أو بعد الدّفع، و الجهل بالفساد برضاه المالك. فافهم.

[الثالث في ضمان المنافع المستوفاه]

قوله (ره): (و يدلّ عليه عموم قوله: لا يحلّ (١) - إلخ-).

قد تقدم الإشكال في الاستدلال بعمومه على الضمان، وأنّ الدليل على ضمان المنافع، هو الدليل على ضمان الأعيان، لكون ضمانهما من آثار ضمانها و لوازمه، و لا يتفاوت في ذلك بين كونها مستوفاه أو غير مستوفاه، كما لا يخفى، و الظاهر أنّ هذا هو الوجه في ضمانها مطلقاً في باب الغصب، قولاً واحداً، و لا أظن اختصاص ذلك الباب بوجه غير جار في الباب، إلا ان يكون هو إجماع الأصحاب، لكنه لا يظن ان يكون مدرّكهم أيضاً، إلا ما ذكرنا.

فافهم.

ثم أنّ مثله في الاشكال، في الاستدلال به على الضمان، الاستدلال بما دل على احترام مال المسلم، كما تقدّم، و انقدح بما ذكرنا انه لا موجب للضمان في المنافع إلا اليد، بالتقريب الذي ذكرنا، لا ما ذكره، من غير فرق بين المستوفى منها و غير المستوفى. نعم لو سلم دلالة عدم حلّ مال الغير، و احترام مال المسلم، على الضمان، لاخصّ بالمستوفى، فان غيره ما تصرّف فيه و ما انتفع به، كى لا يحلّ بلا عوض، أو ينافيه الاحترام.

قوله (ره): (محتجاً بان الخراج بالضمان (٢) - إلخ-).

لا- يخفى ضعف الخبر سنداً، و دلالة، بإرساله و إجماله، لاحتمال ان يكون المراد به، هو ان خراج الأرض كماً و كيفاً على من ضمنها، انما هو بحسب ضمانها، أو معنى آخر، حيث لم يعلم أنّه في أى مورد ورد. فتدبّر.

[الرابع في بيان ضمان المثلى]

قوله (ره): (و قد اختلفت كلمات أصحابنا في توقف - إلخ-).

و حيث أنّ هذا اللفظ لم يرد في أية أو روايه، لبيان حكم ضمانه بالمثلى، بل غايته، وقوعه في معقد الإجماع، لا يجدى في الحكم به تعيين واحد من المعانى التى اختلفوا فيها، بل لا بدّ فيه ممّا اتفقوا عليه من المعنى، و الرجوع فيما اختلفوا فيه الى ما يقتضيه القواعد، و الخلاف في معناه، مع وقوعه في معقد

١- وسائل الشيعه: ٣- ٤٢٤- ب ٣- ح ١.

٢- التاج الجامع للأصول- ٢- ٢٠٤.

الإجماع، أنما لا- يمنع عن تعيينه بقواعده، إذا كان بماله من المعنى مجمعا عليه، كى لا ينافى خلافهم فى ذاك، إجماعهم عليه بما له من المعنى، لا- إذا كان بمعنى مجمعا عليه، فینافی الخلاف، الإجماع، إلّا فيما اتّفقت عليه المعانى المختلفه فيها، كما لا يخفى، و لم يعلم بعد انعقاده على النحو الأوّل، فافهم.

ثمّ الظاهر، أنّ الاختلاف فى تعريفه، ليس لأجل الخلاف فى حقيقته و ماهيته، ضروره أنّ مثل هذه التعريفات، ليس بحدّ، بل و لا رسم، بل من باب شرح الاسم، كما هو الشأن فى التفسيرات اللغويه، و لعلّه أشار الكلّ الى المعنى الواحد، و المفهوم الفارد من وجه التفات اليه من طرفه، فلا- مجال للنقص و الإبرام فيها طردا و عكسا، و ليس اختلافهم فى مثاليه بعض الأشياء و قيمته، كاشفا عن اختلافهم فى المعنى، و سعه دائرته و ضيقها، لاحتمال ان يكون الاختلاف، للاختلاف فى التضييق و صدق ذاك المعنى عليه، و عدم صدقه. فافهم.

و كيف كان فتعريف المشهور بأنّه ممّا يتساوى اجزائه بحسب قيمه، لا- يعمّ كثيرا من المثليات، مثل المسكوكات، و سائر المصنوعات المشتبهات، كالساعات، و الظروف، و الآلات الفرنجيه، حيث أنّ كل واحد منهما يكون مثليا، و ليس ممّا يتساوى، اجزائه بحسب قيمه، فالأولى تعريفه بما كثر افراده التى لا تفاوت فيها بحسب الصفات المختلفه، بحسب الرّغبات.

قوله (ره): (و لا يبعد ان يقال: ان الأصل هو تخيير الضامن - إلخ-).

لا- يخفى، أنّه لو كان الضمان، بالقيمه فى القيميات مجرد إرفاق، بحيث لو تمكن من مثل العين التالفه، و ما يشابهها بحسب الصفات فيها، كان له دفعه، و لا يتعيّن عليه قيمته، كان الأمر من باب الدوران بين التّخيير و التّعيين، و الأصل عدم الخروج عن العهده إلّا بالمعيّن للشك فى الخروج بدونه، فلا وجه للتّخيير، و لو كان الضمان بها فيها على نحو التّعيين، كان الأمر من باب الدوران بين المتباينين، و يتعيّن فيه الاحتياط لا التّخيير، إلّا ان الاحتياط حيث يحصل هنا بمجرّد تسليمهما، ليختار المضمون له،

واحد شاء يكفي تسليمهما لذلك، لا دفع كليهما، كما أنّ الاحتياط له ان لا يختار واحدا منهما، ألّا برضاء الضامن، فالاحتياط لهما ان يختار أحدهما بتراضيهما.

قوله (ره): (و يمكن ان يقال: ان القاعده المستفاده - إلخ-).

انما يمكن إذا لم يكن المتعارف في القيمات، ضمانها بالقيمه، و لو مع التمكن من المثل، بل كان المتعارف، هو الضمان مطلقا، بالأقرب إلى التالف فالأقرب، و لا إشكال في أنّ المثل مطلقا أقرب، و ألّا فقضيّه الإطلاقات، ليس ألّا الرجوع فيما علم أنّه مثلي إلى المثل، و فيما علم انه قيميّ إلى القيمه، و أمّا ما لم يعلم أنّه من أيّهما، فهي ساكنه عن بيان حكمها، فلا بد فيه من الرجوع الى ما يقتضيه الأصل، و قد عرفت. لكن الظاهر أنّ المرتكز في الأذهان في باب الضمان، بعد تعذّر ردّ نفس العين، هو دفع المثل مع الإمكان، و هو ظاهر الآيه (١)، حيث دلّت على اعتبار المماثله في الاعتداء الملازمه للاحتياط في المتعدى به، هذا، و لو سلّم أنّه لبيان اعتبارها في الاعتداء، كما في المناقشه فيها، مع أنّه ممّا يساعده الاعتبار، و التضمنين بالقيمه في بعض الاخبار، كما يأتي، أنّما يكون في مورد يتعذّر فيه المثل عادة.

[الخامس لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل]

قوله (ره): (و لكن الأقوى مع ذلك، وجوب الشراء - إلخ-).

و ذلك لان ضرر الضامن في الشراء بأزيد من ثمنه، يزاحم بضرر المالك في منعه عما يستحقّه من المثل، فيبقى ما دلّ على الضمان بالمثل بلا مزاحم، و عدم العلم باستحقاقه للمثل شرعا، لا ينافي استحقاقه له عرفا، و اعتبارا، و هو كاف في صدق الضرر حقيقه. فافهم.

[السادس لو تعذّر المثل في المثلي]

[فرع لو دفع القيمه في المثل المتعذّر مثله، ثم تمكّن]

قوله (ره): (لو دفع القيمه في المثل المتعذّر مثله، ثم تمكّن - إلخ-).

لا- إشكال في عدم عود المثل، فيما إذا كان دفع القيمه بتراضى منهما عوضا عما هو عليه، و انما الإشكال فيما إذا كان دفعها استحقاقا لها فعلا، و منشئه احتمال كونه وفاء حقيقه في هذه الصوره، أو كونه من قبيل بدل الحيلولة، و من هنا انقذح الفساد و اخلل فيما علّل به (ره) عدم العود، بان المثل كان دينا في الذّمه، سقط بأداء عوضه مع التراضى، و أنّه في غير المحل، ثم انه حيث لم يعلم ان أداء القيمه من باب الوفاء، أو بدل الحيلولة، و استصحاب بقاء المثل في الذّمه يعارض باستصحاب بقاء القيمه المدفوعه على ملك المدفوع اليه، و عدم عودها الى ملك المدافع. و كيف كان لم يثبت للمالك بعد أخذ القيمه حق مطالبه الضامن بالمثل بعد تمكّنه منه، و المرجع أصاله البراءه عن وجوب دفع المثل، لو طولب به. فتدبر جيّدا.

قوله (ره): (احتمل وجوب المثل عند وجوده، لأن القيمة بدل الحيلولة).

لا يخفى: ان القيمة بناء على انقلاب المثل بالقيمة، و سقوطه عن الذمه يكون وفاء حقيقه، لا بدل الحيلولة، و احتمال عدم كونها وفاء، انما هو على القول بعدم الانقلاب، كما عرفت فلا تغفل.

اشاره

قوله (ره): (لو تعذر المثل في المثلي، فمقتضى القاعده- إلخ-).

ربما يشكل بأن القاعده يقتضى الصبر الى ان يتمكن منه حيث تعذر، فلا يكون لذلك ظلما، و لا دليل على الانتقال الى البدل، بمجرد التعذر في الحال، و لا اعتداء منه ثانيا يوجب جواز الاعتداء عليه بالإلزام بالقيمة

بعد الاعتداء عليه بمثل ما اعتدى بإلزامه، و الحكم باشتغال ذمته بالمثل أولاً، فالإلزامه معه بها اعتداء عليه بغير اعتداء منه، فلا دلالة لئلايه على جواز إلزامه بها. فافهم.

و لا يخفى أنّ الاشكال، أنّما يكون لو قيل باشتغال الذمه بالمثل، و تبدّل عهده العين المضمونه بالذمه، كما هو ظاهر المشهور. و أمّا لو قيل ببقاء العهده على حالها، كما هو قضيه ظاهر الأدله، فلا إشكال، فإن أثر العهده يختلف بحسب الأحوال، ففي صورته بقاء العين، هو وجوب أداء نفس العين مع التمكن منه و مع عدمه بدل الحيلولة إلى أوان التمكن منه و في صورته عدم البقاء، هو وجوب أداء البدل من المثل في المثلى، فيما إذا تمكّن منه، و القيمه فيما إذا تعذر فيه، و في القيمي. هذا، مع أنّه يمكن ان يقال: ان الانتقال إلى القيمه في صورته تعذر المثل، كالانتقال الى بدل الحيلولة عند تعذر ردّ العين في الحال، و أنّه مما هو متعارف في التّضمينات العرفيه، فيكون متّبعا في الشّرعيه منها، لعدم ورود نحو خاص من الشارع في باب التّضمين، كما لا يخفى.

قوله (ره): (لأن المثلى ثابت في الذمه - إلخ-).

هذا على المشهور من اشتغال الذمه بالمثل، و أمّا على ما هو ظاهر الأدله، فلأنّ العين باقيه على العهده إلى ذاك الزمان، فيكون العبره بقيمه يوم الدفع، لأنها قيمه العين لا المثل. فافهم.

قوله (ره): (و عن جامع المقاصد الرجوع فيه الى العرف - إلخ-).

الظاهر أنّ مراده الرجوع الى العرف في تعيين ما يتحقق به الإعواز الموجب للانتقال إلى القيمه، و هو كذلك، لما مرّت الإشارة إليه، من ان المدار في باب كيفيه التّضمين شرعا، هو العرف، لا الرجوع من تعيين مفهوم الإعواز، كي يتوقف تعيينه على ما إذا انعقد الإجماع على ثبوت القيمه عند الإعواز، فافهم. و لعلّ المحكى عن التذكرة، كان في بيان ما يتحقق به ذلك، اى ما يوجب الانتقال إلى القيمه عرفا، و ألا كان بلا دليل. فتدبر جيّدا.

قوله (ره): (ثم انّ معرفه قيمه المثل (١) مع فرض عدمه إشكال- إلخ-).

لا- بد من تعيين ما هو المرجع في صورته الشك في التعيين، و أنّه أصاله البراءه عن الأكثر، أو أصاله الاشتغال، فربما يقال: انّ قضيه بقاء العين المضمونه في العهده مع التلف، و عدم تبدل الذمه بالاشتغال، على ما قويناه، هو لزوم الخروج عن العهده بالأكثر، استصحابا لها مع الشك فيه، لو اقتصر على الأقل، أو قيل ببقاء المثل في الذمه مع التعذر، بناء على التبدل، لكنه كان دفع المثل أو قيمه، خروجاً عن العهده كأداء نفس العين، و أمّا لو كانت عهدتا باقيه مع الدفع، و كان لزومه من أحكامها و آثارها، لا أفعالها، كما من بدل الحيلولة، أو قيل بعدم البقاء، و التبدل بالذمه، و عدم بقاء المثل فيها عند التعذر، و الانتقال إلى قيمه، كان الأصل، البراءه عن الأكثر، حيث لم يعلم إلا وجوب الأقل.

قوله (ره): (فهل له المطالبه بأعلى القيمتين، أم يتعين قيمه بلد المطالبه؟

- إلخ-).

لا يعدّ تعين قيمه بلد المطالبه، فإنّه محلّ الخروج عمّا عليه، و الوفاء بما في ذمته، بناء على المشهور، من بقاء اشتغال ذمته بالمثل مع تعذره، و عدم تبدل الاشتغال به، بالاشتغال بالقيمه، و كذا على ما قرّبناه من بقاء العين على العهده، فإنّه محلّ العمل بما هو قضيه كون العين، مضمونه، و في العهده، و لو منع عن أنّه لم يعلم استقرار سيره العقل، على ذلك، فلا بدّ من الرجوع الى ما يقتضيه الأصل، و قد مرّ تحقيقه.

[بقي الكلام في أنّه هل يعدّ من تعذر المثل خروجه عن قيمه]

قوله (ره): (بقي الكلام في أنّه هل يعدّ من تعذر المثل، خروجه عن قيمه؟

- إلخ-).

و لنقدّم الكلام في بيان حكم ما إذا خرج نفس العين المضمونه عن المالىه، ثم نتبعه ببيان ما إذا خرج المثل.

فاعلم أنّه لا ريب في دفع نفس الى مالها على الملكيه و عدم

الخروج بذلك عنها مع أنه لو سلم بالخروج، فلا أقل من ان يكون له حق اختصاص بها كما لا يخفى. واما دفع القيمة مع ذلك لو أوجب، لو قلنا بكون وجوب الدّفع من آثار العهده و أحكامها عند العقلاء، حتى يقتضيه إطلاق دليل ضمان العين، و الّا فلا دليل عليه أصلا، لعدم شمول من أتلف لما إذا تلف المالىه، فضلا عمّا إذا تلف، و الخروج عن عهده العين و ضمانها الناشى عن اليد، يكون بدفعها، و المفروض عدم كون دفع القيمة من آثار العهده.

و ضرر صاحب العين، معارض بضرر ذى اليد، فلا وجه لتقديم ضرره على ضرره على ضرره، مع ان الضرر ابتداء متوجه عليه بلا أقدام من الآخر، حيث أنه ما أقدم، الّا على ان يكون العين تحت يده، و وجوب دفع المثل، أو القيمة عند تلف العين أو الإلتلاف، أنما هو لأجل قاعده اليد، أو الإلتلاف، لا أقدام على ضرر دفع البدل. هذا كله فى العين.

أمّا المثل، فبناء على بقاء العين مع التلّف على العهده، كما قويناه، لا يعبد ان يكون من آثارها حينئذ، دفع القيمة، كما كان فى صورته تعذّر المثل، فإنّه حينئذ لا يكون قابلاً لان يعوض به عن المالىات، و بناء على تبدّل العهده بالاشتغال، كما هو ظاهر المشهور فى وجوب دفع المثل، فإنّه الوفاء بما فى ذمّته حقيقه، أو وجوب دفع القيمة، فإنّ المثل فى نظر العقلاء بذلك، خرج عمّا يوفى به الدّين، و جهان: أظهرهما الأول، و مع الشك، فالمرجع هو الأصل، و قضيتته وجوب دفع القيمة، بناء على بقاء العهده، استصحابا لها ما لم يدفعها، و كذلك بناء على اشتغال الذّمه بالمثل، لو كان دفع القيمة أيضا من باب الوفاء بما فيها، لا لأجل انتقال اشتغال الذّمه بها، لاستصحاب بقائه فيها ما لم يدفعها للقطع بكون القيمة حينئذ، مما يوفى به، بخلاف المثل، كما لا يخفى. و عدم وجوب دفعها، بناء على ان منشأ الشك فيه، و الشك فى انتقال الاشتغال بالتعذّر الى الاشتغال بالقيمة، استصحابا للاشتغال به و عدم الاشتغال بها، ثم ان قضيه الأصل فيما إذا شك فى انّ اى قيمه وجب دفعها مع اختلافها، هو وجوب دفع أعلى القيم، بناء على أنه الوفاء للأصل و قاعده الاشتغال، و أقلّها بناء على بقاء العهده و أنّه من آثارها، أو الانتقال

الى الاشتغال بها، لأصالة البراءة عن الزائد، واستصحاب عدم الاشتغال به، وقد مرّت الإشارة إليه. فلا تغفل.

[السابع لو كان التالف المبيع فاسدا قيما]

إشاره

قوله (ره): (فيكون الفصل بين التيسير و عدمه، قولاً ثالثاً- إـخ-).

لا بأس بالمصير اليه، حيث لم يظهر اتفاق و إجماع على عدمه، لاحتمال كونه من باب الاتفاق.

قوله (ره): (ثم [\(١\)](#) اختلفوا في تعيين قيمه- إـخ-).

الظاهر تعين قيمه يوم التلف، لو قيل باشتغال الذمه بالقيمه، و تبدل العهده به، كما هو المشهور، و يوم الدفع، لو قيل ببقاء العين على العهده، كما قويناه، لأنّ الاشتغال أنّما يكون بما هو قيمته بقول مطلق، و ما

١- و في المصدر: ثم انهم اختلفوا في تعيين القيمه.

هو إلاً قيمه يوم التلف، كما أنّ قضيّه العهده، دفع ما هو قيمته كذلك، و ليست إلاً قيمه يوم الدفع، فافهم.

[تحقيق حول صحيحه أبي ولاد]

قوله (ره): (اما بإضافه القيمه المضافه إلى البغل ثانيا- إلخ-).

فيه إشكال، فإنّ إضافه المضاف بما هو مضاف ثانيا، يستلزم ان يكون الإضافه، بما هي إضافه و ملحوظه باللحاظ الالى طرفا لها، و ملحوظه على الاستقلال، فإنها من مقوماته فى الإضافه الثانيه، و لو كان المراد إضافته ثانيا، لا بما هو كذلك، اى مضاف يلزم ان يكون حين التلفظ به طرفا لهذا على حده، و لذاك كذلك، و هذا يستلزم ان ينظر اليه ذاك الحين بالنظرين المتباينين، ضروره تنافى النظر اليه بما هو مضاف لأحدهما، للنظر اليه بما هو مضاف للآخر، كما لا يخفى على من تدبّر، مع أنّه غير مفيد، فإنّه لا يوجب اختصاص قيمه البغل بيوم المخالفه. و قد انقح بذلك حال اضافته مجموع المضاف المضاف إليه، فإنّه لا بد فيها من ملاحظه الإضافه الأولى ثانيا على حده، لكونها من مقومات المضاف فى الثانيه. اللهم ألّا ان لا- يكون اللحاظ الثانى الاستقلالى، حين اللحاظ الالى، و هو حال التلفظ بالمضاف و المضاف إليه فى الإضافه الاولى، بل بعده، بان يكون اضافته المجموع، أو اضافته المضاف بحسب المعنى. فافهم فإنّه دقيق.

نعم لو كان المراد إضافه القيمه المضافه إلى البغل المضاف الى اليوم، فهو و ان كان ممّا لا إشكال فى صحّتها، ألّا أنّه لا يجدى فيما هو المهمّ، فإنّ إضافه البغل الى يوم المخالفه، لا يقتضى اختصاص القيمه بيومها، كما لا يخفى. هذا، مع أنّ الموجود فى بعض نسخ الكافى و الاستبصار، البغل مع اللّام.

قوله (ره): (بل غير ممكن، لأنّ السائل إنّما سأل- إلخ-).

بل إنّما سأل عن اللزوم أو الملازمه بينه، و بين العطب، و ليس فى كلامه ما يشهد بكون سؤاله عما يلزمه، ضروره ظهور قوله «أ ليس له عطب أو نفق- إلخ-» فى السؤال عن الملازمه أو اللزوم، لا عما يلزم، كما هو واضح، و عليه كونه قيد النعم، بمكان من الإمكان، فيكون لبيان أنّ زمان

الملازمه التي هي مبنى الضمان، يوم المخالفه، دفعا لتوهم كون زمانه، يوم الاكتراء، أو لبيان لزوم، يوم المخالفه، نحو الوجوب المتعلق على المتأخر، دفعا لتوهم كون زمانه يوم الاكتراء، أو يوم العطب، و وجه السؤال عليهما، ما اختلج بباله من فتوى أبي حنيفه، من الملازمه بين لزوم اجره المثل، و عدم ضمان العين، فافهم.

فظهر أنّ اليوم كما يمكن ان يكون قيذا للقيمه، يمكن ان يكون قيذا لنعم، بل هذا أظهر، لأنّ جعله قيذا للقيمه اما بإضافتها اليه، و لا بدّ فيه من التحمل، كما أشرنا إليه في الحاشيه السابقه، و اما بجعله قيذا للاختصاص الحاصل لها من الإضافه، و لا بدّ فيه من التقدير، لان الاختصاص بما هو غير قابل لأن يكون متعلقا، و التقدير على خلاف الأصل، لكن ربّما يستشهد لكونه قيذا للقيمه، قوله عليه السلام «أو يأتي صاحب البغل بشهود- إلخ-» (١)، فإنّ الظرف في هذه الفقره، يكون قيذا للقيمه لا محاله، و قد استظهر اتحاده مع يوم المخالفه، فهي دالّه على ان الضمان أنّما يكون لقيمه يوم التلف، و كيف كان، فلو سلّم أنّ الزوايه ظاهره في كون العبره بقيمه يوم الضمان، لاخصّ بالعين المغصوبه، ففي اجزاء هذا الحكم الى محلّ البحث، لا بدّ من إجماع على عدم الفصل بين المغصوب و غيره من الأعيان المضمونه، أو استظهار عدم دخل الغصبيّه في ذلك، بل هو حكم مجرد الضمان. فتأمل.

قوله (ره): (إذ لا عبره في أرش العيب بيوم الردّ- إلخ-).

لا يخفى، أنّ يوم ردّ البغل و ان كان ممّا لا عبره به أصلا، إلّا أنّ يوم ردّ الأرش به العبره، و يكون على وفق القاعده، و لا بد ان يراد منه هذا اليوم، و أنّما عبّر به لاتّحادهما غالبا، و كون المتعارف ردّ الأرش، يوم ردّ العين، و لا محيص عن ذلك، و لو قيل بتعلّق الظرف بعليّك، فان يوم العين كما ليس به العبره في الأرش، لا عبره به في حدوث الضمان، و هو واضح، و لا في فعليته، فان زمانها يوم ردّ الأرش، لا يوم ردّها، مع أنّ تعلّقه بعليّك، يستلزم ان

لا يكون، عليك، بيانا للحكم الشرعى، و هو بعيد فى كلام الامام (ع)، خصوصا فى المقام، فلا بد من جعل الظرف، قيدا لليوم، و بذاك الإجماع يستكشف بطريق الإن أنّ العبره فى قيمه أصل العين بيوم ردّ قيمه. فافهم.

قوله (ره): (و حمل الحلف هيهنا على الحلف المتعارف- إلخ-).

ربّما يأتى عنه، أنّه الحلف الفاصل للخصومه فى مقام الحكومه، و ليس هو الّا الحلف عند الحاكم، و يمكن ان يقال: أنّ الامام (ع) أنّما يكون بصدد الإشاره الى ما لا يقع معه الخصومه، لا فى مقام بيان موازين الحكومه لدى التّشاجر و المخاصمه، حيث أنّ الإنسان يحصل له الاطمئنان بحلف خصمه غالبا، لو لم يكن دائما، و كان مراده من الحلف أو الرد، الحلف فى صورته اطمينانه بمقدار قيمه دون صاحبه، و الردّ فى صورته العكس، فيحصل للجاهل منهما الاطمئنان بحلف الآخر. فتدبّر. و لا يخفى بعد ما افاده من التّوجيه عن ظاهر الرّوايه. فتأمل.

قوله (ره): (فان تسلّط النّاس على أموالهم الذى فرض كونه فى عهده- إلخ-).

لا- يخفى، أنّ السلطنه على المال، لا يقتضى جواز المطالبه بالبدل عند تعذّر ردّ عينه، نعم لا يبعد ان يكون جوازها، من آثار الضمان و العهده، فيكون قضيتّه و جوب ردّ العين مع التمكن، و جواز المطالبه ببدل الحيلوله مع التعذر فى زمان، و بالبدل مع التعذّر مطلقا، كيف، و لو كان جواز المطالبه من أحكام السلطنه، لكانت جائزه فيما إذا كان التعذّر فى زمان يسير جدّا.

قوله (ره): (و لو لا ظهور الإجماع و أدله الغرامه فى الملكيه- إلخ-).

لا يخفى، أنّ الإباحه المطلقه، من أول الأمر، حتّى بالنسبه إلى التّصرفات المتوقّفه على الملك، لا يكاد يكون إلّا إذا كان موردها ملكا للمباح له، و لا يفيد التّملك آنا ما قبل التّصرف، فإنّه مسلّتم للتّقييد، فلا يكون اباحه جميع التّصرفات مطلقه، بل مقيده بالنسبه إلى الموقوف، منها على التّصرف لتعدّر التّملك قبله آنا ما فيباح، فافهم. الّا ان يكون الإباحه بالنسبه إلى الموقوف، بمعنى أنّ له هذا التّصرف لتمكّنه من ان ينسب إلى

إباحته بإيجاده، و ان لم يتَّصف بالمباحيَّه بدونه.

قوله (ره): (و على اى حال لا ينتقل الى الضامن (1)، فهي غرامه- إلخ-).

لا- عوض كى يلزم الجمع بين العوض و المعوض، و أنما يلزم الضامن بغرامه العين بلا- عوض، لأجل ما فات على المالك من نفس العين المضمونه، أو سلطنتها، أو قيمتها، أو ماليتها، أو غير ذلك، فالغرامه و ان كانت لنفس العين فى جميع صور لزوم الغرامه، ألما أنه ليس بعوض العين، ليلزم الجمع بينهما، و لا- بإزاء ما فات منها، من سلطنه، أو قيمه، أو ماليه، كما يظهر منه (ره)، حيث جعلها بإزاء السلطنه الفاسده، و بإزاء الأوصاف، أو الأجزاء التى خرجت العين بفواتها عن التقويم، و ألما لوجب عليه تداركها، لو لم يدفع الغرامه إلى زمان التمكن من العين، أو رجوعها إلى القيمه أو الماليه، نعم انما يكون لزوم غرامه نفس العين، بملاحظتها، و هذا غير كونها عوضا لها، كما لا يخفى.

قوله (ره): (لم يبعد انكشاف ذلك من انتقال العين الى الغارم- إلخ-).

لا- وجه لهذا الانكشاف أصلا، لوضوح ان دفع تمام القيمه، انما يكون من باب الغرامه، و قد عرفت عدم اقتضاءها الانتقال، و خصوصيتها تعبدا غير موجه لخروجها عما هو قضيه بابها، كما لا يخفى.

قوله (ره): (و من ان الموضوع فى المستصحب ملك المالك- إلخ-).

لا- يخفى، ان الموضوع بمقتضى اليد، هو نفس العين، لا- ببعض عناوينها، و هى حقيقه باقيه، فلا إشكال فى صحه استصحاب وجوب أدائها أصلا، مع ان استصحاب حق الاختصاص الذى حصل للمالك قبل دفع القيمه، و بعد الانقلاب بلا ارتياب، فان البحث فى ارتفاعها يدفعها، لا فى حدوثه بسببه. فتأمل.

قوله (ره): (ثم ان مقتضى صدق الغرامه خروج الغارم عن عهده العين- إلخ-).

بل خروجه عما هو قضيه عهدها و ضمانها، و ان كانت نفس العهده

١- و فى المصدر: و على اى حال فلا ينتقل العين الى الضامن.

بأقيه، و لا مخرج عنها إلّا أداء نفس العين، كما هو قضيه على اليد، كما لا يخفى، فبغرامه العين يخرج عمّا هو مقتضى الضمان بالنسبة إلى العين، و النماءات المتجدده بعد الغرامه، و كذا المنافع مطلقا، أو خصوص المستوفاه منها، على الخلاف فيها، و اما الحادثه قبلها، فلا بدّ من ان يخرج عن عهدها على حده. هذا في صوره التّعذر في الجملة، و اما التّعذر المطلق، فلا يبعد ان لا يكون لما تجدد من النماء و المنفعه بعد التّعذر، ضمان على حده، فان العين حينئذ يعامل معها معامله التّالف. فتدبر جيّدا.

قوله (ره): (ثم أنّه لا إشكال في أنّه إذا ارتفع تعذر ردّ العين و صار متمكنا، و جب ردها - إلخ -).

فإنه أيضا مما يقتضيه ضمان العين، حيث انه لا يخرج عن عهده نفس العين و ضمانها إلّا بالردّ، كما هو قضيه على اليد المغيبي بالأداء، كما لا - يخفى. ثم الظاهر ان الغرامه المدفوعه، لا يعود الى ملك الغارم بمجرد حدوث تمكنه من ردّ نفس العين ما لم يردّها، حيث ان العرف الحاكم في باب كفيته الغرامات أنّما يكون بنائهم على العود بالردّ، لا بالتمكن، و عليه فليس للغارم مطالبه ما دفعه الا بعد الردّ، كما أنّه ليس له حبسها مطلقا، و ان قلنا بالعود بالتمكن، كما أنّه ليس للمالك حبس الغرامه، بل يجب على كلّ، ردّ ما عنده، و ليس من باب المعاوضه، حتى جاز لكل منهما الامتناع عن التسليم قبل تسليم الآخر، اللهم إلّا ان يدّعى أنّه مقتضى باب الغرامه أيضا، لكنه لم يثبت، فتدبر.

[الكلام في شروط المتعاقدين]

[مسأله المشهور بطلان عقد الصبي]

قوله (ره): (المشهور كما عن الدروس (١) و الكفايه (٢)، بطلان عقد الصبي - إلخ -).

و مجمل الكلام في صحه معامله الغلام قبل البلوغ بالسن، أو

١- الدروس - ٣٣٥.

٢- كفايه الأحكام - ٨٩.

الاحتلام، و عدم صحتها، أنه لا شبهه في عدم نفوذ المعامله التي استقلّ بها، و لو فيما إذا و كلّه المالك فيها، أو أوكل الولي إليه أمرها، للإجماع المنقول في لسان جمع من الأصحاب الاخبار، و غير واحد من الاخبار. و اما إذا و كلّ في مجرد إجراء الصيغه، أو أوكل إليه أمره بعد المساومه و المقاطعه، ممن بيده إنفاذ المعامله، ففيه اشكال، للعمومات، و عدم نهوض المنقول من إجماع الأصحاب، و اخبار الباب، لتخصيصها، اما الإجماع فإنّ المتيقن من معقده، غير هذه الصوره، و استثناء العلامه عنه، إيصال الهديه، و اذنه في دخول الدار، لا يكشف عن شموله لجميع أفعال الصبي التي منها محل البحث، فإنّ استثنائهما، إنّما يكشف عن دخول مثلهما، لا عن دخول عمل لم يستقلّ به، بل يكون إله في مجرد إيقاع الصيغه كاللسان من الإنسان، و اما حديث رفع القلم (١) ففيه مضافا الى مكان دعوى ظهورها في رفع خصوص المؤاخذه عنه كحديث الرفع ان رفع القلم عنه مطلقا، وضعا و تكليفا، لا يقتضى رفع القلم عن غيره بسبب فعله إذا كان باذنه، ففعله أنّما لا يكتب بما هو مضاف اليه، لا بما هو مضاف الى الغير و قد صدر باذنه. و اما خبر عمد الصبي - إلخ - (٢) فلان ظاهره ان الفعل الذي يقع على نحوين: عن عمد و عن خطأ، و يختلف بحسبهما حكمه، كما في باب الجنایات إذا صدر عن الصبي عمدا يكون كما إذا صدر خطأ، فلا يعم ما لا يكون آلا متقوما بالعمد و القصد، كالإيقاع و العقد، و لا يكون له حكم آلا بعنوانه و ان كان لا يكاد يكون آلا بالقصد.

و اما خبر «انّ الغلام أو اليتيم لا يجوز امره» (٣)، فظهوره فيما إذا استقلّ في العمل مما لا يكاد يخفى، كما افاده (ره)، فلا يعمّ ما إذا كان و كيلا في مجرد إيقاع الصيغه، و بمنزله اللسان من الإنسان. فافهم.

١- وسائل الشيعه: ١- ٣٢- ب ٤- ح ١٠.

٢- وسائل الشيعه: ١٩- ٣٠٧- ب ١١- ح ٢.

٣- وسائل الشيعه: ١- ٣٠- ب ٤- ح ٢.

إشارة

قوله (ره): (بل بمعنى عدم تعلق إرادته و ان أوجد مدلوله- إلخ-).

أى بمعنى عدم التوسل بإنشائه إلى حصول البيع و التسبب إليه، حيث لا يكاد العقد بدون هذا القصد، و لا يخفى، انّ كلّ واحد من القصد الى اللفظ، و الى المعنى الاستعمالي، و الى هذا المعنى، من مقومات العقد، لا يكاد يتحقق بدون واحد منها، و معه لا وجه لجعله بأحد هذه المعانى من شروط المتعاقدين.

قوله (ره): (أقول مقتضى قضيه المعاوضه و المبادله، دخول كل من العوضين فى ملك (١) الآخر- إلخ-).

فيه ان انتزاع مفهوم المعاوضه و المبادله عن البيع، لبئس بلازم لا محاله، إلّا إذا قيل بأنّه قد أخذ فى حقيقته دخول كل من الثمن و المثلن فى ملك مالك الأخر، و هو محل تأمل، و كونه تمليكا بالعوض، لا يكون إلّا فى قبال أنّه ليس مجانيا، و على هذا، فالقصد، الى العوض و تعينه، لا- يغنى عن تعيين المالك المنتقل اليه الثمن أو المثلن، بل لا بدّ منه مطلقا، و ان قيل أنّه قد أخذ فى حقيقه البيع، دخول كل منهما فى ملك الأخر، غايه الأمر عليه، لا يكاد ان يقصد أصل البيع بدون، و على الأول لم يقصد بشخصه، لعدم قصد التّعيين الذى به تشخصه، و لا بد من قصده، لعدم نفوذ العقد على المبهم، و لا يجدى التّعيين بعده. فافهم.

[فى اعتبار تعيين الموجب و القابل للبائع و المشتري]

قوله (ره): (و اما تعيين الموجب لخصوص (٢) المشتري، و القابل لخصوص البائع- إلخ-).

لا يخفى، ان العقد لما كان امرا ربطيا بين الاثنيين، لم يكد يتحقق إلّا إذا تواطئا و توافقا بحسب القصد، فلو قصد أحدهما تمليك الأخر نفسه، و قصد الأخر تمليك غيره و كاله أو فضولا، لم يتواطئا على واحد، فلا عقد بينهما، بل من كل واحد منهما إيقاع، نعم ربما يقال، بأنه يكفى قصد أحدهما

١- و فى المصدر: أقول مقتضى قضيه. كل من العوضين فى ملك مالك الأخر.

٢- و فى المصدر: لخصوص المشتري المخاطب.

ما يقصده الآخر إجمالاً في البيع، و ان لم يعرفه تفصيلاً، إذ لم يقد دليل على تعيينه، كما في النكاح، بالنسبه إلى تعيين الزوج و الزوجه، كما ان دليل نفى الفور، دلّ على لزوم تعيين العوضين فيه، و عدم كفايه توافقهما على ما عينه أحدهما بحسب قصده.

و بالجملة، اعتبار تعيين ما توافقا عليه، شىء آخر، و الذى لا بد منه فى تحقق العقد، التواطؤ على واجب بحسب القصد، فىكون وجه صحه البيع، لأجل قصد البائع غالباً ما قصده القابل، من دون تعلّق غرضه أصلاً بشخص خاصّ و عدم دليل على تعيين من ينتقل اليه العين، بخلاف النكاح، حيث ان الغرض غالباً، متعلّق بخصوص شخص، و الدليل قد دلّ على اعتبار تعيينه، و إسناده إلى الوكيل غير صحيح عرفاً، بخلاف البيع. فالفرق بين البيع و النكاح، ليس بعد توافقهما على لزوم التواطؤ على واحد معيّن واقعا و لو إجمالاً، إلّا فى لزوم التعيين فى النكاح شرعاً، دون البيع، و صحه إسناد البيع عرفاً الى القابل، و لو لم يكن باصيل، بل فضول، أو وكيل، فىكون قصد الموجب، بعتك لذاك الشخص الذى قصده من نفسك أو غيرك، و عدم صحه إسناد النكاح إلّا الى الأصيل. فتأمل فى كلامه، زيد فى علوّ مقامه، لعلّه يرجع الى ما ذكرنا، و ان كان ربّما يأبى ظاهر بعض فقراته.

[فيما يتعلق بعقد المكره]

اشاره

قوله (ره): (و غير ذلك مما يوجب القطع بان المراد بالقصد المفقود فى المكره، هو القصد الى وقوع اثر العقد- إلخ-).

أى القصد الى وقوعه شرعاً، لو كان ملتفتاً الى اعتبار الطيب فى تأثيره، و أمّا القصد الى وقوعه عرفاً، و التوسل بإنشاء مضمونه الى تحقيقه كذلك ممّا لا بدّ منه فى تحقّق العقد، و لا يكاد يكون إنشاء مضمون عقد بدون هذا القصد كما عرفت.

و بالجملة، محل الكلام بين الأعلام فى عقد المكره، هو الذى لا يقصر عن عقد غيره، إلّا أنّه ليس برضاء و طيب منه، بل بالكراه.

قوله (ره): (لكن الإنصاف أنّ وقوع الفعل عن الإكراه- إلخ-).

لا يبعد دعوى صدق وقوع الفعل كرها فيما إذا وقع بسبب الإكراه،

بحيث لولاه لما وقع و ان كان التفصّي ممكنا، و لكن لا يتفصّي لعدم داعى عقلائى اليه كالتوريه، أو لوجود داعى كذلك الى عدمه، و ان أبيت إلّا عن عدم صدق وقوع الفعل كرها، إلّا مع عدم إمكان التفصّي و لو بالتوريه، أمكن ان يقال بعدم الصّحّه مع إمكانه، لمكان عموم «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم - إِيح-» (١) و «لا يحل مال امرء - إِيح-» (٢) بناء على ثبوت الواسطه بين الإكراه و طيب النفس. فتدبر.

قوله (ره): (و يظهر الثمره فيما لو ترتّب اثر على خصوصيّة المعامله الموجوده - إِيح-).

ظاهره أنّ ترتّب الأثر على أحد الأمرين الذين اكره على أحدهما دون الآخر، يمنع عن وقوعه مكرها عليه، فلو اختاره لترتب عليه أثره، و أنت خبير بان اختلافهما فى الترتّب و عدمه، لا يوجب تفاوتهما فى الوقوع كرها، ضروره أنّ الغرض أنّه لو لا الإكراه لما اختار واحدا منهما و اختار أحدهما، لا محاله عن داعى آخر مطلقا اختصّ بالأثر أم لا، كما لا يخفى.

و بالجمله، يكون الإكراه على أحد الأمرين كافيا فى وقوع ما اختاره مكرها عليه مطلقا، كان لكلّ واحد منهما بخصوصه أثر، أو كان لخصوص أحدهما. نعم يمكن ان يقال، أنّ دليل ذى الأثر فى الفرض أظهر، فبيما اكره مثلا على مباح أو محرم أو عقد فاسد أو صحيح، يقدم دليله على دليل رفع الإكراه، كما يقدم لذلك دليل رفعه على دليله فى غير مقام.

قوله (ره): (فاحتمل فى المالك عدم الصّحه نظر الى ان الإكراه يسقط حكم اللفظ - إِيح-).

لكن الظاهر هو الصّحه، فإنّ الإكراه، إنّما يوجب رفع الأثر فيما كان رفعه مته على المكره، و لا يكون فى رفع صّحه العقد الصادر عن الوكيل منه عليه. كما لا يخفى.

١- البقره: ١٨٨.

٢- وسائل الشيعه: ٣- ٤٢٤- ب ٣- ح ١.

[فروع لو أكرهه على بيع واحد غير معين من عبدين فباعهما]

قوله (ره): (و الأول أقوى - إلخ-).

أنما يكون أقوى إذا كان بيع الجميع بداعي غير الإكراه، و أما إذا لم يكن إلّا بداعي الإكراه، كما إذا كانت هناك ملازمه بحسب غرضه بين بيع أحدهما و بيع الآخر، حيث ان الإكراه حينئذ على بيع أحدهما يكون إكراهها على بيع الآخر. و من هنا ظهر حال ما لو أكره على معيّن فضمّ اليه غيره و باعهما دفعه، بل لا يبعد ذلك فيما باع العبدان تدريجا أيضا. فتدبر جيدا.

قوله (ره): (بل من جهه دفع الضرر (1) عن المكره بالكسر - إلخ-).

لا يخفى، أنّ التّوعيد بالضرر على الغير، أنما يكون إكراهها إذا كان الضرر عليه، يعدّ ضررا على المكره بالفتح، كما إذا كان الغير مثل من مثله به (ره)، أو كان دفع الضرر عنه فعلا و أحياء عليه، و إلّا لا يكون إكراهها، كما لا يخفى.

قوله (ره): (إذ يكفي فيه مجرد قصد الإنشاء المدلول عليه - إلخ-).

قد عرفت في بعض الحواشي السابقه عدم كفايه ذلك، بل لا بد في صدق العقد و تحقّقه من قصد التّوسل به الى تحقق مضمونه.

و بالجمله لا بدّ فيه من ان يكون قصد الإنشاء بداعي التّوسل، كما إذا لم يكن هناك إكراه و لم يكن بينهما تفاوت، إلّا ان اختياره هيهنا، لأجل الفرار عمّا وعده به، بخلاف سائر الموارد.

قوله (ره): (و كذلك على القول بالكشف بعد التأمل - إلخ-).

لكن مع القول بدخله بطور الشرط المتأخّر في التأثير، و أما على القول بعدم الدّخل فيه أصلا، بل أنما يكون له الكشف عما هو المؤثر فمشكل، فان الرّضاء حينئذ يكشف عن نفوذ عقده الصادر عنه كرها. فافهم.

قوله (ره): (ألّا ان يقال ان أدله الإكراه كما ترفع السبب المستقلّ - إلخ-).

إنّما ترفع مطلق الأثر فيما كان ذاك الأثر، بمقتضى الإطلاقات

١- و في المصدر: بل من جهه دفع الضرر اللاحق عن المكره بالكسر.

نفسها وحدها، لا فيما إذا كان ثبوته بملاحظته أدله الإكرام، كما هو الفرض.

فافهم.

قوله (ره): (و هذا أمر عقلى قهرى، يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه و من الرضاء- إلخ-).

فكيف يمكن دفعه بأدله الإكراه من غير فرق بين ان يكون دخل الرضاء بنحو الشرط المتقدم أو المتأخر، و اما لو لم نقل بدخله أصلا بل به الكشف عماله تمام الدخل سابقا، فقد عرفت انه مشكل، و لعله أشار إليه بأمره بالتأمل، كما يمكن ان يكون إشاره الى ما ذكره من جعل الشرط على الكشف وصف التعقّب بالرضا، خلاف ظاهر القائلين بالكشف، بل الشرط نفس الرضاء، كما إذا كان متقدما على ما سيجىء تحقيقه منا بما لا مزيد عليه إن شاء الله تعالى، فانتظر.

[بقي الكلام فى أن الرضا المتأخر ناقل أو كاشف]

قوله (ره): (و فيه ان مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه بل نفس النقل- إلخ-).

و ذلك لأن مفاد العقد بإطلاقه، ليس إلّا إرسال النقل و إطلاقه لا تحديده، و تعيين زمان حدوثه و لازمه حدوثه عند وجود علته، و هذا غير إبهام النقل كى لا يصحّ العقد عليه. فافهم.

[فيما يتعلق بعقد العبد]

قوله (ره): (قال الله تعالى ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا آيَه (١)-).

الاستدلال بها على عدم استقلال العبد فى أمره، يتوقّف على كون لا يقدر صفه موضحه، كما كان قوله تعالى «مَمْلُوكًا» (٢) كذلك، لا مقيّده، كما أنّه الظاهر المؤيد بأنّ قضيه المملوكيه، عدم استقلاله فى امره، و يساعد عليه، استشهاد الامام (ع) على عدم نفوذ طلاقه (٣)، لكن لا- يبعد ان يكون الشىء قد كنى به عن خصوص عناوين المسبيات، من نكاح، و طلاق، و بيع، و شراء، و نحو ذلك، و يكون المراد من عدم قدرته عليه، عدم قدره

١- النحل: ٧٥.

٢- النحل: ٧٥.

٣- وسائل الشيعه: ١٥- ٣٤٣- ب ٤٥- ح ١.

على الاستقلال بإيقاعها بنفسه بلا اذن و رضاء من سيده، فلا يعمّ إيقاعها باذنه له، و لا إيقاعها لغيره بدون اذن السيد و باذنه، فلا دلالة لهذه الآيه على عدم نفوذ ما أوقعه لغيره باذنه، من نكاح، أو طلاق، أو غيرهما من المسببات، فضلا عن الأسباب، كما إذا اذن الغير في مجرد إيقاع الصيغه له، و ان أبيت، إلما عن عدم ظهور الآيه في خصوص ذلك، فلا أقل من كونه المتيقن من إطلاقها، و ان أبيت عن ذلك أيضا، فلا- أقل من كون سائر العمومات و الإطلاقات الداله على التّفوذ أظهر منها في عدم نفوذ إيقاع المسببات لغيره باذنه، فضلا عن مجرد إيقاع الصيغه.

قوله (ره): (الا ان الأقوى، هو لحوق اجازة المولى- إلخ-).

بناء على شمول إطلاق الشىء للأسباب، كما هو مفروض كلامه- ره- يمكن منع لحوق الإجازة، فإنّه يستلزم استقلاله في إيجاد السبب الاستعدادى، الا ان يمنع عن الشمول لمثل هذا الأمر، و لو قيل بالشمول للأسباب. فتدبر جيّدا.

قوله (ره): (بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجبا للاذن- إلخ-).

بل كاشفا عن سبق الرضاء فيكون المشتري قابلاً في زمان الإيجاب أيضا. فلا تغفل.

قوله (ره): (و فيه ما عرفت من أنّ وجه المنع، أدله عدم استقلال العبد في شىء- إلخ-).

لكنه يوجب المنع و الفساد ههنا، لو لم يكن للوكيل و كاله مطلقه، بحيث يعمّ، يبيعه منه، و ألما كان صحيحا لما عرفت في بيع المولى، كما لا يخفى.

[القول في العقد الفضولى]

اشاره

قوله (ره): (و ان كان الذى يقوى في النفس لو لا خروجه- إلخ-).

لا- يخفى، أن كفايه الرضاء السابق و عدم التوقف على الإجازة، أنّما يكون لو كانت قضيه الإطلاقات و العمومات، نفوذ العقد على ملك أحد، و لو لم يكن منه و لم يصر عقده إذا كان برضاه، مع ان الظاهر من الآيه، أنّما هو وجوب الوفاء على كل أحد بعقده، لا بعقد غيره، و لو على ملكه ما لم يصر عقده، و مجرد رضاه بمضمونه، لا يوجب كونه عقده و عهده، ما لم يكن باذنه، أو

تلحقه أجازته، وكذلك المنساق من إطلاق مثل «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ - الآيه-» (١)، أَمَا هو نفوذ بيعه الصادر منه، أو المضاف إليه، و لو بإجازته، مع ما عرفت سابقا، من منع إطلاقه لوروده في مقام تحريم الرِّبَا، كما لا يخفى.

نعم لو كان العقد صادرا عن المالك فيما يتعلّق به حقّ الغير، كالعين المرهونه، لا يبعد كفايه رضاء الغير و عدم التّوقف على إجازته، فإنّ رعايه حقّه، لا يقتضى إلّا مراعاة رضائه في نفوذ عقد المالك على ملكه المرهون.

[المسألة الأولى أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع للمالك]

قوله (ره): (و لكن لا يخفى أنّ الاستدلال بها، يتوقّف على دخول المعاملة المقرونة برضاء المالك في بيع الفضولي).

قد عرفت دخولها فيه، فيما عقد على ملك الغير، لكنه يتوقّف على عدم كون (عروه) (٢) وكيلا في معاملاته (صلى الله عليه و آله)، و لا يكون امره بالاشتراء ظاهرا في عدم كونه وكيلا، و لا بتركة ظاهرا في الإجازة، كما لا يخفى.

قوله (ره): (و يمكن ان يكون الوجه في ذلك ان إبطال النكاح - إلخ-).

كما يمكن ان يكون الوجه هو ان احتياط الشارع، و حرمة عدم إبطال النكاح و التوسع في امره، لثلا يقع الناس كثيرا في الزنا، و كذلك شرع عقد التمتع، و لم يقتصر على الدائم، فيكون المراد، هو احتياط الشارع بهذا المعنى، لا احتياط المكلف، كي يشكل بان الأمر فيه دائر بين المحذورين بلا احتياط في البين، كما لا يخفى.

قوله (ره): (و عدّ هذا خارجا عن الفضولي (٣) بالنّص - إلخ-).

يمكن خروجه عنه موضوعا بدعوى أنّ المالك، و ان عيّن ضربا من المتاع، أَلّا انه بنحو العقد في المطلوب، فيكون ما اشتراه العامل في صورته ظهور الرِّيح على وفق غرضه أيضا، و يقتضيه عقد مضاربتة، و ليس قضيه التّعيين،

١- البقره: ٢٧٥.

٢- مستدرک الوسائل - ٢ - ٤٦٢ - ب ١٨.

٣- و في المصدر: وعد هذا خارجا عن بيع الفضولي بالنّص.

الأضمان العامل فيما إذا تخلف، لا الخروج عمّا هو مقتضى المضاربه رأساً.
فافهم.

قوله (ره): (مع أنّ تحريمه لا يدلّ على الفساد- إلخ-).

انما لا يدلّ قوله «لا يجوز لأحد التصرف على الفساد- إلخ-» إذا كان الجواز المنفى، هو الجواز التكليفي، واما إذا كان بمعنى النفوذ، ففي موارد التكليف، يكون منعا تكليفيًا، و في موارد الوضع منعا وضعيًا، فتفظن.

قوله (ره): (خصوصاً إذا كانت الإجازة ناقله- إلخ-).

أو كانت كاشفه مع دخلها بنحو الشرط المتأخر، على ما سيأتى تحقيقه، أما لو قيل بالكشف و عدم الدخل أصلاً، فلا ريب في صدق التصرف على بيع الفضول، كما لا يخفى.

[المسألة الثانية في ما لو سبق المنع من المالك]

قوله (ره): (و اما ما ذكره من المنع الباقي بعد العقد و لو آنا ما، فلم يدل دليل على كونه فسخا- إلخ-).

هذا مع أنّه لو كان المنع الباقي مؤثراً، كان مجرد عدم الرضاء بالعقد مانعاً عن تأثير الإجازة أيضاً، و ان لم يسبق منه منع، و كان المنع السابق غير مؤثر مع ارتفاعه حال العقد، و يمكن الاستدلال على عدم تأثير الإجازة ههنا، بما استدل به على عدم تأثيرها مع سبق العقد، من أنّه معنى لا يضاف العقد بها الى المجيز عرفاً كالردّ، لكن الظاهر أنّه ليس كذلك، فان المنع و الردّ يتفاوتان في ذلك عرفاً، فلا حظ.

[المسألة الثالثة في بيع الفضولي لنفسه]

قوله (ره): (إذ لا يعقل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر- إلخ-).

قد مرّ في باب المعاطاة، أنّ حقيقته البيع، ليس إلا التملك بالعوض، و لا يعتبر دخول أحد العوضين في ملك من خرج عن ملكه الآخر، فيكون مع قصده الى بيع مال الغير لنفسه قاصداً الى ما هو البيع و ما هو المعاوضه بهذا المعنى، و اما بناء على ما أفاده، من اعتبار ذلك في قوامه، فالتفصي عن هذا الاشكال بما ذكره، مع أنّه غير سديد، إذ لا يكون بيع الغاصب مترتباً على هذا البناء غير مفيد، إذ الدخول لو كان معتبراً كان هو

الدخول حقيقه و لو عرفا، و مجرد البناء على المالكه، لا يوجب ذلك، و أما يوجب قصده الى دخول عوضه في ملكه، و يدعوه الى قصد تملكه بنفسه و شخصه، لا بما هو المالك، فلا يكون بذلك قاصدا إلى المعاوضه. نعم لو كان مجرد ذلك البناء مملكا و لو بنظر العرف، كان موجبا للقصد إلى المعاوضه، و ليس كذلك، كما هو واضح.

و بالجمله، لو كان هناك من الغاصب بناء، لا يكاد يكون الّا داعيا الى قصد تملك العوض بشخصه و بذاته، لا تملك المالك، مع دعوى انطباقه عليه، و البناء على انه المالك، كما هو ظاهر، ثم انه على ما ذكرنا، من عدم الاعتبار، ربّما يشكل أيضا تحقّق العقد منه، حيث لا يتأتّى منه القصد الى التّوسل الى تحقق ما إنشائه بعد علمه بعدم تأثيره أصلا، لا شرعا، و لا عرفا، الّا ان يمنع عن ذلك، و قيل: بكفايه قصد التّوسل الى مضمونه، و لو بحسب نظره قبلا لما إذا كان داعيه على إنشاء غير ذلك هذا.

قوله (ره): (و اما كون الثمن مالا له أو لغيره، فإيجاب البيع ساكت عنه - إلخ-).

لا يخفى أنّ البائع لنفسه لا محاله، يكون قاصدا لتملّك الثمن و صيرورته ملكا له ابتداء بإزاء ما ملكه كذلك، أو بعد البناء منه على ملكيته عدوانا، أو اعتقادا، على ما عرفت في الحاشيه السابقه إذ لا معنى لعدم قصد تملك الثمن أصلا و لا لقصد تملك المالك بنحو العنوان كما لا يخفى و ان المالكه اعتبار خاص بين الشئ و أعيان الأشخاص لا عنوان المالك مع انه قد عرفت في الحاشيه السابقه أنّ البناء على المالكه لا - يكون الّا داعيا له الى قصد تملكه بنفسه، بلا قصد تملك المالك أوّلا، و قصد تملكه ثانيا، للبناء على انه المالك عدوانا، أو اعتقادا، و مجرد كون هذا مملكا أيضا، لا يوجب ان يكون بلا داعي يدعوه اليه، و لا - يكاد يكون له بحسب المتعارف داعي، و لو اتفق حصوله أحيانا، لاخصّ التصحيح بما افاده به و لا يعم ما هو المتعارف من بيع الغاصب لنفسه. فتفظّن. و قد انقذ بذلك، فساد ما افاده بقوله «فالمنسوب اليه التملك أنّما هو المتكلم - إلى آخر كلام-».

قوله (ره): (اما الأول فلاّ صحه الاذن فى بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعه- إلخ-).

لا يخفى، ان قضيه ما تقدّم، لو سلّم أنّما هو عدم صحه الإذن لو لم يكن تمليكا ضمّنيا، بل كان الاذن بتملك الثمن بإزاء ملكه لما ادّعه من عدم معقوليه التملك بعوض مال الغير، لا فيما لو كان منضمّا للتمليك أيضا ضروره عدم تأتى ما افاده- ره- معه، معه، مع أنّك قد عرفت منعه.

قوله (ره): (لأن الاذن فى البيع يحتمل فيه ان يوجب من باب الاقتضاء تقدير الملك آنا ما قبل البيع- إلخ-).

لا يخفى، أنّ تقدير الملك من باب الاقتضاء لا يكاد يصار اليه ألا إذا كان هناك دليل على نفوذ البيع بإذن المالك للبائع، مع أنّه لا يكون معقولا بدون ملكه، فيقدر ليعقل، وهذا بعينه جار فى الإجاره، ضروره أنّه إذا نهض الدليل على صحه البيع للفضول مع الإجاره، فلا محيص عن تقدير الملك من باب الاقتضاء قبله، كى يعقل، فالقياس بلا فارق أصلا، و لو لم يقدّم دليل على صحه البيع لما كان وجه للتقدير مع الاذن من هذا الباب، هذا على ما هو المفروض فى كلامه (ره) من الملك التقديرى، و هو غير الملك الضمّنى فى كلام البعض، فإنّه ملك حقيقى حصل ضمنا بسبب الاذن هيهنا، و البيع و العتق فى باب: أعتق عبدك عني، و عليه يمكن ان يكون الإجاره متضمّنا كالأذن، لكنه يصير حينئذ من قبيل: باع ثم ملك، و يأتى تحقيق القول فيه، مع أنّه على تقدير الدليل على صحه البيع بالإجاره للمالك، يمكن ان يكون وجه المقايسه أنّه كما ان صحه البيع فى صوره الإذن بالالتزام بالتمليك الضمّنى، كان صحه البيع مع الإجاره بالالتزام بالتمليك التقديرى. فافهم و تأمل، فإن المقام لا يخلو عن دقّه.

قوله (ره): (و اما الثانى فلما عرفت من منافاته لحقيقه البيع- إلخ-).

قد عرفت منع منافاته لحقيقته، فتلخّص مما ذكرنا فى هذه الحواشى، أنّ الإجاره فى الصوره، أنّما تكون موجه لوقوعه للبائع لا للمجيز، نعم لو كان قاصدا لوقوعه له لما كان مجيزا للعقد، فلو قام دليل على نفوذه له، فلا محيص

عن القول بنفوذه تعديداً على خلاف القواعد، لكن بقي شيء، وهو أنه يمكن ان يقال: ان الغاصب في بيعه لنفسه، لا يقصد إلا إنشاء التملك بالعوض، من دون قصد تملكه للثمن بنفس العقد، بل انما قصد التصرف فيه بعد التوصل به اليه، كما كان متصرفاً في الثمن عدواناً على المغصوب عنه، حيث لا داعي له الى قصد التملك بالعقد بعد التمكن من مبهمه بدونه، و عدم مدخليته أصلاً في الوصول الى مقصوده، كما لا يخفى و حيثنذ فلو قام دليل على نفوذه للمالك في الصورة يمكن ان ينزل على ذلك، اي ما إذا قصد كذلك نعم انما يشكل فيما إذا كان البائع معتقداً لملكه المبيع. فتأمل.

قوله (ره): (ثم ان مما ذكرنا من ان نسبه تلك العوض حقيقه - إلخ -).

لا يخفى ان الاشكال الناشى من قبل عدم جواز الرجوع الى الغاصب بحاله ضروره ان عدم جواز الرجوع لو كان كاشفاً عن عدم تحقق المعاوضه الحقيقيه، كما هو مبنى الاشكال، كان كاشفاً عنه، و لو مع قصد الغاصب تملك المالك الحقيقي أولاً، و نسبه المالك إليه حقيقه، و نسبه اليه ثانياً، للبناء على أنه المالك، نعم لو قيل بجواز الرجوع مع هذا القصد، لا يكون هناك اشكال من رأس، كما لم يكن أصلاً، لو قيل به مطلقاً، كما لا يخفى.

و بالجمله، لا يكاد ينفع بذلك الاشكال الاتى من قبل القول بعدم جواز الرجوع، و مع القول بجوازه، لا اشكال قيل بما ذكره أولاً، فتفطن.

قوله (ره): (انما يتوجه على القول بالنقل حيث ان تسليط المشتري للبائع - إلخ -).

انما يتوجه على هذا القول، لو قيل بجواز التصرفات المنافيه من الأصيل و نفوذها، و آلا فلا، حيث لم يكن له قبل الرد تسليطه على الثمن، و يأتى تحقيق القول فيه، إن شاء الله تعالى.

[بقي هنا أمران]

[الأول أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عينا أو ديناً أو فى الذمه]

قوله (ره): (فكذلك قصد من وقع له العقد يغنى عن تعيين الثمن الكلى بإضافته - إلخ -).

إنما يغنى عنه، إذا كان قاصداً بذلك للمعين إجمالاً، و آلا فمجرد قصده، لا يوجب تعينه، و مجرد استحاله دخول أحد العوضين فى ملك غير من

خرج عنه الآخر لو سلم، لا يوجب ذلك بلا قصد، و الّا يلزم حصول تمليك شخص خاص، أو تملكه بلا عقد، لوضوح تبعيته العقد للقصد، فانقذح بذلك انه لا يكاد يتحقق تمليك أحد لشيء أو تملكه بدون قصده تفصيلا أو إجمالا و الّا كان بلا عقد فانقذح فساد ما افاده فيما بعد من صرف الكلى إلى ذمه أحد، أو صرف البيع، أو الشراء اليه، و ان لم يقصده، أو لم يصفه اليه، الّا ان يكون مراده، ان يقصده تفصيلا لا مطلقا. فافهم.

[الثانى الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولى بين البيع العقدى و المعاطاه]

قوله (ره): (بناء على إفادتها للملك - إلخ-).

بل مطلقا، بناء على ما أسلفناه من أنّها يصير بيعا شرعا بالتصرف، و ان كانت قبله مؤثره، للإباحه المالكيه أو الشرعيه، و ليس حال التصرف فيه، الّا كحال القبض فى الصرف و السلم، لكن هذا، اى عدم التفرقه بين البيع العقدى و المعاطاه، أنّما يتم على تقدير كون صحه المعاطاه على القاعده، و اما لو نوقش فيه كما تقدم، و قيل بها لأجل السيره، فلا بدّ فى الفضولى من الاقتصار على العقدى، لأن المتيقن من موردها، غير الفضولى من المعاطاه.

قوله (ره): (مع أنّ حصول الإباحه قبل الإجازه غير ممكن - إلخ-).

لو كانت الإباحه مالكيه، و اما إذا كانت شرعيه، فيمكن الحكم بها قبل الإجازه على الكشف فيما إذا علم لحوقها، فإنّ الإباحه على هذا أثرها أيضا كالملكيه بعد التصرف، فاذا كانت المعاطاه واجده للشرط واقعا، من لحوق الإجازه، كانت ثبوتها لها قبل التصرف، كما كانت مؤثره للملكيه بعده. فافهم.

[القول فى الإجازه و الرد]

[الكلام فى الإجازه]

[أما حكمها]

قوله (ره): (و عن فخر الدين الاحتجاج لهم بأنّها لو لم تكن كاشفه لزم تأثير المعدوم فى الموجود - إلخ-).

و ليكن مراده بأنّها لو لم تكن كاشفه عن سبق الملكيه بعلتها التامه، بلا مدخليتها أصلا، و بلا لزم دخل المعدوم فى التأثير، كما لا يخفى.

و بالجمله، الإشكال بتأثير المعدوم فى الموجود، يرد على كل واحد، من القول بالكشف، بناء على دخل الرضا، و القول بالنقل، فلا وجه للفرار

عن أحدهما إلى الآخر لذلك. واما بناء على عدم دخله، فيلزم كون الفضولى على خلاف قاعده اعتبار رضاء المالك فى نفوذ تصرف الغير فى ملكه، اى على خلاف قاعده وجوب الوفاء بالعقود، ضروره ان المخاطب بوجوب الوفاء، أما هو المالك، و لا يكاد يكون العقد الفضولى، عقدا للمالك بلا- اجازة لا حقه منه، فلا بدّ من الاقتصار فى نفوذ الفضولى على مقدار مساعده خصوص الدليل عليه، و من الواضح أنّه لا خلاف ما عليه القائلون به، من أنّ صحته تكون على القاعده، و لا يخفى أنّ الاشكال تأثير ما عدم فى اللّاحق، أو لم يوجد فى السابق، مما لا اختصاص له بالمقام، بل سار فى العبادات المركّبه أو المقيّده بأمر قد انعدم، أو لم يوجد فى قاطبه المعاملات، بل الإيقاعات، الى غير ذلك، ضروره تأثير الإيجاب المعدوم، بل القبول بغير جزيه الأخير، بل مطلقا فيما يعتبر فيه شرط، من قبض، كما فى الهبه، و الرهن، و نحوها، أو تصرف كما فى المعاطاه فى الموجود من الملكيه، و الزوجيه، و نحوهما، و هكذا حال الإيقاعات، فإنّ صيغتها متصرّمه غير قاره باجزائها وجودا، فلا يكون تمام ما هو المؤثر فى الانفكاك عن الرّقيه، أو الرّوجيه فى العتاق، و الطلاق عند التأثير بموجود، و من هنا انقذ عدم اختصاص الاشكال بالشرط المتأخر، كما اشتهر، بل يعمّ المقتضى المتصرم، أو الشرط المتقدّم، المتقدّمين حال التأثير، و قد حققنا القول فى التفصي عن الإشكال فى البحث، و فى بعض فوائدنا بما خلاصته، أنّ ما يتخيّل أنّه سبب متصرم، أو شرط غير موجود بعد، أو متقدم، لا يكون إلّا فى الاعتبار التى تكون واقعيتها بمنشأ انتزاعها، و تحقق ما يصحّ به اختراعها، و لا يكون لها تحقّق فى الخارج، إلّا بتحقيقه و وجوده، كالزوجيه، و الملكيه، و الحرّيه، و الرّقيه، و الوجوب، و الحرمه، الى غير ذلك من الاعتبارات التى ليست من المقولات التى تكون محموله بالضميه، و موجوده فى الخارج، و لو فى الموضوع، حيث يتخيّل فيها، أنّ الأمور المتقدمه عليها، أو المتأخره عنها، صارت مؤثره فيها فى غير واحد من المقامات، كما أشرنا إليها إجمالا، و إلّا فى الأفعال الاختياريه بما هى اختياريه، حيث يتخيّل أنّ لبعض ما سبقها أو يلحقها، ربّما يكون له دخل فيها، بحيث لو

لا سبقه أو لحوقه، لما كادت تكون و ليس الأمر كما تخيل في واحد من المقامين:

أما الأول: فلان العلة حقيقه، و الذي يوجب اعتبارا من تلك الاعتبارات واقعا، ليس أا لحاظ ما هو منشأ الانتزاع، و تصور ما به يصح الاختراع، فلا يكون دخل ما يسمى سببا كالعقد، أو شرطا كالقبض في الصّرف، أو غيرهما، مقارنة كان للأثر، أو مقدا، أو مؤخرا، أا بلحاظه و اعتباره، و وجوده في الذهن، فيقارن المؤثر لأثره، لا بوجوده في الخارج، كى لا يقارن له، و من الواضح انه كما يصح اختراع اعتبار بلحاظ ما يقارنه، يصح بلحاظ أمر سابق، أو لاحق، بل ربّما لا يكاد يصح بلحاظه مع مقارنة، ضروره أنّ حسن فعل، أو قبحه، أو مطابقتة لغرضه، أنّما يكون بلحاظ لحوق شىء أو سبقه، بحيث لولا، لما كان يتصف بأحدهما، أو بالمطابقه للغرض، كما لا يخفى.

و أما الثانى: فلان العلة فى الفعل الاختيارى بما هو اختيارى، ليس أا تصوّره بأطرافه و خصوصياته العارضة عليه بلحاظ أكنافه بما سبقه، أو قارنه، أو لحقه، و تصوّر ما يترتب عليه، من الأثر، و هيجان الرّغبه فيه، و الجزم و العزم المتعقب بتحريك العضلات، و ليس واحد من أطرافه، و لا ما هو فائدته بوجوده فى الخارج، مؤثرا فى تحريكها بالإرادة، كى يلزم تأخر السبب أو الشرط عن مسببه أو مشروط أو عدم مقارنة معه، بل بوجودها فى الذهن، مع سائر المبادئ الوجدانيه، و هى مقارنة لوجوده، كما هو واضح، فأين اثلام القاعده و انحزامها.

هذا بعض الكلام بما يناسب المقام، و من أراد الاطلاع التام فعليه المراجعة إلى الفوائد. (١)

فإذا ظهر لك أنّه لا يلزم على واحد من القولين محذور تأثير المعدوم فى

١- أى الرساله التى سميت بفوائد الأصول و قد طبعت مرتين مع حاشيه الفرائد منه- قدس سره- و من شاء فليُنظر بها.

الموجود، علمت أنّ المتّبع فى تعيين أحدهما، هو الدليل، و لا يخفى أنّ قضيه قاعده و جوب الوفاء بالعقود، بعد التقييد بطيب المالك، و رضاء من له الاختيار، هو تحقق مضمونها، بعد تحقق العقد و الرضاء، فكما لا يكاد يكون بحسب القواعد، تحقق مضمون عقد ينقده فيما بعد من قبل، كذلك ههنا لا يكون العقد الفضولى، عقد المالك قبل الإجازة، فكيف يكون مضمونه من قبل بمجرد وجودها فيما بعد، و كذا الحال فى عقد المكره، فلا وجه للقول بالكشف بمعنى تحقق المضمون قبل ذلك، لأجل تحققها فيما بعد، نعم بمعنى الحكم بعد الإجازة بتحقق مضمونه حقيقه، مما لا محيص عنه بحسب القواعد، فلو أجاز المالك مثل الإجازة الفضوليه بعد انقضاء بعض مدّتها، أو الزوج، أو الزوجه عقد التمتع كذلك، اى بعد انقضاء بعض المدّه، فيصح اعتبار الملكيه حقيقه للمستأجر، و الزوجيه لهما فى تمام المدّه التى قد انقضت بعضها، بل و لو انقضت تمامها، لتحقق منشأ انتزاعها.

فان قلت: كيف يصح هذا، و كان قبل الإجازة ملكا للموجر؟ و لم يكن هناك زوجيه إلا أنّه يكون مساوقا لكون شىء بتمامه ملكا لاثنين فى زمان واحد، و اجتماع الزوجيه و عدمها كذلك، أى فى زمان واحد. قلت:

لا- ضير فيه، إذا كان زمان اعتبار ملكيه لأحدهما فى زمان، غير زمان اعتبار الملكيه للآخر فى ذاك الزمان، لتحقق ما هو منشأ انتزاعها فى زمان واحد لكل منها فى زمانين، و كذا الزوجيه و عدمها، و حيث لم يكن قبل الإجازة، ما يصح معه انتزاع الملكيه أو الزوجيه للمجيز من العقد، لم يصح إلا انتزاع ما صحّ انتزاعه قله، و لما وجد معها ما يصحّ معه ذلك، كان اعتبار الملكيه أو الزوجيه له من حينه حينئذ مما لا محيص عنه، ضروره ان قضيه صحه العقد و نفوذه بالإجازة، صحه اعتبار مضمونه، و صيرورته منشأ لانتزاعه و سيا لاختراعه، فيتربّب على الملكيه فى ذاك الزمان، أو الزوجيه، كل ما كان لها من الآثار التى يمكن ترتبها عليها فى الاين. هذا فيما إذا كان العقد من مثل الإجاره و التمتع، و كذا إذا كان مثل البيع، و النكاح الدائم، فإن قضيه إطلاقها، هو القصد الى مضمونه مطلقا، و مرسلا بلا تحديد فى أوّله و لا فى

آخره، و لم يلحظ فيه تقييد و تحديد بزمان، ألاً إرسال و الإطلاق، و لازمه تحقّقه مقارنا لزمان وجود علته، و هذا غير الإبهام و الإهمال الذى لا يكاد يصحّ العقد عليه، كما مر فى عقد المكره. و اما كشف الإجازة عن سبق العله التامه، كما يظهر من المحقق الثانى، و كذا اكشفها عن سبق الأثر مع دخلها فى التأثير، كذا النقل و الكشف الحكمى، كما افاده- ره- فعلى خلاف ما يقتضيه القواعد، لاقتضائها دخل الرّضاء و الطيب فى التأثير، دخل الشرط المقارن، كما أنّ قضيه الصّحه بعد لحوق الإجازة، هو تحقق مضمون العقد كما قصد على ما عرفت فلا بد فى المصير الى واحد منها، من دليل خاص، و ليس، فان ما افاده لا يوجب ظهور صحّحه ابى عبيده (١) فى الكشف فان ما فى الكشف من المخالفه للقاعده، ليس بأهون مما فى العزل على تقدير عدم الحمل على الكشف. فتأمل.

قوله (ره): (كان العزل مخالفا لقاعده تسلط الناس - إلخ-).

و كان تلقى الزوجيه لنصيبها من الورثه، لا من الميث، ثم لا يخفى ان ذلك انما يكون إذا قيل بدخول المعزول فى ملك الورثه، و ألاً لم يلزم ألاً مخالفه قاعده ما تركه الميث فلوارثه.

قوله (ره): (اما الثمره على الكشف الحقيقى بين كون نفس الإجازة - إلخ-).

لا- يكاد يظهر بينهما على الكشف ثمره عمليه أصلا كما لا يخفى. نعم فيما إذا شكّ فى لحوق الإجازة، لا بد من الرجوع الى أصله عدم لحوقها، بناء على كون نفس الإجازة شرطا، و من الرجوع الى أصله عدم تحقق ما هو سبب النقل من العقد الملحوق بالرضاء، بناء على كونها كاشفه عن السبب التام، فيتاوتان فى طريق إثبات حكم العمل مع انفاقهما فيه.

قوله (ره): (فإن الوطى على الكشف الحقيقى حرام ظاهرا، لأصله عدم الإجازة - إلخ-).

لا يخفى أنّ أصله عدم الإجازة انما يجرى إذا كان نفس الإجازة

شرطاً، كما هو مبني كلامه (ره) «ظاهراً» و اما إذا كانت كاشفه عن السبب التام فلا مجال لها بلا كلام، فلا بد في الحكم بأنه حرام، من أصله عدم ذاك العقد الخاص عند الشك، في أنّ الموجود من أفراده أو من سائر أفراد العام.

قوله (ره): (و ضابط الكشف الحكمي، الحكم بعد الإجازة- إلخ-).

ضابطه انما يكون ذلك، إذا ساعد دليل على ترتيب جمع الآثار، و ألا فلا بدّ من الاقتصار على مقدار يساعد عليه، أو متيقن منه، حيث لم يكن قبل الإجازة ملكيه حقيقته على هذا الكشف، بل تنزيهه. و من هنا يظهر الإشكال في صيروره الجاربه الموطئه قبل الإجازة، أم ولد. نعم جميع الآثار يترتب، بناء على الكشف بالمعنى الذى ذكرناه، لاعتبار الملكيه حقيقه من حين العقد بالإجازة، و من جملتها الحكم بصيروره الجاربه أم ولد. فتدبر.

قوله (ره): (فان العقد تامّ من طرف الأصيل - إلخ-).

لا- يخفى، أنّ العقد لو كان تاماً، نافذاً من طرفه، كان كذلك على النقل أيضاً، ضروره ان التفاوت بينهما فى دخل الرضاء فى التأثير بنحو الشرط أو المتأخر، لا يوجب تفاوتهما فى تماميه العقد من طرف الأصيل و عدم تماميته. نعم العقد على الكشف، بمعنى كون الإجازة كاشفاً محضاً بلا- دخل فى التأثير أصلاً، و ان كان تاماً من طرفه على تقديرها، ألا انه كذلك من طرف الفضولى، و من هنا ظهر أنّ ما جعله مبنئ لجواز الفسخ من طرف الأصيل على النقل، لو صحّ، لكان موجبا لجوازه على الكشف أيضاً، لاستواء نسبه إلهما، كما لا يخفى.

قوله (ره): (بل مقتضى العموم وجوبه حتى مع العلم بعدم اجازة المالك- إلخ-).

لا يخفى، أنّه لا وجه لوجوب الوفاء فى صوره العلم بعدمها أصلاً، ضروره التقييد بالإجازة، أو بما هي كاشفه عنه، أو محققه له، على الاحتمالات فى الكشف الحقيقى، فكيف يجب الوفاء فى هذه الصوره على الأصيل، بناء على الكشف المشهودى، مع مساواته مع الكشف عند المعاصر

له فى التقييد بها و هو منتف فى الصورة، و لو كان المراد من الكشف المشهودى، هو كشف الإجازة عمّا هو السبب التام، بلا دخل لها فى التأثير، كما يدلّ عليه قوله «فيما بعد»، فالذى يجب الوفاء به، هو نفس العقد، من غير تقييد، ضروره ان مراده من نفي التقييد، انما هو نفي التقييد بالرضاء، و ألا فالتخصيص و التقييد بما يكشف عنه الإجازة، مما لا محيص عنه، كما لا يخفى، فمع عدم الإجازة، لا يكون العقد الواقع، ذاك المقيّد أو الخاصّ، فلا يجب الوفاء به على الأصيل أيضا، و قد أشرنا سابقا، و فى بعض الحواشى على الخيارات، ان الأمر بالوفاء بالعقود فى الآيه (١)، كناية من تحقّق مضامينها، و هو مما لا يكاد يختلف بالنسبة إلى طرفيها، و بينا بما لا مزيد عليه، أنّه لا يصحّ ان يراد منه وجوب ترتيب الآثار، كى يمكن اختلافه بالنسبة إليهما، و بالنسبة إلى الآثار، كما افاده - ره - فراجع.

قوله (ره): (و اما على المشهور فى معنى الكشف من كون نفس الإجازة شرطا لكون العقد (٢) مؤثرا - إلخ -).

ربّما يقال، انّ قضيه الشرطيه ان يكون العقد المقيّد واجب الوفاء، لا نفس العقد، من غير تقييد، كما هو واضح. اللهمّ ألا ان يقال، انّ الإجازة انما تكون شرطا و موجبا لصيروره العقد سببا، و عله تامه، لا جزء لها، و بعبارته أخرى، يكون شرطا لصيرورته مقتضيا، لا لاقتضائه، فتأمل.

قوله (ره): (و مقتضى الوفاء فى العقد حرمه رفع اليد - إلخ -).

لا يخفى، انّ الوفاء بالعقد أو العهد، هو العمل على طبقه، و المشى على وفقه، إذا كان مضمونه امرا اختياريا، كما فى نذر السبب و الفعل و الالتزام به، إذا لم يكن كذلك، كما هو الحال فى العقود، و فى نذر النتيجة، و قد بينا فى غير المقام، انّ الأمر بالوفاء بالعقود، كناية عن صحتها و تحقّق مضامينها، كما ان النهى عن عقد، كناية عن عدم تحقّق مضمونه، و عدم

١- المائدة: ١.

٢- و فى المصدر: لكون العقد السابق بنفسه مؤثرا.

نفوذه و صحته، و ليس بمعنى وجوب ترتيب الآثار، مع أنه لو كان بمعناه، فمن الواضح أنّ وجوب ترتيبها، أنّما يكون متفرّعا على صحته، و تحقق مضمونه، و لذا يكون دليله، دليلا- عليه، و كيف كان، فلا- يكون هناك دليل على نفوذ العقد في خصوص ما عليه من الآثار دون ما له، كما في دليل نفوذ الإقرار، بل مع تمامية العقد بشرائطه و خصوصياته المعبره فيه، فالدليل قد دلّ على نفوذه مطلقا، و بدونها لا دليل على نفوذه أصلا، كما لا يخفى.

[و ينبغي التنبيه على أمور لبيان شرطها]

[الأول أنّ الخلاف في كون الإجازة كاشفه ليس في مفهومها اللغوي]

قوله (ره): (الأول أنّ الخلاف في كون الإجازة كاشفه- إلخ-).

بل بعد الفراغ عن أنّها إمضاء ما وقع من العقد بمضمونه، و الاتفاق على اتفاده و الرضاء به، وقع الخلاف في أنّ قضيه الأدله تأثيره شرعا من حينه أو من حينها، فلو قصد المجيز إمضائه كذا، فلا إشكال في صحّتها، و لو على القول الذي لا يوافق، و لو قصد لا كذلك، فلا ينبغي الإشكال في فسادها، و لو على القول الذي يوافق، فليس المناط في صحّتها و فسادها، مطابقتها لما هو المختار من القول بالكشف أو التّقل أصلا، فلا وجه لما فرغ بقوله- ره- «فلو قصد المجيز الإمضاء من حين العقد- إلخ-» كما لا- يخفى، حيث يظهر منه احتمال إناطه الصحه على كل قول بموافقه الإجازة له، بل الوجه ان يفرع ما فرّعه، فتفتن، و قد تقدّمت الإشارة الى ان تأثيره بنحو الكشف موافق لمضمون العقود، لا بنحو النقل.

[الثاني أنه يشترط في الإجازة ان يكون باللفظ الدال عليه]

قوله (ره): (و يشترط (١) في الإجازة ان يكون باللفظ الدال عليه- إلخ-).

اعلم أنّ الحاجه إلى الإجازة، ان كانت لمجرد حصول الرضاء و الطيب بالعقد، فمن اعتبر في نفوذ العقد رضاه، كما في نكاح العبد بدون اذن سيده، أو بيع الرهن للعين المرهونه بدون اذن المرتهن و نحوهما، فلحوق الرضاء بالعقد كاف في تأثيره، كما في عقد المكره، حيث يكفي في تأثيره بمجرد لحوقه و ان كان لتصحیح استناد العقد الى المجيز مع ذلك، كما في العقد على ما له بدون اذنه، فالظاهر أنّ مجرد لحوق الرضاء به لا يصح الاستناد، بل لا بد في

صحته من إنشاء إمضاء العقد و أجازته. نعم فى كفايه إنشاءه قلبا، أو لزوم إنشائه، و لو بفعل أو بلفظ و ان لم يكن بدال، و لو كفايه، أو لزوم إنشائه بلفظ دال، و لو بالكنايه، و جوه، لا يبعد ان يكون أوجهها كفايه الإنشاء القلبى، و قد انقدهح بذلك ان كفايه مجرد الرضا فى بعض الموارد، لا شهاده فيها، لكفايته فى جميعها، كما لا يخفى، كما لا شهاده فى كفايه السكوت فى الباكره على كفايه مجرد الرضا فان السكوت منها فى ذاك المقام إظهار الرضاء و إنشائه. فتدبر جيدا.

[الثالث من شروط الإجازة ان لا يسبقها الرد]

قوله (ره): (الثالث من شروط الإجازة ان لا يسبقها الرد- إلخ-).

الظاهر ان اعتبار ذلك، انما هو لأجل ان الإجازة مع سبقه، لا توجب صحه إسناد العقد عرفا الى المجيز، فكما ان العقد الفضولى على ما له يصير عقد إله و مسندا إليه بإجازته، كذلك يسقط عن قابليته لذلك برده، فلا يضاف إليه بالإجازة مع سبقه عرفا، و لا أقل من الشك فيه، و معه لا دليل على نفوذ هذا العقد عليه، فان التمسك بالعمومات، يكون من باب التمسك بالعام، فيما اشتبه صدقه عليه، فان المراد من العقود فى الآيه (١)، عقود من لهم الولاية على العقد، كما مرّت إليه الإشاره، لا لأجل التعيّد به على خلاف القاعده، فإنّه من البعيد جدّا، اعتبار أمر زائد فى الفضولى، و مع ذلك لا يكاد يتحقق الإجماع، و لو من اتفاق الكلّ، لاحتمال ان يكون ذهاب الجلّ، بل الكلّ الى ذلك، لذلك. فتفطن.

قوله (ره): (و قد تقرّر ان من شروط الصيغه- إلخ-).

لا- دخل لذلك فى المقام، ضروره ان اعتبار ذلك لتحقق العقد هناك، و قد كان العقد محققا ههنا، و الإجازة انما تكون لتصحيح إضافته، لا لأصل تحقّقه، نعم لو قيل بمنع تحقق العقد من الفضولى بدعوى أنّه يعتبر فى قوامه، صدور إنشائه، ممن كان له ولاية على مضمونه، و ليس من الفضولى إلّا الإنشاء، و بالإجازة يصير عقدا، و مضافا الى المجيز، كان له الدّخل، فان الرد

على ذلك، يكون من قبيل ردّ الإيجاب قبل القبول، لكنهم لا يقولون بذلك و يقولون بتحقيق العقد من الفضولى، و ان احتملناه فى مجلس البحث. فتدبر جيداً.

قوله (ره): (مع ان مقتضى سلطنه الناس على أموالهم (١) - إلخ-).

لا يخفى أنه ليس من أنحاء السلطنة على المال، السلطنة على إسقاط العقد الواقع عليه من الفضولى عن قابليه لحوق الإجازة، به، فإنّه السلطنة على الحكم، لا على المال، مع أنه لو كان منها، لا دلالة لمثل الناس مسطون الأ على انّ المالك ليس محجوراً عن التصرفات النافذه شرعاً، و يكون مسلطاً.

و بعباره اخرى، انما يكون بصدد بيان أنه السلطان على التصرفات النافذه، لا لبيان انّ له أنحاء السلطنة، كى يمكن التمسك به على تشريع نحو سلطنه شكّ فى أنه يكون شرعاً أو لا، كما لا يخفى، الا ترى أنه لا مجال لتوهم دلالة الناس مسطون، على مثل جواز وطى السيد عبده، و أنه انما خصّص بالإجماع، فاحفظ ذلك، ينفعك فى غير المقام، و لعلّه أشار إليه بالأمر بالتأمل فى المقام.

[الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنه المالك على ماله]

قوله (ره): (و الإجازة أثر من آثار سلطنه المالك - إلخ-).

أى تأثير الإجازة و نفوذها، فكما للمالك بيع ماله ابتداءً، له ان يجوز ما وقع عليه فضولاً، فيأجازه بصير بيعه فينفذ.

قوله (ره): (فلو مات المالك لم يورث الإجازة - إلخ-).

و ذلك لأنّها ليست مما تركه الميت حيث أنّها ليست بمال و لا بحق، بل من الأحكام، كما أشرنا إليه فى الحاشيه السابقيه. نعم المال الذى بيع فضولاً - يورث، فلكلّ وارث اجازة البيع فى خصوص ما ورثه، لو قيل بجواز المغايره بين المجيز و المالك حال البيع، بخلاف ما لو قيل بإرث الإجازة، فإنّه بعينه يكون كإرث الخيار، فيشترك جميع الورثه فيها حتى من ليس له من المبيع نصيب، فقد ظهر بذلك الفرق بين إرث الإجازة وارث المال.

[الخامس إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن]

قوله (ره): (لان مرجع اجازة القبض إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهده المشتري- إلخ-).

لا- يخفى ان ضمان الثمن و المثلن قبل القبض و الإقباض، أنما هو ضمان المعاوضه، و هو من الأحكام لا يرتفع بالإسقاط، فلو أسقطه المشتري أو البائع بعد البيع، لا يسقط، بل يكون تلف الثمن أو المثلن قبل القبض معه من مال البائع أو المشتري أيضا، و أنما الساقط به الضمان باليد، فلو تلف المبيع بعد اجازة العقد لا يفسخ العقد، و لو أجاز المشتري القبض، لعموم قاعده كل مبيع تلف قبضه. لا يقال: ان قبض الفضولي بالإجازة، صار قبض الأصيل، فيكون التلف بذلك تلفا بعد القبض. فإنه يقال: ليس كل فعل يصح انتسابه الى غير مباشره بإجازته، و القبض لم يعلم أنه من قبيل العقد، و البيع، و نحوهما مما يصح انتسابه الى غير المباشر بالإجازة، أو من قبيل الأفعال الخارجيه التي لا يحدث له بذلك انتساب، كالأكل، و الشرب، و غيرهما، كما لا يخفى، بل دعوى أنه مثلها، غير مجازفه، و مجرد الفرق بينه و بينها، من لزوم المباشره فيها في صحه انتسابها، و عدم كفايه النيابة، و الوكاله فيها، أصلا، بخلاف القبض، ضروره كفايه الوكاله في صحه انتسابه، غير مجد في صحه الانتساب بمجرد الرضا، و الإجازة، بعد عدم صدوره منه تسببا و لا مباشره، و لا يبعد ان يكون مورد الإجازة، هو خصوص العناوين الاعتباريه المنتزعه من أسباب خاصه يتوسل بها إليها، كالبيع، و العقد، و المبيعه، و نحوها، مما يتوسل إليها بأسباب خاصه صادره ممن يقوم بها حقيقه، أو من غيرها و كاله، أو فضوله مع لحوق الإجازة بها، فالبيع و العقد حقيقه يقوم بالموكل، و المجيز، و ينسب إليهما، حيث ترى صحه اعتبار العقد، و البيع و انتزاعها بالإجازة للمجيز، مثل اعتبارهما للأصيل، أو لغيره بالتوكيل، و هذا بخلاف نفس الأفعال الخارجيه، كالقبض، و الإيجاب، و القبول، فإنها لا يكاد ينسب الى غير المباشره إلا تسببا، و لا مباشره و لا تسبب ههنا من المجيز أصلا، كما لا يخفى.

نعم لا يبعد كفايه اجازة قبض الفضولي فيما إذا كان العين فعلا تحت

يده، بحيث كان بقائها تحتها باذنه و رضائه، و هذا فى الحقيقه ليس من كفايه قبض الفضول، بل كفايه القبض بالإذن، فإنّ القبض و ان كان حدوثاً فضوله، ألما أنه بقاء يكون عن اذن و اجازته، هذا كله بناء على اعتبار قبض المشتري فى رفع ضمان المعاوضه، لكنه من المحتمل كفايه تخليه المالك و تسليمه و ان لم يقبض المشتري. قال العلامة ره فى التذكره (١): لو أحضر البائع السلعه، فقال المشتري فضعه، ثم القبض، و تمام الكلام فى القبض.

قوله (ره): (و إتمام الدليل على ذلك، لا يخلو عن صعوبه - إلخ-).

سيما مع ما عرفت، من أنّ القبض بالإجازة، لا يصير قبضه، و لا يصح انتسابه اليه، لا مباشره و لا تسيبياً. نعم لو كان المقبوض باقياً فى يده الى زمان لحوق الإجازة، لا يبعد كفايته فى تشخيصه، لكنه ليس من باب تأثير قبض الفضول بالإجازة، بل من باب تأثير القبض بالرضاء، و الاذن، كما عرفت.

قوله (ره): (كان اجازة العقد، اجازة للقبض - إلخ-).

لا- يقال: أنه قد سبق الإشكال فى تأثير الإجازة فى قبض الفضول، فإنه يقال: نعم، لكنه فيما يحتاج الى قبض المجيز، و فى الصرف و السلم، لا يحتاج اليه، بل الى القبض من المتعاملين، و الإجازة فيهما، انما يكون متعلقاً بنفس البيع و العقد الحاصلين، من الإيجاب، و القبول، و القبض فى المجلس، كما فى غيرهما، لا بنفس القبض.

و بالجمله، حال القبض فيهما، حال الإيجاب و القبول، و قد عرفت ان الإجازة فى الحقيقه، لا تلحقهما، بل ما يتسبب منهما من البيع و العقد.

فافهم. و منه انقدح عدم الحاجه الى إثبات كون اجازة العقد. فيهما اجازة للقبض، و ألّا فلا شهاده فى لزوم لغويته لولاه عليه، ما لم يكن هناك لها دلالة بحسب متفاهم العرف على كونها اجازة له أيضاً، و ألّا فليس لزوم اللغويه بمحذور بالنسبه إلى إجازة المجيز، كما لا يخفى.

[السادس الإجازة ليست على الفور]

قوله (ره): (تداركه بالخيار، أو إجبار المالك- إلخ-).

وجه التردد، أو التخيير، أنّ المنفى بقاعده نفى الضرر، وهو الحكم الضررى عنده. و أمّا بناء على ما هو المختار، من أنّ المنفى هو حكم الأمر الضررى بنفى نفسه، فالمتعين تداركه بالخيار، حيث كان العقد من طرف الأصيل لازماً، فاذا صار ضرورياً، انقلب جائزاً، فلا مجال لاحتمال الإجبار، و فيما علقناه على مسأله خيار الغبن، ما يناسب المقام، فراجع.

[السابع هل يعتبر فى صحه الإجازة مطابقتها للعقد الواقع أم لا]

قوله (ره): (هل يعتبر فى صحه الإجازة مطابقتها- إلخ-).

لا- ريب فى اعتبار المطابقه فى الصحه، و الّا لزم تأثير ما لم يقع أو ما لم يجز. نعم لو كان العقد ينحلّ الى العقود، كما فى العقد على صفقه واحده، فلا بأس بإجازته بالنسبه إلى بعضها، فإنها و ان لم تطابق العقد على تمامها، الّا أنّها مطابقه لما انحلّ اليه من العقد على بعضها، و هذا خلاف ما إذا عقد على الشرط، و أجزى بدونه، فإنه لا تطابقه، إلّا إذا قيل بالانحلال فيه أيضاً، و سيأتى الكلام فيه فى باب الشرط الفاسد، فتأمل.

قوله (ره): (أو بطلانها، لأنه إذا لغا الشرط، لغا المشروط، لكونهما التزاما واحدا- إلخ- (1)).

هذا كما فى الشرط الفاسد فى العقود، فإنّه توجب فسادها بناء على وحده المقصود فيها. و قد يقال: بالفرق بينهما بان العقد مع الشرط على هذا، انما يكون عقدا خاصا، اما ان يمضى، أو يرد، فلا مجال للتفكيك، الّا تعديدا على خلاف قاعده «العقود تابعه للقصود»، و هذا بخلاف الإجازة معه، فان الشرط إذا كان حاصلًا من باب الاتفاق، و لو لم يكن نافذا شرعا، كانت الإجازة مؤثره، فإنّها بوجودها يؤثر فى انتساب العقد الى المجيز، لا بصحتها، فلا يلزم من تأثيره و عدم نفوذه و صحته، التفكيك اللازم، من صحه العقد و فساده.

لا يقال: ان الإجازة كما تحقق الإضافه و الانتساب كذلك يحصل

١- و فى المصدر:.. لكون المجموع التزاما.

بها الرضاء الذى لا بد منه فى صحه المعامله، و مع فساد الشرط الذى هو قيدها، لا يكون منه رضى بالمعامله.

فإنه يقال: الإجازة أتمًا تكون مقيدة بالشرط، و قد حصل على الفرض، فكما يحصل فى الفرض بها الانتساب و الإضافة، يحصل بها الرضاء، كما لا يخفى. فتدبر جيّدا.

[و أتمًا القول فى المجيز]

[الأول يشترط فى المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف]

قوله (ره): (و لا فرق فيما ذكرنا بين القول بالكشف و النقل - إلخ-).

فإنه على القولين يكون للإجازة دخل فى السبب، غاية بنحو الشرط المتأخر على الكشف، و الشرط المتقدم على النقل. نعم على الكشف الحقيقى الذى لا يكون للإجازة دخل أصلا فى السبب، بل كانت كاشفه عن تمام السبب، لا يكون حينئذ تصرفا ماليا، فينعقد ممن حجر عليه فى ماله.

[الثالث لا يشترط فى المجيز كونه جائز التصرف حال العقد]

[المسألة الثانية فى من باع شيئا ثم ملك]

قوله (ره): (و ربّما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك - إلخ-).

أى بعض ما ذكر فى مقام التفصى عمّا أشكل به فى نفوذ الإجازة فى بيع الفضول لنفسه، و لا أظنّ بذلك، بل لا يجرى فيه بعض الإشكالات الجارية هناك، كما افاده - ره-، لعدم مخالفه الإجازة لما قصده المتعاقدان ههنا، فلا يحتاج الى التكلف بما سلف فى التفصى عنه، و لكنّه ربّما يشكل ههنا بمخالفه الإجازة لما قصده المتعاقدان أيضا، فإن المنتقل عنه المبيع، و المنتقل اليه الثمن، انما هو المالك الحقيقى حين البيع، غايه الأمر ان البائع إنّما قصده لنفسه بدعوى، أو اعتقاد أنّه هو، و هو غير المالك حين الإجازة، و هو البائع، فتكون الإجازة مخالفه لما قصده، حيث قصد البيع عن المالك حين البيع بإزاء الثمن له، و قضيه الإجازة نفوذه للمالك حين الإجازة، و هو الفضول، فيكون المنشاء غير المجاز، فتأمل جيّدا.

هذا بناء على اعتبار لحاظ طرفى التّقل من المنقول عنه، و المنقول إليه فى البيع، كما هو كذلك، لأنّه اعتبار خاصّ، و اضافه خاصه، و لا يكاد يتحقّق القصد إليها بالجدّ، ألّا مع تعيين المضاف، و المضاف اليه، و ليس هو المالك الكلى، كى ينطبق على الأصيل فى زمان، و على الفضول فى زمان آخر، بل هو شخص المالك حين العقد، فافهم.

قوله (ره): (و فيه أنّ الثابت هو اعتبار رضاء من هو المالك حال الرضاء - إلخ-).

و فيه ان الإجازة، كما أشرنا إليه سابقا، كما لا بدّ منها، لأجل الرضاء و الطيب، كذلك لا بد منها لأجل تصحيح انتساب العقد الى المجيز، و لا يكاد يصحّ الانتساب اليه فيما إذا وقع لغيره بإجازته.

قوله (ره): (فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك و المشتري - إلخ-).

و دفعه بالتزام كونه ملكا للمشتري وحده في صورته اجازة المالك، و كفايه ملكه السابق على العقد في نفوذ إجازته اللاحقه، فتأمل.

قوله (ره): (نعم لو فرضنا قصد المالك فسخ العقد (١) - إلخ-).

مع انه يمكن ان يقال: ان فسخ المالك و ردّه بالقول أو بالفعل، لا يكون الا فسخا و إبطالا، لأثر العقد بالإضافه إلى المالك حين العقد لا- مطلقا، و ذلك لأنّ وجه مانعيه الردّ عن لحوق الإجازة، إمّا الإجماع، أو حديث سلطنه المالك، على قطع علاقه الغير على ماله، أو كون الردّ سببا لعدم حصول اضافته العقد الى المجيز بعده، و القدر المتقين من الإجماع، هو كون الردّ مانعا بالنسبه إلى الردّ، لا بالنسبه إلى غيره، و السلطنه غير مقتضيه لقطعها أصلا، كيف و أنّ كانت مقتضيه لعدم تعلّقها به بدون اذنه و رضاه من رأس، بطريق اولي، كما لا- يخفى، و السّر أنّ مجرد العقد عليه، و بقاء أثره الى ان تلحقه الإجازة، ليس بتصريف في المال، كى يكون للمالك منعه، أو رفعه، و قطعه، و لو سلّم، فتسلّطه على القطع، أنّما يكون بالإضافه إليه، لا الى غيره ممّن حصلت له علقه بملاحظه القواعد، و الردّ إن منع عن حدوث الانتساب بعده، أنّما يمنع عنه بالنسبه إلى الردّ، لا غيره، فتأمل.

قوله (ره): (و الجواب عن العمومات - إلخ-).

و ربّما يجاب بأنّ موجبها، ليس الّا عدم تحقق البيع، و الإرشاد الى عدم تحققه بلا تملك، و ههنا يقول بموجبها، إذ لا يكون بيع، و تمليك

١- و في المصدر: نعم لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل فسخ العقد.

حقيقه، قبل الملك، و أنّما يكون بعده، و بعد الإجازة، فلا يكون القول بحصول البيع و التمليك بعدها مخالفا لها، كما لا يخفى. فتدبر جيدا.

قوله (ره): (فلو باع عن المالك، فاتفق انتقاله إلى البائع فأجازته، فالظاهر أيضا الصحة - إلخ-).

لا- يخفى، ان عدم مطابقه المنشاء و المجاز هيهنا، أظهر ممّا إذا قصد البيع لنفسه، ثم ملك، و الظاهر عدم نفوذ إجازته في الصورتين، لعدم المطابقه بينهما فيهما، كما عرفت في الصورة الأولى.

قوله (ره): (و المقام، مقام استصحاب حكم الخاص، لا الرجوع الى حكم العام، فتأمل - إلخ-).

لا- يخفى، أنّ خطاب «أوفوا» لا- يعمّ من ليس له الولاية على العقد، و ان كان عاقدا، فليس المقام من ذاك المقام، بل من باب اختصاص العام، و لو سلّم أنّه من باب تخصيص العام، فوجوب الوفاء، و ان كان كما افاده- ره- لما أشير إليه غير مرّه، من كون الوفاء امرا واحدا مستمرا، لا يرجع الى عدم دليل وجوبه بعد انقطاعه، تخصيصه، ألا أنّه إذا كان تخصيصه بعد العمل به أولا، و اما إذا كان تخصيصه ابتداء، فالمرجع هو لا حكم العام، لما تبّهنا عليه في غير مقام، و لعلّه أشار الى بعض ذلك، بامرّه بالتأمل.

[المسألة الثالثة ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف]

قوله (ره): (فلا ينبغي الإشكال في لزوم حتى على القول ببطلان الفضولي - إلخ-).

فإنّه ليس من الفضولي، حيث وقع ممّن بيده امره، نعم يشكل فيما كان جواز تصرفه من جهه ولايته كالأب و الجد مثلا، بان منصرف أدله نفوذ تصرفات الولي، غير ما إذا كان تصرفه كذلك، اي باعتقاد أنّه غير ولي، و غير جائز التصرف. فتأمل.

قوله (ره): (فالظاهر أيضا صحة العقد - إلخ-).

بل الظاهر بطلانه و لو أجاز، لمخالفة الإجازة للعقد، و استلزام صحته، لعدم تبعيته للقصد، حيث قصد لنفسه، و وقع بإجازته لغيره. فتأمل.

قوله (ره): (لأنه إنما قصد نقل المال عن الأب لا عنه - إلخ-).

فلا يجدى إجازته أيضا في صحته لمخالفتها له، و استلزام الصحة لعدم التبعية كما عرفت. و دعوى كون المقصود، إخراج الملك عن ملك مالكة، غايته اعتقد أنه غيره، فلا يلزم عدم المخالفه، و لا عدم التبعية، مدفوعه بان المقصود في البيع، إخرجه عن شخص غيره، غايه الأمر ان اعتقاد كونه مالكا يدعوه الى قصد ذلك، كيف يكون قصده الإخراج عن المالك كائنا من كان، و هو لا يكاد يقصد الإخراج عن نفسه، لو علم كونه مالكا، و الإجازة مع المخالفه، لا تجدى أيضا فيما اعتبر في الصحة من الطيب به بما هو بيع. و من ذلك انقذ الإشكال في الصورة الأخيرة، حيث أنه يلزم من صحة العقد فيها، عدم تبعيته للقصد أيضا، و عدم توقفها على رضی المالك من حيث أنه مالك لو لم يجز، بل و لو أجاز لمخالفة المجاز للمنشأ، كما عرفت. فتأمل جيدا.

[و اما القول في المجاز]

[الأول يشترط كونه جامعا لجميع الشروط المعتره في تأثيره عدا رضا المالك]

قوله (ره): (الأول يشترط كونه (١) جامعا لجميع الشروط المعتره في تأثيره - إلخ-).

و ذلك ضروره أن البحث في الفضولى، في أنّ رضاء اللاحق هل هو كاف، كالمقارن في العقد الجامع لسائر الشروط أولا، فلا إشكال في اعتبارها في الحكم بصحته مع الإجازة، أنّما الإشكال في أنّ العبره باجتماعها حال العقد، أو الإجازة، أو هما، و لا يخفى أنه لا بدّ من ملاحظه أدلتها، فرّما يختلف بحسب داللتها، و لا يهمننا بيان ذلك في المقام، لعدم اختصاص ذلك به، و جريانه في غير المقام.

[الثاني هل يشترط في المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل]

قوله (ره): (إلا إذا بلغ حدّا لا يجوز معه التوكيل - إلخ-).

لا- وجه لهذا الاستثناء، لعدم تخديد في الشرع له، بحيث يجوز التوكيل في غير المعين ما لم يبلغه، و لم يجز إذا بلغه إن كان الجهل في الموكل فيه مانعا عن صحة التوكيل، و نفوذه كان مطلقا مانعا، و الآ فلا يكون مانعا كذلك،

و الظاهر نفوذه فيه مع إطلاقه و تعميمه، بحيث يعمّ أيّ شيء كان غير المعيّن.

نعم التوكيل في أحدهما بلا- تعيين و لا تعميم فاسد، غير نافذ في واحد منهما، و ذلك لعدم تعيينه واقعا، بخلاف غير المعيّن، لتعيينه واقعا، فيشار إليه بنحو من الإشاره.

قوله (ره): (ألا أنّها في معناها، و لذا يخاطب المجيز (١) بالوفاء- إلخ-).

يمكن ان يقال: أنّها و إن كانت في معناها، إلّا أنّ التعليق الممنوع، ما إذا كان على ما ليس ممّا لا بدّ منه، و من الواضح وقوع العقد ممّا لا بدّ منه عقلا فيها، مع أنّ المنع عن التعليق، أنّما هو بالإجماع، و القدر المتيقن منه التعليق في نفس العقد، لا فيما هو بمعناه، و لعلّه أشار إليه بأمره بالتأمل.

[الثالث المجاز إمّا العقد الواقع على نفس مال الغير و إمّا العقد الواقع على عوضه]

قوله (ره): (اما ان يكون المجاز أوّل عقد وقع على المال- إلخ-).

محل الكلام، ما إذا كانت العقود مترتبه، و أمّا إذا كانت غير مترتبه من فصول واحد، أو متعدد، فلا يكون الصحيح منها إلّا ما أجازته أولا، و لو كان هو العقد الأخير، و معه لا يبقى مجال للإجازة غيره. نعم يكون لمن انتقل اليه المال، اجازته واحد آخر منها مطلقا على النقل، و خصوص العقد السابق على الكشف، بناء على كفايه كون المجيز جائر التصرف حال الإجازة، و العقد اللاحق عليه مطلقا، فإنّه جائر التصرف حاله أيضا. فافهم.

قوله (ره): (فهى ملزمه للعقود السّابقه- إلخ-).

لتوقّف صحته على صحتها، فإجازته و إمضائه، لا يكاد يكون إلّا بإجازتها و إمضائها، و إلّا لكانت لغوا، فهى موجهه لصحة الأوّل فالأوّل، الى أن تصل التّوبه إلى المجاز، و هذا على الكشف لا اشكال فيه، و أمّا على النّقل، فيشكل بأنّ المجيز لم يكن بجائر التصرف أصلا، لا حال العقد، و لا حال الإجازة فيها، إلّا العقد الأوّل على نفس ما له، فلا بدّ عليه من اجازته اللاحق بعد اجازته السابق، فتأمل جيدا.

قوله (ره): (و للعقود اللاحقه إذا وقعت على المعوض - إلخ-).

فإنه بالإجازة صار ملكا لبائعه على الكشف، فوقع البيع عنه في حال ملكه، و على النقل تبني صحته على صحه بيع من باع ثم ملك بالإجازة أو بدونها، كما تقدم. و بالجملة كلما كانت صحه إجازة عقد متوقفه على صحه ما يترتب عليه من العقود السابقه، أو منقحه لوقوع ما يترتب عليه من العقود اللاحقه من الأصيل، فهي موجب لصحتها أيضا، و ما ليس بذا، و لا بذاك منها، فلا يكون مصححه له، كما لا يخفى. فتأمل، كي لا يختلط عليك الأمر.

قوله (ره): (كان إجازة وسط منها فسخا لما قبله، و إجازة لما بعده - إلخ-).

أمّا كونها فسخا لما قبله، فلتوقف صحته المجاز على بطلانه، فتصححه بالإجازة، يلزم فسخه و إبطاله، و أمّا كونها إجازة لما بعده، أي مصححه له فلكونها متصححه، لوقوعه عن الأصيل بناء على الكشف، و أمّا على النقل، فمبنى على مسأله (من باع ثم ملك). فتأمل جيدا.

قوله (ره): (و ان وقعت من شخص واحد انعكس الأمر - إلخ-).

أي ان وقعت العقود على مال المجيز ببدله و عوضه، لا- خصوصا شخصه، انعكس الأمر في الجملة، لا كليا، و ذلك لأنها و ان كانت مصححه لما قبله، ألا أنها لتوقف صحته على صحته، ليست فسخا لما بعده، بل يكون موقوفا على إجازته، على الكشف، و كذا على النقل، بناء على كفايه جواز التصرف في مال الإجازة.

قوله (ره): (و إذا تحقّق الرد، انكشف كون ذلك تسليطا من المشتري على ماله - إلخ-).

لكنه يشكل بأنه، و ان انكشف كونه تسليطا من المشتري على ماله، ألا أنه بناء على الكشف غير نافذ، لكون تصرفاته فيه غير جائزه، كما تقدم، إلا ان يقال: إنها و إن لم تكن جائزه، ألا أنها نافذه مع الرد. فتأمل.

قوله (ره): (نعم يمكن ان يقال: حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن - إلخ-).

حاصله منع كون التسليط علّه تامّه، بل تأثيره مشروط برّد مالك المبيع، كما يمكن ان يقال: أنّه بالعقد الفضولي ملك ان يملك الثمن، فهو مانع عن تأثيره، ما لم يقع من العين بالزرد، فافهم.

قوله (ره): (وجب الاقتصار فيه على المتقين - إلخ-).

بل المتيقّن من حكمهم ان التسليط مع العلم بالغصب، موجب لعدم الضمان مطلقاً، و لو أتلّف، و هو ليس على خلاف القاعده، فإنّ دليل الضمان، مثل (على اليد) (١) و (من أتلّف) (٢) منصرف عمّا إذا سلّطه المالك عليه بالتصرف و لو بالإتلاف، و لو كان بعوض مال الغير، و عدم التّضمين أعمّ من التّمليك، فافهم.

[مسأله في أحكام الرد]

اشاره

قوله (ره): (و شبه ذلك مما هو صريح في الرد - إلخ-).

أو ظاهر فيه فان العبره، أنّما هو بالزرد و الظهور حجه عليه، و مع إحرازه بالحجه، لا يبقى مجال، لأصالة بقاء القابليّه، لأنّ إجماع، أنّما يكون على ارتفاع القابليّه بالزرد، و هكذا لو كان وجهه أنّ العقد بعد الزرد، لا يضاف بالإجازة إلى المالك المجيز، و لا يبعد ان يكون مراده من الصريح ما يعمّ الظاهر.

فتأمل.

قوله (ره): و كذا حصل بكلّ فعل مخرج له عن ملكه بالنقل أو الإتلاف - إلخ-).

لا- ريب في ذلك في الجملة على النقل، فإنّه خرج قبل الإجازة عن ملكه و صار لغيره، نعم ربّما يشكل في مثالا الإتلاف، فإنّه لا ينافي الإجازة، غايه الأمر يتنزل الى البذل من المثل أو القيمه، كما في الفسخ بالخيار، و في

١- و هي قاعده: على اليد ما أخذت حتّى تؤدى، المأخوذه من الروايات (المستدرک ٣- ١٤٥).

٢- و هي قاعده: من أتلّف مال الغير فهو له ضامن، المأخوذه من الروايات (في معناها روايات مختلفه في الديات و الشهادات و الإجاره و غيرها و هذه العبارة لم توجد بعينها في روايه).

صوره تلف العوضين، أو أحدهما، إلما إذا تشبَّث بذيل الإجماع على اعتبار بقاء العوضيين هيهنا ان تمّ، لكنّه بعيد، و اما على الكشف فمجرد نقله عن ملكه لا- ينافى صحه المجاز، نعم صحته ينافيها، فلا بدّ في حصول الرّد به من إثبات صحته، و الّا فمن الممكن، كشف صحه المجاز و فساده، و لا دليل على الصّحه إلّا الإجماع ان تمّ، و من هنا ظهر حال مثل التّلف أو الإتلاف على الكشف. فتأمل.

قوله (ره): (الّا انه مخرج له عن قابليته وقوع الإجازة- إلخ-).

هذا على الكشف دون التّقل، ضروره أنّه غير مخرج له عن وقوع الإجازة من حينها، إذ لا منافات بين صحّه عقد الإجازة منه، و صحه المجاز من حينها، غايه الأمر لزوم كون المبيع مسلوب المنفعه في مدّتها، و هو لا- يوجب الّا الخيار في بعض الصّور، و هكذا الحال في تزويج الأمه، فافهم.

قوله (ره): (و حيث لا سبيل إلى الأخيرين - إلخ-).

يمكن ان يقال: أنّه و ان لم يكن سبيل إلى الإبطال، لعدم دليل عليه، إلّا ان وقوع المنافى الأخر على غير وجهه، بان يقع المجاز لا من حينه، بل من حين انقضاء مدّه الإجازة ممّا اليه سبيل، فان العقد بالإجازة أنّما يؤثّر من زمان لا مانع عن تأثيره، كما أسلفه- ره- في مقام التّفصي عن إشكالات تأثير الإجازة في مثله ممن باع ثم ملك مرارا.

قوله (ره): (نعم لو انتفع المالك بها قبل الإجازة- إلخ-).

ربّما يشكل بان وجه منافاه مثل البيع قبل الإجازة، يعمّ مثل السّكنى، و ذلك لما عرفت ان صحّه البيع، ينافى صحّه العقد لا نفسه و لم يكن وجه لصحته إلّا الإجماع على نفوذ تصرّفات المالك قبل الإجازة، و أنّها كتصرفات سائر الملاك، و منها سكناه، فلا اجره عليه، كما لا- يخفى، فلا- وجه لا ثبات الأجره على مثلها، فاذا لم يكن عليه اجره، فكانت منه كذلك منافيه لصحه المجاز على الكشف، ثم لا يخفى أنّه لا يوجب ذلك عدم نفوذ الإجازة على الكشف رأسا، لأجل تحقّق هذا المعنى، اى كون تصرّفه، كتصرف سائر الملاك، و كتصرّفه قبل العقد من الفضول، فان منافات التّصرفات، لصحته

و نفوذه من المجيز لنفوذه الإجاره، لا يستلزم عدم نفوذها بدون التصرف، فافهم.

[بقي الكلام في التصرفات غير المنافيه لملك المشتري]

قوله (ره): (كتعريض المبيع للبيع ان البيع الفاسده (١) - إلخ-).

لا- ريب في أنه ليست بحكم الرد إذا لم يكن عن التفات، و كذا معه إذا كان بقصد الاختيار، و انه يشتري بأزيد مما بيع فضولا ليبيع، و ألا أجاز، و اما بقصد الإعراض عنه، فان كان المنشأ في رفع القابليته بالرد، هو الإجماع على ذلك، فالقدر المتيقن منه الردّ القولي، و ان كان هو ارتفاع قابليته العقد، لأن يضاف الى المالك بعده بالإجازة عرفا، فالظاهر عدم التفاوت بينه و بين الردّ الفعلى في ذلك عند أهل العرف قطعاً، و لا يبعد ان لا يكون مدرك للإجماع لو كان الا هذا، و ألا فمن البعيد جدًا في مثل المقام، ان يكون من مدرك آخر تعبدى على خلاف القاعده، فتأمل جدا.

[مسأله لو لم يجز المالك فله انتزاع المبيع ممن وجده في يده]

[المسأله الأولى أن المشتري يرجع بالثمن على الفضولى]

قوله (ره): (فان تملكه البائع قبله، يلزم فوات محل الإجازة - إلخ-).

قد عرفت أنّ فوات محلّ الإجازة بذلك، أنّما هو على النّقل لا على الكشف، و لعله المشهور بين الأصحاب، فلا يلزم من القول به على النقل مخالفه المشهور، و لعله أشار إليه بأمره بالتأمل.

قوله (ره): (و وجهه كما صرّح به بعضهم كالحلى، و العلامه، و غيرهما، و يظهر من اخيرين (٢) أنه سلطه على ماله بلا عوض - إلخ-).

و مع التّسليط كذلك، لا- يعّمه دليل الضّمان و الإلتلاف، مثل (على اليد) (٣) و (من أّلف) (٤) كما عرفت، و ألا فدعوى تخصيصه بفحوى ما دلّ على عدم ضّمان من استأمنه المالك، ممنوعه، لعدم تنقيح ما هو المناط فى

١- و فى المصدر: كتعريض المبيع و البيع الفاسد.

٢- و فى المصدر: و وجهه. و يظهر من آخر أيضا انه سلطه على ماله.

٣- و هى قاعده: على اليه ما أخذت حتّى تؤدّى، المأخوذه من الروايات (المستدرک - ٣ - ١٤٥).

٤- و هى قاعده: من أّلف مال الغير فهو له ضامن، المأخوذه من الروايات (فى الديات - و الإجاره و الشهادات و غيرها).

باب الاستيمان، كى ىرى تحقّقه فى هذا الباب بطريق اولى، كما لا يخفى.

لا يقال: هذا إذا سلّط البائع، و ما سلّط الّا على ملكه فى الحقيقه، و قد عرفت أنّه أنّما ملك المالك، غايه الأمر أنّه و البائع قد بيّنا على مالكيه البائع.

فإنه يقال: التّسليط ليس من الأمور الاعتباريّه الإنشائيّه، كالتّملك يتّبع القصد، و البناء، بل من الأمور الخارجيه، و لا شبهه أنّه قد سلّط شخصه و نفسه، و لو بعنوان انه المالك، و لم يسلّط من هو المالك أصلا، و هذا واضح.

قوله (ره): (نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للمالك - إلخ-).

هذا على إطلاقه مشكل، و أنّما يتمّ فيما لا يقبل الملكيه عرفا و شرعا، دون ما يكون ملكا عرفا، فان التّسليط ليس بمجانى حينئذ، كى يمكن الحكم بعدم الضمان، بتقريب قد مرّ، و عدم إمضاء الشارع لمالتيه و ملكيته، لا يستلزم كون التّسليط من المالك بلا عوض. فتدبر.

[المسأله الثانيه إذا اغترم المشتري للمالك غير الثمن]

اشاره

قوله (ره): (و بالجمله فالظاهر عدم الخلاف فى المسأله للغرور - إلخ-).

و قد ذكر لقاعده الغرور وجوه (أحدها) الخبر المرسل المعروف و هو «ان المغرور يرجع الى من غرّه» (١) (و ثانيها) دعوى الإجماع محصّلا و منقولا.

(ثالثها) أنّ المغرور و ان كان مباشرا للإتلاف، الّا أنّه ضعيف، و السبب و هو الغار أقوى. (رابعها) قاعده الضرر و الضرار (٢)، لوضوح كون الغار سبب لضرر المغرور، حيث أنّ ظاهر نفى الضرر، أنّ من أوجب الضرر فهو ضامن له.

قيل كما دلّ عليه خبر «من أضرّ بطريق المسلمين فهو ضامن» (٣).

١- الجواهر- ٣٧- ١٤٥ (كتاب الغصب). صرح بعض الأعاضم فى هامش الجواهر باننا لم نعرش على هذا النص من أحد المعصومين (ع) و ان حكى عن المحقق الثانى (ره) فى حاشيه- الإرشاد انه نسب إلى النبى (ص)، و الظاهر انه قاعده مستفاده من عدّه روايات وردت بعضها فى التّدليس.

٢- المستفاد من الروايات المذكوره فى وسائل الشيعه: ١٧- ٣٤٠- ب ١٢.

٣- وسائل الشيعه: ١٩- ١٨١- ب ٩- ح ٢.

قلت: لا يخفى أنّ الخبر لا يصلح للاستناد اليه، لضعفه، و الإرسال، و دعوى الانجبار بالاشتهار، و ان لم يوجد في كتب الاخبار، و كون مضمونه متفق عليه بن أصحابنا الأخيار، قابله للمنع، لعدم إحراز استنادهم اليه، بل إلى قاعده كون السبب أقوى، أو الضرر و الضرار، كما لا يخفى. ثم لو سلّم انجباره به، فالظاهر اعتبار العلم في الغار عند إطلاق نسبته اليه، كما في الخبر، لو لم نقل باعتباره في حقيقته، و كان مثل نسبه الغرور الى مثل الدّين بنحو من العناية، كما لا شبهه في اعتبار جهل الغرور فيها، و عليه يختص بما إذا علم البائع بالحال، بل مع علمه بجهاله المشتري، أو احتمالها لها، إذ بدون ذلك، لم يكن الغرور منه، و هو ظاهر التّسبه. و منه قد انقده انّ الغرور، غير الغرر، بمعنى الخطر المنهي عنه مط، أو عن بيع الغرر في الخبر، كما يوهمه كلامه رفع مقامه، فافهم.

و ان دعوى الإجماع في مثل المسأله، ممنوعه، لاحتمال ان يكون الاتّفاق لو سلّم، لأجل قاعده الضّرر، أو كون السبب أقوى، أو اختلاف المتّفقين في الاستناد، و أنّ المباشر هيئنا يكون أقوى، و انما يكون السبب أقوى، فيما كان المباشر كالآله، لا فيما إذا استقلّ و عمل بدواعيه، كما في المقام، و الّا لما حكم بضمّانه أصلا، مع أنّه لا اشكال فيه، و أنّما الكلام في قراره عليه، و أنّ قاعده الضرر و الضّرار، أنّما تقتضى رفع حكم الضّرر، و عدم ضمّان المغرور أصلا، و لا كلام هيئنا في ضمّانه، و انما الكلام كما عرفت، في قراره عليه، أو على الغار، و لا تقتضى تداركه بعد تخصيصها بورود الضرر على الآخر، للزومه تخصيص آخر بلا مخيّص، فتدبّر، و من هنا ظهر ما في الاستدلال، لقرار الضمان هيئنا ابتداء بقاعده نفى الضرر، و أنّما لو كان المراد، الاستدلال بنفى الضرر على القاعده، بتقريب أنّ الضّرار، هو الإضرار بالغير، و الغار قد أضّرّ المغرور، بإيقاعه في ضرر الضمان، ففيه مضافا الى منع كون الضرار، هو الإضرار، أنّه لو سلّم، فإنّما يكون فيما أوقعه في ضرر، لا فيما إذا أوقعه فيما حكم شرعا عليه بالضرر، كالضمان فيما نحن فيه، و ذلك لوضوح أنّه ما أضره، غايته انه لو لا فعل الغار،

لما اختار المغرور ما حكم عليه الشارع بالضرر، وهذا المقدار، لا يصح إسناد الإضرار و لو تسبباً، إلّا بالمسامحه. و من هنا ظهر عدم صحته الإسناد في الحكم بالضمان بمثل «من أتلف» (١) أو «من أضر» (٢)، فظهر أنه لا مستند لقاعده، الغرور، إلّا الخبر إذا انجبر، و لا- يبعد جبره بعمل الأصحاب، فإنهم لا يزالون يتمسّكون بقاعده الغرور، على وجه يعلم أنه لا مستند آخر من قاعده الضرر لهم، و نحوها غيرها، فيحصل الوثوق بمضمونه، و هو كاف في جبره، كما ظهر أنه لا وجه للضمان غيرها، فلا بد من الاقتصار في الحكم بالضمان، على مورد صدق أنه غرّه، كما عرفت.

قوله (ره): (لو أتلف لغفله رجع، لكونه سبباً لتنجز الضمان على السابق- إلخ-).

أى البائع هيئنا، و التكتة في العدول، هي الإشارة الى عدم اختصاص ذلك بالبائع، بل كل ضامن سابق، و وجه رجوع البائع عليه في هذه الصورة، أنه صار بإتلافه سبباً لفعليته خسارته بالمثل أو القيمة، و إلّا كان نفس الضمان و العهده منجز الحصول، و سببه هو اليد. نعم من آثاره أنه لو تلف يكون خسارته بيده عليه، فافهم.

[في نوارده الأيادي على غير واحد]

قوله (ره): (قلت لو صحّ ذلك يحتاج الى الكشف عن كيفية اشتغال ذمه كل من اليمين- إلخ-).

و التحقيق ان يقال: انّ قضيه «على اليد» ليس إلّا كون المأخوذ في تعاقب الأيدي العاريه، في عهده كلّ واحده منها عينا، كما إذا كانت- وحدها، و هي ليست إلّا اعتبار خاص عقلائي له منشأ مخصوص، و له آثار

١- و هو قوله (ع): «من أتلف مال الغير فهو له ضامن». و لكن هذه العبارة لم توجد في أيّ- روايه مما وردت في كتب الفريقين، كما اعترف به غير واحد. و من المحتمل قويا أنها قاعده- مصطاده من الروايات الكثيره الوارده خاصه في أبواب الديات و الشهادات و الإجاره و غيرها، بحيث يعلم بإلغاء الخصوصيه عنها.

٢- وسائل الشيعه: ١٩- ١٨١- ب ٩- ح ٢.

خاصه، من وجوب ردّ العين عينا لو كانت اليد واحده، و كفاثيا لو كانت متعدده، و وجوب التّيداركّ بالبدل مع تعذّر ردّها، أو تلفها من دون اشتغال الذّمه به أصلا، لا حال التّمكّن من الرّد، كما هو واضح، و لا حال التّعذر، أو التّلف، و ذلك لبقاء ضمان العين و عهدتها، لعدم مجىء الغايه، و هى التأديه، و لذا يجب فى صوره التّعذر، لو تدارك ردّ العين نفسها إذا تمكّن منه، و كذا مع التّلف، لو اتّفق على خلاف العاده، تمكّنه من ردّها، و معه لا وجه، و لا سبب لاشتغال الذّمه ببدلها، كما لا يخفى، كى يلزم اشتغال ذّمه المتعدّد ببدل واحد المستلزم لكون المتعدّد بدلا عن الواحد، و لا يكاد يكون بدل الواحد، ألّا الواحد، و أمّا كون الواحد فى عهدته المتعدّد، بحيث يجب على كل واحد كفاثيا، ردّه الى مالكه، و تخيير المالك فى الرجوع الى الكل، فهو بمكان من الإمكان، كما هو قضيه (على اليد).

و أمّا حديث جواز رجوع اليد السّابقه الى اللّاحقه، لو رجع إليها المالك، المستلزم لكون قرار ضمان التّالف على من تلف عنده، مع المساواه فيما هو سبب الضمان، فهو أيضا من آثار حدوث سبب ضمان ما كان، فى ضمان الآخر، لواحد آخر، و أحكامه عند العرف، و يؤيّد الاعتبار، و لم يردع عنه فى الاخبار، فلا بد من الالتزام به شرعا، كما هو الحال فى جلّ أحكام الضمان، حيث أنّه لا وجه له إلّا الثّبوت عرفا، و عدم الرّدع عنه شرعا، و كشف ذلك عن إمضاء الشارع، فيما إذا أطلق دليل الضّمان، فتدبر جيّدا، و قد انقدح بذلك ما فى كلامه من مواضع النظر، كما يشير اليه.

قوله (ره): (كون عهدتها و دركها بعد التلف عليه - إلخ-).

قد عرفت أنّ الضّمان و العهده اعتبار عقلائي، و من آثاره كون دركها و خسارتها بعد التلف على اليد، كما أنّ خسارتها عليها قبل التلف، مع تعذّر الرّد ببدل الحيلوله، و وجوب الرّد مع عدم التّعذر، من آثاره، فلا وجه أصلا لتفسير الضمان المستفاد من على اليد بها، كما لا يخفى، و منه ظهر حال تفسيره، بثبوت الشّىء الواحد فى العهدات، مع ما فيه أيضا من أخذ لزوم الخروج عن العهده فى تفسير ثبوت العهده. فيقال: ما معنى العهده

الثابته التي يجب الخروج عنها، و الخروج فرع الثبوت، و لا يكاد ان يكون هو الخروج، فضلا عن لزومه، و تفسير الشئ ء ببعض خواصه، و أحكامه، و ان كان مما لا بأس به، إلا أنه إذا لم يكن بهذا التعبير، كما لا يخفى على الخبير.

قوله (ره): (فهو يملك ما في ذمه كل منهم على البدل - إلخ-).

قد عرفت أنه لا وجه، و لا سبب لاشتغال ذمه الضامن بالبدل أصلا، بل ضمانه للعين باق ما لم يحصل غايته، و وجوب دفع البدل مع التلف، ليس إلا كوجوب دفعه، مع عدم تعذر دفع العين، و وجوب دفعها، مع عدم التعذر من أحكامه.

قوله (ره): (فنقول ان الوجه في رجوعه، هو ان السابق اشتغل ذمته - إلخ-).

فيه ما عرفت، ان اشتغال الذمه لو كان، لكان بعد تلف العين، و اللاحق انما ضمنها قبل تلفها، فلم يحصل له إلا سبب ضمان نفس العين عينا، و لم يحدث بعد سبب ضمان آخر لها و لبدلها على البدل، و ثبوته على السابق معلقا على تلفها حين ضمان اللاحق لها، لا يوجب ضمانه مطلقا له، و لمبدله على البدل، لعدم ثبوته على السابق في زمانه، هذا، مع ان اشتغال ذمه السابق بالبدل فعلا، لا يقتضى ان يكون مجرد حدوث سبب ضمان العين اللاحق عينا، موجبا ل ضمان واحد من العين، و البدل على البدل، و لا محذور أصلا في خروجه، لولاه على البدل، بحسب حكم ضمان العين على اللاحق، بل لا محيص عنه، لاختصاص السبب بضمانها، و انما المحذور، خروجه عنها مطلقا، و لو بحسب ما على السابق، و هو غير لازم، كما لا يخفى.

نعم لو كان هناك دليل عليها، كذلك الحكم بالضمان على البدل، إلا أنه لا للزوم الحلف لولاه، كما ذكره، بل للدليل، فافهم. و قد عرفت ان الوجه في ذلك، ضمانه ما كان في ضمان الآخر و عهده، و قضيته مثل هذا الضمان، بحسب الاعتبار، و عند أهل العرف، هو رجوع السابق الى اللاحق، لو رجع اليه المالك.

قوله (ره): (مع انه لا يكاد يعرف خلاف من أحد كون كل من ذوى الأيدي مشغول الذمه- إلخ-).

بل الذى لا ريب فيه، و لا شبهه تعتريه، كون كل واحد منهم ضامن، و عليه العهده فى حالتى بقاء العين، و تلفها، و الضمان أيضا كما عرفت، وضع ليستتبع التكليف، و باق الى ان يؤدى العين، و الإيجابار على دفع البدل، أو المدفع عنه، و تقديمه على الوصايا، من الآثار المشترك فيها الدين و الضمان، فلا شهاده لها على الاشتغال. ثم لا يخفى ان تفسير العهده بالتكليف فيما تقدم، ينافى تشديده النكير على هذا القائل. فتأمل جيدا.

قوله (ره): (نعم ليس للمالك أخذ مؤنه الاسترداد لياشرفه- إلخ-).

فإنه ليس عليه إلا الرد، و له اختيار ما شاء من افراده، نعم لا يبعد تعيين مباشره المالك بالمؤنه لو لم يرض بتصرف الغير بالحمل و النقل، لأنه تصرف فيه بغير رضاه، بلا- ألجأ إليه، لكنه إذا لم يجحف فى المؤنه، و إنما لم يتعين عليه المدفع إليه، لقاعده نفى الضرر، المحكمه على قاعده عدم جواز التصرف فى مال الغير بدون اذنه، و غيرهما من القواعد.

قوله (ره): (أو ينزل منزله التعذر، فيغرم بدل الحيلولة- إلخ-).

لا- وجه للتزويل ما دام الى رد العين بحسب المتعارف، أو استردادها، سبيل، فان دليل بدل الحيلولة، ليس إلا أنه قضيه الضمان عرفا، و القدر المتيقن منه، ليس إلا ما إذا تعذر رد العين، و استردادها، دون ما إذا تمكن الضامن من الرد، و لو بأجره، أو المالك من الاسترداد.

[مسأله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه]

قوله (ره): (نعم لو لا النص و الإجماع، أمكن المناقشه فيه، بما سيجى ء فى بيع ما يملك و ما لا يملك- إلخ-).

بل لو لا ان الصحه فى المسألتين على طبق القاعده، لأمكن المناقشه، فى النص، بأنه لا عموم فيه، و لا إطلاق، بل حكم فى واقعه، و فى الإجماع، بأنه يمكن ذهاب جل المحققين، لو لا الكل، إلى الصيحه بناء منهم أنها على القاعده، فلا مجال مع هذا الاجتمالى لتحصيله، و لا يبقى وثوق بنقله، فلا محيص للقابل بالصحه عن دفع ما سيجى ء من المناقشه،

و حاصلها، أنّ الصّحة فى البعض على خلاف ما تراضيا و تعاقدًا عليه من المجموع، كما أنّ التّراضى و التّعاقد على المشروط، غير التّراضى و التّعاقد عليه، مع فساد الشّروط. و التّحقيق فى دفعها ان يقال: ان العرض و القصد الذى دعى إلى التّعاقد و ان تخلف، حيث أنّه بتملك تمام الجملة، و لم يمض فى غير الملك لهما، ألا أنّ التّعاقد على تملك الجملة، تعاقد على تملك كلّ بعض من أبعاضها، لأنّها ليست إلا نفس الأبعاض بالأسر، فيكون التّعاقد على تملكها فى الحقيقة تعاقدًا على تملك كلّ من الأبعاض بإزاء ما يحاذيها من الثّمن، و عدم إمضاء تملك بعض منها، ليس بضائر بتبعيّة العقود للقصد، لو قيل بالتّفوذ فى الباقي لما عرفت من كون التّملك بإزاء ما تخصّه من الثّمن مقصودًا، و أنّما يضرّ لو كان تملك كل بعض مقيدًا بتملك الباقي، كما فى باب الشروط، و لا يكاد يكون هيئنا تقييد، و ألا لكان مع كلّ شىء بيعًا و شرطًا، كما فى ذاك الباب، و هو واضح البطلان، كما يشهد به الوجدان. و التّراضى المعتبر فى الصحة، ليس إلا ان يكون تعاقدًا بصرفه طبع المتعاقدين، قبالا لما إذا تعاقدًا إجبارًا، أو إكراهًا، و قد تعاقدًا هكذا، و ان لم ينفذ عقدهما فى غير مالهما. و من ذلك ظهر الفرق بين فساد الشرط و فساد الجزء و ليس عسرا، كما حكى عن جامع المقاصد.

ان قلت: هب ذلك، و لكن التّبعيض يستلزم الجهالة فى الثمن فيما يسلم، و العلم به معتبر فى صحة البيع.

قلت: مع ان التّبعيض لا يستلزمه دائما، بل ربّما يوجبه أحيانا، ان المعتبر، هو العلم بما تعاقدًا عليه من الثمن و المثل، لا ما انحلّ إليه العقد، لعدم إمضاء الشّارع فيما لا يملكه البائع، أو المشتري فلا مانع عن عموم أدلّه نفوذ البيع فيما يملكها، كما لا يخفى.

ان قلت: على هذا لا- وجه لكون تبعض الصفقة، موجبا للخيار، مع أنّه من أسبابه عند المشهور، حيث أنّه ليس فيه إلا تخلف الدّاعى، تخلفه لا يوجب.

قلت: وجهه أنّه عقد واحد لم يسلم فى تمام مضمونه، فالالتزام به

فيما يسلم ضرر، و على خلاف الفرض، فقاعده نفى الضرر، يقتضى جبره برفع لزومه، و ثبوت الخيار فيه، فالسبب عدم سلامه العقد فى تمام ما وقع عليه، لا تخلف ما يدعو إليه، فتأمل فى المقام، فإنه من مزال الأقدام للاعلام.

[مسأله لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار]

قوله (ره): (أما تعارض ظاهر النصف، اعنى الحصه المشاعه- إلخ-).

ظهوره فيه بملاحظه إطلاقه و عدم تخصيصه، بالإضافة إلى نفسه، أو شريكه، بل يكون حاله، حال لفظ الكل المضاف الى الدار، فكما أنه بلحاظ حال طرؤ الشركه، و سائر الحالات، فكذا يكون بلحاظها عند إطلاقه، و ألا فلا ظهور له فى معنى مبهم، قابل للأنحاء من التعينات. فافهم.

قوله (ره): (و الكلّ خلاف المفروض هنا- إلخ-).

و عليه فيتعين فى إرادته نصفه المختص به بلا- مزاحمه، لظهور النصف فى المشترك، لما عرفت، من ان ظهوره فيه، أنما كان بالإطلاق، و مقدّمات الحكمه، و لا يكاد يتم معه، مع أنه- ره- بنى على تقديم ظهور الفعل فى الاختصاص على ظهور متعلقه فى العموم فى باب الاستصحاب فى مقام بيان معنى «لا تنقض اليقين» فى اخبار الباب (١)، و من ذلك ظهر أنّ قياس ما نحن فيه على بعث غانما ليس قياسا مع الفارق، لكنه عرفت فيما سلف أنه ليس بيه واحد، ممّا ذكره- قدّس سره- مما لا بد فى بيع مال الغير. فافهم.

قوله (ره): (فهل هو كالأجنبى؟ وجهان مبنيان على ان المعارض- إلخ-).

فإن كان المعارض، هو الأول، ففيه الاحتمالان، كالأجنبى، و ان هو الثانى، فلا- يكون إلما احتمال واحد، لعدم صلاحيته للمعارضه، و ذلك لتبعيه ظهور الفعل، لظهور ما يتقيد به من متعلقاته، و لكنّه على خلاف ما أفاده، فى بيان معنى «لا تنقض» فى باب الاستصحاب، كما أشرنا إليه، من تبعيه المتعلق فى الظهور، و فى العموم و الخصوص، لظهور الفعل المتعلق به، و الصواب اختلافهما فى التبعيه، بحسب اختلاف المقامات، فلا بدّ فى كلّ

مقام من ملاحظه الخصوصيات، و الحكم بها لأحدهما، مع الترجيح، و الجزم بظهور الجملة بحسب متفاهم العرف فيه، و التوقف مع عدمه و البناء على إجماله.

قوله (ره): (لأنه عقد على ما يملكه - إلخ-).

بل عقد على ما يعمّه، و ما يملكه غيره، فصرفه اليه من دون صارف، لا وجه له، كصرفه الى غيره، و لا يمكن ان يجعل الصّارف، ظهور إنشاء البيع فى البيع لنفسه، إذ المفروض أنّه لم يقصد الّما مدلول اللفظ من غير ملاحظه وقوعه عنه، أو عن غيره، فالحكم بوقوع البيع عنه تحكّم، و لا- يقاس على الحكم باستحقاق الزّوج بالطلاق، النّصف الباقي من الصّيّداق، لكفايه انطباق نصف ما فرضتم عليه، و عدم كفايه مجرّد الانطباق فى الحكم بالوقوع عنه فى باب العقود لتبعيتها للقصد، فلا بدّ فى بيع الكلّي مطلقاً، من التّعيين، بإضافته إلى نفسه أو غيره، الّا أن يكون معيّناً فى الكلّي الخارجيّ الذى كان جزء مما هو بتمامه ملكه، كالصّاع من صبره مملوكه له، فتأمل جيّداً.

قوله (ره): (و نظيره فى ظهور المنافاه لما هنا - إلخ-).

إشاره الى ما ذكره - ره - من منع ظهور النّصف، إلّا فى الكلّي الصّادق على نصفه، الموجب لصرف البيع الى نفسه، و ان صرفه الى غيره من دون صارف، لا وجه له على ما افاده، حيث أنّهم فى باب الصّيّاح ما صرفوا الصّالح الى نفس المصالح، بل صرفوا اليه، و الى شريكه مع أجازته، و صرفوا الى نفسه فى خصوص الرّبع بدونها، و وجه أنّ الصّالح أنّما وقع على ما أقرب به، و المقرّبه هى الحصه الخارجيّة الّتى تكون مورد العروض، ملك المصالح و شريكه، فلا محيص عن الصّيّرف إليها مع الإجازة، و اليه فى خصوص الرّبع بدونها. نعم لا- يبعد صرفه الى نفسه فى تمام نصفه المقرّبه، لو لم يكن الصّيّاح على المقرّبه، بل على النّصف الظاهر، بقربنه ظهور إنشائه الصّيّاح فى الصّالح لنفسه فى ماله، فلا وجه لما وجهه - ره - عليهم بقوله: «لأنه ان أوقع الصّاح - الى آخره-»، مع ما فيه من الخلل بحسب نظم الكلام على ما لا يخفى على ذوى الأفهام، و قد عرفت أنّه لا ضابط فى المقام، بل لا بدّ من رعايه

الخصوصيات فى كل مقام.

قوله (ره): (دفع المقر له نصف ما فى يده - إلخ-).

قضيته الإشاعه و الشركه حسب اعتراف المقر، ان يكون ما فى تحت يده من النصف بين الثلاثه، كما كان الآخر الذى يكون فى يد الآخر، فيكون للمقر له بحسب اعترافه، نصف ما له لو لا اعترافه مما فى يده و يد الآخر، لا نصف ما فى يده، فافهم.

[مسأله لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله]

قوله (ره): (و يمكن دفعه بان اللازم هو العلم بثمان المجموع الذى قصد الى نقله - إلخ-).

يمكن ان يقال: إنما يكفى هذا فيما صح عرفا بذل الثمن بإزائه، كالخمر، و الخنزير، حتى كان الثمن و المثلن معينين، بحسب ما هو البيع العرفى، بخلاف ما إذا لم يصح، فان الثمن بحسبه أيضا مجهول، ألا ان يدعى كفايه التعيين فى الصيغه. و قد ينقدح من ذلك إشكال آخر، و هو أنه لا يكاد يتأتى فى هذه الصوره منهما القصد الجدى إلى التملك و التملك، و لا بد منه فى العقد، و ان لم يكن بمعبر فى إنشائه. اللهم ألا ان يقال، أما يعتبر القصد فيما يكون الإنشاء بالإضافة إليه عقد، أو لا يكون عقدا، ألا فيما يقبل التملك، و قد قصده بالجد و التوسل بإنشائه إليه. فتدبر.

قوله (ره): (مع أنه لو تم ما ذكر، لاقتضى صرف مجموع الثمن الى المملوك لا البطلان - إلخ-).

فيه انه لا وجه لصرف مجموعيه اليه، بعد أنه جعل فى الإنشاء بإزائه و إزاء غيره، فان علم المشتري بعدم وقوع شىء منه شرعا، بل و لا عرفا بإزاء ما لا يقبل الملكيه، لا يقتضى جعله بتمامه بإزاء ما يقبل، كيف و قد جعله حسب الفرض بإزائهما. فتدبر جيدا.

[مسأله يجوز للأب و الجد أن يتصرفا فى مال الطفل]

قوله (ره): (و المشهور عدم اعتبار العدالة للأصل - إلخ-).

لا يخفى أن قضيه الأصل اعتبارها، لأصالة عدم نفوذ تصرفهما فى مال الطفل، كما ان الأصل عدم ثبوت الولاية لهما المستتبعه لنفوذ تصرفهما، فإنهما من الاعترافات المصححه العقلانيه التى تكون مستتبعه لآثار تكليفه

و وضعيّه، و منها اباحه التصرف في مال الغير بدون اذنه الذي لولاها، كان غير جائز، للإطلاق «لا يجوز لأحد التصرف في مال غيره بدون اذنه (١)». نعم لو كانا عادلين، و عرض الفسق، فشكّ في بقاء ولايتهما، و نفوذ تصرّفهما، فاستصحاب الولايه يقتضى نفوذ تصرّفهما.

قوله (ره): (و يستحيل من حكمه الصانع ان يجعل الفاسق امنيا- إلخ-).

لو سلّم هذا، و أغمض عما وجهه عليه في محكى جامع المقاصد، أنّما يتم في غير الأب و الجدّ، فإنّهما في الحقيقه ما جعلنا امنيا على مال الغير، بل على مال من كان هو و ماله، مالا لهما، كما في غير واحد من الاخبار (٢)، و يساعده الاعتبار، كما لا يخفى على ذوى الإبصار.

قوله (ره): (و لعلّه أراد بنصّ القرآن، آيه الركون الى الظالم (٣)- إلخ-).

و تقريب دلالتها أنّه تبارك و تعالى، إذا لم يرضى بركون العباد الى الظالم، فهو تعالى اولى بعدم الركون اليه، و الظالم يعمّ من عصى ربّه و ظلم نفسه، كما في «لَا يَنْتَهِ عَهْدِي الظَّالِمِينَ (٤)». و يمكن تقريب الدلاله بأنّ قضيه حرمة الركون، عدم جواز تسليم مال اليتيم إلى الأب و الجدّ الفاسقين، مع القطع بجوازه على تقدير ولايتهما، بل وجوب التسليم مع مطالبتهما، لكنّه يمكن ان يقال: أنّ ولايه الأب و الجدّ الفاسقين، ليست من باب الركون الى الظالم، بل لما عرفت من أنّه من قبيل تسليط المالك على ملكه، فان الطفل و ماله، مالا لأبيه، فافهم.

قوله (ره): (و يشهد للأخير إطلاق ما دلّ على أنّ مال الولد للوالد (٥)- إلخ-).

لا يخفى عدم دلالة هذه الاخبار، على ولايتهما أصلا. كيف، و قد

١- وسائل الشيعه: ٦- ٣٧٦- ب ٣- ح ٦.

٢- كالأخبار الواردة في وسائل الشيعه: ١٢- ١٩٤- ب ٧٨.

٣- هود: ١١٣.

٤- البقره: ١٢٤.

٥- وسائل الشيعه: ١٢- ١٩٤- ب ٧٨- ح ٨.

وردت في مورد كبر الولد و رشده، و لا ولايه لهما عليه بلا ريب فيه، فلا بد لها من معنى لا يستلزم الولايه، و يكون محققا في حال الكبر و الرشد، و هو أنه للوالد مرتبه من الاختصاص، و نحو من الإضافه الى مال الولد و نفسه، يقتضى جواز اكله من ماله بقدر الحاجه، أو مطلقا، غايه الأمر دعوى دلالة هذه الاخبار على ملاك، يقتضى ولايه الجدّ و الأب، مع حاجه الولد، لقصوره بعدم البلوغ، أو العقل و الرشد إلى الولي، و كمال الأب و الجدّ بحسبهما، و لكنّه لا إطلاق فيها يقتضى نفوذ تصرّفهما مطلقا، بل لا يكاد يجدى، إلّا فيما إذا أحرز وجود الشرائط، و فقد الموانع. اللهم إلّا ان يقال: بأنّ العرف يفهمون من مثل هذه الاخبار، و أنّ للأب و الجدّ التصرف في مال الولد، مثل تصرّفه فيه، و نفوذه كنفوذه و ليس ببعيد، كما يشهد به استشهاد الامام (عليه السلام) في معنى نكاح الجدّ بدون إذن الأب، فإنّ البنت و أبها للجدّ (١). فتأمل.

قوله (ره): (و يدلّ عليه ما دلّ على أنّ الشخص و ماله الذي منه مال ابنه لأبيه (٢) - إلخ-).

فيه اشكال، حيث لا دلالة في هذه الاخبار، إلّا على أنّ الولد و ماله حقيقه لوالده، لا مطلقا و لو حكما. نعم في بعض الاخبار (٣) تعليل نفوذ نكاح الجدّ بدون إذن الأب، فإنّ البنت و أبها للجدّ، لكنّه لا- دلالة له على ولايته في أموال الطفل، إلّا بدعوى الملازمه، بين ولايته على النكاح و ولايته على الأموال، بل الأولويه، و الإنصاف أنّه غير بعيد.

قوله (ره): (و من ان مقتضى قوله تعالى «و أولوا الأَرْحَامِ» (٤) - إلخ-).

الأولويه في الآيه، أنّما هو في الإرث، لا فيما يعمّ الولايه، و إلّا لزم

١- وسائل الشيعه: ١٤- ٢١٩- ب ١١- ح ٨ (بهذا المعنى).

٢- وسائل الشيعه: ١٤- ٢١٧- ب ١١- ح ٥.

٣- وسائل الشيعه: ١٤- ٢١٩- ب ١١- ح ٨ (بهذا المعنى).

٤- الأنفال: ٧٥.

تخصيص كثير، كما لا يخفى على الخير.

[فى ولاية الفقيه]

قوله (ره): (الولاية يتصور على وجهين، الأول استقلال الولي بالتصرف - إلخ-).

لا- يخفى ان اختلاف متعلق الولاية، لا يوجب اختلافها فيها، ولا ينتلم به وحدتها، وليس نصب المتولى فى الموقوفات، و القيم على القاصرين، و الاذن فى الصلاة على الجنازة التى تكون بلا ولى، إلّا مثل تصرّفه بالمباشرة فى البيع و الشراء و غيرهما، فى أنّ كلا- منها من متعلقاتها، و نفوذه منه لاستقلاله فيها، و أمّا نفوذ استنابته، ليس من شئون ولايته، دائرا مدار سعتها، بل أنّما يكون دائرا مدار كون الفعل النافذ منه بالمباشرة قابلاً للنيابة، و يكون حال الوكالة من الولي، حالها من المالك، أو المتولى، فافهم.

قوله (ره): قال الله تعالى «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ (١)» - إلخ-).

فى دلاله ما دلّ من الآيات، و الروايات الدّالة على وجوب الإطاعة، أو حرمة المخالفه على الولاية، نظر، لعدم الملازمة بينهما، كما لا يخفى، لكن فى هذه الآيه، و ما يشابهها من الآيات، و الروايات الدّالة على الأولويّه كفايه.

قوله (ره): (و أمّا العقل القطعى، فالمستقلّ منه حكمه بوجوب شكر المنعم - إلخ-).

لا- يخفى أنّ ما ذكره من حكم العقل بقسميه، لا يثبت به إلّا وجوب الإطاعة، لا الولاية، فالأولى ان يقال: إنّ العقل يستقلّ بنفوذ تصرف أولياء النعم، و منهم الواسطه بين الله تبارك و تعالى، و كافّه الأمم، فى الأموال و الأنفس، فإنّهم أولى بهما من الأنفس. هذا فى العقل المستقل. و أمّا الغير المستقل فبأن يقال: أنّ الأبوه إذا اقتضت الولاية، فالنبوه و الإمامه يقتضيان لها بطريق اولي، لأعظميه حقهما من حقها، لكن لا يخفى أنّه لو لا القطع بولاية النبى (صلّى الله عليه و آله) و الامام (عليه السلام) من الآيات و الروايات،

بل لا يبعد ان يعد من الضروريات، لم يكد يحصل القطع به من قبل العقل، و لعله أشار إليه بأمره بالتأمل.

قوله (ره): (أما الولاية على الوجه الأول- إلخ-).

لا- يخفى، أنه ليس للفقهاء في حال الغيبة، ما ليس للإمام (عليه السلام) و أمّا ما كان له، فثبوت له، محل الاشكال و الكلام في المقام، فلا بد ههنا من البحث أولاً فيما له (عليه السلام)، و ثانياً في النقص و الإبرام فيما ذكر دليلاً على ثبوته له.

فاعلم، أنه لا- ريب في ولايته في مهام الأمور الكليه المتعلقة بالسياسة التي تكون وظيفه من له الرئاسة، و أمّا في الأمور الجزئية المتعلقة بالأشخاص، كبيع دار، و غيره من التصرف في أموال الناس، ففيه اشكال، ممّا دلّ على عدم نفوذ تصرف أحد في ملك غيره إلا بأذنه (١)، و أنه لا يحلّ مال الألبطيب نفس مالكة (٢)، و وضوح أنّ سيره النبي (صلى الله عليه و آله) أنه يعامل مع أموال الناس، معاملة سائر الناس، و ممّا دلّ من الآيات و الروايات، على كون النبي (صلى الله عليه و آله) و الامام، أولى بالمؤمنين من أنفسهم. و أمّا ما كان من الأحكام المتعلقة بالأشخاص بسبب خاص، من زواج، و قرابه، و نحوهما، فلا ريب في عدم عموم الولاية له، و ان يكون أولى بالإرث من القريب، و أولى بالأزواج من أزواجهم، و آيه «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ (٣)» انما يدلّ على أولويته فيما لهم الاختيار، لا فيما لهم من الأحكام تعديداً، و بلا اختيار. بقي الكلام في أنه، هل يجب على الناس اتباع أوامر الإمام (عليه السلام) و الانتهاء بنواحيه مطلقاً و لو في غير السياسات، و غير الأحكام، من الأمور العاديه، أو يختصّ بما كان متعلقاً بهما؟! فيه اشكال، و القدر المتيقن من الآيات و الروايات، و جوب الإطاعه في خصوص ما صدر

١- وسائل الشيعة: ٦- ٣٧٦- ب ٣- ح ٦.

٢- وسائل الشيعة: ٣- ٤٢٤- ب ٣- ح ١ (مع تفاوت سير).

٣- الأحزاب: ٦.

منهم، من جهة النبوه و الإمامه.

و قد انقدح بذلك، أنه لا يلزم تخصيص كثير، أو أكثر، لو نهض الدليل بعمومه و إطلاقه، على ثبوت ما للإمام (عليه السلام) من الولايه، و وجوب الإطاعه للفقيه. هذا فى تعيين ماله (عليه السلام). و أمّا ما ذكر دليلًا لثبوت الولايه للفقيه، كولايته (عليه السلام)، فاحسنها دلاله، ما دلّ على كون الفقيه بمنزله الأنبياء فى بنى إسرائيل، و ما دلّ على كون مجارى الأمور بيد العلماء. أمّا المنزله، فالمتيقن منها أنها فى تبليغ الأحكام بين الأنعام، مع عدم ثبوت الولايه المطلقه لانباء بنى إسرائيل، فتأمل. و أمّا كون مجارى الأمور بيد العلماء، و ان كان عباره أخرى عن ولايتهم، ألا ان الظاهر من «العلماء بالله الأمناء على حلاله و حرامه (١)» هو خصوص الأئمه، كما يشهد به سائر فقراته التى سيقى فى مقام توبيخ الناس على تفرقهم عنهم (عليهم السلام)، حيث انه صار سببا لغصب الخلافه و زوالها عن أيدي من كانت مجارى الأمور بأيديهم. و الخبر طويل رواه مرسلًا عن ابى عبد الله الحسين (عليه السلام) فى تحف العقول، فلا حظ تمامه (٢)، و لا دلاله فى كون اولى الناس بالانباء أعلمهم على الولايه، مع ان الظاهر ان المراد، اولى الناس بالخلافه منهم، و لذا خصّيه بأعلم الناس و لا فى إطلاق الخلافه عليهم، و لا فى جعلهم حاكما، و لا قاضيا، لعدم إطلاق فى الخلافه، و لعلها فى تبليغ الأحكام التى هى من شئون الرساله، و ظهور كونهم حاكما و قاضيا فى خصوص رفع الخصومه، كما يشهد ملاحظه المقبوله و المشهوره، و لا فى إرجاع الحوادث الواقعه إليهم، فى التوقيع الشريف (٣)، لاحتمال معهوديه الحوادث، و اشاره إلى خصوص ما ذكره فى السؤال، و قوه ان يكون المراد، إرجاع حكم

١- تحف العقول: ص ٢٧١ (فى كلمات الحسين (ع)).

٢- تحف العقول: ص ٢٧١ (فى كلمات الحسين (ع)).

٣- وسائل الشيعه: ١٨-١٠١- ب ١١- ح ٩. عن إسحاق بن يعقوب قال: سألت محمد بن عثمان العمري ان يوصل لى كتابا قد سألت فيه عن مسائل أشكلت علىّ، فورد التوقيع بخط مولانا صاحب الزمان (عليه السلام) اما ما- سألت عنه أرشدك الله و ثبتك- الى ان قال: و اما الحوادث الواقعه فارجعوا فيها الى رواه- حديثنا، فإنهم حجتي عليكم و انا حجه الله. و اما محمد بن عثمان العمري فرضى الله عنه- و عن أبيه من قبل، فإنه ثقتى و كتابه كتابى.

الحوادث الواقعة، و الفروع المتجدده التي ليس منها بخصوصها أثر في الاخبار، و لا لجعلهم حجه من قبله، فان الحجية من قبله غير مستلزم للولاية المطلقة، لعدم ملازمه عقلا و لا عرفا بين الحجية و الولاية، و ان علم و لايه حجه الله عجل الله فرجه، كما عرفت، فتأمل جيدا.

قوله (ره): (و ان لم يعلم ذلك، و احتمال كونه مشروطا في وجوده، أو وجوبه بنظر الفقيه، و جب الرجوع فيه إليه - إلخ -).

لا شبهه في وجوب الرجوع اليه، فيما احتمال كونه مشروطا في وجوده بحسب أثره الوضعي، لأصالة عدم تأثيره بدونه، لا بحسب أثره التكليفي، لأنه ان كان الشك في جوازه بدون إذنه، ففضيئه أصالة الإباحه، جوازه بدونه، و ان كان الشك في موافقته للواجب بدونه، فأصالة البراءه عقلا عنده (ره)، و نقلا عندنا، مقتضيه للاقتصار عليه، و عدم وجوب الرجوع فيه الى الفقيه، فانقذ بذلك انه لا وجه لوجوب الرجوع اليه، فيما احتمال كونه مشروطا في وجوبه أيضا. و بالجملة، أما يجب الرجوع فيما شك في تأثيره بدونه، سواء كان الأثر مما يجب تحصيله بالتسبيب، أولا، للأصل، و في غيره لا يجب، لأصالة البراءه، أو الجواز، فلا تغفل.

قوله (ره): (و مرجع هذا الى الشك في كون المطلوب (١) وجوده - إلخ -).

بل و مرجعه الى الشك في كون المطلوب وجوده مطلقا، أو في زمان الحضور، و أما إذا علم بوجوبه مطلقا، فإن شك في اعتبار صدوره من خاص، فقيها كان أو غيره، فالواجب عليه، إتيانه، لعلمه بوجوبه عليه عينا أو كفايه، و الأصل عدم وجوبه على غيره، و ان شك في اعتبار نظر شخص

١- و في المصدر: في كون المطلوب مطلق وجوده.

خاصّ، و اذنه فى صدوره من ائى شخص كان، فأصالة البراءة عقلا أو نقلا، يقتضى عدم اعتباره، و كفايه صدوره من الفقيه غيره.

قوله (ره): (أما وجوب الرجوع الى الفقيه فى الأمور المذكوره فيدل عليه - إلخ-).

قد عرفت الإشكال فى دلالتها على الولاية الاستقلاليه، و الغير استقلاليه، لكنّها موجبة لكون الفقيه، هو القدر المتيقن من بين من احتمال اعتبار مباشرته أو اذنه و نظره، كما أنّ عدول المؤمنين فى صورته فقده، يكون كذلك.

[مسأله فى ولايه عدول المؤمنين]

قوله (ره): (لعموم «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَىٰ (١)» - إلخ-).

لا يخفى عدم الحاجه الى الاستدلال بما ذكره فيما علم بكونه مطلوباً على كلّ حال، و لو مع فقد الفقيه، و عدم صحه الاستدلال به فيما لا يعلم كونه مطلوباً كذلك، بل احتمال كونه مطلوباً فى حال وجوده، و سقوطه حال فقده، لأنّه من التمسك بالعام فيما شكّ فى كونه من مصاديقه فى الآيه و الروايه الأخيره، لعدم إحراز كونه من البر و التقوى و المعروف فى هذا الحال، و عدم إطلاق أصلا فى الروايه الأولى، لوضوح أنّه فى مقام التّغيب فى عون الأخ بعد الفراغ عن جواز ما أعانه فيه شرعا، كما لا يخفى.

قوله (ره): (و الاحتمال الثالث مناف لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس - إلخ-).

فلا بد من تقييده على هذا الاحتمال، للقطع بعدم البأس على العادل، مع تعدّر الفقيه، و أنت خبير بمنافات كلّ واحد من الاحتمالات، للإطلاق، للقطع بعدم البأس على الفاسق الأمين، مع تعدّر الفقيه، و العدل، و هكذا الخائن، و المخالف، فى صورته تعدّر الأمين أيضا، و ذلك لفرض الكلام فيما علم بكونه مطلوباً على كلّ حال، و ألا فلا يكون هذا الاحتمال مناف للإطلاق، لاحتمال ثبوت البأس، مع تعدّر الفقيه، على الإطلاق و لو على

العادل. فتأمل جيدا.

قوله (ره): (وأنما حمل على موضوع، هو إصلاح المال و مراعاة الحال - إلخ-).

و هذا الموضوع لا يثبت بأصالة الصّحة، و ان كان ممّا يتوقّف عليه الصّحة، لما حقّق في محلّه، ان أصالتها، و ان قلنا بكونها حجة طريقا، و من باب الظن، ألاّ أنّها لا يثبت ألاّ ما يترتّب عليها شرعا، لا ما يترتّب على ما كانت موقوفه عليه، أو موقوفا عليها. اللهم إلاّ ان يمنع ترتّب جواز شراء مال اليتيم على إصلاحه، و رعايه حاله، و ألاّ لأشكال الأمر في الشراء من العدل، أو الفقيه، مع عدم إحراز الصّلاح، بل كان مترتبا على الصّحة المحرزه بالأصل عند الشكّ فيها، و لعله أشار إليه بأمره بالتأمّل.

قوله (ره): (فمجرد وضع العدل يده على مال اليتيم - إلخ-).

لا- يخفى أنّ تصرف العدل، سواء كان من باب النّيابه، أو صرف التّكليف، يمكن ان يوجب المنع عن الآخر و مزاحمته، كما يمكن ان لا- يوجبه، و المتّبع في ذلك، دليل جواز تصرّفه على النّيابه، أو التّكليف، و أنّه دلّ على المنع، أو الجواز، فلا- وجه لتفريعه عدم المنع على كون تصرف العدل على وجه التّكليف دون النّيابه. فتأمّل.

قوله (ره): (لأن دخوله فيه كدخول الامام (عليه السلام)، فدخول الثاني فيه و بنائه على تصرف آخر مزاحمه، فهو كمزاحمه الإمام (عليه السلام)).

و فيه أنّه، و ان كان كمزاحمه الإمام، ألاّ أنّه من الامام (عليه السلام).

لا يقال: أنّ أدله النّيابه لا تشمل ما كان فيه مزاحمه الإمام، فلا يكون إلاّ من قبيل المزاحمه من غير الإمام.

فإنّه يقال: أنّ عدم الشّمول، ان كان لعدم المقتضى من إطلاق أو عموم، يعمّ هذا الحال، فعدم الدليل على الولاية مع المزاحمه، يكفي وجها لعدم الولاية، و نفوذ التّصرف، لأصالة عدمها. و ان كان لأجل المانع عن ثبوتها، و ان كان المقتضى لإثباتها موجودا، كما هو ظاهر كلامه زيد في علو مقامه،

فالمزاحمه و إن كانت مانعه عقلا، إلّا أنّها إذا لم يكن كمزاحمته له، و عموم أدلّه النيباه يقتضى كون كلّ منهما نائبا عنه (عليه السلام).

قوله (ره): (فلانّ وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم - إلخ-).

جواز الحكم قبل السؤال، يكفى فى المنع عن المزاحمه، إلّا ان يمنع عن جوازه قبل السؤال، مع أنّه يمكن مع فرض التّرافع الى الغير بعد السؤال و قبل الحكم، بوجه، إلّا ان يمنع عن جواز التّصدى حينئذ، و لعلّ القضاوه منصب، أثبتّه عموم مثل المقبوله (١)، و غيرها فى حال الغيبه لكلّ فقيه، كما أثبتّه دليل خاص لخصوص اشخاص فى حال الحضور، لا النّيباه عنه (عليه السلام).

قوله (ره): (فنقول أنّ القرب فى الآيه (٢)، يحتمل معانى أربعه - إلخ-).

القرب إلى الشىء و ان كانت حقيقه بالأبد أن بحسب المكان، إلّا أنّه كثيرا ما يستعمل كناية عن الإيجاد إذا نسب إلى الأفعال، كما فى قوله تعالى «لَا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ وَ أَنْتُمْ سِيَّكَارِيٌّ» (٣)، و عن أحدها إذا نسب الى غيرها، ممّا عهد و تعارف انتسابه إليه ففى مثل: فلان لا يقرب القرآن، أو الكتاب، يراد القراءه أو المطالعته، أو لا يقرب المسجد يراد الصّلاه فيه، أو مطلق العباده، و المعهود مما ينتسب الى المال عرفا، هو التّصرف فيه بالتّجاره، بالبيع و الشّراء، و الإجاره، و غيرها من أنواع المتاجر، لا مطلق الفعل الاختيارى، فضلا عن الأمر الأعمّ من الفعل و التّرك، فتأمل جيّدا.

قوله (ره): (و من الاحتمالات الأحسن، هو الاحتمال الثّانى - إلخ-).

لكنّه لا بدّ ان يراد منه، التّصرف الذى لا يكون بأحسن منه، لا ما كان الأحسن مطلقا، ضروره جواز اختيار أحد التّصرفين المتساويين الذين كانا أحسن من سائر التّصرفات، و عليه لو فرضنا ان كلا من إبقاء الدّراهم، أو تبديلها بالدّينار، أحسن من سائر التّصرفات فيها، جاز له التّبديل، حيث

١- وسائل الشيعه: ١٨- ١٠١- ب ١١- ح ٩.

٢- الأنعام: ١٥٢. و هو قوله تعالى «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ».

٣- النساء: ٤٣.

لا أحسن منه، و ان لم يكن بالأحسن مطلقاً، فتأمل.

قوله (ره): (بناء على أنّ المراد من منفعة الدّخول، ما يوازي عوض ما يتصرّفون- إلخ-).

أى ما يعمّه، و ما هو الرّائد عليه، لبعده إرادته بخصوصه، و كيف كان، فلا تنافى بين صدر الزّوايه و ذيلها، لكون الشّروطيه فى كل منهما مسوقه على ما هو الغالب من حصول الضرر، أو النّفع من دخول بيت اليتيم، لندوه الموازاه بين الضّرر و النّفع الدّاخلين عليه من الدخول، فلا تعرّض فى إحديهما لهذه أصلاً، فلا تعارض، كما لا يخفى.

[مسأله يشترط فى من ينتقل إليه العبد المسلم أن يكون مسلماً]

قوله (ره): (و لو بقرينه سياقها الابى عن التّخصيص، فلا بدّ من حملة على معنى- إلخ-).

و حملة على ما يعمّ الملكيه، موجب للتّخصيص، لتملّك الكافر للمسلم بالإرث، و بقاء ملكيته له فيما كفر المولى، بعد ما كانا مسلمين، أو أسلم العبد بعد ما كانا كافرين، فلا بدّ من الحمل على ما يعمّ الملكيه، فلا دلالة على المنع عن بيع عبد المسلم من الكافر.

قلت: يمكن ان يقال: أنّ الآية (١)، و لو بقرينه سياقها، لا بدّ من ان يحمل على ما لا يرد عليه التّخصيص، إلّا أنّ حملها على ما يعمّ مثل تملكه له بالاختيار بشرائه، لا يوجهه، فان تملكه بالإرث، أو ببقاء ملكيته قبل الإسلام، أمّا هو بالتّعبد، لا بالاختيار، و كون التّملك بالاختيار، سيلاً، بل من أوضح السّبل، لا يستلزم كون التّملك حدوثاً أو بقاءً تعبداً كذلك أصلاً كما لا يخفى و من هنا يمكن ان يقال ان المال بالنسبه إلى العلو كذلك. فلا يكون الملكيه القهرية التبعديه، بلا استتباعها السلطنه علوّاً، و كان سلطنته على تحصيلها بالشّراء علوّاً، فافهم.

قوله (ره): (و حكومه الآية (٢) غير معلومه، و إباء سياق الآية من التّخصيص).

لا يخفى أنّ العرف يساعد على التوفيق بين ما دلّ على الحكم

١- النساء: ١٤١. و هو قوله تعالى «و لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا».

٢- النساء: ١٤١.

للعناوين الثَّانِيه الطَّارِيه، و ما دَلَّ على الحُكْم للعناوين الأُولِيه، بتقديم الأول على الثَّانِي، و ان كان بينهما عموماً من وجه، و حمل الثَّانِي على الحُكْم الاقتضائي، و لذا لم يلاحظ بين مثليهما تعارض أصلاً، و قد عرفت في الحاشيه السَّابِقه عدم لزوم تخصيص فيها من طرف الاستداده، فتأمل جدًّا.

قوله (ره): (و هذا و ان اقتضى التَّقْيِيد في إطلاق ما دَلَّ - إلخ-).

لا يخفى، انَّ تقييد إطلاق دليل الاستقلال في مورد ملك الكافر للمسلم، معلوم على كل حال، لوجوب بيعه عليه، و لو لم يكن بطيبه، فلا يكون حجره مع صحه بيعه منه، تقييد آخر، يحتاج ترجيحه على تخصيص الايه (١) الى دعوى اهويته.

قوله (ره): (فيثبت في غيره بعدم الفصل - إلخ-).

لا يكاد يثبت في غيره، إلَّا على الأصل المثبت، اللهم إلَّا ان يدعى عدم الفصل بين صحته بالاستصحاب في مورد، و صحته في غير مورد.

و بعبارة أخرى يدعى عدم الفصل بين الحكمين الظاهرين، لكنه كما ترى.

قوله (قدس سره): (لأنَّ استصحاب الصَّحْه متقدِّم عليها فتأمل - إلخ-).

لا يكاد يقدم أصل على أصل آخر، إلَّا إذا كان سببًا بالنسبه اليه، و لا سببًا بين صحه البيع في مورد استصحابها، و بين صحته في غير هذا المورد، غايه الأمر، بين صحه أحدهما، و صحه الآخر، ملازمه، كما هو الحال في الفساد، و لذا أمر بالتأمل.

قوله (قده): (و اما تمليك المنافع ففي الجواز - إلخ-).

إنَّما الاشكال و الخلاف في الإجاره، و الزهن، و الإعاره، و غيرهما، لأجل عدم تنقيح السبيل المنفى، و أنه بمفهومه يعم ميل هذا التسلط النَّاشِي من قبل أحدهما أولاً، و المتَّبَع في مثله، هو أصاله عموم دليل صحه البيع، أو

إطلاقه، لو كان، وإلّا فأصالة الفساد.

قوله (قده): (ثمّ الظاهر من لفظ الكافر - إلخ-).

بل الظاهر من لم يؤمن بالله ورسوله (ص)، و ان لم يحكم بنجاسته، و حكم بنجاسه من حكم بكفره ممن انتحل بالإسلام، و كونهم فى الخباثه مثلهم، أو أشدّ، لا- يقتضى الاشتراك فى تمام الأحكام، و كذلك إطلاق الكفر عليهم فى بعض الاخبار، لا يقتضى ترتيب جميع الآثار عليه، مع وضوح أنّه بلحاظ ماله من الخباثه الذاتيه التى لا يبعد ان يكون مقتضيه لاشترائه مع الكافر فى أحكامه، لو لا شرافه إسلامه.

قوله (قده): (ألّا ان يمنع اعتبار مثل هذا العلم الإجمالى فتأمل).

لا وجه له، لعدم جواز تخصيص اعتبار العلم ببعض الأفراد و الموارد، نعم يمكن دعوى عدم حصول العلم ههنا على صحه البيع واقعا على تقدير الكذب، بسبب نفوذ الإقرار عليه ظاهرا، و عدم كون التملك و المالكه، سبيلا و سياره، فتأمل جيدا.

قوله (قده): (لقوله (عليه السلام) فى عبد كافر أسلم: اذهبوه فيبعوه (١) - إلخ-).

يمكن ان يكون قوله (عليه السلام): اذهبوه، بيان الحكم، و أنّ يبعه عليه، تكليف المسلمين، و يمكن ان يكون إذنا لهم فى بيعه، لولايته (عليه السلام)، حيث ان بيعه عليه، على خلاف القواعد المتيقنه، فلا محيص ألّا عن الاقتصار على المتيقن من رعايه الإذن ممّن احتمل ولايته عليه من الفقيه فى حال الغيبه، بل العدول مع تعدّره. نعم فيما إذا تعدّر، فلا يبعد دعوى حصول القطع بنفوذ بيع سائر المؤمنين، للقطع بأنّه مطلوب على كل حال.

قوله (قده): (و يمكن ان يبتنى على أنّ الزائل العائد، كالذى لم يزل - إلخ-).

لا وجه لهذا الابتناء أصلا، حيث أنّ العائد لو سلّم أنّه كالذى لم

يزل، ألما أنه بحسب النظر المسامحى العرفى، و ألأ فلا شبهه أنه غير الأول، و الإجماع أنما كان على الأول، و ألأ لم يحتج إلى أنه كألذى لم يزل. نعم ربما يصح الابتاء فيما كان الدليل على ملكيته بالإرث، على خلاف قاعده نفى السبيل، بنص دعوى صدق أنه تلك الملكيه على أن العائد كغير الزائل، فتأمل.

قوله (قدس سره): (يشكل فى الخيارات الناشئه عن الضرر من جهه قوه أدله نفى الضرر- إلخ-).

لا يخفى أن المقام، ليس مقام تعارض الدليلين، بل من قبيل تعارض المقتضيين، كما فى تزاحم الواجبين، و ذلك لأن المقتضى لكل من النفى و الإثبات، من الضرر، و السبيل، ههنا، كما فى غيره بلا- قصور فيه، و ليس عدم تأثيره، إلأ لا بتلاته بالمزاحم الأقوى، كما لا يخفى. و فى مثله لا بد من الترجيح بالأهميه، لا بأقوائيه الدليل. نعم لو لم يحرز الأهميه، فلا بأس بالترجح بها للأول إلى تعارض الدليلين فى الحكم الفعلى، و إحراز الأهميه بها بطريق ال-ان، فافهم، و لا- يبعد دعوى أهميه نفى السبيل المقتضى لنفى الخيار، عن نفى الضرر المقتضى لإثباته.

قوله (قدس سره): (فان هذا الضرر أنما حصل من كفره الموجب لعدم قابليه تملك المسلم- إلخ-).

فيه أنه ليس من الاقدام بالضرر المانع عن شمول قاعدته له، كما إذا أقدم على البيع بالأقل عن علم، بل من الاقدام على ما كان حكمه بحسب عموم أدله الضرر، لو لا قاعدته، فلو لم نقل بالخيار، فلا بد من تخصيصها بقاعده السبيل و العلو المنفيين بناء على ما عرفت من أن مجرد التملك بلا- اختيار، و ان لم يكن سيلا- و علوا، ألأ أن تحصيله بالاختيار بالبيع، أو بالفسخ بالخيار، كان سيلا و علوا، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (مع أنه على تقدير مقاومه يرجع الى أصله الملك و عدم زواله بالفسخ و الرجوع- إلخ-).

لا بأس باستصحاب الملك، لتحقق ركنيه، و أما استصحاب عدم

الزوال بالفسخ، فلا مجال له بلا ارتياب، لعدم التيقن به سابقا، و إنما يجرى فيما إذا قطع به، ثم طرء ما يوجب الشك في بقاءه و ارتفاعه. نعم لا بأس باستصحاب عدم ثبوت حق الخيار، و ازاله الملك بالفسخ بالعقد، للشك في حدوثه به بعد القطع بعدمه، و لو لعدم سببه و موضوعه.

[القول في شرائط العوضين]

[يشترط في كل منهما كونه متمولا]

إشاره

قوله (قدس سره): (يشترط في كل منهما كونه متمولا - إلخ-).

لا يخفى أنّ بين المائيه و الملكيه عموما من وجه، لافتراقهما من حبه حنطه، و الكلى المتعهد به، حيث أنّ الأول ملك و لا مال، و فى الثانى يعكس الحال، فإنه يبذل بإزائه المال، مع أنه ليس بملك قبل البيع لأحد، و ان صار ملكا للمشتري أو البائع بالمال، و قد انقذ به، أنّ المعبر فى صحه البيع هو المائيه. نعم لو كان بالفعل ملكا، فلا بد ان يكون ملكا للبائع، و الأ لكان فضوليا يتوقف نفوذه على الإجازة، أو باطلا، على الخلاف، كما تقدم.

قوله (قدس سره): (إذ لا بيع إلا فى ملك - إلخ-).

قد عرفت أنّ النسبه بين الملكيه و المائيه عموم من وجه، فلا وجه للاستدلال به على اعتبار المائيه، مع أنه إنما لا بيع إلا فى ملك فيما هو بالفعل ملك، لما أشرنا إليه من صحه بيع الكلى، بلا خلاف و لا اشكال مع أنه ليس بملك بالفعل، و ان كان بالمال، فالأولى ان يقال: أنّ ما ليس عرفا بمال، فلا خلاف و لا إشكال فى عدم جواز وقوعه أحد العوضيين فى البيع، فإنه مبادله مال بمال.

قوله (قدس سره): (و الأ فلا يخفى وجوب الرجوع الى عمومات صحه البيع - إلخ-).

فيه ما لا يخفى، فان الرجوع إليها تمسك بالعام فيما اشتبه كونه من مصاديقه، بناء على اعتبار مائيه العوضيين فى البيع، كما أشرنا إليه. نعم - يصح الرجوع الى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) لو لم نقل باعتبار ذلك فى صدق -

العقد عرفا أيضا، كما صحَّ الرجوع الى عمومات البيع أيضا، فيما إذا شكَّ في - مألتيه شرعا، فتأمل جيِّدا.

قوله (قدس سره): (ثمَّ انهم احترزوا باعتبار الملكيه (١)، من بيع ما يشترك فيه النَّاس - إلخ-).

أى ما يباع لهم و جاز لهم التملك بالاحتطاب، و الاصطياد، و الاتخاذ، و عدم جواز بيعها قبل تملكها ليس لعدم ملكيتها لأحد، و الّا فقد عرفت عدم اعتبار الملكيه قبل البيع، بل لعدم كونها قبل التملك مالا يبذل بإزائه المال، و يكون بذله بإزائه سفها، و أكل المال بإزائه باطلا، فافهم.

[الكلام فى أحكام الأرضين]

قوله (قدس سره): (و احترزوا به أيضا عن الأرض المفتوحه عنوه - إلخ-).

لا- يخفى أنّ مجرد اعتبار الملكيه، لا- يوجب الاحتراز عنها، لكونها مملوكة أيضا للمسلمين بنحو من الملك، مع أنّه لا- وجه للاحتراز عنها، لصحة بيعها إذا رأى الامام (عليه السلام) فيه المصلحه، و توقف صحه بيعها على المصلحه، غير عدم جواز بيعها.

قوله (قدس سره): (ربّما يكون فى بعض الاخبار (٢)، و جوب أداء خراجه الى الامام (عليه السلام) إلخ-).

و هذه الاخبار ظاهره فى بقائها فى ملك الامام (عليه السلام) أيضا، و هى أظهر مما دلّ على حصول الملك بالاحياء لمن أحياء، و لو سلّم عدم كونها أظهر، فالتوفيق بحمل ما كان ظاهرا فى حصول الملك على حصول الاختصاص، ما يساعد عليه العرف، فيتعيّن لو لا الإجماع على حصول الملك.

قوله (قدس سره): (فدخل فى عموم النبوى: من سبق الى ما لا يسبقه أحد (٣) - إلخ-).

أتما سيق الإطلاق مساق أحقيته السابق، و عدم جواز مزاحمه

١- و فى المصدر: باعتبار الملكيه فى العوضيين من بيع.

٢- وسائل الشيعه: ١٧- ٣٢٨- ب ٣- ح ٢.

٣- السنن للبيهقى: ٦- ١٤٢ (باب من أحيأ أرضا ميتة ليست لأحد).

اللاحق، لا فى مساق جواز السبقه حتى كان عدم جواز سبق إلى أموال الناس بدليل خاص، فلا يجوز التمسك بإطلاقه فيما إذا أشك فى جوازه، كالأرض العامره التى هى تكون ملكا للإمام (عليه السلام).

قوله (قدس سره): (فان كانت العماره اصلية فهى للإمام (عليه السلام) إلخ-).

بلا- اشكال و لا- كلام إذا لم يملكها غيره بالحيازه، بناء على التملك بها، و ألا فحالها حال الأرض المحياه التى عرضها الموت التى قضيه الاستصحاب، و بعض الاخبار، بقائها على ملك مالكا، و بعض الاخبار دلّ على ان الأرض الخربه تركها أهلها و عمرها غيرها فهى لمعمرها (١).

قوله (قدس سره): (ثم ما يملكها الكفار من الأرض (٢)- إلخ-).

كانت محياه، أو عامره بالأصل، أو ميتة إذا عرضها الموت، بناء على بقائها فى ملك مالكها، إذا الظاهر من الدليل حكم المفتوحه عنوه، صيروره كلما كان مملوكا للكفار، ملكا للمسلمين، فليراجع الأدله.

قوله (قدس سره): (و ظاهره كما ترى عدم جواز بيعها- إلخ-).

و عليه يشكل بيع ارض العراق و شرائها، فإنها فتحت عنوه، مع أنه من المتعارف بلا نكير، و يدفع بأنّ المحياه منها حال الفتح، كانت ملكا للمسلمين، و أميا الميتة حاله فهى لمحيتها، فكل ارض منها لم يعلم كونها محياه حاله، و كانت تحت يد، يحكم بكونها ملكا لذى اليد، فجاز بيعها و شرائها، مع أنّ ما كانت محياه حاله، يمكن ان يكون الامام (عليه السلام) قد نقلها.

لا يقال: نعم، و لكن لا يكاد و يكون اليد الاماره الملك فى الطرف العلم الإجمالى.

فإنه يقال: نعم، لكنه لو لا الانحلال الى العلم التفصيلي و الشك

١- وسائل الشيعه: ١٧- ٣٢٨- ب ٣.

٢- و فى المصدر: ثم ما ملكه الكافر من الأرض.

البدوى، و ذلك لأن ما علم تفصيلا من الأراضى الخراجيه، بالمقدار المعلوم بالإجمال، و لو لم يكن بذاك المقدار، فاطرافه غير محصوره بلا اشكال.

قوله (قدس سره): (ففى عدم جواز التصرف أّ فيما أعطاه السلطان الذى حلّ قبول الخراج - إلخ-).

الظاهر أنّه لا إشكال فى جواز التصرف فيما أعطاه السّـلطان و قبله مما كان تحت سلطانه، لما دلّ من الاخبار على جواز التّـقـيـل منه، و اما ما لا يكون بيده و تحت سلطانه، ففيه اشكال، لاحتمال ان يكون الفقيه مرجعا فى مثله فى حال الغيبه أو السّـلطان، كما كان فى غيره ممّا يكون تحت يده، فلا بدّ فى التصرف فيه من إذنهما، لدوران الأمر بينهما لو أمكن، و أّ فيما أمكن للعلم بان الشّـارـع لا يرضى بتعطيله مطلقا، و لا ينافى هذا، توقّفه على اذن الفقيه أو السلطان لو أمكن، كما لا يخفى. نعم لا يبعد دعوى كفايه اذن الفقيه فيه مطلقا، و عدم الاعتداد بإذن السّـلطان فى غير ما نهض عليه الدّليل، لما دلّ على عدم جواز الرّكون الى الظالم (١).

قوله (قدس سره): (و يؤيد بل يدل عليه استمرار السّـيره خلفا عن سلف، على بيع الأمور المعموله - إلخ-).

لا يخفى أنّه لا تأييد فيه، فضلا عن الدّلاله، لعدم إحراز كون الأراضى التى يؤخذ منها الأمور المعموله محياه حال الفتح، كى يكشف السّـيره إذا كانت واجده لشرائط الاعتبار عن كونها كالمباحات، و قد عرفت أنّ إطلاق (من سبق) (٢) انما يكون فى مساق بيان أحقيته السابق من اللّاحق.

فتذكر.

[و اعلم أنه ذكر الفاضلان فى شروط العوضين بعد الملكيه كونه طلقا]

اشاره

قوله (قدس سره): (فالتّـعـيـير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانع - إلخ-).

هذا بحسب النظر الجلى العرفى، و اما بحسب النّظر الدّقيق، فالمانع هو

١- هود: ١١٣.

٢- ورد بهذا المعنى فى السنن لأبى داود - ٣ - ١٧٨.

الجامع بين الحقوق، فإنه على شتاتها، و تفرقتها، يكون مجتمعه فى المنع عن تأثير البيع، فلا بد ان يكون هذا بما يجمعها يكون مشتركة فيه، و يكون الشرط هو فقد ذاك الجامع الذى عبّر عنه بكونه طلقا، اى فاقدًا لذاك المانع، فليس الأمر فى الأصله و الفرعه فى هذا الشرط، و فروعه على العكس، فافهم.

[مسألة لا يجوز بيع الوقف إجماعاً]

إشارة

قوله (قدس سره): (و مما ذكرنا ظهر أنّ المانع من بيع الوقف أمور ثلاثة- إلخ-).

و التحقيق أنّ واحدا منها لا يصلح للمنع عن البيع، أما الواقف فلانقطاع العين الموقوفه منه بالوقف، و صيرورته أجنبيا عنها كغيره، و استحقاقه الأجر و الثواب بنفس وقفه كسائر عباداته، و كونها صدقه جاربه، لا يقتضى كونها متعلقه لحقه، غايه الأمر انتفاعه بها ما دامت باقيه، لأجل خصوصيه عمله، مثل «من سنّ سنه حسنه (١)» من دون تعلق حق منه بها أصلا، و اما الله تبارك و تعالى، فالأعيان الموقوفه كسائر الأعيان من السموات و الارضيين، و ان كانت ملكا له تعالى، إلا أنه ليس بمانع عن البيع، و كون نفس الوقف لله تعالى، و هذا العمل له، و عليه عوضه، لا يقتضى كون العين الموقوفه متعلقه بحق له، مانع عن بيعها، كما لا يخفى، و اما البطون اللماحقه، فلو سلّم كون العين فعلا متعلقه لحقها، فإنما يكون مانعا عن بيعها على ان يكون الثمن ملكا للموجودين من الموقوف عليهم، لا على ان يكون الثمن كالثمن متعلقا لحقوقها، إذا كان البيع صلاحا للوقف، فلم يبق ما يمنع عنه، إلا الإجماع، و الاخبار. و دعوى كون جوازه منافيا لمقتضى العقد، سواء كان عدم البيع و مثله، مأخوذا فى قوامه، أو كان من لوازمه و أحكامه، و هذه الدعوى بيته فى الجملة، ضروره أنّ حبس الأصل الذى لا معنى له، إلا الممنوعيه عن التصرفات الناقله أو المتلفه له، داخله فى قوامه، و لا أقل من كونه من لوازمه و أحكامه.

نعم كونه كذلك مطلقا، و لو طرء عليه من الأداء الى الخراب،

١- كنز العمال- ح ٤٣٠٧٩ و ٤٣٠٧٧ (و بهذا المعنى ورد فى البحار- ٧١- ٢٥٨).

و الخلف، و الفساد بين الأرباب، و غير ذلك، أو ما لم يطرء عليه مثل ذلك، و ألا فالحبس أتما كان معتبرا فيه ببدله، بان يكون حبسه بماليه غايته يكون حبسه بنفسه قبل طرؤ أحد الطواري، كما هو المقصود الاولى الأصلي و ببدله، فيما إذا طرء أحدها، و هو المقصود الثانوى، محل اشكال بل و خلاف. و قد انقذ بذلك، ان جواز البيع، ينافى الحبس الذى يكون به قوامه، أو يكون من لوازمه و خاصيته على وجه و قول، فلا محيص على هذا عن بطلانه، و على وجه آخر يكون كذلك، بالنسبه إلى مرتبه منه، و هى المرتبه الاولى، و المقصود الأقصى، لا بحسب حقيقته و ماهيته، كى يوجب بطلانه كلاً، و اضمحلاله أصلاً.

و بذلك ظهر ان من يقول ببطلانه بالجواز، كان نظره الى ان المنع عنه من لوازمه و أحكامه، لو لم يكن داخلاً فى قوامه، و ان من يقول بعدم بطلانه به، بل بالبيع كان نظره الى أنه من لوازم بعض مراتبه، لا من خواص حقيقه أو من مقومات ماهيته، لكنه لا يخفى أنه بالبيع على هذا، لا يبطل الوقف أيضاً، إلا بالنسبه إلى العين نفسها، لا ببدلها. و قد عرفت ان حبسها بنفسها مرتبه من المقصود، لإتمامه، مع ان صريح كلامه - ره - عدم بطلانه بالجواز، بل بالبيع فيما إذا قبل به، لضروره البطن الموجود، مع أنه ينافى الحبس المعتبر فيه رأساً، و لعل نظره (قدس سره) الى ان الوقف معه لا يصير كأنه ما كان عن رأس، بحيث لو اتفق عدم بيعه، مع جوازه الى ان ارتفع ما كان سوغه كان كما إذا لم يرتفع، بل يصير كما إذا لم يكن هناك ما سوغه.

و لا يذهب عليك ان عدم البطلان بهذا المعنى، لا يستلزم عدمه مطلقاً، ضروره بطلانه فعلاً بطرؤ ما ينافيه بذاته أو بخاصيته، عرفاً و شرعاً، فما دام هذا المنافى، كان الوقف غير نافذ، فباطل، و إذا ارتفع بارتفاع موجبه، كضروره أربابه، أو خلفهم المؤدى إلى خرابه، عادت صحته، فيصلح صحيحاً شرعاً، كما كان أولاً، و لا غرر فيه أصلاً، و يمكن بذلك التصالح بين القولين، كما لا يخفى. فتدبر جيداً.

ثم أنه لا يلزم على هذا مخالفته لقاعده (العقود تابعه للقصود)، فإنه أيضا مقصود، غايته أنه ليس بالمقصود الأقصى.

ان قلت: كيف إدراج هذه المرتبه فى العقد، مع أنه لا يكاد تدرج فى إرادته من مثل (وقفت كذا) مع وضوح تبعيته للقصد.

قلت: لا- بدّ فى إدراجه فيه، و قصده من دلالة أخرى، و هى كون الواقف بصدد جعلها صدقه جاربه ينتفع بها، و العين غالبا بنفسها لا تصلح لذلك، لكونها فى معرض الخراب، و غيره ممّا ينسّد به باب الانتفاع بها، فيكون قرينه على حبسها بنفسها، ما لم يطء مثل ذلك، و ببدلها فيما إذا طء، فافهم. و بالجمله فالوقف لا ينافى جواز البيع، إلّا فيما إذا لم يكن هناك طار أصلا، و اما مع طروء فلم يظهر أنه ينافيه، و يأتى تفصيل القول فيه، فى ذيل كلامه- ره- و الإجماع أيضا لم يقم إلّا على عدم الجواز كذلك، و الاخبار الداله على المنع (١)، و ان كانت مطلقة، إلّا ان إطلاقها، ليس بلحاظ الطوارئ، فلا مجال للتمسك به فى الحكم بعدم الجواز مع أحدها عند الشك فيه بلا- اشكال، فلم يبق إلّا أصاله عدم الجواز الثابت قبل طروءها، فلا بدّ من اتباعها الى ان يقوم دليل على الجواز.

[فاعلم أن الكلام فى جواز بيع الوقف يقع فى صور]

[الأولى أن يخرّب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه]

قوله (قدس سره): (و الحاصل أنّ جواز بيعه تبعا غير مناف لما قصده الواقف- إلخ-).

و ذلك أنه و ان أخذ فى حقيقه الوقف بقاء العين الموقوفه، إلّا أنه فيما إذا لم يؤدّ الى انعدامها أصلا، و أمّا فيما يؤدّى إليه، فإن كان البقاء ممّا لا بد منه فى الوقف، فلا محيص عن ان يكون بماليتها لا بنفسها، كما لا يخفى، غايه الأمر لا بدّ من بقائها بنفسها ما دام يمكن، و لا يؤدّى الى التلف، و بماليتها و بدلها فيما يؤدّى، كيف و ليس هذا الحبس، إلّا لأجل الانتفاع بها، فكيف يوجد فيما يوجب ضياع أصل العين. و بالجمله دعوى القطع بأن أخذ حبس العين بشخصها فى الوقف، أنّما يكون ما دام لم يؤدّ الى الانعدام، و إلّا فيبدلها

ليست مجازفه.

قوله (قدس سره): (فينتهى ملكه الى من أدرك آخر أزمه بقائه- إلخ-).

فكان حاله حال ما لا يمكن تبديله، ولا ينافى ذلك، الأبدية المعبره في الوقف، ضروره أنها يكون في قبال التوقيت، إلا ان يدعى اعتبار التأييد و لو بالبدل، فافهم.

قوله (قدس سره): (و مما ذكرنا يظهر ان الثمن لا يختص به البطن الموجود (١)- إلخ-).

لا- ريب فيه على تقدير كون الوقف مّا يتعدّد فيه المطلوب، و يكون بحسب حقيقته ذا مرتبتين: حبس العين بنفسها ما دام ممكنا، و حبسها ببدلها فيما لم يكن. و اما على تقدير كون الوقف ذا مرتبه واحده، فإن قلنا انها تمليك العين لخصوص من يبقى الى زمانه من البطن، فالثمن للبطن الموجود، لعدم دخل للبطن اللاحقه في العين أصلا، كما لا يخفى، و ان قلنا انها التملك لجميع البطن، ففي اختصاص الثمن بالبطن الموجود، أو كالثمن لجميع البطن، اشكال من كون العين فعلا- مملوكا للبطن الموجود و لا- ملكيه فعليه للبطن المعدومه، و هو واضح، و لا- شأنيه، فإن الواقف و ان أنشأ ملكيتهم، إلا أنه حيث لا يكاد يبقى العين الى زمانهم، فلا يكاد يصير ملكا لهم، فكيف لهم ملكيه شأنيه، و لا حق لهم فيها فعلا إذ مع عدم صحه اعتبارها للمعدوم، فلا- موجب له في العين، و من ان البطن الموجود و ان كان فعلا مالكا، إلا ان ملكهم لها ليس بملك طلق لها حيث أنه بمقتضى جعل الواقف ما دام حياته، و لذا لا يكون مّا تركه، و قضيه العوضيه ان يكون الثمن كذلك، لا طلقا بحيث صار مّا تركه لو مات، و تعمّه أدله الإرث. فافهم.

قوله (قدس سره): (و مما ذكرنا ظهر عدم وجوب شراء المماثل- إلخ-).

و هذا ظاهر ان كان التبدل من أحكام الوقف، لا مرتبه من حقيقته و يجعل الواقف، و إلا ففي شراء المماثل، أو البيع بالمماثل إن أمكن، و عدمه

١- و في المصدر: و مما ذكرنا يظهر ان الثمن على تقدير البيع لا يختص به البطن الموجود.

لا- بدّ من ملاحظه غرض الواقف أنّه تعلق في هذه المرتبه بما هو الأصلح للموقوف عليهم، أو بما هو المماثل للعين الموقوفه، فيتعيّن ما عينه، و تعلق به غرضه. هذا فيما علم غرضه، و فيما لا يعلم فلا بدّ من بعد بالمماثل أو شرائه إذا كان فيه الصّلاح، و اما إذا لم يكن في المماثل صلاح، ففيه اشكال. و في التّعيين بالقرعه وجه. و بذلك قد انقذح اختلافه- قدس الله روحه- مع العلامه- أعلى الله مقامه- لاختلاف نظرهما في أنّ التّبديل من أحكامه، أو من مراتبه، كما انقذح مواقع النّظر في كلامهما. فتأمل جيّدا.

قوله (قدس سره): (ثم إنّ المتولّى للبيع، هو البطن الموجود بضميمه الحاكم- إلخ-).

لا- اشكال فيه ان كان هذا من أحكامه و لم يختص الثمن بالبطن الموجود، اما إذا كان من مراتبه فالمتولّى له هو المتولّى المنصوب من الواقف، ألّا ان لا يكون توليته بحسب جعله بحيث يعمّ المرتبه الثانيه من الوقف.

[الصوره الثانيه أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به]

قوله (قدس سره): (لكن الخروج بذلك من عموم أدله وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف- إلخ-).

و لو نوقش في عموم تلك الأدله لهذه الصوره كالصّوره السّابقه، فلا أقلّ من استصحاب عدم الجواز قبل عروض الخراب، فلا يجوز الخروج بذلك عمّا هو مقتضى الإصلاح، إلّا بالقطع بالجواز، كالصّوره الأولى، و انى لنا دعواه و ان كانت غير بعيده.

قوله (قدس سره): (و ان أريد بالعنوان شىء آخر فهو خارج- إلخ-).

لا- يبعد ان يقال، انه لو أريد به كون قصد الواقف حبس العين في وقفها ما دامت معنونه بعنوان كذا، و قيل بعدم بطلان مثله لعدم التأييد، لما عرفت من أنّه ما يقابل التّوقيت، و لا توقيت هيهنا، لا يبعد ان يقال بالبطلان بزوال العنوان بمعنى انتهاء الوقف إلى الغايه و النّهايّه.

[الصوره الرابعه أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف عليه]

قوله (قدس سره): (على جواز البيع بمجرد الأنفعيه إشكال- إلخ-).

حيث لا دلالة فيها على الجواز، ألّا فيما احتاجوا و رضوا، و كان البيع خيرا لهم.

[الصورة السادسة أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة]

قوله (قدس سره): (لعدم ثبوت كون جواز البيع منافيا لمقتضى الوقف - إلخ-).

و مع عدم ثبوت المنافاه، قد صح التمسك بعموم «المؤمنون عند شروطهم (١)» بضميمه أصاله عدم كون الشرط مما وقع بينه و مقتضى العقد، المنافاه، و مثله باق تحت العموم، لكنه لا يصح معه التمسك بأدله نفوذ الوقف لاحتمال المنافاه، و كون مقتضى العقد ينافيه، فلا عقد أصلا لأجل المناقضة لو قصد الواقف و لو إجمالاً أولاً عند الوقف، أو قصد ثانياً بسبب الشرط، فلا يترتب عليه ما يختص من الأحكام بالوقف، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (فان التحقيق كما عرفت سابقا ان جواز البيع لا يبطل الوقف - إلخ-).

قد عرفت ما هو التحقيق في ذلك من التفصيل، و انه لا يبطله لو كان عدم جواز البيع من أحكامه لا ممّا له دخل في قوامه، و أنّه أنّما لا يوجب بطلانه أصلا بمعنى انفساخه و اضمحلاله، فراجع هناك.

قوله (قدس سره): (و اما حبس شخص الوقف فهو لازم لإطلاقه - إلخ-).

لا يخفى أنّ الوقف لو كان ذا مرتبه واحده فحسب الشخص كان لازم، فإنه لو لم يكن من ذاتياته و ان كان ذا مرتبتين، فحسبه و ان كان ما دام تجرّده عن المسوغات، و معها كان حبس الوقف بماليتها لا بشخصه، إلّا ان حبس الشخص في الجملة بدونها مقتضى ذاته، و لذا لا يصح شرط جواز البيع مطلقا بلا شرط المصلحه أو الحاجه قطعاً. نعم لَمّا لم يعلم ان حبس الشخص مع الحاجه أو المصلحه في البيع إذا لم يكونا من المسوغات، كان للإطلاق أو مقتضى الذات في المرتبه الأولى، كان الحكم بصحه شرط جواز البيع مع أحدهما، و نفوذه مما لا بد فيه من أصاله عدم المنافاه، كما عرفت.

قوله (قدس سره): (و السند صحيح و التأويل مشكل - إلخ-).

لا- يخفى على من نظر في الروايه (١) على طولها، من صدرها الى ذيلها، عدم إباثها عن الحمل على أنه (عليه السلام) اوصى بصدقه ما عينه من أمواله ببيع و غيره، كما يدل عليه قوله (عليه السلام) في صدرها بعد البسملة، «هذا ما اوصى به في ماله عبد الله على» و ان كان في بعض فقراتها، شهاده على أنه أوقفها مثل قوله: «و انّ الذي كتب من أموالى هذه صدقه واجبه تبلى، حتّى أنا أو ميتا». لكنّه لا يأبى عن الحمل على التأكيد في صدقه ما كتبه بعد موته، و أنّه لا يكاد يرجع عن هذه الوصيه، لا أنّه جعله صدقه في حال حياته، كيف، و الّا فلا بدّ من حمل قوله «هذا ما اوصى به في ماله» على مجرد الإقرار، و هو بعيد جدا، كما يظهر من ملاحظه سائر الفقرات، فراجع فيها.

[الصورة العاشره أن يلزم فساد تستباح منه الأنفس]

قوله (قدس سره): (فاذا فرض القطع أو الظن بانقطاع شخصه- إلخ-).

الظاهر أنّ جواز البيع يدور مدار التأديبه إلى الخراب، بحيث لو قطع بالتأديبه اليه، ثم ظهر أنّه أخطأ ظهر انه لم يكن هناك جواز أصلا، و عليه لا دليل على إلحاق الظن به ههنا، الّا ان يقال: أنّه لو لا اعتباره، لوقع في المخالفه كثيرا، و هو مما يقطع بأنّه خلاف غرض الشارع، بل يمكن بذلك ان يستكشف ان جواز البيع، بناء على كونه من مراتب الوقف، و تعلق به قصد الواقف في الجملة، يكون بمجرد الظن بالتأديبه، لا مرتبا على نفسها، فتأمل.

قوله (قدس سره): (و فيه أنّ الغرض من الوقف، استيفاء المنافع (٢)- إلخ-).

هذا أنّما يتم لو كان مبنى كلامهم على أنّ الوقف، هو حبس خصوص العين، و اما إذا كان مبناه على أنّه حبسها بنفسها ما دام الانتفاع بها و ببدلها، فيما إذا لم يكن لها انتفاع، فلا ضروره أنّ الانتفاع بالبدل عليه يكون من الوجوه و المقصود بالوقف، لا الأقرب بمقصود الواقف. نعم يقع الكلام معهم في الصغرى، و ان الانتفاع بالبدل من مراتبه، أو ليس له، الّا

١- وسائل الشيعه: ١٣- ٣١٢- ب ١٠- ح ٤.

٢- و في المصدر: و فيه ان الغرض من الوقف، استيفاء منافعه.

مرتبته الانتفاع بالشخص، كما مرّت الإشارة إليه، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (عدى المكاتبه المشهوره (١)).

ولا يخفى أنّ المكاتبه مع اشتمالها على ما لا يقول به أحد، و هو جواز البيع بلا طرو عارض أصلا فيما هو سهم الامام (عليه السلام) من الوقف، غير دالّه ألّا على جواز البيع في بعض الصّور، و لم يعلم عمل المشهور بما هو ظاهرها، كى يوجب بذلك انجبارها. ألّا ان يقال: أنّما يكون الانجبار بتوافقهم على العمل بها، و ان اختلفوا فيما استفادوا عنها، لكنه إذا علم أنّ استنادهم فيما صاروا اليه كان إليها، و هو محل تأمل، بل منع، فتأمل جيّدا.

[و أمّا الوقف المنقطع]

قوله (قدس سره): (اشكال من حيث لزوم الغرر بجهاله وقت - إلخ-).

يمكن ان يقال: أنّ الجهاله أنّما توجب الغرر المضّرّ فيما إذا كانت في نفس العوضين، لا في منافعهما، حيث أنّ المنافع ليست موردا للبيع، و لذا لو لم يعلم مقدارها، و أنّ منفعه هذه العين، قليلة أو كثيره، لم يضر قطعا. نعم تفاوت المنفعه، توجب تفاوت مائيه ذى المنفعه، و الجهل بها ربّما يوجب الجهل بمقدار مائيته، لكن الجهل بمقدار المائيه مع العلم بالمال، لا يوجب الغرر، و لو سلّم فلا يكون بمضّرّ بلا اشكال.

قوله (قدس سره): (لان حقيقته وقف مؤبّد (٢) - إلخ-).

هذا إذا كان صرفه في سبيل الله بعد انقطاع الموقوف عليهم بجعل الواقف، بحيث كان داخلا بنحو في إنشائه، و أمّا إذا كان تعييدا من دون دخوله في جعله و إنشائه، و كان صرفه في سبيل الله، لأنّه مال الله حيث خرج عن ملك الواقف و لم يدخل في ملك الموقوف عليهم، ملك طلق ليرثه ورثتهم، فاذا انقطعوا فيبغى بلا مالك، فيصرف في سبيله تعالى، فافهم.

[مسأله و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا صيروره المملوكه أم ولد لسيدا]

اشاره

قوله (قدس سره): (ثم أنّ المنع عن بيع أمّ الولد قاعده كليّه - إلخ-).

يمكن المناقشه في استفادتها من الاخبار التي ذكرها، و ذلك لأنّ

٢- وفي المصدر: لأنه حقيقه وقف مؤبد.

روايه محمد بن مارد (١)، ظاهره في كون الكلام فيها مسوق البيان جواز البيع قبل حدوث الحمل عنده، و عدم كون الولد بالترويح، مانعا لا- لبيان المنع عنه بعد حدوثه عنده أيضا، كي يدل بالمفهوم على الكليته، كما يظهر من التأمل في السؤال عنه (عليه السلام) و جوابه. و روايه السكوني (٢) لا- دلالة فيها على المنع أصلا، بل على أنّ المكاتبه إذا وطئها مولاها و صارت حبلية، و عجزت عن أداء مال الكتابه، كانت من أمهات الأولاد، و يترتب عليها، ما يترتب من الأحكام عليها، كما لا يخفى. و صحيحه عمر بن يزيد (٣)، غايه دلالتها ان المقتضى للمنع في أمهات الأولاد، كان مرتكزا في ذهن السائل حيث سئل عن الوجه المسوغ للمبيع، و الامام (عليه السلام) قد قرره عليه، و هو غير الدلالة على عموم المنع فعلا، كما هو المدعى.

ان قلت: فيما ذكرت من الدلالة، كفايه في البناء على عدم جواز البيع على نحو القاعده في الموارد المشبهه لثبوت المقتضى، و أصاله عدم ثبوت المزاحم.

قلت: نعم لو لا كون هذا الأصل مثبتا، ضروره ان ترتب المقتضى بالفتح على عدم المانع عند ثبوت المقتضى، عقلي و ان كان حكما شرعيا.

و اما قول أمير المؤمنين (عليه السلام) (٤) في جواب السؤال عن بيع امه أرضعت ولده، «خذ بيدها و قل من يشتري أم ولدي» فغايته الدلالة على ما في بيع أم الولد في نفسه من الاستهجان و الاستنكار عرفا، لا المنع عنه شرعا مطلقا، كما هو المدعى، كيف و لا منع ظاهرا عن بيع أم الولد رضاعا. فافهم. فالمتبع عند الشك في جواز بيعها، هو استصحاب الجواز لو لم يكن إطلاق الأدلة وافية، و ألا كان هو المرجع. و اما حديث سلطنه الناس على أموالهم (٥)، فيمكن

١- وسائل الشيعه: ١٤- ٥٨٩- ب ٨٥- ح ١.

٢- وسائل الشيعه: ١٦- ٩٧- ب ١٤- ح ٢.

٣- وسائل الشيعه: ١٣- ٥١- ب ٢٤- ح ١.

٤- لم أعثر عليه بهذه العبارة نعم هناك روايات تدل على ذلك. راجع وسائل الشيعه ١٦- ١٠٤.

٥- بحار الأنوار: ٢- ٢٧٢.

منع دلالمته فإئنه بصدد ببيان، انّ الملك هو السلطان على ما هو جائز من التصرفات، كما بيئنا فى غير المقام، فى قبال حجره، و الشك ههنا فى جواز البيع لخصوصيئه فى أم الولد، ضروره انّه لا شكّ فى سلطنته على تقدير جوازه. فتدبر جيداً.

[أما المواضع القابله للاستثناء]

[القسم الأول إذا تعلق بها حق للغير أولى من الاستيلاء]

[منها ما إذا كان على موليها دين و لم يكن له ما يؤدى هذا الدين]

قوله (قدس سره): (و اندفاع التوهم بكلا شقيّه واضح - إلخ-).

اما الأول فلانّ السؤال لم يكن من تمام موارد جواز بيع أم الولد، ليقيد الجواب الحصر بما ذكره من الموارد، بل كان عن وجه بيع الأمير (١) (عليه السلام) لها، فلا ينافى ان يكون هناك وجه آخر لجواز بيعها، كما لا يخفى. و اما الثانى فلانّ الظاهر من السؤال فى ذيل الروايه، انّه يكون عن جواز البيع فى الدين بعد الموت، فلا يشمل الجواب صورته بيعها فى الدين فى حال الحياه. اللهم الا ان يدعى الأولويّه، فافهم.

قوله (قدس سره): (نعم ربّما يمنع عدم القاعده على هذا الوجه - إلخ-).

كما عرفت وجه المنع بما لا مزيد عليه، و الا فلا يكون الخلاف فى المورد مضراً بالإجماع على القاعده و لزوم اتباعها فيه ما لم يخرج دليل عن تحتها، كما لا يخفى، و قد عرفت انّ مجرد ثبوت ما يقتضى المنع عن البيع، لا يقتضى العموم فى مقام الإثبات، و هو المجدى عند الشك بالجواز، لأجل ثبوت ما يشكّ فى مزاحمته له الا مجرد ثبوت المقتضى، كما مرّ.

قوله (قدس سره): (كما يظهر بالتأمل - إلخ-).

و ذلك لقوّه احتمال ان يكون المنع فى روايه ابن مارد (٢)، اقتضائياً، و كان الجواز فى الروايه بملاحظه ما عرض من الخصوصيه المالىّه الموجبه لجواز البى ء، مع انّه لو ادعى مساواه ظهورهما فى المنع و الجواز، لكان التوفيق بينهما بحمل روايه ابن مارد على كون المنع كذلك، أى اقتضائياً، لكن سند الروايه

١- وسائل الشيعه: ١٣- ٥١- ب ٢٤- ح ١.

٢- وسائل الشيعه: ١٤- ٥٨٩- ب ٨٥- ح ١.

ضعيف ألا أن يجبر بعمل الأكثر، و الصحيحه ظاهره فيما بعد الموت، و لا أقل من عدم ظهورها فيما يعمّ قبله، فافهم.

قوله (قدس سره): (لان الحكم بالجواز فى هذه الصوره فى النص و الفتوى - إخ-).

هذا، مع أنّ هيهنا حقوقاً ثلاثه: حقّ أمّ الولديه، و حقّ الديان، و حقّ المالك فى المستثنيات عن الدين، فاذا لم يزاحم الأول، الثانى، فكيف يزاحم الثالث الغير المزاحم بالثانى؟ فافهم.

قوله (قدس سره): (بل ربما تأمل فيما قبله فتأمل - إخ-).

بل ربّما يدعى ظهور قوله «أَيّما رجل اشترى جاريه فأولدها و لم يؤدّ ثمنها (١) - الخبر-» و كذا قوله (عليه السلام) فى روايه أخرى (٢): نعم فى ثمن رقبته فى الاختصاص بكون ثمنها بنفسه دينا للبائع، و لعله أشار إليه بأمره بالتأمل.

قوله (قدس سره): (و لو ادّعى الولد نصيبه تنعتق عليه (٣) - إخ-).

لو قصد بذلك فكّ نصيبه على اشكال فى تأثير قصده، و اما إذا لم يقصد به ذلك، بل فكّ مقدار نصيبه منها، فإنّما تنعتق عليه نصيبه من هذا المقدار، و يكون فى الباقي كالمتبوع فينتقل إلى سائر الورثه. فافهم.

قوله (قدس سره): (و لعل وجه تفصيل الشيخ، أنّ الورثه، لا يرثون مع الاستغراق - إخ-).

و لكنه غير وجهه، فان الاستغراق أنّما يمنع عن الإرث على القول به فيما كان قابلاً لأداء الدين منه، و ليست أمّ الولد كذلك، لإطلاق دليل المنع عن بيعها، فيرثها ولدها بمقدار حصّته، فتنتعق بتمامها بالإرث و السّيرايه، فيما كان معه غيره من الورثه و بالإرث وحده، فيما لم يكن، و لو عورض الإطلاق

١- وسائل الشيعه: ١٦-١٠٤- ب ٢- ح ١.

٢- وسائل الشيعه: ١٣-٥١- ب ٢٤- ح ٢.

٣- و فى المصدر: و لو ادّى الولد ثمن نصيبه انعتق عليه.

ما دلّ على منع الاستغراق، كان قضيه الجمع بينهما، الحكم ببقائه على حكم مال الميت، فتوَجَّر لوفاء دينه، ثم تورث فتنتعق بالإرث وحده، أو مع السَّرايه.

وبالجملة، لا- وجه لرفع اليد عن إطلاق دليل المنع مع الاستغراق، و لو قلنا بإطلاق منعه عن الإرث، غايته بقائها على حكم مال الميت، و لزوم أداء الدَّين بإجارتها و نحوها، و التوارث بعد الأداء، فتنتعق، أو بقائها بلا مالك أصلاً لو منع عن البقاء على حكم ماله، لانقطاع علاقته عن ماله إلّا في ثلاثه إذا اوصى به، أو ببعضه، و يكون هذا مساوقاً لحزّيتها، كما لا يخفى.

[و منها تعلق كفن مولاها بها]

قوله (قدس سره): (هو مفقود مع الحاجة الى الكفن - إلخ-).

هذا أوّل الكلام، لإطلاق المنع عن بيع أم الولد في غير ثمن رقبتها، و لو لأجل كفن مولاها، و عليه فلا مانع عن إرثها لأنّ المنع لغايه الكفن بثمنها و هو مفقود ههنا، كما لا يخفى، فلا بد مع الزاحمه بين الجهه المقتضيه للمنع عن البيع، و الجهه المقتضيه للمنع عن الإرث المقتضى لجوازه، و عدم مرجح في البين لإحدى الجهتين، و لا لأحد الإطلاقين، من استصحاب جواز البيع قبل صيرورتها أم الولد. و أمّا ما ذكره (قدس سره) من الترجيح بما حاصله، أنّ تقدّم حقّ الميت على حقّ أم الولد فيما إذا كان هناك مقدار تجهّز به، حيث يجهّز بذاك المقدار، و لا يؤدّى به ثمن رقبتها، بل يباع لذلك، يقتضى ترجيحه على حقّ أم الولد فيه فيما لا يكون هناك ذاك المقدار، ففيه أنّه لا ملازمه، إذ لعلّ في بيعها في ثمن رقبتها، خصوصيّة من عدم الحزازه، أو قلّتها، لم يكن فيما إذا بيعت في غيره، و لو لأجل تجهيز سيدها، كما لا يخفى، و المقام محتاج إلى زياده تأمل، فتأمل.

[و منها إذا جنت على غير مولها في حياته]

قوله (قدس سره): (و كيف كان فإطلاقات حكم جنايه مطلق المملوك، سليمه عن المعارض - إلخ-).

هذا، و لو قلنا بظهور الروايتين في كون جنايه أم الولد على المولى بمعنى خسارتها في غيرها من أمواله، و ذلك فإنّ قضيه التوفيق بينهما، و بين تلك الإطلاقات. هو حملها على ما ذكره من المعنى، و لو سلم تساوى الطرفين في

الظهور، مع أنه لا أقل من كون الإطلاقات أظهر. فتدبر جيّداً.

قوله (قدس سره): لأنّ ترك فداؤها و التخليه بينها و بين المجنى عليه، ليس نقلا لها- إلخ-).

بل تملك المجنى عليه لها بسبب ناش منها، و استحقّ به ذلك بلا توسط نقل السيّد لها، كما لا يخفى. فافهم.

قوله (قدس سره): (فتعيّن عليه الآخر- إلخ-).

إنما يتعيّن عليه الآخر فيما لو كانت جنايه المملوك موحيا على السيّد دفع الجاني أو فداؤه إلى المجنى عليه و هو أوّل الدعوى. و ما إذا قيل بأنّها إنّما يوجب استحقاق المجنى عليه لاسترقاقه، غايه الأمر جعل للمولى من جهه التوسع عليه، و الإرفاق به، الفكّ بالفداء، كما لا يخفى، و بذلك ظهر أنّ ما ذكره تأييدا مصادره. فافهم.

[و منها إذا جنت على موليتها بما يوجب صحه استرقاقها لو كان المجنى عليه غير المولى]

قوله (قدس سره): (فمندفع بما لا يخفى- إلخ-).

و هو أنّ الاستيلاء إذا كان رافعا للاستقلال، كان رافعا له بطريق اولي، و لم يعلم وجه مقايسه الاسترقاق لترك القصاص على فكاك الرقاب الذى أنيط به جواز البيع، مع وضوح الفرق بينهما، من كون الاستقلال رعايه للمولى، بخلاف البيع فى فكاك الرقاب، فإنّه رعايه لحق الغير، كما لا يخفى.

[و منها ما إذا جنى حرّ عليها]

قوله (قدس سره): (و منها ما إذا جنى حرّ عليها- إلخ-).

لا يخفى أنّه إنّما يكون من المستثنيات، بناء على الاحتمال الاتي فى كلامه، كما أنّه عليه أنّما يكون منها بناء على كون الاستثناء، من مطلق نقلها، لا خصوص بيعها، كما هو الحال فى غير واحد من موارد الاتيه و الماضيه، فلا تغفل.

[و منها ما إذا لحقت بدار الحرب]

قوله (قدس سره): (و منها ما إذا لحقت بدار الحرب- إلخ-).

للحوق بدار الحرب ان كان موحيا لزوال رقيتها لمولاها و استرقها غير مولاها، فلا إشكال فى جواز بيعها، بل لا يكون من موارد الاستثناء من القاعده الّتى ذكرها، لوضوح عدم شمولها له، و ان استرقها المولى، فيه إشكال، لإطلاق الأدلّه، و من دعوى

انصرافها عن هذه الصّوره، أو عدم

ظهورها فيما يعمها. فتأمل.

[و أمّا القسم الثاني و هو ما إذا عرض لها حق لنفسها أولى بالمراعاة من الاستيلاء]

[منها إذا أسلمت و هي أمه ذمي]

قوله (قدس سره): (كان المرجع عمومات صحه البيع - إلخ-).

بل كان المرجع، هو استصحاب عدم جواز البيع، فان المقام من موارد استصحاب حكم المخصّص، لا الرجوع الى العام، فتدبّر.

قوله (قدس سره): (و الظاهر أنّ الأوّل أولى للاعتبار - إلخ-).

لا يخفى عدم الاعتبار بالاعتبار، و قاعده نفى السبيل و علو الإسلام، غير مقتضيه لبيعها عليه، لعدم منافاتهما لإضافه ملكيه لها، و الّا كانا مقتضيين لخروجها عن ملكه، بل تسليطه عليها، فالحكم بعدم جواز بيعها و عدم تسلطه عليها، هو مقتضى القواعد، فتأمل جيداً.

[و منها إذا مات قريبها و خلف تركه و لم يكن له وارث سواها]

قوله (قدس سره): (و بذلك يمكن ترجيح أخبار الإرث - إلخ-).

أى أخبار شراء المملوك، لكى يرث، و الّا فأخبار الإرث (١) لا يقتضى ذلك، بل قضيتها التنزّل إلى مرتبه اخرى من الورثه، و لو كان الامام (عليه السلام)، و لا يخفى أنّ بين دليل المنع عن بيع أم الولد، و دليل شراء المملوك ليعتق و يرث عن قريبه، عموماً من وجه، فلا بد فى الحكم بجواز الشراء من دعوى أظهرية دليه من الدليل المنع، و هو غير بعيد لو قيل بعموم دليله، و قد عرفت أنّه فى محلّ المنع.

[و أمّا القسم الثالث و هو ما يكون الجواز لحقّ سابق على الاستيلاء]

قوله (قدس سره): (و هو ما يكون الجواز لحقّ سابق - إلخ-).

لا- يخفى أنّ مجرد سبق الحق، لا- يوجب ترجيحه على اللّاحق منه، بل ربّما يجب ترجيحه عليه فيما إذا كان أهمّ. نعم فيما إذا لم يعلم ترجيح بينهما، فالاستصحاب يقتضى الحكم على طبق السابق.

[مسأله و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً كونه مرهوناً]

قوله (قدس سره): (و يدفعه أنّ القائل يلتزم بكشف الإجازة عن عدم الرهن - إلخ-).

يعنى يلتزم بالكشف عن زواله آنا ما، قبل البيع، لا عن عدم حدوثه من الأوّل، ضروره أنّه لا وجه له أصلا، كما لا يخفى.

١- وسائل الشيعة: ١٧- كتاب الفرائض و المواريث - أبواب موجباته.

قوله (قدس سره): (فكما أنّ ردّ المالك في الفضولي مبطل للعقد - إلخ-).

لا- يخفى انه لم ينهض دليل دلّ على رفع اثر العقد أصلاً بذلك، غايته الإجماع على أنّ رفع الموجب قبل القبول يده عن الإيجاب، يوجب بطلانه رأساً، ولا وجه لقياس غيره عليه ممن كان لرضاه دخل، مع أنّه مع الفارق، وتأثيره الرد في بيع الفضولي من المالك، قد عرفت أنّه لأجل عدم حصول اضافته العقد اليه بعد الرد، ولا بدّ منها هناك، ولا يكون كذلك هيئنا، كما لا يخفى، ولو كان هناك إجماع لم يكن بحيث يعم المقام بلا كلام.

قوله (قدس سره): (ثم أنّ الظاهر أنّ فكّ الرهن بعد البيع - إلخ-).

و ذلك لارتفاع ما هو المانع عن تأثير العقد، ولم يكن لرضاء المرتهن، بما هو مرتهن، إلّا لأجل رعايه حقّه المانع عن نفوذه. نعم لو كان له دخل في تأثيره بما هو، فلم يكن الفكّ كالإجاره، بل يتمتع معه التأثير، لامتناع حصول الشرط معه، فتأمل.

[مسألة إذا جنى العبد عمداً فالأقوى صحه بيعه]

قوله (قدس سره): (و يردّه أنّ البيع إذا كان متعلّقاً للحقّ، فلا يقع لازماً لأدائه إلى سقوطه - إلخ-).

و يردّه أنّه أنّما يؤدّي الى السقوط إذا كان متعلّقاً بالعين بما هي ملك لشخص خاص، و أمّا إذا كان متعلّقاً بما هي هي، بحيث ينتقل حيثما ينتقل، كما أنّ حقّ القتل أو الاسترقاق كذلك فلا، كما لا يخفى، مع أنّه لو شكّ في أنّه يسقط بنقلها، أو يبقى، فالاستصحاب يقتضى أنّه يبقى، فتأمل.

[مسألة إذا جنى العبد خطأ صح بيعه على المشهور]

قوله (قدس سره): (و لو امتنع كان للمجنى عليه أولويّه انتزاعه فيبطل البيع و كذا - إلخ-).

يعنى نفوذه و صحته، كما يشهد به التفرّيع و هو واضح، و قد عرفت أنّ نفوذه لا يوجب بطلان الحقّ، فلا يصحّ استدلال الحلّي على بطلان البيع باستلزامه لبطلانه. ثم ان الاسترقاق هل هو موجب لانفساخ العقد كى يكون الخساره على البائع برجوع المشتري الى الثمن أولاً، بل كان غايه الأمر للمشتري الرجوع إليه بقيمه العبد، لو قيل بقرار الخساره على السيّد؟

و جهان، فتأمل.

قوله (قدس سره): (و على هذا فلا يكون البيع موجبا لضمان البائع - إلخ-).

و ذلك لعدم كونه التزاما بالفداء مع أنه لو كان لما كان ملزما، مسقطا لما تعلّق بالعين من الحقّ، بلا إسقاط من ذى الحق، بل قهرا، و لا يقتضى إسقاطه بأبعديه جواز الاسقاط بالالتزام بها، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (لتعلّق الدّين هناك بالذّمه و تعلّق الحق هنا بالعين، فتأمل - إلخ-).

أمره بالتأمل إشاره إلى أنّ فى كلا-المقامين قد تعلّق الحق بالعين هناك حقّ الزّهانه، و هيهنا حق الجنايه، فلا يكون هذا اولى بعدم الفكّ، كما لا يخفى.

[الثالث من شروط العوضيين القدره على التسليم]

إشاره

قوله (قدس سره): (الثالث من شروط العوضيين القدره على التسليم - إلخ-).

الظاهر أنّ المراد به أعمّ من القدره على التسليم، بل أعمّ من حصوله فى يد المشتري، كما إذا علم بأنّ العبد الآبق سيجىء، أو يرجعه الأجنبى من دون قدره لأحد المتبايعين على تسليمه، أو تسلّمه لو لا ذلك، فتأمل.

و كيف كان فظاهر التعبير عن هذا الشرط بالقدره، أنّ الشرط أمر واقعى من دون دخل العلم أو الجهل، فالشرط حاصل مثلا فيما لم يكن العبد آبقا، و لو قطع بإباقه و ليس بحاصل فيما كان آبقا، و لو قطع بعدم إباقه. و لكن الاستدلال على اعتباره بنهى النبى (صلّى الله عليه و آله) عن الغرر (١) الذى هو المضطر، كما سيظهر ممّا ذكره فى تفسيره، لا يناسبه، ضروره أنّ الخطر لا يدور مدار القدره واقعا لتحققه مع الجهل بها، و عدم الثقة بالحصول للمتبايعين. نعم كان عدم القدره غالبا ملازما للغرر و عدم الثقة و الخطر، فتدبّر.

قوله (قدس سره): (ضروره حصوله فى بيع كل غائب - إلخ-).

فيه أنه كثير ما يحصل الثقة بحصول المال الغائب، بحيث لا يعنى باحتمال عدمه، و معه ليس فيه غرر الحصول و خطره، و بيع الثمار و الزرع، و ان كان من أظهر أفراد غرر الحصول، إلا أن جوازه كان لدليل خاص، مع أنه ليس مطلقاً بل مشروطاً، فلا حظ.

قوله (قدس سره): (إلا أنه أخص من المدعى - إلخ-).

بل يكون مبيناً له، أشرنا إليه، و إنما صح الاستدلال به على اعتبار العلم بالقدره، و ان كان أخص لا القدره، فتدبر جيداً.

قوله (قدس سره): (و يضعف بأنه ان أريد - إلخ-).

بل يمكن منع الملازمه مطلقاً، فإنه لا دليل عليها سوى ما ربّما توهم من كون الوجوب مقتضى العقد، كما يأتى منه فى مسئله القبض، أو كونه لأجل حرمه الغصب، أو كونه من جهة الوفاء بالعقد، و فيه أن العقد لا يقتضى سوى حصول ما هو مضمونه من التمليك و التملك، و حرمه الغصب لا يقتضى إلا عدم الامتناع عن تسليمه لو كان تحت يده، لا وجوب تسليمه لو أمكن و لو بتحصيله. و الوفاء بالعقد ليس إلا القيام بمضمونه قبلاً لفسخه و نقضه، فيكون «أوفوا بالعقود» (١) إيجاباً للوفاء لو كان الوفاء و الفسخ بالاختيار، و إرشاداً الى عدم حصول الانفساخ لو لم يكونا كذلك، كما هو قضيه غالب الأوامر و النواهي فى المعاملات، و لا- وجه هذا الفرض لإرجاع وجوب الوفاء الى وجوب ترتيب الآثار، مع أنه لو سلم فليس التسليم فيما أمكن من آثار التقل و الانتقال، و قد فصلنا المقال فى بيان معنى وجوب الوفاء فيما علقناه على الخيارات، فراجع ثمه.

قوله (قدس سره): (و يضعفه منع توقف مطلق الانتفاع - إلخ-).

مع أنه لو سلم، غير مقتضى للاشتراط، ضروره أن كون الغرض من البيع نوعاً متوقفاً على التسليم، لا يقتضى بطلانه لو حصل أحياناً، لا لهذا

الغرض أوله و لكن لم يترتب عليه و تخلف عنه. و توهم كونه سفهياً لو لم يكن لهذا الغرض، في غايه السقوط، ضروره ان صرف المال بإزاء ما تعذر تسليمه فيما إذا كان هناك غرض آخر عقلائي، كعتق العبد الأبق في الكفاره و غيرها، ليس بسفهى قطعاً، فتأمل جيداً.

قوله (قدس سره): (و فيما لم يعتبر التسليم فيه رأساً، كما إذا اشترى من ينعق عليه- إلخ-).

ربّما يشكل بأنّ انعتاق المبيع على المشتري الموجب لعدم استحقاقه التسليم، من أحكام البيع و آثاره، و لا يكاد يترتب عليه آثاره إلّا إذا كان واجداً لشرائط الصّحّه، و منها القدره على التسليم، فكيف يسقط ما يعتبر في صحّته بما يترتب عليها من الآثار؟ اللهم إلّا ان يقال بأنّ دليل الاعتبار ما دلّ إلّا على اعتباره في غير مثل هذا البيع، فافهم.

قوله (قدس سره): (ثم أنّ الشرط هي القدره المعلومه للمتبايعين).

ظاهره كما يشهد به ما فرّعه عليه أنّ الشرط هي القدره الواقعيّه المعلومه، فلا يكفي القدره الواقعيه بدون القطع بها، و لا القطع بها بدونها، مع أنّ الدليل عليه لو كانت حديث نفي الغرر (١)، كان قضيه الاكتفاء بالقطع، ضروره عدم الغرر و الخطر معه و حصول الثقة بكمالها به، و عليه فلو باع ما لا يتمكن من تسليمه باعتقاد تمكنه منه صحّ و لو لم يتجدّد، اللهم إلّا ان يدعى إجماع على اعتبار القدره، و حديث نفي الغرر دلّ على اعتبار العلم بها أيضاً، لكنّه كما ترى لا يلائم الاستدلال به على اعتبارها، فافهم.

قوله (قدس سره): (و هل يكفي قدره الموكل؟ الظاهر نعم- إلخ-).

إذ لا غرر معه أصلاً فيما علم به، كما لا يخفى، و هكذا فيما اعتقد بقدره الوكيل، فإنّه و ان أخطأ في اعتقاده، إلّا أنّ اعتقاده قد صادف الشرط، و بالجمله لا غرر مع الاعتقاد و لا فقد لشرط القدره مع القدره، فافهم.

[مسألة لا يجوز بيع الآبق منفردا]

قوله (قدس سره): (لأنه مع اليأس عن الظفر بمنزله التالف - إلخ-).

لا يخفى، أنه لا دليل على هذه المنزلة شرعا، وثبوتها عرفا ممنوع مع إمكان الانتفاع بالعتق وغيره، فيمكن الحكم بصحة بيعه بلا ضميمه، لاختصاص دليل اعتبارها بصوره رجاء الظفر و مع اليأس لا غرر، إلا ان يقال باعتبار قدره على التسليم أيضا، كما أشرنا إليه، فتدبر.

قوله (قدس سره): (و من عدم التسليط على مطالبه الثمن فافهم - إلخ-).

و ليس هذا من باب رفع الغرر بما رتب عليه من الأثر، بل منع شمول إطلاق نفى الغرر (١) فيما له مثل هذا الأثر، فتأمل.

[مسألة يجوز بيع الآبق مع الضميمة في الجملة]

قوله (قدس سره): (و ان اقتضى قاعده التلّف قبل القبض استرداد ما قابله من الثمن - إلخ-).

لا يخفى أنّ هذه القاعده لا يقتضى الاسترداد، و ذلك لمنع كون البقاء على الإباق تلفا مع إمكان الانتفاع بالإعتاق وغيره، كيف و ألا فقد ظهر أنّ بيعه كان من رأس باطلا، لظهور كونه تالفا، و كيف كان فلا مجال لقاعده التلّف قبل القبض ههنا أصلا، فعدم رجوع المشتري الى البائع بشىء، ليس على خلاف هذه القاعده و على وفق القاعده، فافهم.

قوله (قدس سره): (لكن ظاهر النصّ أنّه لا يقابل الآبق بجزء من الثمن - إلخ-).

فيه نظر فان الظاهر أنّ قوله (عليه السلام) في موثقه سماعه «فان لم يقدر على العبد كان الذى فقده فيما اشترى معه» (٢) ليس بصدد بيان أنّ المقابله شرعا فى هذه الصوره يكون بين المثلث و الضميمة، بل بيان الحكمة فى ضمّ الضميمة فى هذه المعامله و أنّه مع عدم قدره على العبد، و يكون ما فقده فى مقابله الضميمة خارجا، فافهم.

١- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٣٠- ب ٤٠- ح ٣.

٢- وسائل الشيعه: ١٢- ٢٦٣- ب ١١- ح ٢.

[في اشتراط عدم الغرر في العوضين]**[مسأله العلم بمقدار الثمن كالثمن شرط]**

قوله (قدس سره): (ثم انّ ظاهر إطلاق جميع ما ذكر، ان الحكم ليس منوطا بالغرر الشخصى - إلخ-). (١)

بل ظاهر لفظ الغرر في التّبوى، هو الغرر الشخصى. نعم لا يبعد ذلك في اخبار (٢) اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون، لكنه يمكن ان لا- يكون ذلك لأجل الغرر، بل لرفع الجهاله كما دل بعض الاخبار على إخلال الجهاله بالصحه، و قد نقله المحدّث المعاصر في مستدركات الوسائل (٣)، فراجع.

[مسأله في تقدير المبيع بالمتعارف من الكيل أو الوزن]**اشاره**

قوله (قدس سره): (فالظاهر أيضا الجواز مع البناء، على ذلك المقدار - إلخ-).

فيه إشكال، فإنّ البناء على ذلك المقدار لا يخرج عن الغرر و الجهاله بالمقدار، و ألا لكفى البناء على مقدار و لو لم يقدر بوزن أو كيل أصلا، و مقياسه على الاخبار بالمقدار مع الفارق، لاعتبار الاخبار مع عدم دليل على اعتباره، فتأمل.

[بقى الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكبلا أو موزونا]

قوله (قدس سره): (فقد قيل ان الموجود في كلام الأصحاب - إلخ-).

لا- يخفى انّ أخذ المكيل و الموزون في حكم هذا الباب، و في حكم عدم جواز التفاضل في باب الزبا، يمكن ان يكون بنحو السببى و الموضوعيه، و يمكن ان يكون بنحو العنوائيه و الكشف عمّا يكال أو يوزن من الأجناس مثل الحنطه، و الشعير، و الذهب، و الفضه، و غيرها، فان كان بنحو الموضوعيه كما هو الظاهر في هذا الباب، فلا يبعد ان يكون قضيه إطلاقات أدلته كون المناط فيهما تعارف رفع الغرر و الجهاله بالكيل أو الوزن، فما تعارف رفعهما عنه بأحدهما في زمان أو مكان، فهو مكيل أو موزون في ذاك الزمان و المكان، فلا بد فيه من رفعهما من أحدهما، و ان لم يكن كذلك في زمان أو مكان آخر،

١- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٣٠- ب ٤٠- ح ٣.

٢- وسائل الشيعه: ١٢- ٢٥٤- ب ٤- ح ٢.

٣- مستدرک الوسائل: ٢- ٤٦٠.

ضروره عدم رفع الجهاله و الغرر عنه فيهما بغيرهما، و لا بدّ من اعتباره بغيرهما في الزّمان أو المكان الآخر ما تعارف فيه من العَدّ أو المشاهده، كما تعارف في بعض الآلات المصوّغه، و الدراهم، و الدنانير، و ان كان بنحو الكشف و العنوائيه لأجناس مخصوصه، كما هو غير بعيد في باب الزّبا، فقضيّه إطلاقات أدلته ان يكون المناط ما كان في زمان الشارع و مكانه، فإنّ الحكمه عند عدم نصب دلاليه، مع كونه في مقام البيان و اختلاف جنس واحد في كونه مكيلا أو موزونا، أو معدودا في زمانين أو مكانين، يقتضى إرادته ما كان بحسب زمانه و مكانه يكون كذلك، لتعيّنه و عدم تعيّن غيره ممّا كان كذلك في زمان أو مكان آخر، فكلّما كان في زمانه و مكانه مكيلا أو موزونا، فلا يجوز بيعه بجنسه متفاضلين في مكان أو زمان آخر، و ان كان معدودا، و لا بدّ فيه من اعتباره بالعَدّ، و عدم كفايه الوزن أو الكيل في رفع الجهاله و الغرر، و المسأله بعد لا تصفو عن الاشكال، فتدبّر.

[مسأله لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور]

قوله (قدس سره): (فلو لم يفد ظنا فإشكال - إلخ-).

بل و لو أفاد ظنا ما لم يفد و ثوقا ليرتفع به الغرر، ضروره أنّه لا يكاد يزول الخطر بمجرد الظنّ و لا يبعد ان يكون التقييد بذلك هو قضيّه الجمع بين الاخبار، و يشهد به قوله (عليه السلام) في بعضها «إذا ائتمنك فلا بأس (١)»، فراجع.

قوله (قدس سره): (و يندفع الغرر ببناء المتعاملين على ذلك المقدار - إلخ-).

فيه نظر فان البناء على ذلك المقدار لو كان رافعا للغرر، لكان البناء على مقدار في مجهول المقدار ممّا يندفع و لو لم يكن هناك به اخبار و لا أظنّ أحدا يلتزم به، مع ان مرجح البناء إمّا الى اشتراط المطابقه في المبيع، أو الى تقييده بصورتها و شرطها غررى، لعدم العلم بها فكيف يندفع به غرر الآخر المشروط بها و ثبوت الخيار أو جواز الاسترداد للمقدار الزائد من الثمن، أو

الرجوع الى البائع بالمقدار الناقص من ذاك المقدار من أحكام الصّحة المشروطة بان لا يكون هناك جهاله فى العوضيين و لا غرر، و التقييد موجب لظهور بطلان البيع، مع ظهور عدم المطابقه مع أنّه تعليق و هو يورث بطلانه مطلقا، و بيع الغائب بالوصف اما تعبد على خلاف قاعده نفى الغرر، أو يقيد بما يوجب الثقة بتحقق ما ذكر له من الأوصاف، كما هو الغالب. فافهم.

[مسألة فى بيع بعض من جملة متساويه الأجزاء]

إشاره

قوله (قدس سره): (و ليست صفة وجوديه متأصله- إلخ-).

بل و لو كانت صفة كذلك، لكنّها إذا كانت ذات اضافه، كالقطع بطهاره أحد الشيين أو بنجاسته مع طهارتهما أو نجاستهما، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (و فى هذا الوجه أمر كلى غير متشخص و لا متميز بنفسه- إلخ-).

بل صادق على الأشخاص و يتميز بالوجود الخاصّ العارض عليه فى ضمن افراده الخارج عنه، ما هو لازم كل واحد من المشخصات بخلاف الوجه الأوّل، فإنّ أحد المشخصات لها من المقومات، و له الدّخل التام فى المبيع، فافهم.

[مسألة لو باع صاعا من صبره]

قوله (قدس سره): (و يمكن دفع الأوّل بأنّ مقتضى الوضع فى قوله صاعا من صبره- إلخ-).

و فيه أنّ مقتضى الوضع فيه ان يكون كليا كسائر ألفاظ الأجناس على ما استقرّ عليه مذهب المحققين فيها و ان كان المنساق عنه فى العرف الفرد المشير، و كون المقدّر بالصّاع من الصبره، كما يكون بنحو الإشاعه فى جملتها تاره كذلك يكون بنحو الانتشار فى صيغاتها و الانطباق عليه اخرى، فلا دلالة فى إضافته إلى الصبره إلى إحدى هذه الخصوصيات، فافهم.

قوله (قدس سره): (لأن الكلى المبيع ثانيا انما هو سار فى مال البائع و هو ما عدا الصّاع من الصبره- إلخ-).

يمكن ان يقال ان المبيع الثانى و ان كان ساريا فيما عدا الصّاع الّا ان المبيع الأول بعد البيع الثانى أيضا يكون ساريا فى خصوص

ما عدا

الصّاع، و يكون كلّ واحد من الصّيعان قابلاً، لانّ يعيّن كلّاً منهما فيه، كما إذا وقع البيعان دفعه فيكون الباقي بعد التّلف قابلاً لهما، كما كان قبل التّلف فتخصيصه بالأوّل بلا مخصّص حيث لا مخصّص الّا تعيينه، و لذا لو عيّنه للثاني ثم تلف سائر الصّيعان، كان له كما عيّنه بلا ريب، فتأمل جيّداً.

ثم لا يبعد ان يكون الباقي على هذا بينهما، كما إذا كان بيع واحد، و احتمال تخصيص أحدهما بالقرعه أو تعيين مالك الصّبره، بعيد جدّاً.

قوله (قدس سره): (الا دعوى ان المتبادر من الكلّي المستثنى، هو الكلّي الشائع - إلخ-).

فلا- بحسب التّألف عليهما، بل يختص بالمشتري، و هذا بخلاف ما إذا كان المستثنى كلياً شائعاً في الموجود وقت البيع، فإنّه يقتضى حساب التالف عليهما، لكن دعوى أنّ المتبادر ذلك، مع كون الاستثناء من الموجود في وقته لا يخلو عن جزاف. اللهم الّا ان يدعى ذلك بملاحظه قرينه بناء المتعاملين غالباً، الظاهر من مساواتهما، فتأمل.

قوله (قدس سره): (أمكن ان يكون الوجه في ذلك أنّ المستثنى كما يكون ظاهراً في الكلّي - إلخ-).

لا- يخفى أنّ استثناء الصّيع في بيع الصّبره، و الأبطال في بيع الثّمرة، ليس الّا لتحديد المبيع و أنّه غير الأبطال و الصّاع منهما لا لإخراج المستثنى عن ملك المشتري بعد ما دخل في ملكه فيكون الباقي بعد التّحديد باق على ملك البائع كالباقى في بيع الصّاع بلا تفاوت أصلاً، فحال البائع في بيع الثّمرة لم يقع موضوعاً لحكم، كما في بيع الصّاع من الصّبره، كى يلحظ بعنوان كلّى، و أنّما الموضوع للحكم الملحوظ بهذا العنوان في كلا- المبيعين هو المبيع، فلا بدّ من اتّحاد الحكم في الموضوعين. اللهم الا ان يدعى أنّ الاختلاف أنّما جاء مما هو المتعارف جعله و شرطه في بيع الثّمرة نوعاً للمتبانى عليه المتبايعان لو لا تساومهما من كون المشتري مختاراً في التصرف و تعيين مال البائع، و لا يخفى أنّ التزامه أهون ممّا تكلف به- ره- في بيان الفرق، مع أنّه لا يكاد يجدى

بدون ذلك، ضروره أنه ليس قضيه اعتبار مال كل واحد منها بعنوان كلى استقلال المشتري فى التصرف و فى التعيين، بل عدم استقلال واحد منهما أو استقلالهما، كما هو واضح لا يكاد يخفى، و معه لا يحتاج الى ما تكلف به أصلا، فافهم و اغتنم.

قوله (قدس سره): (ليكون الباقي بعد تلف البعض صادقا على هذا العنوان - إـخ-).

الظاهر أنه غلط من قلمه الشريف و حقّ العبارة ان يقول: مصداقا لهذا العنوان و لعنوان الصاع، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (و لو كان من استصحاب الاشتمال (١) - إـخ-).

لا يكاد يجدى الاستصحاب إلّا إذا كان يفيد الاطمئنان بالاشتمال، هذا و لو على القول بالأصل المثبت فان رفع الغرر من آثار الثقة به، لا من آثارها الواقعيّه، فافهم.

[مسأله إذا شاهد عينا فى زمان سابق على العقد فهل يجوز بيعها]

اشاره

قوله (قدس سره): (لأنّ الأصل من الطّرق التى يتعارف التّعويل عليها - إـخ-).

لا- يخفى أنّ الأصل و ان كان مما يعول عليه، إلّا أنه فى ترتيب الآثار، لا إثبات ماله الأثر، الا على القول بالأصل المثبت، فإنّه عليه يثبت إذا كان من لوازم المستصحب لا- من لوازم الوثوق به، و عدم الغرر ليس لا جرم عدم الثقة، بل من لوازم الوثوق به، كما أشرنا إليه فى الحاشيه السابقه، و قد عرفت أنّ البناء لا يوجب رفع الغرر و إلّا لم يحتج معه الى الأصل و غيره، فتذكّر.

قوله (قدس سره): (لأنّه لا ينتقض عن الغائب الموصوف الذى جاز بيعه (٢) - إـخ-).

قد عرفت الاشكال ممّا مرّ فى تأثير مجرد الوصف فى رفع الغرر، ما لم

١- و فى المصدر: و لو كان من جهه استصحاب الاشتمال.

٢- و فى المصدر: الذى يجوز بيعه.

يفد الوثوق بما وصف به، فان كان إجماع على صحه بيعه بالوصف مطلقا، فليقتصر على مورده، و إلا فالصّحه محل نظر، لأجل الغرر، فتدبر.

[فرعان]

[الأول لو اختلفا فى التغير فادعاه المشتري]

قوله (قدس سره): (و يمكن ان يضعف الأول بأن يد المشتري - إلخ-).

لا يخفى ان التغير انما يوجب الخيار لأجل الضرر، فيدور الخيار وجودا و عدما مداره كذلك، و لم يكن الضرر أو عدمه بأثر شرعى يترتب على استصحاب موضوع آخر، فلا- أصل يجدى فى البين مع دعوى الخيار لأجل التغير إلا أصاله عدم ثبوت الخيار، و إلا سائر الأصول غير مجديه فيما هو المهم ههنا من إثبات الضرر الموجب للخيار أو نفيه المستتب لنفيه إلا على القول بالأصل المثبت فى بعضها، فلا بدّ من التنزل إلى أصاله عدم الخيار، و كيف كان فالظاهر كون مدعى التغير هو المدعى، فعليه إقامة البينه و اليمين على من أنكر، فتأمل جيدا.

[الثانى لو اختلفا فى تقدم التغير على البيع]

قوله (قدس سره): (فالمرجع إلى أصاله عدم وصول حقّ المشتري إليه كما فى المسأله السابقه - إلخ-).

قد عرفت ان هذا الأصل غير مجد فيما هو المهم فى المسألتين من إثبات الضرر الموجب لعدم لزوم البيع و ثبوت الخيار، إلا على الأصل المثبت، فان عدم اللزوم إنما يكون مترتبا على الضرر، لا على عدم وصول الحقّ و ان استلزمه، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (فلا تأثير له عقلا فى تمليك العين - إلخ-).

بل لا عقد فان مجرّد الإنشاء ما لم يتعلّق بأمر قابل عقلا ليتعلّق به ما أنشأ به، و أصاله الصّحه انما يجدى فيما إذا كان الشكّ فى الصّحه و الفساد العارضيين، لا- فيما إذا كان الشكّ فى أصل وجود المعروض، و أصاله الصّحه فى الإنشاء غير جاريه، أو غير مجديه، فإنّه لا يكاد يحرز بها فيما إذا شكّ إلا الصّحه التأهليه و هى مع القطع بها لا يوجب الحكم بوقوع البيع صحيحا، فضلا عمّا إذا شكّ فيها و قد أحرزت بأصالتها، فتدبر.

[فى اختبار الطعم و اللون فيما يختلف قيمه باعتبارها]

قوله (قدس سره): (و يمكن ان يقال بعد منع جريان أصاله السّلامه فى الأعيان - إلخ-).

بل مع جريانها فيها، فإنّه لا يقيد إلا فى ترتيب الآثار المترتبه على

نفس السّلامه، و اما آثار المترتبه بواسطه الثقه بها فلا، و لو قيل بالأصل المثبت، فإنّ نفى الغرر يكون ملازما للوثوق بها، و هكذا حال كلّ اماره و أصل محرز لها شرعا، فان كان مع قطع النظر عن اعتباره واقعا للغرر فهو، و الّا فلا يجدى اعتباره، كما مرّت الإشارة إليه غير مرّه.

ان قلت: إذا كان بناء العقلاء على السّلامه فى الأعيان، و الاقتحام فى المهام مع الشك فيها بناء عليها كانت أصاله السّلامه واقعا للغرر و الخطر، و الّا فكيف وقع منهم الإقدام فى الغرر و الخطر؟

قلت: بناء العقلاء على السّلامه مع الشك فيها، أنّما يجدى فى جواز الاقدام على ما لا يؤمن ضرره، لأجل عدم سلامته و عدم قبح الاقتحام فيه، لا فى حصول الأمن و رفع الغرر المعتبر فى الصّحه شرعا، فتدبر.

قوله (قدس سره): (و متى كانت مقصوده لا على هذا الوجه، فلم يجب إحرازها- إلخ-).

حيث كانت السّلامه حينئذ كسائر الأوصاف المحتمله الّتى لا يعتنى بها كانت، أو لم تكن بلا تفاوت أصلا، فلا يكون مع عدم إحرازها خطر، فلا غرر، لكن هذا فيما إذا كانت كذلك نوعا، و اما إذا كانت كذلك شخصا و عند خصوص المتبايعين، فلا يجدى فى رفع الغرر، بل اقتحام منهما فيه، لعدم المبالاة بغيره، كما هو الحال فى جميع الموارد الغرريّه الّتى يقتحم فيها، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (و لكن الإنصاف ان مطلق العيب- إلخ-).

بل الإنصاف، بعد الاعتراف بان الشك فى السّلامه عن بعض العيوب لا يستلزم الغرر كما منه (قدس سره) و قد أوضحناه فى الحاشيه السّابقه، فلا وجه لوجوب إحراز السّلامه عنه لعدم الغرر، مع احتمال، ضروره أنّ الغرر و الخطر أنّما يكون فيما يتفاوت الحال مع هذا العيب و السّلامه عنه، لا فيما لا يتفاوت أصلا، ضروره أنّه مع احتمال عدم نبات الشّعر فى عانه الجاربه مثلا، لا غرر عرفا، فلا يكون المستفاد من كلماتهم مخالفا لقاعده نفى

[مسألة يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون الاختبار إجماعاً]

قوله (قدس سره): (و كفايه الاعتماد على أصاله السلامه - إلخ-).

قد عرفت أنّ أصاله السلامه غير مجديه في رفع الغرر، و لو قيل باعتبارها مطلقاً أو في الجملة، فإن قام الإجماع على صحّه البيع مع عدم الاختبار، أوامر آخر يرفع به الغرر، فهو، و ألّا فلا- بد من اعتبار ما يندفع به، لعموم نفى الغرر بلا- مخصّص يوجب تخصيصه بغير بيع ما يفسده الاختبار.

قوله (قدس سره): (فينفسخ البيع حينئذ - إلخ-).

لا وجه لانفساخه مع وقوعه على المال الواقعي، و سقوطه عن المائيه أنّما كان بعده بالكسر، و نحوه، كما أنّه ليس له الردّ بفساد السابق لأجل التصرف فيه بما يسقطه عن المائيه، فليس له إلّا الأرش.

قوله (قدس سره): (و حيث ان خروجه عن المائيه لأمر سابق على العقد كان مضمونا على البائع - إلخ-).

و ذلك لعله لأجل ان التلّف في زمن الخيار ممن لا- خيار له، و كان هذا وجه لزوم تدارك فوات المائيه بتمام الثمن، لكنّه خلاف ظاهر ما فرع عليه بقوله: (فيكون الأرش هيهنا بتمام الثمن) فافهم.

قوله (قدس سره): (و اما إذا انكشف الفساد حكم بعدم المائيه الواقعه من أول الأمر - إلخ-).

لا وجه لهذا الحكم فإنّه خلف حيث أنّ الفرض أنّما يكون فيما إذا كان مالا واقعا، و بالكسر و نحوه سقط عن المائيه، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (فالعيب حادث في ملك المشتري - إلخ-).

نعم لكنه لعيب سابق مجهول، فيكون مضمونا على البائع بناء على أنّ ثبوته واقعا موجب للخيار، لا ظهوره، و ألّا فلا يكون في زمن الخيار، بل قبله، فتدبر في أطراف كلامه، زيد في علو مقامه، فإنّه لا يخلو عن اغتشاف.

قوله (قدس سره): (و اعترض عليه بان الغرور قد لا يختص - إلخ-).

فيه أنّ الغرور و ان لم يكن مختصا بهذه الصوره، الا ان كون البائع غارا، مختص بها، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (و اما لو لم يكن قابلاً للتملك فلا يبعد - إلخ-).

بل في غايه البعد، فإنه و ان لم يدخل بالفسخ في ملك البائع إلا أنه له حق اختصاص به، فكأنه ما باعه، و الحاصل أنه بالفسخ يرجع إليه، فإن كان قابلاً للتملك يملكه، و إلا يخصه، كما إذا باعه و صار كذلك بالفسخ، فافهم.

قوله (قدس سره): (من القطع بان الحكم بماليه المبيع هنا شرعا و عرفا حكم ظاهري - إلخ-).

هذا فيما، إذا لم يكن قبل الكسر و نحوه، من الأموال الواقعيه، و قد خرج به عن الماليه، و لو علم بفساده، و إلا فالحكم بماليه حكم واقعي و قد حدث ارتفاعها في يد المشتري، و لعل ظاهر المحكي عن الشيخ - ره - و اتباعه، من أنه لو تبرأ البائع عن العيب فيما لا - قيمه لمكسوره، صحّ هوذا، لا - ما، لا ماليه له أصلا، و لا الأعم منهما حيث قال: فيما لا قيمه لمكسوره، و ما قال: فيما لا قيمه له، و به يوفق بينه و بين ما نقله عن الشيخ في المبسوط، و الحلّي، و العلّامه فيما لم يشترط البراءه من الحكم ببطلان البيع، و التعليل بأنّه لا - يجوز بيع ما لا قيمه له، حيث أنّ ظاهره، ما لا قيمه له أصلا لا لخصوص مكسوره، و عليه فالتوجيه وجيه. نعم يردّ على الموجّه أنّ ما استظهره منهم في هذه المسأله في غير محلّه، مع التصريح بالبطلان و التعليل بما ذكر، فتأمل جيدا.

قوله (قدس سره): (ثم أنّ الجمع بين عدم خروجه عن الماليه، و بين عدم قيمه لمكسوره - إلخ-).

وجه الجمع أنّ عدم قيمه لمكسوره لا - يوجب خروجه عن الماليه مطلقا، و لو حال البيع و قبل الكسر و ان كان يوجب خروجه عنها في حاله الكسر، فافهم.

قوله (قدس سره): (لأنّ الأرش كما صرّحوا به، تفاوت ما بين قيمتي الصحيح و المعيب - إلخ-).

و لعلّه تفسير ما هو الغالب فيه، و إلا فهو تفاوتهما بحسب قيمه وجودا

و عدما، أو قلّه و كثره، كما يشهد كلام العلامة- ره.

[المشهور جواز بيع المسك في فأره]

قوله (قدس سره): (و يندفع ما تقدم من بناء العرف على الأصل في نفى الفساد- إلخ-).

و قد تقدّم أنّه لو سلّم فإنّه إنّما يجدى في ترتيب ما يترتب على الصّحة من الآثار، لا في رفع الغرر المعتبر في صحّحه البيع شرعا، و لو على القول بالأصل المثبت، فتدكّر، و لا يندفع به الغرر، فان كان إجماع على صحّحه بيعه كذلك، فهو المخصّص لعموم نفى الغرر، و الّا فلا يجوز بيعه بدون ما يحصل به الوثوق من الاختبار أو الاخبار.

قوله (قدس سره): (فالأولى ان يباشر البائع ذلك- إلخ-).

أو يباشره المشتري من قبل البائع بإذنه، أو وكالته، لا مجرد اذنه في مباشرته، فافهم.

[مسألة لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه]

قوله (قدس سره): (لو كان الشرط تابعا عرفيا، خرج عن بيع الغرر- إلخ-).

و التّحقيق أنّه لو كان الاشتراط من قيود البيع، فإنّه و ان خرج عن معقد الإجماع على اشتراط كون المبيع معلوما لكونه كذلك، الّا أنّ البيع لا يخرج عن بيع الغرر لما فيه من الخطر من قبل قيده، الّا ان يكون المراد من الغرر المنهى عنه (١)، هو الغرر في البيع من قبل العوضين، لا فيه مطلقا، فتأمل.

و لو كان من قيود العوضين فلا- يخرج عن الغرر، و لا- عن معقد الإجماع على الاشتراط، لكون المبيع مجهولا، ضروره سرايه الجهاله إليه من قيده، الّا ان يدعى أنّ المتيقن من معقده، ما كان مجهولا بنفسه لا بقيده، و يؤيده الخلاف ههنا و هو كما ترى، و الخلاف أنّما يكون في الصغرى، و تطبيق القاعده الكلّيه عليها، لا في الكبرى، فافهم.

[مسألة يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه]

قوله (قدس سره): (بل الاستثناء الحقيقي من المبيع يرجع الى هذا- إلخ-).

لأنّ الاستثناء في الحقيقة تحديد ما هو المبيع و تعبيته، و البيع أنّما تعلّق

فى الواقع بما بقى بعد الاستثناء من المستثنى منه، فتدبر جيداً.

قوله (قدس سره): فيجىء مسألة الإندار للحاجه إلى تعيين ما يستحقه البائع من الدراهم - إلخ -).

بل للحاجه إلى تعيين الثمن، فإنه لو لم يكن الإندار لم يعلم أن الثمن أى مقدار، وأنه مثلاً - ثمانية دراهم أو عشرة، ولا أظن اكتفائهم فيما يباع على نحو التسعير بتعيين مقدار الثمن بعد البيع فيكون الإندار لتعيين ما يستحقه البائع، وبالجملة بعد البناء على الإكتفاء فى تعيين مقدار المبيع بوزنه مع ظرفه، لا بد من إيقاع البيع فيما يباع على وجه التسعير بعد تعيين مقدار الثمن بالإندار لئلا يقع بإزاء المجهول بحسب المقدار و عليه فالمقدار فيه على ما تراضيا عليه تعارف به الإندار عند التجار أولاً، علم زيادته أو نقيصته أو احتمال، كما لا يخفى.

و قد انقذح بذلك عدم توجه الاعتراض على اعتبار التراضى بأنه لا يدفع غرراً، و لا يصح عقداً، حيث ظهر أن اعتبار التراضى ليس لأجل دفع الغرر، بل لأجل اعتباره العقد، فهو يصح العقد و ان لم يدفع الغرر. فتدبر.

نعم لو كان الإندار لأجل عدم الاكتفاء فى تعيين المظروف بوزنه مع ظرفه، و اعتباره فى الجملة فى تعيينه بوزنه كذلك لتوجه الاعتراض، فافهم.

قوله (قدس سره): (و كيف كان فالذى يقوى فى النظر - إلخ -).

قد عرفت ان الإندار إذا لم يكن له دخل فى صحه بيع المظروف، و كفايه وزنه مع ظرفه فى صحته، و كان لتعيين مقدار الثمن، لم يعتبر فيه ألبا التراضى، و ان علم أنه يزيد أو ينقص. نعم لو قيل بصحه البيع على وجه تعيين الثمن بالتسعير، من دون تعيين مقداره ألبا بعد البيع، كان مقدار الثمن من الدراهم بمقدار ما للمبيع من الأبطال مثلاً، كان الإندار لتعيين ذاك المقدار، فلا بد من ان لا يزيد و لا ينقص علماً أو تعديداً، حيث لم يرضيا ألبا بما هو الثمن، و أصاله عدم زياده المبيع عليه، لا يثبت أن مقداره ما بقى بعد

الإندار ألما على الأصل المثبت، و أصله عدم استحقاق البائع أزيد مما يعطيه المشتري، غير مجديه لتعيين ما على المشتري، و أصله برأيه ذمته عن الزائد، توجب اقتصاره على ما علم باشتغال ذمته به، فيجوز الإندار بما يحتمل زيادته و لا يحتمل نقيصته، فتأمل.

[مسأله يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه]

قوله (قدس سره): (فالقطف بالجواز منضمًا، إذ لم يحصل من الانضمام مانع و لا ارتفع شرط - إلخ-).

إذا كان المجموع منهما مميًا يرتفع غرره لوزنهما معا و بيعهما جملة، و ألّا فلا، لحصول الغرر من الانضمام مثلا إذا كان ظرف الزيت و نحوه مما يجوز ان يباع منفردا مع جهاله وزنه الموزون مع ظرفه صفرا، أو نحاسا، أو غيرهما مما غلت قيمته، و يختلف حسب اختلاف وزنه، فلا شبهه في أن بيعهما جملة بوزن واحد غرري، فلا تغفل.

[تنبيهات كتاب البيع]

[في التفقه في التجارات]

قوله (قدس سره): (و عدم تقبيح عقاب من التفت الى وجود الحرام في أفراد البيع التي بزوالها تدريجا - إلخ-).

لا يخفى أن صحه العقاب على ارتكاب الحرام من الأفراد، لا يقتضى وجوب معرفه حلالها و حرامها مقدمه، لعدم توقف ترك الحرام منها عليها، لإمكان التحرز عنه بترك الاقتحام فيما علم وجوده فيها، كما يتفق معه عدم ارتكابه، غاية الأمر مع الالتفات حينئذ كان متجزيا لإقدامه على ما لا يؤمن حرمة. و قد انقذ بذلك أنه لا وجه لوجوب التفقه عقلا من باب المقدمه، لعدم توقف ترك الحرام عليه للتمكن منه بدون ارتكابه معه.

نعم ربما يقع مع عدمه فيما لا يقع فيه من الحرام معه، و لعلّه أشار إليه قول مولانا أمير المؤمنين عليه السلام (١) «من أتجر بغير علم فقد ارتطم في الزبا» و قول الصادق (عليه السلام): «من لم يتفقه في دينه ثم أتجر - الخبر-» و لا دلالة لهما، بل الإرشاد الى ما لا يقع معه في الزبا بلا بصيره أحيانا، غايته الدلالة على الاستحباب. و الأخبار الدالة على وجوب طلب العلم، و أنه

فريضه (١)، لا- ظهور لها في إرادته خصوص العلم بالأحكام و معرفه الحلال و الحرام، أو ما يعمّه، لقوّه احتمال إرادته خصوص المعارف و الاعتقادات التي لا بدّ من معرفتها لكلّ من قدر عليها، و لا محيص عنها، بخلاف المسائل الفرعيه في باب التّجارات فان المطلوب فيها، ليس الّا الاجتناب عن المحرمات، و هو كما يكون مع معرفتها، يكون مع التّورع و عدم الاقتحام في الشّبّهات، بل و كذا الحال في العبادات، فان المطلوب فيها أيضا، الإتيان بالواجبات، و هو ممكن مع عدم معرفه بها، بمراعات الاحتياط في الشّبّهات، و هذا لا ينافي وجوب تحصيل العلم بالأحكام كفايه على الأنام، بلا اشكال و لا كلام. فتأمل جيّدا.

[في بيان تلقى الركبان]

قوله (قدس سره): (نعم لا بأس بحملها على الكراهه- إلخ-).

لكنه مع ذلك لا- يكون دليلا- على الكراهه، إلّا بناء على المسامحه في دليلها، كالاستحباب، و فيه نظر. نعم لا- بأس بالالتزام بالكراهه الرّجائيه التي يكفي فيها مجرّد احتمالها من دون حاجه الى دلاله خبر أصلا، كما لا يبعد ان يكون هو المراد ممّا يوهم دلالته على المسامحه في أدله المستحبات، فتدبّر جيّدا.

قوله (قدس سره): (و مما ذكرنا ظهر أنّ التّهي في سائر الأخبار أيضا محمول على الكراهه- إلخ-).

قد عرفت النظر في كفايه الخبر القاصر عن إفاده الحرمة سندا و دليلا- على الكراهه، و لا يكفي في إثباتها الأصل، لمخالفتها، بمعنى الاستصحاب، و قاعده الحليّه، و أنّما الموافق له، هو عدم الحرمة، هو أعم من الكراهه، فافهم.

[مسأله إذا دفع إنسان إلى غيره مالا ليصرفه في قبيل يكون المدفوع إليه منهم]

قوله (قدس سره): (كما أنّ الظهور الخارجى الذى يستفاد من القرائن الخارجيه- إلخ-).

يعنى القرائن الخارجيه المكتنفه باللفظ بحيث كان اللفظ بملاحظتها عرفا، ظاهرا في هذا المعنى و ان كان ظاهرا في غيره عرفا إذا لم يكن

مكتنفا بها، و إلا لم يكن الظن و الظهور الغير اللفظي، متبعاً، فضلاً عن ان يقدم على الظهور العرفي اللفظي. و بالجمله المتبع هو الظهور اللفظي الفعلي مطلقاً، سواء كان هو الظهور الوضعي، أو الظهور الناشئ مما يكتنف به من مقال أو حال، فافهم.

[في الاحتكار]

قوله (قدس سره): (فان الظاهر منه انّ عله عدم البأس، وجود الباذل - إلخ -).

لا يخفى أنّ قضيه عليته ليس إلا ثبوت البأس على تقدير عدمه، و هو أعم من الحرمة. اللهم إلا ان يكون الاحتكار عندهم معروف الحرمة، و هو غير معلوم، أو كان قوله (صلى الله عليه و آله): «إياك ان تحتكر (١)»، دالاً على الحرمة، و هو محل نظر، بل منع، لكثرة استعمال هذا التركيب في كلامه (صلى الله عليه و آله) في الكراهه. و منه ظهر عدم دلالة سائر الأخبار الدالة على ثبوت البأس بالمفهوم، و أمّا ما دلّ منها على ثبوت الكراهه له بالمنطوق، فلو لا ظهور لفظ الكراهه في خصوصها، فلا أقلّ من عدم ظهور في الحرمة و التقييد بصورة عدم الباذل، مع دلالة ما دلّ على كراهه الاحتكار مطلقاً، لا يصلح قرينه على إرادته الحرمة، لاحتمال الحمل على شدة الكراهه، كما ربّما يشهد به إطلاق لفظها، و إلا يلزم التقييد بصورة وجود الباذل فيما دلّ على كراهه الاحتكار مع إطلاقه، و التأييد بما عن المجالس فيه، أنّه لو سلم دلالة على الحرمة، فهو أعمّ من مقصوده من الحرمة في صورته عدم الباذل، من وجه، كما هو أخصّ منه من جهة التقييد بأربعين يوماً، فلا محيص عن حمله على شدة الكراهه التي لا ترتفع حرازتها بتصدّق تمام ثمن ما احتكره، فكما يحصل الشدة بعدم وجود الباذل، و لو لم يحسبه أربعين يوماً، كذلك يحصل مع وجوده إذا حسبه كذا، فافهم.

و أمّا وجوب البيع على المحتكر، فهو حكم مخالف للقاعده على كلّ حال، إذ مجرد حرمة الاحتكار، لا يقتضى أزيد من إلزامه على تركه من باب

النهي عن المنكر بأي نحو يريد، لا خصوص وجوب البيع عليه. و ما عن الشيخ الجليل، و ان كان فيه التأييد على الحرمه، ألا أنه لا شهاده فيه على الفرض، و محلّ الحاجه، و لعلّه أريد قسم خاص آخر ممن احتكر، و إطلاقه غير وارد في مقام البيان، كما هو أوضح من ان يحتاج الى بيان. فافهم.

و لله الحمد على ما هداانا لهذا، و ما كنا لنهتدى به لو لا ان هداانا. و قد فرغ عنه مؤلفه الجانى فى العشر الثانى من شهر ربيع الثانى من شهور سنه ثمانيه عشر بعد ثلاثمأه و الالف من الهجره النبويّه، على هاجرها ألف ألف صلاه و تحيه.

ص: ١٤١

٢- كتاب الخيارات

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ الْحَمْدُ لِلّٰهِ رَبِّ الْعَالَمِیْنَ، وَ الصَّلَاةُ وَ السَّلَامُ عَلٰی مُحَمَّدٍ وَ آلِهِ الطَّاهِرِیْنَ. وَ لَعْنَةُ اللّٰهِ عَلٰی اَعْدَائِهِمْ اَجْمَعِیْنَ اِلٰی یَوْمِ الدِّیْنِ.

[مقدمتان]

[التانيه في أصله اللزوم في البيع و الاستثناء منه]

قوله (قدس سره): (فيدخل ملك فسخ العقد- إلخ-).

الظاهر أنّ المراد من الملك ههنا، هو السلطنة، لا الاختصاص الخاص المستتبع لها، و من فسخ العقد، نقضه و حله، لا مجرد رفع أثره بدونه، كما في رد العين في الهبة، و التراد في المعاواة، و السلطنة على الفسخ ليست بخيار نفسه، بل من آثاره و أحكامه، فإنّه من الحقوق تورث و تسقط، و هي كسائر الأحكام لا تورث و لا تسقط، كيف و قد لا يكون لدى الخيار سلطنة على الفسخ لحجره، كما قد يكون لغيره، كما في أحد المتعاملين بعد استقاله الآخر، فإنّ له الفسخ بناء على أنّ الإقاله فسخ. و قد انقذ بذلك أنّ خروج الجواز في العقود الجائزه عن التفسير، أنّما هو لأجل عدم الفسخ، لا لأجل التّعبير بالملك، كيف و قد عرفت أنّ ملك الفسخ ليس بحق الخيار نفسه و لا من خواصّه. و مما ذكرنا ظهر أنّ الخيار، حقّ خاصّ، و هو اعتبار و اضافته مخصوصه بين العقد و الأشخاص يستتبع آثارا، منها السلطنة على الفسخ.

قوله (قدس سره): (ففيه ان مرجعه إلى إسقاط حقّ الخيار- إلخ-).

يمكن ان يقال: أنّ إقرار العقد، هو إمضائه و إبرامه، و هو ليس إسقاط حق الخيار، و ان كان سببا لسقوطه، كما أنّ الفسخ يكون كذلك،

حيث أنه يضمحل به بتبع انحلال موضوعه. و بالجمله فرق واضح بين إسقاطه و إعماله، إبراما و إنفاذا، أو فسخا و حلا، و ان كان كل من الإبرام و الفسخ سببا لسقوطه و ارتفاعه أولا، أو بتبع موضوعه. و لا يبعد أن الاعتبار يساعد على ان يكون الشئان اللذان لا بدّ منهما في متعلق الخيار، و حقه يقتضى اختيار صاحبه اى واحد منهما شاء إبرام العقد بالتزامه به و فسخه، لا الفسخ و تركه. و ربّما يشهد به ما فى بعض الاخبار، مثل ذلك رضى منه، كما لا يخفى، فافهم.

قوله (قدس سره): (و هذا حسن).

لكن لا يناسب ما ذكره فى التذكرة فى توجيه الأصل أيضا، مع عدم اختصاصه كسابقه بالبيع، بل يجريان فى كل عقد شكّ فى جوازه و لزومه، كما يأتى الإشارة فى كلامه، زيد فى علوّ مقامه.

قوله (قدس سره): (أنما ينفع مع الشكّ فى ثبوت الخيار فى خصوص البيع - إلخ-).

بل ينفع مع الشكّ فى ثبوت الخيار فيه و فى غيره، كما هو واضح، و أنما لا ينفع إذا كان الشكّ فى اللزوم و الجواز من حيث الحكم الشرعى، و لو كان فى البيع، كما فى المعاطاتى منه إذا شكّ فى جواز التّراد فيه، كجواز الرّد فى الهبه عدم جوازه، كما فى البيع بالصيغه، فإنّه من حيث الشكّ فى الحكم الشرعى بالجواز بلا خيار أو اللزوم، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (و منها قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)» - إلخ-).

قبل بيان دلالتها على أصالة اللزوم لا- بدّ من تمهيد مقدّمه ينفع فى النقص و الإبرام فيما هو المهم فى المقام، و هى: أنّ لزوم العقد (تاره) بمعنى وجوب الوفاء به تكليفا مع نفوذ فسخه و نقضه وضعا، كما فى تدر الفعل و عهده قبلا لجوازه كذلك. (و اخرى) بمعنى وجوب العقد و ثبوته وضعا و عدم نفوذ فسخه و نقضه قبلا للجواز، بمعنى نفوذ سبب حقّ الخيار أو بمجرد الحكم

كما فى الإقاله، بناء على أنها فسخ. (و ثالثه) بمعنى الحكم بشوته بأثره بحيث لا يرتفع أصلا قبالا للجواز، بمعنى الحكم بنفوذ رفعه حقا، كما فى الأخذ بالشفعه، أو حكما، كما فى الرد، والهبة، و التراد فى المعاطاه. فالعقد اللانزم من جميع الجهات كالنكاح، فيما إذا لم يكن فى البين عيب يوجب الخيار، و كما أنّ الجائز من جميعها بيع أحد الشريكين بالمعاطات، و من بعضها غيره من أفراد البيع، و سائر أنواع التّجارات، و بعض الهبات.

و لا يخفى أنّ اللّزوم فى محل الكلام، و مورد التّقص و الإبرام فى المقام، أنّما هو بالمعنى المقابل لجواز الفسخ بالخيار، بخلاف ما هو البحث فى مسأله المعاطاه، فإنّه بالمعنى المقابل لجواز رفع الأثر بالتّراد، أو بالمعنى المقابل لجواز الفسخ بمجرد الحكم على احتمال غير بعيد.

و إذا عرفت هذا، فمجمّل الكلام فى الآيه، أنّ الوفاء يكون عباره عن القيام بمضمون ما يتعلّق به من عقد، أو عهد، أو وعد، و الالتزام به و ما يتحقق به، هذا يختلف باختلاف مضمونها، فان كان فعلا اختياريا، كما فى الوعد، و نذر الفعل كالتّصدق بماله، فهو العمل على وفقه، و الحركه على طبقه. و ان لم يكن كذلك، كما فى نذر النتيجة، ككون ماله صدقه، فى العقود، فان مضامينها و ان كانت أفعالا- اختيارية، كالتّملك، و التّزويج، و غيرهما، ألّا انها تسببه يتحقق قهرا بمجرد انعقادها، فالوفاء بها يكون عباره عن إقرارها و البناء عليها، قبالا لنقضها و حلّها شرعا فيما ينقض، أو تشريعا فيما لا ينقض، و ليس مجرد عدم ترتيب البائع أو المشتري، أثار ملكيه المشتري أو البائع للمثمن أو الثمن، بأنّ تصرّف كلّ فيما صار الى الآخر بدون اذنه بعنوان التعدى عليه، مضرا بالوفاء، ان لم يكن مؤكّدا له، كما لا يخفى. و لا يذهب عليك أنّ الآيه، على هذا، لا دلالة لها على ما هو المهم فى الباب من اللزوم، قبالا- لجواز نفوذ الفسخ بالخيار، و لا على ما هو المهم فى مثل باب المعاطاه، و بعض الهبات من جواز الرد، و التّراد، و نفوذهما. و أنّما تدلّ على وجوب إقرار العقود، و البناء عليها، و عدم نقضها و حلّها تكليفا لا وضعيا. و كذا يمكن منع دلالتها على ما أفاده- ره- لها من المعنى، لا مكان منع الإطلاق أوّلا، و عدم

جواز التمسك به لو كان، ثانياً، إذ مع الشك في تأثير الفسخ يكون من باب التمسك بالعموم أو الإطلاق، فيما لا يعلم عليه انطباق المطلق أو العام، ضروره أنه مع تأثيره، ليس عدم ترتيب الأثر، من النقص و عدم الوفاء، حتى يقال بعدم جوازه بإطلاقها.

و من هنا ظهر أنه لا وجه لتخصيص هذا الاشكال بالآيتين الأخيرتين (١)، كما يأتي في كلامه زيد في علو مقامه. و هذا كله لو كان المراد من العقد، كما افاده، مطلق العهد أو ما يسمّى عقداً لغه و عرفاً. و اما إذا كان المراد خصوص عهود الله تعالى، أو عهودهم في الجاهليّه، كما نقل التفسير بهما عن ابن عباس (٢) و غيره، فالآيه أجنبيّه عمّا نحن بصددّه.

ثم لا يخفى ما في عبارته - ره - «و المراد من وجوب الوفاء العمل - إلخ -» من الخلل، و حقّها ان يقال: و المراد من الوفاء. أو يقال: لزوم العمل. و قد عرفت أنّ الوفاء و ان كان بحسب المفهوم واحداً، إلّا أنه يختلف بحسب ما يتحقق به عملاً و التزاماً، حسب اختلاف العقود، و النذور، و العهود.

قوله (قدس سره): (بل قد حَقَّق في الأصول، ان لا معنى للحكم الوضعي - إلخ -).

قد حَقَّقنا فيما علّقناه على الاستصحاب من الرّسائل، ان الوضع يختلف، فمنه ما لا معنى له إلّا ذلك، كالشرطيّه، و الجزئيّه، و المانعيّه، و نحوها. و منه ما هو إضافه خاصه، و اعتبار خاصّ، يترتب عليه عرفاً و شرعاً، آثار ينتزع عن منشأ انتزاع من عقد، أو إيقاع، و نحوهما كالملكيّه، و الولايه، و الوكاله، و نحوها، لا يكاد ان ينتزع بدون منشأ انتزاعها من الآثار التّكليفيّه. نعم ربما يكشف عنها بترتب ما يخصّها منها، و من جمله ما يصحّ انتزاعها عنها، جعل من له السلطنه إياها، فمجرد جعل الشارع الولايه له

١- «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (البقره: ٢٧٥) و «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» (البقره: ١٨٨).

٢- تفسير مجمع البيان - ٢ - ٨ (في تفسير قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - سورة المائده - الآيه ١).

على أحد، أو ملكيته لشيء، يصير وليا و مالكا، و فى العرف بمجرد جعل السلطان له واليا أو حاكما، أو غيرهما، يصير كذلك، و يصحّ اتّصافه بذاك المنصب. و منه ما ليس بذا و لا بذاك فلا يكون مجعولا بنفسه، و لا بمنشأ انتزاعه كالعليه، و السببيه، و نحوهما مما لا يكاد يكون حقيقه لشيء ما لم يكن بينه و بين غيره ربط خاص لا يكاد يكون بمجرد الجعل الشرعى. و من أراد الاطلاع على حقيقه الحال، فليراجع ما علّقناه على الاستصحاب.

قوله (قدس سره): (فإنّ حليه البيع التى لا يراد منها الآ حليه جميع التصرفات- إلخ-).

فيه منع لقوه احتمال إحلال البيع وضعا، بمعنى إنفاذه و إمضائه المستتبع لإحلال التصرفات تكليفا مع إمكان إرادته إحلاله تكليفا من حيث التسبب به الى ترتيب الآثار، كما هو الظاهر من التحليل و التحريم المتعلّقين بالمعاملات، فيدل بالملازمه العرفيه على الصّحه و الفساد. فلا وجه لأن يراد من الآيه (١) حليه التصرفات، لاحتياج ذلك الى التصرف، و هو بلا موجب تعسف، مع انه لو سلم، فلا إطلاق فيها، حيث أنّها فى مقام بيان إمضاء المنع و الردع عن الرّبا.

و منه ظهر الإشكال فى الاستدلال على اللّزوم بإطلاق حليه أكل المال بالباطل، فإنّ الإطلاق مسوق لبيان التصرف عن الأكل بالباطل إلى الأكل بالتّجاره، لا لبيان أنّها سبب لها على كل حال و على كل كيفيه، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (و تملكه من دون اذن صاحبها باطل عرفا- إلخ-).

و احتمال عدم كونه باطلا شرعا، غير ضائر بعد الاستظهار من إطلاق الباطل، ان المدار فيه ما يعد عند العرف باطلا، و ان نظرهم هو المتبع فى تعيينه شرعا، و حينئذ لا- بدّ من الاقتصار فى ترخيص الأكل بالباطل العرفى على موضع الدليل المدّال على جواز الأكل به. و لا يخفى أنّه من باب التّخطئه،

لا التخصيص، فافهم.

و قد انقذ بذلك أنه لا يكاد يتم تقريب الاستدلال على المهم، ألا فيما إذا أحرز أن استحقاقه الفسخ في هذا العقد، و في هذا الحال باطل عرفا، و هو غير مجد في تمام المطلوب.

قوله (قدس سره): (كشف ذلك عن حق للفاسخ متعلق بالعين - إلخ-).

لا يخفى أن جواز تملك العين كما انه يكون عن حق متعلق بها، موجب لصحته، كما في حق الشفعة، كذلك يكون عن محض حكم بجوازه، كما في الهبة و المعاطاة، أو يكون عن حق متعلق بالعقد، مورث لانفساخه وحله بالفسخ، فكيف يكون كاشفا عما ذكره، ألا ان يكون مراده ذلك كله، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (و مما ذكرنا ظهر وجه الاستدلال بقوله: لا يحل (١) - إلخ-).

لا- يخفى أنه دلالة له على اللزوم ألا بالمعنى الذى فى قبال جواز الرد أو التراد، لا بمعناه المهم المقابل لنفوذ الفسخ بسبب حق الخيار، و ليس التمسك به مع الشك فيه ألما من باب التمسك بالعام فيما لا- يعلم أنه من مصاديقه. منه يظهر الإشكال فى الاستدلال بقوله «الناس مسلطون- إلخ- (٢)»، بداهه أنه لا- دلالة على عدم ثبوت الخيار فى العقد و عدم انفساخه و انحلاله بالفسخ، فإنه إنما دل على السلطنة على الأموال، لا على الأحكام، و مع الشك فى نفوذ فسخه لم يعلم أن تصرفه فيما انتقل عنه بالعقد تصرف فى مال، أو مال غيره، فيكون التمسك بالناس، على عدم جوازه من ذاك الباب، اى التمسك بالعام فيما لم يعلم أنه من مصاديقه.

قوله (قدس سره): (لكن لا يبعد منع صدق الشرط - إلخ-).

سيأتي منه (قدس سره) فى باب الشرط، صحة استعماله فى الإلزام

١- وسائل الشيعه: ٣- ٤٢٤- ب ٣- ح ١.

٢- بحار الأنوار- ٢- ٢٧٢.

الابتدائي، لوقوعه في الاخبار كثيرا، و عدم حجتيه ما في القاموس مع تفرد، فراجع. و لا يبعد ان يكون من ذلك، استعماله في الزمانين، إذ ليس مجرد ربطه بغيره، كافيا في إخراجها عن الابتدائي، بل لا بد في ذلك من كون الإلزام و الالتزام في البيع و نحوه، لكن لا يخفى أنه لا دلالة له أيضا على اللزوم و بالمعنى المهم، بل على اللزوم التكليفي، و أنه لا يجوز إلا عن ان يرفع اليه عن شرطه، و يحرم عليه التخلف عن موجه، كما عرفت في الآيه الاولى، و لو سلم دلالة على التقريب المتقدم فيها، فلا دلالة له أيضا، لما عرفت فيها و في غيرها، من منع الإطلاق أولا، و عدم جواز التمسك به مع الشك في تأثير الفسخ ثانيا، فتأمل جيدا.

قوله (قدس سره): (و منها الأخبار المستفيضه (١) - إلخ-).

يمكن المناقشه فيها بان دلالتها على وجوب البيع، و أنه لا خيار لهما بعد الرضاء، أنما هو بلحاظ ما هو بمقتضى نفس البيع، لا للأمر العارضه أحيانا، من غبن، و عيب، و نحوهما. و لأجل هذا لا يكون أدله سائر الخيارات مخصيه له، كما لا يخفى، فتأمل.

قوله (قدس سره): (و هذا الاستصحاب حاكم على الاستصحاب المتقدم - إلخ-).

لا يخفى أنه لو سلم الشك في بقاء العلاقه، و عدم دعوى القطع بانقطاعها، فلا يكون استصحابها حاكما على ذاك الاستصحاب، فإن مستصحه ليس من آثار مستصحه شرعا قد رتب عليه في خطاب، ليحكم على استصحابه، استصحابه.

قوله (قدس سره): (بناء على ان الواجب هنا - إلخ-).

هذا، و ان كان الواجب الرجوع الى استصحاب حكم المخصيه في مثل خيار الغبن إذا شك في فوريته، لا الرجوع الى عموم الوفاء، فإنه يمثل دليل خيار المجلس لا ينقطع عمومه، بل يمنع عن مجيئه و تعلقه مع ثبوت

المقتضى له، من إطلاق متعلقه، فقصر في تقييده على المتيقن، لكنه كذلك لو كان إطلاق العقود مسوقا لبيان الحكم فيها بلحاظ حالاتها و طوارئها، و لم يكن مسوقا لبيانها، لا- بلحاظهما، كما هو ليس ببعيد، و عليه يكون الواجب، الرجوع الى الاستصحاب في زمان الشك، لا عموم الآيه (١).

قوله (قدس سره): (فيبقى ذلك الاستصحاب سليما عن الحاكم فتأمل - إلخ-).

لا يخفى أنه مع تواتر الاخبار بانقطاع الخيار، فلا يبقى مجال لذلك الاستصحاب أيضا، و لعله أشار إليه بأمره بالتأمل.

قوله (قدس سره): (نعم هو حسن في خصوص المسابقيه و شبهه - إلخ-).

لا- حسن له في مثلها أيضا أصلا، فإن لها أثرا لا محاله لم يكن قبل انعقادها، و يرتفع بعده بفسخها، إذا أثر، و مع الشك فيه، فالأصل بقاءه و عدم زواله، و لعله أظهر من ان يخفى.

قوله (قدس سره): (بناء على ان المرجع - إلخ-).

لكن بناء على ذلك أيضا يشكل الرجوع الى العمومات السابقه مع الشك في تأثير الفسخ بما عرفت في الشك في الحكم باللزوم، من أنه من باب التمسك بالعام فيما لا يعلم انطباق عنوانه عليه، فإنه مع الشك في تأثير الفسخ في الفرد المردد يكون التمسك به من هذا القبيل أيضا، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (فإن الأصل عدم قصد القربه - إلخ-).

قد يعارض بأن الأصل عدم قصد غيرها، اللهم إلا ان يقال اللزوم إنما رتب شرعا على قصدها، و ما رتب الجواز على قصد غيرها، كى يعارض أصله عدم قصدها بأصله عدم قصده، و الجواز إنما رتب على الهبه و ان قيدت بدليل الصدقه، فلا تغفل.

[القول في أقسام الخيار]

[الأول في خيار المجلس]

[مسألة لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا أصليين و لا في ثبوته للوكيلين في الجملة]

قوله (قدس سره): (و الاولى ان يقال، ان الوكيل - إلخ-).

و التحقيق ان يقال: ان الظاهر من البيع، إنما هو المتصدى لأصل

البيع أو الشراء، مالكا كان، أو وليا، أو وكيلًا، ضروره صدقه عرفا على الولي، أو الوكيل المباشرين له، و عدم صحه صلبيه عنه، و مجازفه دعوى الانصراف مع كثره صدوره من الأولياء، و الوكلاء، بل كثره استعمال البائع و المشتري فيهما، كما لا يخفى، لا الوكيل في خصوص الصيغه، لصحه سلبيه عنه عرفا، و تبادل غيره منه قطاعا، كما ان الظاهر من الأخبار ان جعل مثل هذا الخيار، انما هو لأجل الإرفاق بالبيعين لترويا في بيعهما فيفسخاه، أو يمضياه بالرضا، و لا يخفى أنه انما يتأتى في خصوص ما إذا كان لكل منهما اختيار في فسخ البيع برضى الآخر و حلّه، كما كان لهما اختيار عقده كذلك و شده، دون من لم يكن له إلا اختيار العقد دون إمضائه و فسخه بعد إيقاعه، كالوكيل في خصوص بيع شىء أو ابتاعه، بحيث يكون بعد صدوره منه أجنبيا عنه، إذ معه بعيد جدًا ان يجعل له الخيار إرفاقا به ليتروى فيختار، و ان أبيت إلا عن عدم انصراف الإطلاق لمسوق مساق الإرفاق الى ذلك، فلا أقل من أنه المتيقن منه في مقام التخاطب به، و معه لا يكون دليلا على غيره.

و من هنا ظهر عدم دلالة الاخبار على ثبوت الخيار للوكيل في بيع شىء إذا لم يكن مستقلا في عقده بالحل كشده، و ان كان مستقلا في التصرف في مال الموكل قبل العقد و بعده بأنحائه، كما انه لا مانع عن دلالتها على ثبوت الخيار للوكيل المفوض اليه حلّه كعقده، و ان كان ممنوعا عن التصرف في ماله أصلا، و ذلك لما عرفت من أن الخيار يكون حقا متعلقا بالعقد مستتبعا للسلطنه على فسخه و إمضائه، لا بالمال.

و بذلك قد انقده الخلل فيما علل به عدم ثبوت الخيار للوكيل في مثل شراء العبد، أو في مجرى صيغه العقد. ثم ان الظاهر من الأخبار (١) بقرينه الغايه، ان الخيار انما يكون للبيعين، فيما إذا كان لهما اجتماع للبيع، لا فيما إذا لم يكن هناك اجتماع، أو كان و لم يكن للبيع، فلا دلالة لتلك الاخبار على

ثبوت الخيار للموكلين و ان صدق انهما يتبعان ما لم يجتمعا على البيع، كما إذا اجتمعا للمعامله بنفسهما و لم يكن توكيلهما إلّا فى إجراء الصيغه. اما إذا لم يجتمعا، أو اجتمعا لا فى مجلس عقد الوكيلين، بل و لو اجتمعا فى مجلسهما، حيث أنّه ليس لأجل المعامله، لاستقلال الوكيلين بها، كما هو الفرض على اشكال، من إطلاق الغايه، و من أنّ المنساق منه بقريته السياق الافتراق عن الاجتماع البيعى، و لا أقل من أنّه المتيقن منه، و كون المستفاد من سائر أدله الخيارات كونها للمالك، لا يقتضى كون هذا الخيار له مطلقا، و كذا اقتترانه فى بعض النصوص بخيار الحيوان الثابت فيه لصاحب الحيوان، كما لا يخفى، فان صاحب الحيوان هو المشتري و ان كان و كيلا، كما عبّر به فى غير واحد من نصوص خيار الحيوان لا خصوص المالك، مع أنّه لو سلّم ظهوره فيه، فهو لا يقتضى بوجه كون البيعين ظاهرا فى المالكين، مع أنّه لو سلم فيختص حينئذ بالموكلين، و هو خلف، ضروره أنّ الغرض شموله للوكيلين، و ثبوت حقّ أو حكم للوكيل بما هو نائب و وكيل لا يستلزم ثبوته لموكله إذا لم يكن بالتوكيل، بل بما يخصّه من موجب أو دليل، مع أنّه لو سلّم فإتّما هو فيما إذا ثبت له بما هو و كيل، لا بعنوان آخر، و ان توقّف به تحقّقه له على و كالته، كما فى المقام، و كيف و لا- خيار للموكلين إذا لم يحضرا بلا اشكال، و مجرد كون الخيار إرفاقا بالمالك فيما ثبت له الخيار بالدليل، لا يستدعى ثبوته له كذلك بلا دليل.

نعم ربّما يقال بوجوب مراعاة المصلحه على الولي، و الوكيل، أو عدم المفسده فى الفسخ، أو الإمضاء، إلّا برضاء الموكل، فكما ليس لهما التصرف فى مال المولى عليه، و الموكل، و القرب منه بالعقد، إلّا عن المصلحه، أو مع عدم المفسده كذلك، لا يجوز لهما القرب منه و التصرف فيه بفسخه، لعدم اختصاص الآيات و الروايات الداله على اعتبار ذلك بالتصرف فيه بالعقد، و مجرد كون التصرف بالعقد عن حكم، و بفسخه عن حق، لا- يوجب تفاوتاً بينهما فى شمول تلك الآيات و الروايات لأحدهما دون الآخر، كما لا يخفى، فلا يجوز منهما الفسخ، أو الإمضاء مع المفسده، أو بدون المصلحه على

اختلاف الأولياء، أو الخلاف فيها ألّا عن الوكيل برضاء الموكل، فعلى هذه لا خيار للموكلين ألّا فيما إذا لم يستقل الوكيلان بالتصرف، و انقذح الخلاف فيما ذكره من الوجوه على ثبوته لهما أيضا، فيما إذا استقلّا، إذا كان لهما ذلك، ثم هذا عزل الوكيل المستقلّ بعد البيع و قبل الافتراق، أو انزال الوالى كذلك، يوجب سقوط خيارهما و جهان: من أنّ ثبوته لهما بما هو وكيل أو وليّ. و من الاستصحاب و الإطلاق المقتضى لامتداده الى الافتراق ان لم يمنع عنه بأنه مسوق للبيان من غير هذه الجهة، و لكنّه فى الاستصحاب كفايه، ما لم يتم دليل على أنّ الخيار يدور مدار ولايتهما، أو وكالتهما، و صيرورتهما بذلك بيّعين، فيعمهما الاخبار، و يثبت لهما الخيار، لا يستلزم ان يدور بقاءه مدار ذلك. نعم لو كان ثبوته فى الدليل معلقا على أحد العنوانين، لا يبعد استظهار ذلك، و أين هذا مما إذا كان الحكم معلقا على عنوان باق، و لو كان تحقّقه موقوفا على آخر زائل، فتدبرّ جدا.

و اما لو مات الوليّ أو الوكيل فى المجلس، ففي انتقال الخيار الى الوارث، أو الى المالك، أو سقوطه، وجوه: من أنّه حقّ تركه الميّت، فلو إرثه.

و من ان ملك المالك أقوى من ملك الوارث، كما علّم العلماء فى التّذكرة على ما حكاها. و من كونه مبنى بالافتراق عن اجتماع على البيع، كما عرفت استظهاره من رواياته و مثله، مما لا يتركه، بل ممّا يزول بموته.

لا يقال: ان الغايه هي هنا أيضا لا محاله تكون، فان الاجتماع و الافتراق، و ان كانا بالأبدان، ألّا أنّ التصرف منهما عند الإطلاق حال الحيوه، فمع موت أحد البيّعين فى مجلس العقد، لم يبق من طرفيهما إلّا أحدهما، فلا اجتماع، فلا افتراق. نعم لو كان المراد ثبوته ما لم يتحقق هناك افتراق، و لو لأجل انتفاء موضوعه و طرفه، كان هذا الخيار ممّا يتركه لكنّه كما ترى، خلاف ما هو ظاهر الأخبار من ثبوته للبيّعين الذين من شأنهما الاجتماع، و الافتراق، و امتداده الى زمان الافتراق، و لا تفاوت فيها فى ذلك بين ما يكون فيه حتّى يفترقا، و ما يكون فيه ما لم يفترقا، كما لا يخفى.

و بالجمله عموم أدلّه الإرث له، مشكل، و أشكل منه ما ذكره

العلامه - أعلى الله مقامه - في التذكرة في وجه انتقال الخيار الى الموكل دون الوارث، فان كان مراده منه، ان ملك الموكل للخيار واستحقاقه له، أقوى من ملك الوارث من باب «أولوا الأرحام بعضهم أولى» (١) فهو عين الدعوى، كما ترى. و ان كان مراده غير ذلك، فهو غير بين ولا مبين. وكيف كان، فالأصل عدم الانتقال، لا الى الوارث، ولا الى المالك، ولم ينهض دليل على خلافه. ولا يخفى انه يلزم من ذلك عدم انتقاله الى الوارث مطلقا، ولو كان الميت مالكا ولا ضير في الالتزام به. ولا ينافيه اتفاقهم ظاهرا، على ان الخيار مّا يورث، فإنه فيما إذا لم يكن هناك خصوصيه له، لا يكاد يترك لأجلها، فتدبر.

قوله (قدس سره): (مضافا الى ان أدله الخيارات إثبات حق و سلطنه - إلخ-).

لا- يخفى ان حق الخيار لا تعلق له بما انتقل عنه بالعقد، حتى يصح دعوى ان مفاد أدلته ما افاده- ره- بل بالعقد كما مرّت إليه الإشارة غير مرّه. و الصحيح ما أشرنا إليه من دعوى انصرافها إلى إتيانه المتعاقدين بعد الفراغ عن نفوذ فسخهما للعقد بالتراضي، كما مرّ.

و قد انقذ بذلك، ان وجه عدم رجوع المشتري الشاك في الانعقاد، أو وجوب الإنفاق، و الإعناق، إلى أدله الخيار، ان هذه الأدله لا تعلق لها بما انتقل اليه، بل بالعقد، فلا دلالة لها في إثبات الخيار على جواز رده على البائع، فلا ينعق، و لا يجب ان ينفق أو يعتق، و جواز فسخ العقد لا ينافي حصول الانعقاد، أو وجوب الإنفاق أو الإعناق، غايه الأمر انه إذا فسخ العقد، و قد أنفق أو أعتق، فعليه البدل، كما إذا انعتق، لا- ما زعمه- ره- من ان الوجه هو عدم المفروغية من السيلطنه على ما انتقل اليه، للشك في السلطنه عليه حسب الفرض.

قوله (قدس سره): (فكل من سبق من أهل الطرف الواحد - إلخ-).

هذا إذا تحقّق لهم الخيار، لا- بما هم اشخاص، بل بما هم بيع، و الّا كان المقام أيضا من تقديم الفاسخ على المجيز مثل تلك المسألة، فليس التّفاوت بينهما في ذلك، لأجل أنّ الغرض هيهنا في طرف واحد و هناك في طرفين، كما يظهر ممّا ذكره في بيان الفرق بين المقامين، بل لأجل أنّ الخيار هيهنا للجنس، و قضيته نفوذ أعمال السابق من افراده، و في تلك المسألة كان الخيار لكل واحد من الطرفين بشخصه، و لو فرض العكس بان يكون الخيار للجنس الشّامل للبيّعين، كان أعمال من سبق من الطرفين إجازة أو فسخا نافذا، كما انه إذا كان الخيار في مسألنا لكل واحد من افرادهما كان من مسألة تقديم الفاسخ، فافهم.

قوله (قدس سره): (اقويها الأخير - إلخ-).

و ذلك لأنّ الغاية افتراق الجنسين البائع و المشتري، و ما دام كان واحد من الأصيل أو الوكيل من كل واحد مع أحدهما من الآخر في المجلس لم يفترق الجنسان، بل بعض مصاديقهما، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (لان المتيقّن من الدليل ثبوت الخيار - إلخ-).

لا يخفى انه من الواضح عدم دلالة، الّا على ذلك، لا انه المتيقن من دلالة، و لو قيل بثبوت له، فإنّما هو لأجل دعوى أنّه قضيه تفويض الموكل بسبب كالصلح فالوجه في عدم ثبوت له بذلك، هو الأصل، مع ما أشرنا إليه من انه لا يقبل لان ينتقل.

قوله (قدس سره): (فالوجه في عدم ثبوتة للفضولين - إلخ-).

بل الوجه ما ذكرنا في الوكيل في البيع، و مجرد العقد عليه، لا فسخه و حله، فان الفضول لا يكون له بعد العقد فسخه، و لو برضاء الآخر، كما في الإقالة. و هذا بخلاف المالك العاقد في الصرف، و السّلف قبل القبض، فله الفسخ بعده، بل قبله، فلا يجدى معه القبض.

[مسألة لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره]

قوله (قدس سره): (مندفع باستقراء سائر أحكام المتبايعين - إلخ-).

بل مندفع بعدم دليل على الاشتراط، مع إطلاق دليل الخيار لو كان،

و ألا لا يفيد استقراء الأحكام، فإنه ليس بتمام، مع انه ما لم يقدر القطع لا يجدى مطلقا، لكنّه لا إطلاق مع جعل الغايه، الافتراق، و كونه مبتدئا على الغالب، يمنع أيضا عن شمول إطلاق المعنى لغير الغالب، و لا يكاد يتم الإطلاق بالنسبه إلى الغالب و غيره، مع اختصاص الغايه به، كما لا يخفى. نعم لو كان الغايه، هو الافتراق المقابل لعدمه بتقابل السلب و الإيجاب، لا العدم و الملكه، كان الخيار ثابتا للواحد الواجد للعنوانين، كما هو ثابت للثنتين، ألا أنّ الظاهر أنّه بتقابل العدم و الملكه، فتدبر جيدا.

قوله (قدس سره): (ألا ان يدعى ان التفرق غايه مختصه - إلخ-).

قد عرفت ان اختصاص الغايه بصوره يمنع عن شمول إطلاق المعنى لغيرها، و أنّما لا يمنع عن شمول الحكم لها واقعا لغيرها. و بالجملة لا يمنع عن الشمول ثبوتا لا إثباتا، فافهم.

قوله (قدس سره): (لكن الاشكال فيه - إلخ-).

لقوّه احتمال اختصاص المناط بما إذا كان هناك افتراق، كما هو قضيه ظاهر الدليل.

قوله (قدس سره): (فالظاهر بقائه الى ان يسقط - إلخ-).

و لا دليل على افتراقه عن المجلس، كما قيل، فإن الغايه هو افتراق البيعين، لا الافتراق عن المجلس.

[مسأله قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار]

[منها من ينعق على أحد المتبايعين]

قوله (قدس سره): (و المشهور، كما قيل، عدم الخيار - إلخ-).

تحقيق المقام أنّ متعلق الخيار لَمّا كان هو العقد لا العوضين، و ان كان يسرى إليهما أثره إذا فسخه، كان تلفهما بنفسهما أو بماليتهما، غير مناف لثبوتها، فاذا عمل بدليل الخيار، و اختار الفسخ، يرجع الباقي، منهما بنفسه و التالف ببدله، الى المالك الأوّل. و انما المنافاه بين جواز التردّد، أو الرد، كما في المعاطاه على وجه، و في الهبه، و بين تلف العين بنفسها أو بماليتها، كما لا يخفى. و ما افاده (قدس سره) بناء على القول باعتبار خروج الملك عن ملك من انتقل إليه، إلى ملك من انتقل عنه في الفسخ و لو تقديرا، من أنّه لا وجه للخيار فيما نحن فيه، فإنه يمتنع خروج المعق عن ملك المشتري الى ملك البائع

و لو تقديرًا، فإنه لا يترتب على ملكه له، لو قدر سوى الانعتاق. فلا يبقى مجال للانتقال منه الى البائع، فيمتنع الخيار بامتناع شرطه فيه أنه انما يترتب الانعتاق على ملكيته له حقيقه، و اما الملكيه التّقديرية، فلا يترتب عليها، إلا ما لأجله تقديرها، و فيما نحن فيه يكون تقديرها لأجل الانتقال.

لا يقال: ملكيه المشتري للمنتق عليه، المعقبه بالانعتاق، ليست بحقيقته، بل تقديرية، فإنه لو سلم هذا فإنما يكون تقديرها هيئنا لأجل ذا توفيقا بين ما هو قضيه البيع من التّملك و ما دلّ على الانعتاق به، لا أنّ تقديرها مطلقا مستلزم للانعتاق.

و بالجمله لا بد في الانعتاق في البيع، من التقدير، لا أنه يترتب عليه لا محاله في أيّ مقام، بل لا يكاد يترتب عليه، إلا ما تدعوا الضروره و ضيق الخناق الى التقدير لأجله، و في المقام ليس إلاّ تلقى الفاسخ عن المفسوخ عليه، لا الانعتاق. هذا، مع أنّ تلقى الفاسخ عنه لا يتوقف على صحه تقدير الملك و اعتباره، فيما إذا تعدّر تلقى العين بنفسها، فإنه و ان كان التّلقى كذلك متعذرا، إلاّ أنه لا يتعدّر تلقى ملك العين ببدلها، فكان العين محفوظه ببدلها و بماليتها، فتقلب بالبيع بنفسها، و رجعت بالفسخ ببدلها. و تصحيح التّلقى عن المفسوخ عليه بذلك، ليس بأقل من تصحيه بالتّقدير، فان فيه اعتبار الملكيه، و لا ملكيه حقيقه، و في ذلك اعتبار بقاء العين المملوكه، و لا بقاء لها كذلك. و لا يخفى أنه لا بد في أصل العقد بالفسخ من أحد الاعتبارين، و إلاّ لم يكن فسخا و حلا، بل كان عقدا على حده.

فانقح بذلك أنه بناء على القول بأنّ الفسخ لا يقتضى أزيد من ردّ العين لو كانت موجوده، و بدلها ان كانت تالفه، لا محيص عن أنّ الفاسخ يتلقى الملك عن المفسوخ عليه. غايته التّلقى عليه بالبدل، و على القول الأول تقدير تلقى العين بنفسها.

فتلخص أنّ شرط صحه الفسخ، و هو تلقى الفاسخ عن المفسوخ عليه تقديرا بأحد الاعتبارين، حاصل على كلّ حال، فلا يكون هناك مانع عن إعمال دليل الخيار.

و اما ما افاده- ره- من انّ إقدام المتبايعين مع علمهما بالانعتاق على المشتري، أقدام على إتلاف ماليته، و الاقدام عليه كأنه شرط سقوط الخيار فى العقد، حيث أنه حق فى العين، ففيه أنّهما ما أقدا ما الّا على نفس المعامله الموجهه للانعتاق المحكومه بالخيار الى الافتراق و الحاصل انّ الخيار ليس من أحكام المعامله المستتبعه للانعتاق، بل هما معا من آثار نفس ما أقدما عليه من العقد على العبد، كما هو قضيه دليلهما، فلا بد من ترتيب كل منهما عليه إذا لم يكن بينهما تناف، و ترتيب خصوص ما كان العقد علّه تامّه له، أو لعلته التامه دون الآخر، لو كان بينهما الشافى، و عدم ترتيب واحد منهما لو لم يكن بينهما تفاوت فى النسبه إلى العقد مع التنافى، لاستحاله الترجيح بلا مرجح، و لا يتفاوت فيما ذكرنا بين كون تأثير العقد فى الخيار أو الانعتاق بلا واسطه أو معها، بل التفاوت أنّما يكون بما أشرنا إليه، كما لا يخفى. و قد انقذح بما حققناه موارد النّظر فيما افاده (قدس سره) أو نقله فى المقام. و عليك بالتأمل التام فى أطرف الكلام.

قوله (قدس سره): (فدفع الخيار به اولى و أهون من رفعه- إلخ-).

لا- يخفى ان رفع الخيار بالإتلاف أو التّقل، انما هو لأجل أنّه الرضاء بالعقد و كاشف عن إمضائه، و أين هذا من الاقدام على عقد يترتب شرعا عليه الخيار، و الانعتاق معا بمقتضى دليلهما، كما أشرنا إليه، فيكون كلّ منهما أثرا شرعا لما أقدما عليه، لا ما أقدما عليه خارجا، كى يكون اولى بالدفع، مع انه مجرد اعتبار فى قبال دلالة غير واحد من الاخبار (١) على ثبوت الخيار، و لعلّه أشار الى بعض ذلك بامرّه بالتأمل، فتأمل.

[و منها العبد المسلم المشتري من الكافر]

قوله (قدس سره): (و ان تردد فى القواعد بين استرداد العين- إلخ-).

وجه تردده، التّردد فى كون الملك مطلقا سييلا منفيًا، أو كون المنفى، هو خصوص الابتدائى، و الملك الحاصل بالفسخ، و ان كان بحسب الحقيقه ابتدائيا يتلقاه الفاسخ من المفسوخ عليه من الحين، الّا أنّه اعاده الملك

الأوّل بحسب اللّحاظ، و اعتبار أنّ الفسخ هو انحلال السبب الأوّل، و ارتفاعه، و رجوع العوضين الى ما كانا عليه، كأنّه لم يكن من الأوّل شيء في البين. و يمكن ان يكون وجه التردّد، هو ما في الفسخ من اللّحاظين، فافهم.

[و منها شراء العبد نفسه بناء على جوازه]

قوله (قدس سره): (و منها شراء العبد نفسه - إلخ-).

عدم ثبوت الخيار فيه بناء على أنّ البيع هو التّملك ممّا لا ينبغي ان يرتاب فيه، و لا شبهه تعتريه، حيث أنّه على هذا ليس يبيع حقيقه لعدم تعقّل تملكك الإنسان نفسه و ان كان بلفظ البيع، و اما بناء على أنّه تبديل مال بمال فلا وجه لعدم ثبوته. و دعوى انصراف أدله الخيار عنه بلا- وجه بعد كونه من أفراد البيع حقيقه و ترتيب سائر أحكامه عليه بأدلتها شرعا، و لو صح دعوى الانصراف فيها، لكانت أدلتها منصرفه عنها، فلم يكن دليل عليها، إلّا ما قام في خصوصه عليه دليل، فافهم. و مع الشّك في صدق البيع، فالمرجع هو أصالة اللزوم، لا إطلاق أدله الخيار، فان التمسك به كان من باب التمسك بالإطلاق فيما اشتبه من المصدق.

قوله (قدس سره): (و لعلّه من جهه احتمال اعتبار قابليه العين للبقاء بعد العقد - إلخ-).

لا وجه لاعتباره بعد ما عرفت من كون الخيار متعلّقاً بالعقد لا بالعين، فاندفع، الاشكال بما في جامع المقاصد، من أنّ الخيار لا يسقط بالتلف، فان غرضه بيان أنّ متعلّق الخيار ليس العين، كي يكون تلفها مانعا عن ثبوت الخيار، أو دافعا له، فلا يتوجه عليه ما علّل به - ره - عدم اندفاع الاشكال به، و لعلّه أشار إليه بأمره بالتأمّل.

[مسألة لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع]

قوله (قدس سره): (الا أنّ ملاحظه كلام الشيخ في المقام بقريته - إلخ-).

و ان كان يبعده نفيه الخيار عن غير واحد ممّا يدخله الخيار، فيما إذا وقع في ضمن البيع، و كلام المبسوط لا يخلو عن تهافت، فراجع.

[القول في مسقطات الخيار]

[مسألة لا خلاف في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد]

إشارة

قوله (قدس سره): (و موافقه عمل الأصحاب لا يصير مرجحا بعد العلم - إلخ-).

فإن عملهم بعد العلم بذلك، لا يكشف عما لو ظفرونا به كما ظفروا،

لرجحناها به على أدله الخيارات، فتفطن.

قوله (قدس سره): (لأنها مسوقة لبيان ثبوت الخيار بأصل الشرع - إلخ -).

لا يخفى أنه بمجرد كونها مسوقة لذلك لا يرتفع المعارضه من البين، بداهه تحققها لو دلت على ثبوته فعلا مطلقا و لو بملاحظه الطّواري، و أنّما يرتفع المعارضه لو كانت مسوقة لبيان ثبوته اقتضاء، من غير نظر الى الطّواري أصلا، كما هو مقتضى التوفيق بينها و بين ما دلّ على الأحكام للعناوين، الطاريه عليها، بحيث لا يرتاب فيه و لا شبهه تعتريه، لو كانت ظاهره في ثبوتها فعلا مطلق و لو مع طروها، و الّا بان لم يكن دالّا الا على ثبوتها اقتضاء، كما هو ليس ببعيد، فلا يكون أدلتها معارضه بأدلتها أصلا، كى يوفق بينهما، كما لا يخفى.

و كيف كان فالمتبع هو أدله أحكام الطّواري، و أدله الشروط بالإضافه إلى أدله الخيار من هذا القبيل، فلا إشكال في لزوم اتباعها، إمّا لعدم معارضتها بها، أو توفيقا بينهما. و إمّا دعوى تبادل صوره الخلو عن الاشتراط في دليل الخيار، كما سيأتى التصريح منه (قدس سره)، فمجازفه، ضروره انه لو لم يكن دليل المشروط، لم يظن باحد ان يدعى تبادل صوره الخلو عن دليله، و لذا لو أخل بواحد من شروط نفوذها في شرط عدم الخيار يحكم بثبوته لا محاله، مع انه لو كان الدّعوى صادقه، فلا دليل على ثبوته مع شرط عدمه، و ان أخل بشرطه، فافهم.

قوله (قدس سره): (لأنّ الشرط في ضمن العقد الجائز لا يريد حكمه - إلخ -).

لا محيص عن تبعيه مثل هذا الشرط للعقد، و ان قلنا بلزوم الشرط في ضمن العقد الجائز و نفوذه، و ان المتيقن من تخصيص أدله الشروط، هي الشروط الابتدائيه، و ذلك لعدم إمكان بقاء هذا الشرط مع انحلال العقد، كما هو واضح، و كذا الحال في كل شرط و عقد جائز كان موضوعا له، و مما يتقوم به، فتفطن.

قوله (قدس سره): (قد يستشكل التمسك بدليل المشروط - إلخ-).

كما يشكل من وجه آخر و هو أنّ عدم الخيار كثبوته، من الأحكام، لا من الأفعال التي تحت الاختيار، كي يصح شرطه، و يجب الوفاء به.

و بالجملة «المؤمنون عند شروطهم (١)» لا- يوجب ان يكون الشارط مشرعا، و انما يوجب الوفاء فيما صح له التسبب اليه لو لا الشرط شرعا حتى يجب بشرطه الالتزام به، و ليس له جعل حكم أو نفيه لولاه بنحو، فيلزمه بشرطه، كما هو واضح.

و الجواب ان الحقيقه كالملكيه من الاعتبارات العقلانيه التي يتوسل إليها بما جعل سببا لها ابتداء، أو إمضاء و منشأ لانتزاعها، و الشرط جعل شرعا من أسبابها، لعموم وجوب الوفاء بالشروط (٢).

لا يقال: أنّما الخيار من الحقوق لا عدمه.

لأننا نقول: إذا كان ثبوته مما صح له التوسل اليه، و كان ممّا يقدر عليه، كان عدمه كذلك، إذ لا يعقل ان يكون أحد الطرفين تحت الاختيار، دون الآخر. فتفطن.

قوله (قدس سره): (فلزومه الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشروط (٣)، عين لزوم العقد - إلخ-).

فلا- يتوقف على لزومه، فيدور. و بالجملة مجرد دليل نفوذ الشرط، كاف في الحكم بلزوم الشرط، و العقد، من غير توقف في البين بين اللزومين.

فافهم.

قوله (قدس سره): (و بعبارة أخرى، المقتضى للخيار، العقد بشرط لا- إلخ-).

و قد عرفت عدم صحته، و ان المنساق من إطلاق مثل (البيعان) هو ثبوت الخيار اقتضاء، لا بنحو العلية و الفعلية، و لو سلم الانساق، فلا بد من الحمل عليه، لا العقد بشرط لا توفيقا، إذ ظهور هذه القضية في الطبيعه

١- مستدرک الوسائل: ٢- ٤٧٣.

٢- مستدرک الوسائل: ٢- ٤٧٣.

٣- مستدرک الوسائل: ٢- ٤٧٣.

لا بشرط، أقوى من ظهورها في كونها فعلية و بنحو العلية، كما لا يخفى، فتدبر جيدا.

قوله (قدس سره): (ألا ان مجمل القول في دفع ذلك فيما نحن فيه، انا حيث علمنا- إلخ-).

بل القول الفصل في دفعه، انه إذا علم ان الحكم ثبت على نحو الفعلية و العلية التامة بنص دليله أو بالقرائن المقالية، أو الحالية، أو الأمور الخارجية، يكون شرط خلافه، مخالفا للكتاب و السنه، و هو ليس ممّا لا يوجد و ان قلّ، من دون حاجه في الحكم بصحة الشرط إلى إثبات ان خلاف الشرط ممّا يكون شرعا، فلو لم يعلم ان الخيار، كما أفاد، لقلنا بصحة الشرط جمعا، و تمام الكلام في مبحث الشرط فانظر.

ان قلت: إذا كان لدليل الخيار، دلالة على ثبوته بنحو الفعلية و العلية مطلقا، و لو بملاحظة الطوارئ، فلا بد من العمل به لعدم معارضته بدليل الشرط، لكان استثناء الشرط المخالف للكتاب أو السنه فيه، لوضوح أنّه لا يعارضه معه، ضروره أنّه ما دلّ لأجله، ألا على وجوب الوفاء بالشرط الغير المخالف، و دليل الخيار دل على كون شرط عدمه، شرط مخالف، فلا معارضه بينهما أصلا، كى يوفق بالحمل على ثبوته بنحو الاقتضاء، فافهم.

قلت: نعم لا معارضه بينهما لمكان الاستثناء، لكن لا يبعد ان يكون مثل دليل الشرط المتعرض لحكم العناوين الطوارئ، بمجرد قرينه على الحمل، و ان مثل دليل الخيار اقتضائي.

و بالجمله دعوى ان العرف بعد ملاحظه إثبات الحكم للعناوين الثانوي بأدلتها، يحكم بأنّ أدلتها متبعه في الحكم الفعلي، لا أدله العناوين الأوليه، و ان كانت داله على ثبوت الأحكام لها بنحو الفعلية غير بعيدة. هذا لو قيل بان الاستثناء من المخصص المتصل. و اما لو قيل بأنه من المنفصل فلا إشكال في معارضه مثل دليل الخيار بدليل الشرط، هذا، مع أنّ العمده كون أدله الخيار مهملة بملاحظه الطوارئ، كما هو الشأن في جميع أدله الأحكام، كما عرفت.

قوله (قدس سره): (و اما عن الثالث، فيما عرفت من ان المتبادر من النص - إلخ -).

قد عرفت أنّ دعوى تبادره، مجازفه، و ان المتبادر هو اقتضاء البيع مطلقا للخيار، فالصواب في الجواب ان الشرط مانع عن ثبوته، مع وجود مقتضيه، لا إبطالا له، و لا إسقاطا لما لا يجب، بل معه لا يكاد يتم علته، فعدمه بعدم العله، إلّا بإسقاطه. فافهم.

قوله (قدس سره): (و الاحتمال الأوّل أوفق بعموم (وجوب الوفاء بالشرط (١)) الدال على وجوب ترتيب آثار الشرط، و هو عدم الفسخ - إلخ -).

لا يخفى ان الاستدلال بعموم وجوب الوفاء، لعدم نفوذ الفسخ، لا يكاد يتم إلّا بوجه دائر، أو التمسك بالعام فيما اشتبه كونه من مصاديقه، ضروره أنّه لا معنى لوجوب الوفاء بالشرط، مع انحلال البيع، و انفساخه بالفسخ، فيكون التمسك بالعام بلا إحراز عدم تأثير الفسخ به، يكون تمسكا به في المصداق المشتبه، و معه يلزم الدور، لتوقف عدم تأثيره على شموله، و هو يتوقف على عدم تأثيره، و هو واضح. و اما منذور التصديق ففيما إذا تمكن من استرداد العين بوجه، بخيار، أو استيهاب، أو غيرهما، فلا مجال لتوهم عدم نفوذ بيعه، غاية أنّه يجب عليه استرداده و التصديق به. و فيما إذا لم يتمكن من الاسترداد، فالاستدلال بعموم وجوب الوفاء لعدم صحه بيعه، يستلزم أحد المحذورين، بدهاه عدم تعقل الوفاء مع صحته، فالاستدلال بعموم وجوب الوفاء على عدم صحته، مع إحراز عدم الصّحّه به، يستلزم الدور، و بدونه تمسك بالعام في المصداق المشتبه. فظهر ان الظاهر هو صحه الفسخ في المقام، و البيع في منذور التصديق.

نعم لو نذر صدقته بنحو نذر النتيجة، فيكون بيعه فضوليا، لا ينفذ منه بلا اجازة، و لا يبعد ان يكون منذور بنذر النتيجة، هو مراد من منع عن

نفوذ بيعه. و من هنا ظهر الحال في شرط الاسقاط. فتدبر جيدا.

قوله (قدس سره): (بقي الكلام في ان المشهور، ان تأثير الشرط - إلخ -).

ربما يشكل صحه شرط عدم الخيار في السابق، و لو قيل بصحه الشروط الابتدائية، أو كان في ضمن عقد آخر بأن شرط عدمه يرجع الى شرط عدم تأثير العله التيامه لأثرها، فان البيع مطلقا، و ان لم يكن بعله تامه كما عرفت، إلا ان البيع المطلق يكون عله تامه، و البيع حسب الفرض وقع مطلقا لا مقيدا.

و بالجملة البيع مع هذا الشرط السابق، وقع كما إذا لم يكن شرط أصلا، كما لا يخفى. و هذا بخلاف ما إذا وقع شروطا بعدم الخيار، فشرط عدمه في خارجه، لا يوجب تفاوتاً في ناحيته.

فان قلت: نعم، لكنه يستكشف بدليل الشرط أيضا ان البيع المطلق مقتضى، و ليس بعله تامه.

قلت: انى لدليل هذا الشرط، هذا الشأن حيث لا يحدث بنفسه خصوصيته موجه لظرو عنوان آخر عليه، فيحكم بحكم آخر لا يقتضيه بنفسه، بل يقتضى نقضه أو ضده. و مجرد عنوان كونه ممّا شرط خارجا عدم الخيار فيه، ليس مما يلتفت إليه في عناوين الأفعال، و إنما كان باب احتمال منع ما يطء عليه من قبيل هذا العنوان، مفتوحا من وجوه لا تعدو لا تحصي، و لا يجوز سده بالرجوع الى دليل ثبوت الخيار، إلا إذا قيل بكون مقتضاه فعليا بملاحظه مثل الوجود المنتزعه من الأمور الخارجيه، و حينئذ يقع التعارض بينه و بين دليل الشرط، و لا شبهه في كونه أظهر. هذا مع قطع النظر عن استثناء الشرط المخالف للكتاب أو السنّه، و معه فالأمر أوضح، فتدبر. هذا كله بملاحظه نفس دليل الخيار و الشرط، لكن صحيحه مالك بن عطيه (١)، لا يخلو من الأشعار، بل الدلاله على نفوذ شرط عدم الخيار في الخارج، و الفرق بين موردها، و ما نحن فيه، بكون الشرط في المورد ليس سابقا على ما يوجب الخيار

لولاه، بخلاف ما نحن فيه، غير فارق، بعد اشتراكهما في كون الشرط في خارج السبب، فتأمل.

[فرع لو نذر المولى أن يعتق عبده]

قوله (قدس سره): (لم يصح لصحة النذر - إلخ-).

عدم صحه البيع أو الشرط بناء على أنّ النذر المتعلق بالعين، يوجب عدم تسلّط النّاذر على التصرفات المنافيه له، انما يكون فيما إذا لم يتمكّن من استرجاع العين باستيهاب، أو شراء، أو نحوهما و الّا فليس شرط سقوط الخيار بمناف له، كما لا يخفى. لكن قد عرفت ان الأقوى ان النّذر لا يوجب ذلك، و كذلك الشرط.

[مسأله و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد]

اشاره

قوله (قدس سره): (فحوى ما سيجيء من النص الدال - إلخ-).

لا- يخفى إمكان منع الفحوى، فإن السلطنه على اعمال الخيار بإيجاب كفسخه، لا يستلزم السلطنه على أصل الخيار بإسقاطه و إبقائه بوجه، فضلا عن الفحوى، كما أنّ تسلّط المالك على الملك، غير مستلزم لتسلطه على الملكيه بحيث يتمكن من رفع اليد عنها و الاعراض عن الملك على القول بتأثيره، انما هو من أنحاء السلطنه على نفس الملك لا- الملكيه، و يكون حال الأسباب التّاقله، و لو سلم انه من باب السلطنه على الملكيه، فإنّما هو بدليل على حده، لا بفحوى دليل السلطنه على المال (١)، و لذا كان محلّ الخلاف و الاشكال.

لا يقال: دلالة الإسقاط على الرضاء بالبيع، أقوى من دلالة التصرف عليه، و قد علل الامام (عليه السلام) سقوط الخيار بأنّه الرضاء (٢).

فإنه يقال: انما الكلام في سقوط الخيار بالإسقاط بنفسه، لا بما هو كاشف عن اعمال الخيار بالرضاء بالبيع، و إقراره، و الّا لم يكن بمسقط على حده، فضلا عن كونه هو المسقط الحقيقي، كما افاده قدس سره.

و بالجملة، الكلام انما يكون في أنّ حقّ الخيار، أو غيره من الحقوق هل

١- بحار الأنوار: ٢- ٢٧٢.

٢- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٥١- ب ٤- ح ١.

يسقط بالإسقاط أو لا، كما هو الحال في الأحكام، فتنظن.

قوله (قدس سره): (و لعله لفحوى تسلط الناس على أموالهم (١) - إلخ-).

لا- يخفى أنّ تسلط الناس على أعيان الأموال ليس إلّا لأجل علاقه الملكيه و اختصاصها الخاص بهم، و ليس بين الأشخاص و حقوقهم اختصاص أصلا، فضلا عن ان يكون أقوى من ذاك الاختصاص، كى دلّ دليل التسلط على الأموال، على التسلط على الحقوق بالفحوى، و أنّما يكون الحق نفسه، هو اعتبار خاص بين ذى الحق و متعلقه، و يكون بإزاء الملكيه لا الملك، بل لو كان دليل على حده على تسلط الناس على حقوقهم، لم يكن بدال على تسلطهم على إسقاطها لما مرّ منا أنّ مثل دليل السلطنه، ليس فى مقام تشريع السبب و لا المسبب من التصرفات، بل انما يكون فى مقام إثبات السلطنه للمالك على ما ثبت جوازه و نفوذه من التصرفات و أسبابها، قبالا لحجره، و لعل وجه القاعده كون الحق عند العقلاء، اعتبارا خاصا يسقط بإسقاط صاحبه، و لذا صارت مسلّمه، ضروره أنّه لو كان الوجه ما ذكره من الفحوى، لما كانت بهذا التسالم، كما لا يخفى.

و قد انقذ بذلك ما فى استدلاله (قدس سره) بالفحوى المتقدمه على سقوط الخيار بكل لفظ يدلّ عليه بإحدى الدلالات العرفيه، و لا يخفى ما فى استدلاله عليه بفحوى ما دلّ على كفايه بعض الأفعال فى إجازة عقد الفضولى من منع الملازمه أصلا، فضلا عن الفحوى، لوضوح تحقّق ما هو الصغرى لما هو الكبرى فى الفضولى من صيروره العقد للمالك و بطييه بذلك، و عدم لزومه تحقّق السقوط بكل لفظ، كما لا يخفى، و كذا ما فى استدلاله عليه بصدق الإسقاط النافذ، يقتضى ما تقدّم من التسلط على إسقاط الحقوق، من أنّه عرفت ان نفوذ الاسقاط بمقتضى تسلط الناس على الأموال، لو سلّم لا يقتضى تحقّقه بأى لفظ كان، و ليس هناك لفظ إسقاط، كى يدعى صدقه على الاسقاط بكل ما يدلّ عليه من الألفاظ. نعم لا يبعد

دعوى القطع بتحقيقه كذلك بعد الفراغ عن نفوذه. فافهم.

[مسأله لو قال أحدهما لصاحبه اختر]

قوله (قدس سره): (و ان اختار الإمضاء ففي سقوط خيار الأمر خياره - إلخ-).

لا- يخفى ان النزاع على بعض الأقوال يكون صغروباً، و على بعضها يكون كبروباً، فلو كان النزاع فى أنّ هذا الأمر يكون غايه تعديداً لهذا الخيار، كما فى بعض الاخبار من غير نظر الى دلالتة، فالمختار انه لا- يكون غايه بنفسه، لعدم دليل عليه إلاّ ذاك البعض من الأخبار، و هو ليس من طرفنا، و لو كان النزاع فى أنّه يكون دالاً على إمضائه و إيجابه البيع، فالظاهر انه يختلف حسب اختلاف الحالات و المقالات، ضروره انه لا دلالة له بنفسه على ذلك، و المرجع مع الشك، هو أصالة بقاء الخيار.

قوله (قدس سره): (و منه أنّه لو أجاز أحدهما و فسخ الآخر - إلخ-).

هذا لو كان الخيار بمعنى ملك فسخ العقد و عدمه، أو كان بمعنى ملك فسخه و أجازته، لكن من خصوص ذى الخيار بان يكون إجازته، موجه للزوم العقد من طرفه، كما إذا لم يكن له خيار، لا من الطرفين، كما إذا لم يكن خيار فى البين، و إلاّ كان بين إجازة أحدهما، و فسخ الآخر تعارض، لو كانا فى زمان واحد، و ينفذ المقدم منهما لو كانا فى زمانين. و مجمل الكلام أنّه لو لم يكن إجماع فى المقام، لا- يبعد دعوى أنّ قضيه إطلاق دليل الخيار للبيعين، هو ثبوته لكلّ منهما، كثبوته للأجنبي فى كون ولايه إمضاء العقد مطلقاً و فسخه لكلّ منهما، كما كان له كذلك، كما لا يخفى. اللهم إلاّ ان يقال: وضوح كون جعل الخيار لهما للإرفاق، يأبى إلاّ عن كونه بمعنى نفوذ إجازته من طرفه و فسخه. فافهم.

[مسأله و من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين]

اشاره

قوله (قدس سره): (و لا إشكال فى سقوط الخيار به و لا فى عدم اعتبار ظهوره فى رضاهما بالبيع - إلخ-).

هذا ينافى ما يأتى من اعتبار الرضاء بالبيع و دعوته ان المتبادر من الافتراق ما كان عن رضى بالعقد، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (فاذا حصل الافتراق الإضافى و لو بمسماه ارتفاع الخيار، فلا يعتبر الخطوه - إلخ-).

قضيه إطلاق الافتراق عدم ارتفاع الخيار ما لم يحصل الافتراق المطلق و بقاءه ما دام صدق الاجتماع، بالجمله، فمقتضى الإطلاق كون الغايه للخيار هو الافتراق المطلق، لا مطلق الافتراق، كى يرتفع بالاضافى، و لو بمسماه، فلا تكفى الخطوه و الخطوتان، بل لا بدّ ممّا يصدق معه، أنّهما افتراقا بقول مطلق. و لعله وجه أنّه مشى (عليه السلام) خطأ و لم يقتصر على خطوه و لا خطوتين (١). فافهم. اللهم ألّا ان يدعى قيام الإجماع على كفايه الخطوه، و هو كما قوى.

قوله (قدس سره): (فذاذ الافتراق من المتحرك و اتصافها بكونها افتراقا من الساكن - إلخ-).

لا- يتّصف الحركه بالافتراق، كالسكون أصلا، و أنّما هما معا سبب واحد بحصوله لكل من الساكن و المتحرك بنحو حصوله للآخر، بلا- تفاوت، كما لا- يخفى. و بالجمله الافتراق القائم بالاثنتين كما يحصل بحركه كل الى جانب آخر يحصل بحركه أحدهما، و سكون الآخر من غير فرق بين الصورتين فى عدم اتّصاف الحركه به، بل انما كان حصوله لهما بدخلهما، فتظن.

قوله (قدس سره): (و منه يظهر أنّه لا وجه للاستدلال بحديث رفع الحكم عن المكروه (٢) للاعتراف بدخول المكروه - إلخ-).

يمكن ان يقال، ان الاعتراف بذلك لا يمنع عن الاستدلال بحديث الرّفْع فى غير هذه الصوره، إذ لعلّ وجه الاعتراف حسب ان أظهره أدله قابليه الاقتران فى شمول هذه الصوره من دليل الرّفْع، و ألّا فلا وجه للذهاب الى عدم سقوط الخيار فى غير الصوره، مع إطلاق ما دلّ على سقوطه بالافتراق من

١- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٤٧- ب ٢.

٢- وسائل الشيعه: ١١- ٢٩٥- ح ١.

أخبار الباب. أما صحيحه فضيل (١)، فلا وجه للاستدلال بها، لإجمالها لو لم نقل بظهورها في كون الافتراق بالرضا، كما هو قضيه دليل الرفع، مع احتمال ان يكون المراد بعد الرضا بالعقد بذاك الرضاء المعبر في صحته، فيكون على وفق سائر أخبار الباب، بلا دلالة على التقييد، مع أنه بنحو التفريع على الغايه مع إطلاقها بعيد بلا نهايه.

و دعوى تبادل كون التفرق عن الرضاء بالعقد، مجازفه، بعد القطع بشمول الإطلاق للافتراق إذا كان بالاختيار بلا كره و لا إجبار، و لو كان مع الغفله عن البيع أو عن الخيار.

و دعوى خروجه عن الإطلاق و الحاقه بالإجماع، كما ترى. و ما ادّعا من تحقق الشهره، غير محقق لنا، بل يظهر من الجواهر، أنّ القول بسقط الافتراق عن الاعتبار بالإكراه بعد كره، حيث نسب اعتبار عدم التمكن من التخيير إلى جماعه، فراجع. فالأولى الاستدلال بحديث الرفع، فان تم ما أشرنا إليه، من أظهرية الأخبار منه في شمولها، لصوره التمكن من التخيير، و الالفقضيته عدم الاعتبار بالافتراق عن إكراه مطلقا و لو في هذه الصوره.

فتدبر جيدا.

[مسأله لو أكره أحدهما على التفرق و منع عن التخيير]

أشاره

قوله (قدس سره): (و مبني الأقوال على ان افتراقهما المجعول غايه لخيارهما هل يتوقف - إلخ-).

لا يخفى ان مبني الخلاف، هو الاختلاف في الانظار فيما يستظهر من الاخبار، و الظاهر منها ان افتراق البيعين جعل غايه لخيار كل منهما، و حيث أنه قائم بالاثنتين، فلا بد من كونه برضا منهما، لما عرفت من تقييده بدليل الإكراه، فلا يكفي رضاء أحدهما مع إكراه الآخر في سقوط خياره، فضلا عن سقوط خيارهما، لا افتراق كل منهما غايه لخياره، كي يكفي رضاء به في سقوطه، و لا ينافي ذلك إطلاق ما يستفاد من الروايه الحاكيه لفعل الامام (٢) (عليه السلام)

١- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٤٦- ح ٣.

٢- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٤٧- ب ٢.

فان قضيتته ليست إلا سقوط الخيار في صورته حصول الافتراق بحركه أحدهما برضاه، عدم مصاحبته الآخر بلا إكراه و لا اضطرار، حيث لا يكون الافتراق القائم بها بإكراه منه.

ان قلت: نعم، لكنه كان على حين غفله منه.

قلت: نعم، لكنّه غير مرفوع بحديث الرّفْع، فإنّه ليس أحد التّسع المرفوعه، و منه قد انقذح وجه سقوط الخيار فيما فارق أحدهما في حال نوم الآخر، أو غفلته.

و بالجمله قضيتّه إطلاق الأخبار، و حديث الرّفْع، هو سقوط خيارهما فيما إذا حصل الافتراق بينهما، لا بكره و اضطرار من أحدهما اليه، و لو كان على حين غفلتهما، أو غفله أحدهما، و لو كان المراد من بعد الرضاء في صحيح الفضيل (١)، بعد الرضاء بالافتراق، كان بالمعنى المقابل للإكراه و الاضطرار، و ان أبيت إلا عن كونه بمعنى الطّيب، فيكفى منه ما هو لازم عدم المواظبه و عدم المبالاة بالمفارقة قبل التّخاير، و لا دليل على اعتبار أزيد منه، مع ما عرفت من منع ظهور الصحيح في التّقييد، فتأمل جيّدا. ثم أنّه و ان كان لا- يبعد مساعدته الاعتبار على بقاء خيار المكره منهما، دون المختار، حيث كان الخيار لكل منهما على حده، فينبغي ان يكون الغايه لخياره، افتراقه باختياره، ألا أنّ ظاهر الأخبار، كما أشرنا إليه، كون افتراقهما غايه لما لهما من الخيار.

فافهم.

[مسأله لو زال الإكراه]

قوله (قدس سره): (فالنص ساكت عن غايه هذا الخيار- إلخ-).

ربّما يقال بأن الغايه تحصل بزوال الإكراه، حيث يلحق بالافتراق، الرضاء، حيث أنّها ليست إلا الافتراق المقيّد بالرضاء، لكنّه ليس كذلك، فان الظاهر الاخبار، كون الغايه لهذا الخيار، و هو حدوث الافتراق، و بعد ضمّ ما دلّ على اعتبار الرضاء و الاختيار، يصير الغايه، هو حدوثه كذلك، لا مجرد حصوله، و لو ببقائه، و عليه يمتنع تحقق ما هو الغايه بعد حدوثه بالكراه.

فافهم.

قوله (قدس سره): (و لعله لأنه المقدار الثابت يقينا- إلخ-).

لا يخفى كون هذا المقدار متيقنا لا يمنع عن القول بالتراحي، لاستصحاب الخيار، و انما المانع عنه كون المتيقن عدم بقائه، فلا وجه لجعله وجهاً للقول بالفور، و انما يكون وجهاً له فيما صحّ فيه الرجوع الى مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) مع الشك، و معه لا يبقى مجال للاستصحاب. و بالجمله ما كان من الخيارات متصلاً بالعقد و شك في غايته، فلا بد من الاقتصار على المتيقن و الرجوع الى مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، و ما لم يكن متصلاً بها، فلا بد من استصحاب الخيار، لا الرجوع اليه، كما نشير الى وجهه فيما يأتي، فانظر.

[الثاني خيار الحيوان]

إشاره

قوله (قدس سره): (و في منتهى خياره مع عدم بقائه إلى الثلاثة وجوه- إلخ-).

(أحدها) إلى الثلاثة. (ثانيها) إلى زمان بقائها. (ثالثها) الوجهان في كل خيار لم يظهر حاله من الأول. و لا يخفى أنّ الأقوى هو الأول، و لا منافات بين عدم البقاء لها إلى الثلاثة، و بقاء خيارها إليها و الرجوع الى «أَوْفُوا» انما يكون مع الشك و عدم دليل على بقائه، و إطلاق ما دلّ على الامتداد إلى الثلاثة، دليل عليه. فتفطن.

قوله (قدس سره): (و لعله الأقوى- إلخ-).

كيف ذاء، مع الاعتراف بان المتراءى من النص و الفتوى، هو الثاني، و الحكمه في الخيار لا يضّرّ عدم جريانها فيه، مع أنّها ليست الّا الإفارق بصاحب الحيوان، و هو جار في الكلّي. غايه الأمر أنّها في المعين يكون أقوى. فافهم.

[مسألة المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري]

قوله (قدس سره): (و يثبت الباقي بعدم القول بالفصل- إلخ-).

بل بنفس مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» من دون حاجه الى عدم القول بالفصل بناء على ما حققناه و أشرنا إليه عن قريب، من أنّه المرجع فيما إذا

كان الشك في مقدار استمرار الخيار المتصل بالعقد، لا استصحاب حكم المخصّص، و أنّما يكون هو المرجع فيما إذا كان الشك في مقدار الخيار المنفصل عنه، كما ربما يأتي الإشارة إلى وجهه.

قوله (قدس سره): (و هي أرجح بحسب السند من صحيحه ابن رثاب (١) - إلخ-).

لا يخفى أنّ هذه الصحيحه (٢) و ان كانت أرجح لأرجحيه راويها، و كونها في الكتب الأربعة، إلّا أنّ صحيحه ابن رثاب أرجح منها من جهة موافقتها لغير واحد من الصّحاح و غيرها، و ليس بينها فرق إلا في الدّلاله على الاختصاص بالظهور و التّصويته، و هو غير فارق في حصول الوثوق بصدور مضمونه، و من جهة موافقتها للمشهور بحسب الفتوى. و بالجمله لو لم تكن هذه الصحيحه أرجح لذلك، فلا أقلّ من التّساوى. و معه لا بدّ من التّوفيق بينهما.

و لا- يابى صحيحه ابن مسلم عن الحمل على ما إذا كان العوضان حيوانين، و لعلّ النكته لتعرّضه (عليه السلام) بخصوص هذه الصوره، هي بيان ان كلا المتبايعين يمكن ان يكونا بالخيارين. فافهم.

قوله (قدس سره): (مع ان المرجع بعد التكافؤ، عموم أدلّه لزوم العقد بالافتراق - إلخ-).

و كذا ما دلّ على لزومه مطلقا بناء على ما أشرنا إليه، من انه المرجع، لا استصحاب حكم المخصّص، و لكن لا يخفى أنّ ذلك فيما إذا لم نقل بالتّخيير مع التّكافؤ، بل بالتساقط، و إلّا فلا بد من اختيار أحد الخبرين و العمل على طبقه، كما هو المختار فيما إذا تكافئا، حسبما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (لأن الغلبه قد يكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليها - إلخ-).

و ذلك لان بعض مراتب الغلبه، ربما يصير داعيا الى التّعبير على

١- وسائل الشيعه: ١٢ - ٣٥٠ - ب ٤ - ح ١.

٢- وسائل الشيعه: ١٢ - ٣٤٩ - ب ٣ - ح ٣.

وفقه، كما في «رَبِّائِبِكُمْ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ» (١) و لا- يكاد يكون موجبا لكون الأفراد الغالبه، قدرا متيقنا في مقام التخطاب بالمطلق المسوق في مقام البيان، و بدون ذلك لا يوجب تنزيله عليها، كما هو واضح.

قوله (قدس سره): (من جهة قوه انصرافه إلى المشتري- إلخ-).

لا قوه فيه أصلا بعد تعارف ما إذا كان كل من العوضين حيوانا، كما لا يخفى، مع ما عرفت من أنه قضيه التوفيق بين صحيحه محمد بن مسلم، و بين الصحاح، فلا يبعد المصير اليه، فتدبر جيدا.

[مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]

قوله (قدس سره): (و العقد لم يثبت قبل التفرق- إلخ-).

لا- يخفى انه لا- مجال لان يقال بالعكس، و ان العقد لم يثبت قبل الثلاثه، فإنه عليه يلزم ان يكون خيار المجلس كاللغو، و اختصاصه بالتأدر، و هو ما إذا لم يفترقا الى انقضاء الثلاثه، أو سقط خيار الحيوان بالشرط، أو بالإسقاط قبل الافتراق. ثم ان مراد الشيخ (قدس سره) من ثبوت العقد، ثبوته من قبل، غير هذا الخيار، فلا ينافيه عدم الثبوت الناشى من قبله.

قوله (قدس سره): (و ان اتحدا فكذاك- إلخ-).

أى لا بأس بالتعدد بحسب السبب لا المسبب اما لأن الأسباب معرّفات، و إمّا لأنها مؤثرات غير مستقله بالتأثير فى صوره التوارد، لاستحاله تأثير كل على الاستقلال، و كذا أحدها، لبطلان الترجيح بلا مرجح، فلا محيص عن كونها بجملتها مؤثره، و علّه تامه واحده لو احد، و ذلك لامتناع اجتماع فردين من حق لأحد، فإنه و ان كان من الاعتبارات و الإضافات، ألا أنه من الاعتبارات الصحيحه، و الإضافات النفس الأمريه، و تشخيصها كسائر المقولات، أنما يكون بالموضوع، فلا يعقل تعددها مع وحدته، لكنّه ربما يشكل هذا، بأن قضيه انه لو أسقط خياره من جهة سقط خياره رأسا، فإنه لم يكن له ألا خيار واحد و ان تعدد سببه.

اللهم ألا ان يدعى ان له إسقاط ما لأحد الأسباب من الدّخل،

فيستقل الباقي في التأثير في البقاء، فكما كان له ذلك من الأول باسقاط أحد الخيارين، فيكون السبب الآخر عله تامه لحدوثه، كان له ذلك بالنسبه إلى البقاء بإسقاط أحدهما، فيبقى الخيار مستندا إلى الآخر، ألا انّ الثابت هو انّ لدى الخيار إسقاطه بنفسه، لا إسقاط سببه و جهته مع بقاءه، و الاتفاق عليه لو كان، لا يكاد يكشف في مثله، لاحتمال تخيل بعضهم تعدد الخيارات بحسب الحقيقه، أو إمكان اجتماع الفردين، و عدم الالتفات الى استحالتها، و امتناع اجتماع فردين من مقوله من المقولات في واحد، و لو كانت من الإضافات، و الاعتبارات، كما عرفت.

[مسأله يسقط هذا الخيار بأمر]

[أحدها اشتراط سقوطه في العقد]

قوله (قدس سره): (و لو شرط سقوط بعضه، فقد صرح بعض بالصحة - إلخ-).

لا بأس به إذا شرط سقوط شيء من أوله أو آخره، و اما سقوط شيء من وسطه بحيث يبقى طرفاه، فلا يكاد يكون إلا إذا كان الخيار بحسب امتداده حقوقا متعدده، لا حقا واحدا، و اضافه خاصه مستمره، كالملكيه، و الزوجيه، و ألا فلا بد من سقوطه بتمامه، بسقوط وسطه، ضروره أنه إذا تخلل العدم مثلا بإسقاطه في اليوم الثاني، لا موجب له في اليوم الثالث، فان ما أوجبه العقد من شخص الخيار، قد انعدم، و الخيار في الثالث لو وجد لكان شخصا آخر، لا ما كان بالعقد، و انعدم بالإسقاط، لاستحاله إعادته المعدوم، مع أنه على تقدر إمكانه محتاج الى المعيد، و لا دليل على كون العقد بمعيد، كما لا دليل على كونه موجبا لخيار، فلا تغفل.

[و الثالث التصرف]

قوله (قدس سره): (هو في غايه الإشكال، لعدم تبادر ما يعم ذلك من لفظ الحدث و عدم دلالة ذلك على الرضاء - إلخ-).

مع انّ ظاهر الاخبار، أنها ليست بصدد جعل الحدث، رضا بالبيع تعديدا، كما انّ ظاهرها انّ الرضاء المستكشف بالحدث الذي أحدثه، ليس ألا ما هو أحد طرفي التّخاير، لا أمر آخر، جعل تعديدا مسقطا للخيار، و ذلك لأنه ليس ألا الرضاء بالعمل على طبق العقد، و ترتيب الأثر على وفقه، و من الواضح انّ مثل التّقييل و اللّمس، إذا لم يكن عن غفله و اختيار، كما هو كذلك

يكون مراداً في الأخبار ظاهراً ملازم عاده لهذا الرضاء، فلا محاله يكون كاشفاً عنه، و حمله عليه أنّما يكون لأجل ذلك، لما بين الكاشف، و ما هو كاشف عنه نحو من الأتحد.

و بالجملة، دعوى ظهور الاخبار في كون الرضاء، هو أحد طرفي التّخاير، كدعوى كون مثل التّقييل فيما إذا لم يكن هناك غفله أو اختياراً، ملازماً عاده للرضاء بالعقد، ليست بمجازفة، ضروره أنّ سياقها آب عن كونها بصدد جعل شىء مسقطاً للخيار، على خلاف ما هو قضيه التّخاير، لولاه، أو جعل شىء أماره تعبدية على تحقّق ما لا يبقى معه الخيار على وفقه لو كان، فلا بد فيما لا يلازم الرضاء بهذا المعنى من الحكم ببقاء الخيار.

و من هنا يظهر أنّ النّظر إلى الجارية إذا كان للاختيار، و لو كان الى ما يجوز النّظر اليه لغير السيّد، ليس بمسقط للخيار، و لا يعمّه إطلاق الحدث في الاخبار، لما عرفت من الانسباق الى ما إذا كان الأحداث لا للاختبار، و لا مع الغفله عن العقد. ثم لا يخفى أنّه لا يبعد دعوى انسباق هذا من إطلاق سائر الاخبار، و أنّها أنّما تكون بصدد بيان أنّ التّصرف فيما إذا كان من جهة العمل على وفق العقد يكون مسقطاً من جهة أنّه التزم بالعقد و رضاء به، كما صرّح به في صحيحه ابن رثاب، و حيث قد عرفت ان هذه الصحيحه، ظاهره في ان الرضاء بالمعنى المتقدم لما كان أخذاً بالخيار، كان مسقطاً له، لا أنّه مسقط تعبداً، ظهر أنّه لا مجال لتوهم أنّ مجرد الرضاء بالعقد، و العمل على طبقه في الجملة، لا يكون أحد طرفي التّخاير ما لم يكن رضا و التراما به مطلقاً، و انه يكفي فيه، و في سقوط الخيار به، فتدبّر جيّداً.

قوله (قدس سره): (الّا أنّ المستفاد من تتبع الفتاوى، الإجماع على عدم اناطه الحكم - إلخ-).

لو سلّم اتفاق فتاويهم على ذلك لكان تحصيل الإجماع منه ممنوعاً، لوضوح ان منشئه، ليس الّا ما استظهروا من هذه الاخبار.

ان قلت: نعم، و لكن اتفاقهم يكشف عن الظفر باحتفافها بما يكون معها ظاهره فيما اتفقوا عليه.

قلت: ليس ظهورها في خلاف ما صاروا إليه بمثابة لا- يكون مصيرهم إليه، ألا بذلك، و بدون ذلك لا يكشف عنه، كما لا يخفى. هذا، مع أنّ الظاهر من الرّضاء في كلمات اصحابنا الأختيار كما في الأخبار، هو الرّضاء الفعلي، لا التّوعى، ضروره أنّه ليس بالرّضاء، فلا- وجه لتعيّن المعنى الثالث، بل المتيقن هو المعنى الرّابع، و عليه فالمدار على الرّضاء الفعلي، و ان لم يكن تصرّفه بكاشف نوعا، فيكون امرا لجاريه بغلق الباب و نحوه، من جهة الرّضاء بالشراء، و أنّها ملكه مسقطا، و ليس التّظر الى ما لا يجوز التّظر اليه منها، ألا لملكها إذا كان للاختيار، أو الغفله بمسقط واقعا. و ربما يوفق بذلك بين كلمات الأعلام في المقام، فتأمل.

[الثالث خيار الشرط]

[مسألة لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه]

قوله (قدس سره): (لصيروره المعامله بذلك غرريه- إلخ-).

لأنّها مقتيده بشرطه، فيوجب جهالته الغرر فيها. نعم لو لم يكن مقتيده به، بل كان الشرط في ضمنها من دون ان يكون قيذا لها، لا يكون جهالته موجبه له، و لعلّ الاستدلال بان اشتراط المدّه المجهوله مخالف الكتاب و السنّه، لأنه غرر ناظر الى ذلك، فلا يرد عليه ما أورده عليه، و ان كان يرد عليه ان جهالته حينئذ، لا يوجب الغرر في المعامله أصلا، كما لا يخفى، و يكون شرط الخيار فيه في ضمنه، كشرط الخيار فيه في ضمن عقد آخر.

فتدبّر.

[مسألة لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المده المجهوله و بين عدم ذكر المدّه أصلا]

قوله (قدس سره): (و بين عدم ذكر المدّه أصلا كان يقول بعتك- إلخ-).

هذا، مع إرادته مدّه معينه واقعا، أو غير معيّنه. و أمّا إذا كان المراد ثبوت الخيار في العقد بلا- غايه و مطلقا، بان يكون العقد بالشرط عقدا جائزا مطلقا الى ان يسقط الخيار بأحد المسقطات، فالمنع عن كون ذلك غرريا، مجال واسع، ضروره أنّه لا خطر فيما أقدم عليه من العقد الخياري كذلك أصلا، كما لا يخفى.

[مسألة يصح جعل الخيار لأجنبي]

قوله (قدس سره): (فان اختلفوا في الفسخ و الإجازة قدم الفاسخ- إلخ-).

هذا مبنيّ على ان يكون الخيار ملك الفسخ. و اما بناء على ان يكون

ملك الفسخ و الإمضاء، فلا يقدم أآ ما تقدم، و يكون مرجع الإجازة إلى إنفاذ العقد و إمضائه، لا إلى إسقاط خيار المجيز.

لا يقال: مرجعه حينئذ و لو كان إلى إمضاء العقد و إنفاذه، أآ أنه من طرفه، فيصير لازما من جانبه، كما إذا لم يكن له خيار لا من الأخر، كما إذا لم يكن خيار أصلا.

لأننا نقول: اجازة العقد، أنما يكون إمضائه من طرف المجيز فيما كان الخيار للمتعاقدين شرعا، أو بجعلهما شرطا، فان الظاهر من إطلاق دليل الخيار، أو شرطه هو ذلك، بخلاف ما إذا جعل بالشرط للاجنيين، فان الظاهر هو جعل ولايه فسخ العقد، و إمضائه مطلقا لكل منهما و بالجملة، المتبع فى إمضائه مطلقا، أو الإمضاء من خصوص طرفه هو الشرط مطلقا، أآ أن الظاهر من الإطلاق فيما إذا جعل الخيار للمتعاقدين، هو اختيار كل منهما للفسخ و الإمضاء من طرفه، بخلاف ما إذا جعل للاجنيين، فان الظاهر منه اختيار الفسخ و الإمضاء المطلق فتأمل، و لكن من الممكن جعل خلاف ما هو قضيه الإطلاق و الدلاله عليه. فافهم.

[مسأله من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع و يقال له بيع الخيار]

[الأول إن اعتبار رد التمن فى هذا الخيار يتصور على وجوه]

قوله (قدس سره): (عدا الرابع فان فيه إشكالا - إلخ-).

و عدا الأول فإن فيه أيضا اشكالا من جهة أن تحديد مبدء الخيار بالرّد موجب لجهاله مدّه الخيار، كما يأتي فى كلامه - ره-، لكن لا وجه للإشكال من جهة واحد منهما. اما الإشكال فى الرّابع فلأنّ نفس الشرط من الأسباب، كما هو قضيه دليله. و احتمال ان يكون الانفساخ مما لا بد فيه، من سبب خاص كالزّوجيه، مدفوع بعموم دليله.

(و توهم) أنه لا مجال للرجوع اليه بعد تخصيصه بما خالف السنّه، مع احتمال كونه على خلافها، و ليس أآ من باب الرّجوع الى العموم، فى الشبهات المصادقيه. (مندفع) بأنّ ذلك فيما لو لم يكن فى البين استصحاب عدم كون هذا الشرط مما لم يرد على خلافه السنّه، فان إحراز هذا بالاستصحاب يكفى، فإنّه مما بقى تحت العموم، فتأمل جيدا.

و أما الإشكال في الأوّل، فلا أنّ الجهاله في مدّه الخيار، لا ضرر فيه، ألّا من جهه الغرر، و لا غرر أصلا فيما إذا كان منشأ الخيار في المدّه المعينه بيده، بحيث يكون له في أيّ جزء منها شاء احداثه و إنشائه، كما لا يخفى.

[الأمر الثاني الثمن المشروط رده إما أن يكون في الذمه وإما أن يكون معيناً]

قوله (قدس سره): (و يحتمل العدم بناء على اشتراط الرّد بمنزله اشتراط القبض - إلخ-).

حيث لا يكاد يكون ردّ بلا قبض، ففي صورته عدم القبض، لا خيار حيث لا ردّ، لكن لا يخفى ان هذا التّرديد و الاحتمال، انما هو لأجل عدم إحراز ما هو الشّروط، و أنّه جعل الخيار بشرط الرّد مطلقاً، أو بشرط القبض، و لا اشكال مع إحراز ما هو الشرط في الحكم أصلاً، و مع عدم الإحراز، فلا بدّ من الاقتصار على المتيقن من الخيار بعد الرّد، فافهم.

قوله (قدس سره): (على اشكال في الأخير من حيث اقتضاء - إلخ-).

إنّما الإشكال فيما إذا كان الشرط منحلّاً الى شرط الخيار برّد ما يعمّ البدل، و شرط تملك المبيع بعوض البدل فيما إذا رده مع التّمكّن من العين، و اما إذا لم يكن هناك ألّا شرط واحد، و هو الخيار بالرّد، و لو في هذه الصوره.

فلا إشكال في تحقق الخيار برّد البدل، و لو مع بقاء العين، و ان كان قضيه الفسخ حينئذ ارتجاع العين، بل لا اشكال على تقدير الانحلال الى شرطين أيضاً، ألّا ان يكون الاشكال من جهه عدم إحراز ذلك الانحلال، فتأمل جيّداً.

[الأمر الثالث لا يكفي مجرد الرد في الفسخ]

قوله (قدس سره): (و لعلّ منشأ الظهور أنّ هذا القسم - إلخ-).

لا ريب في أنّه لا يكفي مجرد الرد في الفسخ على الوجهين الأوّلين، لتأخر نفوذ فسخه و سلطنته عليه من الرّد بمرتبته أو مرتبتين، فكيف يصير فسخاً، و لو علم أنّه قصده به، و كذا على الوجه الأخير، لعدم سلطنته على الفسخ مطلقاً، كما لا ريب في حصول الفسخ أو الانفساخ على الوجهين الأخيرين. و من هنا ظهر أنّ عدم كفايته في الفسخ، أنّما يكون لأجل عدم السلطنته على الفسخ ما لم يتحقّق، لا لأجل عدم دلالته عليه.

فانقدح بذلك ما في التعليل بعدم الدلاله، و فيما أورده عليه (ره) بعد

تحسينه، مع عدم الدلالة بقوله (ره) «و اما لو فرض الدلالة عرفا- الى قوله- فلا وجه لعدم الكفايه حينئذ- إلخ-»، لما عرفت من أنّ الوجه فيه، عدم السلطنة على الفسخ بعد، لا عدم الدلالة، فلا ينافى اعترافهم بتحقيقه بما هو أخفى، و ذهابهم الى عدم الكفايه، كما لا يخفى.

[الأمر الرابع يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد]

قوله (قدس سره): (بل و على الوجه الأوّل بناء على ان تحقق السبب، و هو العقد كاف- إلخ-).

فى كفايته اشكال، حيث أنّه لا دليل على الاسقاط، مع أنّه خلاف الأصل، و الثابت أنّما هو إسقاط نفس الحقّ لا سببه. و كون سببه بيده، لا يقتضى أزيد من أنّه يكون مختارا فى إيجاده و عدمه، لا مختارا فى تأثيره، كى لا يؤثر إذا أسقطه، فافهم.

قوله (قدس سره): (و لو ظهر معييا كفى فى الردّ و الاستبدال- إلخ-).

لا يكفى إلّا إذا كان هناك تصريح أو إطلاق يعمّه، و مجرد الإطلاق غير كاف لانصرافه الى الصحيح، كما هو واضح.

قوله (قدس سره): (إذ لا منافات بين فسخ العقد و صحّه هذا التصرف و استمراره- إلخ-).

لا- يخفى أنّ قضيه الفسخ رجوع ما أعطاه، و فاء بما عليه من الثمن الكلى، كرجوع الثمن العيني، و لا يصحّ التصرف فيه بعد الفسخ، إلّا بسبب آخر حادث، فيكون تصرف ذى الخيار فيه منافيا للفسخ. نعم فى خصوص هذا الخيار، غير كاشف عن الرضا، لما افاده (قدس سره) من تواطى المتعاقدين، أو العلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف فى الثمن، و قد مرّ أنّ التصرف أنّما يكون مسقطا فيما يكون كاشفا و ملازما للرضاء لا مطلقا تعبدا، فتدبّر.

قوله (قدس سره): (و الظاهر عدم الإشكال فى جواز إسقاط الخيار قولاً قبل الردّ- إلخ-).

قد عرفت الاشكال فيه، فيما إذا توقّف حدوث الخيار على الردّ، كما فى الوجه الأوّل، و هو يصرح به.

قوله (قدس سره): (ففيه أنها لا يقدح مع تحديد زمان التسلط على الرد- إلخ-).

لما عرفت من أنها منه لا- يوجب الغرر، و الفرق بين هذا المقام، و ما إذا جعل الخيار من حين التفرق، هو جهاله مبدء الخيار بنفسه و سببه بحسب جعلهما فى الثانى، فيكون فيه الغرر، بخلاف المقام، فإن أمر سببه بيده من حين العقد، فلا غرر، فافهم.

[الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري]

قوله (قدس سره): (و يحتمل عدم الخيار بناء على ان مورد هذا الخيار- إلخ-).

لا يخفى أنه لا يكاد يكون اختلاف الحكم بثبوت الخيار و بعدمه فى مثله، ألا من جهة الاختلاف فيما شرطاه، فلا إشكال فى بقاء الخيار مع التلف، فيما إذا لم يشترط البقاء، كما لا إشكال فى عدمه معه، فيما إذا شرط، و المرجع فى تعيين الاشتراط، هو الظهور لو كان، و مع عدمه فالمتبع هو أصاله الإطلاق و عدم الاشتراط. و من هنا ظهر أنه لا وجه لاحتمال الخيار، مع استظهار الاشتراط، ألا بلحاظ الواقع و عدم اصابه الظهور له. فتفطن.

قوله (قدس سره): (و أما المخالف لها هى قاعده- إلخ-).

فإن قضيتها كون التلف من البائع الذى يكون مالكا للنماء بالإجماع، لكنه إذا كان المراد منها، ان الخراج، أنما يكون بإزاء ضمان العين أو سببه، كما هو مذهب أبى حنيفة، و يحتمل قريبا ان يكون المراد منها، ان الخراج يكون مضمونا كالعين، أو أنه يكون بمقدار ضمانه، و بحسب تعهده كما و كيفا. و يؤيد ذلك، أنه لم يكد يوجد مورد حكم بمضمونها بذاك المعنى، و المنافع فى العاربه المضمونه، ليست بسبب الضمان أو بإزائه، كما لا يخفى.

[الأمر السادس لا إشكال فى قدره على الفسخ برد الثمن]

قوله (قدس سره): (لأن الظاهر من الرد إلى المشتري حصوله عنده- إلخ-).

أى الظاهر من إطلاق الرد إلى المشتري، و عدم التصريح بإرادته خصوصه، هو اراده الوصول اليه، بنفسه، أو بوليه، أو وكيله، و يكون وضوح

الغرض قرينه على إلغاء خصوصية المشتريته، و أنّ المراد من لفظ المشتري، من يعمه، و من يقوم مقامه، و ألا فمجرد ظهور ان الغرض ذلك ما لم يصر قرينه موجه لظهور اللفظ في العموم، غير مجد، كما لا يخفى.

[الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد الثمن]

قوله (قدس سره): (و في جواز اشتراط ردّ بدله مع التمكن من العين، إشكال - إـخ-).

لا إشكال في جواز هذا الاشتراط و صحته، و كفايه ردّ البدل في حدوث الخيار، غايه الأمر أنّ قضيه الفسخ، هو رجوع العين بنفسها، فيرد البدل، و لا منافات أصلا بين قضيتهما، كما هو أوضح من ان يخفى.

[مسأله لا إشكال في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع]

قوله (قدس سره): (فلا معنى لدخول خيار الشرط فيه - إـخ-).

فإنّه لغو و بلا طائل، حيث أنّه شرط أمر حاصل، لكنّه إذا كان الجواز فيها، بمعنى جواز فسخها، لا جواز رفع الأثر الحاصل بها، و إلّا لا يكون بحاصل، كما لا يبعد ان يكون كذلك الجواز في الهبه، و الوكاله، و نحوهما، فإنّ غايه ما يكون فيها، عزل الوكيل، و استرجاع العين في الهبه، و الوديعه، و العاريه، لا جواز فسخ عقدها الحاصل بالخيار.

لا يقال: أنّه بذلك لا يخرج عن اللغو، فإنّه يكفي في الخروج تمكنه به عن الفسخ، حيث أنّه ربّما يلجأ اليه، فيما إذا لم يجز له الرجوع لنذر و شبهه اشكال، و دفع.

ربما يقال: هذا بناء على أنّ الخيار، هو ملك الفسخ، و أمّا بناء على أنّه ملك الإمضاء و الفسخ، فلا معنى لامضائه، مع جوازه ذاتا و لو بذاك المعنى.

لكنه يقال: أنّ جوازه كذلك، لا ينافي لزومه، و رفع ترزله الناشئ من قبل شرط الخيار، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (فالأولى الاستدلال عليه، مضافا الى إمكان منع صدق الشرط - إـخ-).

يمكن ان يقال: أنّه لا يعتبر في نفوذ الشرط و صحته، مشروعيه ما شرط، بل يكفي كونه ممّا صحّ اعتباره عقلا، و نقد اشتراطه عرفا، ضروره

شمول «المؤمنون عند شروطهم» (١) له، و لو قيل بتخصيص الشروط بما صحَّ اشتراطه لدى العرف. و بالجمله يكون مثله دليلا على إمضاء الشارع، لما يكون عرفا ماضيا، و ان لم يعهد منه إمضائه بالخصوص، فافهم. نعم لا يبعد ان يقال: انَّ الإيقاعات لم يعهد منه إمضائه بالخصوص، فافهم. نعم لا يبعد ان يقال: انَّ الإيقاعات لم يعهد من العرف انحلالها، و نقض آثارها بعد وقوعها، حتَّى يصحَّ اشتراط ذلك فيها.

قوله (قدس سره): (و عدم مشروعيتہ التتقابل فيه - إلخ -).

لا يخفى أنه يكفي مشروعيه الخيار فيه بالعيب فى صحَّه شرطه شرعا، بل قد عرفت فى الحاشيه السابقيه، كفايه صحَّه اعتباره عقلا، و نفوذ اشتراطه عرفا فى شمول العموم له، و ان لم يعهد من الشارع إمضائه بالخصوص، فينحصر الوجه فى عدم دخول الخيار فى النكاح بالإجماع ان تمّ، و إلّا فقضيته العموم دخوله فيه، فافهم.

قوله (قدس سره): (و الأظهر بحسب القواعد اناطه دخول خيار الشرط بصحَّه التتقابل - إلخ -).

لا يخفى انَّ صحه التتقابل لا يجدى فى دخول الشرط فى العقد، إذا كان اللزوم حكمه ذاتا، فان شرط الخيار معه، يكون منافيا لما هو قضيته العقد، و لا- يعتبر فيه إذا كان حكمه إطلاقا، فإنّه معه، لا يكون مخالفا لمقتضاه، و لا يكون داخلا فيما حرم الحلال أو حلّ الحرام، فيكون باقيا تحت العام، فينفذ بلا كلام، فتأمل جيدا.

[الرابع خيار الغبن]

اشاره

قوله (قدس سره): (و لو أبدل - قدس سره - هذه الآيه (٢) بقوله تعالى «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ (٣)» كان أولى - إلخ -).

لا- يخفى أنه لا- وجه للأولوية أصلا، ضروره أن الآيه تدلّ على بطلان ما يعهد الأكل معه فى العرف، أكلا بالباطل، و المهمّ هو نفوذ فسخ ما يكون

١- مستدرک الوسائل: ٢- ٤٧٣.

٢- النساء: ٢٩.

٣- البقره: ١٨٩.

صحيحا، و جواز إبطاله، فكيف يصح الاستدلال بها على المرام فى المقام و حرمة الأكل بعد الفسخ فيما نقد شرعا، ليس من باب الأكل بالباطل عرفا، بل من جهة نفوذ الفسخ فى الصحيح شرعا، فلا يكون الأكل بعد نفوذ الفسخ داخلا فيما نهى عنه أيضا، و ان كان حراما.

و بالجمله حرمة الأكل بالسبب الباطل، غير الحرمة بعد إبطال السبب الصحيح و انحلاله. و انقذح بذلك ما فيما افاده (قدس سره) بقوله «و مقتضى الآيه و ان كان حرمة الأكل - إلخ -»، كما انقذح أنه لا معارضه بينها و بين قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً» (١) كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): و لكن يمكن الخدشه فى ذلك، بان انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل فى العقد، لا يستلزم ثبوت الخيار فى العقد - إلخ -).

هذا إذا كان المرفوع بحديث (لا ضرر) (٢) الحكم الناشئ منه الضرر.

و اما إذا كان المرفوع ما كان للضرر من الحكم، مع قطع النظر عن هذا الحديث، كما استظهرناه فى البحث، و فيما علقناه على البراءة، كان المرفوع فى المعامله الغبتيه، و جوب الوفاء بها، و هو يستلزم جوازها، كما لا يخفى. نعم لا يستلزم ثبوت الخيار، ضروره انّ عدم جوب الوفاء عليه، لا يقتضى ثبوت حق له، يسقطه و يصلح عنه، كما هو واضح، مع أنه لو شكّ فى حدوث الحقّ، فالمتبع هو أصاله عدم سقوطه بالإسقاط بعد تساقط أصاله عدم حدوثه بالمعارضه، مع أصاله عدم حدوث الجواز فافهم.

[مسأله يشترط فى هذا الخيار أمران]

[الأول عدم علم المغبون بالقيمه]

قوله (قدس سره): (ثم انّ المعتبر الصّحه حال العقد - إلخ -).

من غير فرق فى ذلك بين اعتبار ظهور الغبن فى حصول الخيار شرعا، و بين عدم اعتباره فيه، و كونه كاشفا عنه عقلا، و هذا واضح.

[الأمر الثانى كون التفاوت فاحشا]

قوله (قدس سره): (الأمر الثانى، كون التفاوت فاحشا، فالواحد بل الاثنان - إلخ -).

اعتباره واضح، لو كان الدليل على الخيار بالغبن، هو الإجماع،

١- النساء: ٢٩.

٢- وسائل الشيعة: ١٧- ٣٤٠- ب ١٢- ح ٣.

اقتصارا على القدر المتيقن من معقده، واما لو كان الدليل عليه، قاعده نفى الضرر و الضرار، فلا وجه لاعتباره، و اما المعبر هو ان لا يكون الضرر بسببه قليلا جدًا، بحيث ينصرف عن مثله لا ضرر، و لا يكون ممّا يتعارف أقدام المتعاملين عليه فى مثل هذه المعامله، كى لا يعمّه، بقرينه وروده فى مقام الامتنان المنافى لنفى الضرر، مع الاقدام، فالضرر الحادث بالغبن إذا لم يكن قليلا كذلك، و لا- مما يقدّم عليه فى مثل هذه المعامله، يوجب الخيار، و لو لم يكن فاحشا، و لا يوجبّه إذا كان قليلا، أو ممّا يقدم عليه، و ان كان فاحشا بالإضافة إلى المعامله التى وقع فيها الغبن، فتأمل جيّدا.

قوله (قدس سره): (لأنه ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه، و يحتمل الرجوع- إلخ-).

لكنه ضعيف، فان المخصّص لأصله، أو الحاكم عليه هو (لا ضرر و لا ضرار) و هو يعم كلما لم يعلم عليه الاقدام، لا يقال انه تمسك بالعام فى الشبهه المصادقيه لخروج ما عليه الإقدام فإنّه لا ضير فيه فيما إذا كان المخصص ليّيا كما فى المقام، فان العقل يخصّصه بما إذا لم يكن هناك إقدام بملاحظه أنّه سيق فى مقام الامتنان.

فان قلت: نعم لكنه إذا لم يكن متّصلا بالعام، و ألا فلا يجوز التمسك فيه أيضا.

قلت: نعم، إذا كان متصلا به، بحيث لا- ينعقد للعام معه ظهور، إلما فى الباقي، و ليس كذلك فى المقام، فان حكم العقل بالاختصاص بما لا أقدام عليه من الضرر، ليس ألا كحكمه بعدم جواز لعن المؤمن، و لو كان من بنى أمّيه، بالإضافة الى ما دلّ على جواز لعنهم قاطبه. فافهم.

قوله (قدس سره): (بل لعدم كونه ضررا بملاحظه ما يازائه من الأجر- إلخ-).

لا- يخفى أنّ ملاحظه ما يازائه فى الآخره، لا يخرجّه عن الضرر، بل يكون من أجل تحمله، اطاعه للأمر به، و حديث (لا ضرر) [\(١\)](#) ظاهر فى نفى ما

للضرار الدنيوي من الحكم بإطلاق دليته، از عمومه على ما استظهرناه، أو في نفي الحكم الناشئ من قبله الضرر، على ما استظهره (قدس سره)، فراجع كلامه، و ما علقناه عليه.

[مسألة ظهور الغبن شرط شرعي لحدوث الخيار أو كاشف عقلي]

قوله (قدس سره): (فظاهر عباره المبسوط و الغنيه و الشرائع - إلخ-).

حيث قال في المبسوط: «و إذا اشترى شيئاً فبان له الغبن، فان كان من أهل الخبره لم يكن له ردّه - إلخ-» (١). و قال في الشرائع: «من اشترى شيئاً و لم يكن أهل الخبره و ظهر فيه غبن، لم يجر العاده بالتغابن فيه - إلخ-» (٢). و أنت خير بعدم ظهور العبارتين في اشتراط الظهور شرطاً، لو لم نقل بظهورهما في كون الشرط نفس الغبن، لتعارف التعبير بمثل بان، و ظهر، في مقام تحقق ما هو الموضوع المكشوف بلا دخل للكشف فيه أصلاً.

قوله (قدس سره): (فان ظاهره حدوث الخيار بعد دخول السوق - إلخ- (٣)).

يمكن منع دلالاته أيضاً، بل يكون التعليق بلحاظ أنّ الدخول سبب تبين الخيار بعد الفراغ، عن أنّه ليس شرط حصوله، ضروره أنّ شرطه هو الغبن أو ظهوره. و بالجملة دخول السوق على كل حال، ليس بنفسه شرط حصول الخيار، و وقته، كما هو ظاهر اللفظ، بل هو سبب تبين الخيار بالغبن، أو سبب تبينه بظهور الغبن به.

قوله (قدس سره): (فلا يحدث إلا بعد ظهور الغبن - إلخ-).

لا- يخفى أنّ فعليته السلطنه غير متوقّفه على العلم بالغبن، بناء على عدم الاشتراط، فلو فسخ قبله اقتراحاً نفذ واقعا، و ليس الجهل هيهنا دافعا للفعليته، كما في الأحكام التكليفيه. نعم معه غالباً لا يتخاير و لا يفسخ، كما هو الحال في الجاهل بحكمه، أو بحكم سائر الخيارات، و السقوط بالتصرف

١- المبسوط ٢- ٨٧.

٢- شرائع الإسلام - ٢- ٢٢.

٣- و في المصدر: فان ظاهره حدوث الخيار بعد الدخول الموجب.

الكاشف عن الرضاء و الإمضاء، لا يختص بما بعد الظهور، بل لو فرض أنه يكشف عنه قبله، لأسقطه، و ما ليس بكاشف عنه، لا يسقطه، و لو كان بعده، غايه الأمر اختلاف التصرفات في الكشف و عدمه بعد الظهور و قبله، فافهم.

و الظاهر ان حال التلف قبل الظهور بناء على ثبوت الخيار بنفس الغبن، ليس إلا كما في سائر الخيارات، مع الجهل بها، بناء على عموم قاعده التلف في زمان الخيار لمثل هذا الخيار، كما ان الظاهر ان المنع من التصرفات الناقله في زمن الخيار واقعا يدور مدار ثبوته كذلك. و حكم بعض من منع من التصرف في زمان الخيار يمضى التصرفات من الغابن قبل علم المغبون، لا دلالة له أصلا على كون المنع، أنما هو لأجل السلطنه الفعلية، لقوه احتمال ان يكون ممن يقول بالاشتراط حقيقه، أو من لا يرى بحدوث حق الخيار مطلقا، و أنما كان الغبن عنده موجبا لجواز فسخ العقد، أو جواز الرد، بلا حق يمنع التصرفات، أو غير ذلك. فالأولى ان يقال في بيان الإرجاع: أن إدراج مثل لفظ الظهور في بعض الكلمات، أنما هو كسفا و حكاية، لا سببا و موضوعا، كما أشرنا إليه في روايه تلقى الركبان، (١) فتأمل جيدا.

قوله (قدس سره): (و ظاهره عدم ثبوت الخيار قبل العلم بالعيب- إلخ-).

و ألا لم يقتد العيب بقبليته العلم، فان التقييد بدون ذلك غير مفيد، فان العيب الحادث، بناء على ثبوت الخيار مطلقا، غير مضمون على المشتري أصلا، فلا يمنع عن الرد بالتدليس مطلقا، قبل العلم، أو بعده، لكنه أنما يفيد ذلك، لو كانت قاعده التلف في زمن الخيار، شامله لخيار العيب، إذ لولاه لكان العيب الحادث مضمونا على المشتري، و لو قيل بثبوت الخيار له من قبل، و لم يكن وجه للتقييد، كما افاده- ره- في جامع المقاصد، و لا يقبل ما ذكره بقوله «الأ ان يقال» فافهم.

[مسأله يسقط هذا الخيار بأمور]**[أحدها إسقاطه بعد العقد]**

قوله (قدس سره): (فلا إشكال في صحه إسقاطه بلا عوض مع العلم - إلخ-).

هذا، إذا كان الحادث بالغبن حقّ الخيار، و أنّما إذا كان الحكم بجواز الردّ و الاسترداد، أو الفسخ، كما هو قضيه قاعده نفى الضرر و الضرار، حسبما تقدمت إليه الإشاره، فلا إشكال في عدم صحته و عدم سقوطه بالإسقاط فتأمل جيّداً.

قوله (قدس سره): (ففي السقوط و جهان من عدم طيب نفسه - إلخ-).

بل كان بطيب نفسه فيما إذا لم يكن خطائه إلّا من باب تخلف الدّواعى كما انه لا إسقاط أصلاً إذا لم يكن من هذا الباب، و لا يخفى، أنّ هذا يختلف باختلاف الأشخاص، و الأحوال، و التفارقات، فلا بدّ من الإحراز في الحكم بالسّقوط و عدمه، و مع الاختلاف فالمتبع هو ظهور اللفظ بما حفّت به من القرائن الحاليه و المقاليه لو كان، و إلّا فالأصل هو عدم السقوط.

و من هنا ظهر حال الصلح عن الغبن، فيما إذا هو أزيد ممّا زعمه، و أنّ صحته و بطلانه يدوران مدار أنّ خطائه من اىّ باب، فيكون صحيحاً بلا ارتياب إذا كان من باب تخلف الدّواعى، و فاسداً إذا كان من غير هذا الباب، ضروره أنّه صلحه عما ليس واقع، و لا صلح عما هو الواقع. فانقدح بذلك ما فى كلامه، زيد فى علو مقامه.

قوله (قدس سره): (ضروره أنّه كما كان التّفاوت المحتمل أزيد ببدل - إلخ-).

لا يخفى أنّ بدل المال مع الجهل بالحال، انما يختلف زياده و نقيصه بحسب الاحتمال، لا بحسب الواقع، و ان المدار فى حصول الغبن فى الصلح عنه، هو ملاحظه انه مع احتمال هذا المقدار من الغبن، اى مقدار من المال يبذل بإزاء الصلح عنه و أنّه وقع بذاك المقدار أو بالأقل، و ذلك لضروره أنّه لا بدّ أن يلحظ فى معرفه الغبن فى المعامله و عدمه، انها وقعت بمقدار ما يبذل بإزائه غالب المتعاملين من المال أولاً، فلا بدّ فى حصول الغبن و عدمه فى الصلح عنه مع الجهل بمقداره، ان المبذول بقدر ما يبذله الغالب مع الجهل

به، و احتمال أنه بمقدار كذا، أو لم يكن بذاك المقدار.

قوله (قدس سره): (إذ يكفي في ذلك تحقق السبب المقتضى للخيار- إلخ-).

ربما يشكل بأن إسقاط المسبب بمجرد سببه قبل الشرط مساوق لثلا يكون السبب بعد الشرط مؤثرا، أو ليس هذا ممّا يرجع إليه، كى يقدر عليه، و الّا فمجرد الشك في السبب، غير قادح، و لو قيل بقدح التعليق، حيث لا تعليق في السبب، فان المفروض انه ينشأ الإسقاط بداعى احتمال السبب، كما ينشؤه بداعى الجزم به، فيوثره لو كان، و الّا فكان لغوا، فلا تعليق أصلا في السبب. فتوهم أنه قادح فيدفع بأنه غير قادح ههنا، فان الممنوع منه هو التعليق على ما لا يتوقف تحقق مفهوم الإنشاء عليه، كما افاده- قدس سره- و لكن مراده من مفهوم الإنشاء هو ما يتسبب به اليه، لا معناه، فإنه لا يكاد يتوقف على شىء مطلقا أصلا، لإمكان إنشاء أى معنى كان، فافهم.

قوله (قدس سره): (فإنه لا بد من وقوع شىء بإزائه و هو غير معلوم- إلخ-).

يمكن ان يقال بأنّ العوض مثل هذا الصلح أنّما يكون بإزاء نفس الصلح، لا بإزاء المصالح عنه المجهول.

لا- يقال: ان نفس الصلح عنه غير قابل لان يقع بإزاء العوض ما لم يكن المصالح عنه ثابتا في الواقع، و الّا كان في غير محلّه و لغوا.

فإنه يقال: ان الصلح مع الجهل بالحال ممّا يرغب فيه العقلاء حيث يرتب عليه خروج المعامله عن المعرضيه للجواز بظهور الغبن، فافهم.

[الثالث تصرف المغبون بعد علمه بالغبن بأحد التصرفات المسقطه للخيارات]

قوله (قدس سره): (و هو إطلاق بعض معاهد الإجماع، بأنّ تصرف ذى الخيار- إلخ-).

إنما دلّ الإطلاق و العله على السقوط بالتصرف، إذا كان الثابت بالغبن، حق الخيار، لا مجرد الحكم بالجواز، كما مرت إليه الإشارة، و مع الشك يستصحب جواز الرد الثابت سابقا على كل تقدير.

لا يُقال: هب ان الثابت بقاعده نفى الضرر ليس أآ الحكم بالجواز، و هو مما لا يسقط بمسقطات الخيارات، أآ انه كما لا يجرى مع الاقدام عليه، فكذلك لا يجرى مع الرضاء به بعده.

فإنه يقال: لا حاجة الى جريان نفى الضرر ثانيا، كى يقال بأنه لا يجرى، بل يكفى جريانه أولا فى ثبوت الجواز الباقي بعد الرضاء إطلافاً، أو استصحاباً، بناء على ثبوت الخيار بعد ظهور الغبن. و اما بناء على ثبوته من حين العقد، فالمرجع هو إطلاق «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) لو لم يكن هناك إطلاق للدليل الخيار، كما أشرنا إليه غير مرّه. و منه انقذح حال الإجماع، و لذا استدرك (قدس سره) انّ الشك فى الرّفْع، لا فى الدّفْع، بعد بيان عدم مساعده ما هو دليل الخيار من نفى الضرر، و الإجماع عليه بعد الرضاء، و امره بالتأمل لعلّه إشاره الى ما شرحناه، أو الى انّ الشك فيه، فى المقتضى، و الاستصحاب فيه غير حجه على مختاره، و ان كان حجه على المختار، كما بيّناه تقريراً و تحريراً.

[الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفاً مخرجاً عن الملك]

قوله (قدس سره): (و يمكن ان يوجه بان حديث نفى الضرر (٢) لم يدلّ على الخيار، بل المتيقن منه جواز ردّ العين - إلخ -).

حديث نفى الضرر و ان لم يدلّ على الخيار، لكنه دلّ على عدم وجوب الوفاء بالعقد الضّررى و عدم لزومه، فإنه دالّ بلسان نفى الموضوع الضّررى على نفى حكمه الذى دلّ عليه دليله بإطلاقه، أو عمومه. و من الواضح انّ الموضوع الضّررى هيهنا هو العقد الغبنى المحكوم بلزوم الوفاء بمثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٣)، فليكن هو المنفى بحديث نفى الضّرر، فيجوز فسخه، و لم يمنع عنه عدم ردّ العين ليتنزّل الى بدله، كما فى الفسخ بالخيار. و هذا، مع انّ بناء المشهور على ثبوت الخيار للمغبون، و معه لا مجال للتوجيه أصلاً، كما لا يخفى.

١- المائدة: ١.

٢- وسائل الشيعة: ١٧ - ٣٤٠ - ب ١٢ - ح ٣.

٣- المائدة: ١.

قوله (قدس سره): (و تضرر المغبون من جهة زياده الثمن معارض بتضرر الغابن - إلخ-).

قبول المثل أو قيمه، ليس من الضرر أصلاً، كى يعارض به ضرر المغبون، كما لا يخفى. نعم يكون التنزل إلى البديل على خلاف عموم التسلط على الأموال (١) فيما كان ابتدائياً بلا توسط فسخ العقد. و أما معه فإنه إنما يكون بمقتضى كون تلف ماله على متلفه، و كونه فى عهده و ضمانه، و هو ليس على خلاف عموم التسلط، لو لم يكن على وفقه، فافهم.

قوله (قدس سره): (ففى جواز الرد و جهان: من أنه متمكن حينئذ، و من استقرار البيع - إلخ-).

بل يتعين الوجه الأول فى أمّ الولد، لمنع استقرار البيع بمجرد الاستيلاء، بل مراعى بعدم موت الولد حين الاسترداد. و فى فسخ العقد اللازم يكون و جهان مبتيان على ان الزائل العائد بالفسخ كالأذى لم يزل، أو كالأذى لم يعد حيث أن الملكيه العائده به بحسب المدقه و الحقيقه، ملكيه جديده، و بملاحظه أن اعتبار فسخ العقد و انحلاله، اعتبار إعادة نفس الملكيه السابقه الزائله. و منه قد انقذ عدم جريان الوجهين فيما كان العود بناقل جديد، فان الثابت أنما هو جواز ردّ العين عن الملكيه التى حدثت للآخر بالمعامله الغيّه، لا عن ملكيه جديده. نعم لو كان الثابت له، فسخ العقد و لو حكماً، ففسخ، كان له استرداد العين المنتقله إلى الأخر مطلقاً، و لو بسبب جديد و ان لم ينتقل اليه بنفس الفسخ، حيث لا وجه للتنزل إلى البديل، مع التمكن من نفس المبدل، فتأمل جيداً.

قوله (قدس سره): (من امتناع الرد و هو مختار الصيمرى - إلخ-).

لا- امتناع لرد نفس العين المبيعه، و انما الممتنع ردّ منافعهما لاستيفائها المغبون بالإجازة. و فى لزوم الغرامه عليه، وجه، و هو لزوم الضرر على الغابن لو لا لزومها على المغبون من دون ضرر عليه. فتأمل.

قوله (قدس سره): (و فى لحوق الامتراج مطلقا، أو فى الجملة، وجوه).

اى الامتراج و لو بغير المثل، أو خصوص الامتراج بالمثل، و يحتمل ان يكون المراد الامتراج و لو بنحو يتمكّن من التميّز، أو خصوص ما لا- يتمكّن منه عادة، فتأمل. و يحتمل قويا ان يكون المراد الامتراج و لو مع ملك الغابن أو خصوص ما إذا كان مع ملك المغبون، لتمكّن المغبون من الرّد، فيما إذا كان الامتراج مع ملك الغابن. و مجرّد صيروره المغبون مالكا للجزء المشاع من الممتزجين، لا بمنع عن ردّ ما انتقل اليه بالبيع الى الغابن، فافهم.

[أما تصرف الغابن]

قوله (قدس سره): (اما تصرف الغابن فالظاهر أنّه لا وجه لسقوط خيار المغبون به- إلخ-).

لا- يخفى ان ما ذكر وجهها لسقوط خيار المغبون قبل علمه، يكون وجهها لسقوطه بتصرّف الغابن بمثل تصرّفه، فإنّه يمنع عن الاسترداد، كما هو كان مانعا عن الرّد. و دعوى أنّ العبرة بإمكان الرّد، مجازفه، ان لم نقل بان الاعتبار يساعد على ان يكون العبرة بإمكان الاسترداد ابتداء، و ان يكون له ذلك كما لا يخفى. نعم لو كان الحادث بسبب الغبن، هو الخيار، لم يكن وجه لسقوطه أصلا بتصرّف أحدهما، كما أشار إليه (قدس سره) فى تصرف المغبون، فتدبر جيّدا.

قوله (قدس سره): (وجوه، من وقوع العقد فى متعلق حقّ الغير- إلخ-).

انما يكون العقد فى متعلق حقّ الغير، فيكون فضوليا، فيكون له الرّد و الإبطال، إذا كان الموجب لحقّ الخيار، موجبا لحقّ آخر فى العين الذى الخيار، و دون إثباته خرط القتاد. غايه الأمر عدم نفوذ تصرفات غير ذى الخيار فى زمانه و بطلانها، و هو غير التسلط على ابطالها، كما لا- يخفى. هذا لو قلنا بحدوث جواز الفسخ حقّا أو حكما، و كذلك لو قلنا بانّ الغبن لا يوجب إلّا جواز الاسترداد، فإنّ غايه ما يحدث بسببه، هو جوازه حكما، لا حقّا، فتأمل جيّدا.

قوله (قدس سره): (و يحتمل هنا تقديم حقّ الخيار- إلخ-).

قد مرّ غير مره أنّ متعلّق حقّ الخيار هو العقد، و قضيه الفسخ بسببه،

ليست ألاً رجوع كل عوض الى صاحبه الأول بنفسه فيما أمكن عقلا و شرعا، أو ببدله فيما إذا لم يكن، فلا يقتضى تقدم سبب حق الخيار لتقديمه، ألاً ان يقال: ان الاستيلاد فى زمنه وقع فى غير محله.

قوله (قدس سره): (و يمكن النظر فيه بان فسخ المغبون إما بدخول العين فى ملكه - إلخ -).

يمكن ان يقال: انّ فسخه و ان لم يكن فى مثل المقام مقتضيا بنفسه لدخول العين فى ملكه، لخروجها عن ملك من انتقل اليه، ألاً انّ التّنزل الى البديل أنّما يكون فيما إذا لم يتمكّن من عين المبدل. و المفروض فى المقام تمكنه منها، لكن لا يخفى انّ قضيه تحصيلها أيضا فى العقد اللازم بالاستقاله و نحوها إذا أمكن. و لا أظنّ أن يلتزم به الشهيد - ره - و قد انقح بما ذكرناه، ان لزوم الفسخ لأجل ان الخروج عن عهده تلك العين المنتقله عن ملك الغابن، انما يكون بردها مع الإمكان بلا توسط التّنزل الى البديل بالفسخ، لأجل الحيلولة.

ان قلت: إذا كان الفسخ غير مقتضى لدخول العين فى ملك من خرج عن ملكه بالعقد فى مثل المقام، فلا محيص عن ان يكون مقتضيا لدخول بدلها، لئلا يلزم الجمع بين العوضين، و معه لا وجه لوجوب تحصيلها، كما افاده - قدس سره.

قلت: الفسخ و ان كان غير مقتضى لدخول العين فى ملكه حقيقه، ألاً انه لا بدّ من تقديره و دخوله فى ملكه حكما، بعد تقدير ملك من خرج عن ملكه بالعقد الثانى، ليصحّ اعتبار انتقاله عنه الى الفاسخ، فيصحّ الفسخ، جمعا بين نفوذ الفسخ الذى ليس ألاً حلّ العقد بين العوضين، المقتضى لرجوع كل الى ملك الآخر الذى خرج عن ملكه به، و بين نفوذ العقد الثانى على أحدهما و صحته. و أنّما يكون التّنزل الى البديل لأجل كون المبدل الرّاجع بالفسخ على عهده و ضمانه، و عدم تمكنه من رده، لا لأجل اقتضاء الفسخ إيّاه فى هذه الصوره، ضروره ان الفسخ ليس بمعاوضه جديده، بل حلّ العقد السابق، و لا يكاد يكون الحلّ ألاً برجوع ما صار الى كل واحد من المتعاقدين

بالعقد إلى الآخر و لو تقديرًا، فيما إذا لم يكن الرجوع حقيقه، و اما مع تمكنه من ردّه بنفسه، فلا وجه للتّنزل الى بدله، ضروره أنّ قضيه الضمان، لزوم ردّ العين المضمونه مع الإمكان. فتأمل في المقام فإنّه لا يخلو عن دقّه.

قوله (قدس سره): (لكن ذلك أنّما يتمّ مع كون العين على ملك المغبون - إلخ-).

لا- يعتبر في بدل الحيلولة كون العين على ملك المضمون له، بل يكون ثابتًا، و لو خرجت، كما إذا صار الخلل في يد الغاصب خمرًا، فلا يبعد ان يلزم بالبذل و بالعلاج، كي صار خلًا. و الدليل على وجوب تحصيل العين، هو كون تلك العين المنتقله عنه بالعقد الراجعه بالفسخ الى ملك من انتقل عنه اليه بالعقد الأوّل تقديرًا، كما عرفت في ضمانه، فافهم.

و مما ذكرنا قد انقذح وجوب ردّ العين، فيما إذا فسخ الغابن بعد فسخ المغبون، أو ملك بسبب جديد، لا لاقتضاء الفسخ كما افاده، و قد عرفتّه، بل لما مرّ من أنّه قضيه الضمان للعين المنتقله إليه بفسخه العقد الأول و لو تقديرًا، فتأمل.

قوله (قدس سره): (فأمّا ان يكون نقصا يوجب الأرش - إلخ-).

كما إذا كان بتلف جزء من العين، و اما إذا كان بإزاء صفه الصّحّه، و احداث عيب فيها، ففي الأرش إشكال من ثبوته فيما ظهر المبيع مبيعًا، و من أنّ الثمن بتمامه أنّما يكون بإزاء العين، لا أن يكون شيئًا منه بإزاء صحّتها، و ان كانت موجه لزياده قيمتها، كسائر الأوصاف، و أنّما كان ثبوت الأرش عند فواتها في عيب المبيع دونها تعبدًا لأجل دليل خاص، فتدبّر جيّدًا.

قوله (قدس سره): (لأن المنفعه من الزوائد المنفصله المتخلّله بين العقد و الفسخ - إلخ-).

و انما صارت منفصله بعقد الإجاره، فقد استوفاه الغابن به قبل الفسخ، فيكون حالها حال المنافع التي تكون لها قبل الفسخ في الانفصال بالاستيفاء. هذا، لكنّه يمكن ان يقال: أنّ ضرر الغبن في هذه الصوره، لا يكاد

يتدارك بمجرد فسخ البيع، كى يكتفى فى نفيه بجواز الفسخ، حيث أنه كما كان بقاء هذه المعامله ضررا، كان فسخها بلا اجره المثل للمنفعه فى هذه الإجاره ضررا، فكما ان قضيه نفي الضرر كان نفي ما للضرر الأول من الحكم لولاه، كان قضيته أيضا نفي ما للضرر الثانى. فيكون قضيته جواز الفسخ مع الأجره.

و قد انقذ مَمَّا قَرَّرناه، ان الضَّرين، مما لا مناص له عن أحدهما، فلا يكون مجال لتوهم ان الضرر الثانى يكون بإقدام منه بالفسخ، فتأمل جيّدا.

قوله (قدس سره): (و فيه نظر، لمنع تزلزل ملك المنفعه - إلخ-).

و انما يكون مترزلا- فيما كانت المنفعه باقيه على تبعيتها له فى الملكيه، و غير خارجه عنها بالإجاره و نحوها، فحينئذ كما لم ينتقل بانتقاله يارث و نحوه، كذلك لا ينتقل بفسخ عقده. نعم لما كانت المنفعه فى غير مده الإجاره باقيه على تبعيتها له، كانت مترزله مثله ينتقل بالفسخ بتبعه.

قوله (قدس سره): (و سيجى ء ما يمكن فارقا بين المقامين - إلخ-).

و لعل الفارق هو أنّ التفاسخ هناك من رأس، و الفسخ ههنا من حينه.

قوله (قدس سره): (فالظاهر ثبوت الشركه فيه - إلخ-).

فيه اشكال لاحتمال ان يكون الزيادة الحكميه، كزياده القيمه السوقيه غير موجه لها. نعم لا يبعد القول بوجوب دفع اجره المثل دفعا للضرر، فان دفع العين الزائده بهذه الزيادة بدون الأجره، يكون ضررا على الغابن، فتأمل جيّدا.

قوله (قدس سره): (فلكلّ منهما تخليص ماله عن مال صاحبه - إلخ-).

ربما يشكل بان التخليص انما يكون للكل، إذا لم يستتبع تخليصه ضررا، و تخليص الأرض بقلع الشجر مستتبع للضرر على الغابن، و الأرض انما يكون تداركا له، فيكون الحكم بجواز القطع مع الأرض، مساوقا للحكم بجواز الإضرار و تداركه، و المنفى بقاعده نفي الضرر و الضرار، جواز الإضرار، و ليس

بقاء الغرس بالأجره، ضررا على صاحب الأرض و تداركه، كى يعارض به ضرر التخليص، فيصير قاعده التسلط مرجعا و ذلك لان استفاء منفعه ملك الغير، من أنحاء انتفاعه بملكه، بخلاف تنقيص ملكه بقلع، أو كسر مع الأرش، فإنه إضرار به مع الجبر، فلا يكون الحكم ببقاء الغرس بالأجره و عدم جواز قلعه بالأرش، إلما حجر المالك بهذا المقدار، لقاعده نفى الضرر و الضرار، بخلاف الحكم بالقلع بالأرش، فإنه مخالف لهذه القاعده، و قاعده التسلط.

فان القلع بدون رضاء مالك الغرس، على خلاف تسلطه على ماله، و ان كان من جهه تخليص أرضه على وفق القاعده، و من المعلوم أنّ قاعده نفى الضرر، تقدم على قاعده التسلط، كسائر القواعد.

لا يقال: ربّما يوجب حجر المغبون، و عدم تسلطه على تخليص أرضه، ضررا عليه، لأجل نقص قيمه الأرض أحيانا بذلك.

فإنه يقال: لا بأس به، فان الضرر الناشى من قبل حجر المالك بقاعده نفى الضرر، لا ينفى بها، كما يظهر من روايه سمره بن جندب (١)، فتأمل.

و قد انقدح بما ذكرنا، أنه لا فرق بين ما نحن فيه، و بين مسأله التفليس، حيث ذهب الأكثر فيها إلى أنه ليس للبائع الفاسخ، قلع الغرس، و لو مع الأرش. و ما ذكره من الفرق، يكون حدوث ملك الغرس فى ملك متزلزل فيما نحن فيه، فحقّ المغبون، أنما تعلق بالأرض قبل الغرس، بخلاف مسأله التفليس فيه، أنه ليس للمغبون حقّ فى الأرض أصلا، و أنما كان له الخيار، و حق فسخ العقد، أو مجرد جواز فسخه، أو استرداد العين، بلا تعلق حق له بالعين، كما مرّت إليه الإشاره، فتدبر جيّدا.

قوله (قدس سره): (من حصول الاشتراك قهرا لو كانا لمالكين - إلخ-).

قد عرفت أنّ قضيه الفسخ، هو رجوع كل من العوضين الى ملك صاحبه الأول حقيقه، أو تقديرا، فالاجزاء الخليه هيهنا بالفسخ يصير ملكا للآخر، فيحصل الاشتراك قهرا، حيث كان كل من الممتزجين لمالك، كما

فى صوره الامتزاج بالجنس، حيث لا وجه للاشتراك الا ذاك، و مجرد التفاوت بتغير الحقيقه فى أحدهما دون الآخر، لا يوجب اختلافهما فى الحكم بعد الاتفاق، مع عدم التمكن من رد نفس العوض، كما لا يخفى. فلا يكون الامتزاج بغير الجنس، كالتلف الرافع للخيار، مع ما فى كون التلف واقعا من النظر، بل المنع، كما يأتى.

[بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن]

قوله (قدس سره): (فمقتضى ما تقدم من التذكرة فى الإخراج عن الملك - إلخ -).

ربما يقال بان سقوط الخيار بالخروج عن الملك، لا يقتضى سقوطه بالتلف، إذ مع الخروج لا يمكن الفسخ، لا لامتناع رجوع كل عوض الى ملك صاحبه الأول، و هو قضيه الفسخ، كما عرفت، و عدم امتناعه مع التلف لصحة اعتبار رجوع التالف الى ملك صاحبه الأول بعد الفسخ، كما كان فى ملك الآخر قبله. و كون غرامته عليه لضمائه، لا يمنع عن الرجوع، و لا يكون من باب الجمع بين العوض و المعوض، كما مرّت إليه الإشارة، فيصح اعتبار الفسخ فيه لذلك.

نعم لو قام دليل على نفوذ الفسخ مع الخروج، فلا مناص عن اعتبار الرجوع تقديرا، كما مرّ، أو المنع عن كون قضيته، رجوع كل عوض بنفسه الى صاحبه، بل بماليتها، و لو ببدله من قيمته أو مثله، فيما إذا لم يتمكّن عن رجوعه بعينه، لكنه عرفت ان الفسخ ليس معاوضه جديده، بل حل العقد السابق، و من الواضح أنه بين العوضين بعينهما، فلا بد من رجوع البديل بالفسخ من ذاك الاعتبار، و ألّا لم يكن بفسخ أصلا، كما لا يخفى. و لا يكاد يصار اليه، ألّا إذا كان دليل على نفوذ الفسخ، فيما إذا تعذر الرد حقيقه، فافهم.

قوله (قدس سره): (فاذا فسخ غرم قيمته يوم التلف، أو يوم الفسخ - إلخ -).

أو يوم الدفع، وجوه، أضعفها الأول، حيث لا منشأ له ألّا توهّم أنه لا بد فى البيع المترزل، من اعتبار بقاء العين و لو ببدلها، فيكون الى البديل يوم

التلف، و هو كما ترى. و يتعين الوجه الثانى، بناء على ان يكون التّنزل الى البدل بعد الفسخ ابتداء فى صورته التّلف، و اما على ما عرفت من ان قضيه الفسخ، رجوع ملك نفس العين مطلقا، و أنّما يكون دفع المثل أو القيمة غرامه عنها، فالمتيقن هو القيمة يوم الدّفْع، فإنه يوم الخروج عن عهدها، و لا يكاد يكون الّا بدفعها أو بدلها فى هذا اليوم، كما لا يخفى. و بذلك قد انقذح الحال فى بعض الفروع الاتيه، فتأمل.

[مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كلّ معاوضه ماليه]

قوله (قدس سره): (الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كلّ معاوضه ماليه بناء على الاستناد- إلخ-).

و عدم الحاجه فى الاستناد الى نفى الضرر، الى الجبر بعمل معظم الأصحاب، و الّا فلا يصحّ الاستناد إليه فى ثبوته فى غير البيع، لعدم ظهور الاستناد من المعظم اليه، الّا فى البيع.

قوله (قدس سره): (و لعله للإقدام فى هذين على رفع اليد- إلخ-).

يمكن منع كون مثل هذا الاقدام على الضرر مانعا عن نفيه، فإنه لا دليل على استثناء صورته الإقدام مطلقا، بل الوجه فى خروج صورته الإقدام، إنّما هو عدم المنه فى نفيه مع الاقدام، مع كونه فى مقام المنه، ففى كل مقام لم يكن هناك منه فى نفيه، كان الإقدام مانعا عن نفيه، بخلاف ما إذا كان هناك المنه، كما إذا لم يكن هناك إقدام أصلا كالمقام، حيث ان المصالح لو فرض انه أقدم باعتقاد النفع، أو عدم الضرر، أو رجاء ذلك، فلا شبهه فى أنّ نفيه يكون منه. نعم لو فرض اقدامه عليه بدون ذلك، بل كائنا ما كان، فلا منه مع اقدامه كذلك فى نفيه، و يكون كالإقدام مع العلم، و لا يبعد ان يكون الإقدام على الصّٰلِح فى مقام رفع الخصومه كذلك، بل يمكن ان يقال:

انّ الصّٰلِح فى هذا المقام، و لو لم يكن بذاك الاقدام، لا- منه فى الحكم بجوازه لنفى الضرر، بل الحكمة تقتضى لزومه دفعا للتّشاجر و الخصومه، و فيه كمال المنه، فتدبّر.

[مسأله اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى]

قوله (قدس سره): (فلا يخفى ان هذا العموم فى كل فرد من موضوع الحكم، تابع لدخوله تحت العموم- إلخ-).

حيث أنّ عمومه إلا زمانى المستفاد من الإطلاق، لم يلحظ بحيث

يوجب كون كل فرد من أفراد الموضوع أفراداً كثيره، بحسب كثره الساعات أو الأيام، فيكون كل عقد في كل ساعه أو يوم فرداً من العام، كيلاً- يكون مناص عن الرجوع اليه فيما شك في تخصيصه من الأفراد، لا كلام، بل غايه ما يستفاد من الإطلاق، هو استمرار الحكم لكل فرد لم يخرج عن العام. واما الخارج في الجملة، فالمتبع فيه إذا شك في زمان في كونه محكوماً بحكمه، أو بحكم الخاص، هو استصحاب حكمه، لا- أصاله العموم، لعدم كونه في هذا الزمان فرداً شك في تخصيص العام به، كتخصيصه به في الزمان الأول، بل هو فرد واحد خصص به العام هذا.

قلت: نعم، لو كان خروجه عن تحت حكمه في الزمان الثاني، لا من الأول. واما إذا كان خروجه من الأول، و شك في مقدار خروجه، فلا بد من الاقتصار على المقدار المتيقن من الخروج، و الرجوع الى حكم العام في القدر الزائد، مثلاً لو شك في طول الخيار المجلس و قصره، و كذا فيما هو المعتبر في الصيرف و السلف من القبض في المجلس، كان المرجع في المقدار الزائد على المتيقن، هو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) اقتصاراً على المقدار المتيقن من التقييد، و ذلك لان احكم الواحداني المستمر المتعلق بكل عقد في «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» قد انقطع فيما إذا دل دليل على حدوث الخيار في عقد بعد لزومه، فلا وجه للرجوع إلى إطلاقه، حيث لم يكن العقد في غير ما علم فيه الخيار من الزمان، مشمولاً له على حده، كي يرجع اليه ما لم ينهض دليل على تقييده، بخلاف ما إذا كان تقييده، من الأول، فإن إطلاقه يقتضى وجوب الوفاء به، بعد تقييده بما علم التقييد به، فذاك الحكم الواحداني المستمر، انما يكون متعلقاً به بعد مضي الزمان المعلوم خروجه فيه، فلا انقطاع له أصلاً، بل غايته عدم تعلقه به، ألا بعد زمان و كان مقتضى الإطلاق تعلقه بمجرد انعقاده.

و مما ذكرنا قد انقذح ان حال انقطاع الحكم عن الآخر حال عدم

تعلّقه من الأوّل، و أنّه لا بدّ من الاقتصار فى انقطاعه بالمقدار المعلوم، و البناء على حكم العام الى زمان علم التقييد، و انقطاعه فيه. فتأمل جيدا.

كما انقدح أنّ خيار الغبن ان كان من الأوّل، فالمرجع هو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) فيما لم يعلم ثبوته، و ان كان بعد ظهور العين، فالمرجع هو استصحاب الخيار، بناء على المسامحة فى موضوع الاستصحاب، و أصاله عدم تأثير الفسخ، بناء على المداقّه فيه.

قوله (قدس سره): (لما عرفت سابقا من ان مرجع العموم الزمانى - إلخ-).

قد عرفت أنّ ذلك أنّما يمنع عن الرجوع اليه بعد عروض الانقطاع عليه، لا عن الرجوع اليه بعد مضى الزمان الذى علم تقييده، و عدم ترتّب ذاك الحكم الاستمرارى عليه فيه من الأوّل، فيكون إطلاق «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» دليلا- على كون الخيار على الفور، بناء على ثبوته من الأوّل، لا بعد ظهور الغبن، كما ان قضيتته الاستصحاب، أنّه على التراخى، بناء على انه بعده، حيث أنّه شكّ فى بقاء الخيار للمغبون بعد القطع بثبوته له، و لا يعتنى باحتمال ان يكون الموضوع له، هو الذى لا يتمكّن من تدارك ضرره أصلا، و إلّا لا نسدّ باب الاستصحاب فى الأحكام بالمرّه، كما لا يخفى.

و لا وجه لاستظهار ذلك من حديث «لا ضرر و لا ضرار» (٢)، إذ غايه دلالته، ثبوت الخيار للمتضرّر، و لا اشاره فيه الى أنّ المدار على عدم التمكن من التدارك، كما هو واضح.

قوله (قدس سره): (و ليس ترك الفحص عن الحكم الشرعى منافيا لمعدوريته - إلخ-).

لإطلاق حديث نفي الضرر، و كمال المنه فى نفيه عن تارك الفحص، و ان كان متمكّنا من الفسخ معه، و هذا هو الوجه فى معدوريته

١- المائدة: ١.

٢- وسائل الشيعه: ١٧- ٣٤١- ب ١٢- ح ٣.

الجاهل بالفوريّه، و ان تمكنه من الفسخ ليس بضائر، و الّا كان التّمكّن منه فى الصوره الأولى ضائرا.

و بالجمله، وجه المعدوريّه و هو الإطلاق و المنه فى النفى مع الجهل، مشترك بينهما، كما لا يخفى. و بذلك قد انقذ وجه معدوريه الشّاك فى ثبوت الخيار، فتدبّر جيّدا.

[الخامس خيار التأخير]

إشاره

قوله (قدس سره): (من ان الصبر أبدا مظنه الضرر - إلخ-).

لا يخفى ما فى الاستدلال بقاعده نفي الضرر و الضرار فى ثبوت الخيار من النظر، حيث ان الضرر هيهنا أنّما هو ناش من تأخير القبض، لا فى نفس المبيع، كى يوجب نفي ما لولاه، كان له من لزوم الوفاء به، و لا وجه لأن يتدارك ضرر ناش من قبل شىء ينفى حكم شىء آخر أصلا، كما لا يخفى. و كيف يصح الاستدلال به على ثبوت الخيار، مع اعتبار أمور فى ثبوته، مع اختلاف الجلّ، لو لا الكلّ، الّا ان يدعى نهوض الإجماع أو غيره على التخصيص، و هو بعيد فتأمل.

قوله (قدس سره): (الّا أنّ فهم العلماء و حملهم على نفي اللزوم (١) - إلخ-).

لا- يخفى أنّه لا يكاد يقربه فهمهم، بحيث صح لنا الاستناد الى الاخبار، فى ثبوت الخيار، إلّا إذا كان هناك اطمينان بظفرهم بما لو ظفرنا به لكننا نفهمه منها، كما فهموا، و لا اطمينان. نعم يمكن ان يقال: أنّ مثل هذا التركيب، و ان كان بحسب أصل الوضع لنفى الماهيّة، الّا أنّه حيث قد غلب استعماله فى نفي صفه الصّحّه، أو الكمال، أو غيرهما من الأحكام، كما فى «لا صلاه إلّا بفاتحه الكتاب» (٢) بناء على وضع أسامى العبادات للأعمّ، و «لا صلاه لجار المسجد إلّا فى المسجد» (٣) و «لا ضرر و لا ضرار» (٤) و نحوهما،

١- و فى المصدر: و حملهم الاخبار على نفس اللزوم.

٢- وسائل الشيعه: ٤- ٧٣٢- ب ١- ح ١.

٣- وسائل الشيعه: ٣- ٤٧٨- ب ١- ح ١.

٤- وسائل الشيعه: ١٧- ٣٤١- ب ٢- ح ١.

فيراد منه نفى احدى هذه الصفات، حسب اختلاف المقامات، و ملاحظه مناسبه الموضوعات، لا يبعد دعوى ظهور الأخبار فى إرادته نفى اللزوم، لبعده بطلان البيع، و ارتفاعه بنفسه بمجرد التأخير، يؤيده فهم الأصحاب، فتأمل.

[ثم أنه يشترط فى هذا الخيار أمور]

[أحدها عدم قبض المبيع]

قوله (قدس سره): (ثم أنه يشترط فى هذا الخيار أمور، أحدها عدم قبض المبيع - إلخ-).

لو كان الإجماع مدركا لهذا الخيار، فلا محيص عن اعتبار هذه الأمور، للاقتصار على المقدار المعلوم. و لو كان المدرك هى قاعده نفى الضرر و الضرار، فلا- وجه لاعتبار الجلّ، لو لا الكلّ، ضروره أنّ المدار فى ثبوت الخيار حينئذ، ثبوت الضرر، أو الضرار، و لا شبهه فى ثبوت الضرر مع فقدان بعضها، كما لا يخفى. و اما لو كان المدرك هو الأخبار، فظاهر بعضها و ان كان عدم الاعتبار الّا بعدم قبض المثلث، كما هو ظاهر روايه على بن يقطين (١). و ظاهر بعض الآخر اعتبار عدم قبض الثمن (٢). و التوفيق بينهما كما يكون بتقييد إطلاق كلّ بالآخر، كى يعتبر عدم قبض الثمن و المثلث معا، كذلك يكون بالحمل على كفايه عدم قبض أحدهما، الّا أنّ التوفيق الأول لو لم يكن بأظهر، فليس الثانى كذلك، أى بأظهر، و الأصل يقتضى اعتبار عدمها، فتدبر.

قوله (قدس سره): (مع إمكان إجراء أصاله عدم التشديد - إلخ-).

لا- اعتبار بمثلها، الّا من باب الأصل المثلث، مع أنّ التشديد كالتخفيف، من الكيفيات التى تكون الكلمه توجد اما مكيفه به، أو بعهد، فلا حاله سابقه لها يستصحب، و ليست من الأصول العقلانيه، حيث لم يحرز بناء العقلاء على العدم عند الشك، هذا، مع معارضتها بأصاله عدم التشديد فى قبض، فلا تغفل.

١- وسائل الشيعه: ١٢-٣٥٧- ب ٩- ح ٣.

٢- وسائل الشيعه: ١٢-٣٥٦- ب ٩- ح ٢.

قوله (قدس سره): (و كلاهما ممكن الاندفاع بأخذ المبيع مقاصه - إلخ-).

يمكن ان يقال ان خيار التأخير، انما كان ارفافا بالبائع من جهة الضرر الناشى من قبل تأخير الثمن، لا من جهة كون المبيع فى ضمانه، و تلفه منه قبل قبضه. و المقاصه ربما لا يكون جائزه بحدود هذه الخيار، مع انه ربما لا يندفع الضرر فيما كانت قيمه العين اقل من الثمن، بل و لو كانت ازيد إذ حينئذ لا يمكن أخذ تمامها مقاصه، و أخذ بعضها المساوى للثمن مساوق للتملك المشترى لبعضها، بلا- عوض، مع انه ربما لا- يكون قابلا للتبعض، أو يكون تبعضه موجبا للتنقيص، و معه لا يبعد ان لا يكون مجالا للمقاصه فتأمل جيدا.

[الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا أو شبهه]

قوله (قدس سره): (و اما حديث نفى الضرر (١)، فهو مختص بالشخصى - إلخ-).

قد عرفت فى بعض الحواشى، ان ضرر تأخير الثمن مع استحقاقه له معجلا، و لو كان مشروطا بتمكينه من الإقباض مع تمكينه، كاف فى ثبوته الخيار، إرفاقا به، فلا اختصاص له بالشخصى.

قوله (قدس سره): (و لا مناسبه فى إطلاقه على الكلى - إلخ-).

المناسبه فى الكلى المعرض للبيع المتعهد به فى الذمه، هى المناسبه فى العين، كما لا يخفى، فنفى المناسبه فيه، و إثباتها فيها، تحكّم، و لفظ الشىء يعمّ المعين و الكلى، كما افاده. و دعوى ظهوره فى الموجود الخارجى، لا بينه و لا مبيته، فلا يبعد دعوى دلالة بعض الاخبار، على ثبوت الخيار فى الكلى أيضا، و يؤيده حديث نفى الضرر و الضرار، و يساعده لاعتبار، فتدبر.

[يسقط هذا الخيار بأمور]

[أحدها إسقاطه بعد الثلاثه]

قوله (قدس سره): (و من ان العقد سبب الخيار، فيكفى وجوده فى إسقاطه - إلخ-).

لا- يخفى ان العقد ليس سببا له، بل السبب انما هو التأخير، فلا يكفى وجوده فى إسقاطه، و لو قيل بكفايه وجود السبب فى إسقاط السبب، و التهيؤ

الحاصل بالعقد للخيار، غير الخيار، مع أنه لم ينهض دليل على سقوطه بالإسقاط. اللهم إنا ان يقال: بأنه إسقاط لما يثبت بعد الثلاثه فيثبت بعدها بالتأخير، فيسقط به، و ليس هذا من إسقاطه ما لم يثبت، كى لا يعقل، فافهم. و ما ادعاه من فحوى الاشتراط، ففيه انه لا يرى أولويه فيه من الاشتراط، ضروره انه يكون بالشرط ما لم يكون بدون، فتأمل.

[الثانى اشتراط سقوطه فى متن العقد]

قوله (قدس سره): (فان الشرط أنه يسقط به ما يقبل الإسقاط بدون الشرط - إلخ-).

و قد عرفت ان الإسقاط ههنا لا يعقل، فإنه إسقاط لما لم يثبت، و عليه فلا يكاد يمكن تحقق إجماع على السقوط بالشرط، كما لا يخفى. نعم يمكن تصحيحه بان يقال، انه شرط سقوطه بعد ثبوته، فيثبت بعد الثلاثه أنا ما، فيسقط، كما أشرنا إليه فى تصحيح الإسقاط، فلا تغفل.

[الثالث بذل المشتري للثمن بعد الثلاثه]

قوله (قدس سره): (و دعوى ان حدوث الضرر قبل البذل، يكفى فى بقاء الخيار، مدفوع - إلخ-).

فيه ان حدوث الضرر و ان كان لا يكفى بمجرده فى بقاء الخيار، لعدم دلالة حديث نفى الضرر (١)، إلا على ثبوته و عدم لزوم البيع فى الجملة فى حاله الأولى، من غير تعرّض للحاله الأخرى، كما لا يخفى، إلا أنه بضميمه استصحاب الخيار، كاف فى بقاء الخيار، و انما يكون الأحكام المترّبه على نفى الضرر، تابعه للضرر الفعلى، لو كان حديث النفى دالا على كون الضرر عله تامه منحصره، و دون إثبات ذلك خرط القتاد، و إلا فمن المحتمل ان يكون حدوثها بسبب الضرر، و بقاؤها بسبب آخر، فتدبر.

[الرابع أخذ الثمن من المشتري]

قوله (قدس سره): (الرابع أخذ الثمن - إلخ-).

فيه إشكال، فإن أخذ الثمن ههنا، ليس إلا كأخذه فى خيارى المجلس و الحيوان، فكما لا يكون هناك مسقطا، لعدم كونه بمجرده تصرفا كاشفا عن الرضاء بالمعامله، و إمضائها، بل يحسب تتمه لها، كذلك ههنا،

كما لا يخفى.

[مسألة في كون هذا الخيار على الفور أم لا قولان]

قوله (قدس سره): (و قد عرفت ان الأقوى الفور- إلخ-).

قد عرفت بما حققناه في بعض الحواشي السابقة، أنّ الأقوى في مثل المقام، مما لم يكن الخيار من الأول التراخي، للاستصحاب، كما قوّاه أخيراً، و الفور فيما كان من الأول، فتذكر.

[مسألة لو تلف المبيع بعد الثلاثة كان من البائع]

قوله (قدس سره): (و قد يعارض النبوي (١) بقاعده الملازمه بين النماء و الدرك- إلخ-).

إنّما يعارض بها إذا كان الثالف ملكاً للمشتري، و قد كان تلفه على البائع، حتى كان ضمانه على البائع، مع كون منافعه و نمائه للمشتري، كى ينافى قاعده الملازمه. و اما إذا صار ملكاً للبائع آناً، قبل التلف و لو تقديراً، كما هو المراد بالنبوي على ما يأتي، فلا يعارض بها، حيث ان التلف حينئذ ليس الّا كالفسخ الموجب لانفساخ البيع و انحلاله، و ليس ضمان البائع للمبيع في صورته التلف قبل القبض، الّا تلفه في ملكه، كما في التلف بعد فسخ البيع، و هو لا ينافى قاعده الملازمه، كما لا يخفى.

[مسألة لو اشترى ما يفسد من يومه]

قوله (قدس سره): (لكن المراد من اليوم، اليوم و ليله- إلخ-).

لكن الظاهر من اليوم في الروايه (٢)، ما قابل الليل لوضعه له و قرينه المقابله، كما لا يخفى. و مجرد كون الخيار حينئذ، لا يجدى للبائع شيئاً لو سلّم، لا يصلح قرينه لإرادته اليوم بليته، مع أنّه يجدى، فإن الغالب فيما يفسد ليومه، عدم الوصول الى التلف، و عدم الانتفاع به أصلاً، فيتدارك بالخيار، ضرر عدم الوصول اليه، الّا بالاختيار. اللهم الّا ان يكون مدرك هذا الخيار عندهم، حديث نفى الضرر و الضرار (٣)، و عليه فلا وجه للتحديد بهذا المقدار، بل يختلف زياده و نقيصه، كما هو واضح.

١- مستدرک الوسائل: ٢- ٤٣٧.

٢- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٥٨- ب ١١- ح ١.

٣- وسائل الشيعه: ١٧- ٣٤١- ب ١٢- ح ٣.

السادس خيار الرؤية

إشاره

قوله (قدس سره): (منها صحيحه جميل بن درّاج (١) - إلخ-).

و تقريب الاستدلال بها، يتوقف على ان يكون الحكم بثبوت خيار الرّؤية، لأجل كون البيع بتوصيف القطعه بما لا يكون فيها، لا لمجرد عدم رؤيتها، كما هو ظاهرها. ألّا ان لا تكون الرّوايه، ألّا بصدد بيان ان بيع الصّبيغه، مع عدم رؤيه قطعه منها، يكون معرضا لخيار الرّويه المعهود، من دون ان يكون بصدد بيان ما يعتبر فيه، فتأمل.

[مسأله مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه الغائبه]

قوله (قدس سره): (و المسأله محلّ اشكال (٢)، و أشكل من ذلك - إلخ-).

و التحقيق في حسم مادّه الإشكال، إذ ان الذى يرتفع به الغرر حقيقه و هو نحو اطلاع و إحاطه بالمبيع، يختلف ما يحقّه في العين الحاضره و الغائبه، فربّما في العين الحاضره ذاك الاطلاع، و ان لم يطلع على بعض ما لا يرتفع الغرر في الغائبه، ألّا بالاطلاع عليه بالتوصيف، ضروره أنّه لا- غرر حقيقه في الأعمه الحاضره التي يراها المشتري، و ان لم يطلع على أنّه حبشيه، أو غيرها مثلا، و لا يكاد يرتفع الغرر في الغائبه، ألّا بالاطلاع على ذلك، و سرّ ذلك ان الاطلاع الحاصل بالرّويه، لا يكاد يحصل بالوصف، و ان اطلع به على بعض ما يخفى معها من الأوصاف، و من هنا ظهر أنّ المراد في صحّحه بيع العين الغائبه على ذكر ما يرتفع به الغرر، من دون خصوصيه في ذكر الأوصاف التي يختلف بها قيمه أو الرغبات، و لكن لا- يخفى أنّ المدار في خيار الرّويه على التّخلف عما ذكر له من الأوصاف، و ان لم يكن مما له دخل في رفع الغرر أصلا.

قوله (قدس سره): (و يمكن ان يقال: ان أخذ الأوصاف في معنى الاشرط - إلخ-).

كيف و في الأوصاف ربما يكون ما له دخل في حقيقه المبيع، و يكون تخلفه موجبا لبطلان البيع بلا اشكال و لا خلاف، كما يأتي منه

١- وسائل الشيعه: ١٢ - ٣٦١ - ب ١٥ - ح ١.

٢- و في المصدر: و المسأله لا يخلو عن اشكال.

(قدس سره)، فيكون أخذه موجبا للغرر، هذا، مضافا الى ان الغرر حينئذ في نفس الشرط، و الغرر في الشرط كما يوجب بطلانه، يوجب بطلان البيع، و لو نقل بفساده، بفساد الشرط، لاستلزام الغرر فيه، الغرر في البيع، فغائله الغرر لا تكاد تندفع إلا بأنه لا غرر مع ذكر الأوصاف و الإخبار بالاتصاف، كما لا يكون غرر في المقدار، مع الإخبار بوزنه أو كيله.

قوله (قدس سره): (لعدم الدليل على البطلان بعد انعقاده صحيحا- إلخ-).

هذا لو كان مراد القائلين بالبطلان، بطلان البيع من حين ظهور الخلاف. و اما لو كان مرادهم بطلانه من رأس، كما هو ظاهرهم، فلا مساس له بمرامهم، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (و يضعف بان محل الكلام في تخلف الأوصاف التي لا توجب مغايره الموصوف للموجود عرفا- إلخ-).

و لا يوجب تقييد البيع و لا المبيع أصلا، و ان كانت داعيه الى البيع، أو مؤكده لداعيه، لأن ظهور الخلاف فيها، كما لا يوجب البطلان، و هو واضح، لا يوجب تخلفها الخيار، إذ ليس حالها، إلا كما إذا تخيل الاتصاف به، مما لا اتصاف به من الأوصاف في العين المرثيه، فكما لا يوجب الخيار هناك، لا يوجه ههنا، فيشتري لذلك، بل خصوص الأوصاف التي يوجب ذكرها نوعا، ما لم تقم هناك قرينه على الخلاف، تقييد البيع، أو المبيع ببعض مراتبهما، لا- مطلقا، و إلا لأوجب تخلفها البطلان، لانتفاء المقيّد بانتفاء قيده.

و بالجمله محل الكلام فيما كان التقييد بالأوصاف بنحو التعدد المطلوبى. و عليه فلو تردّد الأمرين كون الوصف ممّا يوجب التقييد هكذا، أو لا يوجهه، فأصالة الإطلاق محكمه، فلا خيار مع التخلف. و لو تردّد بين كونه ممّا يوجهه هكذا، أو يوجهه مطلقا، فيتردّد ما وقع بين ان يكون عقدا مع التخلف، و ان لا- يكون ضروره أنه لا يكون عقدا معه، لو كان التقييد به مطلقا، حيث أنه يظهر بالتخلف أنه لم يكن ما قصد بيعه، و ما يكون لا يقصد

بيعه، فلم يتحقق بعد، بيع و لا- عقد، كى يصح التمسك بإطلاق مثل «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) أو عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) فيكون أصاله عدم البيع العين الموصوفه مع التخلف، محكمه، فتأمل جيدا.

[مسأله الأكثر على أن الخيار عند الرؤيه فورى]

قوله (قدس سره): (و لم أجد لهم دليلا صالحا على ذلك- إلخ-).

و انما يتم ذلك لو كان الخيار ثابتا من الأول، و اما لو كان الخيار من حين ظهور الخلاف، فاستصحابه كان محكما، كما عرفته فى خيار الغبن، فراجع.

[مسأله يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفا و بإسقاطه بعد الرؤيه و بالتصرف بعدها]

قوله (قدس سره): (و جهان مبنيان على أن الرؤيه سبب أو كاشف- إلخ-).

يمكن ان يقال بجواز الإسقاط، و لو بناء على كون الرؤيه سببا، بان يكون إسقاطا لما ثبت بعد الرؤيه ليثبت، فيسقط، لا أن يكون إسقاطا فعلا، كى يكون إسقاطا لما لم يثبت، فتدبر جيدا.

قوله (قدس سره): (لو جعلت الرؤيه شرطا لا سببا، أمكن جواز الإسقاط- إلخ-).

لا يكاد يمكن إلا بما تبيننا عليه فى الحاشيه السابقه، ضروره أنه لا يتفاوت فى عدم معقوليه إسقاط ما لم يثبت بين ان يكون عدم الثبوت، لعدم السبب، أو لعدم الشرط. نعم لو جعل الإسقاط، إسقاطا لما ثبت فعلا بالسبب من التهيؤ، فهو و ان كان يعقل، إلا انه يحتاج الى دليل، فلعله لم يكن من قبيل الحقوق قابله للإسقاط، بل كان من قبيل الأحكام.

قوله (قدس سره): (فان الخيار حكم شرعى لو أثر فى دفع الغرر، جاز بيع كل مجهول مترزلا- إلخ-).

هذا، مضافا الى أنه لا يكاد ان يكون دفع الغرر بالخيار، إلا على وجه دائر، ضروره توقف صحه البيع حينئذ على ثبوت الخيار، و هو يتوقف

١- البقره: ٢٧٥.

٢- المائده: ١.

على صحته، فإنه لا يكاد يكون خيار بدونها، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (ألا أنه لأجل سبب الخيار، وهو اشتراط تلك الأوصاف - إلخ-).

لا- يخفى ان دفع الغرر، لا- يتوقف على اشتراط تلك الأوصاف، ضروره اندفاعه بالعلم بالصفات، أو الاطمئنان الحاصل بإخبار البائع، أو غيره، كما تقدم منه- قدس سره- أيضا، و كان الخيار لأجل دفع الضرر، و لو كان نقض الغرض، لا النقص، لا لأجل تخلف الشرط، كما كان في خيار العيب، و لو سلم انه ههنا بالاشتراط، فشرط سقوط الخيار، أنما ينافيه، إذا كان الاشتراط علّه تامه، دون ما إذا كان مقتضيا له، فان الشرط حينئذ و ان كان يمنعه عن التأثير فيما يقتضيه، إلا أنه لا ينافيه، بل ربّما يؤيده حيث التزم باقتضائه، و صار بصدد إبداء المانع عن التأثير فعلا فيه، فتأمل جيدا.

[مسألة لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت]

قوله (قدس سره): (و من المعلوم عدم نهوض الشرط لإثبات ذلك - إلخ-).

انما لا ينهض فيما علم أنه لا بد في كل واحد من انفساخ العقد و التملك من سبب خاص، كما علم في الزواج، و الطلاق، و في غيره، فالشرط ناهض به، لعموم دليله، كما سيأتي توضيحه.

قوله (قدس سره): (و فيه أنه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف - إلخ-).

فيه أنّ الشرط و ان كان معلقا على ظهور الخلاف، ألا انه شرط البيع مطلقا، و فساده يوجب فساده مطلقا، لا أنّ الشرط أنّما يكون في صورته ظهور الخلاف، كي يختص فساده بهذه الصورة، فافهم.

[مسألة لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه و قال المشتري قد اختلف]

قوله (قدس سره): (و كيف كان فيمكن ان يخدش بأن المشتري - إلخ-).

و الاولى ان يخدش بان الاختلاف ان كان من جهه الاختلاف في ذكر بعض الأوصاف، و عدم ذكره، فالأصل عدم ذكره و التقييد به، و ان كان من جهه الاختلاف في ظهور الخلاف و عدمه، فالأصل عدم ظهور

الخلاف. و ما افاده- قدس سره- بقوله «و يمكن دفع ذلك- إلخ-» فيه أنه و ان كان الاشتراط بنحو التقييد، ألا أنه بنحو التعدد المطلوب، و إنما لزم البطلان، مع ظهور الخلاف لا الخيار، و معه يكون البيع متعلقًا بالعين الملحوظه فيها صفات موجوده، أو ما يعمها لا محاله، و إنما الشك في تقييدها في المرتبه الأقصى من المطلوب بالصفات المفقوده، فأصالة عدم التقييد بها محكمه، و اللزوم من أحكام العقد على شىء بلا تقييده بما هو فاقده، فموضوع اللزوم محرز ههنا بالأصل و الوجدان. و قد انقذ بذلك أنه هنا ليس مجالًا، لأصالة البراءة أصلاً، بعد ما كان الأصل فيما هو سبب الشك فيها جارياً، كما لا يخفى. فتدبر جيداً.

[السابع خيار العيب]

إشارة

قوله (قدس سره): (و إنما ترك اشتراطه صريحاً، اعتماداً على أصالة السلامه- إلخ-).

لا يخفى أن إطلاق العقد لو كان مقتضياً للاشتراط، كما افاده قدس سره، كان هو المعتمد في ترك الاشتراط صريحاً، لا أصالة السلامه، مع أن الاعتماد عليها لا يكاد يجدى في الاشتراط شيئاً، غايته يجدى في إحراز السلامه و رفع الغرر كالقطع، مع ان رفع الغرر ههنا انما يكون بالاشتراط الدال عليه بالإطلاق، على ما تقدم منه قدس سره، من رفع الغرر في الأوصاف باشتراطها.

و بالجملة، أصالة السلامه أنما تكون مجديه في رفع الغرر، فيما إذا لم يكن قضيه الإطلاق، أو ظهور الإقدام اشتراطها، و عليه لا يكون قضيه الاعتماد عليها في إحرازها، إلا رفع الغرر كالقطع بها، لا اشتراطها كما لا يخفى. ففيما لا يجرى فيه أصالة السلامه مما غلب فيه عدمها، كان الإطلاق أو غيره لو كان، مقتضياً لاشتراطها، فلا غرر، و فيما يجرى لم يكن هناك دليل على الاشتراط، لو لم يكن غيرها دليلاً عليه، و لم يكن معه وجه للخيار مع ظهور العيب، لو كان منشئه اشتراط السلامه.

و دعوى ان قضيه الإطلاق أو ظهور الإقدام، انما يكون الاشتراط في خصوص مجرى أصالة السلامه، مجازفه، كما لا يخفى، ضروره عدم الارتباط

بين اعتبارها، وقضيه الإطلاق، أو ظهور الإقدام، مع أنه لو سلم ذلك، لما كان مجدياً فيما أفاد من الاعتماد على أصلتها في الاشتراط، بل على الإطلاق في موارد جريانها، و أين هذا من الاعتماد عليها.

فانقذح بذلك أنّ الاستثناء عن ذكر وصف الصحة، أنّما هو بالإطلاق المقتضى لاشتراطها، أو ظهور الإقدام المقتضى لذلك، فتأمل جيداً.

قوله (قدس سره): (ثم أنّ المصرّح به في كلام جماعه ان اشتراط الصحة في متن العقد يفيد التأكيد- إلخ-).

يعنى أنّه تصرّيح بما ينزل عليه الإطلاق بقرينه الحكمه لو لا التصريح به، أو بخلافه، لا بمعنى افاده الاشتراط لظهور الإطلاق مرّه، و بالتصريح به اخرى، لعدم دلالة الإطلاق، و مع التصريح أصلاً، فإن دلالاته أنّما يكون بقرينه الحكمه، و من مقدّماته عدم البيان كما لا يخفى.

ثم أنّ ذلك لو قيل بان مبنى خيار العيب على تخلف الشرط، فلو لم يكن هناك شرط الصحة، كما إذا قطع بها فبيع و اشترى، لم يكن هناك خيار، و لا أظنّ أحدا يلتزم به. و اما لو قيل بان مبناه الأخبار الداله على ثبوته مع العيب، كان اشتراط الصّحّه موجبا لخيار آخر عند ظهور العيب، غير خيار العيب الثابت بنفس العقد على المعيب، و يشهد بأنّه غيره اختصاصه بأحكام، و آثار، و ثبوته، و لو لم يكن هناك اشتراط أصلاً، كما هو قضيه الأخبار.

قوله (قدس سره): (و يؤيد ما ورد من روايه يونس (١)- إلخ-).

فيه أنّه أنّما يؤيد لو كان خيار التّخلف غير ساقط بمثل الوطى الكاشف عن الالتزام بالبيع و الرضاء به، كما افاده (قدس سره)، و هو ممنوع لما أسلفناه، من ان سقوط خيار الحيوان بمثله، أنّما هو على القاعده، و لذا يتعدى منه الى سائر الخيارات، و لا خصوصيه لخيار التّخلف من بينها.

لا يقال: قضيه اشتراط البكاره لا يعلم تحقّقه أو تخلّفه إلّا بالوطى.

فإنه يعلم بغيره أيضا، كما هو واضح، مع كون الثيوبه عيبا فى الإمام، محل اشكال، بل منع، كما يشهد به ما عن سماعه عن رجل باع جاريه على انها بكر فلم تجدها كذلك، قال: «لا تردّ عليه، و لا يجب عليه شىء انه قد يكون يذهب فى حال مرض أو امر يصيبها» (١).

[مسأله ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش]

قوله (قدس سره): (و لذا لم يبطل البيع فيما قابله من الثمن - إلخ-).

كيف و لم يكن البيع إلّا التّمليك بالعوض، و ما يكون قابلاً للتّمليك و التّمليك، ليس إلّا نفس العين، فيكون الثمن بتمامه بإزائها، غاية الأمر وصف الصحه كسائر الأوصاف فى الجملة، يوجب ازدياد الرّغبه الموجهه لبذل زياده على ما يبذل بإزاء فاقدها.

قوله (قدس سره): (ثم منع كون الجزء الفائت - إلخ-).

لا يخفى أنّه إذا كان المبيع شخصيا على ان يكون له مقدار كذا، لم يكن فيما إذا ظهر ناقصا إلّا فاقدا للوصف و الكميّه المأخوذه فيه، لا للجزء، ضروره أن الكميّه كالكيفيه من الأوصاف، كيف و اعتبار الشىء جزءا و داخلا، يباين أخذه شرطا و خارجا كما لا يخفى، فافهم.

قوله (قدس سره): (بل الإجماع، على التخيير بين الرد - إلخ-).

و دعوى الإجماع، مع مخالفه الشيخ، و احتمال ان يكون بعض القائلين به أنّما قال به بتوهم انه مقتضى القاعده، لا يخلو عن اشكال، و ان كان مخالفه المشهور فيما صار و اليه أشكل، و ذاك يمنع عن حصول الوثوق بظفرهم بقربنه فى الاخبار، لكننا نصار الى ما صار و اليه، لو كنا ظفرنا.

قوله (قدس سره): (و ان كان ظاهر كثير من كلماتهم توهم حدوثه بظهور العيب - إلخ-).

لكنه قد عرفت انه منزّل على المتعارف من التعبير عما هو موضوع للاحكام بمثل إذا ظهر لك كذا أو علمت كذا مع ان الموضوع لها نفس

الواقعات و ذلك لأجل دخل مثل العلم فى ترتيب الإطعام عليها و العمل على وفقها كما لا يخفى فتدبر.

قوله (قدس سره): (و يؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب، ان استحقاق المطالبه بالأرش - إلخ-).

وجه التأييد وضوح أنّ الأرش يكون بإزاء وصف الصّححه، و تداركا لفقدائها، لا بظهور العيب و الفقد، فليكن العيب سببا للتّخيير بينه و بين الرّد، لا- ظهوره. و فيه أنّه لا- ضير فى ان يكون ظهوره سببا، لا- أقل شرطاً، لاستحقاقه الأرش بإزاء العيب، فلا يكون التأييد بذلك خاليا عن شائبه المصادر.

[القول فى مسقطات هذا الخيار بطرفيه أو أحدهما]

[مسأله يسقط الرد خاصه بأمور]

[الثانى التصرف فى المعيب]

قوله (قدس سره): (و يدل عليه مرسله جميل (١)- إلخ-).

لا يخفى أنّ المرسله أنّما تدل على أنّ تعيين المبيع، و عدم قيامه بعينه بما هو تغيير، مانع عن التّخاير و اختيار الرّد، و أين هذه من الدّلاله، على ان تصرف المشتري فيه بما هو تصرف منه، موجب لمضى البيع عليه، لرضائه به، و التزامه، على ما أسلفناه فى خيار الحيوان، من ان تصرف المشتري فيه بما لا- يكون إلّا من المالك تخاير و اختيار، لمضيه، أو تعبّدا، كما احتمله- قدس سره- ههنا.

و قد انقدح بذلك أنّه لا معارضه بينها، و بين الصحيحه (٢) أصلا، و ذلك لأنّها يكون فى مقام بيان ما يمنع عن التّخاير، و الصحيحه بصدد بيان ان تصرف المشتري رضا منه، و التزام بالبيع، فتأمل جيدا.

قوله (قدس سره): (فلا يدلّ على أزيد ممّا دلّ عليه ذيل المرسله (٣)، من ان العبره- إلخ-).

قد عرفت أنّ كلا من الخبرين بصدد بيان أمر غير ما كان الآخر بصدده، فلا وجه لمنع دلاله الصحيحه (٤) على أزيد ممّا دلّ عليه ذيل المرسله، مع أنّ وطى الجاربه و تقيلها، من أوضح مصاديق إحداث شىء فيها، مع

١- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٦٣- ب ١٦- ح ٣.

٢- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٦٢- ب ١٦- ح ٢.

٣- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٦٣- ب ١٦- ح ٣.

٤- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٦٢- ب ١٦- ح ٢.

انهما لا يوجبان تغييرا فيها أصلا، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (فاذا كان مجرد النَّظر المختص بالمالك حدثا، دل على سقوط الخيار (١) لكل تصرف - إلخ-).

أى لكل تصرف كان من قبيل التصرف الذى دلّ عليه النَّص فى خيار الحيوان، ولا يبعد مساعده العرف عليه، وأنما لا يساعد على شموله، لمثل الأمر بغلاق الباب، و عليه فالبيّنه على اتحاد معنى الحدث فى المقامين قائمه، فافهم.

ثم انه ظهر بذلك أنّ الظاهر ان سقوط الخيار باحداث شىء فى المبيع، انما هو لأجل الرضا، والالتزام، كما أشرنا إليه ههنا، و بيناه فى خيار الحيوان، لا تعديدا، فلا بد من الاقتصار على التصرف الملازم للرضاء بمثل ما مثّل به فى النَّص فى خيار الحيوان، فتأمل جيّدا فى المقام.

قوله (قدس سره): (و مقتضى ذلك أنّه لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب لم يسقط - إلخ-).

يمكن ان يقال: ان مقتضى ذلك ان يكون التصرف الكاشف عن الرضا بالمبيع، مسقطا، و لو كان قبل العلم، و لا يلزم ان يكون الرّضاء به بعنوان انه بيع المعيب، كما لا يلزم فى الفسخ الذى هو طرفه و عدله، فلو فسخ قبل العلم بالعيب، لا يفسخ إلّا إذا قيل باشتراط الخيار بظهور العيب.

و بالجمله طرفا الخيار، الرضا بالبيع الواقع على المعيب، و فسخه، فلو كان له الخيار واقعا لأثر التخايير و اختيار الرضا، أو الفسخ، و ان لم يعلم بثبوت له، و لا يعتبر فى سقوطه بالتخايير، العلم بثبوتة، فإنه وضع لا تكليف، فافهم.

قوله (قدس سره): (خصوصا ما إذا كان هذا التقييد فيه فى غايه البعد كالتّص برّد الجاريه - إلخ-).

و هو ما روى عن الصادق (عليه السلام) انه بعد ما سئل عن رجل اشترى جاريه مدركه فلم تحض عنده حتّى مضى لها سنّه أشهر و ليس لها

١- و فى المصدر: دل على سقوط الخيار هنا بكل تصرف.

حمل. قال: «ان كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر، فهذا عيب ترد منه- الحديث» (١). لكن يمكن ان يقال: انّ الإطلاق في الروايه مسوق لبيان أنّه عيب يرد به، لا لبيان الردّ به، كى دلّ بإطلاقه على الردّ به، و لو أحدث فيها فى هذه المده، ما أحدث، كما لا يخفى، و عليه فلا يكون هناك إطلاق حتى يكون تقييده تعبداً. و من هنا ظهر حال سائر إطلاقات الردّ، فافهم.

قوله (قدس سره): (و يردّه مع ان مثلها تصرف يؤذن بالرضاء و مثله (٢) الحبل - إلخ-).

يشكل بأنّه لو لا كون مثلها تصرفاً كاشفاً عن الرضاء، بان المبيع معهما، يكون قائماً بعينه، ضروره أن المتصرف فيه بمثلها، لا يوجب تغييراً فيه لا يصدق معه أنّه ليس قائماً بعينه، كما لا يخفى.

[الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف]

إشاره

قوله (قدس سره): (فان الظاهر منه، اعتبار بقائها فى ملكه، فلو تلف - إلخ-).

قد عرفت فى الحاشيه السابقه الإشكال فيه، و أنّ الظاهر هو بقاء العين على حالها بلا تغيير، بمثل قطع، أو خياطه، أو صبغ، فلو لم يكن التصرف بالنقل، أو الزّهن، أو الإجاره، بما هو كاشف عن الرضاء مسقطاً، لم يكن بمسقط أصلاً، لصدق أنّ المبيع يكون قائماً بعينه مع التصرف بأحدها، كما لا يخفى.

[فرع لا خلاف نصاً و فتوى فى أن وطء الجاريه يمنع عن ردها بالعيب]

قوله (قدس سره): (و هذا قد (٣) وقع عن أمير المؤمنين (عليه السلام) مبنياً على تقرير رعيته على ما فعله الثانى - إلخ-).

أو ردّاً من أمير المؤمنين (عليه الصلاه و السلام) و غيره من الأئمه (عليهم السلام) عليه، على ما حكى عنه ابن ابى ليلى، من أنّها تردّ و يردّ معها مهر مثلها، كما هو فى محكى التذكره (٤)، أو لأجل أنّه لا معنى يعقل

١- وسائل الشيعه: ١٢-٤١٣- ب ٣- ح ١.

٢- و فى المصدر: يؤذن بالرضا و مرسله جميل.

٣- تذكره الفقهاء- ١- ٥٢٦.

٤- و فى المصدر: و هذا انما وقع عن أمير المؤمنين.

للأجره على وطي المالک، فإنه منه ليس ألا كاستيفائه سائر المنافع من ملكه، وهذا واضح.

قوله (قدس سره): (أحدهما من حيث مخالفه ظهورها في وجوب ردّ الجاربه، أو تقييد الحمل - إلخ-).

لا يخفى أنه انما يكون ذلك من وجوه مخالفه الظاهر التي يستلزمها العمل بظاهر الأخبار، إذا كان بكلا شقيّه مما يستلزمه العمل، وليس كذلك، كما هو واضح، بل أحد الشّقين لازم على كل حال، عمل أو لم يعمل. اللهم ألا ان يكون غرضه، أنه لا بد من التّقييد على تقدير الحمل، و مخالفه الظاهر، بناء على العمل، و أمر التّقييد أهون، فافهم.

قوله (قدس سره): (مخالفه لزوم العقر على المشتري - إلخ-).

مع الاستفاده منه غير واحد من الاخبار، و على الحمل يكون الحمل من المولى، لا يلزم المخالفه أصلا، حيث ظهر بطلان البيع، و كون الوطى في غير الملك بشبهه، فتأمل جيّدا.

قوله (قدس سره): (و ألا لم يكن لذكر جهل البائع في السؤال فائده - إلخ-).

لعل الفائده تخيل انه ربّما يكون له دخل في صحّه البيع أو لزومه.

هذا، مع أنه لم يظهر ان بطلان بيع أم الولد، كان في الصّدر الأول من الواضحات، فتأمل.

قوله (قدس سره): (و تقييدها بصوره عدم هذه التصرفات - إلخ-).

لا يخفى ان العمل بظاهر الأخبار، لا يستلزم هذا التّقييد، لعدم دليل على سقوط الخيار بمثلها تعبدا، و عدم دلالتها على الرّضاء، و الالتزام بالبيع، كما مرت الإشارة إليه مرارا، فلا دوران في الأخبار بين التّقييدين. ثم لا يخفى أنه يتوجه على هذا الوجه، ما وجّهنا على الوجه الأول، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (و يمكن الرجوع الى ما دلّ على جواز الرّد مع قيام العين - إلخ-).

قد عرفت في بعض الحواشي السابقة أنّه لا- وجه للرجوع اليه مع التصرف الكاشف عن الالتزام بالبيع، حيث لا يبقى معه مجال للطرف الآخر للخيار، فافهم.

قوله (قدس سره): (لكن يبقى لزوم العقر مما لا دليل عليه إلّا الإجماع المركّب - إلخ-).

و هذا الإجماع و عدم الفصل أنّما يجدى لو قيل بعدم جواز الفصل بين ما يقضيه الأصل. و ما يلازمه واقعه، بخلاف ما إذا قيل بجوازه، و عدم ملازمه بين عدم الفصل في الواقع، و عدم الفصل في الظاهر، كما لا يخفى، و لعله أشار إليه بقوله، فافهم.

قوله (قدس سره): (و لا بأس به في مقام الجمع - إلخ-).

انما لا- بأس به إذا كان الجمع تبرعياً، لا- الجمع المتّبع المرتفع به التّعارض بين الأخبار، كما اذاك ان أحد الخبرين المتنافيين حجه لترجيحه، أو لإخلال شرائط الحجّيه في الآخر، فيثول تبرّعا بما يلائم الحجه، فافهم.

قوله (قدس سره): (و في لحوق التّقييل أو (١) اللمس، بالوطى و جهان: من الخروج عن مورد النص - إلخ-).

لا يخفى عدم الاعتبار بالأولويه، إذا لم يكن بقطعيه، و الاولى الاستدلال على اللّحوق بالملازمه بينهما، و بين الوطى عاده، حيث لا يكاد ينفك عنهما غالبا، و معه كيف يكون الحكم بعدم السقوط به، مع الحكم بالسّقوط بهما، و التّفصيل بين ما كان منهما معه، و بين ما لا يكون كما ترى، فتأمل.

١- و في المصدر: و في لحوق التّقييل و اللمس بالوطى.

[الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشتري]

إشارة

قوله (قدس سره): (و اما الحادث فى زمن الخيار، فكذلك لا خلاف فى انه غير مانع عن الرد- إلخ-).

كيف، و هو يقتضى الرد مثل العيب السابق، و لا يكاد يكون الشئ مانعا عما يقتضيه، ضروره أنه لا بد ان يكون المانع عله لعدم الشئ، كى يمنع المقتضى له عن اقتضائه و تأثيره، لا مقتضيا لثبوته، و الأ يؤيده لا أنه يزاحمه و يعانده.

لا يقال: مقتضى إطلاق مرسله جميل (١)، سقوط الرد به، حيث ان المبيع بسبب حدوث العيب، لا يكون قائماً بعينه. لأنه لو لم يكن منصرفاً عن التغيير المضمون على البائع المقتضى للأخبار، مثل ما كان به من العيب السابق. فلا بد من تقييده عقلاً، بعد فرض كونه مقتضياً شرعاً، لما عرفت، إلا ان يمنع عن ذلك و هو خلف.

لا يقال: كونه مقتضياً شرعاً، انما يمنع عن كونه مانعاً عقلاً، لو كان الخيار العيب، لا لخيار آخر، فإنه مضافاً الى أنه موجب له، إذ لا معنى له إلا ما كان ناشئاً عن قبل العيب، يكفى فى ذلك اقتضائه لخيار آخر، لا اشتراك لخيارات، فى التّخاير بين الرد و الإمساك، و هو يقتضى ان يكون بين مقتضياتها جهة مشتركة، لما قرر فى محله، فى باب العله و المعلول. و اختلاف لخيارات فى الأحكام و الآثار، انما هو لاختلاف مقتضياتها فى الخصوصيات. فتدبر جيداً.

قوله (قدس سره): (لكنه يندفع بان الظاهر من قيام العين بقائه بمعنى ان لا ينقص ماليته- إلخ-).

و ذلك لوضوح ان هذا الشرط، انما هو لرعايه بايع المعيب، و ان لا يرد اليه ما باعه ناقصاً، و لا رعايه له مع الزيادة أصلاً، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (و الوجه المذكور فى التذكرة (٢) قاصراً- إلخ-).

انما كان قاصراً، إذا كان غرض العلامة- قدس سره- إبداء الشك

١- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٦٣- ب ١٦- ح ٣.

٢- تذكرة الفقهاء: ١- ٥٢٥.

بذلك، و اما إذا كان غرضه إبداء المانع عما يقتضيه العيب السابق، فلا، و عليه فلا يتوجه على ما ذكره، ألا منع كونه مانعا لعدم نهوض برهان به، فافهم.

قوله (قدس سره): (فان النقص الحاصل بالصَّبغ (١)، انما هو لتعلق حق المشتري - إلخ-).

بل انما هو لأجل التغيير الحاصل به حسا، كالتغير الحاصل بالقطع، من دون ملاحظه ما حدث به بذلك، عن تعلق حق المشتري أصلا، كما لا يخفى على من تأمل.

قوله (قدس سره): (اما الفرق بين أفراد النقص الغير الموجب للأرش بين مغير العين حسا - إلخ-).

بل لا محيص عنه، لدخول المبيع مع النقص الغير المغير في الشرطيه الأولى، حيث يصدق أنه قائم بعينه، و مع النقص المغير في الشرطيه الثانيه، يصدق انه ليس كذلك، بل تغير كما في التغير بالقطع، كما أشرنا إليه في الحاشيه السابقه.

قوله (قدس سره): (ثم مقتضى الأصل عدم الفرق في سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث - إلخ-).

يمكن ان يقال هذا كذلك لو كان الشك في الثبوت بعد السقوط، و اما إذا كان الشك في أصل السقوط، بمثله، لعدم نهوض ما في التذكرة به، كما هو واضح. و كذلك المرسله (٢) بدعوى الاختصاص بالتغير الباقي الى حين الرد، لما أشرنا إليه من استظهار أنّ اعتبار عدم التغيير في الرد، انما كان بمراعات البائع، و لا تفاوت أصلا بين ان لا يحدث فيه تغير، و ما إذا حدث و قد زال قبل الرد، كما لا يخفى، فتأمل.

١- و في المصدر: فان النقص الحاصل بالصبغ و الخياطه انما هو لتعلق حق المشتري.

٢- وسائل الشيعه: ١٢-٣٦٢- ب ١٦- ح ١.

فأصالة التّبوت متّبعه، لو كان خيار العيب بعد ظهوره، و إنّما فأصالة اللزوم، لما مرّت إليه الإشارة، من ان المرجع هو مثل «أوفوا بالعقود» (١) لو كان الشك في أصل ثبوت الخيار، أو في بقاءه، يعد ثبوته من الابتداء. و اما إذا كان حدوثه في الأثناء، فالمرجع هو استصحاب الخيار، فتدبر جيدا.

قوله (قدس سره): (لان عدم الجواز لحق البائع - إلخ-).

و بمراعاته كما أشرنا إليه، فإذا رضى بالردّ مجبوراً، أو غير مجبور، فللمشتري التّخاير، و اختيار كل واحد من الردّ، و الإمساك بالأرش، بماله الخيار، كما إذا لم يكن حدوث عيب أصلاً، فلا يتوهم أنّ الردّ مع الرضاء به، اقاله، كما لا يخفى. فتدبر جيدا.

قوله (قدس سره): (و الحادث مضمون بضمان إليه - إلخ-).

بأن يكون العيب الحادث على المشتري المالك، و خسارته عليه، بسبب كونه مالكا للمبيع، و حدوثه و زوال وصف الصّحة كان تحت يده و استيلائه، لا بمعنى ما هو مضمون «على اليد ما أخذت - الحديث - (٢)» حتى لا يكاد يكون إلّا في غير المالك، فافهم.

[تنبيه أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصّفقه على البائع]

قوله (قدس سره): (بل الظاهر المصرح به في كلمات بعض، الإجماع عليه، لأن المردود و ان كان جزءا مشاعا - إلخ-).

و الإجماع ان تم، و إنّما فيما أفاده إشكال، و ذلك لأنّ المستند في المنع بذلك عن الردّ بالعين ان كان هو دخول المعيب بالتبعيض فيما لا يكون قائماً بعينه، فلا يجوز ردّه، للمرسله. ففيه منع دخوله فيه، و لو قلنا بعدم الاختصاص بالتغيّر الحسيّ و الشمول لمثل نسيان العبد للكتابه، و الدابّة للطحن، لوضوح أنّه على ما كان بلا تغيير. و تفريقه عما ضمّ إليه، و قد بيعا صفقه، لا يوجب كونه غير قائم بعينه، و لو سلّم، فإنّما هو يكون بالردّ، و المرسله ظاهره في كون المانع، ما كان قبله، كما لا يخفى. و ان كان هو كون التبعيض ضرراً، ففيه

١- المائده: ١.

٢- مستدرک الوسائل: ٣- ١٤٥.

منع كون مجرد التبعض ضرراً، ينفية حديث نفى الضرر (١)، و لو سلم، فأخبار (٢) جواز الرد بالعيب ما دام قائماً بعينه و لم يحدث فيه شيئاً في شموله له، أظهر، فتدبر.

هذا، مع ان الصبر على المعيب ضرر، و لا يعارض بضرر التبعض على البائع، فإنه يجىء من قبل نفيه، و لا يعارض الضرر بما يجىء من قبل حكمه و نفيه، ضروره أنه لا يعمّه دليل النفي، فافهم.

و قد انقذ بذلك ما في كلامه (قده) «و هذا الضرر، و ان أمكن جبره بالخيار- إلخ-» من الخلل، فإنه ناش من قبل نفى الضرر، فلا يعارض به ضرر صبر المشتري على المعيب، و إلا فلا يعارض بما ربّما يستتبعه من الخيار، من ضرر نقض غرض المشتري بإمساك الجزء الصحيح. ثم أنه لا دلالة على المنع بالتبعض للنص المانع عن الرد بالخياطة، و الصبغ أصلاً، فإنه ظاهر في تغيير الحسى، خصوصاً بقريته القطع.

و قد ظهر وجه أنه لا يمنع الرد مع ذلك، إذا كان بالزيادة من بعض الحواشى السابقة، مع أنه لو سلم شموله لمثل الشركه، فإنما هو إذا كان قبل الرد، ليمنع عنه، لا بسببه، كما أشرنا إليه ههنا، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (و اما لصدق المعيوب على المجموع كما تقدم- إلخ-).

لا يخفى ان هذا لا يصلح وجهها، ألا لكون محل الخيار، هو مجموع ما وقع عليه العقد، لا خصوص ما فيه العيب، بلا شبهه، و لا ريب.

قوله (قدس سره): (و منع سلطنه أولاً أولى (٣)- إلخ-).

قد انقذ بما ذكرنا في الحاشيه التي قبل الحاشيه السابقه، أنه لا وجه لمنع سلطنته على الرد، فضلاً عن كونه أولى، و حدوث الخيار للبائع بذلك.

و سلطنته على الفسخ المستتبع لرفع سلطنته على إمساك الصحيح، لا يوجب

١- وسائل الشيعه: ١٧- ٣٤١- ب ١٢- ح ٣.

٢- وسائل الشيعه: ١٢- أبواب أحكام العيوب.

٣- و في المصدر: و منع سلطنته على الرد أولاً أولى.

كون منع السلطنة على الرد التي تقتضيها القاعده أولى، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (و كيف كان فمبنى المسأله على ما يظهر من كلام الشيخ (قدس سره) إلخ-).

و لا ينبغي لأحد أن يرتاب في تعدده بتعدده، و ان كان كل واحد من الإيجاب و القبول بلفظ واحد، و ذلك لوضوح ان العقد عباره عن اعتبار عقلائي يكون بين الاثنين، ناش منهما فيما قصد بهما التوسل و التسبب الى حصول مضمونها، و ان تشخص الاعتبار، و الإضافات، أما يكون بما هي قائمه، بمالها من الأطراف، فكيف يكون العقد الواقع بين البائع، واحد المشتريين، عين العقد الواقع بينه و بين الآخر، بمجرد وحده الإيجاب و القبول، مع كون الإيجاب لاثنين، و القبول من قبلهما. و هل يكون إلا كما إذا جمع في الإيجاب و القبول، بين البيع و التزويج لواحد، أو لاثنين، فكما لا يوجب هذا الجمع و وحده القبول، كون عقد البيع و التزويج واحدا، كذلك هي هنا. و تجرّد وحده المنشاء (١)، لا توجب وحده المنشاء مع تعدد أطرافه.

و كيف كان فالأقوى في المسأله، جواز الافتراق في التخير، لإطلاق الاخبار و عمومها في ثبوت الخيار لكل من اشترى معييا. و دعوى انصراف الإطلاق الى غير المقام مجازفه، كيف و معه يلزم ان يبقى المقام بلا دليل أصلا، مع انه لو سلّم ذاك الانصراف، لا يضّر بعموم بعض الأخبار، كما لا يخفى. و كون الرد منفردا، نقصا، لو سلّم، لا يمنع عن الرد، و إنما يمنع عنه ما كان قبله، لا ما كان بسببه، كما عرفت. و مثل هذا التقص، لا يوجب صدق أنه ليس قائما بعينه، مع أنه لو سلّم، لا يوجب شمول إطلاق الخبر له، لظهوره فيما ليس كذلك قبل الرد. و من ذلك علم قوه جواز الافتراق، و ان قيل بوحده العقد، إذ المدار على تعدد المشتري، لا العقد.

قوله (قدس سره): (فيه انه أخرجه غير مبعض، و إنما يبعض بالإخراج، و المقصود حصوله - إلخ-).

لا يخفى انه شبه مصادره، مع أنه لو كان كذلك، لا وجب عدم جواز

الافتراق فيما إذا باع الجزء المشاع بعقد، و الجزء الآخر بعقد مستقل آخر، لأنه أخرجه غير مبعوض، و انما تبعض - إلخ - و هذا كما ترى. و من هنا ظهر انه لا وجه لمقايسه هذه المسأله مع المسأله الاولى، و ان كان الافتراق فيها، لا يخلو من بعد، كما عرفت.

[مسأله يسقط الأرش دون الرد فى موضعين]

[أحدهما إذا اشترى ربويا بجنسه]

قوله (قدس سره): (لكن يمكن ان يدعى ان المستفاد - إلخ -).

أو يدعى ان المستفاد من أدله تحريم الربا، أنه كما لا يجوز الزيادة فى الربويين من ابتداء البيع، كذلك لا يجوز فى حال استقراره، و لزومه، ضروره ان الأرش يكون موجبا لان يكون قراره على الزيادة فى طرف المعيب، حيث كانت فى طرفه زياده الأرش، جزاء كانت، أو غرامه، و يكون حال زيادته، كحال زياده الشرط فى طرف أحد الربويين، فافهم.

[مسأله يسقط الرد و الأرش معا بأمر]

[أحدها العلم بالعيب قبل العقد]

قوله (قدس سره): (لان الخيار انما يثبت مع الجهل - إلخ -).

فيه من المصادره ما لا يخفى، و لعل وجه النظر فى الاستدلال بمفهوم الصحيحه (١)، هو ان عدم تبيين البائع العيب للمشتري، لا يستلزم جهله به، فافهم.

قوله (قدس سره): (فسد الشرط و أفسد لكونه مخالفا للشرع - إلخ -).

يمكن ان يقال: انه انما يكون مخالفا للشرع، إذا كان عمله بالعيب عله تامه لعدم الخيار، و اما إذا لم يكن إلّا مقتضيا له، فلا، و يكون شرط الخيار به حينئذ، كشرط عدم الخيار به، مع الجهل، أو كشرط عدم خيار المجلس، أو الحيوان، أو غيرهما، و كما لا يكون شرط عدم الخيار فيها شرطا مخالفا للشرع، كان شرط ثبوته هيهنا غير مخالف له، و فيما لم يحرز ان ما يقتضى عدمه عله تامه، أو مقتضى تعامل معه معامله المقتضى، على ما سيأتى ان شاء الله تعالى. هذا، و اما إذا شرط نفس الفسخ، أو الإمساك بالأرش، فيما إذا علم مقداره، فلا إشكال فى نفوذه، فلا تغفل.

[الثانى تبرى البائع عن العيوب]

قوله (قدس سره): (أقول: المفروض ان الخيار لا يحدث إلا بسبب حدوث العيب- إلخ-).

فيكون التبرى أيضا مما لم يوجد بنفسه و لا سببه.

قلت: يمكن ان يقال، انّ الخيار حيث كان من أحكام العقد و آثاره، كان العقد مقتضيا له، غاية الأمر، بشرط حدوث العيب، أو قدمه، ضروره انّ حكم الشىء من آثاره و مقتضياته، فيدخل بذلك فيما وقع محل الإشكال و الخلاف و أنّه هل يكفى فى صحّه الإسقاط ثبوت المقتضى، أو لا يكفى، كما مرت الإشارة اليه، و قد تقدم منه تقويه أنّه يكفى، فراجع.

قوله (قدس سره): (و بالجمله فلا فرق بين البراءة من خيار العيب- إلخ-).

لا يخفى انه كلام مستأنف، لا دخل له بسابقه، و قد عرفت فى بعض الحواشى السابقه، انّ البراءة لا توجب الغرر، لو كان مرتفعا لولاها، بسبب أصاله السّلامه هيئنا، و الوصف هناك، أو بغيرهما، فتذكر.

قوله (قدس سره): (الأوّل عهده العيوب- إلخ-).

يمكن ان يقال انّ البراءة، مضافه الى نفس العيوب، لا الى عهدها، و يكون البراءة ضدا لعهدتها، غاية الأمر يكون قضيه التضاد بينهما انتفاء الالتزام بالسّلامه، و تهدّها مع البراءة، لا رجوعها اليه، فمعها كأنه باعه مع علم المشتري بعيبه، لا كأنه باعه على كلّ تقدير، فان البيع كذلك مطلقا، و لو مع عدم البراءة، و ألما يلزم بطلانه فيما ظهر فيه العيب، بل مطلقا، فإنه بيع على تقدير غير معلوم الوقوع، فافهم.

قوله (قدس سره): (و اما سائر الأحكام (١)، فلا، فلو تلف بهذا العيب فى أيام خيار المشتري- إلخ-).

و الظاهر انّ مراده من عموم النص، عموم قاعده التّلف فى زمن الخيار، ممن لا خيار له، و ذلك، اى عدم سقوط سائر الأحكام، لأن دليل

١- و فى المصدر: و اما سائر أحكامه.

التبري، لم يدلّ الأ على سقوط الخيار. و عموم أدلتها، أو إطلاقتها يبقى سالما عن المخصّص أو المقيّد. نعم لم يكن لها عموم أو إطلاق يشمل صورته التبري، فالمرجع هو أصله عدم ثبوتها معه، فتدبر جيّدا.

[ثم إن هنا أمورا يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الأرش بها]

[منها زوال العيب قبل العلم به]

قوله (قدس سره): (لأنّ ظاهر الدلالة الرد، خصوصا بملاحظه أنّ الصبر على العيب ضرر، هو ردّ المعيوب - إلخ-).

بل ظاهرها ردّ ما كان به العيب، بل لو فرض كون الردّ في الدليل متعلّقا بالمعيوب، لم يكن ظاهرا في خصوص ما هو المعيوب حال الردّ، لقوّه احتمال أنّه بلحاظ حال تلبّته بالعيب، أخذ هذا عنوانا له، و لا- يلزم مجاز، بناء على كون المشتق حقيقه في خصوص من تلبّس، و ان زال عنه العيب حين الردّ، كما لا- يلزم في مثل «و السّارقُ و السّارقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» (١) و «لَا يَنْالُ عَهْدِي الظّالِمِينَ» (٢) و ان لم يكن متلبسا بالمبدء حال القطع و النيل، و ذلك لانّ الإطلاق يعمّ حال الزوال، فاستصحاب الخيار بلا إشكال، ضروره ان العيب يعد عرفا من العوارض و الأحوال، لا من المقومات، فتأمل جيّدا.

قوله (قدس سره): (و اما الأرش، فلما ثبت استحقاق المطالبه به، لفوات وصف الصحه حال (٣) العقد، فقد استقرّ بالعقد - إلخ-).

لا- يخفى اتحاد الردّ و الإمساك مع الأرش سببا و موضوعا، فلو كان العقد على المعيب موجبا لاستقرار المطالبه بالأرش، لكان موجبا لاستحقاق الردّ، و ذلك لبداهه ان العقد لم يوجب خصوص الأرش، بل إنّما أوجبه لأجل أنه ضميمه أحد طرفي الخيار، فكيف يكون العقد على المعيب موجبا لاستقرار المطالبه، دون استقرار الاستحقاق. و ما ذكره من ظهور أدله الردّ، خصوصا بملاحظه أنّ الصبر على المعيب ضرر، لو سلّم، فهو بعينه جار في الأرش، فالقول بالتفصيل بين الأرش و الردّ، لا وجه له أصلا، كما ان القول بثبوتهما،

١- المائدة: ٣٨.

٢- البقره: ١٢٤.

٣- و في المصدر: لفوات وصف الصحه عند العقد.

كما كان في غاية الوجاهة للإطلاق، والاستصحاب، لو قيل باشتراط ظهور العيب، على ما مرّت الإشارة إليه غير مرّه.

[و منها التصرف بعد العلم بالعيب]

قوله (قدس سره): (و حيث لم يدلّ التصرف عليه - إلخ-).

حيث أنّ غايته الدّلاله على الرّضا بالبيع، و إمساك المبيع، و هو أعمّ من إمساكه بالأرّش، أو مع إسقاطه. نعم لو جعل التصرف كاشفا عن إسقاط الخيار، لا- التّخاير، و اختيار أحد طرفيه، كما هو لازم ما بنى عليه في بيان حقيقه الخيار، من أنّه ملك فسخ العقد، و عدمه، لكان التصرف موجبا لسقوط الأرّش أيضا. فتأمل جيدا.

[و منها التصرف في المعيب الذي لم ينقص قيمته بالعيب]

قوله (قدس سره): (و النّص الدالّ على اشتراط الرّد بقيام العين - إلخ-).

فيه، مع منع الاختصاص، انه لو سلّم، فلا- يكون دليل على ثبوت الخيار فيه بالخصوص، إلّا أصاله جواز الرّد الثابت قبل حدوث العيب، فلا- بد منها في إثبات جواز الرّد، فلا يكون هذه اضافه كما جعلها، كما لا يخفى، مع انها لا يجرى إلّا بناء على اشتراط ظهور العيب. و دليل نفى الضرر، لا يعمّه، لأجل معارضه ضرره بضرر البائع بالفسخ، فافهم.

[و منها ثبوت أحد مانعي الرد في المعيب الذي لا يجوز أخذ الأرّش فيه]

قوله (قدس سره): (و الأول أولى - إلخ-).

بل الثاني، و ذلك لأنّ الأوّل يستلزم إمّا الالتزام باختلاف البيوع بحسب قصد المتبايعين، و كون صحه المبيع مما يجعل مقابلا بالمال في غير الربويين، و لا يجعل مقابلا به فيهما، أو الالتزام بلزوم الرّبا في بيع أحد الربويين بالآخر مع عيب أحدهما، فيما إذا لم يكن المعيب زائدا على الصحيح، ليقع الزّيادة بإزاء الصّحّه في الآخر، و لا يكاد يلتزم بأحدهما أحد، ضروره عدم اختلاف البيوع، و بطلان بيع الربويين، مع زياده أحدهما و لو في طرف المعيب.

و هذا بخلاف الثاني، فإنّه لا بعد في التزام تمشّي الرّبا في الفسخ مع الأرّش، فإنّه و ان كان ليس ببيع و لا عقد، بل حلّ البيع و العقد اعتبارا، إلّا أنّه في الحقيقه تمليك بالعوض. هذا، مع أنّه ظاهر كلام العلامة، بل صريحه، في مسأله ما إذا كان المبيع آنيه من ذهب أو فضه، حيث قال

(قدس سره): فان حدث عند المشتري عيب آخر، لم يكن له الأرش، لما تقدم، و لا الرّد مجاناً، إذ لا يجبر البائع على الضّرر، و لا الرّد مع الأرش، لاشتماله على الرّبا، لان المرود حيثنذ يزيد على وزن الانيه.

قوله (قدس سره): (فاذا فرض ان صفه الصّحه لا يقابل بجزء من المال في عقد المعاوضه الربويّه، فيكون تلفها في يد المشتري- إلخ-).

لا يخفى أنّ صفه الصّحه، و ان كانت كسائر الأوصاف، لا يقابل بالمال في عقد المعاوضه مطلقاً، لما تقدم منه الاعتراف، و ان كانت موجه لبذل الزّيادة بإزاء المتّصف بها، إلّا انها من بين الأوصاف يضمن و يغرم، فكما ان المشتري أنّما يكون ضامناً للمبيع لو تلف، لأجل تقدير رجوعه الى ملك البائع، و ان كان تلفه في ملك المشتري، فكذلك وصف صحته.

و بالجملة أنّما كان ضمانها، و لزوم الغرامه لها، لأجل كونها شرعاً و عرفاً يقوم بالمال، كالموصوف بها، لا لكونها يقابل بإزاء شىء من الثمن في البيع، فيكون تلفها هيناً بعد تقدير الرجوع و تنزيله منزلته، كتلفها في المقبوض بالسّوم، في أنّها تلفه في ملك مالكها، فيضمنها المشتري القابض، غايه الأمر تقدير، و تنزيلاً هيناً، و حقيقه هناك. و لا محيص عن هذا التّقدير، و إلّا لا يعقل ضمان الإنسان، و الغرامه لما له، و قد بينا مفصلاً في بعض الحواشى المتقدمه، أنّه لا يصح الانتقال الى البدل بعد الفسخ، إلّا بالتقدير، فراجع.

قوله (قدس سره): (و لا يقدر في ملك البائع، إلّا بعد رجوع مقابله من الثمن إلى المشتري و المفروض - إلخ-).

يكفى في تقدير كون تلفها في ملك البائع، رجوع ما يقابل الصحيح من الثمن إلى المشتري، كما في غير الربويين، حيث أنّها فيه أيضاً لا يقابل بإزاء شىء من الثمن، كما عرفت، و اعترف به (قدس سره)، فتأمل جيداً.

قوله (قدس سره): (و لعلّه لأن التأخير دليل الرضاء و يرده - إلخ-).

بل لأن خيار العيب عنده على الفور، فإذا تراخى في التخاير، و اختار الرّد، أو الإمساك بالأرش، سقط الخيار بكلا طرفيه، بانتهاؤه أمده

و استعداده. اللهم ألما ان يجعل الأرش ضميمه أحد طرفيه، بل أمر ثبت مع عدم الرد، و لو بدون اختياره، لكنّه لم ينهض عليه دليل، فافهم.

قوله (قدس سره): (و التحقيق رجوع المسأله إلى اعتبار الاستصحاب - إلخ-).

و قد عرفت غير مرّه، اعتباره بناء على كون ظهور العيب شرطاً، و عدم اعتباره بناء على كونه كشفاً عن ثبوته من الأوّل.

[مسأله من باع شيئاً فيه عيب لم يبينه فعل محظوراً و كان المشتري بالخيار]

قوله (قدس سره): (ان كتمان العيب الخفى، و هو الذى لا يظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البيع، غش - إلخ-).

كون كتمانهم بمجرد عدم إظهاره، مع كون اعتماد المشتري أنّما كان بأصالة الصّحه و السّلامه فى اشتراؤه غشاً، ممنوع، غايته أنّه ما نصحه، لا أنّه غشّه. نعم لو سأله عن حاله و لم يبيّن له ما فيه، أو أخفى ما فيه مما يظهر بمجرد الاختبار المتعارف من العيب، لو لا إحقائه، كان غشاً.

و بالجملة، الغش و ان كان خلاف النّصح، إلّا أنّهما مما لهما الثالث، فليس فى كل ما لا يكون هناك أحدهما، ان يكون الآخر، فتدبر جيداً.

[مسائل فى اختلاف المتبايعين]

[أما الأوّل فى موجب الخيار]

[الثالثه لو اختلفا فى حدوث العيب فى ضمان البائع أو تأخره عن ذلك]

اشاره

قوله (قدس سره): (و لعلّه لأصالة عدم تسليم البائع العين إلى المشتري - إلخ-).

لا يخفى ما فى هذه الأصول، من عدم ترتّب الخيار شرعاً على عدم التّسليم، و استحقاق، تمام التّمن بمجرد العقد، و لو فى العقد على المعيب، إلّا إذا قيل بمقابله وصف الصّحه بجزء من التّمن، و حدوث العقد من رأس لازماً أو غير لازم، فلا حاله سابقه له يستصحب، بل قضيه استصحاب بقاء ملك البائع للتّمن بعد الفسخ، لزومه، فلعلّه لأصالة عدم العقد الى حين حدوث العيب، و انه يثبت وقوع العقد على المعيب، بناء على اعتبار الأصل المثبت لدى ابن الجنيد، فتدبر جيداً.

قوله (قدس سره): (كما يحلف على طهاره المبيع - إلخ-).

فى جواز حلفه على الطّهاره، استنادا الى الأصل، و الإكتفاء به فى رفع الخصومه أيضا، تأمّيل، فىما إذا ادعى النّجاسه واقعا،
خصوصا مع

الاعتراف بعدم علم البائع به، بل منع. نعم لو صح منه دعوى فعلية نجاسته عليه، جاز حلفه على الطهاره، استنادا إليه، فتأمل.

قوله (قدس سره): (نعم لو أريد سقوط الدعوى الى ان يقوم البتية، فله وجه - إلخ-).

لا وجه لسقوط الدعوى به الى قيام البتية أصلا، حيث لم يدل على تشرعه لذلك، كما لا يخفى، و إنما شرع فيما يذهب به حق الدعوى، و يسقط به الدعوى رأسا، و ان كان المدعى ثابتا واقعا، و يقدر على إثباته بإقامه البتية فيما بعد، فتدبر جيدا.

[فرع لو باع الوكيل فوجد به المشتري عيبا يوجب الرد رده على الموكل]

قوله (قدس سره): (فهل للوكيل ردّها الى الموكل أم لا، و جهان - إلخ-).

أوجهها عدم جواز الردّ، ألّا فيما علم بصدق المشتري، و ذلك لعدم نهوض دليل على كون اليمين المردوده، كالبتية في إثبات الواقع، بترتيب جميع آثاره عليه، و ان لم ينهض دليل أيضا على قيامها مقام الإقرار، بحيث رتب عليها ما له من الآثار، بل لم ينهض ألّا على ثبوت المدعى به على المنكر.

هذا، مضافا الى ما أفاده في جامع المقاصد، فافهم.

[الرابعة لو رد سلعه بالعيب فأنكر البائع أنها سلعته قدم قول البائع]

قوله (قدس سره): (و أصاله عدم كونها سلعته - إلخ-).

لا يخفى انه ليس لها حاله سابقه أصلا، بدهاه أنها إما سلعته من رأس، أو ليس بتلك كذلك. نعم هناك أصاله عدم ردّ سلعته بردها، و عدم وقوع العقد عليها، فلا تغفل.

[و أما الثاني و هو الاختلاف في المسقط]

[الثالثه لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه فادعى البائع حدوثه عند المشتري و المشتري سبقه]

قوله (قدس سره): (و أما هنا فلا يرجع الى ثبوت المسقط بل المسقط - إلخ-).

هذا إذا كان مصبّ الدعوى، سقوط الخيار و عدمه. و أمّا إذا كان مصبّها مقدار الأرش، و أنّه ما به التفاوت بين الصّحيح و المعيب، لعيب واحد، أو لعيبين، فأصاله عدم التقدم راجع الى عدم سبب زياده الأرش، عما هو معلوم، فيحلف البائع، كالعيب المنفرد، فافهم.

[الرابعة لو اختلف في البراءة قدم منكرها فيثبت الخيار]

قوله (قدس سره): (و في كلّ منهما نظر - إلخ-).

أما وجه النظر فيما عن المحقق، فلعدم قبح الضعف، و الكتابه في الحجّيه، مع الوثوق بها، و لا مخالفه لها للقاعده، لما نشير اليه من كون دعوى المشتري، مخالفه للظاهر فيكون مدعيا و اّمّا فيما عن الكفايه، فلعدم الإشاره في المكاتبه إلى القاعده أصلا. و مجرد الحكم بكون الثمن على المشتري فيها، و انه مدعى، كما أشير إليه، لا يقتضى ثبوت القاعده بوجه، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (إمّا بالتزام كفايه تقدّم الشرط على العقد - إلخ-).

و إمّا لكون البراءة قبل العقد، قرينه على عدم تعهد الصّححه و السّلامه في العقد، و بدونه لا وجه لضمّانه لها، و هذا أحسن مما تفصّي به عن الإشكال، فتفطن.

قوله (قدس سره): (لأنّه الموجب لسقوط الخيار - إلخ-).

فيكون الحلف على نفى العلم ههنا في الحقيقه على البت، فإنه الموضوع الواقعي لا البراءه، و عدمها واقعا، كى يكون الحلف على عدم العلم بها على نفى العلم بما هو الموضوع، فلا تغفل.

[و أما الثالث و هو الاختلاف في الفسخ]**[الأولى لو اختلفا في الفسخ]**

قوله (قدس سره): (و لعله لما اشتهر من ان من ملك - إلخ-).

بل لأنّ الأخبار بفسخه يلزم التزامه به عرفا، فيكون كتصرفه الكاشف من عدم الالتزام بالبيع و فسخه، هذا و لو لم نقل بهذه القاعده.

و بالجملة يكون حال هذا الإقرار في كونه فسحا حال كون إنكار الزوج في العده للطلاق رجوعا، فكما لا يكون هذا لأجل تلك القاعده، لا يكون ذاك لأجلها، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (و يبقى قدر الأرش مستحقا على التقديرين - إلخ-).

هذا فيما دار الأمر بين فسخ العقد، و الإمساك بالأرش، و لم يكن هناك احتمال إسقاط الخيار، و إلّا فلا يعلم استحقاق الأرش، و لم يكن إنكار البائع، فسخ المشتري، اعترافا باستحقاقه الأرش، كما هو واضح.

[الثانيه لو اختلفا في تأخر الفسخ عن أول الوقت]

قوله (قدس سره): (أو مدّعى عدمه لأصله صحه الفسخ - إلخ-).

لا يقال: لا مجال لأصله الصّحه في إحراز تأثير الفسخ، فان صحّته

التأهليه، لا يقتضى ذلك، و صحته الفعلية، و ان كانت مقتضيه، أآ أنها لا تثبت بأصالتها، كما أن أصله صحه العقد فى الصّرف، لا يقتضى حصول القبض المعبر فى صحته و تأثيره.

لأننا نقول: هذا فيما إذا كان وقوعه فى أول الزّمان شرطاً فى حصول الأثر، و قد اعتبر فى حصوله، كما اعتبر أصل الفسخ، كالعقد و القبض فى الصّرف، لا فيما إذا انتزع من الخصوصيات المأخوذه فى نفس الفسخ، كالقرينه المعبره مثلاً فى العقد، فإنه لا شبهه فى أن أصله الصّحه مجديه عند الشك فيها، كما لا يخفى.

[الثالثه لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته]

قوله (قدس سره): (يسمع (١) قوله ان احتمال فى حقه الجهل، للأصل - إلخ-).

إنما يسمع قوله مع احتمال الجهل فى حقه، لو قيل بسماعه مع العلم بجهله، و هذا لو قيل مع الجهل بالخيار، بدعوى اختصاص دليل الفوريه، بصوره العلم بالخيار، لا وجه للقول به مع الجهل بالفوريه لعدم إمكان اختصاص الفوريه بصوره العلم بها، بداهه استحاله تقييد الحكم بالعلم، أو الجهل به، كما لا يخفى على من له أدنى تأمل، فتأمل.

[القول فى ماهيه العيب]

قوله (قدس سره): (اما العيب فالظاهر من اللغه و العرف - إلخ-).

لا يخفى ان العيب يكون من المفاهيم الواضحه عرفاً و لغه. و التشكيك فى بعض مصاديقه، غير ضائر، فإنه لا يكاد يخلو عنه ما هو أوضح المفاهيم.

و اختلاف العبادات فى تعريفها، أنما يكون لأجل أنهم فى مقام شرح الاسم، لا فى بيان الحدّ أو الرّسم، فلا وجه للنقض عليها طرداً، أو عكساً، و مع ذلك فالأولى ان يقال: أنه النّقض عمياً يقتضيه أصل الماهيه بما يرغب فى وجوده نوعاً، أو زياده بما ترغب عنه كذلك، و ان كان مما يرغب فيه أحياناً، أو يرغب فيه خصوص طائفه، لتعلق غرضهم به، كالخصا فى العبيد، فلا يكون عدم نبات الشعر على ظهار الإمام، و لا الثيبويه فيها عيباً، و يكون خصاء

عييا، و ان كان يوجب زياده بذل المال، فإنه ممّا يرغب عند الغالب. و أنّما الزّاغب فيه القليل، كالسّـلاطين، و بعض الأمراء، و الخوانين، لبعض أغراض صحيحه، كالأطمينان من الخيانه بالإعراض، أو أغراض فاسده، كما تقدم من بعض.

و قد ظهر بذلك ان الحمل فى الإمام يكون عيبا، دون سائر الحيوانات، فإنه مما يرغب عنه فى الإمام و يرغب فيه نوعا فيها، كما لا يخفى.

و قد ظهر أيضا حال سائر ما ذكر فى المقام من العيوب، و ما وقع من النقص و الإبرام، فلا ينبغى التعرض للكلام فى كل واحد على حده، فتدبر جيّدا.

[القول فى الأرض]

إشاره

قوله (قدس سره): (ألا ان التأمل فيها قاضٍ بخلافه - إلخ-).

فإن قوله (عليه الصلاه و السلام) فى الصحيح (١) «و يرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك» لو لم يكن به ظاهر فى ان المردود بعض الثمن، و كذلك ظاهر التشقيق فى مرسله جميل (٢). و المقابله أنّ الرجوع فى الشق الثانى، ليس بتمام الثمن الذى يرجع إليه فى الشق الأوّل، بل ببعضه، فافهم.

قوله (قدس سره): (لكن له دخل (٣) فى وجود مقدار من الثمن - إلخ-).

لا يخفى أنّ غير واحد من الأوصاف كذلك، اى له مدخل فى وجود مقدار من الثمن، مع ان تعهده لا يوجب شيئا غير الخيار، فلا أوثق من ان يقال: ان الأرض غرامه تعبدية، ليس من باب ضمان المعاوضه، و لا من قبيل ضمان اليد، فالمتبع فى تعيينه ما هو قضيه دليل ثبوته من النص و الإجماع، فافهم.

قوله (قدس سره): (لأصله عدم تسلط المشتري على شىء من الثمن - إلخ-).

لا يخفى أنّه لا مجال لهذا الأصل، إلّا إذا لم يكن هناك إلّا التّكليف،

١- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٦٢- ب ١٦- ح ٢.

٢- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٦٣- ب ١٦- ح ٣.

٣- و فى المصدر: لكن له مدخل فى وجود.

و قد شك فيه، و لم يحدث بسبب العيب حق للمشتري على البائع، يجب الخروج عن عهده، و الّا ففضيّه أصاله عدم الخروج من العهده، و جوب دفع ما يخرج بدفعه عنها يقينا، كما لا يخفى. و لا شبهه ان الحادث بسببه حق، يسقط بالإسقاط، لا مجرد تكليف، و الّا لم يكد يسقط به، فتأمل.

قوله (قدس سره): (لأنهما الأصل في ضمان المضمونات - إلخ-).

و ذلك حيث كان النقدان مما يقدر و يعين به مائيه الأموال، و كان غيرهما يحدّد مقدار مائيته بالمقاييسه معهما، كانا في نفسيهما قيمه المضمونات القيميه، فلا بد ان يكون الضمان بهما، عند إطلاق الضمان بالقيمه في القيميات، و هكذا الغرامه، عند إطلاق دليلها بتفاوت القيمه، كما في هذا الباب، و باب ديات الجنايات، و كونهما كذلك أصلا في باب الصمانات، و غرامه النقصانات، و ديه الجنابات، بمعنى انه لا بد منهما عند المخاصمه و اللجاج لا ينافي كون الأرش في هذا الباب، و التدارك في غير هذا الباب من غير النقدين مع التراضى به ابتداء نفس الأرش و التدارك، لا عوضا عنه. و أنّما يصح ان يكون عوضا عما هو عليه فيما إذا استقر أحدهما في الذمه، كما يكون وفاء، لا فيما يستقر فيها، كما في المقام، على ما اعترف به - قدس سره - من أنّه حق لو أعمله جاز له المطالبه بالمال، فإنه لا يكون الّا وفاء. نعم له الصّح عن حقه بمال، فيسقط.

قوله (قدس سره): (فاستشكل ذلك بان الحقوق المائيه، أنّما يرجع فيها الى النقدين - إلخ-).

لا- يخفى ان العلامه، أعلى الله مقامه، لا يكون بصدد بيان تعين النقدين، للأرش و عدم تعينهما، بل أنّما هو بصدد بيان مطلب آخر، و هو ان الأرش في معامله النقدين بعد التفرق، لا- يجوز ان يكون منهما، و الّا لزم بطلان معامله الصّيرف بالإضافة إليه، لأجل التفرق قبل قبضه، فإنه من تتمه الثمن، أو المثلن، بخلاف ما إذا كان من غيرهما، فان البيع بالنسبه إليه، ليس بصرف، فلا يكون التصرف قبل قبضه، بضائر، فلا مجال لما وجه عليه المحقق

من الإشكال، و لا حاجة فى دفعه الى ما افاده- قدس سره- و ان كان مما يحتاج اليه تتيما لما افاده العلامة- قدس سره-، حيث لا يكاد يتم، إلّا إذا كان ما تراضيا عليه من غير التّقدين أرشا، لا عوضا عنه، فافهم.

و اما لو كان العلامة أعلى الله مقامه، بصدد بيان عدم تعين الأرش منهما، فما وجهه عليه المحقق فى محله، و لا يندفع بما افاده- قدس سره- فتأمل جيدا.

قوله (قدس سره): (لأن المعيب ان لم يكن مما يتمول و يبذل فى مقابله شىء من المال، بطل بيعه، و الّا فلا بد من ان يبقى له من الثمن قسط- إلخ-).

لا يخفى أنّه أنّما يتم، فيما إذا كان العيب نقصا فى نفس المعيب يوجب تاره خروجه عن المائيه، و ان يبذل بإزائه المال، و اخرى نقصانه بحسبها، مع بقائه عليها، لا- فيما لم يكن كذلك، بل كان حقا تعلق به للغبن، كحقّ الجنايه، ضروره ان الجنايه، و لو استوعب القيمه، لا- يوجب سقوط الجناني عن المائيه، فإنّه مما يبذل بإزائه المال على كلّ حال فكه المولى بالفداء أولا، بل استرقه المجنى عليه، كما لا- يخفى، فلا- وجه لبطلان بيعه فيما إذا استوعب ما رجع به المشتري الى البائع من الأرش ثمنه، بعد رجوع المجنى عليه اليه، كما يأتى فيما حكاه عن العلامة- قدس سره- فى القواعد و التذكرة.

و بالجملة لا- وجه لبطلان البيع مع استيعاب الأرش للقيمه، إلّا السقوط عن المائيه بذلك، و هو غير لازم، إلّا فى بعض الأموال، ليكون استغراق الأرش للثمن معقولا فى بعض الأحوال، كما عرفت، فتأمل جيّدا.

قوله (قدس سره): (و كيف كان فالعبد المتعلق برقبته حق للمجنى عليه يستوعب قيمته، اما يكون له قيمه- إلخ-).

قد عرفت ان عيب تعلق حق الجنايه برقبته، لا يوجب خروجه عن المائيه، و لو كان مستوعبا للقيمه، فلا مجال لتشقيقه بما ذكره (قدس سره) مع ما فى الشق الأول من عدم بقاء شىء له، فيما إذا استوعب حقّ الجنايه للثمن، فيرجع الى البائع حينئذ بتمامه.

[مسألة يعرف الأرش بمعرفه قيمته الصحيح و المعيب ليعرف التفاوت بينهما]

قوله (قدس سره): (و يلزم من طرح القول العادل الواحد، و الأخذ بالأقل، لأصاله برأيه ذمه البائع تضييع حق المشتري - إلخ-).

لو سلم تضييعه من ذلك كثيرا لما كان موجبا لحجته خبر الواحد، إلا إذا علم أنه مخالف لغرض الشارع، بحيث لو لم يجعل خبر الواحد حجه لثلا يبقى مجال لأصاله براءة ذمه البائع عقلا و نقلا لأجل بغرضه، و من أين تعلم مخالفته لغرضه.

قوله (قدس سره): (ففي كفايه الظن أو الأخذ بالأقل، و جهان - إلخ-).

و الوجيه هو الأخذ بالأقل، للأصل. و اما وجه ضعف احتمال الأخذ بالأكثر، فهو ان ضمان العيب لا معنى له، إلا وجوب الأرش على البائع تعبدا، من دون ان يكون هناك ضمان حقيقه.

[مسألة لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بينه الأقل و بينه الأكثر و القرعه]

قوله (قدس سره): (لان كلا منهما حجه شرعيه، فإذا تعذر العمل بهما (١) في تمام مضمونه، وجب العمل به - إلخ-).

وجوب العمل بكل منهما كذلك، لا دليل عليه، بعد عدم مساعده دليل الاعتبار، على اعتبارهما، مع تعارضهما، و تكافؤهما، إلا على اعتبار أحدهما بلا عنوان، بناء على حجته البيه على الطريقه، و تخيرا، بناء على اعتبارها من باب السببيه، على ما حققناه في محله. اللهم إلا ان يدعى قيام الإجماع على الجمع كذلك، و إلا فلا اعتبار فيما ذكره، فإنه مجرد اعتبار، لو لم نقل بمساعدته على اعتبار أحدهما في تمام مضمونه، لا بكل منهما في بعضه، و ان الموافقه الاحتماليه في الحقوق أيضا، يكون اولى من المخالفه القطعيه. و أنما يكون الجمع اولى فيما إذا تراحم الحقوق الثابته، لا فيما تعارض طرق إثباتها فتأمل.

نعم يكون الاحتمال الثالث المخالف لكل من البينتين، منفيا بأحدهما، بلا عنوان، أو بأحدهما تخيرا. فتأمل.

١- و في المصدر: لان كلا منهما حجه شرعيه يلزم العمل به فاذا تعذر العمل بهما.

قوله (قدس سره): (لأن المأمور به، هو العمل بكل من الدليلين، لا بالواقع المردد بينهما- إلخ-).

كى يعين بالقرعه. نعم لا بد من القرعه بناء على حجته إحدى البيتين بلا عنوان، لو قيل بها فى تعيين المردد، و عدم اختصاصها بتعيين المجهول، كما لو قيل بصحة طلاق احدى الزوجتين، و عتق أحد العبدین، و تعيين المطلقة، و المعتقد بها.

قوله (قدس سره): (لأنه إذا فرض لكل نصف من المبيع، قيمه، تغاير قيمه النصف الآخر، و جب ملاحظه- إلخ-).

بيانه انه لما كان اللازم أخذ الأرش بحسب التفاوت بين قيمتي الصّحيح و المعيب، و كان قضيه قاعده الجمع، تصديق كل مقوم فى نصف التفاوت بحسب تقويمه بين القيمتين، إذا كان التّعارض بين الطرفين، و ثلاثه، إذا كان بين الأطراف الثلاثه، و هكذا كان اللازم أخذ بمقدار التفاوت بين كل قيمتين، من الطرفين المتعارضين، أو الأطراف، و الجمع بالتصديق فى النصف أو الثلث، حسب اختلاف الأطراف.

[القول فى الشروط التى يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحتها و فاسدها]

اشاره

قوله (قدس سره): (و ظاهره كون استعماله فى الالتزام الابتدائى، مجازا- إلخ-).

هذا لو لم يكن تفاسير أهل اللغه من قبيل شرح الاسم الذى صحّ بالأعمّ و الأخصّ، و لا يبعد ان يكون التقييد لأجل كون أغلب أفراد الشرط ضمنيه، مع قوه احتمال كونه فى حكايه بيع بريه (١)، و فى قول أمير المؤمنين (عليه الصلاه و السلام) مجازا، للمشاكله من قبيل «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ- الآيه-» (٢) و فى مثل ما الشرط فى الحيوان، يمكن دعوى عدم استعماله، إلّا فى الضمنى، فافهم.

و إطلاق الشرط بمعنى الالتزام، لا يكاد يصح على البيع الذى هو تمليك

١- التاج الجامع للأصول: ٢- ٢٠٢.

٢- البقره: ١١٤.

العين بالعوض، فإنه بهذا المعنى لا- بدّ من التعلّق بأمر، بخلاف البيع، كما يظهر لمن تدبّر، فلو أطلق عليه، فهو لا محاله يكون بمعنى آخر، فتأمل جيّداً.

قوله (قدس سره): (و اما بمعنى جعل الشىء شرطاً بالمعنى الثانى - إلخ-).

هذا لو قيل ببطلان البيع عند تخلف الشرط و عدم تحقق ما شرط.

و اما لو لم نقل به، فلا مجال لهذا المعنى، كما لا يخفى.

[الكلام فى شروط صحه الشرط]

[أحدها أن يكون داخلا تحت قدره المكلف]

قوله (قدس سره): (لأنّ تحقق هذا الشرط بضرب من الاتفاق، و لا يناط بإرادته المشروط عليه، فيلزم الغرر- إلخ-).

لا يخفى ارتفاع الغرر فيما إذا علما أو اطمئنا بتحقيقه، فلا وجه لان يكون لزومه وجها لاعتبار هذا الشرط. هذا، مع صحه النقض بما إذا اشترط وصفا حاليا لا يعلم تحققه فى المبيع، و عدم صحه ما ذكره- قدس سره- من الفرق، لعدم الوثوق بتحقيق الإجماع، و لو مع فرض الاتفاق، كيف، و مع الخلاف لاحتمال ان يكون اتفاه من جهه توهم الفرق بينهما بما ذكره من ان التزام، وجود الصفه فى الحال، بناء على وجود الوصف الحالى (إلى آخر ما ذكره قدس سره)، مع عدم صحته، فان الالتزام بوجودها فى الحال، كما كان بناء على وجود الوصف الحالى، كان الالتزام به فى الاستقبال، بناء على وجود الوصف الاستقبالى أيضا، ضروره ان البناء، قضيه الالتزام، و هو فيهما سواء.

اللهم إلما ان يقال: ان الأمر الاستقبالى، لما كان متوغلا- فى الإمكان و خارجا عن تحت الاختيار، لم يكف يصح التزامه عند العقلاء، بل كان لغوا غير مؤثر أصلا، بخلاف الحالى، فإنه و ان كان خارجا عن تحت الاختيار، إلا أنه لما قد خرج عن حدود الإمكان إلى الإيجاب أو الامتناع، صحّ الالتزام بوجوده، أو عدمه عندهم، فافهم.

قوله (قدس سره): (و يمكن توجيه كلام الشيخ- إلخ-).

قد عرفت بما ذكرنا فى الحاشيه السابقه، انه لا داعى إلى توجيه كلامه بذلك، مع انه غير مجد فى رفع الخلاف بمجرد احتمال له لذلك، مع ظهوره فى خلافه، فتدبّر جيّداً.

قوله (قدس سره): (الا ان يحمل على صورته الوثوق بالاشتراء- إلخ-).

لا يخفى انه لا يخرج بالوثوق به عن الاستقبالي، و لا يدخل تحت القدره و الاختيار، و كون الإيجاب اختياريًا، انما يجدى إذا كان جزئه الآخر للسبب، و العله التامه محققا سابقا، و الّا لا يخرج عن الاستقبالي الخارج عن تحت الاختيار، فتأمل جيداً.

[الثالث ان يكون ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء]

قوله (قدس سره): (الثالث ان يكون ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء- إلخ-).

لا- يبعد ان يكون هذا ممّا لا بد منه فى تحقق الاشتراط عقلا، لا من شروط نفوذه شرعا، كيف و الّا فلا دليل على اعتباره، بل عموم «المؤمنون- الحديث-» (١) دليل على عدم اعتباره.

قوله (قدس سره): (و من ان الإسلام يعلو و يعلى عليه (٢)- إلخ-).

فيه مضافا الى منع كون اشتراطه موجبا لأن يعلى على الإسلام، أنّه لو سلم و قدم على العموم، كان عدم نفوذه تعبدا لأجل هذه القاعدة، لا لأجل كون الشرط ممّا لا يتعلق به غرض العقلاء نوعا و شخصا، فافهم.

[الرابع أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنه]

قوله (قدس سره): (مما لا يرتاب فى ضعفه- إلخ-).

لإبء مثل هذا العموم عن التخصيص، و بعد نفوذ الشرط المخالف للكتاب شرعا إلى الغايه.

قوله (قدس سره): (ثم الظاهر أنّ المراد بكتاب الله هو ما كتب الله على عباده- إلخ-).

و لا- يخفى ان الظاهر من لفظ كتاب الله، هو القرآن، و اشتراط الولاء للبائع فى النبوى (٣)، أنّما جعل مما ليس فى كتاب الله، و هو كذلك، لا مخالفا له، حتى صار قرينه على اراده هذا المعنى منه، مع انه لو جعل مخالفا، لأمكن

١- مستدرک الوسائل: ٢- ٤٧٣.

٢- وسائل الشيعه: ١٧- ٣٧٦- ب ١- ح ١١.

٣- سنن ابن ماجه- ج ٢- ٨٤٢- الرقم ٢٥٢١

ان يقال: انه لا- محاله يكون حكم الولاة فى الكتاب، حيث «لَا رَطْبٌ وَلَا يَابِسٌ إِلَّا فِي كِتَابٍ مُّبِينٍ» (١) و ان كنا لا نفهمه منه، و هو (صلى الله عليه و آله و سلم) يفهم. فافهم.

قوله (قدس سره): (و لا يبعد ان يراد بالموافقه، عدم المخالفه، نظرا إلى موافقه- إلخ-).

و عليه لا حاجة الى إرجاع الموافقه الى عدم المخالفه، كما لا يخفى. و انما الحاجة إليه، فيما إذا كان مدار المخالفه و الموافقه، غير مثل هذه العمومات، و عليه لا- يبعد الإرجاع نظرا الى ما يظهر من مجموع اخبار الباب، من ان المانع عن نفوذ الشرط، مع عموم المقتضى له ثبوتا و إثباتا، ليس الا مخالفته لحكم الله المبين فى السنه أو الكتاب، فقد عبّر عنه، بمخالفه الكتاب و السنه تاره، و تحليل الحرام، و تحريم الحلال اخرى.

ان قلت: هذا و ان كان لا يأبى عنه غير واحد من الاخبار، و يساعده الاعتبار، ألا ان مثل النبوى (٢) يأبى عنه، ضروره ظهوره فى اعتبار كونه فى كتاب الله.

قلت: نعم، لو لا قوله (صلى الله عليه و آله و سلم) فى ذيله (قضاء الله- الى آخره-) الظاهر فى كون الولاة لمن أعتق، يكون فى كتاب الله، أو بنحو يفهمه (ص). أو المراد من كونه فى كتابه، كونه فيما كتبه الله على عباده، و ان يئنه بلسان نبيه (صلى الله عليه و آله)، كما أشير إليه. كيف، و قد حكم على نفوذ غير واحد من الشروط التى ليس فى الكتاب، ظاهرا فى غير واحد من الاخبار، بقولهم «المؤمنون عند شروطهم» (٣)، فتأمل جيدا.

قوله (قدس سره): (فاشترط ترك التزويج و التسرى، لا ينافى الكتاب، فينحصر المراد- إلخ-).

لا يخفى أنه لا وجه لهذا التفریع، فإنه كما ينافى اشتراطهما الكتاب،

١- الأنعام: ٥٩.

٢- سنن ابن ماجه- ج ٢- ٨٤٢- الرقم ٢٥٢١

٣- مستدرک الوسائل: ٢- ٤٧٣.

لا- ينافيه نفسهما، وانه يكفى فى اتّصاف الالتزام بالمخالفة للكتاب عرفا، تعلّقه بفعل، أو ترك ما دل الكتاب على اباحه فعله و تركه، كما يوجبه تعلّقه بفعل الحرام، أو ترك الواجب، مع أنّ دليل الحرمة، أو الوجوب أيضا لا- دلالة له، أّا على نفس حرمة الفعل، أو وجوبه، فلو التزم بفعل الحرام، و تخلف و ترك ما اتى بحرام، نعم كان متجربيا، لو كان عازما على فعله حين التزامه و بالجمله، فكما يصحّ عرفا اتصاف الالتزام بترك الواجب، أو فعل الحرام، بالمخالفة للكتاب، مع عدم دلالة على منعه، كذلك يصحّ اتصاف الالتزام بذاك المباح، أو فعله بها. و يدل عليه الرواية (١) الدّالة على مخالفه اشتراط ترك التزويج، أو التسرى للكتاب، فتأمل جيدا.

قوله (قدس سره): (و مجردا عن ملاحظه عنوان آخر طار عليه- إلخ-).

بل مع ملاحظه كونه مجردا عن طرو عنوان آخر عليه، يتغير بطروه حكمه واقعا. هذا هو المناسب لما هو هو بصدده، من مقام الثبوت، و كيفيه ثبوت الحكم فى الواقع، و ما ذكره أنّما يناسب مقام الإثبات، و قد صار بصدده بقوله «إذا عرفت- إلى آخره-» كما لا يخفى على المتأمل فى أطراف كلامه، زيد فى علو مقامه.

قوله (قدس سره): (فيمكن حمل روايه محمد بن قيس (٢)- إلخ-).

الظاهر انه سهو عن قلمه الشريف، و الصحيح روايه ابن مسلم (٣).

فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (فإن لم يحصل له، بنى على عدم أصاله عدم المخالفة- إلخ-).

فإن المخالفة مسبوقة بالعدم المحمولى، الذى هو مفاد ليس التّامه،

١- وسائل الشيعة: ١٥- ٤٦- ب ٣٨- ح ٢.

٢- وسائل الشيعة: ١٥- ٤٠- ب ٢٩- ح ١.

٣- وسائل الشيعة: ١٥- ٣١- ب ٢٠- ح ٦.

حين عدم ثبوت طرفها، و ان لم يكن مسبوقه بالعدم الرّبطى، الذى هو مفاد ليس التّاقصه، حيث ان الشرط وجد إما مخالفًا، أو غير مخالف.

فان قلت: أصاله عدم المخالفه بهذا المعنى، لا يثبت كون الشرط غير مخالف، الّا على الأصل المّثبت، كما لا يخفى.

قلت: نعم، و لكنه لا- حاجه الى إثباته، و يكفى ما يثبت به، و هو عدم ثبوت وصف المخالفه له، و به ينقح ما هو موضوع «المؤمنون عند شروطهم» (١) فان الخارج عنه بالاستثناء، ليس الّا عنوان خاص، و الباقي تحته كل شرط كان غيره، بلا اعتبار خصوص عنوان، بل بأى عنوان لم يكن بذاك العنوان، و من الواضح أنّ الشرط الذى لم يثبت له المخالفه من ذلك، فتأمل، فإنّه لا يخلو من دقّه.

قوله (قدس سره): (و مرجع هذا الأصل إلى أصاله عدم هذا الحكم- إلخ-).

لا يخفى أنّ أصاله عدم هذا الحكم على هذا الوجه لا يثبت عدم تحقق المخالفه، الّا على الأصل المّثبت، فلا وجه لإرجاع أصاله عدم المخالفه إليها، مع أنها وافية بإثبات ما هو المهم، و لو لم نقل بالأصل المّثبت، و لعلّ وجهه بنظره- قدّه- كون الشك فى المخالفه مسببا عن الشك فى كفيته جعل الحكم، و هو و ان كان كذلك، الّا ان عدم مخالفه الشرط ليس من الآثار الشرعيه المترتبه عليه، كى يكون المرجع، هو الأصل فيها، فتأمل جيّدا، فى المقام، فإنّه ينفعك فى غير مقام.

قوله (قدس سره): (و فيه من الضعف ما لا يخفى- إلخ-).

حيث ان تخصيصه الشرط المخالف بذلك، ينافيه ما دلّ من الأخبار على عدم نفوذ الشرط، لكونه مخالفًا، مع كون المشروط نفس الفعل كالتسرى، و الهجر، و الطلاق، على ان ذلك يستلزم كون الاستثناء منقطعًا، ضروره الشرط، و ان الالتزام الجدى، لا يكاد يتعلّق بما هو فعل الغير،

و باختياره، فكيف يتعلق بالأحكام الشرعية الخارجة عن تحت قدره المشترط و اختياره بالمره. هذا، مع ان الأمر لو كان كما ذكره، من خروج التزام فعل المباح، أو الحرام عن مدلول الاخبار، لزم تقديم دليل نفوذ الشرط حكومه، أو توفيقا، كما تقدم أدله سائر العناوين الطارئة من العسر و الضرر، فلا وجه لملاحظه التعارض و الترجيح بأمر خارج. فافهم.

قوله (قدس سره): (و ربما يتخيل ان هذا الاشكال مختص - إلخ-).

لعل وجه تخيل الفرق. ان الإباحه إذا كانت تكليفيه، فهي تكون غالبا لأجل عدم المقتضى للإيجاب أو التحريم، بخلاف الإباحه المترتبة على الوضع، فإنها باقتضاءه، لكنه، لا يجدى ما لم يكن فعليته، و اقتضائه لها بالعليه، فتختلف و لا تنضب. نعم عليه يكون الشرط المحرم للحلال، عزيزا جدًا، بل غير محقق، حيث لم يعلم بعد اباحه تكليفيه، كانت لاقتضاء مقتضى، فضلا عن ان يكون بنحو العلية، فافهم.

قوله (قدس سره): (و للنظر فى مواضع من كلامه مجال - إلخ-).

منها تخصيصه الشرط المحلل للحرام، أو المحرم للحلال، بما إذا كان على نحو القاعده و العموم، من دون نظر الى فرد خاص، مع وضوح كون شرط شرب خمر خاص، و ترك فريضة خاصه، شرطا محللا للحرام، و كون شرط شرب التتن، أو تركه مده، ليس كذلك.

و منها انه - قده - قد استشكل فيما اشترطت عليه، ان لا يتزوج، أو لا يتسرى بفلانته خاصه، مع أنه لا وجه على ما بناه، ضروره أنه لا يوجب إحداث قاعده كليته، فتأمل جيدا.

[الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد]

قوله (قدس سره): (ان لا يكون منافيا لمقتضى العقد - إلخ-).

اشترط المنافى، تاره على نحو لا يتأتى منه القصد الى تحقق مضمون العقد أصلا، لأجل المناقضه، و ان يأتى منه إنشائه، فإنه خفيفه المؤنه، كما إذا أريد من لفظ (بعث) حقيقه البيع الذى هو التملك بالعوض، مع اشتراط عدم الثمن، و اخرى على نحو يتأتى منه القصد الى مضمونه حقيقه، غايته

بالاشتراط، لقصد عدم ترتب بعض لوازمه و أحكامه، مما له شرعا أو عرفا، و ثالثه على نحو قصد الى ما لا ينافيه الاشتراط، و ان كان ينافيه بظاهره، كما إذا أريد مع اشتراط عدم الثمن فى الصيغه بلفظ (بعت) التملك بلا عوض. و من الواضح انه يكون قصده بمكان من الإمكان، و ان كان خلاف ظاهر (بعت). فان كان اشتراط المنافى على النحو الأول، فلا عقد و لا شرط، سواء لم يقصد الى مضمون العقد حقيقه من رأس، أو بدأ له بعد إنشائه، فأتى بما يناقضه و ينافيه، و ان كان على النحو الثانى، فالشرط غير نافذ، لمخالفته للكتاب أو السنّه، و كذا العقد، لو قيل بكون الشرط الفاسد مفسدا، و ان كان على النحو الثالث، كان عقدا لما قصده، فيقع. ألما ان يقال، باعتبار لفظ خاصّ فى عقده، فتأمل فيما ذكرناه، لكى تعرف ان اشتراط ما ينافيه طاهر العقد، يختلف صحه و فسادا و وجها فيما يفسد. فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (و لو شك فى مؤدّى الدليل، و جب الرجوع الى أصله ثبوت ذلك الأثر - إلخ-).

إنما و جب الرجوع إليها، فيما إذا رجع الشك فيه الى الشك فى مخالفه الشرط للكتاب أو السنّه. و اما إذا رجع الشك فيه، الى الشك فى انّ الاشتراط مع القصد الى ما هو حقيقه العقد، موجب للمناقضه فى القصد، فلا يجدى الرجوع إليها، كما لا يخفى. بل يكون فى الحقيقه شكا فى أصل تحقق العقد و الشرط. و كذا لو رجع الشك فيه، الى الشك فى انّ الشرط ينافى حقيقته هذا العقد، و انه مع الشرط يصير حقيقه أخرى، كما عرفت فى النحو الثالث، فحينئذ شك فى تحقق تلك الحقيقه، و لا يشك فى تحقق ما قصده، و لا أصل يرجع إليه فى إثبات تلك الحقيقه، و ترتيب آثارها الخاصّه، و لا حاجه أصل أصلا فى ترتب آثار ما قصد، كما لا يخفى. فتأمل جيدا.

[الشرط السادس أن لا يكون الشرط مجهولا جهاله توجب الغرر فى البيع]

قوله (قدس سره): (لكن الإنصاف أن جهاله الشرط يستلزم - إلخ-).

و ذلك لأنه قيد للبيع، أو أحد العوضيين، و ليس بأمر مستقل فى ضمن عقده، قصارى ما يمكن ان يقال، ان إطلاق النهى عن بيع الغرر

ينصرف الى ما كان الجهاله فى نفس العوضيين بأنفسهما، لا يقيدهما. و لو سلم فلا أقلّ من كون جهالتهما كذلك قدرا متيقنا فى مقام التّخاطب، فلا يشمل ما إذا كانت الجهاله بالسّرايه من القيد. لكنه كما ترى.

ان قلت: لو سلم سرايه الجهل، فإنما يوجب بطلان العقد ببعض مراتبه، لا بتمامها، بناء على كون العقد المشروط بتعدّد المطلوب. قلت: لو سلم كونه كذلك، فإنّما يبخل، و يبقى ببعض مراتبه، لو كان العقد جامعا لتمام الشرائط المعتره فيه، و منها ان لا يكون غرريا فافهم.

نعم للخصم ان يقال: ان المتيقن، هو ما إذا كانت الجهاله فى العوضين و لو بالسرايه، و لم يحرز كون الشرط قيذا لأحدهما، بل لعله كان قيذا لنفس البيع، و لعله يرجع الى ما أفاده العلامة أعلى الله مقامه، من تعليل عدم ضرر جهاله الشرط بأنّه تابع، اى تابع البيع لا تابع المبيع - الى آخر كلامه. يتوجه عليه ان جهاله التابع، انما لا يسرى إذا كان مما لا يقصد فى البيع، كأساس الجدران و نحوها، لا مثل الشرط المقصود بالخصوص فى البيع. فافهم.

[الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال]

قوله (قدس سره): (لان بيعه له يتوقف على ملكيه المتوقّفه على بيعه - إلخ-).

لا يخفى عدم توقف ملكيته على بيعه، و لعل توهم التوقف عليه، انما كان لأجل أنّه شرط، و لا يكاد يؤثر المقتضى بدونّه، لكنه فاسد، فان بيعه و ان كان شرطا، ألّا أنّه لا- بمعنى كونه جزء العله و ما يلزم من عدمه العدم، بل بمعنى آخر كما مرّ، و ألّا لزم الملكيه فى البيع قبل حصول الشرط مطلقا، أى شىء كان شرطا.

لا يقال: لا يعقل بيع الشىء من مالكة البائع، فشرط بيعه منه فى نفسه غير معقول.

فإنه يقال: انما لا يعقل إذا كان الشرط بيع ملكه الفعلى، لا بيعه منه بعد خروجه عن ملكه، و صيرورته ملكا للمشتري. و بالجمله، يكون الشرط، بيع المشتري للمبيع منه، بعد ما ملكه و صار له، فلا تغفل.

[الشرط الثامن أن يلتزم به في متن العقد]

قوله (قدس سره): (و لو تواطئا عليه قبله، لم يكف ذلك - إلخ -).

و التحقيق ان يقال: ان التواطؤ عليه ان كان بمجرد المقاوله على الاشتراط فى ضمن العقد مع إيقاعه مطلقا، كما إذا يكن هناك مقاوله عليه أصلا، فلا- ينبغى الإشكال فى عدم كفايه المقاوله فى الاشتراط، و وقوع العقد مطلقا، كما لا يخفى. و ان كان مع إنشاء الاشتراط قبله مع وقوعه كذلك، اى مطلقا، فيبتنى على نفوذ الشرط الابتدائى و عدم نفوذه. و ان كان مع إنشائه فى ضمن العقد، بان وقع العقد مقيدا و مشروطا، و ان لم يذكر اعتمادا على تلك المقاوله، فيبتنى على أنه لا بدّ فى نفوذ الشرط من ذكره، أو يكفى إنشائه بدونه، مع القرينه عليه. و ان كان بمجرد المقاوله من دون اشتراطه، مع وقوع صيغه العقد مبهما و مهملا، اى قابلاً لان يقيد و يشترط، لا مطلقا، و لا مشروطا و مقيدا، فلا شرط، و هو واضح، و لا عقد، فان المبهم و ان كان ينشأ، إلا أنه لا يتسبب بإنشائه إلى تحقّقه، حيث لا- يكاد يوجد فى الخارج، ما لم يتشخّص بالإطلاق، أو الاشتراط، و ما لم يكن قابلاً لذلك، لكى يقصد بإنشائه التّسبب اليه، لم يكن إنشائه عقده، فافهم.

قوله (قدس سره): (و عموم «المؤمنون عند شروطهم» [\(١\)](#) مختص بغير هذا القسم - إلخ -).

اختصاصه بغيره مبنى على ان لا يكون الوفاء، يتم ترتيب الآثار، و لم يكن بمعنى الالتزام بالشرط، و عدم فسخه، و رفع اليد عنه، أو بمعنى الإرشاد إلى نفوذه و تحقق مضمونه، و إلاّ يعمّه و لم يختص بغيره. و الظاهر ان مثل «المؤمنون عند شروطهم» يدل على نفوذ الشرط و لزومه، بلسان كون الشّارط عند شرطه، و ملازما إياه لا ينفك عنه، من غير دلالة على وجوب الوفاء، كى يلزم اختصاصه ببعض أقسام الشّروط، أو تنزيهه على شموله، لترتب الآثار، مع ان ترتب الآثار على ما حصل بسبب العقد أو الشرط، أنما هو بما دلّ على ترتبها عليه، لا بدليل وجوب الوفاء بهما، كما لا يخفى.

و من هنا ظهر انه لا- بد ان ينزل مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)» على وجوب الالتزام بها، و عدم فسخها، و المعامله معها، كما إذا لم تكن، أو على الإرشاد إلى تحقق مضامينها، كما ينزل النهي في باب المعاملات على الإرشاد الى عدم تحقق ما هو قضيه المعامله المنهى عنها. فتأمل جيدا.

[مسأله في حكم الشرط الصحيح]

اشاره

قوله (قدس سره): (و ان أريد حصول الغايه بنفس الاشتراط، فان دل دليل - إلخ-).

لا يخفى انه لا مجال لهذا الكلام، مع عنوان المسأله في بيان ما للشرط الصحيح من الأحكام، فإنه كلام في انه فاسد أو صحيح، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (و من ان الوفاء لا يختص بفعل ما شرط - إلخ-).

بل قضيه نفوذ الشرط فيما إذا تعلق بالفعل أيضا، هو صيرورته ملكا للمشروط له، و مستحقا له، نظر ما إذا صار أجيرا في عمل، فوجوب الفعل المشروط على المشروط عليه مع المطالبه، كوجوب العمل على الأجير عندها، انما هو لوجوب أداء كل حق الى صاحبه، كما مرت الإشاره إليه عن قريب، فتذكر.

لا- يقال: انّ التمسك بالعموم، مع تخصيصه بغير الشرط المخالف للكتاب و السنّه، مع احتمال اعتبار سبب خاص في تحقق ما شرط، يكون من باب التمسك به في الشبهات المصداقيه.

فإنه يقال: هذا لو لم يكن هناك ما ينقح به عدم المخالفه، و قد مرّ ان عدم المخالفه هو قضيه الأصل، فراجع.

[و الكلام فيه يقع في مسائل]

[الأولى في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي]

قوله (قدس سره): (المشهور، هو الوجوب، لظاهر النبوي (٢) - إلخ-).

فإنه و ان لم يكن دالّا، الّا على نفوذ الشرط و صحته، الّا انّ صحته توجب استحقاق المشروط له لما شرط، فيجب على المشتري عليه مع المطالبه الأداء، لثلا يمنع الحق عن صاحبه، كما مرّ فتأمل.

قوله (قدس سره): (من ان اشترط ما سيوجد (١) أمر منفصل، وقد علق عليه- إلخ-).

بل متصل وقد حصل أثره، وهو استحقاق المشروط له لما شرط من الفعل، وقد قيد به العقد، ولا تعليق له على ذاك الفعل المنفصل عنه أصلا.

و لعل منشأ التوهم، كون الفصل شرطا، وإطلاق الشرط عليه، و تعليق المشروط عقلا على الشرط، مما هو واضح. لكنه قد عرفت سابقا أنّ الشرط ههنا بمعنى آخر، و ليس بذاك الشرط الذي يكون من أجزاء العله التامه.

كيف، و لو كان ذاك، لتوجه عليه أنّ قضيه ارتفاع العقد من رأس، لا انقلابه، جائزا، كما وجه عليه المصنّف- قده- فلا تغفل.

[الثانيه في أنه لو قلنا بوجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي فهل يجبر عليه لو امتنع]

قوله (قدس سره): (فان الخيار أنّما شرع بعد تعذر الإيجاب، دفعا لضرر- إلخ-).

حيث لا ضرر مع إمكان الإيجاب، مع أنّ الضرر الناشى من قبل المخالفه، و عدم العمل بالعقد و الشرط، مع تأثيرهما لتمام مراتب المقصود، و هو ملك المثلن أو الثمن، و ملك الشرط على المشروط عليه، لا- يوجب تزلزلا و خيارا فى العقد، و أنّما يؤثر لو كان نفس العقد و الشرط ضروريا، كما فى الغبن، و كما إذا تخلف الشرط، و لم يكن المبيع بتلك الصفه التى شرط ان يكون متصفا بها، فان العقد مع الشرط حينئذ، حيث لا يكاد يؤثر تمام المقصود، بل أنّما يؤثر استحقاق هذا الشخص الفاقدها، كما لا يخفى، كان نفس هذه المعامله ضروريه، فيكون اللزوم الذى كان حكم المعامله، لو لم يكن كذلك، منفيًا بقاعده «لا ضرر و لا ضرار» (٢)، فلو قيل بالخيار، لم يكن إلّا للإجماع. و من الواضح أنّه لا إجماع، مع إمكان الإيجاب، فتأمل جيدا.

[الثالثه في أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإيجاب]

قوله (قدس سره): (بخلاف الشرط، فان المشروط حيث فرض فعلا كالإعتاق، فلا معنى لتملكه- إلخ-).

قد مرّ الإشاره غير مرّه، أنّ قضيه الشرط، هو أيضا استحقاق

١- و فى المصدر: و اشترط ما سيوجد امره.

٢- وسائل الشيعه: ١٧- ٣٤١- ب ١٢- ح ٣.

المشروط له لما شرط، و تملكه له، فمجرد امتناع المشروط عليه عنه، لا يكون نقضا له، و لا يكون أيا كالاتناع عن تسليم أحد العوضين، و لعله أشار إليه بأمره بالتأمل، فتدبر جيدا.

[الرابعة لو تعذر الشرط فليس للمشروط إلا الخيار]

قوله (قدس سره): (ففى استحقاق المشروط له لأجرته، أو مجرد ثبوت الخيار له، وجهان - إلخ-).

أوجههما الأول، لأن العقد و الشرط قد أثرا أثرهما، من استحقاق العوضين للمتبايعين، و الشرط للمشروط له، فنفوذهما ليس بضررى، ليتدارك بالخيار، كما فى تعذر الشرط، إذا كان وصفا، و الغبن، و العيب، و تعذره أمر طارئ يوجب التنزل الى البدل، كما إذا تعذر تسليم أحد العوضين الكلئين.

فتأمل جيدا.

[الخامسة لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ]

قوله (قدس سره): (فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ - إلخ-).

فإن مورد الفسخ هو العقد، و العقد يصح فسخه و لو مع امتناع تراذ العوضين، إذ الظاهر أنّ التعذر، إنّما يوجب الخيار لأجل الضرر و الضرار (١)، فكما أنّه يوجب مع إمكانه، يوجب مع امتناعه. نعم لو كان الخيار تعبّدا للإجماع، فيمكن ان يقال: ان القدر المتيقّن من معقده، هو صورته إمكانه، فتأمل جيدا.

قوله (قدس سره): (و اما لو كان منافيا كبيع ما اشترط وقفه على البائع، ففى صحته مطلقا - إلخ-).

و هذا الوجه هو المتجه، فان وجوب أحد المتنافيين لا- يؤثر حكما أصلا فى الآخر، لا تكليفا و لا وضعاء، فلو باع بدون اذن المشروط له، جاز و نفذ، و لو اثم بتركه الواجب عليه، و حينئذ لو فسخ المشروط له، فالأقوى الرجوع الى البدل جمعا بين الأدله، كما تقدم فى كلامه، زيد فى علو مقامه، و انما يوجب شرط الضدّ، توقف النفوذ على اذن المشروط له، أو إجازته لو أحدث فى العين

حقاً له، و لم يثبت، و الأصل عدمه. و أنّما الثابت هو استحقيقه عليه الضّد، فلو تعذّر عليه، و لو بسوء اختياره لضدّه، فعليه بدله، و لا موجب لتسلط المشروط له على فسخ العقد أصلاً، كما لا يخفى. فتأمل جيّداً.

[السابعه قد عرفت أن الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن]

قوله (قدس سره): (فإرجاع قوله: بعثك هذه الصبره على أنّها عشره أصواع (١) - إلخ-).

بأن يكون المبيع فى الحقيقه كلياً خارجياً، و هو عشره أصواع موجوده فى هذا المكان، كى يكون الثمن بإزاء العشره، فيسقط عليها، و ان كان المبيع بحسب الصوره، شخص الوجود الخارجى، و عليه فيكون النزاع صغروباً، و فى أنّ المبيع هل هو الكلى أو الجزئى. و ان شرط مقدار خاص فى جزئى، يرجع فى الحقيقه إلى بيع ذاك المقدار كلياً، أو كان باقياً على بيع الجزئى، و الشرط كشرط أمر آخر فيه. و لا- يخفى أنّ اختلاف ما شرط، لا يوجب اختلافاً فى حكم الشرط، فكما لا يكون شرط الكيفيه موجبا لرجوع بيع الجزئى إلى بيع كلى خارجى موصوف بصفه كذا، فكذلك شرط الكميّه، فلا وجه لإرجاعه، و لذا جعل المصنف العلامه أعلى الله مقامه، النزاع كبروباً و فى ان الثمن يسقط على مثل هذا الشرط، كالجزم، أو لا يسقط عليه، كسائر الشرائط.

و عليه فلا- بد فى دعوى التّقسيط من دعوى انه بحسب الحكم العرفى، لا- أنّه بحسب جعل المتعاقدين، ضروره أنّ حال هذا الشرط بحسب ذلك، حال سائر الشّرائط. و أنت خير بان دون إثبات حكم العرف بالتّقسيط على هذا الشرط من بين الشروط، خرط القتاد. بل لا يبعد دعوى أنّه ليس فى صورته تخلف هذا الشرط، إلّا الخيار.

قوله (قدس سره): (و لعل هذا أظهر- إلخ-).

و ذلك لما مر، من ان الاختلاف فيما شرط، لا يوجب اختلافاً فى حكم الشرط، فتذكّر.

١- و فى المصدر: على أنّها عشره أصواع.

قوله (قدس سره): (لأن البائع لم يقصد بيع الزائد، و المشتري لم يقصد شراء البعض، و فيه تأمل - إبخ-).

وجه التأمل أنّ هذا الوجه، ان صح لعم جميع صور تخلف الشرط.

لكنه أنّما يصحّ لو قيل بعدم تعدّد المقصود فى العقود، و عدم تحليلها بحسب القصد، فيما إذا وقع الشرط فى ضمنها، و هو محل كلام بين الأعلام، و يأتى عن قريب تحقيقه.

[القول فى حكم الشرط الفاسد]

[الأول أن الشرط الفاسد لا تأمل فى عدم وجوب الوفاء به]

قوله (قدس سره): (و لا تأمل أيضا فى أنّ الشرط الفاسد لأجل الجهالة، يفسد العقد - إبخ-).

بل لا يخلو عن التأمل، فإنّ رجوع جهالة الشرط إلى جهالة أحد العوضين، انما يسلم لو كان الشرط من قيود أحدهما. و اما إذا كان من قيود نفس البيع، فلا- وجه له أصلا، كما لا- يخفى، و لم يعلم كونه من قيود أيهما، أو أنّه يختلف بحسب الشروط، أو القصود، لو لم يدعى ظهور أنّه من قيوده. نعم جهالته توجب الغرر فى البيع، لو لم نقل بان الغرر المنفى، انما هو بملاحظه الخطر فى أحد العوضين، لا ما يعم فى البيع لأجل قيده، فتدبر جيّدا.

قوله (قدس سره): (لأنه موجب للدور، أو لعدم القصد الى البيع الأول - إبخ-).

قد عرفت فيما مرّ، أنّه لا يوجب الدور، و لا عدم القصد، بل لا يكاد يتأتى منه القصد الى هذا الشرط، بدون قصد البيع الأول، فتأمل.

قوله (قدس سره): (قولان، حكى أولهما عن الشيخ و الإسكافى - إبخ-).

و الظاهر ان القول الأوّل للعلامة و من بعده، و الثانى للشيخ و من بعده، و يكون العكس سهوا من قلمه الشريف، فراجع.

قوله (قدس سره): (و الحق ان الشرط الغير المقذور من حيث هو غير مقدور، لا يوجب تعذر التسليم - إبخ-).

فإنه يتمكن من تسليمه إذا حصل اتفاقا. نعم ما لا يكون حاصلًا فى الحال، و لا مقدورا عليه فى الاستقبال، لا يكاد يتعلّق بتعلّق الاشتراط به. نعم لا يبعد ان يكون حال ما يعلم حصوله فى الاستقبال، حال الحاصل فى

الحال، فى صحّحه اشتراطه، و الالتزام به، فتدبّر.

قوله (قدس سره): (لعموم الأدلّه السّالم عن معارضه ما يخصّص (١) عدا وجوه- إلخ-).

لا- يخفى أنّه مع فساد الشرط، و عدم إمضاءه العقد الخاص المشروط، انما يكون شك فى خياره رأساً، من جهه الشك فى أنّ هذا العقد الخاص كان فى الحقيقه عقداً على اثنين، كأنّه كان عقدين، أو لم يكن عقداً، إلّا على واحد، كما إذا لم يكن شرط فى البين. فيكون الشك فى المقام فى تحقق فرد العام، فلا يجدى فيه العموم فى دليل حكم العام، ضروره أنه يجدى فيما إذا كان الشك فى ثبوت حكمه لفرد من افراده و يأتى ان شاء الله تعالى تحقيق حاله، و ما يمكن ان يقال فى وجه انحلاله، فتدبر جيّداً.

قوله (قدس سره): (و لذا اعترف فى جامع المقاصد بان فى الفرق- إلخ-).

لا- يخفى وضوح الفرق بينهما، فان تحليل العقد، و ان مضمونه بحسب القصد، هو تمليك كل جزء من المثلثن بإزاء ما يخصّه من جزء الثمن، كما هو قضيه المقابله بينهما، واضح، فيؤثر العقد فيما قابل للتمليك و التملك بينهما، و يبطل فيما لا يقبل لهما. و هذا بخلاف الشرط، فان العقد قد تعلق بالخاص و هو المشتري، و مع عدم فساد الشرط فلا يكون العقد ابتداء متعلقاً بالفاقد.

و لا- بد فى دعوى تعلقه به، من دعوى تعلق القصد به ثانياً، و هو و ان كان ممكناً، إلّا أن ثبوته بحسب القصد، و إثباته بحسب دلالة لفظ العقد فى هذا الباب، ليس بينا كذاك الباب، كما لا يخفى على ذوى البصائر و الألباب.

و بذلك انقدح انه لا يكفى للمستدل بالعمومات، مجرد المنع، لوضوح أنّ قضيه الاشتراط هو الارتباط بين التراضى بالتجاره و الشرط، و ان لا يكون بدون تراضى، بل لا بد له من إثبات تعدد القصد فى العقد، و ان التقييد بالشرط انما يكون فى المرتبه العليا منه، لا انه مرتبه واحده و هى مقيده، كى

١- و فى المصدر: عن معارضه ما يخصّصه عدا وجوه.

ينتفى رأسا بانتفاء قيده، فافهم.

قوله (قدس سره): (و حلّ ذلك أنّ القيود المأخوذة في المطلوبات العرفية (١) ما هو ركن المطلوب - إلخ-).

فإذا صار شيء متعلقاً للطلب أو للعقد بتلك القيود، فالفاقد لواحد منها لا يكون متعلقاً لهما أصلاً، و لو فرض أنه أحياناً مما تطلق به القصد، و ان لم يكن بتمام المقصود، لما كانت صيغتهما وافية بإثباته، بل لا بد من نصب دلالة عليه متصله بصيغتهما لو أريد إنشاء طلبه، أو عقده بصيغه واحده، و إلا فلا بدّ من طلب أو عقد آخر، بصيغه أخرى، كما لا يخفى.

و هذا بخلاف ما إذا لم يكن القيد ركناً له، فان كونه كذلك نوعاً، قرينه عرفاً على ان المنشأ بصيغه كلّ منهما شيئان، طلب الواجد إن كان، و إلا فطلب الفاقد، و هكذا العقد مع صورتى الوجدان و الفقدان، بحيث لو فرض ان أحداً ما أراد إلا الواجد، و ان الفاقد ليس متعلقاً لقصده، أصلاً، فلا- محيص له عن نصب دلالة على ذلك، و إلا كانت صيغه كلّ منهما لأجل الاحتفاف بتلك القرينه التوعيه، ظاهره في تعدد المطلوب، و العرف يحكم فيه بكون الفاقد أيضاً بالصيغه مطلوب. فافهم.

قوله (قدس سره): (فان العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب - إلخ-).

حق العبارة ان يقال: يكون الفاقد أيضاً مطلوب، لما عرفت، و تعبيره يوهم ان صحه العقد في صورته الفقد لحكم العرف، باتحاد الفاقد، مع ما هو متعلق العقد من الواجد، مع عدم حكم العرف به، و عدم جدواه في الحكم بالصحة بعد عدم تعلقه إلا بالواجد، و مسامحة العرف في حكمه، فلا محيص في الحكم بالصحة عن دعوى تعلقه بالاثنين، و ان للمقصود منه مرتبتين، فتأمل جيداً.

١- و في المصدر: في المطلوبات العرفيه و الشرعيه منها ما هو ركن المطلوب.

قوله (قدس سره): (و الظاهر ان الشرط من هذا القبيل - إلخ-).

كون الشرط مطلقا من هذا القبيل مشكل، فإنه ربما كان ركنا لمشروطه، بحيث لولاه لما تعلّق به القصد و العقد أصلا، فلا بد في تعيين أنّه من أحد القبيلين، من التماس قرينه من حال أو مقال دلّت على أنّ المتعاقدين قصدا بعقدتهما واحدا أو اثنين، و بدونهما يعامل معه كما إذا علم انهما لم يقصدا أّا واحدا، لعدم إحراز انعقاده، مع فساده للشك في القصد و الدّلاله عليه، بحسب متفاهم العرف التي لا بدّ منها في تحقّق العقد، بدهاه عدم تحقّقه بدونها بمجرد القصد، فافهم.

قوله (قدس سره): (و أدله نفى الضرر، قد تقدم غير مرّه أنه لا تصلح - إلخ-).

مع انه يمكن ان يقال: لا يكون مجال لتوهم الخيار، أّا فيما إذا قصد المتعاقدان العقد على العوضين مع فساد الشرط أيضا، و معه كان منهما الإقدام على الضرر، و معه لا يكون محل القاعده نفى الضرر و الضرر، ليوجب ثبوت الخيار، فتأمل.

قوله (قدس سره): (لان المعلوم إجمالا، أنّه لو عمل بعمومها - إلخ-).

فيكشف هذا عن كثره ورود التخصيص عليها، فلا يجوز العلم بها.

ان قلت: على هذا يلزم عدم جواز العمل بها، و لو اعتضدت بعمل جماعه من الأعلام، لظرو الإجمال عليها، لأجل العلم الإجمالى بتخصيصها كثيرا.

قلت: انما علم إجمالا بذلك في غير موارد العمل، فلا يكون مورده من أطرافه، فلا تغفل.

[الثالث لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظا و لم يذكر في العقد فهل يبطل العقد بذلك]

قوله (قدس سره): (فان اعتبارهما معا في الصحة، يقتضى كون تخلف أحدهما كافيا في البطلان - إلخ-).

فإن البطلان عدم الصحة، و لعل توهم عدم الكفايه، لأجل توهم كونهما ضدين و أمرين وجوديين. فتأمل.

قوله (قدس سره): (إذا أوقعا العقد المجرد على النحو الذى يوقعانه مقترنا بالشرط- إلخ-).

بأن يريدنا من اللفظ الدال على المشروط، المعنى المبهم القابل للإطلاق و التقييد، و أرادا تقييده بما اشترطه خارج العقد.

قوله (قدس سره): (لعدم الإقدام على العقد مقيدا- إلخ-).

و الإقدام عليه مطلقا، و يمكن ان يكون مثله، صوره طرؤ النسيان فى محل ذكر الشرط، مع كونه مطلقا، لعدم ذكر شرط، كما إذا بدا له فى هذا المحل و أطلق، لعدم ذكر شرط، كما إذا كان من الأول بصدد الإطلاق، ان لم نقل باعتبار قصد الإطلاق أو التقييد من الأول.

و قد انقده بذلك ان هذه الصورة إنما لحق بتارك ذكر الشرط عمدا، تعويلا على التواطؤ السابق، فيما إذا لم يصير بصدد الإطلاق، بعدم ذكر الشرط، كما إذا بدا له ذلك بعد البناء على التقييد قبل هذا المحل، بل كان باقيا على الاشتراط، فتأمل.

[الكلام فى أحكام الخيار]

[الخيار موروث بأنواعه بلا خلاف بين الأصحاب]

إشاره

قوله (قدس سره): (ليصدق أنه مما ترك الميث- إلخ-).

ربما يشكل بعدم صدق أنه مميّا تركه الميث فى الحق فان الحق عبارته عن اعتبار خاص منتزع عن منشأ انتزاع مخصوص، كالملكيه، فوزانه ليس وزان الملك، بل الملكيه، فكما لا يصدق ما تركه على الملكيه، بل على الملك بانقطاع ما كان للميث من العلاقه و تركه بلا- إضافه الملكيه له، كذلك لا- يصدق على الحق بانقطاعه بنفسه كالملكيه، و انتفائه بارتفاع طرفه و موضوعه لتقوم الأعراض، و الاعتبارات، و الإضافات بالأطراف و الموضوعات، فافهم فإنه لا يخلو عن دقه.

[بقى الكلام فى أن إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا]

قوله (قدس سره): (و يضعفه ان حق الخيار علقه فى الملك المنتقل الى الغير- إلخ-).

و يضعفه ان الخيار علقه فى العقد من حيث التسلط على فسخه و إمضائه، غايه الأمر أثر الفسخ رجوع كل من العوضين الى ما انتقل عند أو وراثته، كما فى الأجنبى، فإنه أيضا مسلط على فسخ العقد و إمضائه، و اثر

فسخه، رجوع العوضين إلى ما انتقلا عنه، من دون تعلق حق بنفس الملك المنتقل الى الغير أصلاً، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (و يمكن دفعه بان ملك بائع الأرض للثمن - إلخ-).

فيه أنّ كون ملك بائع الأرض للثمن مترلزلاً، و في معرض الانتقال الى جميع الورثة، بفسخ المورث ذى الخيار، لا يقتضى ثبوت حق للزوجه، لو قيل بان الخيار فيما انتقل عنه، من حيث تسلطه على ردّ ما فى يده، ليملك ما انتقل عنه بإزائه، فلا يمكن الدفع إلّا بما عرفت، من منع كون الخيار حقاً فى الملك المنتقل عنه، بل فى العقد، فقد تركه ذو الخيار، فلوارثه و منه الزوجه.

[مسأله فى كيفيه استحقاق كل من الورثه للخيار مع أنه شىء واحد غير قابل للتجزيه و التقسيم وجوه]

قوله (قدس سره): (الثالث: استحقاق مجموع الورثه لمجموع الخيار - إلخ-).

لا- يخفى أنّ اضافته لفظ المجموع الى الخيار و هو واحد، لا يخلو عن استهجان، لو لم يكن لأجل المشاكله مع مجموع الورثه. فافهم.

قوله (قدس سره): (فالمتيقن من مفادها، هو ثبوت الخيار الواحد الشخصى للمجموع - إلخ-).

بل الظاهر منها، و ذلك لان حقّ الخيار الشخصى الذى كان للميت، و ان كان بحسب الدقه يستحيل ان يبقى، لما أشرنا اليه. و ما للورثه من الخيار، كان فى الحقيقه خيار آخر، إلّا انه ثبت لهم بعنوان أنّه ذاك الخيار الذى كان ثابتاً لذى الخيار، و قد تركه بموته، فالورثه بأجمعهم يقوم مقام ذاك الواحد، فى صيرورتهم طرفاً لذاك الحق الواحد، و قضيه عدم التّخاير من اختيار الفسخ أو الإمضاء إلّا باجتماعهم عليه.

و بالجملة يكون ظاهر دليل الإرث، صيروره ما كان للميت من الخيار الواحد، لمجموع الورثه، كما إذا جعل خيار واحد للاجنيين، أو المتبايعين على التوافق، لا الاستقلال بالتخاير.

قوله (قدس سره): (فان النص قد دل على أنّه لا يسقط بعفو أحد الشريكين - إلخ-).

لا يخفى أنّه قضيه كون حق واحد للاثنين على التوافق، و لو كان

لكل واحد إسقاطه، لم يكن على نحو التوافق، بل بالاستقلال. نعم كان لكلّ منهما إسقاط ماله، فيختص بالآخر، فان الاشتراك أنّما يمنعه عما ينافي مع حقّ شريكه، ما كان لدى الحقّ لولاه، وإسقاط ماله منه أصلاً، كما لا يخفى. فيكون النصّ الدال على عدم سقوط حقّ القذف (١)، وحقّ القصاص (٢) بعفو بعض الشركاء، وكذا حكم المشهود بعدم سقوط حقّ الشفعة بعفو بعض الورثة على القاعده، وقضيه كون حق واحد لاثنين، فكل واحد من الورثة، وان كان ليس له التخيير، لا الفسخ، ولا الإمضاء، ولا إسقاط أصل الخيار، إلّا أنّ له إسقاط ما له منه، فيصير كأنّه لم يرث الخيار، فيختص به الباقي، فتأمل جيداً.

قوله (قدس سره): (و يمكن ان يفرق بالضرر - إلخ-).

قد عرفت أنّه لا فرق بينهما، وان الحكم بذلك على القاعده، مع أنّ الضرر لو كان، لكان هو السبب للحكم في باب الشفعة و القصاص، فليكن سبباً في هذا الباب، ولعله أشار إليه بأمره بالتأمل، فتأمل.

قوله (قدس سره): (و حاصله أنّه متى فسخ أحدهم و أجاز الآخر لغا الفسخ - إلخ-).

وكذا لغا الإجازة، ويبقى الخيار، كما إذا لم يكن هناك فسخ ولا إجازة. وذلك لما عرفت في أوّل الخيارات، من ان الإجازة يكون أحد طرفي التخيير الذي هو قضيه الخيار، نعم على ما اختاره - قده - كانت الإجازة من أحدهم إسقاطاً لحقه، فيختص الخيار بالباقي، كما عرفت، من تأثير إسقاطه، سقوط ماله منه. فتدبر.

[فرع إذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ]

قوله (قدس سره): (و من أنهم قائمون مقام الميّت في الفسخ برّد الثمن أو بدله - إلخ-).

لا يخفى أنّ الورثة بعد الفسخ يتلقون من الميّت بالفسخ، ما انتقل عنه

١- وسائل الشيعه: ١٨-٤٥٦- ب ٢٢- ح ٢.

٢- وسائل الشيعه: ١٩-٨٥- ب ٥٤- ح ١ و ٢.

بالباع، لا عن المفسوخ عليه، فلا بد من اعتبار انتقال بدله منه اليه، لا منهم.

و بالجمله كما يكون الانتقال الى الميت بالفسخ من المفسوخ عليه، فلا بد من ان يكون بعوض ما انتقل عنه اليه بالبيع، لا بعوض آخر، و الّا لم يكن فسخا، بل معاوضه جديده، كما لا يخفى. و قياس إرث الخيار، على إرث حق الشفعه، قياس مع الفارق، ضروره أنّه لا مقتضى في الأخذ بها، كون المال من المورث أصلا، فإن المأخوذ بالشفعه إنّما يتلقاه الوارث من المشتري، لا من الميت، و ان كان تلقى منه حقّها، كما لا يخفى، بخلاف الخيار، فإنّ قضيه الفسخ، و تلقى الورثه للمال من الميت، كما عرفت هو ذلك.

و قد انقذح بذلك، ما هو أوجه الوجهين اللّذين ذكرهما فيما فرعه على هذا، و ان الأظهر في الفرعين هو كون ولايه الوارث، كولايه الولي، من جهه انه ليس لواحد من طرفي النّقل و الانتقال الحاصلين بالفسخ ابتداء، و ان كان ينتقل اليه ما انتقل الى الميت ثانيا بالارث. و السيره لو سلّم أنّها جرت بما ذكره، لا شهاده فيها أصلا، لعدم لزوم أداء ديون الميت من مال مخصوص، الّا ان يريد عدم التزامهم بالأداء، لا منه، و لا من غيره، و هو كما ترى، مع عدم شرائط الاعتبار فيها، كما لا يخفى. و المسأله واضحه ان شاء الله لمن تأمل فيما أشرنا إليه، فتأمل تعرف.

[مسأله لو كان الخيار لأجنبي و مات]

قوله (قدس سره): (و من أنّ ظاهر الجعل أو محتمله، مدخلية نفس الأصيل (١) - إلخ-).

لا يخفى انه على هذا يكون النزاع صغروياً، و على الوجهين الأولين يكون كبروياً، فلا بد من جعل محلّ النزاع في المسأله، أعم منهما، و إلّا فلا تأتي لهذا الوجه، أو الأولين منها. فافهم.

[مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار]

اشاره

قوله (قدس سره): (لكن الأمر ههنا أسهل، بناء على أنّ ذى الخيار إذا تصرف - إلخ-).

لا يخفى أنّ البحث ههنا في مقامين: (أحدهما): أنّ الفسخ لما كان

١- و في المصدر: مدخلية نفس الأجنبي.

امرا تسببها، هل يكفي في حصوله الفعل، أو لا بدّ فيه من القول، وهذا بخلاف الإجازة، فإنّها ليست إلّا نفس الرضاء و الإمضاء، فيمكن القول بحصولها بالفعل الكاشف عن الرضاء دونه، و ان كان الأقوى كفايه الفعل فيه أيضا.

(ثانيها): دلالة تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه أو إليه، بما لا يجوز إلّا للمالك على الفسخ، أو الرضاء. أما دلالة التصرف فيما انتقل اليه على الرضاء، فعليه لعدم الانفكاك مثله عادة عن قصد ترتيب الأثر على البيع أو الشراء، و قصد أنّه تصرف في ملكه الحاصل بيعه أو شرائه، و هذا عين الرضاء به. و هذا بخلاف التصرف فيما انتقل عنه، فإنّه كما يمكن وقوعه بعنوان الفسخ، يمكن وقوعه عدوانا، أو فضولا، أو بشاهد الحال، أو غفله عن انتقاله عنه. و حمل فعل المسلم على الصحيح، لا يقتضى إلّا ترتيب اثر الصحيح شرعا عليه، لا اثر ما يتوقّف عليه صحته، كما حَقّق في محلّه. و ظهور الأفعال في عدم الفضوليه، أو كونها مع عدم الغفله، لو سلم، فلا دليل على اعتباره.

و أصله عدم الخطاء في الأقوال و الأفعال، لا يقتضى إلّا عدم صدورها خطأ، بحيث لو لا الخطاء لما صدرت، لا عدم صدورها عن قصد مع الغفله عما لولاها، لربما صدرت أيضا، و كذا الحال في أصله عدم شاهد الحال، فإنّها لا تثبت أنّ التصرف بقصد الفسخ، و لو على القول بالأصل المثبت.

فانقح بذلك ان الأمر ههنا، أشكل من حيث الصغرى و الكبرى، فلا بدّ في الحكم بالفسخ من كون الفعل مكتنفا بقرائن مفيدة لوقوعه فسحا، و بدونها لا يحكم به، لعدم إحراز قصده، بل يمكن دعوى عدم حصوله في هذه الصوره، و لو مع قصده لاعتبار الدّلاله في حصوله، و عدم كفايه قصده، فتأمل جيدا.

[مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبله متصلا به]

قوله (قدس سره): (و من المعلوم انه لا يصاب عنه إلّا إذا وقع - إلخ-).

يمكن ان يقال: أنّه على السببّ لما كان الفسخ مؤخرا عن الفعل ذاتا و مقارنا له زمانا، كانت هذه المقارنه الزمانيه كافيه في صيانته فعل المسلم، إذ لا يعتبر في صحّته إلّا وقوعه في حال الملك، و عدم وقوعه قبله زمانا،

لا- ذاتا، كيف، و إلاً يلزم على الكشف حصول الفسخ بمجرد قصده السابق، و هو لا يكاد يحصل، و ان حصله به الإمضاء، لما عرفت أنه نفس الرضاء بالبيع أو الشراء، و أنه ممّا يحصل بالمعاشرة، بخلاف الفسخ، فإنه لا يكاد يحصل، ألاً بالتسبب. فانقدح أنه لا ملازمه بين حصول الإمضاء بمجرد قصده و الرضاء، و بين حصول الفسخ بمجرد القصد و الرضاء. فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (و البناء على كونه منفسخا من دون ان يدلّ عليها بفعل مقارن له- إلخ-).

لا يخفى أنّ اعتبار دلالة الفعل على الفسخ في حصوله، لا يكاد يصحّ، ألاً على السبب، غاية الأمر حصوله بالتصرف بنحو الشرط المتأخر من قبل وقوعه، فمع الالتزام بما أتفقوا عليه، لا محيص عن الالتزام بها، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (لان الفعل لا إنشاء فيه- إلخ-).

لا يحتاج الإنشاء إلى زياده مئونه، فإذا اختار الفسخ، و اراده بتصرفه الدال عليه، حصل كما يحصل بإرادته بلفظ يدلّ عليه، كما لا شبهه في حصوله بالإشارة و الكتابة، و هما أيضا من الأفعال.

و ما حكاه من العلامه في بعض مواضع التذكّره، لا دلالة على الكشف بوجه، لملاءمته بكلا وجهيه مع السبب، لما عرفت من أنّ عود الملك بالتصرف على السبب بنحو الشرط المتأخر بكون قبيل التصرفات. فافهم.

قوله (قدس سره): (و لو قلنا بحصوله بنفس الأفعال، فينبغي عدم صحه التصرفات المذكوره- إلخ-).

قد عرفت مصادفتها لملك العاقد زمانا بكلا الوجهين في اعتبارها و دخلها، من كونه بنحو الشرط المتقدم، أو الشرط المتأخر.

قوله (قدس سره): (لأن صحه العقد حينئذ يتوقف على تقدّم ملك العاقد (1)- إلخ-).

بل يكفي مقارنة زمانا، و قد عرفت أنّ التقدّم يكون على نحو السبب

١- و في المصدر: يتوقف على تقدم تملك العاقد.

بنحو الشرط المتأخر، كما هو لازم ما اعترف به - قدس سره - مما اتفقوا عليه من عدم حصول الفسخ بمجرد القصد، من إرادته دلالة الفعل عليه، كما أشرنا إليه، تأمل تعرف.

قوله (قدس سره): (وإلا لزم تقدّم وجود المسبّب على السبب - إلخ -).

لا - بأس بتقدمه عليه، ولا - ينخرم به القاعده العقلية، لما حققناه في الفضولي، من أن السبب، والمسبب، حقيقه في الملك، و نحوها من الأحكام، و سائر الاعتبارات، بين الاعتبارات الطّارئة، و اعتبار ما يكون اعتباره مصححا لها، و يصحّ بلحاظ انتزاعها، أو موجبا لحسن موضوع، أو قبحة المتتبعين للحكم عليه، بإباحه، أو تحريم، أو إيجاب، أو استحباب، فراجع هناك، و إن أردت زياده بيان فعليك بالفوائد فراجع.

قوله (قدس سره): (فالوطى المحصّل للفسخ، لا يكون بتمامه حلالا - إلخ -).

قد عرفت إمكان ان يقال: انه يكون بتمامه حلالا، لاقتترانه مع الملكيه في الزّمان، و ان تقدّم عليها ذاتا. فقد انقح بذلك التّوفيق بين حليه الوطى بتمامه، و حصول الفسخ به، لا حصوله بالقصد قبله، لوقوعه مع ذلك بتمامه في حال الملك، فافهم.

[فرع لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار له فقال أعتقهما]

قوله (قدس سره): (و فيه أنّ عتق العبد موقوف على عدم عتق الجاربه - إلخ -).

يمكن ان يقال: ان إمضاء العقد، لما كان بمجرد الرّضاء السابق المنكشف بصيغه عتق العبد، بخلاف الفسخ، فإنه يكون بنفس الفعل، كما عرفت مفصلا، كان الإمضاء، سابقا على الفسخ، فلا يبقى مجال لنفوذ عتق الجاربه، فلا يزاحم به عتق العبد الواقع في الحقيقه بعد الإمضاء، و لا مزاحم آخر. فتدبّر.

[مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذي الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ]

إشاره

قوله (قدس سره): (فان الثابت من الخيار (١)، الفسخ بعد ملاحظه جواز

١- و في المصدر: فان الثابت من خيار الفسخ.

التفاسخ - إلخ-).

يمكن ان يقال: ان الخيار و ان كان متعلقا بالعقد، لا بالعين، ألا انّ قضيه الفسخ كما عرفت، لما كان هو رجوع كل من العوضين الى من انتقل عنه، كان جواز الفسخ بحسب الخيار، مانعا عن جواز كل تصرف يمنع معه الرجوع. نعم لو دلّ دليل خاصّ على هذا التصرف، لدلّ على أنّ أحد طرفي الخيار، و هو الفسخ، يكون بالمعنى الأعم من الفسخ الحقيقي، و حينئذ لا بدّ من اعتبار رجوع العين و تقدير ملكه لمن انتقل عنه، ليصح الانتقال الى البدل، و إلّا لم يكن الفسخ فسحا أصلا، بل معاوضه جديده كما لا يخفى. و عليه لا يجوز التصرفات الناقله.

و اما التصرف المتلف، فيمكن ان يقال: انه لا- ينافى الفسخ، فان التالف يرجع الى من انتقل عنه، و يصير حاله معه، حاله مع المنتقل اليه قبل الفسخ، بحيث لو وجد على خلاف العاده، كان ملكا له، و قد علم منه حال التصرف المخرج له عن الماليه، كما إذا تصرف في الخلّ بما ينقلب معه حمزا لغرض صحيح، حيث يرجع اليه بالفسخ، كما إذا لم ينقلب، غايه الأمر، لا يكون قابلا لإضافه الملكيه، فيصير له حقّ الاختصاص. فافهم.

و قد ظهر بذلك حال الوطى في زمان الخيار، و أنّه لا يجوز بناء على ان الاستيلاء يمنع من ردّ العين، و كذا حال الإجاره، و انها يجوز لعدم منعها عن الفسخ، تأمل في المقام.

[فرعان]

[الثانى أنه هل يجوز إجاره العين في زمان الخيار بدون إذن ذى الخيار]

قوله (قدس سره): (لأن أخذ البدل بالفسخ، فرع تلف العين في حال حلول الحق فيه، لا مع سقوطه عنه- إلخ-).

لا يخفى أنّه لا يخلو عن مصادره، فإنه لا وجه لسقوط الحق عن العين، بناء على ان الفسخ حقيقه يكون مع انتقال العين الى الغير، كما يظهر منه- قده-، و أثره الانتقال الى البدل، فان التصرف حينئذ لا يكون منافيا له، كيلا يبقى مجال له، مع وقوعه عن إذن ذى الخيار. نعم بناء على ان الفسخ الحقيقي لا يكون معه، كما عرفت فيما مرّ غير مرّه، لا يبقى مجال له معه.

و من هنا انقدح أنّه لا وجه لسقوط الخيار بمجرد الإذن فيه قبل

صدوره أصلاً، ألا على الوجه الأول. فتأمل.

[مسألة المشهور أن المبيع يملك بالعقد و أثر الخيار تزلزل الملك]

قوله (قدس سره): (لعموم أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (١)، و أكل المال (٢) - إلخ-).

قد مرّ غير مره بأن مثل «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» في بيان تحليل حقيقه البيع في قبال حقيقه الرّبا، لا بصدد بيان إنفاذ السبب، مع انه لو كان بهذا الصّدد، لا إطلاق فيه. بل انما كان بصدد بيان اعتبار عدم التفاضل في الأجناس الربويّه، ردعا لقولهم «إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا» (٣) كما لا يخفى.

و من هنا انقدح حال «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (٤) حيث أنّه انما بصدد صرف الناس عن الأكل بالباطل إلى الأكل بالحقّ، و هو الأكل بالتجاره عن تراض. من دون ان يكون في بيان السبب، مع انه لو كان المراد بالتجاره سببها، لا- إطلاق فيها، لما عرفت من أنّه بصدد الصرف الى هذا السبب، لا بصدد بيانه فافهم.

قوله (قدس سره): (و يدل عليه لفظ الخيار في قولهم (ع) «البيعان بالخيار (٥) - إلخ-).

بناء على ظهوره في ملك الفسخ، بمعنى حلّ العقد المنعقد المؤثر في مضمونه، لكنه يمكن منع ظهوره، بل بمعنى ما كان للموجب قبل القبول من إبطال الإيجاب. سلّمنا انه بمعنى ملك فسخ العقد، لكنه ليس الأّ حلّه و رجوع الأمر، كما كان قبله، كأنه لم يكن عقد في البين أصلاً، فتأمل.

قوله (قدس سره): (فحينئذ فيمكن ان يكون سؤال السائل (٦) من جهة (٧) ركوز مذهب الشيخ - إلخ-).

و الظاهر أنّ سؤاله من جهة تخيل أنّه كيف يكون اشتراء ما كان له

١- البقره: ٢٧٥.

٢- النساء: ٢٩.

٣- البقره: ٢٧٥.

٤- النساء: ٢٩.

٥- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٤٥- ب ١- ح ١.

٦- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٥١- ب ٥- ح ١.

٧- و في المصدر: فحينئذ فيمكن ان يكون سؤال السائل بقوله اشترى متاعى من جهة ركوز مذهب الشيخ.

و قد باعه. فتدبر.

قوله (قدس سره): (توضيح الضعف أنّ مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد- إلخ-).

و إلّا لزم ان يكون الانتقال من حين الإيجاب، فإنّ القبول، هو قبول الإيجاب و مطاوعته، لكنه ليس بمبهم، و مهمل، بل مطلق، و مرسل، قد لوحظ فيه الإطلاق و الإرسال، و ان لم يعين لأوله و لا لآخره حدّ و زمان، كما مرّ في الفضولي، و في عقد المكره. فراجع.

قوله (قدس سره): (و فيه أنّه لم يعلم من القائلين بتوقف الملك على انقضاء الخيار القول- إلخ-).

مع أنّه لو علم، فالظاهر من النبوى (١)، كون مضمونه قاعده جديده على خلاف القواعد العامه، و لذا استدلّ به على عدم ضمان الغاصب للعين بمطلق منافعها، استوفائها، أولاً. و قد مرّ للنبوى معنى آخر، فتدكر.

قوله (قدس سره): (فيدلّ بضميمه قاعده كون التلف عن المالك- إلخ-).

مضافا الى قوله (عليه السلام) في صحيحه ابن سنان (٢) «و يصير المبيع للمشتري» الظاهر في أنّه ليس له قبل الانقضاء، ان لم نقل بأنّه من المتعارف، سلب كون الشئ لأحد، إذا كان ملكه له في معرض الزوال، كما ربّما يؤيده، أنّه لا يبعد دعوى ظهور هذه الأخبار في مضمون جديد، على خلاف القواعد، لا بيان مجرد خساره المال على ملكه، فتأمل جيدا.

١- التاج الجامع للأصول: ٢- ٢٠٤ (كتاب البيوع).

٢- وسائل الشيعة: ١٢- ٣٥٢- ب ٥- ح ٢.

[مسألة و من أحكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار في الجملة]

قوله (قدس سره): (فان ظاهر قولهم: التلف في زمان الخيار- إلخ-).

لا- دلالة لإضافه الضمان الى الخيار، الى كون الزمان، الزمان الذي هو حدّ الخيار و أمده، كي يكون الخيار زمانيا، بل الزمان الذي يكون فيه الخيار، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (مضافا الى استصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض- إلخ-).

هذا بناء على ضمان المشتري قبل قبض الثمن، كالبائع للمثمن قبل قبضه، كما سيجيء. و كون الضمان في زمن الخيار، بمعنى الضمان قبل التلف، و فيه بحث، كما يأتي، و إلا فلا مجال للاستصحاب، لعدم الحاله السابقه، أو لارتفاعها جزما، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (مدفوع بما أشرنا سابقا من منع ذلك- إلخ-).

و ان شرط ردّ الثمن، أو مثله، انما هو شرط التّخاير، لا- الخيار، لكنه لا- يخفى انه يختلف بحسب ما تقاولا عليه و تراضيا من الشرط، و إلا فالشرط صالح لان يكون لنفس الخيار أيضا، فافهم.

قوله (قدس سره): (و دخول الفرد في ملك المشتري، لا يستلزم انفساخ العقد- إلخ-).

فيما إذا تلف في زمن خياره، غاية انه يستلزم ان يكون حاله كما إذا لم يدخل في ملك المشتري، فيبقى الكلي الذي هو محظ العقد على حاله، هذا، لكنه يمكن ان يقال: ان الكلي بعد انطباقه على الفرد، و تعينه في الخارج في ضمنه، صار المبيع بذلك شخصا خارجيا، كان العقد وقع عليه، فاذا كانت قضيه قاعده التلف في زمن الخيار، انفساخ العقد في بيع الشخصى كانت قضيتها ذلك في بيع الكلي، حيث كان تلفه على من انتقل عنه، كما إذا لم يكن هناك بيع، لا كما إذا لم يكن قبض، ضروره ان الكلي بعد ما عين في الخارج، و فرغت الذمه عنه، و تلف الفرد المنطبق عليه المبيع الكلي من مال من انتقل عنه، كما هو قضيه القاعده، حسب الفرض، لا يكاد يوجد هناك موجب لاشتغال الذمه به ثانيا، كي يكون العقد باقيا على حاله، و لعلّه أشار

إليه بأمره بالتأمل، فتأمل.

قوله (قدس سره): (انّ هذا ظاهر الأخبار المتقدمه الدّاله على ضمان البائع (١) - إلخ -).

لا- يخفى ان ظاهر لفظ الضمان فى بعض تلك الأخبار، ظاهر فى كون المبيع على عهده البائع فى مده خيار المشتري، كما هو المتعارف منه فى غير مورد من موارد قواعد من اليد، و الإلتلاف و التغرير، و قاعده عدم ضمان الشخص لما يتلف فى ملك مالكه، ليس قضيتها إلّا ان الأصل عدم ضمانه له بلا موجب، و تلك الأخبار دلت على ان الشراء بالخيار، يكون موجبا له، كدليل اليد، و الإلتلاف و التغرير، فلا يكون الضمان بسببه مخالفا لهذه القاعده أصلا مثل دليلها، فافهم.

و قاعده التلازم بين الضمان و الخراج أيضا، لو سلمت بمعنى ينفع الخصم، كانت مثل القاعده السابقه، فى أنّ خساره المال على مالكه، كما أنّ منافعه له فى نفسه، لو لم يكن هناك ما يوجب ان يكون خسارته على غيره، أو منافعه له، و ذلك لا ينافى فى التفكيك بينهما، بموجب دلّ دليله، إمّا على انه يوجب كون خسارته على الغير، أو منافعه له، كأدله موجبات الضمان، أو دليل نفوذ مثل عقد الإجاره، و قد عرفت ان تلك الأخبار (٢) تدل على ضمان البائع، لمال المشتري فى زمان الخيار، و كون التّلف فى زمانه، موجب لضمّانه، مع أنّه مخالفه هذه القاعده لازمه لا محاله. و تقدير كون المبيع فى ملك البائع آنا ما، مع انه مخالف للأصل، لا يكاد يصار اليه إلّا بالحجه، و لو كان هو الجمع بين القاعدتين اللّتين لا يكاد يوفق بينهما، إلّا بذلك، و ليس هيهنا مثل ذلك، لما عرفت من ان النّسبه بين تلك الأخبار و القاعدتين، هو النّسبه بين الدّليل و الأصل، لا يجدى فى رفع المخالفه لقاعده التّلازم، ضروره أنّ الضّمان الذى هو عباره عن مفاد قضيه شرطيه، لو تلف كانت عليه خسارته فى تمام الزمان، و تقدير الملك أنّما هو فى الآن، فالتّفكيك كان بين الضّمان

١- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٥٥- ب ٨.

٢- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٥٥- ب ٨.

و المنافع فى غير الان من زمان الخيار.

نعم لو فرض له منافع فى ذاك الان، و قيل بأنه للبائع، حينئذ، لم يكن تفكيك بينهما فى هذا المقدار، فلا يكاد يجدى القول بانفساخ المعامله، مع انه على خلاف القاعده فى عدم انخرام القاعده. نعم انما يجدى فى عدم انخرام قاعده عدم ضمان الشخص لما يتلف فى ملك غيره، و قد عرفت أنه ليس إلا من قبيل الأصل المخرج عنه بتلك الأخبار، فكيف صح الالتزام بالانفساخ على خلاف القاعده، لمراعاة مثله.

و مما يؤيد ان الضمان فى الأخبار، يكون بمعنى العهده لمال الغير، كما فى غير مورد من الموارد، لا بمعنى انفساخ العقد، و تلفه من ماله، شمول هذا الأخبار بالعموم، كما هو صريح بعضها لتلف بعض الصفات، كالصحة فى زمن الخيار، مع أنه لا معنى لانفساخ العقد فيها، لما عرفت من عدم كون شىء من الثمن يازائها، و ان كان بملاحظتها يزداد فيه، كما لا يخفى، فتأمل جيدا.

قوله (قدس سره): (و على التقديرين فى ضمان (١) المتلف - إلخ-).

الآن أنه على التقدير الثانى، لا يكون ضامنا للفاسخ، لعدم كونه ملكا له فى ذاك الحال، بل ملكا لغير ذى الخيار، فيكون ضامنا له، فلا وجه لرجوع الفاسخ اليه الا بضميمه ما ذكره أولا، كما لا يخفى. و على التقدير الأول، و ان كان ضمان المتلف بالفسخ يصير له بعد ما كان لغيره، إلا انه لا وجه لهذا التقدير أصلا، فإن الفسخ من حينه، و قضيته إنما هو رجوع ما انتقل عنه إلى الآخر بعينه أو ببدله منه اليه، و بالعكس، بان يكون كل واحد متلقيا عن الآخر، لا عن الغير، و بذلك ظهر فساد ما ذكره أولا، كما يشير اليه، فافهم.

[مسأله قال فى القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين]

قوله (قدس سره): (لان الخيار كما عرفت، عباره عن ملك فسخ العقد - إلخ-).

الخيار فان كان فى لسان الأصحاب، هو ذلك. إلا أنه المراد من

١- و فى المصدر: و على التقديرين فهو فى ضمان المتلف.

لفظ الخيار في الاخبار، غير معلوم، لاحتمال ان يراد به فيها، جواز استرداد العين بالفسخ، فيشكل التمسك بمثل «البيعان بالخيار» (١) و لا مجال للاستصحاب بعد التلف أصلا، لعدم ثبوت الفرد و الكلى، و ان ثبت، الا ان استصحابه لا يجدى ألا على القول بالأصل المثبت، حيث ان جواز الفسخ بعد التلف ليس من آثاره، بل من آثار فرده.

[مسألة لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونه]

قوله (قدس سره): (لأنها كانت مضمونه قبل الفسخ - إلخ-).

ظاهر العبارة، كما هو صريح سائر العبارات، أنه - قده - أراد من الضمان قبل الفسخ، ضمان اليد، و أنت خير بأنه ليس ضمان ما صار الى كل من المتبايعين من العوضين، ضمان يد، بل هو ضمان معاوضه بمعنى خسارته عليه، و تلفه من ماله بعوض ما انتقل عنه بالعقد إلى الآخر، و صار خسارته عليه كذلك، و بالفسخ قد ارتفع ذاك الضمان قطعا، فلا مجال لاستصحابه، فلو كان للفسخ يد عليه حين الفسخ، فعموم «على اليد» (٢) مقتضى لضمانه فيما إذا لم يكن التخليه بينه و بين المفسوخ عليه، و ألا كان أمانه شرعيه، حيث كان حفظه حينئذ، مجرد إحسان إليه، فتأمل.

[القول في النقد و النسيئه]

[مسألة إطلاق العقد يقتضى النقد]

قوله (قدس سره): (و قوى الشهيد الثانى ثبوت الخيار مع الإطلاق أيضا - إلخ-).

وجهه أنّ الإطلاق أيضا يقتضى التعجيل مثل اشتراطه، و فيه ان وجوب الخروج عن العهد مع المطالبه في صورته الإطلاق انما هو آثار الملكيه المطلقه الحاصله بالعقد و أحكامه فالتأخير مع المطالبه، انما هو مجرد مخالفه تكليف، كما إذا غصب ما باعه، لا التخلف عن حق ثابت للغير، في عرض الملكيه الثابته له بنفس العقد، كما في صورته الاشتراط، فلا يكون تخلف الشرط، إلا في هذه الصوره.

١- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٤٥- ب ١- ح ١.

٢- مستدرک الوسائل: ٣- ١٤٥.

و من هنا ظهر أنّ شرط التّعجيل لا يخلو عن تأسيس، و انما يكون مؤكداً بملاحظته وجوب الخروج عن العهده معجلاً مع المطالبه، فافهم.

[مسأله يجوز اشتراط تأجيل الثمن مده معينه]

قوله (قدس سره): (و من الأجل المضبوط و حلوله بموت المشتري، و هو أقرب - إلخ-).

لا يخفى أنّ حلول الأجل بالموت من أحكام صحه البيع و آثارها، فلا يكاد يمكن ان يكون صحته بملاحظته أصلاً.

و بالجملة لا- بد ان يكون البيع فى نفسه، غير سفهى، و جامعاً للشرائط، و فاقداً للموانع، ليقع صحيحاً، فترتب عليه أحكامه و آثاره، فلا يجدى فى ذلك حلول الدين بالموت، فما قرّبه بعيد جداً، و ما ذكره - قده- فى وجه أقربيته أنّما يصحّ، لو كان البيع فى نفسه غير سفهى، لا بملاحظته الحكم بالحلول، فتدبر جيداً.

قوله (قدس سره): (حيث ان الشارع أسقط الأجل بالموت، و الاشتراط المذكور، تصريح ببقائه بعده - إلخ-).

لا- يخفى ان حكم الشارع بحلول الأجل، لا- يكاد يكون إلّا فيما كان هناك بحسب الاشتراط أجل، فالاشتراط المذكور محقق لموضوع الحكم بالحلول، لا- أنّه ينافيه و يكون على خلافه. نعم لو كان الشرط بقاء الأجل و عدم حلوله بالموت، كما جعله الشارع، كان على خلاف جعله، فكان فاسداً، بل مفسداً، كيف، و إلّا لزم ذلك، و لو فيما إذا اشترط ما يحتمل بقاء المشتري عادة، فيما إذا لم يبق و مات، بل مطلقاً، كما لا يخفى على من تأمل.

[مسأله لو باع بثمان حالاً و بأزيد منه مؤجلاً]

قوله (قدس سره): (و لو باع بثمان حالاً، و بأزيد منه مؤجلاً - إلخ-).

يحتمل ان يقع ذلك على وجوه:

أحدها: الترديد بين إيجابين، إيجاب البيع نقداً بثمان، و إيجابه نسيه بأزيد منه، ليقبل المشتري أحدهما. و لا يبعد دعوى الإجماع على بطلانه، مضافاً الى أنّ الترديد بين الإيجابين، مستلزم للترديد بين العوضين، و الجهاله فى أنّه بأيّهما يقع التملك، و يكون بمنزله أنّه بعته بما اخترت من أحد هذين الشيئين، و الغرر و الجهاله فى مثله، مما لا يخفى.

ثانيها: إيقاعه نسيه، مع اشتراط التنزيل، وإسقاط شىء من الثمن على تقدير أدائه حالا، ولا ينبغي الإشكال فى صحته، لأن الشرط أمر سائغ، ولا يبعد تنزيل بعض الأخبار عليه.

ثالثها: إيقاعه نقدا بئمن، مع اشتراط زياده عليه، على تقدير عدم وفائه به الى أجل كذا، ولا شبهه فى بطلان الشرط، لأنه من الربا، كما يأتى. وأما البيع ففساده مبنى على كون فساد الشرط يفسد، وقد تقدّم الكلام فيه، ولا يبعد أن يكون بعض الأخبار (١) الداله على الأخذ بأقل الثمنين و أبعد الأجلين منزلا على ذلك، بان يكون المراد أنه لا يلزم ألا بالأقل، و لو لم يؤدّه إلا فى أبعد الأجلين.

قوله (قدس سره): (بل هى فى مقابل إسقاط البائع حقّه من التّعجيل - إلخ-).

قد عرفت ان التّعجيل ليس بحق، بل وجوبه مع المطالبه من آثار الملكيه الحاصله بالعقد، فلا يسقط بالإسقاط مطلقا، بالعوض أو بدونه.

و عليه و ان لم يستحق البائع، الزياده، ألا أنه له المطالبه. نعم يمكن توجيه كلام الشهيد - ره - بان يكون البيع بالأقل، و قد شرط فى ضمنه الزيادة على المشتري، و التأخير له مع المطالبه، كل على حده، فإذا فسد الشرط الأول لكونه الربا، بقى الشرط الآخر على حاله، لعدم الملازمه بينهما، كما لا يخفى، ألا على القول بفساد العقد، لفساد شرطه، و لا يذهب عليك أنه لا يرجع هذا إلى إسقاط حق المطالبه، بل هذا يكون قضيه اشتراط التأخير له، فافهم.

[مسأله لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل و إن طول]

قوله (قدس سره): (و يمكن تعليل الحكم بأن التّأجيل كما هو حق للمشتري - إلخ-).

لا- يخفى أنه لا- يساعد الشرع و لا- العرف، على كون التّأجيل منشأ لانتزاع اعتبار آخر غير الملكيه، لما فى ذمه المشتري مؤجلا، على ما هو ظاهر المشهور، أو الملكيه بعد الأجل، كما هو المحتمل، غايه الأمر حكم مثل هذا

المال، عدم وجوب قبوله على مالكة، كما لا يجوز له مطالبة، وهو غير ثبوت حق له قابل للإسقاط و الصِّلح، بل لا يساعدان على انتزاعه للمشتري أيضا، بل جواز تأخيره مع المطالبة إلى الأجل، حكم تعهده مؤجلا، ولذا لا يسقط بإسقاطه.

و بالجمله ثبوت حق في بين يحتاج الى ثبوت موجب له، و لا دليل عليه، و مع الشك فالأصل عدمه، و جواز تأخيره مع المطالبة، كجواز عدم القبول مع التبرع بالدفع، لا دلالة على ثبوت الحق، لأنهما أعم، و اما الدليل على جواز عدم القبول مع ثبوت حق له في التأخير، فهو عدم دليل على لزومه.

و من هنا ظهر ما في تعليلاتهم، لعدم السقوط بالإسقاط، بل وجهه ان جواز التأخير مع التأجيل، صرف الحكم لا يسقط بإسقاط من له الحكم.

ان قلت: كيف ذا، و التأجيل بجعله و شرطه، و الشرط قابل لذلك، اي السقوط بالإسقاط، و ألا لما سقط الخيار الحاصل بالشرط.

قلت: نفس الاشرط لا يكاد يسقط إلا بإسقاط المشتري لخروجه عن تحت قدرته، لمكان «المؤمنون عند شروطهم» (١)، و لا بإسقاط المشتري له، لعدم سلطنته لأحد على حد الترام غيره بعقد أو شرط. نعم ان كان المشروط حق، كان له إسقاط ذاك الحق، كما أنه إذا كان بالشرط له، ملك عين، أو عمل، أو دين، كان له ذاك، و يترتب ماله من أحكامه و آثاره. و ههنا بالشرط صار له نفس التأخير، فجاز له تركه، و التبرع بالتعجيل، لا حقه، كي جاز له إسقاط، مع إمكان منع كون التأجيل بشرط في ضمن البيع، بل البيع نسيه نحو من البيع، خصوصا لو قيل بما أشرنا إليه من الاحتمال.

ثم لا يخفى أنه لا ينافي ذلك اشرط شىء في ضمن عقد آخر، كان اثر، وجوب التعجيل مع المطالبة. فتدبر.

قوله (قدس سره): (اما لو تقابلا في الأجل، فإنه يصح - إلخ-).

بل لا يصح، فإنه راجع الى ان يكون ما أوقعاه من نحو البيع نحو آخر،

لما عرفت من منع كون الأجل شرطاً في البيع، بل يكون حدّاً له، و من مخصّصاته نوعاً أو صنفاً، مع منع جريان التّقابل في الشرط، و كون التّقابل بمعنى إسقاطهما ما لهما من الحق، كما يأتي منه - قده -، فيه ما ذكرنا أنّه ليس هناك حق قابل للإسقاط أصلاً.

قوله (قدس سره): (فلا يعود الحق بإسقاط التّأجيل - إلخ -).

فيه أنّه يمكن ان يقال: لو سلّم، فقضيّته ليس الّا عدم إعادة حقّ المطالبه السّاقط بإسقاطه، لا جوازها الذي هو صرف حكم، فإنّه غير ساقط، و انما لم يكن لانتفاء موضوعه، و بإسقاط حقّ التّأجيل قد وجد أيضاً له موضوع، فإنّه أعمّ، فافهم.

قوله (قدس سره): (لأنّه حق واحد يتعلّق بهما، فلا يسقط إلّا بإسقاطهما - إلخ -).

لا يقال: أنّ وحده، الحق و كونه لاثنين لا يمنع عن إسقاط أحدهما فيصير عما إذا لم يكن الّا للآخر، كما في الحق الذي ورثه جماعه.

فإنّه يقال: وحدته انما لا تكون بمانعه فيما إذا كان المتعدد في طرف واحد، لا فيما إذا كان كل واحد من المتعدد مما له و عليه. لكنه لو لم نقل بأنّه موجب لتعدده أيضاً، فتدبر.

[مسأله إذا كان الثمن بل كل دين حالاً أو حل وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه]

قوله (قدس سره): (و توهم عدم الإضرار و الظلم، لارتفاعه بقبض الحاكم - إلخ -).

لكنه يمكن ان يقال: أنّه لا - إضرار و لا ظلم إذا كان المعترف في وفاء الدّين، قبول الدّائن ما عينه المديون، و عدم كفايه مجرد التّعيين و التّخليه بينه و بينه، لعدم مزاحمته له في حق، و لا عين، و لا نفس، و هو أيضاً مسلط على نفسه، غايه الأمر ان يكون بقاء الدّين في ذمته ضرراً عليه، لكنه قد أقدم عليه، حيث كان ممّا يدوم بنفسه إذا حدث بسببه الذي اتى به، و لو سلّم عدم إقدامه الّا على حدوثة إلى الأجل، فقاعده نفى الضرر مقتضيه لنفى ما هو حكمه لولاه، من اشتراط تحقق الوفاء الواقع له بقبول الدّائن، فيستقلّ بالوفاء بالتّعيين و التّخليه، مع إمكان ان يقال: بكفايه ذلك مع الإغماض عن هذه

القاعده، فلا تصل التَّوبه إلى إجبار الحاكم أو قبوله، من جهه كونه وليّ الممتنع، مع انه لو سلّم انه امتنع عمّا يجب عليه فتصدى الفقيه له، مبنى على عموم الولايه فى زمن الغيبه، و ألّا فلا- بد فى تصدى الفقيه و غيره، من إثبات ان هذا الأمر ممّا لا يجوز إهماله على كل حال، كما هو الحال فى حفظ أموال القاصر الذى يكون بلا ولى، و الأوقاف التى تكون بلا متولّى، و الاقايه الأمر يجب من باب الأمر بالمعروف فى الجملة، حملة على القبول.

و من هنا انقذ ما هو طريق تفرغ ذمه المديون من الاستقلال بالتعيين و التخليه فيما جاز له، و لو بملاحظه قاعده نفى الضرر، لا ما أفاده- قده- فإنّه مستلزم للقول بخلاف غير واحد من القواعد، ضروره أنّ التفرغ بدون الوفاء و الإبراء، و تلف ما عينه على الدائن مع بقاءه على ملكه، و صيرورته متعلّقاً لحق له كحق الجنايه، أو تقدير ملكه له أنا ما قبل التلف، الى غير ذلك، كلها على خلاف القاعده، لا- يصار إلى واحد منها إلاّ بدليل. و لا يمكن ان يقال بدونه شرعا، و إن أمكن ثبوته واقعا، فافهم و تأمل فى أطراف ما ذكرناه.

قوله (قدس سره): (لكن فيه ان تضرره انما يوجب ولايته على القسمه- إلخ-).

يمكن ان يقال: تضرّر الشريك بالقسمه، إنّما يمنع عنها لو لم يكن الضّرر متوجّها ابتداء اليه، و أمّا معه فلا وجه لأن يراحم به ضرر شريكه.

و من الواضح أنّ الضرر ههنا متوجّه اليه، و يتبعه يرد الضرر على شريكه لو لا القسمه، تضرره اولى بالمراعات من ضرره، كما قرر فى محله. فتأمل.

[مسأله إذا ابتاع عينا شخصيه بضمن مؤجل جاز بيعه قبل حلول الأجل و بعده]

قوله (قدس سره): (و فى دلالتها نظر- إلخ-).

لعل وجهه عدم ظهور الروايه فى الشراء، فضلا عن شراء ما باع. بل ظاهر فى جواز أخذ غير ما عليه من الدرهم و فاء عنها، و الكلام انما كان فى المنع عن شراء ما باع فى الجملة إلاّ عن أخذه أو مثله و فاء، فافهم.

قوله (قدس سره): (و فيما تقدم عنه فى النّهايّه- إلخ-).

لكنه عليه لا وجه لغير واحد من القيود التى أخذها فى موضوع ما

ذكره فيها من المسأله، كما لا يخفى. فتأمل.

قوله (قدس سره): (ألا ان يقال: أخذ الرهن على الثمن و التضمين عليه- إلخ-).

لا يخفى أنّ كون شىء من توابع البيع و مصالحه، لا يندفع به محذور الدّور، حتّى يجوز اشتراطه لأن المنع عنه على تقدير لزوم الدّور عن اشتراطه عقلى، و التبعية لا- ترفع التّوقف عن واحد من الطرفين، ضروره توقف الرّهن على البيع المتوقف عليه مع اشتراطه، فالنقض به على حاله، و الحلّ و هو عدم توقّف ملكيه البائع على بيعه، مشترك. و لعلّ توهم التّوقف إنّما نشأ من جهه إطلاق الشرط على ما شرط، و توقّف المشروط على الشرط واضح، و الغفله عن أنّ ذاك التّوقف إنّما هو على الشرط الذى هو من اجزاء العله، و ما هو من أجزاءها إنّما هو نفس الاشتراط بالبيع، بناء على كونه قيّدا للمطلوب الواحد، و أنّ فساد الشرط يوجب فساد العقد، و هو حاصل و قد اثر، لا ما اشترط به، كما لا يخفى.

و أمّا بناء على تعدّد المطلوب، فهو أيضا ليس من اجزائها. نعم هو من اجزاء عله مرتبه من المطلوب، فافهم.

قوله (قدس سره): (بل لأجل الالتزام به سابقا فى متن العقد أو قبله- إلخ-).

بل لأجل الالتزام لا- حقا، و إلا- فلو كان لأجل الالتزام به سابقا من دون إلزامه به من أحد، لم يكن بيعه أو شرائه بغير طيبه و رضاه، و ان كان لولا التزامه به، لما كاد يبيع أو يشتري بطيبه.

و بالجمله الطّيب المعتبر فى صحه المعامله، ما حصل له من الدّاعى، لأجل الوفاء بوعد، أو التّزام، أو رفع ضروره، الى غير ذلك مما كان فى مقابله الإكراه عليها، كما لا يخفى. و منه قد انقدح ما ينبغى ان يحمل عليه خبر على بن جعفر (١)، فتدبّر.

قوله (قدس سره): (و عدم طيب النفس لا يقدر، إلا مع عدم لزوم الوفاء شرعا- إلخ-).

بل يقدر، و لو مع لزوم الوفاء شرعا، كما إذا كان بيعه مع إلزام، أو إكراه من أحد، بتوعيد و وعيد على عدم اقدامه، فباع لذلك، غايه الأمر مع لزوم الوفاء، ربّما يجوز للحاكم إجباره عليه فيما إذا امتنع عنه، أو توليه عنه، لو قيل بعموم ولايه الحاكم، كما أشرنا إليه سابقا، و هو غير أنه لا يقدر عدم طيبه مع لزوم الوفاء عليه، كما لا يخفى على المتأمل، فتأمل.

[القول في القبض]

[مسألة اختلفوا في ماهية القبض في المنقول]

قوله (قدس سره): (اختلفوا في ماهية القبض في المنقول- إلخ-).

الظاهر ان لا- يكون اختلافهم في ماهية القبض شرعا، بل كان فيما يتحقق به خارجا، بعد الاتفاق على أنه أمر واحد، و مفهوم فأرد، كالاستيلاء، و التمكن من التصرف فيه بما شاء لغه و شرعا. و أنه كما يتحقق في غير المنقول بالتخليه بلا خلاف، يتحقق بها في المنقول، أو لا بدّ معه من النقل و التحويل، أو الوضع في اليد، أو غير ذلك مما ذكره. و ذلك لبعده أن يراد منه شرعا، غير ما هو معناه لغه و عرفا، و ان يكون في المنقول غير ما هو في غيره، مع اختلافهم في تعيينه. و هذا بخلاف ان يكون الخلاف في محققات معنى، فإنه لا بعد أصلا في اختلاف المحققات بحسب الانظار، كما أنّ اختلاف المنقول و غيره كذلك، أو واقعا، كما لا يخفى.

مع أنه لا- يبعد ان لا يكون اختلافهم فيها أيضا، بل في العبارة لأجل المسامحة، كما هو المحتمل في اختلاف عبارات أهل اللغة، أو ان يكون لأجل اختلاف الموارد فيما يعتبر فيها من فعل القابض، أو المقبض. أو اختلاف حكم الوضع و التكليف، و لو في مورد واحد. و بأحد هذه الوجوه على سبيل منع الخلو يمكن منع التوفيق بين الكلمات، و الجمع بين ما وقع منهم في الموارد من الشتات.

و بالجملة لا- بدّ في كلّ باب من ملا-حظه الدليل، و الاقتصار حينئذ مع إجماله على اعتبار ما اجمع عليه الأصحاب في ذاك الباب. و الرجوع فيما شك في اعتباره إلى الإطلاق أو العموم، لو كان، و إلّا فإلى ما هو الأصل بحسب

التكليف و الوضع. فتأمل.

قوله (قدس سره): (فقد اعترف غير واحد بأنه تعبد، لأجل النص (١) الذي ادعى دلالة عليه - إلخ-).

مع أنّ المنع عند بمكان من الإمكان، فإنّ الظاهر أنّ الاخبار بعد التوفيق بينها، كما يظهر بالتأمل فيها، بإرجاع المنع عن البيع قبل الكيل أو الوزن، الى المنع عن البيع قبل القبض، لأجل الملازمه بحسب الغالب المتعارف بينهما، و أنّه لا يكاد ينفك الكيل أو الوزن عمّا يتحقّق به القبض عاده، كما لا يخفى، أمّا يكون بصدد المنع عن البيع قبل القبض تكليفا، حرمة، أو كراهه، أو وضعاً، كما يأتي تفصيله في بعض مسائل أحكام القبض، لا في بيان اعتبار الكيل أو الوزن في القبض، أو كفايته في قبض المكييل أو الموزون، كما يظهر بالتأمل فيها.

[فرعان]

[الأول لو باع داراً أو سفينة مشحونه بأمتعه البائع و مكنه منها كان قبضاً]

قوله (قدس سره): (فالتقل عن زاويه إلى أخرى بغير اذن البائع، لا يكفي لجواز التصرف).

لا يخفى أنّه لا يكاد يتمّ إلا فيما لا يصحّ بيعه بدون القبض كالصرف، و إلاّ فجواز التصرف في المبيع بالبيع، و الشراء، و غيرهما، لا يتوقف على القبض أو الإقباض، لحصول الملك بالعقد، و بناء على القول بعدم حصوله به، بل بانقضاء زمن الخيار، لا يكون القبض كافياً لجواز التصرف، فتأمل جيداً.

[الثاني لو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً فلا يخلو إما أن يكون قد كيل قبل البيع أو وزن أو لا]

قوله (قدس سره): (و بالجمله فليس في الصحيحه (٢) تعرض لصوره كيل الشئ أَوْ لا قبل القبض - إلخ-).

كما لا تعرّض لهذه الصوره في سائر الأخبار، لانصرافها عنها. فلا بد في الصوره مما هو القبض في غير المكييل و الموزون. هذا لو قيل بدلالته على اعتبار الكيل و الوزن فيهما تعبداً، و قد عرفت عدم دلالتها على ذلك.

١- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٨٩- ب ١٦- ح ١١ و ١٢.

٢- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٨٩- ب ١٦- ح ١١.

[القول فى وجوب القبض]

[مسأله يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع]

قوله (قدس سره): (لاقتضاء العقد ذلك - إلخ -).

بل لاقتضاء الملكيه مطلقا لذلك مع المطالبه، من دون خصوصيه لحصولها بالعقد، ضروره عدم كون مضمونه ألا التملك بالعرض، و عدم اقتضاء وجوب الوفاء به، ألا تحقق التملك كذلك، كما عرفت، ألا ان يدعى ان مبنى عقد البيع، على التقابض، و التزام كل منهما على التسليم، و هو كما ترى، ضروره انه لا- يكون فى ضمن العقد التزام لو لم يكن وجوب التسليم من الأحكام.

و منه انقذح انه لا- يكون لكل منهما على صاحبه حق غير ما حصل له من الملك، كما يظهر من التذكرة، ألا ان يكون مسامحه فى العبارة، و قد عبّر بها عما هو قضيه الملكيه، فافهم.

قوله (قدس سره): (و لعل الوجه فيه ان عقد البيع - إلخ -).

بل لعلّ الوجه كون ذلك من الأحكام عرفا، قد أمضاه الشارع بعدم الردع، من دون ان يكون فى البين اشتراط و التزام، كما عرفت. و منه قد انقذح وجه عدم جواز الحبس فيما إذا كان أحدهما مؤجلا.

[مسأله يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله مطلقا و من غيرها فى الجملة]

قوله (قدس سره): (فإن إطلاق العقد كما يقتضى أصل التسليم - إلخ -).

قد عرفت الإشكال فى اقتضاء العقد لذلك، بل يكون وجه وجوب التفرغ كأصل التسليم بعد المطالبه، عموم السلطنه على الأموال (١)، و عدم جواز التصرف فى ملك الغير بدون اذنه (٢)، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (كان له الخيار لو تضرّر بفوات بعض منافع الدار عليه - إلخ -).

يمكن ان يقال: أنه لا- ضرر فى نفس البيع، كى يوجب نفي الضرر، لزومه و وجوب الوفاء به، حيث أنه حصل به ملك العين بمنفعتها. غايه الأمر

١- بحار الأنوار: ٢- ٢٧٢.

٢- وسائل الشيعه: ٦- ٣٧٦- ب ٣- ح ٦.

أنه حيث فوت عليه بعضها البائع بوضع متاعه فيه، كان عليه اجره المثل الى زمان الفراغ. و هذا بخلاف ما إذا كانت مسلوبه المنفعة بالإجاره و نحوها، فان نفس البيع حينئذ يكون ضرريًا، فمع جهل المشتري يكون قضيه نفي الضرر، عدم وجوب الوفاء به، فلا يقاس عليه ههنا. فتدبر.

قوله (قدس سره): (و لو كان زرع قد أحصد- إلخ-).

لا إشكال في وجوب التفرغ فيما كان الزرع حصيداً، و الشجر مقلوعاً، لما عرفت. و أما إذا كان كل واحد منهما قائماً على ساقه، فالتحقيق أنه ليس نفس البيع بضرري، كى يوجب نفي الضرر و الضرار (١)، ثبوت الخيار مع الجهل، لا مع العلم، كما هو الحال في البيع الغبني.

نعم يكون القلع ضرراً على البائع، و البقاء ضرراً على المشتري، فبعد تعارض الضررين، و عدم ثبوت مرجح في البين، لو كان أحدهما أكثر ضرراً، لما حققناه في محله، من عدم كونه مرجحاً فيما إذا كان التعارض بين ضررى الشخصين، كان المتبع هو عموم السلطنة على الأموال (٢)، و عدم جواز التصرف في ملك الغير بدون اذنه (٣)، و قضيتهما كما عرفت، لزوم التفرغ مع المطالبة، أو البقاء بالأجره، فتأمل جيداً.

[مسألة لو امتنع البائع من التسليم فإن كان لحق فلا إثم]

قوله (قدس سره): (الّا أنّ منافع الأموال الفاتته بحق، لا دليل على ضمانها- إلخ-).

إذا لم يكن فوتها بحيث يصدق انه كان بإتلاف منه لها، استوفائها، أم لا، دالا، فالدليل على الضمان، هو قاعده الإتلاف، و احترام مال المسلم، و لا منافات أصلاً بين حبس العين بحق، و ضمان منافعها بإتلافها بالاستيفاء و غيره، كما لا يخفى.

١- وسائل الشيعه: ١٧- ٣٤١- ب ١٢- ح ٣.

٢- بحار الأنوار: ٢- ٢٧٢.

٣- وسائل الشيعه: ٦- ٣٧٦- ب ٣- ح ٦.

قوله (قدس سره): (و يمكن الفرق في النفقة بين المقامين - إلخ-).

لإمكان ان يكون تمكين الزوجه شرطا لثبوت النفقة على الزوج، فلم يثبت نفقه عليه، مع امتناعها و لو كان بالحق. و هذا بخلاف المقام، ضروره ان ثبوتها انما يكون لأجل الملكيه، و هي حاصله بالعقد و حبس البائع، لا يكاد يكون موجبا لسقوط النفقه عن المشتري، و لا- موجبا لثبوتها عليه، كما في حبس غيره، بحق كان أو بغيره. و بالجملة لا مشابهة أصلا بين حبس من له النفقه ههنا، و امتناعه هناك، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (ففي وجوب إجابهته و جهان- إلخ-).

أوجهها الوجوب، لعموم السلطنه على الأموال (١)، و لا- ينافي وجوبها ما هو الفرض، من جواز الحبس من تعجيل المشتري للبدل، و لو سلم فلم يعلم أنه العله، بل غايته الحكمه، و لا بأس بمخالفتها مع الأصل، فضلا عن الدليل.

[الكلام في أحكام القبض]

[مسألة من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله إلى القابض]

قوله (قدس سره): (لكن لما لم يتعقل ذلك تعين اراده وقوع التلف - إلخ-).

وجه عدم المعقوليه، عدم قابليته التالف، لأن تعرضه المالى، ضروره ان التالف لا يكاد يقابل بالمال، لكنه لا يوجب تعين اراده ذلك، لاحتمال إرادته أنه بالتلف يصير كأنه كان مالا للبائع، فتلف، فعبر عن ذاك الاعتبار، و تلك الإضافه التي تكون بين المال التالف و ذى المال، و لا- تكون بينه و غيره بماليته، و هذا أظهر و اولى، للزوم الالتزام بالملكيه على ذاك الاحتمال آنا ما قبل التلف، تقديرا، أو تحقيقا، بلا موجب لها، بخلاف هذا الاحتمال، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (ألا ان يقال بان التلف من البائع يدل التزاما على الفسخ الحقيقي - إلخ-).

لا يقال: مع احتمال الفسخ الحكمى لا دلالة له على الحقيقي، فإنه

ظاهر في انتقال المبيع إلى البائع حقيقه، و معه لا يكون الاحتمال بضائر بالدلالة، كما لا يخفى. فافهم.

قوله (قدس سره): (ثم أنه يلحق بالتلف تعذر الوصول - إلخ-).

فيه اشكال، لعدم دلالة النبوى (١) المنجبر ضعفه بالاشتهار عليه، لعدم صدق التلف على تعذر الوصول. نعم لروايه عقبه بن خالد (٢)، دلالة عليه، لو كان ضعفها منجبرا أيضا، و إلا فلا بد من الاقتصار على التلف، لكون الحكم على خلاف الأصل.

قوله (قدس سره): (أما لتحقق سبب الانفساخ و سبب الضمان، فيتخير المالك في العمل بأحدهما - إلخ-).

لا- يخفى أنه ليس المقام من موارد توارد السببين، و تزامم المؤثرين، للأثرين المتنافيين في عرض واحد، ليتخير المالك، بل يكون سبب الانفساخ، سببا و رافعا لموضوع سبب الضمان، فإنه معه يكون التالف مال الغير، كى يكون ضامنا له بإتلافه، بل يكون ماله، فلا مجال له معه أصلا.

و بالجمله لا محيص عن العمل بسبب الانفساخ ههنا، لو كانت قاعده التلف قبل القبض تعمه، و لم تكن منصرفه عما إذا كان بإتلاف البائع، و أما لزم تخصيصها بلا- مخصص، أما على وجه دائر، و لا- يلزم من عدم العمل بسبب الضمان معه، محذور التخصيص، إذ معه لا يكون إتلاف مال الغير، فيكون تخصصا بالنسبه إلى قاعده الإتلاف، فافهم.

قوله (قدس سره): (لجريان دليل تعذر التسليم هنا - إلخ-).

جريان الدليل فيما إذا تجدد تعذر التسليم محل اشكال، بل منع، و لا يكون الضرر مع التجدد من نفس البيع، بل أمر حادث، كما إذا حدث بعد التسليم.

١- المستدرک: ٢- ٤٧٣.

٢- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٥٨- ب ١٠- ح ١.

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

قوله (قدس سره): (بناء على عود ضمير الحق إلى البائع - إلخ-).

ويمكن الاستظهار أيضاً، بناء على عود الضمير إلى المشتري، فإن ضمانه لحقه وملكه، و هو المبيع، أنّما هو لأجل كون البيع في معرض الانفساخ ما لم يرد إلى البائع ماله، و هو الثمن، و صيروره المثلث في عهده، و خسارته بثبوت عوضه عليه لو تلف.

و بالجمله فمع تزلزل ملكه يصحّ ان يقال: انه ضامن له، و ان لم يصحّ ان يقال: بضمان الإنسان، لملكه مع عدم تزلزله، لكنه موجب لاختلاف المرجع في الضمائر، ألّا انه مع القرينه ليس بضائر، فتأمل.

قوله (قدس سره): (و ظاهر الكلام (١) كونه مسلماً بين الخاصّة و العامّة - إلخ-).

لكن مجرد ظهور كلام العلامة - أعلى الله مقامه - غير كاف دليلاً في مثل هذا الحكم الذي يكون على خلاف الأصل و القاعده، ألّا ان يدعى ثبوت المناط في غير البيع من المعاملات، بل بطريق اولي، و دون تنقيحه خرط القتاد - كما لا يخفى.

[مسألة لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]

قوله (قدس سره): (بخلاف نقصان الصفه، و فيه تأمل - إلخ-).

وجه التأمل ان المجموع و ان كان مبيعاً و قد نقص جزئه، ألّا ان المجموع ليس بمبيع بما هو جملة أجزاء البدن، بل بما هو إنسان، أو حيوان. و من الواضح أنّه بما هو كذلك، لا يكون نقص إجزائه إلّا عيباً، و لذا لا يسقط عليه الثمن. و منه ظهر وجه التأمل فيما هو ظاهر الشرائع، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (و أنّما ثبت الردّ لدفع تضرّر المشتري - إلخ-).

لا يخفى انه لو لم يكن إجماع على جواز الردّ، لا يكاد يقتضى نفى الضرر جوازه، فان حدوث العيب في المبيع بعد البيع، و قبل القبض، و يكون حاله، حال حدوثه بعد القبض، و لا دخل بالبيع أصلاً، كي يقتضى نفى لزومه، كما هو أوضح من ان يخفى.

قوله (قدس سره): (و استدلووا عليه بانّ الكلّ مضمون قبل القبض، فكذا أبعاضه و صفاته - إلخ-).

و يرد عليه بأنّه قياس، لاختصاص الدليل بالكل، و عدم شموله للصفات و الأجزاء التي لا ينقسط عليه الثمن.

قوله (قدس سره): (و يدفع بان وصف الصحة لا يقابل ابتداء بجزء من عين الثمن - إلخ-).

و فيه ان اتّحادهما في ان العقد، كأنه لم يكن، لا يوجب اتّحادهما في معنى الضمان، كيف، و يكون معنى الضمان في أحدهما تلفه عليه، بما هو ماله، و في الآخر تداركه عليه بشيء مما له، و اراده مطلق الخساره و النقصان في المال من الضمان، انما يصحّ فيما إذا كان لفظه في البين، كما في الصحيحه (١)، لا إذا كان هناك لفظ ظاهر في خصوص أحد المعنيين، مثل «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» (٢). فافهم.

قوله (قدس سره): (الّا انه لما استند في الرّد الى نفي الضرر - إلخ-).

إلا أنّك قد عرفت ما في هذا الإسناد، و ان قاعده نفي الضرر، لا تكاد تكون مقتضيه لوجوب تدارك الإنسان، للتقصان الوارد على مال غيره بلا استناد اليه، لو لم تكن مقتضيه لعدم الوجوب، كما هو قضيه الامتتان.

ثم إنّه يظهر ممّا مرّ منّا غير مرّه من الإشاره الى أن المنفى بقاعده نفي الضرر، انما هو ما للضرر من الحكم، بمقتضى إطلاق دليله أو عمومته، لا نفي الحكم الضرري، على ما في كلام العلامة، و كلامه، زيد في علو مقامهما، فتأمل تعرف.

[مسألة الأقوى حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه إلا توليه]

إشارة

قوله (قدس سره): (و هو اولى من حمل تلك الأخبار على الكراهه - إلخ-).

فيه نظر، بل منع، فان هذه الإطلاقات في العموم لغير التولية، أظهر من ظهور النهي في الحرمة، مضافا الى ظهور لا يصلح، و في غير واحد من تلك

١- وسائل الشيعه: ١٢- ٣٥٢- ب ٥- ح ٢.

٢- المستدرک: ٢- ٤٧٣.

الاجبار فى خصوص الكراهه، و كذا مفهوم لأ بأس، بل ظهورهما فيها أقوى من ظهور النهى فى الحرمة، كما لا يخفى. فتأمل.

قوله (قدس سره): (ألا انّ المحكى عن المختلف، انه لو قلنا بالتحريم، لم يلزم بطلان البيع - إلخ-).

لعدم الملازمه بين الحرمة التكليفيه، و البطلان، عقلا. نعم لا يبعد دعوى الملازمه بينهما عرفا، فيما إذا كانت الحرمة متعلقه بالبيع من حيث التسبب به الى التمليك، و التملك، و التوسل به إليهما، و الا فلا دلالة للنهى عن المعاملات على الفساد، إلا إذا كانت للإرشاد الى ذلك، كما هو الشائع فى النهى فى باب المعاملات.

[و ينبغى التنبيه على أمور]

[الأول أن ظاهر جماعه عدم لحوق الثمن بالمبيع فى هذا الحكم]

قوله (قدس سره): (و يؤيده تعليل المنع فى طرف المبيع، بقصور ولايه المشتري - إلخ-).

لكن التعليل به عليل، فلا وجه للتعدى الى الثمن، مع اختصاص الدليل بالمنع فى طرف المثلث، مع مخالفه المنع فى هذا الحال، لعموم: تسلط (١) الناس على الأموال فى جميع الأحوال.

[الثالث هل المراد من البيع المنهى إيقاع عقد البيع على ما لم يقبض]

قوله (قدس سره): (و هذا لا يسوغ إطلاق البيع على الكلى المتشخص به - إلخ-).

لا- يخفى ان تشخص الكلى فى الفرد، و انطباقه عليه إذا كان بالاستيفاء مسوغا للإطلاق، كان التشخص و الانطباق فى الحواله، إذا كانت استيفاء لا معاوضه، مسوغا لإطلاق المبيع على الكلى المتشخص به فيها على هذا، بأزيد من الاستيفاء، و هو ممّا لا بدّ منه فى التشخص و الانطباق، و أنّما لا- يسوغ التشخص و الانطباق فيها للإطلاق، إذا كانت معاوضه على حده، لا استيفاء. فان استحقاق المحال لما على المحال عليه من الكلى، يكون بمعامله أخرى، غير البيع المنصب على ما انطبق عليه بالوفاء.

قوله (قدس سره): (و فيه أنه لا دلالة لها على محلّ الكلام- إلخ-).

و فيه ان تقريب الاستدلال بها، يتم بضميمه ترك الاستفصال و إذا صحّ الاستدلال بها على جواز إبقاء الفرض بمال المسلم، كما حكاه عن العلامة، أعلى الله مقامه، فتفطن.

قوله (قدس سره): (و يمكن ان يقال: ان ظاهر الحواله، بناء على كونه معاوضه- إلخ-).

انما يمكن ان يقال ذلك، لو قيل بكون البيع فى الاخبار المانعه، كناية عن مطلق الاستبدال، و قد عرفت أنه لما ليس له مجال، فلا يكاد يتم الاستدلال الا بضميمه ترك الاستفصال، كما عرفت.

فافهم.

[الرابع ذكر جماعه أنه لو دفع إلى من له عليه طعام دراهم و قال اشتر بها لنفسك طعاما لم يصح]

قوله (قدس سره): (و كيف كان فالمعاوضه لا يعقل بدون قيام كل عوض مقام عوضه- إلخ-).

قد مرّ منّا الإشكال فى ذلك، و أنّ عدم معقوليه المعاوضه بدون ذلك، لا يقتضى عدم معقوليه الاثراء بمال الغير لنفسه. و كون البيع من عقود المعاوضه، معناه انه تمليك بالعوض، لا مجاناً كالهبه، لا بذاك المعنى الذى لا يعقل الا بدخول كل الى ملك من خرج عن ملكه الآخر. فتذكر.

و هذا آخر ما آوردنا إيراده، و قد فرغنا عنه فى اليوم الثالث تاسع عشر محرم الحرام، من شهر سنه (١٣١٩) تسعه عشر و ثلث مائة بعد الالف. حامداً، شاكراً، مصلّياً، راجياً، لان ينتفع به الإخوان، كما انتفعوا بأصله. و ان يعفو عما وقع فيه من الخطاء، و الخلل. و الذهول، و الزلل. و السهو، و النسيان، فإنّها كالطبيعه الثانيه للإنسان.

الحمد لله كما هو اهله و مستحقه و الصلاه على نبيه محمد و آله الطاهرين. و لعنه الله على أعدائهم أجمعين، إلى يوم الدين.

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 الإخصائين 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
الغمامة
اصبحان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية



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

