



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه  
صباح  
الرمضان

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# مصباح الفقاهه

كاتب:

آيت الله العظمى سيد ابوالقاسم خوئي

نشرت في الطباعة:

انصاريان

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

## الفهرس

٥	الفهرس
٢١	مصباح الفقاهه المجلد ٧
٢١	اشاره
٢١	اشاره
٢٣	تتمه كتاب الخيار
٢٣	تتمه أقسام الخيار
٢٣	اشاره
٢٤	الخامس خيار التأخير
٢٤	اشاره
٢٤	و انما الكلام فى مدرك ذلك
٢٤	اشاره
٢٤	الأول: ذهاب المشهور اليه بل ادعى عليه الإجماع
٢٤	الثانى: أن لزوم البيع هنا ضررى
٢٥	الوجه الثالث: الاخبار الكثيره المستفيضه
٢٦	و قد ذكرت وجوه لصف ظهور هذه الاخبار الى نفي اللزوم
٢٦	الأول: ما ذكره المصنف من أن الروايات و ان كانت ظاهره فى بطلان
٢٦	الوجه الثانى: ما ذكره المصنف أيضا من أن ذهاب المشهور الى
٢٧	الوجه الثالث: ما استفاد من كلام المصنف أيضا المذكور فى تلك الاخبار
٢٧	الوجه الرابع: ما ذكره شيخنا الأستاذ(أن بعد القطع بأن تشريع
٢٨	الكلام فى شروط خيار التأخير
٢٨	اشاره
٢٨	الأول: عدم قبض المبيع
٣٢	الكلام الى فروع هذا الشرط
٣٢	الفرع الأول: هل يعتبر فى عدم ثبوت هذا الخيار عدم تحقق الإقباض

- ٣٣ ..... و أما الفرع الثالث: فقد عرفت الكلام فيه و هو أن يأخذ المشتري المبيع
- ٣٣ ..... الفرع الرابع: أن يقبض البائع بعض المبيع .
- ٣٤ ..... الشرط الثاني: عدم قبض البائع مجموع الثمن،
- ٣٩ ..... الشرط الثالث: أن لا يشترط المشتري على البائع تأخير الثمن و الآ...
- ٣٩ ..... الشرط الرابع أن يكون المبيع عيناً أو شبهه كصاع من صبره
- ٤٤ ..... ثم ان هنا أموراً قيل باعتبارها في هذا الخيار ..
- ٥٣ ..... في مسقطات خيار التأخير -
- ٥٣ ..... اشاره
- ٥٣ ..... الأول إسقاطه بعد الثلاثه، ..
- ٥٥ ..... الثاني: اشتراط سقوطه في متن العقد ..
- ٥٥ ..... الثالث: من المسقطات بذل المشتري للثمن ..
- ٥٦ ..... قوله الرابع: أخذ الثمن من المشتري. ....
- ٥٧ ..... مسأله في كون هذا الخيار على الفور أو على التراخي، ..
- ٥٧ ..... اشاره
- ٥٧ ..... أما الأول بحسب الأصول العمليه -
- ٥٨ ..... و أما المقام الثاني: فالروايات الواردة في المقام -
- ٥٨ ..... قوله مسأله: لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع، -
- ٦٧ ..... قوله مسأله: لو اشترى ما يفسد من يومه ..
- ٧٤ ..... السادس خيار الرؤيه -
- ٧٤ ..... اشاره
- ٨٠ ..... أن مورد هذا خيار ..
- ٩٠ ..... قوله: مسأله الأكثر على أن الخيار عند الرؤيه فوري، ..
- ٩٠ ..... اشاره
- ٩٠ ..... أما المقام الأول: فمقتضى القواعد، ..
- ٩٠ ..... و أما بحسب الروايات ..
- ٩٢ ..... في مسقطات خيار الرؤيه -

- ٩٢ ..... قوله مسأله: يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفاً؟
- ٩٧ ..... قوله مسأله: لا يسقط هذا الخيار، ببذل التفاوت و لا بإبدال العين
- ١٠٢ ..... قوله مسأله: الظاهر ثبوت خيار الرؤيه فى كل عقد،
- ١٠٤ ..... قوله مسأله: لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه،
- ١٠٤ ..... اشاره
- ١٠٨ ..... و حاصل الكلام أن البحث هنا يقع فى جهتين،
- ١٠٩ ..... أما الكلام فى الجهه الأولى فيما كان الاختلاف فى أصل الاشتراط و عدمه
- ١١١ ..... و أما الجهه الثانيه أعنى الاختلاف فى أن ما تعلق به الشرط موجود أم لا
- ١١٢ ..... قوله مسأله: لو نسج بعض الثوب،
- ١١٢ ..... اشاره
- ١١٣ ..... و توضيح ذلك أن الشقوق المتصور فى هذا
- ١١٣ ..... الأول: أن يبيع البائع المنسوج الشخصى الذى موجود مع
- ١١٣ ..... الثانى: أن يبيع هذا المنسوج الموجود الخارجى الشخصى مع مقدار
- ١١٣ ..... الثالث: أن يبيع المنسوج الخارجى الشخصى مع مقدار معين من الغزل
- ١١٤ ..... الرابع: أن يبيع الثوب مع غير المنسوج من غير أن يدخل تحت أحد
- ١١٤ ..... السابع: خيار العيب،
- ١٢٠ ..... قوله: مسأله: ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد
- ١٢٠ ..... اشاره
- ١٢٤ ..... ثم انه هل يختص خيار العيب بالمشتري أى بالمشتمن فيكون الخيار
- ١٢٥ ..... قوله فى مسقطات هذا الخيار بطرفيه أو أحدهما
- ١٢٥ ..... مسأله يسقط الرد
- ١٢٥ ..... اشاره
- ١٢٥ ..... التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد
- ١٢٦ ..... المطلب الثانى: أنه لا شبهه فى سقوط هذا الخيار بالتصرف إجمالاً
- ١٢٦ ..... ان التصرف انما يكون على أنحاء
- ١٢٦ ..... الأول أن يكون تصرفاً مغيراً كقطع الثوب و صبغه و نحو ذلك،

- الثاني: أن لا يكون هنا تصرف يوجب التأثر في العين خارجا ..... ١٢٧
- الثالث: أن يكون التصرف تصرفا خارجيا من غير ان يكون مغيرا للعين ..... ١٢٨
- الأول: أن يكون له ظهور عرفي في سقوط الخيار به كالمسقط اللفظي ..... ١٢٨
- الثاني: أن لا يكون له بشخصه ظهور في سقوط الخيار به ..... ١٢٨
- الثالث: أن لا يكون له ظهور في الإسقاط ..... ١٢٨
- و قد استدل على ذلك بوجوه. .... ١٣٠
- الأول: أنه ذكر الجماع في الروايه في كونه مسقط للرد ..... ١٣٠
- الوجه الثاني: دعوى الإجماع على ذلك ..... ١٣٠
- الوجه الثالث: ما ورد في خيار الحيوان من تفسير الحدث، ..... ١٣١
- ان لنا دليل على عدم سقوط الرد بمطلق التصرف ..... ١٣١
- الأول: روايه الجماع ..... ١٣١
- الثاني: ما دل على أنه لو اشترى أحد أمه و لم يطأها في سته أشهر جاز ردها ..... ١٣٢
- الثالث: ما دل على جواز رد المملوك من أحداث السنه ..... ١٣٢
- الرابع: نفس الروايه التي دلت على عدم جواز الرد باحداث الحدث ..... ١٣٢
- الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف ..... ١٣٣
- قوله: فرع لا خلاق نسا و فتوى في أن وطى الجاربه يمنع عن ردها. .... ١٣٣
- و انما الكلام في أنه ..... ١٣٥
- و المشهور هو الثاني، و ان الحمل مع كونه عيبا و الوطى ..... ١٣٥
- أن العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفه الظاهر من وجوه. .... ١٣٦
- الأول: أنه يلزم المخالفه على هذه الروايه من أحد الطرفين ..... ١٣٦
- الوجه الثاني: أن الروايات المذكوره منطبقه على وجوب رد نصف عشر ..... ١٣٧
- الوجه الثالث: أن الالتزام بعدم كون الوطى مانعا عن الرد مع كون ..... ١٣٧
- الوجه الرابع: أنه ذكر المصنف(ره) أيضا ان هذا المعنى يستفاد من روايتين: ..... ١٣٧
- و لكن لا بدّ من رفع اليد عن هذا بوجوه و حملها عن أم الولد ..... ١٣٨
- الأول: أن الجملة الخبريه الفعلية فيها ..... ١٣٨
- الثاني: أن المنافع المستوفاه انما هي للمشتري ..... ١٣٩



- الوجه الثالث: أن الالتزام بعدم حملها على أم الولد و القول بجواز ..... ١٣٩
- الرابع: قد وقعت الإشارة في مرسله ابن أبي عمير الى كون الجاربه ..... ١٣٩
- الوجه الخامس: أن هذه الأخبار الداله على جواز ردّ جاربه الحامله ..... ١٣٩
- الأولى: ما ذهب اليه المشهور من جواز ردّ الجاربه الحامله بالوطى ..... ١٤١
- قوله الرابع: من المسقطات حدوث عيب عند المشتري ..... ١٥٢
- تفصيل الكلام هنا يقع في جهتين: - ..... ١٥٤
- الأولى: أن العيب الحادث بعد زمان البيع و قبل القبض ..... ١٥٤
- و أما إذا حدث العيب بعد القبض و فى زمان الخيار فهل يكون ذلك ..... ١٥٥
- قوله: و المراد بالعيب هنا مجرد النقص لا خصوص ما يوجب الأرض ..... ١٥٧
- قوله: ثم مقتضى الأصل عدم الفرق فى سقوط الخيار بين بقاء العيب ..... ١٦١
- ثم إذا كان الحدث مانعا عن الردّ فهل يجوز رده مع رضى البائع بالردّ ..... ١٦٣
- قوله تنبه: ظاهر التذكرة ..... ١٦٤
- البحث فى سقوط الرد و الأرض ..... ١٧٦
- قوله مسأله يسقط الأرض دون الرد فى موضعين ..... ١٧٦
- الأول: فى الربويات ..... ١٧٦
- الأول: أن يقال ان وصف الصحه فى المبيع انما يقابل بجزء من الثمن ..... ١٧٦
- الثانى: أن يقال أن الربا انما هو زياده أحد المتماثلين على الآخر ..... ١٧٧
- المورد الثانى: مما يسقط الأرض فيه ما إذا كان ثمن المعيوب مساويا ..... ١٧٩
- قوله مسأله: يسقط الرد و الأرض معا بأمر ..... ١٨٠
- أحدها العلم بالعيب قبل ..... ١٨٠
- قوله الثانى: تبرى البائع عن العيوب إجماعا فى الجملة، ..... ١٨٤
- ذكر الأصحاب أمورا يسقط بها الأرض و الردّ ..... ١٩١
- منها زوال العيب ..... ١٩١
- قوله و منها التصرف بعد العلم بالعيب، ..... ١٩٥
- أما الكلام فى الجهه الأولى فى أن التصرف هل يسقط الرد و الأرض معا أو لا ..... ١٩٥
- و أما الجهه الثانيه فهى أنه هل تشمل أخبار ثبوت الأرض على صوره ..... ١٩٦

- ١٩٨ ----- قوله: ومنها التصرف في المعيب الذي لم تنقص قيمته بالمعيب كالبغلي
- ٢٠٠ ----- قوله: ومنها حدوث العيب في المعيب المذكور،
- ٢٠٢ ----- قوله: ومنها ثبوت أحد مانعي الرد في المعيب الذي لا يجوز أخذ
- ٢٠٤ ----- قوله: ومنها تأخير الأخذ بمقتضى الخيار.
- ٢٠٤ ----- يقع الكلام فيه من جهتين:-
- ٢٠٧ ----- أما الجبهة الثانية في ثبوت المانع عن الأرش و الرد
- ٢٠٧ ----- و أما الجبهة الاولى في وجود المقتضى للرد و الأرش
- ٢٠٩ ----- إذا كان البائع جاهلا بالمعيب فهو و ان كان عالما بالمعيب
- ٢١٤ ----- في اختلاف المتبايعين
- ٢١٤ ----- اشاره
- ٢١٤ ----- أما الصورة الأولى الاختلاف في موجب الخيار
- ٢١٤ ----- اشاره
- ٢١٤ ----- الاولى: لو اختلفا في تعيب المبيع و عدمه مع تعذر ملاحظته
- ٢١٧ ----- و أما الصورة الثانية فهي أن يكون الاختلاف في كون الوصف الموجود
- ٢١٨ ----- و أما الصورة الثالثة: فهي أن يكون المبيع معيوباً فعلاً و بعد العقد
- ٢٢٣ ----- قوله: فرع لو باع الوكيل فوجد به المشتري عيباً يوجب الرد.
- ٢٢٥ ----- و قد انتهى الكلام الى وقوع العقد من الوكيل و الأصيل ثم وقوع الاختلاف
- ٢٢٥ ----- الأولى: في توجه الدعوى الى أى من الوكيل و الموكل
- ٢٢٤ ----- الصورة الأولى كان المشتري قاطعاً بأن البائع في دعواه الوكالة عن الغير كاذب حتى مع
- ٢٢٤ ----- الصورة الثانية: أن يدعى البائع كونه وكيلاً من قبل الموكل و لم ينكره
- ٢٢٤ ----- الصورة الثالثة: أن يعلم المشتري بكون البائع وكيلاً عن الغير و ادعى
- ٢٢٧ ----- أما الجبهة الثانية: في أن اعتراف الوكيل بكون اعترافاً في حق الموكل
- ٢٢٧ ----- الجبهة الثالثة: في أنه مع حكم الحاكم بالأرش أو بالفسخ هل يثبت
- ٢٢٨ ----- و انتهى الكلام إلى الجبهة الرابعة و هي ان العيب الثابت بحكم
- ٢٣١ ----- قوله الرابعة: لو رد سلعه بالمعيب فأنكر البائع أنها سلعته.
- ٢٣٢ ----- أما المسألة الاولى: و هي النزاع في ثبوت المقتضى للخيار و عدمه

- و أما المسأله الثانيه:و هى أن يكون الاختلاف فى فعليه الخيار ----- ٢٣٢
- و أما الصوره الثالثه:فهى أن يقبل البائع ثبوت مقتضى الخيار و ثبوت ----- ٢٣٤
- قوله:و اما الثانى:و هو الاختلاف فى المسقط ففيه أيضا مسائل: ----- ٢٣٥
- الاولى:لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب و عدمه، ----- ٢٣٥
- قوله الثانيه:لو اختلفا فى زواله قبل علم المشتري. ----- ٢٣٦
- قوله الثالثه:لو كان عيب مشاهدا غير المتفق عليه. ----- ٢٣٩
- يقع الكلام فى هذه المسأله فى جهتين: ----- ٢٣٩
- أما الجهه الاولى فى دعوى المشتري على البائع ----- ٢٣٩
- و أما الجهه الثانيه فى دعوى البائع على المشتري ----- ٢٤٠
- قوله الرابع:لو اختلف فى البراءه. ----- ٢٤٢
- قوله الخامسه:لو ادعى البائع. ----- ٢٤٤
- قوله:و أما الثالث أى فى الفسخ ----- ٢٤٤
- اشاره ----- ٢٤٤
- الأولى لو اختلفا فى الفسخ فان كان ----- ٢٤٤
- قوله الثانيه:لو اختلفا فى تأخير الفسخ فى أول الوقت بناء على فوريه ----- ٢٤٧
- قوله الثالثه لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته ----- ٢٥١
- القول فى ماهيه العيب ----- ٢٥٧
- الكلام فى افراد العيب ----- ٢٧٠
- قوله:مسأله:لا اشكال و لا خلاف فى كون المرض عيبا. ----- ٢٧٠
- قوله مسأله:الحبل عيب فى الإمام. ----- ٢٧١
- اشاره ----- ٢٧١
- يقع الكلام هنا تاره فى الإمام و أخرى فى غيرها. ----- ٢٧١
- أما الاولى فى الإمام ----- ٢٧١
- و أما الحمل فى غير الأمه ----- ٢٧٢
- قوله:مسأله:الأكثر على أن الثيبويه ليست عيبا فى الإمام. ----- ٢٧٣
- قوله:مسأله:ذكر فى التذکره و القواعد من جمله العيوب عدم الختان ----- ٢٧٥

- ٢٧٦ ..... قوله:مسأله عدم الحيض ممن شأنها الحيض بحسب السن و المكان
- ٢٧٦ ..... قوله:مسأله:الإباق عيب بلا اشكال و لا خلاف. ....
- ٢٧٧ ..... قوله:مسأله:الثفل الخارج عن العاده فى الزيت و البذر و نحوهما
- ٢٨١ ..... تعرض المصنف هنا بأحداث السنه و هى أربعه:الجنون و
- ٢٨١ ..... اشاره
- ٢٨٢ ..... و انما الكلام
- ٢٨٢ ..... الجبهه الأولى:فى أن الجذام أيضا من جمله هذه الأربعة أم لا؟
- ٢٨٢ ..... الجبهه الثانيه:أنه قد استشكل المحقق الأردبيلى فى القرن،و هو
- ٢٨٣ ..... الجبهه الثالثه:أن المحقق الأردبيلى قد استشكل فى البرص أيضا
- ٢٨٤ ..... تنبه
- ٢٨٥ ..... الجبهه الرابعه:أنه قد أشكل على الروايات المشتمله على ذكر الجذام
- ٢٨٦ ..... الجبهه الخامسه:أن المشهور قد ذهبوا الى أن التصرف يكون مسقطا
- ٢٨٧ ..... الجبهه السادسه:قد عرفت سابقا أن فى موارد ثبوت العيب يثبت
- ٢٨٨ ..... قوله:خاتمه فى عيوب متفرقه. ....
- ٢٨٨ ..... اشاره
- ٢٨٨ ..... منها أنه ذكر فى التذكره أن
- ٢٨٨ ..... و منها أن يكون العبد أو الأمه محرمة الانتفاع على المشترى
- ٢٨٨ ..... منها ما لو كان المبيع متهما بالوقفه
- ٢٨٨ ..... و منها الصيام و الإحرام و الاعتداد
- ٢٩٠ ..... القول فى الأرش
- ٢٩٠ ..... اشاره
- ٢٩٠ ..... بل المهم هو التكلم
- ٢٩٠ ..... اشاره
- ٢٩٠ ..... الجبهه الاولى:فى ان الأرش هل يثبت فى المقام على طبق القاعده،
- ٢٩٦ ..... الجبهه الثانيه:فى ان الأرش هل يجب أن يكون من نفس الثمن أو
- ٢٩٧ ..... الجبهه الثالثه:هل يعتبر أن يكون الأرش من النقود أو يكفى كونه من

- ٢٩٨ ..... الجبهه الرابعه: أنه ذكر المصنف(ره)(أنه قد تبين مما ذكرنا في
- ٣٠٦ ..... قوله:مسأله:يعرف الأرش . بمعرفه قيمه الصحيح و المعيب
- ٣٠٦ ..... اشاره
- ٣٠٦ ..... قسم المصنف ذلك الى ثلاثه أقسام:
- ٣٠٦ ..... الأول:أن تكون قيمه معروفه و معلومه عند أهل البلد من غير احتياج
- ٣٠٧ ..... القسم الثانى:أن لا تكون القيمه معلومه فى السوق لعدم وجوده فيه
- ٣٠٧ ..... القسم الثالث:ان تكون قيمه المبيع بحسب أجناسه معلومه فى السوق
- ٣٠٨ ..... قوله:مسأله:لو تعارض المقومون
- ٣١٦ ..... قوله:القول فى الشروط التى يقع عليها العقد.
- ٣٢١ ..... قوله:الكلام فى شروط صحه الشرط.
- ٣٢١ ..... اشاره
- ٣٢١ ..... من جمله تلك الشروط أن يكون الشرط تحت الخيار المشروط
- ٣٢٩ ..... قوله الثانى:أن يكون الشرط سائعا فى نفسه.
- ٣٣٠ ..... قوله الثالث:أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعاً أو
- ٣٣٣ ..... قوله الرابع:أن لا يكون مخالفاً للكتاب و السنه فلو اشترط رقيه حر أو
- ٣٣٣ ..... و لكن هنا أمران ربما يحتملان فى المقام
- ٣٣٣ ..... أحدهما أن أدله
- ٣٣٣ ..... الأمر الثانى:أنه يحتمل أن تكون الأدله الداله على وجوب الوفاء بالشروط مخصصه
- ٣٣٤ ..... ان الكلام فى المقام يقع فى جهات:
- ٣٣٤ ..... الاولى:أن المراد من الكتاب المذكور فى هذه الأخبار المستفيضه أو
- ٣٣٦ ..... الجبهه الثانيه:أن المراد من الشرط المخالف للكتاب هو الشرط
- ٣٣٦ ..... الجبهه الثالثه:فى أن الشرط المخالف يكون على ثلاثه أقسام:
- ٣٤٩ ..... ثم انه بقى الكلام فى بعض الفروع التى وقع الكلام فى كون الشرط فيها
- ٣٤٩ ..... منها كون من أحد أبويه حره رقا
- ٣٥٠ ..... قوله:و منها ارث المتمتع بها هل هو قابل للاشترط فى ضمن عقد
- ٣٥٤ ..... قوله:و منها أنهم اتفقوا على جواز اشترط الضمان فى العاربه.

- ٣٥٦ ..... قوله:و منها اشتراط أن لا يخرج بالزوجه إلى بلد آخر. ....
- ٣٥٧ ..... قوله:الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد. ....
- ٣٥٨ ..... أن الشروط فى العقود على نحوين - - - - -
- ٣٥٨ ..... اما القسم الأول الشروط التى معتبره فى ضمن العقد - - - - -
- ٣٥٨ ..... منها ما تقدم من كون المثلثن بالقيمه - - - - -
- ٣٥٨ ..... ومنها:عدم كون كل من الثلثن أو المثلثن معيبا - - - - -
- ٣٥٨ ..... ومنها:انصراف الثلثن الى نقد البلد و هكذا انصراف تسليم المبيع - - - - -
- ٣٦١ ..... و أما القسم الثانى من الشرط و هو ما يكون معتبرا فى العقد بالاشتراط - - - - -
- ٣٧٠ ..... قوله السادس:أن لا يكون الشرط مجهولا. ....
- ٣٧٢ ..... قوله:الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال. ....
- ٣٧٣ ..... قوله:الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد. ....
- ٣٧٨ ..... قوله:و قد يتوهم هنا شرط تاسع. ....
- ٣٨١ ..... الكلام فى حكم الشرط الصحيح - - - - -
- ٤١١ ..... القول فى حكم الشرط الفاسد - - - - -
- ٤١١ ..... اشاره - - - - -
- ٤١١ ..... الجبهه الأولى:لا إشكال فى أن الشرط الفاسد لا يجب الوفاء به و لا - - - - -
- ٤١٥ ..... و الوجوه التى استدلت بها على فساد العقد بفساد شرطه ثلاثه - - - - -
- ٤١٥ ..... الأول - - - - -
- ٤١٧ ..... و لا يشترط فى صحتها معرفه - - - - -
- ٤١٩ ..... الوجه الثالث:الاجبار المسماه بأخبار العينه - - - - -
- ٤٢١ ..... ثم انه ربما يستدل على ما ذكرناه من عدم سرايه الفساد من الشرط - - - - -
- ٤٢٥ ..... قوله الثانى:لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد. ....
- ٤٢٧ ..... قوله الثالث:لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد. ....
- ٤٢٩ ..... قوله الرابع:لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به. ....
- ٤٣٠ ..... الكلام فى أحكام الخيار - - - - -
- ٤٣٠ ..... اشاره - - - - -

- ٤٣٣ ..... قوله:بقي الكلام فى أن ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال.
- ٤٣٩ ..... قوله:مسأله:فى كيفية استحقاق كل من الورثه للخيار.
- ٤٣٩ ..... اشاره
- ٤٣٩ ..... فيقع الكلام فى كيفية ذلك مع
- ٤٣٩ ..... اشاره
- ٤٣٩ ..... الوجه الأول:أن يكون لكل منهم خيار مستقل،
- ٤٤٠ ..... الوجه الثانى:كصوره السابقه و لكن أن يكون كل منهم مستقلا فى الفسخ
- ٤٤٠ ..... الوجه الثالث:أن يكون الخيار تابئا للطبيعه و لصرف الوجود
- ٤٤٠ ..... الرابع:أن يكون لكل من الورثه الخيار بحسب حصته من الثلث أو النصف
- ٤٤٠ ..... الخامس:ما قواه المصنف من ان الخيار حق واحد قائم بالمجموع
- ٤٥٢ ..... قوله:فرع إذا اجتمع الورثه كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم.
- ٤٥٢ ..... اشاره
- ٤٥٢ ..... الجبهه الاولى:فى أنه إذا مات من له الخيار و كان له دين مستغرق
- ٤٥٤ ..... الجبهه الثانيه:أنه إذا كان الفسخ مصلحه للديان فهل يجب الفسخ
- ٤٥٤ ..... الجبهه الثالثه:فيما يعطى لمن هو طرف العقد مع الميت بعد فسخ
- ٤٥٤ ..... الصوره الاولى أن يكون دين الميت
- ٤٥٥ ..... الصوره الثانيه:أن لا يكون للميت دين أصلا و فسخ الوارث العقد
- ٤٥٦ ..... الصوره الثالثه:أن يكون للميت وصيه أو دين و لكن لم يكن ديننا مستغرقا
- ٤٥٧ ..... ثم أن الظاهر أن تنقيح هذه المسأله يقع فى ضمن صور ثلاثه التى
- ٤٥٧ ..... اشاره
- ٤٥٧ ..... الصوره الاولى:أن يكون الدين مستغرقا للتركه
- ٤٥٨ ..... الصوره الثانيه:أن لا يكون للميت مال أصلا.
- ٤٦٠ ..... الصوره الثالثه:أن يكون للميت مال و لم يكن له دين،أو كان و لم
- ٤٦٤ ..... قوله:لو كان الخيار لأجنبى و مات ففى انتقاله الى وارثه،إلخ.
- ٤٦٦ ..... قوله:مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار
- ٤٧٢ ..... قوله:مسأله هل الفسخ يحصل بنفس التصرف؟

- ٤٧٢ ..... اشاره
- ٤٧٨ ..... والتحقيق أن يقال انه تاره يقع الكلام فى الوضعيات و أخرى فى
- ٤٧٨ ..... اشاره
- ٤٧٨ ..... أما الكلام فى الأولى فأيضاً يقع فى جهتين
- ٤٧٨ ..... أما الجبهه الاولى فى العقود
- ٤٧٩ ..... أما الجبهه الثانيه:أعنى الإيقاعات
- ٤٨١ ..... و أما الحال بالنسبه إلى الحكم التكليفى فى التصرفات الخارجيه
- ٤٨٥ ..... قوله:فرع:لو اشترى عبداً بجاريه مع الخيار.
- ٤٩٠ ..... قوله مسأله:من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفاً
- ٤٩٠ ..... اشاره
- ٤٩٩ ..... ثم هنا فروع ثلاثه:
- ٤٩٩ ..... الأول:ان مورد البحث كما عرفت هو تصرف من عليه الخيار فيما انتقل
- ٥٠١ ..... الفرع الثانى أنه بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل
- ٥٠٣ ..... الفرع الثالث:أنه إذا نقل من عليه الخيار العين الى غيره بعقد جائز
- ٥٠٧ ..... فرعان
- ٥٠٧ ..... قوله الثانى:أنه هل يجوز اجاره العين فى زمان الخيار بدون إذن
- ٥١٣ ..... و حاصل الكلام أن من جمله الفروع التى ذكرها المصنف أنه هل يجوز
- ٥١٣ ..... الاولى:فيما يرجع الى عباره المصنف
- ٥١٤ ..... الجبهه الثانيه:أنه ذكر المصنف(ره)وجهان فيما إذا أجر من عليه
- ٥٢٦ ..... قوله:مسأله المشهور المبيع يملك بالعقد و اثر الخيار تزلزل الملك.
- ٥٢٦ ..... اشاره
- ٥٢٩ ..... و قد استدل على القول المشهور و هو عدم توقف حصول الملك على
- ٥٢٩ ..... اشاره
- ٥٢٩ ..... الأول:الاجبار الوارده فى خيار المجلس
- ٥٣٠ ..... الثانى:الأخبار الوارده فى جواز النظر إلى الجاريه و تقبيلها،
- ٥٣١ ..... الثالث:ما تقدم فى أدله بيع الخيار أى البيع المشروط برد الثمن



- الوجه الرابع:الأخبار الواردة في خيار الحيوان ..... ٥٣٣
- الوجه الخامس:الأخبار الواردة في العينه ..... ٥٣٣
- الوجه السادس:صحيحه محمد بن مسلم ..... ٥٣٥
- قوله مسأله:و من أحكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار ..... ٥٤١
- اشاره ..... ٥٤١
- و يتضح هذه المسأله في ضمن جهات: ..... ٥٤١
- الأولى:في بيان أن هذا الحكم تختص بخيارى الحيوان و الشرط أو يجرى ..... ٥٤١
- الجهه الثانيه:أنك قد عرفت الكلام في كون التلف في زمان خيار ..... ٥٤٦
- الجهه الثالثه:في أن هذا الحكم مختص بالمبيع أو يشمل الثمن أيضا ..... ٥٤٧
- الجهه الرابعه:في أن المراد من الضمان الذى نبحت في ذلك أى ..... ٥٥٠
- الجهه الخامسه:من الكلام في أن مورد هذه المسأله هل هو العين ..... ٥٥١
- الجهه السادسه:أنه هل مورد البحث مختص بما إذا كان التالف ..... ٥٥٢
- الجهه السابعه:أنه لا شبهه في أنه إذا كان التلف بأفه سماويه أو ..... ٥٥٥
- ثم ان هنا مسأله أخرى يوهم كلام المصنف الخلط بينها و بين المسأله ..... ٥٥٦
- قوله:مسأله و من أحكام الخيار ما ذكره في التذكره فقال لا يجب على ..... ٥٦٠
- اشاره ..... ٥٦٠
- الأول:أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع في زمان إذا لم يسلم ..... ٥٦٠
- الفرع الثانى:انه إذا سلم البائع المبيع لا يجب على المشتري تسليم ..... ٥٦١
- قوله:مسأله:قال في عد لا يبطل الخيار بتلف العين. .... ٥٦٢
- قوله:مسأله:لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونه بلا خلاف. .... ٥٦٥
- الكلام في النقد و النسيه ..... ٥٦٦
- اشاره ..... ٥٦٦
- قوله:مسأله:إطلاق العقد يقتضى النقد. .... ٥٦٨
- قوله:مسأله:يجوز اشتراط تأجيل الثمن مده معينه. .... ٥٧٢
- قوله:مسأله:لو باع بثمان حالا و بأزيد منه مؤجلا. .... ٥٧٦
- اشاره ..... ٥٧٦

- ٥٧٧ ..... أما المقام الأول من حيث القواعد
- ٥٧٧ ..... اشاره
- ٥٧٧ ..... الأول: أن يكون المراد من ذلك أن البائع قد باع ماله على تقدير أن
- ٥٧٧ ..... الثاني أن يراد من البيع بثمانين التعليق
- ٥٧٨ ..... و الثالث: أنه يمكن أن يراد من هذا البيع المؤجل المنجز دون
- ٥٨٠ ..... و أما بحسب الروايات
- ٥٨٦ ..... قوله: مسأله: لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول
- ٥٨٦ ..... اشاره
- ٥٨٧ ..... أن الاشتراط التأخير بحسب مقام الثبوت يتصور على وجوه:
- ٥٨٧ ..... الأول: أن يكون الشرط لخصوص المشتري
- ٥٨٧ ..... الثاني: أن يكون الشرط من ناحيه البائع على المشتري
- ٥٨٧ ..... الثالث: أن يكون الاشتراط من كل من الطرفين على الآخر
- ٥٨٨ ..... ثم إذا أسقط المشتري حقه أى حق تأخير الثمن إلى أجل خاص فهل
- ٥٩٠ ..... لو أسقط المشتري أجل الدين فهل يسقط
- ٥٩٠ ..... اشاره
- ٥٩٠ ..... فالمشهور بين العلماء أنه لا يسقط
- ٥٩٠ ..... اشاره
- ٥٩٠ ..... الأول: ما ذكره فى جامع المقاصد أن التأجيل قد ثبت
- ٥٩٠ ..... الوجه الثاني: أن الحق لكل من البائع و المشتري بحيث يكون لكل
- ٥٩٢ ..... الثالث: أن الحق و ان كان واحدا و لكن قد ثبت ذلك الحق الواحد
- ٥٩٢ ..... الرابعه: ما ذكره العلامه من أن الأجل صفه تابعه لا يفرد بالإسقاط
- ٥٩٢ ..... الوجه الخامس: ما ذكره المصنف(ره)
- ٥٩٤ ..... و ما ذهب اليه غير المشهور
- ٥٩٤ ..... قوله: مسأله: إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حلّ وجب على مالكة
- ٥٩٤ ..... اشاره
- ٥٩٤ ..... قد أشار المصنف(ره) فى هذه المسأله الى جهات من الكلام:

- الجهة الأولى: أنه إذا كان الثمن مؤجلاً و حلّ أجله أو كان معجلاً ..... ٥٩٤
- الجهة الثانية: أنه إذا قلنا بوجود الإقباض للبائع و امتنع هو عن ..... ٥٩٥
- الجهة الثالثة: أن البائع إذا امتنع عن القبض اما لعدم وجوبه، أو ..... ٥٩٦
- الجهة الرابعة: أنه بعد ما كان اشتغال ذمه المديون ضرراً عليه مع ..... ٥٩٧
- الجهة الخامسة: أنه إذا عزل حق الدائن فهل حفظه على الدائن ..... ٥٩٨
- ثم انه بقي هنا فرعان قد تعرض لهما المصنف لأجل المناسبه ..... ٥٩٩
- اشاره ..... ٥٩٩
- أما الفرع الثاني فمن جهه أنا لا نسلم كون المأخوذ من صاحب الشريك ..... ٦٠٠
- و أما الفرع الأول: فربما يتوهم أن الشريك لما كان في معرض الضرر ..... ٦٠١
- قوله: مسأله: لا خلاف على الظاهر من الحقائق المصرح به في غيره. .... ٦٠١
- قوله: مسأله: إذا ابتاع عينا شخصيه بثمن مؤجل، جاز بيعه من بايعه ..... ٦٠٣
- اشاره ..... ٦٠٣
- فالكلام يقع هنا في ثلاث مسائل: ..... ٦٠٣
- اشاره ..... ٦٠٣
- أما المسأله الأولى في أنه هل يجوز بيع العين الشخصيه من الشخص الذى اشتراه منه مؤجلاً ..... ٦٠٤
- و أما المسأله الثالثه فهى أن يبيع شيئاً و يشترط في ضمنه أن يبيعه ..... ٦٠٩
- القول في القبض ..... ٦١٣
- اشاره ..... ٦١٣
- اختلفت الأقوال في معنى القبض ..... ٦١٣
- قوله: القول في وجوب القبض. .... ٦١٥
- مسأله يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع ..... ٦١٥
- قوله: مسأله: يجب على البائع تفريغ المبيع من أمواله مطلقاً. .... ٦١٨
- قوله: لو امتنع البائع من التسلم. .... ٦٢١
- الكلام في أحكام القبض ..... ٦٢٣
- قوله: مسأله من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله الى القابض. .... ٦٢٣
- قوله: لو تلف بعض المبيع قبل قبضه. .... ٦٢٩



اشاره

سرشناسه: خوئی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱ - ۱۲۷۸

عنوان و نام پدید آور: مصباح الفقاهه / من تقرير بحث... ابوالقاسم الموسوی الخوئی؛ لمولفه محمدعلی التوحیدی التبریزی

مشخصات نشر: قم: موسسه انصاریان، ۱۴۱۷ق. = ۱۹۹۶م = ۱۳۷۵.

مشخصات ظاهری: ۷ ج. نمونه

یادداشت: کتابنامه

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده: توحیدی، محمدعلی، ۱۳۵۳ - ۱۳۰۳، محرر

رده بندی کنگره: BP۱۹۰/خ ۹ م ۶ ۱۳۷۵

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی: م ۷۵-۷۰۸۹

ص: ۱

اشاره

مصباح الفقاهه

من تقرير بحث... ابوالقاسم الموسوي الخوئي

لمولفه محمدعلي التوحيدى التبريزى

ص: ٢

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تممه كتاب الخيار

تممه أقسام الخيار

إشاره

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على أشرف بريته محمد و آله الطيبين الطاهرين و اللعنه الدائمه على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

اما بعد فهذا هو الجزء السابع من كتاب مصباح الفقاهه لشيخنا الأستاذ المرحوم المغفور الحاج ميرزا محمد على التوحيدى التبريزى رضوان الله تعالى عليه من تقريرات أبحاث فقيه الأمة فى جامعه الشريعة آيه الله العظمى المولى المعظم و المحقق الأعظم المرجع الدينى الأعلى الورع التقى السيد أبو القاسم الموسوى الخويى متع الله المسلمين عامه و المحصلين خاصه بطول بقاء وجوده الشريف، و أرجو من الله تعالى ان يمن علينا من فضله و أنعامه أن يوفقنى لطبع هذا الأثر العظيم لينتفع به عامه الطالبين و المحصلين و الحمد لله أولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً حمدا دائما بدوام ملكه.

العبد الجانى على نفسه المفرط فى يومه و أمسه م ه دى حاجيانى

ص: ٣

قوله:

## الخامس خيار التأخير

### إشاره

أقول قال العلامة في التذكرة من باع شيئاً ولم يسلمه إلى المشتري ولا قبض الثمن ولا شرط تأخيره ولو ساعه لزم البيع ثلاثه أيام فإن جاء المشتري بالثمن في هذه الثلاثه فهو أحق بالعين، وإن مضت الثلاثه ولم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد و الصبر و المطالبه بالثمن عند علمائنا اجمع،

### و انما الكلام في مدرک ذلك

### إشاره

فقد ذكر وجوه لإثباته:

### الأول: ذهاب المشهور اليه بل ادعى عليه الإجماع

وقد ذهب الشيخ الطوسي إلى البطالان و اختاره صاحب الحدائق عملاً بظاهر الاخبار و تردد فيه الأردبيلي و فيه أن الشهره و الإجماع المنقول ليسا بحجتين فلا يكونان مدركا لذلك، كما هو واضح على أنا نمنع وجود الإجماع في المقام مع ذهاب الشيخ و صاحب الحدائق و صاحب الكفايه إلى البطالان و تردد الأردبيلي في ذلك.

### الثاني: أن لزوم البيع هنا ضروري

بل الضرر هنا أكد من الضرر الموجب للخيار الغبن فيكون اللزوم مرتفعاً و تقرب شمول قاعده الضرر للمقام بجهات الجهه الأولى: ما ذكره في التذكرة من أن الصبر على ذلك ضرر على البائع فيثبت له الخيار.

الجهه الثانيه: أن المبيع هنا في ضمان البائع و تلفه منه و ليس له التصرف فيه لكونه ملكاً للغير و هذا ضرر على البائع.

الجهه الثالثه: أن حفظ المبيع على البائع و هو ضرر عليه فلا بدّ ثبوت الخيار له لكي يرتفع الضرر بذلك.

أما الجهه الأولى: فيرد عليها أن الصبر على البيع و ان كان ضرورياً الا أنه كسائر الديون فلا ربط له بالخيار فإنّ الخيار متعلق للعقد فالصبر على الدين أو عدمه أجنبي عنه فلو قلنا بشمول القاعده للمقام ترتفع بها لزوم



الصبر على الديون و عليه فان قدرت على المطالبه و الأخذ فيأخذ الثمن من المشتري و الا فيبقى في ذمته كما هو واضح.

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

و أما الجبهه الثانيه:فيرد عليها أولا أن كون التلف على البائع فى ثلاثه أيام أيضا ضرر على البائع فلا يختص ذلك بما بعد ثلاثه أيام و ثانيا أن كون تلف المبيع على البائع ضرر عليه فيرتفع بدليل لا ضرر و يكون ذلك تخصيصا لقاعده كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه فلا-مساس له بثبوت الخيار للبائع و يمكن أيضا رفع الضرر بالتقاص و هو ليس خيارا بل له مع ذلك مطالبه الثمن أيضا.

و من هنا ظهر الجواب عن الجبهه الثالثه أيضا و يضاف الى جميع ذلك أنه لما ذا يختص الخيار بما بعد ثلاثه أيام فلا يجرى فيها أيضا مع أن شمول القاعده بالنسبه إليها و الى غيرها على حد سواء كما لا يخفى فافهم.

### الوجه الثالث:الآخبار الكثيره المستفيضه

فإنها تدلّ على أنه إذا باع أحد ماله و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن أن الأجل بينهما ثلاثه أيام فإن أقبضه المشتري الثمن فبها و الا فلا بيع بينهما كما فى روايه (١)على ابن يقطين و لا بيع له أى المشتري كما فى غيرها من الروايات (٢)حيث استدل بها على ثبوت خيار التأخير للمشتري و لكن يرد عليه أنها ظاهره

ص:٥

١-١) وسائل، ج ١٢، ص ٣٥٧، (ح ٣).

٢-٢) ابن الحجاج، وسائل، ج ١٢، ص ٣٥٦، (ح ٢)-زراره ح ١-ابن عمار(ح ٤).

فى بطلان البيع لا فى نفى اللزوم فان كلمه لا تنفى الجنس و كلمه البيع موضوعه للمبادله الخاصه فمن اين يستفاد نفى اللزوم.

**و قد ذكرت وجوه لصف ظهور هذه الاخبار الى نفى اللزوم.**

**الأول: ما ذكره المصنف من أن الروايات و ان كانت ظاهره فى بطلان**

البيع بتأخير الثمن

و لكن نستكشف من ذهاب المشهور الى ثبوت الخيار للبائع و عدم بطلان البيع أن المراد الجدى من تلك الروايات هو نفى اللزوم لا- نفى الصحه، فيكون فهم العلماء و حلمه الأخبار نفى اللزوم مما يقرب هذا المعنى، لأننا نكشف من فهمهم أن المراد من تلك الاخبار هو نفى اللزوم لا نفى الصحه.

و فيه أن هذا يتم فيما إذا فهم هؤلاء الاعلام و حمله الاخبار من كلمه لا بيع المذكوره فى هذه الاخبار نفى اللزوم بحيث كان المنشأ لذهابهم الى هذا الرأى فهمهم ذلك من تلك الاخبار ابتداء و أما إذا كانت القرينه الخارجيه و التسالم الخارجى موجه لحملهم تلك الأخبار على نفى اللزوم فلا- يكون ذهابهم الى هذا موجبا لتقريب هذا المعنى فإن أبيت عن الثانى فلا أقل من الاحتمال فلا- يكون ذلك قرينه على اراده نفى اللزوم من تلك الاخبار على أن نجزم بالوجه الثانى إذ لا يتوهم أحد من أهل العرف و اللسان أن معنى لا بيع له أو بينهما هو نفى اللزوم، بل يراد من ذلك نفى الصحه كما هو واضح.

**الوجه الثانى: ما ذكره المصنف أيضا من أن ذهاب المشهور الى**

ثبوت الخيار للبائع دون بطلان البيع بتأخير الثمن يوجب إجمال تلك

الروايات

و ح ترجع الى استصحاب صحه البيع.

و فيه أنه ظهر جوابه مما تقدم فى الجواب عن الوجه الأول فإن الروايات ظاهره فى نفى الصحه بتأخير الثمن فكيف يكون ذهاب المشهور الى ذلك

ص: ٤

موجبا للإجمال فيكون الاستصحاب ساقطا هنا.

### الوجه الثالث: ما يستفاد من كلام المصنف أيضا المذكور في تلك الاخبار

هو نفى البيع للمشتري

حيث قال (عليه السلام) لا بيع له و من الواضح أن نفى البيع حقيقه لا يمكن إلا بإرادته نفى البيع من الطرفين و عليه فاما لا بد من ذكر كلا الطرفين في متعلق نفى البيع أو ترك ذكر المتعلق أصلا لا- تخصيص الذكر بالمشتري فقط كما لا يخفى. فيعلم من ذلك أن المراد من نفى البيع نفى لزوم البيع و ثبوت الخيار للبائع و قد عبّر بذلك بعد ثبوت الخيار له يكون أمر البيع بيد البائع كما لا يخفى.

و فيه أن هذا الوجه و ان كان وجيها بالنسبه إلى الوجهين المذكورين و مع ذلك ليس بتمام لأنه أولا قد ذكر في روايه على بن يقطين نفى البيع من الطرفين و هو مورد التفات المصنف أيضا.

و ثانيا أن تخصيص ذلك بالمشتري ليس من جهه اختصاص الحكم به بل من جهه أن مورد السؤال في تلك الروايات هو المشتري فلذا خصّه الامام (عليه السلام) بالذكر لا أن ذلك من جهه كون أمر البيع بيد البيع (على أنه يمكن أن يقال أن عدم كون نفى البيع من جهه يمكن أن يكون قرينه لنفى البيع من طرف آخر أيضا لا- أن يكون قرينه لثبوت الخيار للبائع فإن الثاني ليس أرجح من الأول لو لم يكن الأول أرجح من الثاني فغايه الأمر تكون الروايات مجمله و ح فيرجع الى روايه على بن يقطين في ترفع الاجمال عن بقيه الروايات و يؤخذ بظاهرها و هو نفى صحه البيع من المقرر).

### الوجه الرابع: ما ذكره شيخنا الأستاذ (أن بعد القطع بأن تشريع

هذا الخيار لخصوص البائع دون المشتري انما هو لأجل الإرفاق على

البائع

اما لكون المبيع قبل القبض في ضمانه و اما لتوقف ثمنه و عدم انتفاعه به مع خروج المبيع عن ملكه و على أى حال الإرفاق عليه لا يقتضى أزيد من

ص: ٧

خياره، بل ربما يكون الحكم بالبطلان منافيا له كما لا يخفى).

و فيه أنه لم يظهر لنا من الروايات أن نفى البيع هنا من جهة الإرفاق حتى نجعل ذلك موجبا لرفع اليد عن ظهور تلك الروايات و جعل ذلك حكمه بحسب الاعتبار العقلي و ان لم يكن بعيدا و لكن لا يوجب ذلك ترتب الأثر عليها بحيث ترفع اليد بها عن ظهور الروايات أيضا، و على هذا فنقول بكون ثلثه أيام شرطا في صحة البيع كما أن القبض في المجلس شرط في صحة بيع الصرف و السلم و على هذا فالصحيح هو بطلان البيع بتأخير الثمن كما ذهب اليه شيخ الطوسي ناسبا ذلك الى روايه الأصحاب و تبعه صاحب الحدائق طاعنا على العلامة حيث قال بصحة البيع عملا بالاستصحاب فافهم فان مقتضى الجمود في ظاهر الأخبار هو ما ذهب إليه هؤلاء الاعلام من الشيخ و من تبعه.

### الكلام في شروط خيار التأخير

#### اشاره

ثم ان الكلام يقع في شروط هذا الخيار و على مسلكنا في شروط بطلان البيع بتأخير الثمن و هي أمور:-

#### الأول: عدم قبض المبيع

بأن لا يقبض البائع المبيع من المشتري، و الظاهر أنه لا خلاف في اشتراطه و قد خالف في ذلك صاحب الرياض، و تبعه بعض معاصري المصنف فأنكر دلالة الاخبار على هذا الشرط و لكن قوله عليه السلام في روايه على بن يقطين: (الأجل بينهما ثلثه أيام فإن قبضه بيعه و الا فلا بيع بينهما) حجه عليه إذ المراد من البيع في هذه الروايه هو المبيع.

و قد اعتذر المصنف عن صاحب الرياض في دلالة الروايه على المقصود

بأنه يحتمل سقوط هذه الفقرة من الرواية عن النسخة التي أخذها صاحب الرياض منها، أو احتمال قراءه قبض بالتخفيف و بيعه بالتشديد: يعنى قبض بايعه الثمن ثم أشكل عليه بأن استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر بل لم يوجد مع إمكان إجراء أصاله عدم التشديد نظير ما ذكره فى الروضه من أصاله عدم المدّ فى لفظ البكاء الوارد فى قواطع الصلاه فإنه بالمدّ بمعنى البكاء مع الصوت و بالقصر هو البكاء بلا صوت فأصاله عدم المدّ ينفى الأول و يبقى الثانى.

أقول: أما احتمال سقوط هذه الفقرة من نسخه صاحب الرياض فبعيد جدا، و أما احتمال أنه قراء لفظ قبض بالتشديد و لفظ البيع بالتخفيف فمدفوع من جهه أن الأخبار الصادره عن الأئمه عليهم السلام قد وصل إلينا بواسطه الرواه يدا بيد و كانت عادتهم على نقل الأخبار بعد قراءه كل واحد منهم على أستاذه و استجازته منه، و لم يكن بينهم طريق آخر غير هذا الطريق لكى تحفظ به إشكال الألفاظ الوارده فى الروايات.

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

و أما ما ذكره المصنف أولا- من عدم استعمال لفظ البيع بالتشديد مفردا فيرده أنه لم يتفحص جميع لغه العرب حتى يرى أنه استعمل أولا فبعد كون اللفظ صحيح الصيغه فلا يضر عدم وجدانه فى الاستعمال المتعارفه على استعماله فى موارد خاص فيمكن أنه استعمل فى موارد آخر لم نصل إليها

على أنه إنما يضر عدم الاستعمال إذا كان الإطلاق من السماعيات و ليس كذلك في المقام فان البيع بالتشديد على وزن فعيل من الأوزان القياسية فيصح استعماله على هذا القياس سواء وجد استعماله في مورد آخر أم لا.

و أما ما ذكره من أصله عدم التشديد لفظ البيع فمضافا الى معارضتها بأصله عدم صدور لفظ البيع بالتخفيف عن الامام(عليه السلام) أن التشديد موجود في الرواية على كل تقدير فإنه إذا قرئنا لفظ البيع بالتخفيف كان لفظ قبض بالتشديد فلصاحب الرياض أن نقول ان الأصل عدم كونه بالتشديد لكونه أمرا زائدا فالأصل عدمه على أن أصله عدم كونه البيع مشددا لا يثبت كونه مخففا فان كلا منهما أجنبي عن الآخر فيكون الأصلان معارضان كما عرفت.

نعم ما ذكره الشهيد من إجراء أصله عدم المدّ في لفظ البكاء فله وجه لكون البكاء بالمدّ و القصر ماده واحده فيمكن إجراء عدم زياده المد هنا فان هذه الماده قد صدرت قطعا و لا ندرى أنها بالمدّ أو بالقصر فالأصل عدم المدّ.

و على الجملة، ان الجواب عن الرياض هو ما ذكرناه كما عرفت، و عليه فمقتضى الرواية هو اعتبار الشرط المذكور في المقام فبناء على المشهور يكون ذلك شرط في ثبوت الخيار فبناء على ما ذكرناه يكون شرطا في بطلان البيع فلو باع أحد شيئا فلم يقبض المبيع و لم يأخذ ثمنه فينتظر ثلاثه أيام فإن جاء المشتري بالثمن و الا فللبائع الخيار أو يبطل البيع من الأول بعد ثلاثه أيام و كيف كان فالرواية صريحه في هذا الشرط، نعم لا دلالة للروايات الأخر على ذلك.

و على الجملة فإطلاق روايه على بن يقطين حجه لنا و على صاحب الرياض و من هنا ظهر الحال في الفرعين الآيتين: أحدهما أن يكون عدم قبض المشتري المثل من جهة عدوان البائع بأن بذل المشتري الثمن للبائع

و لكنه امتنع من أخذه و اقباض المثلث.الثانى أن يأخذ المشتري المبيع بغير اذن البائع و اطلاعه مع عدم إقباض المشتري الثمن منه.

فذكر المصنف، ان ظاهر النص و الفتوى كون هذا الخيار إرفاقا للبائع و دفعا لتضرره فلا يجرى فيما إذا كان الامتناع من قبله و ذكر أيضا انه لو قبض المشتري المبيع على وجه يكون للبائع استرداده، كما إذا كان بدون اذنه فثبوت الخيار و عدمه مبني على كفايه هذا المقدار من القبض فى ارتفاع الضمان عن البائع و عدمه فان قلنا بكفايه التخليه بين المال و مالكة فى رفع الضمان عن البائع إذا تلف لعدم كونه قبل القبض سقط الخيار لعدم جريان قاعده نفي الضرر هنا و أما ضرر عدم وصول الثمن اليه فمدفوع بإمكان دفعه بالمقاصه و نحوه و إذا لم نقل بكفايه ذلك فى القبض بحيث كان ضمان المبيع إذا تلف على البائع لكونه قبل القبض كان له الخيار لتوجه الضرر عليه فتشمله قاعده نفي الضرر كما هو واضح.

أقول: قد عرفت فى الجواب عن شيخنا الأستاذ أن مقتضى إطلاق الروايات هو بطلان البيع و ليس فيها ما يدل على أن ذلك من جهة الإرفاق على البائع حتى نلاحظ ذلك فإذا تحقق فى مورد نحكم بثبوت الخيار و الا فلا، بل إطلاق الروايات حجه على ذلك، و عليه فمقتضى قوله عليه السلام فان قبضه بيعه و الا فلا بيع بينهما أن شرط لزوم البيع على المشهور و صحه البيع على ما اخترناه هو عدم تحقق الإقباض مستندا إلى البائع فإذا تحقق ذلك فلا خيار له، و صح البيع و الا فله الخيار أو بطل البيع سواء كان ضمان المبيع مع التلف على البائع أولا، فان الواجب علينا ملاحظه ظهور الروايه نعم لو كان مدرك هذا الخيار هو دليل لا ضرر لكان لا ببناء المقام بالمسأله الاتيه وجه فإنه مع عدم ضمان المبيع على البائع ليس عليه ضرر و لكن قد عرفت الجواب عنه و أن المدرك لذلك انما هو الروايات كما عرفت و الا فيمكن

دفع الضرر بغير الخيار أيضا كالمقاصه و نحوها.

و الحاصل: أنه إذا باع أحد شيئا فلم يقبض إلى ثلاثه أيام فله الخيار أو بطل البيع سواء كان عدم الإقباض مستندا الى العدوان أو الى عدم دفع الثمن أو كان المشتري أخذه بدون اقباض من البائع فان فى جميع ذلك يصدق عليه أنه لم يقبض البائع المبيع كما هو واضح، فهذا الإطلاق متبع و الحكمه المذكوره مندفعه بهذا الإطلاق أيضا.

و حاصل الكلام: أن إطلاق روايه على بن يقطين يقتضى اعتبار عدم اقباض المبيع فى خيار الشرط أو فى بطلان البيع كما عرفت و قد انتهى

### الكلام الى فروع هذا الشرط.

### الفرع الأول: هل يعتبر فى عدم ثبوت هذا الخيار عدم تحقق الإقباض

الجائز

بحيث يجوز للبائع أن لا يقبض المبيع لعدم وصول الثمن اليه أو يشمل الحكم لمطلق عدم الإقباض و ان كان ذلك عن عدوان بان جاء المشتري الثمن و امتنع البائع عن أخذه و إعطائه المثلن قد عرفت أنه ذكر المصنف اختصاص الحكم بالصوره الأولى لأن هذا الحكم مبنى على الإرفاق و هو منفي فى صوره العدوان و لا تشمله قاعده نفى الضرر أيضا لأنه امتنع عن الإقباض بنفسه فقد أقدم على الضرر.

و لكن قد عرفت أن الاخبار المذكوره خاليه عن اعتبار الإرفاق فى الحكم و لا وجه لاعتباره هنا كما هو واضح.

و الذى يستفاد من الأخبار أمران الأول: أن يقبض البائع الثمن و قد دلت على هذا عده من الروايات فعمدتها الصحيحه الأخيره فى كلام المصنف فمضمون تلك الأخبار أن المشتري إذا جاء بالثمن فيها و الا فلا بيع له.

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

ص: ١٢



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

و على هذا فلا يفرق بين كون عدم إقباض جائزا كما في صورته عدم دفع المشتري الثمن اليه أو عدوانيا كما إذا أمكنه المشتري من قبض الثمن و هو أى البائع لا يقبضه و لا يدفع اليه المبيع عدوانا فإنه ح أيضا يبطل البيع بعد ثلاثه أيام على المختار و يكون ذى خيارى على المشهور.

### **و أما الفرع الثالث: فقد عرفت الكلام فيه و هو أن يأخذ المشتري المبيع**

بدون اذن المالك

فقد ذكر المصنف أنه مبني على المسأله الآتية من ارتفاع الضمان بمثل هذا القبض و عدمه فإنه مع ارتفاع الضمان بذلك لا يتوجه دليل نفى الضرر كما هو واضح و قد ذكرنا أنه يصح بناء على كون المدرك فى المقام هو دليل نفى الضرر و قد عرفت بطلانه بل المدرك لذلك هو الروايات و هي تدل على بطلان البيع أو ترزله بدون اقباض المبيع بحيث يكون عدم الإقباض مستندا إلى البائع كما عرفت ذلك من إطلاق روايه علي بن يقطين فافهم.

### **الفرع الرابع: أن يقبض البائع بعض المبيع**

فهل هو كلاً- قبض لظاهر الأخبار فإنها ظاهره فى قبض مجموع المبيع أو كالقبض فيحكم بالصحة على مسلكنا أو باللزوم على المشهور لانصرف الأخبار الى صورته عدم قبض شىء منه أو يفصل بين الجزء المقبوض و غيره وجوه و حيث ان المصنف جعل مدرك الحكم دليل نفى الضرر فالتزم بالتفصيل لعدم تضرر البائع فى المقدار المقبوض و لكن قد عرفت جوابه.

ص: ١٣

والتحقيق هو اختيار التفصيل بوجه آخر و هو أنا ذكرنا مرارا أن المبيع إذا كان ذى أجزاء بحيث يعد فى العرف متعددا و باعه صفقه واحده فالبيع ينحل الى بيوع متعدده كانهللال الأحكام الاستغراقية حسب تعدد الافراد الى أحكام عديده و يكون ذلك فى الحقيقة يبعان مستقلا و بهذا صححنا ما إذا باع شخص شيئا فظهر بعضه مستحقا للغير فحكمنا بصحته على طبق القاعدة و هكذا ما إذا باع أحد الشاه و الخنزير أو الخمر و الخل صفقه واحده فإن البيع يصح فى ما يملك و يبطل فى غيره و كذا إذا باع مال غيره فأجاز المالك بعضه دون بعض أو كان المبيع لمالكين فأجاز مالك بعض و لم يملك البعض الآخر فان البيع فى جميع هذه الصور يصح فى جزء و يبطل فى الجزء الآخر و الوجه فى جميع ذلك هو انحلال البيع الى بيوع متعدده لانه واحدا بحسب الإنشاء لا فى الحقيقة كاتحاد الحكم الاستغراقى بحسب الإنشاء و تعدده فى الحقيقة و مع عدم القول بالانحلال أو فى الموارد التى لا يمكن القول بالانحلال فلا وجه أصلا للحكم بالصحة مطلقا كما شقّق المصنف بل لا بدّ من الحكم بالبطلان فان البيع يبع واحد فمع قبض بعض المبيع لا يصدق عليه قباض المبيع كما أنه إذا غسل أحد رأسه لا يصدق عليه أنه غسل تمام بدنه بل ما لم يقبض البائع تمام المبيع إلى ثلاثة أيام بطل البيع أو كان البائع له الخيار كما لا يخفى فافهم

### **الشرط الثانى: عدم قبض البائع مجموع الثمن،**

فقد ذكر المصنف أن هذا الشرط مجمع عليه نصا و فتوى و قبض البعض كلا قبض بظاهر الأخبار المعتضد بفهم أبى بكر العياش القاضى الذى ذكر ذلك فى روايه ابن الحجاج (1) و هى أنه قال اشترت محملا و أعطيت بعض الثمن و تركته عند

ص: ١٤

صاحبه ثم احتسبت أياما ثم جئت الى بائع المحمل لأخذه فقال قد بعته فضحكت ثم قلت: لا والله لا أدعك أو أقاضيك، فقال لى: ترضى بابى بكر بن عيَّاش؟ قلت: نعم، فأتيته فقصصنا عليه قصصنا فقال أبو بكر: يقول من تريد أن أقضى بينكما بقول صاحبك أو غيره، قال: قلت بقول صاحبي، قال سمعته يقول من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام والأ فلا بيع له.

حيث ان مورد المحاكمة و السؤال عن أبى بكر هو مورد بحثنا و قد حكم فيه أبى بكر بعدم البيع و استفاد ذلك من قول الامام عليه السلام، بل ذكر المصنف أنه ربما يستدل بهذه الروايه تبعا للتذكرة و فيه نظر.

أقول: ان تم الإجماع على اعتبار قبض مجموع الثمن فى لزوم أو صحته فهو و الا فلا دليل على ذلك، و لكن الإجماع التبعدى لم يتم فإنه قد استدل بعضهم كالتذكرة و غيره بالروايات تبعا لفهم أبى بكر بن عيَّاش و مع تسليم أن أبا بكر بن العيَّاش رجل صحيح ثقته، و لكن فهمه ليس بحجة لنا لعدم كونه معصوما قطعاً و على هذا فان قلنا بالانحلال كما قلنا فى طرف البيع فيحكم باللزوم أو الصحه فى الجزء المقبوض و بالبطلان أو التزلزل فى الجزء الغير المقبوض و هذا هو الأقوى و الا فيحكم بالبطلان فى الجميع كما عرفت فى طرف المبيع و أما الصحه مطلقاً فلا وجه له أصلاً فافهم.

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

نعم إذا مكن البائع المشتري من المبيع و لم يقبض المشتري ذلك فإنه

حينئذ جاز للبائع أخذ الثمن من المشتري بأى نحو كان و لو بالجبر و الإكراه فإنه حينئذ يجب على المشتري إقباض الثمن، و انما لم يقبض ذلك عدوانا بخلاف الفرع الأول فإن أخذ الثمن من المشتري بغير اذنه عدوان فلا يجوز و ان كان المال أى الثمن للبائع، و لكن ما لم يعطى المبيع للمشتري أو لم يمكنه من المبيع ليس له شرعا أخذ ماله و المفروض أنه لم يقبضه و لم يمكنه أيضا من ذلك:

و بعبارة أخرى أن الاستفادة من الأخبار المتقدمة أنه إذا لم يترتب أثر البيع عليه و هو إقباض البائع المبيع و اقباض المشتري الثمن فلا- يجب لكل منهما الإقباض و لا يجوز لكل منهما الأخذ من الآخر بدون اذن الآخر فان وجوب الإقباض أو جواز الأخذ و لو بغير اذن الطرف الآخر انما هو مشروط بإقباض أحدهما و الا فلا يجوز و قد ذكر فى الأخبار أنه لا يبيع إذ لم يجئ المشتري الثمن و لم يقبض البائع المبيع و ظاهر ذلك كون كل منهما متحققا برضا الآخر كما لا يخفى. و هذا بخلاف ما إذا تحقق الإقباض من أحد الطرفين فإنه حينئذ يجب ترتيب أثر البيع عليه من الطرف الآخر أيضا و هو واضح جدا.

ثم أنه إذا أخذ البائع الثمن بغير رضى المشتري ثم أجاز المشتري فهل يكون ذلك موجبا لصحة البيع أو سقوط الخيار أم لا فنقول أن الإجازة قد تكون فى ضمن ثلاثة أيام و قد يكون بعدها و ان كانت فى ضمنها فلا شبهة فى صحة البيع أو لزومه فان بطلان البيع أو كون البائع على خيار كان مشروطا بان لا يجيء المشتري الثمن فى ضمن ثلاثة أيام و من الواضح أن قبل انقضاء الثلاثة لما أخذ البائع يكون مثل مجيء الثمن كما هو واضح.

و عليه فلا- ثمره ح فى البحث عن أن الإجازة كاشفه أو ناقله أى الثمره المترتبة على الإجازة بعد ثلاثة أيام و ان كانت هنا ثمره أخرى.

و ان كانت الإجازة بعد ثلاثه أيام فعلى القول بالكشف فيحكم بصحة البيع أو بلزومه و ذلك لأن الإجازة تكشف عن أن القبض انما تحقق قبل انقضاء الثلاثه و قد عرفت أن الخيار كان مشروطا بعدم مجيء الثمن بعد الثلاثه كما هو واضح.

و على القول بالنقل فيحكم ببطلان البيع على المسلك الحق و يكون البائع ذى خيار على المشهور إذ الإتيان بالثمن انما تحقق بعد ثلاثه أيام الذى كان موضوعا لثبوت الخيار للبائع و هذا واضح لا شبهه فيه.

ثم هل الإجازة هنا كاشفه أو ناقله يظهر من المصنف أن الإجازة هنا ناقله مع أنه ذهب فى البيع الفضولى إلى الكشف الحكى و عليه فلا ملازمه بين المسألتين و هذا هو الحق فالقول بالكشف هناك لا يلازم القول بالكشف فى هذه المسأله أيضا و توضيح ذلك أن البيع و الشراء و كذا سائر العقود و الإيقاعات أمور خفيف المؤنه لأن قوامها بالاعتبار الذى هو خفيف المؤنه فيمكن أن تتعلق بالأمور السابقه فلا مانع فى نفسه أن يبيع أحد دار نفسه قبل سنه بأن اعتبر كونها ملكا لزيد قبل سنه و هكذا فى بقيه العقود فلا يرى العقل محذورا فى ذلك الا أن ذلك مما لا يساعده العرف و أنه بعيد عن أذهانهم و مرتكزاتهم و لا يعتبرون ذلك بوجه و عليه فتكون أدله إمضاء العقود منصرفه عن ذلك فلا يشملها أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و نحوه من أدله اللزوم و الصحه فيحكم بالبطلان و لكن قد ذكرنا فى بيع الفضولى أن هذا الاعتبار يساعده أهل العرف و أنه ليس ببعيد عن مرتكزاتهم، بل جرى عليه عملهم كثيرا فيكون مشمولا للأدله الداله على لزوم العقود و صحته كما هو واضح فلا شبهه فى أن العرف يعتبر البيع إذا صدر عن غير المالك و إذا لحقته اجازة المالك حكم بصحته و لزومه لكونه مشمولا للأدله المذكوره.

و هذا المعنى أى اعتبار العرف البيع و نحوه قبل زمان الإجازة، لا

يجرى فى التكوينيّات إذلا- معنى لكون الأمر التكوينيّ الواقع فى زمان واقعا فى زمان آخر بالاعتبار فإنّ الأمور التكوينيّ لا تختلف بالاعتبار و عليه فاقباض الثمن أو المثلن فى ضمن الثلاثة أيام الذى هو شرط للزوم البيع على المشهور أو صحته على المختار أمر تكوينيّ فهذا الأمر التكوينيّ لا- بدّ و أن يتحقق فى ضمن الثلاثة فلو تحقق بعد ثلاثة فلا يكون موجبا للصحة أو للزوم و لذلك ما إذا لم يتحقق أصلا و عليه فإذا أخذ البائع الثمن فى ضمن الثلاثة بغير رضى المشتريّ فهو كالا قبض فلا يكون موجبا لصحة البيع أو لزومه و المفروض أنه أمر تكوينيّ فلا يختلف بالاعتبار فلا يكون قبضا فى ضمن الثلاثة بالإجازة بعد ثلاثة أيام، فيكون الكشف ح لغوا فلا- مناص من القول بالنقل هنا كما ذهب إليه المصنف و ح فيحكم ببطلان البيع على المختار و بثبوت الخيار للبائع على المشهور لتحقق القبض من حين الإجازة كما هو واضح.

ثم ان هنا شىء لم يتعرض المصنف، و هو أنه إذا انعكس ما ذكرناه بأن أخذ المشتريّ المثلن من البائع بدون إذنه بأن سرقة منه أو أخذه منه قهرا و اكراها من غير ان يقبضه الثمن أو مكنه منه ثم أجاز البائع ذلك بعد ثلاثة أيام فعلى القول بالبطلان كما اخترناه فلا شبهة فى ظهور الثمره هنا فإنه على القول بالنقل يحكم بالبطلان و على القول بالكشف يحكم بالصحة بعين ما ذكرناه فى طرف المشتريّ و أما على مسلك المشهور فالظاهر أنه لا يترتب عليه ثمر الكشف و النقل و لعل المصنف لأجل ذلك لم يتعرض له لأنه ذهب الى صحة العقد مع الخيار دون البطلان و الوجه فى ذلك أن الخيار هنا للبائع فإذا أجاز القبض فان قلنا بالكشف فلا- شبهة فى صحة البيع لتحقق شرطه على الفرض و على القول بالنقل فإنّ البائع و ان كان يقبض المبيع من حين الإجازة و لكنه يسقط الخيار بذلك فان أجازته القبض السابق إسقاط للخيار كما هو الظاهر، و لا- يرد عليه أنه يقبض مال المشتري

إليه بالإجازة فإعطاء مال الناس إليه لا يكون موجبا لسقوط خياره فإنه يقال ان المال و لو كان للمشتري و لكن لم يكن له حق الأخذ بدون اذن البائع فإذا أخذه بدون إذنه فأجازته البائع يكون ذلك كاشفا بالالتزام عن سقوط خياره و الا فلم يجز القبض و ليس من المتعارف أن يجز القبض و يبقى خياره إلى مده كما هو واضح.

### **الشرط الثالث: أن لا يشترط المشتري على البائع تأخير الثمن و الآ**

فلا خيار بتأخير الثمن

و الوجه في ذلك أن الأخبار المتقدمه منصرفه عن هذه الصوره و ذلك لأنها متوجهه إلى فرض أن يكون للبائع حق مطالبه الثمن لكي يترتب عليه أنه إذا لم يجئ بالثمن فله الخيار إذ المشتري لم يعمل بوظيفته، و أما إذا اشترط ذلك المشتري على البائع فإنه ليس للبائع الخيار كما لا يخفى فافهم.

### **الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا أو شبهه كصاع من صبره**

نص عليه الشيخ في المبسوط و هو ظاهر كثير من الفقهاء على ما في المتن و ذكر المصنف أن هذا الخيار أى خيار تأخير الثمن مختص بالعين الشخصيه فلا- يجرى في المبيع الكلى و قال ان كلمات الفقهاء موردها ذلك و كك معاهد إجماعاتهم فإنها مختصه بالعين الشخصيه فلا تشمل المبيع الكلى كما لا يخفى.

و أما حديث نفى الضرر فهو أيضا مختص بالشخصى لأنه المضمون على البائع قبل القبض فيتضرر بضمانه و عدم جواز التصرف فيه و عدم وصول بدله إليه بخلاف الكلى فإنه لا تلف فيه ليكون دركه على البائع و يتضرر من ذلك ثم ذكر النصوص فرويتا (١) ابن يقطين و ابن عمار مشتملتان على لفظ البيع

ص: ١٩

المراد به المبيع و الوجه فى إطلاقه على المبيع قبل البيع هو كون المبيع معرضا للبيع و لا مناسبه لإطلاقه على الكلى لعدم صحه كونه معرضا للبيع فلا يصح هذا الإطلاق فيه فلا تشمل الروايتان على الكلى.

و أما روايه (١) زراره فهى أيضا ظاهره فى المبيع الشخصى فلا- تشمل الكلى و ذلك لأن قول السائل فيها، الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده، فيقول: حتى آتيك بثمانه قال: ان جاء فيما بينه و بين ثلاثه أيام و الا- فلا بيع له، ظاهر فى المبيع الشخصى فإن المتاع ظاهر فى ذلك و كذا قوله ثم يدعه فان الإيداع لا يمكن فى المبيع الكلى، كما لا يخفى.

و أما روايه أبى بكر بن عياش من اشترى شيئا فإن إطلاقه و ان شمل المعين و الكلى كليهما الا- أن الظاهر من لفظ الشىء الموجود الخارجى و من الواضح أن الكلى المبيع ليس موجودا خارجيا و الوجه فى ذلك هو أن الشىء مجاز مشهور فى الأمور الخارجيه فلا- يحتاج فى إطلاقه عليها إلى القرائن الخارجيه، كما لا يخفى. هذا حاصل ما ذكره المصنف، و لكن جميع ما ذكره مورد للمناقشه، أما ما ذكره من ظهور كلمات الفقهاء فى الشخصى و اختصاص معاهد إجماعاتهم بالمبيع المعين الخارجى فهو واضح البطلان فإنه و ان كان بالنسبه إلى بعضهم مسلما كعباره الشيخ فى المبسوط و أنها ظاهره فى ذلك و لكن لا شبهه فى صراحه عباره بعضهم أيضا فى المبيع الكلى، كما لا- يخفى، بل نسب الشهيد(ره) تخصيص الحكم بالعين الشخصيه إلى الشيخ، فيعلم من ذلك أنه لم يقل بذلك غير الشيخ و من تبعه فضلا عن اتفاق كلماتهم أو إجماعهم على ذلك فلو كان هنا إجماع لم يذكر الشهيد(ره) ذلك و واضح أن الشهيد ممتاز فى فهم كلمات الفقهاء

ص: ٢٠



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

و أما حديث نفي الضرر فقد ذكرنا أنه لا يثبت الخيار فلا يكون دليلاً على المطلب و على تقدير كونه دليلاً على الخيار فلا شبهه في شموله على المبيع الكلى أيضاً و ذلك لما عرفت أن الضرر هنا يكون من جهات ثلاث الاولى الضرر من جهة تلف المبيع و الثانيه من جهة حفظها للمشتري و عدم جواز التصرف فيه و هاتان الجهتان لا تجريان في المبيع الكلى و الثالثه أن يكون الضرر من جهة أن عدم إعطاء المشتري الثمن للبائع ضرر عليه فلا شبهه أن هذه الجهه تجرى في صورتى كون المبيع شخصياً أو كلياً كما هو واضح، على أنك قد عرفت أن لا ضرر ليس دليلاً على ثبوت خيار التأخير للبائع و دعوى ان عدم دفع الثمن إلى البائع من ترك المنفعه كما توهم لا- من الضرر دعوى جزافيه كما هو واضح و أما الروايات فلا شبهه في ظهور روايتى ابن يقطين و ابن عمار في البيع الكلى فإن المراد من البيع فيهما هو المبيع كما استظهره المصنف من جهة أن قول السائل فلا يقبضه في روايه على بن يقطين و قول الامام عليه السلام من اشترى بيعاً في روايه ابن عمار صريح في إرادته المبيع من البيع فإنه لا معنى لقبض البيع و كذلك قوله عليه السلام اشترى بيعاً فإنه أيضاً لا معنى لشراء البيع و هذا واضح لا شبهه فيه الا انه لا وجه لاستظهاره اختصاص الروايتين بالشخصى من جهة أن لفظ البيع انما أطلق على المبيع من كون المبيع معرضاً للبيع فلا معرضيه في الكلى و ذلك لأنه يرد عليه أولاً أن الوجه في إطلاق البيع على المبيع ليس هو ما ذكره المصنف، بل من جهة ما يؤل اليه و أنه حيث يؤل المتاع مبيعاً و يعرض عليه البيع فلذا أطلق عليه البيع كما يقال من قتل قتيلاً فله سلبه و فى قوله تعالى إِنِّي أَرَانِي أَعْصِرُ خَمْرًا. و غير ذلك من الموارد التى يصح الإطلاق

فيها باعتبار ما يؤل اليه.

على أنه يصح المعرضيه في الكلّي أيضا فإن الكليات الذميه قابله للمعرضيه على البيع، بل غالب البيوع من هذا القبيل كالبيوع الواقعه بين التجار فان معاملاتهم بالبيوع الكلّيه فإنهم عقد و في حجراتهم فيبيعون و يشترون كلّيّا.

و على الجملة فظهور البيع أعم من الكلّيه و الشخصيه كما هو واضح ففي كفايه هاتين الروايتين في شمول الحكم للكلّي غنى و كفايه و ان لم تكن الروايات الأخر ظاهره في الكلّي كما لا يخفى، و أما صحّحه زواره فالمتاع المذكور فيها في قول السائل كلفظ المال و الماء من المفاهيم الكلّيه فلا وجه لدعوى اختصاصه بالعين الشخصيه و أما دعوى اختصاصه بالشخصى من جهه قوله و يدعه عنده فممنوع فإنه بمعنى الترك فمراده السؤال من السائل اشترى متاعا و تركه عند البائع، و لا شبهه في صدق ذلك على الكلّي، بل كثر إطلاق ذلك في الثمن فإنه يقال انه باع و لم يأخذ الثمن، بل تركه عند البائع حتى مع التصريح بكون الثمن كلّيّا يصح هذا الإطلاق و مع ظهوره في العين الشخصيه فلم يذكر ذلك في كلام الامام عليه السلام ليكون موجبا لتقييد الحكم و اختصاصه بالشخصى بحيث يلزم رفع اليد بها عن الروايتين المتقدمتين أيضا فغايه الأمر فلا ظهور لهذه الروايه في الكلّي و لكن ليس له ظهور في نفي الحكم عن المبيع الكلّي و عليه فتكفي الروايتان المتقدمتان كما هو واضح.

و أما روايه أبى بكر عيّاش أولا أنها ضعيفه السند، و ثانيا: أنه لا شبهه في شمولها للمبيع الكلّي و الشخصى لأن الشىء من المفاهيم العامه يطلق على جميع الأشياء، بل لا شىء أعم منه لإطلاقه على الواجب و الممكن و على الأمور الاعتباريه و المتأصله كما هو واضح.

و لا شبهه ان الكلّي قبل تعلق الاعتباريه و كونه مبيعا و ان لم يكن

شيئا و لكن يطلق عليه الشيء بعد تعلق البيع به كما هو واضح فيكون مضمولا للحديث و قد ذكر لعدم شموله على الكلى وجهان الأول ان الشيء عبارة عما هو مشىء وجوده فلا يطلق على غير الأمور الوجوديه لكونه مساوقا للوجود فلا يشمل الكلى و لا يطلق الشيء عليه و فيه أن هذا انما هو فى اصطلاح الفلاسفه و الا فلا شبهه فى إطلاق الشيء على جميع الأشياء الوجوديه و العدميه و سلب الشئيه فى بعض الموارد، و عن الأمور العدميه باعتبار عدم المحمول كما فى قوله تعالى يَحْسَبُهُ الظَّمَانُ مَاءً حَتَّى إِذَا جَاءَهُ لَمْ يَجِدْهُ شَيْئاً أَى لم يجد شيئا و هو الماء الذى يطلبه و الا كان هناك شىء قطعاً فلا أقل من التراب حتى لو وجد عند كنزاً فأيضاً يقال لم يجد شيئا لأنه كان فى صدد الماء، و قد عرفت أن الشيء من المفاهيم العامه فيشمل جميع الأشياء الموجود و المعدومه و لا شبهه أن الكلى الذى تعلق به البيع و اعتبار العقلاء الشيء ثابت فى ذمه البائع، كما لا يخفى.

الوجه الثانى: ما ذكره المصنف من الفراق لفظ الشيء عن الكلى إلى الموجود الخارجى، بحيث صار مجازاً مشهوراً لا يحتاج فى إطلاقه إلى القرائن.

و فيه أنه لا- وجه لهذه الدعوى، فإنه بعد تسليم إطلاق الشيء على جميع المفاهيم حتى الواجب و جميع الأشياء الموجوده و المعدوده و الاعتباريات- فأى موجب للانصراف كما لا يخفى على أن لازم كلام المصنف أنه لورود النهى عن بيع شىء مثلا فى وقت كيوم الجمعه فلازم ذلك عدم شموله بالبيع الكلى فلو عامل أحد معاملة كليه لا تكون ذلك محرمة، على أنه لو أغمضنا عن جميع ذلك و سلمنا ظهور هذه الروايه الضعيفه فى المبيع الشخصى و لو بضميمه الانصراف و لكن لا يوجب ذلك رفع اليد عن الروايتين الأولتين فى الكلى كما تقدم، فافهم.

**ثم ان هنا أموراً قيل باعتبارها في هذا الخيار**

أقول قد ذكرت هنا أمور بلحاظ أنها معتبره في هذا الخيار.

الأول: عدم الخيار لأحدهما، أو لهما قال في التحرير و لا خيار للبائع لو كان في البيع خيار لأحدهما و في السرائر قيد الحكم في عنوان المسأله بقوله، و لم يشترط خيار لهما أو لأحدهما، و قد أنكر المصنف اشتراط هذا الخيار بكونه مشروطاً بهذا الشرط على وجه الإطلاق سواء كان المراد من الخيار المشروط عدمه في هذا الخيار هو خيار الشرط أم خيار الحيوان أم غيرهما، و الوجه في ذلك هو عدم الدليل على اعتبار هذا الشرط، كما هو واضح.

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

الأول: أن النصوص الواردة في مشروعيه هذا الخيار كلها منصرفه عن ذلك، لأنه إنما ثبت في حق من له حق المطالبه لبدل ماله من الآخر و مع اشتراط التأخير ليس له حق المطالبه، و لا أن وظيفه من له الخيار وجوب التسليم، بل له أن يقبض و له أن لا يقبض كما هو واضح.

الأمر الثاني: أن من أحكام الخيار أنه لا يجب على من له الخيار إقباض الثمن أو المثمن من الطرف الآخر، كما في التذكرة، حيث قال: انه لا- يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار و لو تسلّم أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على التسليم و ضم أحد الأمرين إلى الآخر ينتج أن من له حق تأخير العوض و عدم إقباضه من الطرف الآخر بحيث له أن يؤخر الإقباض لحق لا يثبت عليه خيار التأخير لانصراف الأدله عن ذلك.

و الحاصل: أن من له الخيار كأنه شرط على الأخير تأجيل العوض فلا

يثبت عليه خيار التأخير.

وقد أجاب عنه المصنف على فرض تسليم المقدمتين حيث قال وفيه بعد تسليم المقدمتين فان كلامه هذا ظاهر في أنه لا يسلم المقدمتين.

وحاصل جوابه على فرض تسليم المقدمتين النقض بخيار المجلس و خيار الحيوان و قال ان لازم ذلك كون مبدء الثلاثه من حين التفرق في خيار المجلس و كون هذا الخيار مختصا بغير الحيوان مع اتفاقهم على ثبوته فيه كما يظهر من المختلف و ان ذهب الصدوق الى كون الخيار في الجاربه بعد شهر الا أنه قول اختص بعد الصدوق للنص الخاص.

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

وقد أشكل شيخنا الأستاذ على ما ذكره المصنف و تسلم ما ذكره العلامة في التذكرة و ابن إدريس في السرائر و قال كلتا المقدمتين مما لا بدّ من تسلمهما أحدهما أن من له حق التأخير لا يثبت عليه خيار كما هو واضح.

و المقدمه الثانيه: هي أن من أحكام الخيار عدم وجوب التسليم و الإقباض.

أما المقدمه الاولى: فلأن الأخبار منصرفه عمّن جاز له التأخير، و ليس موظفا بالإتيان لأن الظاهر من تلك الأخبار هو أن الإتيان بالثمن كان لازما حيث قال عليه السلام و لم يقبض الثمن أو ان جاء بين ثلاثه أيام و الا فللبائع الخيار و أما مع ثبوت خيار التأخير له فلا مجال لثبوت الحكم كما لا يخفى فافهم.

و هذه المقدمه مما لا شبهه فيها، بل ذكر المصنف فى الشرط الثالث أن الأخبار منصرفه عن صورته اشتراط التأخير و قلنا أن خيار التأخير انما جعل لمن كان له المطالبه و لم يكن للآخر حق التأخير بل كان موظفا بالأداء و أما المقدمه الثانيه فقد أشكل عليه شيخنا الأستاذ من أن له لا يجب عليه التسليم و توضيح ذلك أن بناء المعامله على التسليم و التسلم و التبديل و التبدل فيصير القبض و الإقباض من الشروط الضمنيه التى التزم بها المتعاقدان فى متن العقد فمرجع كون العقد خياريا إلى أنه بجمع ما تضمنه من الشروط الضمنيه أو الصريحه غير واجب الوفاء فكما لا يجب الوفاء بنفس العقد كذلك لا يجب الوفاء بما فى ضمنه من التعهدات الضمنيه، بل الصريحه غير لازمه الوفاء فلا يجب التسليم و التسلم فى العقد الخيارى و عليه فلا يجرى فيه خيار التأخير و هذا المعنى قد التزم به المصنف فى أحكام القبض حيث ذكر الأردبيلى أن من ظلم على أحد و لم يسلم المبيع الذى باعه منه ليس للآخر منع تسليم الثمن فإنه أيضا معصيه و أجاب عنه المصنف بأنه إذا منع البائع فى التسليم فللمشتري أيضا لا يجب تسليم الثمن نعم قد أنكر المصنف ذلك هنا و فى أحكام الخيار ثم ذكر أن هذا الخيار لا ينافى خيار المجلس إلا فى فرض نادر بأن بقيا فى مجلس العقد الى بعد ثلاثه أيام لسجن و نحوه و ح نلتزم أيضا بعدم خيار التأخير.

و أما خيار الحيوان فهو أيضا لا- يمنع عن هذا الخيار فإن غايه ما يمكن ان يلتزم به و يستظهر من الأدله من مناسبه الحكم و الموضوع أن يكون التأخير عند انقضاء الثلاثه بغير حق فالواجب أن لا يكون له خيار فى هذا الحال و أما قبله أو بعده فلا وجه للالتزام به بلا اشكال، فلا ينافى اعتبار ذلك مع ما فى المختلف من الاتفاق على ثبوته فى الحيوان.

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

لزم تعدد السبب مع كون المسبب واحد فهذا لا محذور فيه كما في تقرير شيخنا الأستاذ فراجع أقول: أما ما ذكره من أن مطلق الشروط الضمنية و الصريحه ليس بواجب الوفاء فى العقد الخيارى و منها التسليم و التسلم.

فیرد علیه أن هذا انما یتم بناء على كون دلیل اللزوم هو الأمر بوجوب الوفاء على العقد و كان المراد من ذلك هو ترتيب الأثر علیه و يكون المراد من وجوب الوفاء هو الحكم التکلیفى على ما ذكره المصنف و علیه فیقال: أن ترتيب جميع آثار العقد علیه انما یصح فيما إذا لم یکن العقد خياريا و الأ فلا یجب ذلك كما هو واضح، و قد ذكرنا فى محله أن معنى الوفاء هو الإنهاء و الوفاء بالعقد هو إنهاؤه و إتمامه و حیث لا یناسب ذلك بالوجوب التکلیفى فیكون الأمر به إرشادا إلى أنه لا ینحل و أنه لازم، و ذكرنا أيضا أن من أدله اللزوم ما دل على حرمة التصرف فى مال الغير بدون اذنه و أنه یحرم أكل مال الناس بغير تجاره عن تراض، و غیر ذلك فلا- شبهه أنه إذا تحقق البیع و حصل النقل و الانتقال فیكون المبیع ملكا للمشتري و الثمن ملكا للبائع فیحرم لكل منهما التصرف فى الآخر بدون اذنه لأن حرمة مال المسلم كحرمة دمه و أنه لا یجوز لكل أحد أن یتصرف فى مال غیره بدون اذنه و لا یفرق فى ذلك بین كون العقد خياريا أم لا، نعم من لا یرید أن یسلم العوض فى المعامله مع كونه ذی خيار فسخ المعامله ثم لا یسلم العوض كما هو واضح و أما ما ذكره من أن المصنف ذكر ذلك فى أحكام القبض فهو ممنوع لان ما ذكره فى القبض لا یمس بالمقام فإنه مبنى على أن من الشروط الضمنیه فى العقد أن یسلم كل من المتعاملین العوض من الآخر و مع تخلف أحدهما یجوز التخلف للآخر أيضا كما هو واضح، و هذا غیر كون من له الخيار، لا یجب علیه التسليم كما هو واضح، و أما ما ذكره من أنه لا ینافى خيار الحيوان لأن اللازم أن لا یكون أداء الثمن متأخرا من الجزء الذى یتم به الثلاثه فلیس

بمتين و ذلك لأن مقتضى الظاهر من روايات الباب أنه يجب على المشتري أن يسلم الثمن إلا أنه قد أمهل الشارع للمشتري في ضمن الثلاثة بالنسبه إلى ثبوت الخيار للبائع فبمجرد انتهائه يثبت الخيار للبائع أو يبطل البيع كما هو واضح فلا يحتاج إلى التأخير في الآمن الذى تم الثلاثة و بعباره أخرى أن الروايات قد دلت على أن المشتري ان جاء بالثمن ما بين ثلاثة أيام فيها و إلا فلا بيع فالظاهر من ذلك ان الثلاثة إنما هي أيام النظره بالنسبه إلى ثبوت الخيار للبائع أو لعدم بطلان البيع كما هو واضح، فلا ينافى ذلك بوجود تسليم الثمن فى الثلاثة أيضا و أما ثبوت الخيار فليس مشروطا بالتأخير عن الجزء الذى يتم به الثلاثة بل فى نفس ذلك الجزء يثبت الخيار للبائع كما لا يخفى.

ثم انه قد يفصل بين ثبوت الخيار للبائع من جهة أخرى فيسقط معه هذا الخيار و بين ما كان الخيار للمشتري فلا وجه لسقوطه و قد أفاد فيه وجهين:- الأول: أن خيار التأخير شرع لدفع ضرره و قد اندفع ضرره بغير خيار و أجاب عنه المصنف بان ضرر الثلاثة بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار فى الثلاثة و كأن المصنف فهم من كلام المفصل أنه اشترط عدم ثبوت الخيار للبائع بعد الثلاثة و لذا أجاب عنه بأن الضرر بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار فى الثلاثة و لكن الظاهر أن كلام المفصل ناظر الى اشتراط عدم ثبوت الخيار للبائع بعد الثلاثة و عليه فيندفع الضرر بغير خيار التأخير فيصح كلامه كما هو واضح فلا يرد عليه ما ذكره المصنف، نعم يرد عليه أن هذا الوجه مبنى على كون مدرك هذا الخيار هو دليل نفي الضرر فإنه ح يشترط فى ثبوته أن لا يثبت خيار آخر للبائع و أما إذا كان مدركه غيره فلا يتم ما ذكر المفصل.

الوجه الثانى:النصوص و الفتاوى تدل على لزوم البيع فى الثلاثة



فيختص هذا الخيار بغير صورته ثبوت الخيار له فان الظاهر من قولهم عليهم السلام ان جاء بالثمن ما بين الثلاثة و الا فله الخيار أن البيع لازم في ضمن الثلاثة فإذا كان للبائع خيار في ذلك لا يكون البيع لازماً، فلا يكون هذه الصورة مشموله للأخبار كما هو واضح، و على هذا فلا يكون هذا الخيار ثابتاً في مورد خيار الحيوان و أورد هذا المفصل على نفسه بأن التأخير للخيار و لا يتقيد الحكم بسببه، يعني أن الخيار هنا حكم ثابت للبائع و لا يكون مقيداً بسببه و هو التأخير بحيث يكون البيع لازماً بانتفائه من هذه الجهة فقط، لا- ينافي ثبوت خيار آخر للبائع كما هو واضح، بل الثابت هو طبعي الخيار الثابت للبائع كما هو واضح و الفرق بين هذا الوجه و الوجه السابق أن الوجه السابق ليس ناظراً الى لزوم البيع في الثلاثة بخلاف هذا الوجه و لكن يرد عليه أن الظاهر من الروايات أن المشتري إذا جاء بالثمن ما بين ثلاثة أيام فهو، و الأ فله الخيار، فالظاهر من ذلك أن الإتيان بالثمن في الثلاثة يوجب نفي خيار التأخير، و لا ينافي ذلك ثبوت خيار آخر للبائع غير خيار التأخير، و ليس هذا من قبيل تقيد الحكم بسببه، بل الثابت هو طبعي الخيار، و لكن يكون البيع لازماً بانتفاء هذا الطبعي من هذه الجهة فقط و لزوم البيع من هذه الجهة لا ينافي ثبوت خيار آخر للبائع من جهه آخر كما هو واضح، و من هنا لا ينافي هذا الخيار ثبوت خيار المجلس فإنه مع أن لازم الوجه الثاني عدم ثبوت خيار المجلس أيضاً في ضمن الثلاثة.

قوله: و منها تعدد المتعاقدين أقول قد ذكر المصنف وجهين لاختصاص الخيار بصوره تعدد العاقد:

الأول: اختصاص النص الوارد في المقام بصوره التعدد.

و الثاني: أن هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس و خيار المجلس باق مع اتحاد العاقد الا مع إسقاطه.

أما الأول: فلأنه لا شبهه في أن الظاهر من النصوص الواردة في المقام و ان كان هو تعدد المتعاملين و من بيده العقد أى المالكين أو من يكون نازلا منزله المالك من الولي و الوكيل المفوض، و لكن لا ارتباط له بتعدد العاقد بوجه، بل يمكن ذلك مع اتحاده أيضا، فإنه بمنزله الآله فقط، ليس له الا إجراء العقد كما هو واضح، و بعبارة أخرى أن المناط في ذلك هو عدم الإقباض و القبض و لا- إشكال في تصويره من المالكين مع اتحاد العاقد من قبلهما فأصل توهم اشتراط تعدد العاقد في ثبوت خيار التأخير لغو محض و غلط فاحش.

و أما الوجه الثاني: فقد ناقش فيه المصنف من حيث الصغرى من أنه قد عرفت أنه غير ثابت للوكيل في مجرد العقد، و على تقديره فيمكن إسقاطه و اشتراط عدمه، نعم لو كان العاقد وليا بيده العوضان لم يتحقق الشرطان الا و لأن أعنى عدم الإقباض و القبض و ليس ذلك من جهة اشتراط التعدد و لكن الظاهر المناقشه في الكبرى أيضا بأنه لا دليل على كون خيار التأخير بعد خيار المجلس غايه الأمر أن خيار المجلس في الأغلب يبقى إلى ساعه و ساعتين أو أقل أو أكثر و لا يبقى إلى الثلاثه أيام حتى يجتمع مع خيار التأخير و لو بقى المجلس إلى الثلاثه مع عدم تحقق القبض و الإقباض لكان خيار المجلس مجتمع مع خيار التأخير كما هو واضح.

قوله و منها أن لا- يكون المبيع حيوانا أقول من جمله الشروط لثبوت خيار التأخير أن لا يكون المبيع جاريه، بل حيوانا مطلقا فإن المحكى عن الصدوق في المقنع أنه إذا اشترى جاريه فقال أجيئك بالثمن، فان جاء بالثمن فيما بينه و بين شهر، و الا فلا بيع و ظاهر المختلف نسبه الخلاف الى الصدوق في مطلق الحيوان، و لكن الظاهر أن الصدوق التزم بذلك في خصوص الجاريه في انه ذكر في الفقيه أن الخيار في ما يفسده بيومه بعد يوم و في غيره إلى

ثلاثه أيام أن جاء بالثمن ما بين ذلك و الا فله الخيار تم ذكر خصوص الجاربه و ذكر أن الخيار فيها بعد شهر و لم يذكر فى الفقيه أيضا إلا ذلك فما حكى عن المختلف من نسبة ذلك الى الصدوق فى مطلق الحيوان لا نفهم له وجهها.

و كيف كان فذهب المشهور الى عدم الاشتراط بذلك الشرط و خالف فيه الصدوق استنادا إلى روايه على بن يقطين و قد أشكل على الروايه بوجهين:

الأول: من حيث السند فإنه حكى عن العلامه فى المختلف أن الروايه ضعيفه و لكن لا نفهم لضعف الروايه وجهها و قد اعترف باعتبارها صاحب الحدائق و صاحب الجواهر و قد عرفت أنه ذهب الصدوق(ره)الى ثبوت الخيار للبائع فى الجاربه بعد شهر، و قد ضعف العلامه عن هذه الروايه و لكن لا ندرى أن وجه تضعيف العلامه أى شىء فان هنا روايتان إحداهما رواها الصدوق عن ابن فضال عن على بن رباط عن زراره أو عمن رواه كما فى الوسائل أو عمن رواه كما فى الوافى، و هذه الروايه على تقدير عدم الإرسال فهى ضعيفه لعلى بن رباط و الروايه الثانيه قد رواها فى التذهيب، عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبى إسحاق عن ابن أبى عمير عن محمد بن أبى حمزه عن على بن يقطين فهذه الروايه معتبره أما غير أبى إسحاق فواضح، و أما أبى إسحاق و هو أن كان مشتركا بين أشخاص عديده ضعاف و ثقات، و لكن الأشهر هو إبراهيم بن هاشم على أنه ينقل عن ابن أبى عمير و ينقل عنه محمد بن احمد بن يحيى و غيرهم أكثرهم من أصحاب الصادق و الباقر(عليهم السلام) و من هو من أصحاب الهادى(عليه السلام) لم ينقل عنهم محمد بن احمد و أما إبراهيم بن مهزيار فلم ينقل عن ابن ابى عمير، على أنه أيضا معتبر فراجع كتب الرجال.

الثانى: إعراض المشهور عن العمل بها فإنهم لم يعملوا بها، بل لا

ينسب العمل بها الأ-الى الصدوق و لا شبهه ان إعراضهم عن العمل بالروايه يوجب وهنها و لعل مراد العلامه من الضعف هو ذلك فإنه لم يقيد الضعف بكونه فى السند بل ذكر أن الروايه ضعيفه و لا شبهه أن اعراض المشهور عندهم يوجب الوهن فتكون الروايه ضعيفه بالعرض لا بالذات.

و يرد عليه أولا الإشكال فى الصغرى حيث لم يعلم اعراض المشهور عن هذه الروايه بل يحتمل ان يكون عدم عملهم بها من جهه أنهم حملوها على بعض الوجوه بأن تكون محموله على صورته اشتراط المجيء بالثمن الى شهر، إذ كلامنا فى صورته عدم إقباض المبيع كما تقدم و ليس فى هذه الروايه عدم إقباض الجاربه حتى لا يمكن رفع اليد من ظاهرها و اذن فلا بأس من حملها على صورته اشتراط تأخير الثمن الى شهر فى ضمن العقد، و الأقله الخيار أو يمكن أن يكون عدم عملهم بها من جهه حملها على استحباب الصبر بعد ثلاثه أيام إلى شهر و على هذا فلم يثبت اعراض المشهور عنها ليكون موجبا للضعف كما هو واضح.

و ثانيا: الإشكال فى الكبرى و هو أن اعراض المشهور عن الروايه لا يوجب وهنها كما أن عملهم بها لا يوجب الاعتبار، و قد تقدم ذلك مرارا و قد نقحناه فى علم الأصول و على هذا فلا وجه لرفع اليد عن هذه الروايه و قد حملها المصنف على الوجهين المتقدمين و لكنهما بعيد خصوصا الحمل على الاستحباب، فلا بدّح من العمل بها فى خصوص الجاربه كما عمل بها الصدوق (ره) فظاهرها ثبوت الخيار للبائع فى بيع الجاربه بعد شهر سواء أقبضها من المشتري أم لا لإطلاقها و لا وجه لتقييدها بصوره الإقباض.

و على الجملة فحيث ان النص وارد فى خصوص الجاربه فيكون أخص من الروايه المتقدمه فتكون مقيده لها و قد يتوهم أن النسبه بينها و بين الروايات المتقدمه هى العموم من وجه حيث ان هذه الروايه أخص من حيث

الموضوع و هو الجاربه و الروايات المتقدمه أعم من الجاربه و غيرها و ان هذه الروايه أعم من حيث اقباض المبيع و الروايات المتقدمه ناظره إلى خصوص اقباض المبيع و يقع التعارض فى مورد الاجتماع و هو صوره الإقباض فإن هذه الروايه تدل على ثبوت الخيار بعد الشهر و الروايات المتقدمه تدل على ثبوت الخيار بعد الثلاثه أيام، و حينئذ فيحكم بالتساقط، و لكن الظاهر ان هذا التوهم فاسد.

أولاً: أن النسبه بينها و بين الروايات المتقدمه إنما تلاحظ من حيث الموضوع و لا شبهه أن هذه الروايه أخص من حيث الموضوع من الروايات المتقدمه.

و ثانياً: على تقدير لحاظ النسبه بينهما من حيث الموضوع و الحكم معا أنه لا يمكن الحكم بالتساقط فى ماده الاجتماع إذ من البعيد جدا أن يكون الخيار فى صوره الإقباض بعد شهر، و فى صوره عدم الإقباض أن لا يكون للبائع خيار أصلاً، و اذن فلا بدّ من ترجع هذه الروايه على فرض المعارضه و هذا واضح جدا.

ثم ان الظاهر من قولهم عليهم السلام فان جاء بالثمن ما بين ثلثه أيام و الأ فله الخيار، أى للبائع أن مبدء الثلاثه من حين العقد و توهم أنه من حين التفرق بحيث تكون مده الغيبه ثلاثه أيام خلاف الظاهر من الروايه.

### فى مسقطات خيار التأخير

#### اشاره

مسأله: يسقط هذا الخيار بأمر أقول

#### الأول إسقاطه بعد الثلاثه،

و هذا لا شبهه فيه، بل لا خلاف فيه أيضاً إذ لا محذور فيه بوجه أصلاً، و أما سقوطه بالإسقاط فى الثلاثه فأشكل فيه المصنف من أن مدركه دليل نفي الضرر و هو

حاصل بعد الثلاثة فلا سبب له قبلها و من أن العقد سبب الخيار فيكفي وجوده في إسقاطه بوجود المقتضى، و الأمر أشكل فيما إذا اشترط سقوطه في ضمن العقد و وجه الأشكليه أن المقتضى الذى هو العقد كان موجودا في إسقاطه بعد العقد و قبل الثلاثة و لكنه منفى هنا لعدم تماميه العقد بعد كما هو المفروض و أيضا ذكر المصنف أن السقوط لعله من جهة عموم أدله الشروط و يشكل على عدم جواز إسقاطه في الثلاثة بناء على أن السبب في هذا الخيار، هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد، فان الشرط انما يسقط به ما يقبل الاسقاط بدون الشرط، و لا يوجب شرعيه سقوط ما لا يشرع إسقاطه بدون شرط و عليه فان كان هنا إجماع على السقوط بالشرط فهو و الا فلننظر فيه مجال واسع لعدم شمول أدله الشروط لمثل هذا الشرط كما هو واضح.

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

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

و ان كان المراد من سقوطه بعدها بالإسقاط قبل الثلاثة بحيث ينشئ من الآن سقوطه بعد الثلاثة فيعود المحذور، فإنه من قبيل إسقاط من لم يجب.

أقول: قد ذكر المصنف في خيار المجلس جواز الإسقاط في مثل هذه الموارد من جهة وجود المقتضى و قد ذكرنا أن عدم جواز إسقاط ما لم يجب ليس مدلولاً لدليل لفظي بل انما هو من جهة الإجماع على بطلان التعليق في العقود و الا فلا استحاله عقليه هنا، بل لا يرى العقل محذورا في إنشاء الطلاق قبل التزويج و إنشاء البيع قبل الشراء، و انما نحكم ببطلان أمثال ذلك من جهة الإجماع و لا شبهه أن جواز إسقاط ما لم يجب أمر معروف

بين الفقهاء فلا يكون داخلا فى معقد الإجماع فيكون ذلك مشمولاً لأدله الشروط كما هو واضح.

وقد ذكر شيخنا الأستاذ أن للبائع حق المطالبة حتى فى ضمن الثلاثة فله أن يسقط حق المطالبة ولا يكون الإسقاط حينئذ إسقاطاً لما يجب و فيه أن هذا عجيب من شيخنا الأستاذ حيث ان حق المطالبة أمر أجنبي عن الخيار، ولا شبهه فى ثبوت ذلك، الحق فى زمان الخيار و قبله و بعده فإسقاط أحدهما غير مربوط بإسقاط الآخر كما هو واضح على أن حق المطالبة من الأحكام فلا يقبل الإسقاط.

### **الثانى: اشتراط سقوطه فى متن العقد**

حكى عن الدروس و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و لعله لعموم أدله الشروط قد مرّ جواب عن ذلك.

### **الثالث: من المسقطات بذل المشتري للثمن**

وقد ذكره العلامة فى التذكرة استصحاباً لوجوده و ذكر المصنف أن هذا حسن لو استند فى الخيار الى الاخبار و اما إذا استند إلى قاعده الضرر فان الضرر الوارد على البيع يتدارك ببذل الثمن فلا يبقى مجال للخيار ليتدارك به الضرر ثم ذكر أنه لا يبعد دعوى انصراف الأخبار الى صورته التضمر أيضاً، و عليه فما ذكره فى التذكرة متين جداً.

أقول: أما الوجه الأول فهو متين فإنه بناء على كون مدرك خيار التأخير هو قاعده نفي الضرر فلا شبهه فى أنه يرتفع بأداء الثمن، و لكن قد عرفت سابقاً أن مدركه ليس دليل نفي الضرر، و الا لأمكن رفعه بغير الخيار أيضاً و أما الوجه الثالث و هو صورته بذل المشتري فلا وجه له لأن مقتضى الأخبار أنه إذا جاء بالثمن ما بين الثلاثة و الا فله الخيار و هو مطلق بالنسبه إلى صورته بذل الثمن و غيرها و دعوى الانصراف إلى صورته عدم بذل الثمن بلا وجه.

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

و أما بناء على عدم سقوطه بالبذل فهل يسقط ذلك بالأخذ أم لا فنقول انه بناء على السقوط و كون الأخذ موجبا له و كاشفا عنه،فليس ذلك أمرا مستقلا،بل مرجعه الى المسقط الأول و هو الإسقاط فإنه أعم من الإسقاط الفعلى أو القولى كما هو واضح.

نعم ينبغي ان يبحث بعنوان التنبيه بأنه هل يشترط افاده العلم بكون الأخذ لأجل الالتزام بالبيع أو يكفى الظن بذلك و أن البائع راضى به فإنه أماره عرفيه على الالتزام كالقول أو لا يعتبر الظن أيضا فى ذلك وجوه فذكر المصنف أن خيرها أوسطها لكن الأقوى الأخير و لكن لم نفهم معنى هذه العبارة فإن الخير ما كان أقوى و بالعكس فلا معنى لكون الوسط خيرا و الأقوى هو الأخير و كيف كان قد ذكرنا فى خيار الحيوان أن أقوى الوجوه هو العلم بالرضا و الآ فلا موجب لسقوط أما الوجه الأوسط أعنى اعتبار الظن على كون الأخذ كاشفا عن الرضا،فلا دليل عليه،لان الظن لا يغنى من الحق شيئا و أما الوجه الأخير و هو الاكتفاء بمطلق الأخذ و كونه كاشفا عن الرضاء بالعقد فأیضا لا دليل عليه،فإنه يمكن أن لا يكون الأخذ بعنوان الثمنيه كما إذا كان ذلك عن غفله و جهل،فإنه لا كاشفيه له حيثئذ عن الرضا بالعقد،بل مع العلم بكونه بعنوان الثمنيه أيضا فإن الثمن مال للبائع فيمكن أن يأخذه و مع ذلك يبقى خياره على حاله و لا يكون الأخذ بعنوان الرضا بالعقد و يأخذ الثمن و يتصرف فيه تصرفا لا يوجب السقوط ثم يفسخ بل يجوز ذلك مع التصريح بأن الأخذ ليس بعنوان الرضا بالعقد.



و بعبارة اخرى أن الكاشفيه النوعيه انما هي في باب حجيه الظواهر حيث ان الألفاظ تدل على المعاني التي وضعت عليها الألفاظ بحسب الكاشفيه النوعيه العقلائيه و ظاهره في ذلك لا من جهه التعبد ببناء العقلاء بل من جهه تعهد الواضح على أنه متى أطلق اللفظ الفلاني فقد أراد المعنى الفلاني و يكون ذلك التعهد سببا لكون الظواهر كواشف عن المداليل و كونها مراده للمتكلم و أما في المقام فلم يتعهد البائع بأنى متى أخذ الثمن فرضيت بالمعامله ليكون الأخذ كاشفا نوعيا عن الرضا بالعقد كما هو واضح، و عليه فلا كاشفيه للأخذ عن ذلك، و إذا فلا بدّ من الاقتصار بالعلم أو الظن الاطمئنانى بأن تقوم القرينه على الكاشفيه و حصل القطع فلا أقل من الاطمئنان على ذلك الذى هو حجه عقلائيه و من هنا ظهر أن مطالبه البائع الثمن أيضا يكشف عن رضائه بالعقد فإن المطالبه أعم من الأخذ و قد ذكرنا أن الأخذ أعم من الرضا بالعقد و عدمه فكيف تكون المطالبه كاشفه عن الرضا كما هو واضح، نعم قد ذكرنا فى خيار الحيوان سقوط الخيار بمثل اللمس و التقبيل و ركوب الدابه و لكن ذلك من جهه النص الخاص لا- من جهه كاشفيه أى تصرف من الرضا بالعقد كما هو واضح، بل من جهه النص الخاص الوارد فى خيار الحيوان.

**مسأله فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى،**

**اشاره**

أقول وقع الكلام فى أن خيار التأخير فورى أم لا، تحقيق الكلام هنا فى مقامين:- الأول: بحسب الأصول العمليه. و الثانى: من حيث الروايات.

**أما الأول بحسب الأصول العمليه**

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

ص: ٣٧

العمومات الداله على لزوم البيع و لا- يضر عدم إمكان التمسك ب أوفوا بالعقود فيرجع الى الأدله الأخرى مما دل على حرمه التصرف فى مال الغير بدون اذنه و حرمه تملكه إلا بالتجاره عن تراض و من الواضح أن الفسخ فى الآن الثانى الذى نشك فى ثبوت الخيار أكل لمال الغير بدون اذنه فلا يكون مؤثرا فراجع الى خيار الغبن، فقد تقدم تفصيل الكلام هناك.

و بعباره أخرى أنه و ان لم يجر التمسك بعموم أوفوا بالعقود على ما تقدم فى خيار الغبن من الانحلال و عدمه فراجع الا أن فى العمومات الأخر الداله على اللزوم غنى و كفايه فينقطع التمسك بالاستصحاب أى استحباب حكم الخيار فالنتيجه هى فوريه الخيار و على القول بكون دليل الخيار هو نفي الضرر فكون الخيار فوريا أوضح لاندفاع الضرر به.

### **و أما المقام الثانى: فالروايات الوارده فى المقام**

بناء على دلالتها على ثبوت خيار التأخير بعد الثلاثه أيام لا على البطلان مطلقه بالنسبه إلى الآن الأول و الآن الثانى، فمقتضى التمسك بها هو ثبوت الخيار للبائع على وجه الإطلاق بعد الثلاثه و على القول بفوريه الخيار فى خيار الغبن كما هو كذلك، فلا بد من الالتزام بعدم الفوريه فى المقام لخصوص هذه الروايات فتكون مخصصه للعمومات، كما لا يخفى و كأن هذا العقد يصير جائزا بالعرض بعد الثلاثه غايه الأمر أن الجواز فى الهبه حكى و فى المقام حقى فلبائع إسقاط حقه أى خياره و نعم ما ذكره المصنف من هذه الروايه بعد عدم إمكان نفي الحقيقه فيها ناظره إلى نفي اللزوم إلى الأبد و لا يرد عليه ما ذكره الأستاذ من الالتزام بإهمال النص فان ذلك خلاف الظاهر من الروايه.

### **قوله مسأله: لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع،**

أقول: ذهب الفقهاء الى أن التلف قبل القبض من مال البائع و انما الكلام من مدرك

هذا الحكم و يقع الكلام فى مقامين:

الأول: أن يكون التلف بعد الثلاثه.

الثانى: أن يكون ذلك قبل الثلاثه.

أما الأول: فقد استدل بوجوه: - الأول: الإجماع و فيه أنه على تقدير تحققه فالمظنون أن مدركه النبوى الذى سنذكره، فلا يكون إجماع تعبدى.

الثانى: النبوى المعروف كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و فيه أن هذا النبوى و ان كان مشهورا و لكنه لم يذكر إلا فى كتب العامه و عليه فلا يمكن الالتزام بانجبار ضعفه صغرى و كبرى أما من حيث الصغرى فلأنه لم يذكر فى كتب الأصحاب بعنوان الاستدلال به على ذلك إذ لم يكن لهم كتاب استدلال حتى يستدلوا فيه به و انما ذكروا فتاواهم بغير تعليل و عليه فلا ندرى أن استنادهم بذلك حتى يوجب ذلك انجبار ضعف النبوى و أما من حيث الكبرى فقد عرفت مرارا أن عمل المشهور لا يوجب الانجبار لضعف الروايه كما لا يوجب اعراضهم و هن الروايه الصحيحه.

الثالث: روايه عقبه بن خالد (1) فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، قال: آتيك غدا إنشاء الله، فسرق المتاع من مال من يكون، قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يفيض المتاع و يخرج من بيته، فإذا أخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه.

و فيه أن هذه الروايه لا يكون دليلا لهذا الحكم لأنها ضعيفه السند و لا يكون منجبرا بعمل المشهور أيضا حتى بناء على تسليم ذلك الكبرى فإنه

ص: ٣٩

لم يعمل احد بمضمونها فإنها تدل على كون الضمان على البائع ما لم يقبض خارجا و لم يخرج عن بيته و من واضح أن الأكثر التزم بكفايه التخليه بين المشتري و المبيع فى القبض و لا يجب الإقباض الخارجى، أما الإخراج من البيت فلم يقل به أحد و كونه معتبرا فى القبض على خلاف الضروره بل يمكن أن يقبض المشتري المال و يجعل عند البائع أمانه كما هو واضح.

و على الجملة فلا دليل على أن التلف مبيع قبل القبض من مال البائع نعم يمكن الالتزام بذلك بحسب الارتكاز العقلائي فإن بناء العقلاء قائم على أن التلف قبل القبض يحسب على البائع إذ الأخذ و الإعطاء من متمات البيع و عليه فمع تلف المبيع لا يبقى مجال للبيع بل يفسخ من أصله إذ البيع مبادله مال بمال فمع تلف المبيع أى شىء يعطى البائع للمشتري و مع انتفاء القبض فلا إعطاء حتى يطالب بدله أى الثمن و الظاهر أنه لم يلتزم أحد بأنه إذا باع أحد عباءه من شخص و تلفت بعد ساعه و قبل القبض أن له حق مطالبه الثمن عن المشتري مع أنه لا يعطى شيئا، ففى الحقيقه أن البيع انما هو مشروط بشرط متأخر و هو إعطاء المبيع و إقباضه أو أنه موقت أى يحكم بصحته ما دام المبيع لم يتلف قبل القبض و إذا تلف فدركه على البائع و كيف كان فلا ثمره فى بيان ان ما نحن فيه من قبيل المشروط بالشروط المتأخر أو من قبيل كون البيع موقتا و معنى كون ضمانه عليه أنه يفسخ العقد به لا أنه يجب على البائع إعطاء بدله كما هو كذلك فى الغاصب و هذا الذى ذكرناه غير مربوط بصوره عدم تسليم المبيع قهرا على المشتري و غصبا عليه فإنه يجبر على الإقباض و لا يحكم بالانفساخ بذلك بل ما ذكرناه فى فرض عدم التمكن من التسليم تكويننا كما فى صوره التلف.

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

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

لا يتوهم أنه إذا انفسخ البيع كان التلف في ملك البائع فلا يكون تخصيصا لقاعده الخراج بالضمان بل تخصصا.

فإنه يقال: انه انما يدخل في ملكه في آن قبل التلف و التخصيص باعتبار أنه لو كان له نماء في آن قبل التلف لكان للمشتري دون البائع فافهم و الذى يمكن أن ينافى هذه القاعده الارتكازيه أمران:- الأول:قاعده الخراج مع الضمان فإنها و ان ذكرت في روايات العامه و التزم بها أبو حنيفه و لكنها قاعده مسلّمه و ليست مختصه بالعامه بل هي أيضا قاعده ارتكازيه فإن العقلاء حاكمون على أن ضمان المال لمن كانت المنافع له و حيث ان المنافع للمالك فيكون ضمانه أيضا عليه بل ذكرت هذه القاعده في بعض الروايات أيضا، حيث تقدم في خيار الحيوان في بعض الروايات أنه سأل السائل عن التلف بأنه ممن يكون قال الامام عليه السلام الله أ رأيت أنه إذ كان له نماء فهو لمن قال للمالك، فقال عليه السلام الله فضمانه أيضا له على ما هو مضمون، الروايه و على هذه القاعده فلا بدّ و ان يكون التلف من المشتري لكونه مالكا و منفعه المال على تقدير وجودها له فيكون ضمانه أيضا عليه.

الثانى:القاعده المعروفه أن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له فإنه لا شبهه أن الخيار بعد الثلاثه للبائع فمقتضى هذه القاعده أن يكون التلف من المشتري لعدم وجود الخيار.

و على الجمله مقتضى هاتين القاعدتين أن التلف انما يكون من المشتري فتكون ان متنافيتين لمقتضى القاعده المتقدمه من أن التلف من البائع.

أما القاعده الأولى:فهى أعم من تلك القاعده الارتكازيه لأنها وارده

فى موردھا حیث ان مقتضى الارتكاز على كون التلف و الضمان ممن له المنافع الا أنه ثبت الارتكاز العقلائی فى موارد البیع على كون التلف قبل القبض من البائع و ان كان المال لشخص آخر فتكون هذه القاعدة الارتكازیه مانعه عن تحقق تلك القاعدة فى جمیع الموارد، بل تكون لأعمیتها مخصّصه بذلك كما هو واضح.

و بعبارة أخرى أن قاعده الخراج بالضمان مقتضى لكون التلف من المالك و قاعده كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال البائع مانع عن كون الضمان للمالك فلا منافاه بین المقتضى و المانع و لا بعد فى كون ضمان مال أحد على شخص آخر كما فى الغاصب فإنه إذا غصب مال شخص فتلف عنده فان ضمانه على الغاصب.

نعم الضمان فى باب الغصب انما هو بالمثل أو القیمه فإنه إذا تلف المال تحت يد الغاصب فىكون ضامنا ببدله فىجب علیه اما أداء المثل أو القیمه.

و أما الضمان هنا انما هو كون المبيع تالفا من كیس البائع بحيث لا يجوز له مطالبه الثمن من المشتري فىحكم حينئذ بانفساخ العقد لا أنه يجب علیه أن يعطى بدل المبيع كما هو واضح.

و أما القاعدة الثانية أعنى الحكم بكون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له، فلا دليل علیها حتى بمثل النبوى و نحوه، فإن قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع قد ذكر لها دليل من النبوى و نحوه و لكن هذه القاعدة لا دليل علیها أصلا غیر أنها مورد التسالم و الإجماع نعم ثبت ذلك فى خيار المجلس و الحيوان و الشرط و أما فى غيرها فلا دليل علیه فىحكم بعدم ذلك فضلا عن یكون منافيا لما ذكرناه من الارتكاز، و فى الموارد التى ثبت ذلك یكون تخصيصا لما ذكرناه.

و حاصل الكلام أن التلف قد يكون بعد الثلاثه و قد يكون قبل الثلاثه أما إذا كان بعد الثلاثه فهو من مال البائع لا من جهه الروايه كما تقدم بل من جهه القاعده العرفيه الارتكازيه على أن التلف قبل القبض من مال البائع فإن حقيقه البيع قائمه بالأخذ و الإعطاء و من الواضح أنه إذا تلف المبيع تنعدم تلك الحقيقه و تنهدم و لا يبقى ذلك المفهوم لعدم بقاء الأخذ و الإعطاء حينئذ و لا- ينافى ذلك إلا- أمران، أحدهما دعوى الملازمه بين كون منفعه الملك لمالكه و بين كون دركه عليه المعبر عنها بقاعده الخراج بالضمان و قد ثبت هذه القاعده بالنص و الإجماع عندنا و كذلك عند العامه و كذلك حكم بها العرف أيضا.

الثانى:قاعده ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له أما القاعده الاولى فلا تنافى لما ذكرناه من القاعده على كون الضمان قبل القبض على البائع لأن ما ذكرناه وارد فى مورد تلك القاعده و مانع عنها فتكون مخصصه لها باعتبار أنه لو كان لهذا المال نماء قبل أن التلف كان للمشتري و كان لازم ذلك أن يكون دركه أيضا عليه لكونه مالكا و لكن الارتكاز خصصها و أثبت الضمان للبائع و حينئذ لا- يكون الارتكاز من العقلاء على كون الضمان للمشتري المالك لكون الارتكاز الثانى الذى ذكرنا على كون الضمان للبائع مانعا عنه و قرينه على عدمه هنا.

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

و أما إذا كان التلف فى ضمن الثلاثه و قبل القبض، فالمنسوب الى المفيد و السيدين هو كونه من المشتري و لكن الظاهر أنه أيضا من البائع

بل كونه من البائع هنا أولى من كونه له فيما إذا كان التلف بعد الثلاثة و قبل القبض فإنه يمكن ان يقال فيما إذا كان بعد الثلاثة و قبل القبض ان التلف من المشتري و لو بوجه غير وجيه بان يقال أن التلف بعد الثلاثة انما هو في زمن الخيار و التلف في زمن الخيار مّمن لا- خيار له و إذا تعارض في مورد مع القاعده الارتكازيه بأن التلف قبل القبض من مال البائع تعارض العموم و الخصوص من وجه حكم بالتساقط فيرجع الى القاعده الأوليه من أن تلف كل مال على مالكة.

و على الجملة أن كون التلف من المشتري بعد الثلاثة و قبل القبض له وجه و ان كان هذا الوجه غير تمام لعدم الدليل على كون التلف في زمن الخيار من البائع و لكن لا- وجه لكون التلف هنا من المشتري أصلاً إذ ليس هنا زمان خيار ليتحمل كون التلف من المشتري من جهه عدم ثبوت الخيار هنا للبائع، لأن البيع هنا لازم على الفرض و القاعده المسلمه ان التلف قبل القبض من البائع لا- دافع عنها و توهم أن المالك للمبيع هو المشتري فمقتضى الملازمه بين النماء و الدرك هو كون التلف من المشتري قبل الثلاثة و لكن قد عرفت فيما سبق أن قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و ارده في تلك القاعده فلا بدّ من كون الدرك على البائع لكون التلف قبل القبض.

و على الجملة لا نعرف وجهاً أصلاً لكون التلف قبل الثلاثة و قبل القبض من المشتري و ما نسب الى المفيد و السيد ان لم نحققه و لعل النسبه غير صحيحه و على تقدير الصحه لعلها ناشئه من غلط النسخه و الا فلا يحتمل أن يقول مثل المفيد و السيدان، بكون التلف من المشتري مع كون القاعده المسلمه و هي ان التلف قبل القبض من مال البائع على أنه لو كان نظرهم في كون التلف قبل الثلاثة من البائع على قاعده الخراج بالضمان فلما ذا لم



يلتزموا بذلك بعد الثلاثة بل كان الالتزام به هناك أولى.

ثم ان للشيخ الطوسى هنا عبارته قد تعرض بها المصنف و لا بأس بالتعرض لها و توجيهها على نحو يليق بمقام الشيخ حكى العلامة فى المختلف عن الشيخ أنه قال فى النهاية: إذا باع الإنسان شيئاً و لم يقبض المتاع و لا قبض الثمن و مضى المتاع فان العقد موقوف ثلاثة أيام فإن جاء المتاع فى مدّة ثلاثة أيام كان المبيع له، و ان مضت ثلاثة أيام كان البائع أولى بالمتاع فان هلك المتاع فى هذه الثلاثة أيام و لم يكن قبضه إياه كان من مال البائع دون المتاع و ان كان قبضه إياه ثم هلك فى مدته الثلاثة أيام كان من مال المتاع و ان هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البائع على كل حال، لان الخيار له بعدها، انتهى المحكى فى المختلف.

و قد وقع الكلام فى كلام الشيخ و أن هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البائع على كل حال، فإنه كالصريح فى شموله لما بعد القبض أيضاً مع أنه إذا كان القبض متحققاً لا يكون التلف من البائع و لذا تنظر العلامة فى ذلك بعد ما نقلها فى المختلف و قال: و فيه نظر إذ مع القبض يلزم البيع و ذكر صاحب الحدائق أن مراد الشيخ من هذه العبارة هو صورته الخيار و ان كانت عبارته غير ظاهره فيه، و كثيراً غير الشيخ بعبارته ظاهره فى غير مراده و تعميم العلامة إلى صورته اللزوم أيضاً بلا وجه و اختار المصنف أيضاً هذا الوجه و ذكر أن العلامة جعل الفقرة الثالثة و هى قوله و ان هلك بعد الثلاثة أيام إلخ، مقابله للفقرتين فى شمول الحكم ما بعد القبض أيضاً خصوصاً مع قوله على كل حال لكن التعميم مع أنه خلاف الإجماع منافع لتعليل الحكم بعد ذلك بقوله لأن الخيار له بعد الثلاثة أيام فإن من المعلوم أن الخيار انما يكون له مع عدم القبض فيدل ذلك على أن الحكم المعلل مفروض فيما قبل القبض فلا يشمل لما بعد القبض كما زعمه العلامة.

و الظاهر أن عبارته الشيخ و نظر العلامة و اشكال صاحب الحدائق و المصنف على العلامة و توجيههما عبارته الشيخ لا يظهر لنا وجه ذلك كله فان التعليل الذى ذكره الشيخ بقوله لان الخيار له بعد قوله كان من البائع على كل حال صريح فى أن البائع له الخيار كما ذكره المصنف و أخذه قريبه (قرينه) على عدم اراده الشيخ صورته اللزوم و بذلك أشكل على العلامة و ح فمقتضى ذلك التعليل أن يكون التلف من المشتري لأنه مَمَّن لا خيار له و كأن المصنف و صاحب الحدائق غفلا من هذه الجهة و أن مقتضى كون الخيار للبائع هو كون الضمان على المشتري.

و على الجملة انا و ان قلنا ان قاعده التلف فى زمن الخيار مَمَّن لا خيار له لا دليل عليها و لكن الشيخ و غيره تسلموا ذلك و علل كلامه بها و عليه فمقتضى هذا التعليل أن يكون التلف على البائع فلا يمكن تصديق كلام صاحب الحدائق و المصنف و لا كلام العلامة أيضا فإن قول الشيخ على كل حال و ان كان كالصريح فى شمول الحكم لصورته اللزوم أيضا و لكن تعليقه كالصريح أيضا فى عدم إرادته صورته اللزوم كما لا يخفى و يمكن أن يوجه كلام الشيخ بأن النسخه فيه غلط و انما أبدلت كلمه المبتاع الذى هو المشتري بكلمه البائع اشتباها و قد استعملت كلمه المبتاع فى كلامه فى المشتري كثيرا و تعليقه كون التلف من المشتري على كل حال من جهة أن القبض بعد الثلاثه و القبض بعد الثلاثه لا يوجب سقوط خيار البائع و ح فيكون التلف فى زمان خيار البائع و التلف فى زمن الخيار مَمَّن لا خيار له فكأن الشيخ تعمل بهذه القاعده أو أن غرضه من التعليل هو التعليل على أحد طرفى الحكم و هو صورته عدم القبض و أما صورته القبض فحكمها واضح من جهة أن التلف بعد القبض من مال المشتري و هذا الثانى البصق بكلام الشيخ فإنه بعد ما قسم التلف قبل الثلاثه إلى قسمين أن يكون قبل القبض أو بعده و حكم على كل

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

و الذى ينبغى أن يقال انه ان كان مدرك القول بان التلف قبل القبض من مال البائع هو النبوى أو روايه عقبه بن خالد (1) فلا شبهه فى كون التلف من البائع فإن معنى القبض المذكور فيهما هو الأخذ الخارجى و لا يصدق ذلك على مجرد التخليه بين المالك و المال، بل اعتبر فى روايه عقبه بن خالد أن يخرج البائع المتاع من بيته و الا فيكون ضمانه عليه، و لكن قد عرفت أن كلتا الروايتين ضعيفتا السند و غير منجره بشيء خصوصاً الروايه الثانيه لعدم عمل أحد على مضمونها كما لا يخفى و ان كان مدرك الحكم المذكور هو الارتكاز العرفى و بناء العقلاء، و لا شبهه فى حصول القبض بمجرد التخليه و تمكين المشتري من القبض فإنه لا يشك أحد فى أنه إذا باع أحد متاعاً و مكن المشتري من القبض فلم يقبض حتى تلف يكون التلف من المشتري مثلاً، إذ اشترى أحد شيئاً و قال البائع خذ متاعك و قال المشتري يبقى عندك أجيئك بعد ساعه فمضى المشتري و احترق المتاع و هل يتوهم أن ضمان فى مثل ذلك على البائع و على هذا فما ذكره المصنف هو الأقوى على أنه ليس من المتعارف فى التحارج اقباض المبيع من المشتري خارجاً.

#### قوله مسأله: لو اشترى ما يفسد من يومه

فان جاء بالثمن ما بينه و بين

ص: ٤٧

---

(١ - ١) وسائل - ج ١٢، ص ٣٥٨، باب ١٠، حد ١.

اللَّيْلِ وَالْأَفْلَاحِ: قَالَ: ذَهَبَ الْمَشْهُورُ إِلَى أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى أَحَدٌ مَتَاعًا يَفْسُدُ مِنْ يَوْمِهِ وَلَمْ يَقْبُضْهُ وَلَمْ يَقْبُضِ الثَّمَنَ، فَإِنْ جَاءَ الثَّمَنُ مَا بَيْنَ الثَّلَاثَةِ وَالْأَفْلَاحِ يَبِيعُ لَهُ وَاللَّبَائِعِ الْخِيَارَ، وَتَحْقِيقُ فِي مَدْرَكِ ذَلِكَ فَقَدْ اسْتَدَلَّ عَلَيْهِ بِمُرْسَلِهِ مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي حَمَزَةَ (١) وَهِيَ مِنْ حَيْثُ السَّنَدِ مَرْسَلَةٌ وَلَكِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْمَشْهُورَ اسْتَدَّوْا إِلَيْهَا فِي فِتْيَاهُمْ بِكَوْنِ الْبَائِعِ عَلَى خِيَارٍ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَعَلَيْهِ فَلَا تَجْرَى فِيهَا الْمُنَاقَشَةُ الضَّرُورِيَّةُ مِنْ اِحْتِمَالِ اسْتِنَادِهِمْ إِلَى غَيْرِهَا نَعَمْ يَبْقَى الْأَشْكَالُ فِيهَا مِنْ حَيْثُ الْكِبَرِ حَيْثُ قُلْنَا أَنَّ الشَّهْرَ لَا تَوْجِبُ جَبْرَ ضَعْفِ الرَّوَايَةِ كَمَا لَا يَخْفَى.

ثُمَّ أَنَّ فِي الْوَسَائِلِ نَقْلَ عَنِ الصَّدُوقِ عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ رَبَاطٍ عَنِ زُرَّارَةَ (٢) قَالَ: الْعَهْدَةُ فِيمَا يَفْسُدُ مِنْ يَوْمِهِ مِثْلُ الْبَقُولِ وَالْبَطِيخِ وَالْفَوَاكِهِ يَوْمَ إِلَى اللَّيْلِ وَيَقَعُ الْكَلَامُ تَارَهُ مِنْ حَيْثُ السَّنَدِ وَآخَرَى مِنْ حَيْثُ الدَّلَالَةِ أَمَا مِنْ حَيْثُ السَّنَدِ، أَنَّ السَّنَدَ الَّذِي نَقَلَ صَاحِبُ الْوَسَائِلِ هَذِهِ الْجُمْلَةَ وَنَسَبَ رَوَايَتَهَا إِلَى الصَّدُوقِ وَأَنَّ كَانَ لَا بِأَسْبَهِ وَلَكِنَّ الْأَشْكَالَ فِيهِ مِنْ جِهَتَيْنِ، الْأُولَى: أَنَّ الصَّدُوقَ نَقَلَ فِي الْفَقِيهِ مَا دَلَّ عَلَى ثُبُوتِ الْخِيَارِ فِي الْحَيَوَانَ لِلْمَشْتَرِي إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَكَوْنِ الْحَدَثِ لِلْبَائِعِ ثُمَّ أَلْحَقَ بِذَلِكَ قَوْلَهُ وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً، وَقَالَ لِلْبَائِعِ أَجِيئُكَ بِالثَّمَنِ، فَإِنْ جَاءَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَهْرٍ وَالْأَفْلَاحِ يَبِيعُ، ثُمَّ قَالَ: وَالْعَهْدَةُ فِيمَا يَفْسُدُ مِنْ يَوْمِهِ مِثْلُ الْبَقُولِ وَالْبَطِيخِ وَالْفَوَاكِهِ يَوْمَ إِلَى اللَّيْلِ.

وَالَّذِي نَظَنَّا ظَنًّا اِطْمِئْنَانِيًّا أَنَّ الصَّدُوقَ نَقَلَ الرَّوَايَةَ الدَّالَّةَ عَلَى كَوْنِ الْحَدَثِ فِي الْحَيَوَانَ لِلْبَائِعِ إِلَى الثَّلَاثَةِ وَأَرَادَ أَنْ يَجْمَعَ مَا يَشْبَهُهُ فَأَلْحَقَ

ص: ٤٨

١- ١) وسائل - ج ١٢، ص ٣٥٨، باب ١١، حديث ١.

٢- ٢) وسائل - ج ١٢، ص ٣٥٩، حديث ٢.

به مضمون روايه على بن يقطين (١) الداله على ثبوت خيار تأخير الثمن فى الجاربه بعد شهر، و ألحق به مضمون مرسله محمد بن أبى حمزه الداله على ثبوت الخيار للبائع فيما يفسده بيومه اذن فتكون الروايه هنا مختصه بمرسله ابن أبى حمزه، و قد افتى الصدوق بطبقها فى ذيل الروايه الداله على ثبوت خيار الحيوان للمشتري كما هو دأبه كثيرا بعد نقل الروايات فإنه ألحق بها مضمون روايه أخرى مسامح لها و يؤيد ذلك أن الروايه قد نقلها الشيخ فى التذهيب بالسند الذى نقلها الصدوق، و ليست مذيلته بهاتين الجملتين، على أن سوق العبارة يقتضى أن لا- يكون الجملتان من الروايه و لا- يشبه كلام الامام عليه السلام الله كما يقتضيه الذوق السليم، فالحاصل ان الذيل من كلام الصدوق كما عليه الأكثر كصاحب الحدائق و غيره و مع الغرض عن حصول الظن الاطمئنانى بذلك فلا أقل من الشك فما يشك كونه جزا لا تشمله أدله حجيه الخبر، بل لا بد من إحرازه كما لا يخفى و مع الإغماض عن جميع ذلك فالروايه ليست منقوله عن زراره، بل أيضا مرسله ابن أبى حمزه فإن الحسن بن على بن رباط ينقل عن رواه لا عن زراره و انما كتب لفظ زراره و عن رواه كليهما فى نسخه الوسائل، و الظاهر أنه اشتباه من الناسخ لا اشتباه عن رواه بزراره و الا- فهى مرسله كما فى حدائق و الوافى و غيرهما و أما من حيث الدلاله فمع الإغماض عن ضعف سندها فلا- دلاله فيها على المقصود حيث ان المراد من كون العهده على البائع إلى الليل ليس هو ثبوت الخيار له فى أول الليل، بل معناه أن الضمان له الى الليل و بعده ليس عليه ضمان و ان كان تلقا قبل القبض، فان الظهور العرفى من كلمه العهده هو الضمان كما يطلق عليه كثيرا فى العرف.

ص: ٤٩

و أما مرسله محمد بن أبى حمزه فمن حيث السند قد تقدم الكلام فيها و قلنا ان الظاهر ان المدرک هنا منحصر بها فيكون ذهاب المشهور الى ذلك نفس هذه المرسله فبناء على انجبار ضعف الروايه بالشهره فتكون منجبره بها، و انما الإشكال فى الكبرى.

و أما من حيث الدلاله فدلالته على المقصود يحتاج إلى تأويل إجمالاً و ان كان لا بأس به.

و توضيح ذلك أن ظاهر المشهور أن ما يفسد من يومه فللبائع فيه الخيار من أول الليل كما هو المستفاد من ظاهر النص أيضا و عليه فلا فائده لثبوت الخيار للبائع فإن أول الليل أول شروع المبيع بالفساد فبعد شروعه بالفساد فأى فائده للخيار فإنه مع فسح العقد أيضا يقع البائع فى الضرر نعم لو كان مراد الفقهاء ما ذكره الشهيد كما هو المضمون فإنه لسان الفقهاء و يطلع على مرادهم و ان كان كلامهم مجملا فلا اضطراب فى كلمات الفقهاء فإنه عبر عن هذا الخيار فى الدروس بخيار ما يفسده المبيت و عليه فأول الليل ليس زمان الشروع بالفساد لأن المبيت هو المفسد للمبيع فيكون الخيار فى أول الليل دافعا لضرر البائع و أما تطبيق الروايه على هذا فيمكن أن يراد من اليوم، اليوم مع ليله، كما هو المتعارف فى الإطلاقات كثيرا و على هذا فلا فساد فى استناد المشهور فى فتياهم على المرسله فلا بأس بهذا المقدار من خلاف الظاهر، و لكن الذى يسهل الخطيب أن الشهره لا تجبر ضعف الروايه اذن فلا مدرک للقول بثبوت الخيار هنا.

ثم انه قد استدل المصنف على ثبوت الخيار هنا للبائع بقاعده لا ضرر و قد تقدم الجواب عنها فإنه لم ينشأ الضرر من ناحيه لزوم العقد بوجه بل.

اما من جهه ضمان البائع به فإنه التلف قبل القبض من مال البائع فيرفع ضمانه و ان كان من جهه لزوم حفظه للمشتري فيرفع وجوب ذلك.

و اما من جهه تأخير الثمن فيرتفع الضرر بغير الفسخ من المقاصه و نحوها و كيف كان فدفع الضرر عن البائع ليس منحصرًا بفسخ العقد حتى يلتزم بالخيار بدليل نفى الضرر كما هو واضح.

ثم ان الشروط التي ذكرناها في خيار التأخير جار هنا بناء على ثبوت الخيار هنا للبائع فإن هذا أيضا قسم من خيار التأخير.

ثم هل يضمن البائع المبيع لو تلف عنده و لم يجئ المشتري بالثمن أم لا؟ قد تقدم في خيار التأخير، أن التلف سواء كان قبل الثلاثه أو بعده على البائع إذا كان قبل القبض للارتكاز العقلائي و لكن هذا الارتكاز منفي في المقام فإنه لا يساعد أحد على أنه إذا اشترى أحد متاعا يفسد من يومه و خلى عند البائع و تلف عنده كان البائع ضامنا لو ادعى أحد ضمانه على البائع يضحك عليه.

و بعبارة أخرى أن ما ذكرناه سابقا لم يكن التلف فيه مستند الى عدم مجيء المشتري، و في المقام ان التلف مستندا الى عدم مجيئه لأن المبيع لا- دوام للبقاء فيتلف من جهه تأخيره و الحكم أوقع فيما إذا كان المتاع يفسد من ساعته كالثلج و نحوه، و في جميع ذلك أن التلف عن المشتري و من هنا يعلم أن الحكم في أمثال المقام لا يحتاج إلى الروايه، بل هو على طبق القاعده من كون التلف عن المالك كما هو واضح.

و الحاصل: ان كان مدركه هو مرسله ابن أبي حمزه فهي من حيث الدلاله و ان كانت تامه لأن المراد من اليوم المذكور فيها هو اليوم و ليله فلا يرد عليها أنها لا تنطبق على فتوى المشهور، و لكن الضعف السند مانع عن الأخذ بها الا بناء على انجبار ضعف الروايه بالشهره.

و ان كان المدرك لذلك هو قاعده نفى الضرر فقد عرفت أن ارتفاعه لا يتوقف على ثبوت الخيار للبائع على أن النسبه بين ما ذكره المشهور من ثبوت

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

و قلنا: ان الذى ينبغى أن يقال أن السيره قائمه على أن التلف قبل القبض من مال البائع كما تقدم لأن الأخذ و الإعطاء من متممات البيع و مع الانتفاء ينتفى البيع، و قد عرفت ذلك آنفا و لكن هذه السيره غير جاريه فى بيع ما يفسد ليومه، و ذلك لأن ما ذكرنا انما هو فى مورد يكون التلف سماويا و لم يكن مستندا إلى تأخير المشتري فى الإتيان بالثمن، بأن اشترى متاعا يفسد ليومه و تأخر فى إتيان الثمن حتى تلف المبيع، فإنه حينئذ يحسب التلف على المشتري و ان كان قبل القبض فإن البائع لم يمنع عن التسليم من قبله، بل مكنه من الأخذ و تركه المشتري عند البائع ليגיע بالثمن فلم يגיע فتلّف المبيع لتأخيره و عليه فلا يختص الحكم بما يفسد ليومه، بل يجرى فيما يفسد من ساعته أو نصف يوم أو يومين فإن السيره الداله على ضمان البائع قبل القبض لا يجرى فى ذلك كله بوجه.

و على هذا فهل يثبت الخيار للبائع هنا من جهة تأخير الثمن بأن يفسخ المعامله و يبيع المبيع من شخص آخر؟ لأنه يحتمل أن لا يגיע بالثمن أصلا فإذا تلف المبيع فيذهب ماله هدرًا خصوصا إذا لم يعرف المشتري لكونه غريبا أو لا يتمكن من أخذ الثمن منه أو ليس له خيار، يمكن أن يقال بثبوته له من جهة السيره أيضا بدعوى أنها جاريه على حفظ المالىه فى المبادلات و انما وقعت المبادله بين المالىين فإذا كان مال البائع فى معرض التلف و الزوال فلا يبعد قيام السيره و بناء العقلاء على ثبوت الخيار للبائع لئلا فيتضرر بذهاب ماله فالخيار حينئذ يكون ثابتا بالسيره فتكون حكمته نفى الضرر و مع عدم الجزم بهذه السيره فإثبات الخيار مشكل جدا.



و يمكن إثبات الخيار بالسيرة أيضا و لكن بيان آخر حاصله أن المعاملة الواقعيه بين المشتري و البائع حينئذ ليست بنسيئه غايه الأمر أن المشتري استمهل من البائع أن يتأخر بالإتيان بالثمن على هذا فالمتبايعان قد اشترطا في المبيع من الأول ضمنا بحسب بناء العقلاء و ارتكازهم و سيرتهم أنه يجب على كل من المتبايعين إعطاء العوض للآخر فإذا تخلف أحدهما عن ذلك ثبت للآخر خيار تخلف الشرط غايه الأمر أن البائع قد أسقط خياره هذا في الجزء الأول من الزمان و اما في غيره فخياره باق على حاله فالخيار في أمثال المقام من جهه تخلف الشرط.

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

و بعبارة أخرى قد ذكرنا في معنى جعل الخيار لأحد المتبايعين أن مرجعه إلى إيقاف التزام البائع بالمبيع على التزام المشتري بالشرط الذي اشترط في البيع كأن باع ماله منه و اشترط عليه خياطه ثوبه مثلا فان توقف التزامه بالمبيع بالتزام المشتري بالشرط يشمله دليل وجوب الوفاء بالشرط فيكون الشرط واجب الوفاء على المشتري و يكون مرجع هذا الاشتراط الى كون البيع مقيدا بذلك و أنه مع عدم هذا الالتزام الشرطي ليس هنا التزام بالمبيع فإذا تخلف البائع عن التزامه يتخلف المشتري أيضا عن التزامه فلازم ذلك ثبوت الخيار للبائع فالخيار و ان لم يثبت بالاشتراط بالمطابقه و لكن يثبت بذلك بالالتزام كما هو واضح.

و على هذا ففي المقام أن البائع قد اشترط في ضمن العقد و لو بحسب

الارتكاز و بناء العقلاء و سيرتهم على المشتري و جوب تسليم الثمن نقدا و لكن إمهاله فى تأخيره مقدارا من الزمان و أسقط شرطه الثابت بحسب السيره مده خاصه لأنه حق له فقد قامت السيره القطعيه على جواز إسقاط الحق فلا يرد أن الاسقاط بلا دليل فى مقام الإثبات و ان كان ممكنا ثبوتا فإذا لم يجيء المشتري الثمن فى هذه المده فللبائع الخيار من جهه تخلف ذلك الشرط فى ضمن العقد ثبوت الخيار ح على القاعده و هذا لا بأس به بل نجزم بذلك جزما قطعيا و لا يفرق فى ذلك بين كون المتاع من يفسد ليومه أو فى يومين أو فى ساعه أو فى ساعتين، بل يجرى فى جميع ذلك، بل يجرى ذلك فيما لا يتلف، بل يبقى مده كثيره و لكن يذهب سوقه لبعض إلا متعه فى هذه البلاد فى أيام الزوار فإذا اشترى أحد سبحة من شخص و خلى عنده و قال أجيء بالثمن فلم يجيء و كان الصبر أزيد من ساعه مثلا، موجبا لزوال السوق فله الخيار فإذا فسخ العقد و إذا جاء المشتري فليس له شىء.

## السادس خيار الرؤيه

### اشاره

قوله السادس خيار الرؤيه: أقول: ان كان المراد من خيار الرؤيه الخيار المسبب عن اشتراط المتبايعين كون المبيع على وصف كذا فإذا رآه المشتري مثلا- فوجده غير واجد للوصف فيحكم بثبوت الخيار له، فلا شبهه حينئذ فى كون ذلك من صغريات خيار تخلف الشرط و انما ذكروا ذلك مستقلا لورود النص عليه و هذا الوجه يظهر من الفقهاء خصوصا من شيخنا الأنصارى حيث جعل عنوان المسأله ما هو ظاهر فى إدراج ذلك من خيار تخلف الشرط و قال: (المراد به الخيار المسبب عن رؤيه المبيع على خلاف ما اشترطه

فيه المتبايعان)و عليه فلا يفرق في ثبوت ذلك بين المشتري و البائع في الثمن و المثلن.

و ان كان المراد من ذلك أن المشتري قد أقدم على الشراء باعتقاد أن المبيع واجد لوصف كذا كأن اشترى عبدا باعتقاد أنه عالم لكون والديه عالما أو حصل له الاعتقاد من توصيف المشتري من غير اشتراط ذلك في البيع بالشرط الضمني ثم ظهر الخلاف من غير أن يكون نقص القيمة ليدخل في خيار الغبن فيكون للمشتري الخيار و على هذا الوجه لا- يكون مندرجا في خيار تخلف الشرط بل يكون خيارا آخر في مقابل خيار تخلف الشرط و غيره و لا شبهه أن كلمات الفقهاء مضطربة في هذا المقام و لم يعنون هذه المسألة على ما ينبغي في كلماتهم و قد عرفت أنه يظهر منهم كون هذا الخيار من ناحيه الاشتراط و لكن الظاهر من الروايه هو الوجه الثاني و أنه خيار آخر في مقابل بقيه الخيارات و الروايه هي صحيحه جميل بن دراج (1)قال:

سألت أبا عبد الله عليه السلام،الله عن رجل اشترى ضيعه و قد كان يدخلها و يخرج منها فلما أن نقد المال صار الى الضيعه فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال أبو عبد الله عليه السلام انه لو قلب منها و نظر الى تسعه و تسعين قطعه ثم بقي منها قطعه و لم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤيه.

فإن إطلاقها يشمل صورته عدم الاشتراط أيضا بأن اعتقد كون جميع الضيعه على النحو الذي رآها جمله منها و على الوجه الذي اعتقد بها و لو من توصيف البائع فاشتراها بغير اشتراط ثم دخلها فقلبها فوجدها على غير الذي اعتقد بها،فقال الامام عليه السلام الله في ذلك ان له خيار الرؤيه و مع الحمل على التوصيف لا يكون بيع مجهول.

ص: ٥٥

فهذه الروايه تدل بإطلاقها على ثبوت خيار الرؤيه للمشتري بل يمكن دعوى اختصاصها بصوره عدم الاشتراط الذى هو مورد خيار الرؤيه و توضيح ذلك أن الرؤيه ليست لها موضوعيه فى صحه البيع بالضروره و لا فى لزومه بحيث أن يحكم ببطلان البيع مع عدم الرؤيه أو بثبوت الخيار فيه بأن باع شيئاً بالتوصيف ثم رآه المشتري فثبت له خيار الرؤيه بمجرد ذلك، بل انما يثبت خيار الرؤيه مع الاعتقاد بكون المبيع واجداً لوصف كذا، اما بالتوصيف من البائع أو بحسب الاعتقاد المبني على المواطاه بينهما ثم ظهر خلاف اعتقاده من غير أن يكون ذلك موجبا لنقص قيمه فإنه يثبت للمشتري حينئذ خيار الرؤيه و هذا النحو من التخلف غير التخلف فى صوره الاشتراط فتكون الروايه شاهده لثبوت خيار الرؤيه و على الجملة لا يدور خيار الرؤيه مدار الرؤيه و عدمها لعدم الموضوعيه لنفسها بالضروره بل مدار خلاف الاعتقاد الحاصل من التوصيف و نحوه فليس كل تخلف تخلفا للشرط الموجود فى العقد حتى يرجع ذلك الى خيار تخلف الشرط فتكون الروايه حينئذ أجنبيه عن خيار تخلف الشرط بهذا البيان على أن مورد الروايه هو صوره عدم الاشتراط حيث أن المشتري بعد ما اشترى الضيعه فدخلها و خرج منها فاستقال من البائع فلم يقله فقال الامام عليه السلام: الله فله خيار الرؤيه فلو كان هنا اشتراط فإنه لم يكن محتاجا إلى الاستقاله بل فسخه بمقتضى خيار تخلف الشرط، و كيف فلا- بأس بدلاله الصحيحه على ثبوت خيار الرؤيه ثم انه لم يذكر فى الروايه إلا خصوص المشتري فلا تشمل الروايه على البائع إلا- بدعوى الإجماع على عدم الفرق بينهما أو بتتقيح المناط فى الروايه بأن يقال ان البيع قائم بالطرفين من البائع و المشتري فإذا ثبت خيار الرؤيه فيه للمشتري يثبت للبائع أيضا إذ نقطع بأن المناط فى ثبوت الخيار له ليس إلا إرفاق حال و ملاحظه أنه لا يقع فى الضرر و هو جار فى البائع أيضا و من لم يذكر فى الروايه

إلا أن المشتري اشترى ضيعه و دخلها و قلبها أو فتشها كما فى بعض النسخ فخرج منها و استقال البائع فلم يقله فقال الامام عليه السلام:الله أنه إذا لم ير قطعه منها فله الخيار و من البديهي أن عدم رؤيه المشتري لا خصوصيه فيها لكى نخصص الحكم به بل نقطع من ذلك أن المناط فى ثبوت الخيار له هو الإرفاق و عدم الرؤيه و اذن فلا بأس بتميم الخيار للبائع أيضا.

أقول:أما الوجه الأول فهو دعوى الإجماع على التعميم فمضافا الى عدم حجيه الإجماع المنقول أنه من المحتمل أن يكون مدرك المجمعين هو ارجاعهم هذا الخيار بخيار تخلف الشرط فحينئذ يكون ثبوت الخيار على القاعده فلا يكون الإجماع ح إجماعا تعبديا،بل يكون مدركه هو اشتراط المتبايعين كما هو واضح.

أما الوجه الثانى:فنقول أن دعوى ثبوت خيار الرؤيه للبائع قد يكون فى الثمن و أخرى فى المثلن أما الأول فلا شبهه فى صحه تنقيح المناط لأن نسبه البيع إلى البائع و المشتري و الى الثمن و المثلن على حد سواء فإذا ثبت الحكم بالنسبه إلى المثلن لخصوص المشتري فى مورد مع عدم ذكر خصوصيه له فى ما دل على ثبوت ذلك الحكم له فنجزم من ذلك أن الحكم يعم البائع أيضا و أما دعوى ثبوت ذلك فى المثلن بأن باع شيئا باعتقاد أنه كذا اعتمادا على توصيف شخص ثم رأى أنه أرقى مما وصفوه له،و لكن لا- بحيث يكون موجبا للغبن و الا- فيكون له خيار الغبن،بل كانت الارقائه على نحو لا يوجب زياده الثمن بل كانت القيمه التى باع المتاع بها قيمه عادله بل أكثر من ثمن المثل فهل له خيار الرؤيه هنا بتنقيح المناط؟أولا فالظاهر هو عدم الجزم بذلك و ان كان محتملا- و لكن بمجرد الاحتمال لا- يمكن الحكم بثبوت الخيار للبائع بمجرد تخلف اعتقاده عن الواقع كما هو واضح.

و ذكر المصنف أنه حكى عن بعض أنه يحتمل فى صحيحه جميل أن يكون

التفتيش عن البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشتري و ح فيكون الجواب عاما بالنسبه إليهما و فيه أنه واضح الفساد و لا ندري أن المصنف لما ذا نقله فإنه خلاف ظاهر الروايه، بل صراحتها حيث ان الضمائر كلها ترجع إلى المشتري على أن مورد الروايه هو المشتري و السائل إنما سأل عنه فكيف يمكن حمل التفتيش على تفتيش البائع و حمل الجواب على الأعم من البائع و المشتري و كيف كان أن ظهور الروايه في ثبوت خيار الرؤيه لخصوص المشتري مما لا ينكر و لا بأس بإثباته للبائع في خصوص الثمن بتنقيح المناط ثم انه استدل في الحدائق على ثبوت خيار الرؤيه على المشتري بصحيحه (1) زيد الشحام، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: الله عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم، فقال: لا تشتري شيئاً حتى يعلم أين يخرج السهم فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج ثم قال و توضيح هذا الخبر ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهال القصاب و هو مجهول قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترى الغنم أو يشتري الغنم جماعه ثم يدخل دارا ثم يقوم رجل على الباب فيعد واحدا و اثنين و ثلاثه و أربعة و خمسه ثم يخرج السهم قال لا يصلح هذا انما تصلح السهام إذا عدلت القسمه الخبر.

أقول: لم نفهم وجه الاستدلال على المقصود بروايه زيد الشحام و لا- وجه الاستشهاد عليه بروايه عبد الرحمن بن الحجاج أما الثاني فلان روايه عبد الرحمن ناظره إلى بطلان القسمه المذكوره بأن اشترى جماعه أغناما اما مشاعا كما هو الظاهر أو معيناً ثم أدخلوها في قبه ثم يخرجوها

ص: ٥٨

منها فيقف رجل بالبواب فيعد لصاحب الخمسه خمس، و لصاحب الاثنين اثنين و لصاحب العشره عشره و هكذا و بين الامام عليه السلام ووجه البطلان و هو أن هذه ليست بقسمه عادله لتفاوت الافراد بالسمن و الهزال و يمكن جريان هذه القسمه فى الغنم الواحد أيضا بأن ذبحوه بعد الشراء و يأخذ واحد صدره و الآخر رجله و هكذا فافهم، و هذا واضح فليس فى هذه الروايه إشعار بثبوت خيار الرؤيه لأحد المتبايعين و لا أن فيه إشاره إلى شراء لشخص واحد سهام القصابين قبل خروج السهم، فالروايه أجنبيه عن المقام و أما صحيحه زيد الشحام فهى أيضا خارجه عن المقام و الوجه فى ذلك هو ما ذكره المصنف من أن المشتري لسهم القصاب ان اشتراه مشاعا فلا مورد لخيار الرؤيه لعدم التعين و ان اشترى سهمه المعين الذى يخرج فهو شراء فرد غير معين و شراء قبل التملك، فهو لا يصح فضلا عن ثبوت خيار الرؤيه فيه و على تقدير الصحه فلا خيار فيه للرؤيه كالمشاع.

ثم ذكر المصنف تفسير الروايه بأنه يمكن حملها على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبره فيكون له خيار الحيوان إذا خرج السهم.

و فيه أن خيار الحيوان انما يثبت فى البيع من حين العقد لا من بعده فلا وجه لحمل الروايه على ذلك.

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

فتحصل أن خيار الرؤيه خيار مستقل فى عرض خيار الشرط و دليله صحيحه جميل بن دراج، فافهم.

قوله:مسأله مورد هذا الخيار، أقول:ذكر المصنف

## أن مورد هذا خيار

الرؤية بيع العين الشخصيه الغائبه

و ذكر أن المعروف أنه يشترط في صحته ذكر أوصاف المبيع التي يرتفع بها الجهاله الموجه للغرر إذ لولا له لكان غررا،أقول:الظاهر أن مراده من ذلك نفى خيار الرؤية في المبيع الكلى في الذمه فإنه لا يمكن في مثل ذلك الالتزام بخيار الرؤية فإنه إذا لم يكن ما سلمه البائع إلى المشتري موافقا للمبيع الكلى فله التبديل دون الخيار و أما في الكلى في المعين و في المشاع يعنى إذا كان المبيع شيئا منهما فلا بأس بثبوت خيار الرؤية فيه على مسلك المصنف حيث ذهب الى أن خيار الرؤية من جهه تخلف الشرط الضمنى فإنه لا-شبهه في إمكان تخلف الوصف في مثل بيع المشاع و الكلى في المعين كما إذا وصف صبره و اعتقد المشتري أنها واجده لوصف فلانى،أو وصف شخص آخر،ذلك و اعتقد عليه المشتري فاشترى نصف المشاع منها أو اشترى صاعا منها ثم انكشف أن الصبره غير واجده لذلك الوصف فان له خيار لتخلف الوصف لا يقال ان المصنف قد صرح في المسأله السابقه بانتفاء خيار الرؤية في المبيع المشاع في الجواب عن الاستدلال بروايه شراء سهام القصابين فكيف يمكن شرح كلامه هنا على هذا النحو.

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

ص:٦٠



مشاعا أو معينا على أنه إذا كان معينا فهو باطل و لا يلزم من ذلك نفي خيار الرؤية فيما كان المبيع مشاعا أو كليا فى المعين بان اعتقد على توصيف فظهر خلافه.

و أما على مسلكتنا من كون خيار الرؤية للروايه فلا شبهه فى ثبوته فى العين الشخصيه الغائبه لكون ذلك مورد الروايه و لا يبعد الالتزام بشوته فى المبيع المشاع لأنه و أن كان خارجا عن مورد الروايه و لكن مقتضى فهم العرفى هو أن لا يفرق بين شراء الضيعه بتمامها الذى هو مورد الروايه و بين شراء نصفها مثلا مشاعا، فيمكن بذلك أن يدخل المبيع المشاع أيضا مورد الروايه و أما بيع الكلى فى المعين فهو خارج عن ذلك قطعا كما هو واضح.

ثم ذكر المصنف أنه عتبر جماعه عن أوصاف المبيع التى ترتفع بها الجهاله بما يختلف الثمن باختلافها كما فى الوسيله و جامع المقاصد و غيرهما لأن الرغبات يختلف باختلاف أوصاف الأشياء و عبر عنها جمع آخر بما يعتبر فى صحه السلم بحيث لا يكون بيع السلم غرريا و جمع آخر و الشيخين اقتصروا على اعتبار ذكر الصفه ثم ذكر أن مراد جميعهم واحد و هو اعتبار ذكر الوصف على نحو يرفع الغرر ثم ذكر عبارته التذكر و ذكر أنه قد يتراءى التنافى بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه و كفايه ذكر أوصاف السلم من جهه أنه قد يتسامح فى السلم ذكر بعض الأوصاف لإفضائه الى عزه الوجود أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق ثم وجه ذلك و رفع توهم التنافى بوجهين و لا يهمننا شرح كلام القوم و الذى يهمننا أنه لا شبهه فى شمول العمومات الداله على صحه البيع لكل بيع، و لم يخرج من تلك العمومات الا ورود النهى فى النبوى عن بيع الغرر الذى تقدم ذلك فى شرائط العوضين و توضيح ذلك أنه قد يراد من نفي الغرر لزوم ذكر الأوصاف فى السلم و غيره بما يرفع الجهاله

المداقه بأن لا يبقى جهل بخصوص وصف بأوصاف المبيع حتى مدحظه الطمع مثلا في مثل البطيخ ونحوه و هو بديهى البطلان قطعاً لعدم اعتبار ذلك في صحه بيع السلم قطعاً لإفضائه الى عزه الوجود و قد يراد من نفي الغرر ذكر الأوصاف على نحو الاجمال و التسامح في ذلك بحيث لم يحصل الاطلاع على الأوصاف التي تختلف بها الرغبات و هذا أيضاً منفي و بديهى البطلان لأنه ينجر الى الغرر و النزاع و المشاحه و قد نهى النبي (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر بناء على تماميته أو قيام السيره على ذلك كما تقدم في شرائط العوضين بل لا بدّ من الأخذ بالوسط و الأمر بين الأمرين بحيث يلزم ذكر الأوصاف على نحو يرفع الجهاله عرفاً و لا يلزم المداقه في ذلك و لا يكفي المسامحه في ذلك، و على هذا فيرتفع الغرر بذلك ثم و لو كان هذا التوصيف بذكر الأجنب غير المالك و على هذا فإذا تخلف الوصف يثبت للمشتري خيار الرؤيه بمقتضى الروايه و ان لم يكن اشتراط في العقد ليلزم تخلف الوصف و يثبت الخيار من جهه ذلك لعدم التزام البائع بذلك، بل يذكر الوصف بعنوان أنه مخبر عن ذلك أو يسئل المشتري الأوصاف من الأجنب الذين يطلعون على المبيع كما لا يخفى.

و على الجملة فلا- بدّ في الغرر و أن يرجع الى العرف كما اعترف به المصنف أيضاً بل السيره قائمه على عدم اعتبار الاطلاع بأوصاف المبيع بأجمعها كما هو واضح.

و من هنا ظهر أنه لا وجه لاعتبار العرف و الشرع في الغرر و القول بأن الغرر العرفي أخص من الشرعي كما في كلام المصنف إذ لم يرد في الشريعة ما يرجع الى الغرر الا- قول النبي (صلى الله عليه و آله) نهى النبي عن بيع الغرر من دون بيان مفهومه و حقيقته فلا وجه لأخذ الغرر الشرعي أعم من العرفي بل الغرر عرفي دائماً، نعم ورد اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون و لكن

لا- من جهة نفى الغرر، بل لموضوعيه المكييل و الموزون حتى لو كان الغرر مرتفعا بوجه آخر فأیضا لا یصح فیهما البیع بدون الكیل و الوزن بأن جعل مثلا الحنطه فی أحد كفتی المیزان و الشعیر فی الطرف الآخر مع كون قیمتهمسا مساویه فرضا و مع ذلك لا- یصح البیع و كذا أن اعتبار العلم بجنس المبیع لیس من جهة الغرر، بل للإجماع علی ذلك الا- أن یناقش فیہ بأن مدرك المجمعین هو دلیل نفی الغرر و أن اعتبار العلم بجنس المبیع من جهة أن لا یكون البیع غرریا كما هو واضح.

ثم ذكر المصنف أنه یمكن الاستشكال فی صحه هذا العقد بأن ذكر الأوصاف لا یخرج المبیع عن كونه غررا لأن الغرر بدون أخذ الصفات من حیث الجهل بصفات المبیع فإذا أخذت فیہ مقیدا بها صار مشکوك الوجود لأن العبد المتصف بتلك الصفات مثلا لا یعلم وجوده فی الخارج و الغرر فیہ أعظم.

ثم أجاب أولا و حاصله ما ذكره فی البحث عن بیع الغرر أنه بمعنی الخطر و هو أمر نفسانی یزول بالاطمئنان علی وجود المبیع و أوصافه فإذا وصفه البائع أو شخص آخر ذلك المبیع و اطمأن المشتري علی كونه متصفا بوصف كذا ارتفع الغرر ح و إذا انكشف الخلاف ثبت له خيار الرؤیه بالروایه المتقدمه و هی صحیحه جمیل بن دراج، و هذا وجه وجهیه.

ثم أجاب ثانيا بأن أخذ الأوصاف فی معنی الاشتراط لا التقييد فیبيع العبد مثلا ملتزما بكونه كذا و كذا و لا ضرر فیہ ح عرفا، و هذا الوجه أيضا وجهیه و ان كان الخيار الثابت فی البیع ح خيار تخلف الشرط و توضیح ذلك أن الأعیان الخارجیه غیر قابله للإطلاق و التقييد، بل هی موجوده علی ما هی علیها فلا تتغير عن واقعها بقید من القيود و علیه فلا مناص من رجوع التقييد فیها الی الاشتراط فمعنی أنه بعتك العبد الكاتب أن البیع مشروط بالكتابه

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

ثم أنه لا- معنى لكون الا-شترط هو الا-لتزام بالوصف الخارجى بأن يلتزم البائع بكون المبيع متصفاً بوصف كذا و على هذا فالاشترط قد يكون راجعاً الى البيع بمعنى أن إنشاء البيع يكون معلقاً بكون المبيع واجداً لذلك الوصف و الا فلا بيع أصلاً فهذا لا- شبهه فى بطلانه لكونه تعليقا و التعليق فى العقود يوجب البطلان الا أن يكون الوصف المعلق عليه البيع من الصورة النوعية العرفية بحيث يرجع التعليق الى التعليق بأصل وجود المبيع فحينئذ لا يحكم بالبطلان فان ذلك ضرورى فضلاً عن يكون مورداً للإجماع القائم على بطلان التعليق و ان كان راجعاً الى الا-لتزام بأن يلتزم كل من البائع و المشتري على البيع بشرط أن يظهر المبيع بوصف الكتابه أو يخطط البائع للمشتري ثوبا و نحو ذلك بأن يشترط فى البيع وجدان المبيع وصف الكمال و ظهر خلاف، فحينئذ للمشروط له خيار تخلف الوصف و ان لم يكن ذلك بالاشترط بل بالتوصيف و لو من غير البائع ثم ظهر الخلاف ثبت للمشتري خيار الرؤية بالرواية على مسلكنا و ان كان التخلف فى أوصاف الصحه ثبت للمشروط له خيار العيب سواء كان مع ذلك خيار تخلف الشرط و خيار الرؤية أم لا، و حينئذ كان المشروط له مخييراً بين الفسخ و الإمضاء مع الأرش أو بدونه و أما فى غير صورته انتفاء وصف الصحه فلا مجال للأرش بل يكون له الخيار فقط، لأنه انما ثبت بدليل خاص فى فرض ظهور المبيع أو الثمن معيوباً أى منتفياً عنه وصف الصحه لا مطلقاً كما لا يخفى.

ثم انه جعل جمع كثير من المتأخرين بطلان العقد بانتفاء الشرط على القاعده كما يظهر من المنتهى و ذهب اليه المحقق الأردبيلي، بل مال اليه المصنف و لكن ذكر أن ملاحظه موارد ذلك فى الفقه يقتضى الخروج عن ذلك

و عدم كون التخلف موجبا للبطالان، بل ثبوت الخيار فقط و الوجه فى ذلك أن ما وقع عليه العقد أى المبيع المشروط بشرط كذا غير واقع و المبيع المطلق لم يقع عليه العقد فيحكم بالبطالان فالمعقود عليه غير موجود و الموجود غير معقود عليه.

و لكن يرد عليه أن الشرط ان كان راجعا إلى أصل البيع فقد عرفت أنه يوجب البطلان لا من جهة الغرر، بل للتعليق المجمع على بطلانه فى العقود إلا إذا كان التعليق بأصل وجود المبيع أو بما يكون نازلا منزله.

و ان كان راجعا الى الالتزام كما هو كذلك فلا يوجب تخلف الشرط الا الخيار كما ذكرناه نعم لو كان الوصف المتخلف من الصورة النوعيه فيكون موجبا للبطالان و كان لما ذكرناه وجه لأن ما جرى عليه العقد فهو غير واقع و ما هو واقع لم يجر عليه العقد كما لا يخفى و على هذا فالبطالان ليس موافقا للقاعده.

و العمده فى ذلك الذى استند اليه القائل بالبطالان و ان لم يكن الوصف المتخلف من الصورة النوعيه ما ذكره المصنف من قياس المقام بالشروط الفاسده بناء على كون الشرط الفاسد موجبا لبطلان العقد بأن المقام و أن لم يكن من باب التخلف فى الصورة النوعيه كما إذا قال بعثتك ما فى البيت على أنه عبد حبشى فبان أنه حمار وحشى و لكن تلتزم بالبطالان فى المقام أيضا أعنى صورته تخلف الشرط فان اتصاف المبيع بالأوصاف فى معنى كون القصد الى بيعه بانيا على تلك الأوصاف فإذا فقد ما بنى عليه العقد فا- لمقصود غير حاصل فينبغى بطلان البيع كما التزموا بالبطالان فى اشتراط الشرط الفاسد فى البيع كما هو واضح.

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

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

و دعوى أن البيع انما هو على هذا الشرط أى إنما إنشاء البيع على تقدير هذا الشرط و الا فلا بيع فيكون الالتزام ح أيضا منتفيا بانتفاء الشرط دعوى جزافيه فإنه خارج عن الفرض و أنه تعليق مجمع على بطلانه و كلامنا فى فرض التخلف فقط دون التعليق كما هو واضح.

و الحاصل: أنه قد تحصل مما ذكرناه أنه لا معنى للالتزام بوجود الوصف فى العوضين بأن يكون معنى اشتراط كون العبد كاتباً هو التزام البائع بكتابه العبد فلا بدّ أما أن يرجع الاشتراط إلى أصل العقد و الالتزام العقدى أو يرجع الى الالتزام بلزومه بأن يكون لزومه مقيدا باتصاف العبد بالكتابة أكون البيع على تقدير أن يكون العبد كاتباً فعلى تقدير اشتراط اللزوم بالكتابة كان العقد صحيحاً سواء كان تخلف الوصف أم لا، و لكن ثبت للمشتري خيار تخلف الوصف و على تقدير اشتراط البيع بكون العبد كاتباً مثلاً- كان البيع باطلا- للتعليق سواء تخلف الوصف أم لم تخلف لقيام الإجماع على بطلان العقد بالتعليق نعم إذا كان التعليق بالصور النوعيه فلا يكون ذلك موجبا للبطلان فإنه ضرورى سواء ذكر فى اللفظ أم لم يذكر إذا التعليق بالصور النوعيه كالتعليق بأصل وجود المبيع فهو لا بدّ منه لأنه مما يتوقف عليه صحه العقد فإنه لا يصح العقد بدون وجود المبيع كما هو واضح، و من هنا يحكم ببطلان العقد مع التخلف فى الأوصاف التى من الصور النوعيه كأن اشترى عبدا فظهر حمارا أو اشترى كأسا فظهر جزّه و نحو ذلك.

و على الجملة أن التعليق فى العقود إذا كان بالأوصاف الكماليه

يوجب البطلان الا- أن تخلفها لا- يوجب البطلان بل يوجب الخيار و أما التعليق بالصور النوعيه لا يوجب البطلان و لكن تخلفها يوجب البطلان.

ثم ان المراد من الصور النوعيه هنا ليس ما هو المعروف فى علم الفيلسفه المبني على التدقيق و التحقيق، بل المراد منها هو الصور النوعيه العرفيه و بينهما عموم من وجه إذ قد يكون الوصف من الصور النوعيه العرفيه و لا- يكون منها بحسب الدقه و الفيلسفه كاشترى أحد أمه شابه فظهر عبدا شائبا فان الأنوثة و الرجوله و ان كاننا من حقيقه واحده عند الدقه حيث انها من أفراد الإنسان و الإنسان نوع واحد و لكنهما فى نظر العرف نوعان و عليه فلا شبهه فى بطلان البيع حينئذ لأن ما وقع عليه العقد غير موجود و الموجود غير ما جرى عليه العقد و من هذا القبيل الفراش و الكتب.

و قد يكون الوصف فى نظر العرف من غير الأوصاف المقومه و الصور النوعيه و لكنه يكون من الصور النوعيه فى نظر العقل و قد يجتمعان و أما ما ذكره المصنف من المثال باللبن على المختلفه الحقيقه بأن باع لبن شاه فظهر لبن جاموس، لا- يمكن المساعده عليه فان الغنم و الجاموس و ان كانا من جنسين و لكن لبنيهما شىء واحد حقيقه و جنس واحد و على تقدير الفرق بينهما فالاختلاف بحسب نظر العرف دون العقل.

هذا كله فيما علم كون الوصف من الصور النوعيه أو من الأوصاف الكماليه و أما فيما شك فى ذلك و لم يعلم أن الوصف من الصور النوعيه أو من الأوصاف الكماليه فهل مقتضى القاعده هنا البطلان أو الصحه؟ و بعبارة أخرى تاره تعلم كون الوصف من الصور النوعيه و لا شبهه فى ان التخلف فيه يوجب البطلان و أخرى يعلم كونه من الأوصاف الكماليه و لا شبهه فى أن التخلف هنا لا يوجب البطلان، بل انما يوجب الخيار و أما إذا شككنا فى كون الوصف من الصور النوعيه العرفيه المقومه أو من الأوصاف الكماليه فهل مقتضى القاعده

هنا هو البطلان عند التخلف؟ أو عدمه؟ و هل يجوز التعليق فى مثل ذلك أم لا يجوز؟ و يقع الكلام هنا فى مقامين، الأول: فى جواز التعليق فى مثل ذلك و عدمه، و الثانى: فى حكمه مع التخلف فيما وقع البيع على الارتكاز من غير تعليق و اشتراط.

اما المقام الأول: فالظاهر أنه لا يوجب البطلان و توضيح ذلك أنه لا دليل لفظى على بطلان التعليق فى العقود و انما الدليل على بطلانه انما هو الإجماع و من الواضح أنه دليل لبي فلا بدّ من أخذ المتيقن منه و لا ريب أن المتيقن انما هو فيما كان التعليق على الأوصاف الكماليه بحيث أحرز كونها من ذلك و أما إذا احتمل كونها من الأوصاف الكماليه أو من الصور النوعيه فلا نجزم بوجود الإجماع هنا على بطلان التعليق إذ نحتمل أن يكون ذلك من الصور النوعيه التى يجوز التعليق فيها و توهم أنا نكشف من الإجماع ببطلان التعليق أينما سرى مفهومه الا التعليق بالصور النوعيه أو بأصل وجود المبيع توهم فاسد لعدم الاطمئنان بذلك كما لا يخفى.

و عليه فتشمله العمومات الداله على صحه البيع و لا يكون تمسكا بالعام فى الشبهات المصدقيه حيث لا نشك فى أنه داخل تحت الإجماع أو لا بل نقول أنه خارج عن الإجماع فيكون العمومات بالنسبه إليه سليمه عن المخصص كما هو واضح.

ثم إذا ظهرت المخالفه فى هذه الصوره فيحكم ببطلان العقد على كل تقدير لأنه ان كان التخلف فى الواقع فى الصوره النوعيه فيحكم بالبطلان لعدم وجود المبيع و أن الثمن لم يعلم فى مقابل أى شىء وقع و ان لم يكن فى الصوره النوعيه فيحكم ببطلانه للتعليق فى غير الصوره النوعيه.

و أما المقام الثانى: فهو ما تعاملنا على شىء بحسب الارتكاز على كون



واجدا للوصف الكذائي ثم ظهر الخلاف فلم يعلم أنه من الصور النوعية ليوجب التخلف البطلان أو من الأوصاف الكمالية حتى لا- يوجب التخلف البطلان كما إذا باع كتاب شرح اللمعة على أنه مخطوط بخط عبد الرحيم بحسب ارتكازهما ثم ظهر أنه مخطوط بخط أحمد التفريشى فلم يعلم أن هذا الوصف هل هو من الصور النوعية حتى يكون التخلف موجبا للبطلان أم من الصور الكمالية حتى لا- يكون التخلف موجبا للبطلان، فالظاهر هو البطلان هنا فلا تشمله العمومات لأنه لم يعلم أن الثمن فى مقابل أى شىء وقع و لم يحرز المبيع فيكون التمسك بالعمومات تمسكا بها فى الشبهات المصدقيه و هو لا يجوز و على هذا فلا- يجوز لكل من المتبايعين التصرف فى الثمن و المثلن لأنه لا يجوز التصرف فى مال الغير إلا مع الاذن منه أو بالتجاره عن تراض و من الواضح أن العوض مال الغير فلم يعلم اذن صاحبه فيه و لا كون الأخذ تجاره عن تراض إذ المفروض أنه لم يعلم أن الثمن فى مقابل أى شىء وقع فى الخارج فيكون باطلا و على الجملة أن العمومات انما نحكم بصحة المعامله بعد إحراز تحقق البيع فى الخارج و وقوعه بمبيع كلى أو شخصى و من الواضح أنه لم يحرز فى أن المبيع أى شىء و أن البيع بأى شىء وقع فإنه على كون الوصف المتخلف من الصور النوعية فلا بيع أصلا و على تقدير كونه من الأوصاف الصحه أو الكمال فالبيع صحيح فلم يحرز وجود البيع حتى تمسك بالعمومات و لم يتحقق وقوع الثمن بإزاء أى شىء فإنه مع كون الوصف من الصور النوعية فما هو مبيع غير موجود، لأن المفروض أن البيع وقع بحسب الارتكاز على الوصف و مع كونه من أوصاف الكمال فقط فما هو مبيع فهو موجود فلا- يكون أخذ الثمن فى مقابله إلا- تجاره عن تراض فحيث لم يحرز كونه من الأول أو من الثانى فلم يحرز وجود المبيع و أن الثمن قد وقع فى مقابل أى شىء فيكون المورد مشمولاً لما دل على حرمة أكل مال الناس بغير رضى منه، و لا تجاره عن تراض كما

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

مسأله

**قوله:مسأله الأكثر على أن الخيار عند الرؤيه فوري،**

**اشاره**

أقول وقع الخلاف بين الأصحاب فى أن خيار الرؤيه فوري أم لا و تحقيق ذلك فى مقامين:-الأول:من حيث القواعد.

و الثانى:من حيث الروايات.

**أما المقام الأول:فمقتضى القواعد،**

أى العمومات هو ثبوت الخيار فى كل آن و زمان لما عرفت سابقا فى خيار الغبن أن العموم الزمانى ثابت للعمومات فتمسك بها فى كل آن فثبت فيه الخيار و إذا خرج فرد من ذلك يقتصر بالمقدار المتيقن فلا يمكن استصحاب حكم المخصص فى الزمان البعد.

و هكذا الحال إذا كان الدليل لخيار الرؤيه هو الشرط الضمنى حيث ان مقتضى ما شرطاه المتبايعان بحسب الارتكاز هو ان يكون لكل منهما الخيار مع التخلف و لا شبهه أن هذا الاشتراط موجود فى مقدار من الزمان بعد الرؤيه بحيث يتمكن المشروط له من الفسخ الذى سميه فوريا و أما الأزيد من ذلك فلا يقتضيه الارتكاز.

**و أما بحسب الروايات**

فقد عرفت أن الدليل على ذلك انما هو روايه جميل و تحقيق الكلام فى دلالة ذلك أن قوله عليه السلام الله فيها فله خيار الرؤيه أن الخيار الذى أضيف إلى شىء لا- يخلو بحسب الاستقراء عن أقسام ثلاثه و ان كان لها أقسام كثيره بحسب التقسيم العقلى.

الأول:أن تكون إضافته من باب اضافه الخيار الى متعلقه كخيار الحيوان حيث أن الحيوان ليس سببا للخيار و لا ظرفا له،بل هو متعلق الخيار أى

ص:٧٠

هو المبيع الذى تعلق به الخيار و قد يكون من باب اضافه المسبب الى السبب كخيار الغبن فان الخيار هنا مسبب عن الغبن و لا يبعد أن يكون من هذا القبيل اضافه الخيار الى العيب فان العيب هو سبب الخيار.

و قد تكون من قبيل اضافه المظروف الى ظرفه كخيار المجلس فان المجلس ليس سبب الخيار و لا متعلقه، بل الخيار واقع فى هذا الظرف كما هو واضح، ففى المقام أن الرؤيه ليست متعلقه للخيار بلا- شبهه بحيث تكون شأنها شأن الحيوان فى بيع الحيوان، فإن الرؤيه غير قابله للبيع و تعلق الخيار بها و بعيد أن تكون سببا له أيضا، و ذلك من جهه أن الرؤيه ليست سببا للخيار بحيث أن يوجد الخيار بمجرد الرؤيه و تكون لها موضوعيه فى ذلك فان هذا غير محتمل.

و لكن يمكن الجواب عن ذلك بأن الرؤيه كاشفه عن ثبوت الخيار عند التخلف و يكون السبب للخيار هو التخلف و تكون الرؤيه كاشفه عن التخلف و هذا الاشكال لا يكون مانعا عن كون الرؤيه سببا للخيار كما هو واضح.

و لكن يرد عليه أن مقتضى كون الرؤيه سببا للخيار أن يكون الحكم أى الخيار مقيدا بها و هو لغو محض و بيان ذلك أن الروايه جميل دلت على أن المشتري للضيعة إنما رأى مقدارا منها و أشتريها ثم دخلها فقلبا فخرج منها و استقال من البائع فلم يقله، فقال الامام (عليه السلام): لو لم ير قطعه منها فله خيار الرؤيه، فإن ظاهر هذه الروايه أن المشتري قد رأى الضيعة و سئل عن حكم المسأله بعد الرؤيه فمقتضى الحال حينئذ أن يقال فله الخيار دون أن يقال، فله خيار الرؤيه، فإن التقييد حينئذ لغو محض، فإنه بعد تحقق الرؤيه لا- وجه لتفريع الحكم على التخلف الحاصل بأن له خيار الرؤيه، بل يقال فله الخيار، فان ذلك نظير أن يقال إذا دخل شهر رمضان فيجب صوم شهر رمضان، و هكذا بل الصحيح أن يقال يجب الصوم و على هذا فلا

يبقى للروايه ظهور فى ذلك، بل الصحيح أن الإضافه من قبيل اضافته المظروف الى ظرفه، كخيار المجلس، فان التقدير حينئذ يكون هكذا فله خيار إذا رأى أى فى زمان الرؤيه و على تقدير أن لا تكون الروايه ظاهره فى ذلك فليس لها ظهور فى السببيه فتكون مجمله، فلا- يمكن الأخذ بمفاد السببيه و الفرق بين الوجهين هو أن مقتضى كون الرؤيه سببا للخيار هو عدم الفوريه تمسكا بإطلاق الروايه فيحكم ببقاء الخيار أبدا ما لم يطرأ مسقط فتكون الروايه نظير الروايات الوارده فى خيار التأخير حيث ذكرنا أن مقتضى إطلاق قوله عليه السلام لا بيع بينهما، هو نفى إثبات الخيار إلى الأبد و لو بعد سنه و لو إعطاء الثمن ما لم يطرأ عليه مسقط فتكون هذه الروايه أيضا بإطلاقها داله على ثبوت خيار الرؤيه إلى الأبد ما لم يطرأ عليه مسقط، و هذا بخلاف الوجه الأخير أعنى أخذ الرؤيه ظرفا للخيار فان مقتضى ذلك هو أن الخيار ثابت حال الرؤيه، و حينئذ لو كان للرؤيه مجلس تدوم بدوام المجلس مثلا- كخيار المجلس لكان لما ذكره أحمد بن حنبل وجه، و ليس مما ذكره بلا وجه أصلا، كما ذكره المصنف، بل يمكن دعوى أن الرؤيه ما دامت ممتده فى مجلس واحد مثلا فيثبت الخيار و لكن ذلك بعيد، فان الظاهر من الروايه أن الخيار ثابت فى حال الرؤيه من غير أن تكون ظاهره فى امتداد الخيار بامتداد الرؤيه، و حينئذ فاما أن يقتصر من الفوريه بالآن الأول الحقيقى من الرؤيه أى الآن الدقى الفلسفى فتكون الفوريه فوريه حقيقيه و لكن لا- شبهه فى انه خلاف المتفاهم العرفى و اذن فيثبت كون خيار الرؤيه فوريه بالفوريه العرفيه كما هو واضح.

### فى مسقطات خيار الرؤيه

#### قوله مسأله: يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفا؟

أقول: من جمله المسقطات لخيار الرؤيه الاسقاط فتاره تتكلم فى جواز إسقاطه بعد العقد و قبل الرؤيه، و أخرى فى ضمن العقد، أما الأول: فإن كانت الرؤيه كاشفه عن

ثبوت الخيار قبله فلا- شبهه في جواز الاسقاط قبل الرؤيه و لكن ذلك خلاف الظاهر من الروايه و ان كانت الرؤيه كاشفه عن ثبوته عنده و حال الرؤيه فلا إشكال في جواز الاسقاط قولاً الا من جهه إسقاطه إسقاطاً لما لم يجب فقد تقدم سابقاً أنه لا شبهه في جواز إسقاط ما لم يجب بان ينشئ من الآن إسقاط حقه في ظرفه على تقدير تحققه، ففي المقام ينشئ سقوط خياره فعلاً بعد الرؤيه إذا كان له خيار فهذا لا- محذور فيه، نعم لو إنشاء سقوط خيار بالفعل فهو غير معقول إذ لم يتحقق هنا حق بالفعل حتى يسقطه و على الجملة لا- دليل على بطلان إسقاط ما لم يجب الأ قيام الإجماع على بطلان التعليق في الإنشاء، فالمتيقن منه ما لم يوجد المقتضى و أما إذا كان المقتضى موجوداً فلا يشمل الإجماع ففي المقام أن المقتضى للخيار هو العقد موجود، فلا بأس بإنشاء سقوط الخيار في ظرفه بالفعل، نعم فيما يكون التعليق مورداً للإجماع فلا- يجوز كما أنه لا- يجوز أيضاً فيما كان على خلاف الارتكاز مع قطع النظر عن الإجماع كإنشاء الطلاق قبل الترويج و إنشاء الهبه قبل التملك كما هو واضح. هذا كله إذا كان الاسقاط قولياً.

و أما إذا كان بالفعل، فقد عرفت سابقاً في خيار الحيوان أن كلما كان من الفعل مصداقاً للإسقاط الفعلي فيكون مسقطاً للخيار و الأ- فلا- دليل على كونه مسقطاً للخيار الا ما ثبت في موارد خاصه في خيار الحيوان من اللمس و التقبيل و نحو ذلك، نعم ظاهر الروايه هنا هو عدم ثبوت الخيار بعد التلف الحقيقي لا من جهه أن الخيار يتعلق بالعين فهي تالفه، بل من جهه أن الروايه ظاهره في ثبوت الخيار حال الرؤيه و عندها، و من الواضح أنه مع تلف العين فلا يبقى موضوع للرؤيه أصلاً كما هو واضح، و أما في موارد التلف الحكمي مثل الهبه و البيع و نحو ذلك فلا وجه لسقوط الخيار حيث أنه يصدق حينئذ أن له خيار حال الرؤيه كما هو واضح.

انتهى الكلام إلى صورته اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد ففى هنا وجوه:- الأول: أن يكون الشرط فاسداً و العقد صحيحاً و الوجه فيه أنه إسقاط لما لم يجب فهو باطل و هذا بناء على أن الشرط الفاسد لا يوجب فساد العقد و فيه ما مر مراراً أن عدم جواز إسقاط ما لم يجب انما يضر من جهة الإجماع و بناء العقلاء على عدم ترتيب الأثر عليه فى بعض الموارد ففى المقام لا يطمئن بوجود الإجماع على عدم الجواز و بناء العقلاء أيضاً يساعده كما هو واضح، نعم الإسقاط قبل العقد لا يساعده الاعتبار العرفى و هو مورد الإجماع أيضاً، و على هذا فيدور الأمر بين الوجهين الآخرين:- أحدهما: الفساد مطلقاً، أى الشرط و العقد، كما ذهب إليه العلامة و اختاره المصنف، و الوجه فى ذلك أن دفع الغرر عن هذه المعاملة و ان لم يكن لثبوت الخيار لأن الخيار حكم شرعى لا يدخل له فى الغرر العرفى المتحقق فى البيع الا أنه لأجل سبب الخيار، و هو اشتراط تلك الأوصاف المنحل الى ارتباط الالتزام العقدى بوجود هذه الصفات و اشتراط سقوط الخيار راجع الى الالتزام بالعقد على تقدير وجود تلك الصفات و عدمها و التنافى بين الأمرين واضح فيكون الشرط فاسداً و مفسداً للعقد.

الثانى: الالتزام بصحة الشرط و العقد كليهما.

و لكن الظاهر هو التفصيل بان يقال ان كان الغرر فى المعاملة مرتفعاً بواسطة الاشتراط و جعل الخيار فيحكم بفساد الشرط و العقد كليهما و إلا فلا و توضيح ذلك أن المشتري قد لا يكون عالماً بأوصاف المبيع أصلاً لا بإخبار البائع و لا بإخبار شخص آخر، و مع ذلك يقدم على المعاملة و يشتري المتاع المجهول و العين الغائبة و لكن يشترط لنفسه الخيار مع التخلف ففى مثل ذلك لا شبهه فى كون المعاملة غرريه مع قطع النظر عن الاشتراط و معه

يرتفع الغرر ولا- وجه لما ذكره المصنف من أن الخيار حكم شرعى يثبت للبيع الصحيح فلا ربط له بالغرر ولا يوجب رفعه، و ذلك لما عرفت سابقا أنه مع الخيار يرتفع الغرر فإنه إذا تخلف الوصف يفسخ المعامله و مع ذلك أى خطر هنا لا بد من ذكر ما بعد ذلك قبل التفصيل، و أيضا لا وجه لما ذكره المصنف من أن الالتزام بالصفات اما شروط للبيع و اما قيود للبيع، و ذلك لما ذكرناه سابقا من أنه لا وجه للالتزام بالأوصاف الخارجيه الا أن يرجع الى الالتزام بالبيع أى بلزومه على تقدير هذه الصفات لأن العين الخارجيه غير قابله للإطلاق و التقييد، بل هى موجوده على ما هى عليها، فلا معنى لكون الاشتراط راجعا الى تقييد العين الخارجيه و أما إرجاع الاشتراط بها الى اشتراط البيع بها تعليق مجمع على بطلانه فلا يبقى مجال لما ذكره المصنف، بل لا بد من الالتزام بما ذكرناه الى هنا لا بد و أن يذكر قبل التفصيل.

و أما إذا علم و اطمأن البائع و المشتري بكون المبيع على وصف خاص و أن العين الغائبه متصفه بوصف كذا، و لو كان ذلك بوصف البائع أو بتوصيف الأجنبي و مع ذلك احتمال البائع التخلف فى الوصف و يشترط الإسقاط فى ضمن العقد و هذا لا يوجب الغرر أصلا فإنه أجنبي عن الغرر ح إذ قد عرفت سابقا أن الغرر هو الخطر و هو أمر نفسانى فيدفع بالاطمئنان، فالإسقاط لا يوجب الغرر ح أصلا ثم ان المصنف نقل فى آخر عبارته ان دليل نفي الغرر لا يشمل المقام لأن المشتري قد أقدم عليه بنفسه كما أن حديث نفي الضرر لا يشمل صورته إقدام المتبايعين على الضرر و هذا عجيب حيث ان حديث نفي الغرر انما مورده صورته إقدام المتبايعين على المعامله الغرريه فلو كان هذا خارجا عن تحت الحديث لكان الحديث لغوا و هذا بخلاف حديث نفي الضرر، فان مورده غير هذه الصوره و أنه ورد فى مقام

الامتتان فشموله لصوره الإقدام على الضرر لا ينافى الامتتان، وكيف كان فلا وجه لقياس حديث نفي الغرر بحديث نفي الضرر كما هو واضح.

ثم ان ما ذكرناه من التفصيل في جواز إسقاط خيار الرؤيه و عدم جوازه جار في خيار العيب أيضا ففي كل مورد اطمأن كل من البائع و المشتري بأوصاف الصحه في العين و عدم كونها معييه سواء كان ذلك بتوصيف كل منهما أو صاف العين على الآخر أم بتوصيف الأجنبي يصح في هذه الصوره اشتراط سقوط الخيار في ضمن العقد فان ذلك لا يترتب بالغرر فان الغرر يرتفع بالاطمئنان بوصف المبيع كما هو واضح، ففي أي مورد لم يحصل الاطمئنان منهما على ذلك و انما يقدمان على المعامله على الاشتراط بحيث تكون المعامله بدونه غرريه فلا يصح اشتراط الإسقاط حينئذ لأن المعامله حينئذ تعود غرريه فتبطل كما هو واضح. هذا ما تقتضيه القاعده و لكن ورد النص في خيار العيب بأنه يثبت خيار العيب للمشتري مع عدم تبري البائع من العيب فيعلم من ذلك أنه مع التبري لا يثبت الخيار للمشتري مطلقا و لا يجرى التفصيل المذكور في المقام من جهه النص كما هو واضح.

و على الجملة فالمدار في فساد الشرط و إفساده للعقد على كون الاسقاط موجبا لغرريه المعامله و عدم كونه موجبا لذلك كما هو واضح و أيضا فلا وجه لنفي لقياس المقام بالبيع مع البراءه من العيوب لما عرفت من جهه الاعتماد في صوره البراءه من العيوب على أصاله الصحه الموجبه لنفي الغرر بخلاف المقام و ذلك لما عرفت عدم الفارق بينهما الا النص الوارد في خيار العيب و أما أصاله الصحه فإن كانت بحيث توجب خروج البيع عن الغرريه كأن كان بناء العقلاء بحسب ارتكازهم على كون المبيع صحيحه أو قامت بينه على ذلك أو التوصيف من البائع أو من الأجنبي فإنه يحمل المبيع ح على ذلك و الا فلا يوجب رفع الغرر كما هو واضح.



و الحاصل: أنه ان كان رفع الغرر بالاشتراط فلا شبهه في كون إسقاط الخيار موجبا للغرر و الا بأن كان رفع الغرر بالتوصيف أو بشيء آخر أو بأصالة الصحه التي توجب رفع الغرر بحسب بناء العقلاء فلا يكون إسقاط الخيار فى ضمن العقد موجبا للغرر كما هو واضح.

### قوله مسأله: لا يسقط هذا الخيار، ببذل التفاوت و لا بإبدال العين

أقول: قد عرفت الحال فى حكم صورته تخلف الأوصاف و يقع الكلام فى سقوط الخيار ببذل التفاوت و الظاهر أنه لا دليل على سقوطه ببذل التفاوت لأن الخيار ان كان ثابتا بالتعبد فتمسك بإطلاق دليل التعبد و ان كان ثابتا بالاشتراط و تخلف الشرط فتمسك بإطلاق دليل ذلك فحكم بثبوت الخيار حتى بعد بذل التفاوت.

و أما الإبدال بأن يشترط المشتري ابدال المبيع على تقدير التخلف على نحو شرط النتيجة بأن يكون شيء آخر بدلا عن المبيع فى صورته التخلف من غير أن يكون التبدل بفعلهما بل يكون الإبدال فى ظرف التخلف بهذا الاشتراط لان المبيع عين شخصيه فالإبدال محتاج إلى معاوضه جديده و مواضاه جديده و هى منفيه كما هو واضح و نقل المصنف عن الشهيد أن الأقرب الفساد و ذكر فى وجه ذلك أن البذل الذى يستحقه المشتري فى صورته التخلف ان كان بإزاء الثمن بأن يرجع المبدل الى ملك البائع و يدخل البذل فى ملك المشتري بإزاء الثمن فلازم ذلك أن يفسخ البيع بهذا الشرط فى ظرف التخلف و تكون هنا بعد ذلك معاوضه جديده بين البذل و الثمن.

و يرد عليه أولا أنه لا مقتضى هنا للمعاوضه الجديده بحيث يكون هنا بيع بدون الإنشاء بل بمجرد الشرط السابق فى ضمن العقد و لم يدل دليل

على صحه مثل هذا المعامله من النقل و العقل و لم يقم عليه(على)صحته ارتكاز من العرف و العقلاء و لا مقتضى أيضا لانفساخ العقد بنفسه.

و ثانيا: أن دليل وجوب الوفاء بالشرط ليس مشرّعا حتى يدل على وجوب الوفاء بكل شرط بل مفاده أن كل ما كان ثابتا في نفسه و مشروعا فدليل وجوب الوفاء بالشرط يلزمه حين الاشتراط و من الواضح أن اشتراط انفساخ المعامله قبل تحققها بظهور التخلف شرط لم يثبت جوازه في نفسه فيكون غير موافق للكتاب و السنه فيدخل تحت المستثنى في قوله عليه السلام:  
اللّه الا شرطا مخالفا للكتاب و السنه.

و ثالثا: أن المعاوضه الواقعه بين البدل و الثمن على تقدير ظهور المخالفه معاوضه تعليقيه أى ينشئ البيع على تقدير المخالفه فهو معامله تعليقيه فيحكم بالبطلان إجماعا.

و ان كانت المعاوضه واقعته بين المثلين و البدل بأن يكون البدل واقعا في مقابل المبدل على تقدير ظهور المخالفه و تقع المعاوضه بينهما و فيه أنه مضافا الى عدم المقتضى لذلك بأن تقع هنا معامله في صوره المخالفه بغير معامله، بل بمجرد الاشتراط في ضمن العقد و لا- دليل على صحه ذلك بحسب نفسه من الآيه و الروايه و السيره و الارتكاز و كون المعامله تعليقيه و هي باطله أن المعامله هنا غرريه حيث ان المفروض جهاله المبدل و على أى تقدير أن الظاهر في مثل ذلك أن يفسد الشرط و يفسد العقد أيضا.

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

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

أقول: أما بناء على كون الاشتراط من قبيل شرط النتيجة فالشرط و أن كان فاسدا لأن اشتراط انفساخ العقد بدون سبب قبل فى عقد لم يتحقق بعد أمر لم يثبت فى الشريعة المقدسه قبل هذا الاشتراط فيكون من الشروط الغير المشروعه و لكن يكون المقام ح من صغريات الشرط الفساد، فلا يكون مفسدا للعقد الا بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد و حيث ان الموافق للتحقيق و فتاوى المشهور عدم كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد فلا يكون العقد فاسدا، و دعوى كون العقد باطلا من جهة الغرر، حيث لم يعلم ان المبدل بأن وصف و بأى كيفيه دعوى جزافيه و ذلك لأن الظاهر أن الشهيد قد تكلم فى صحه العقد و فساده من ناحيه الشرط الفاسد بعد الفراغ عن صحه العقد من بقيه الجهات، فيمكن ارتفاع الغرر هنا من جهة الاطمئنان بوصف المبدل من القرائن الخارجيه من توصيف البائع أو شخص آخر، فلم يصبح المبدل مجهولا حتى يكون البيع غرريا ثم ساق كلامه، أى الشهيد إلى أنه يفسد بالشرط الفاسده أم لا؟ و أما بناء على كون اشتراط الابدال من شرط الفعل بان يشترط المشتري على البائع أن يبدل المبيع بغيره على تقدير التخلف كما هو ظاهر من كلام الشهيد حيث عبر بلفظ الابدال و لا شبهه أن الظاهر منه هو إبدال البائع و هو فعل من أفعاله، فالظاهر ح أن العقد و الشرط كلاهما صحيحان و لا وجه لكون الشرط ح فاسدا فضلا عن كونه مفسدا للعقد، بل هذا هو المتعارف فى السوق كثيرا حيث ان المشتري يشتري عينا شخصيه و و يطمئن بكونها من الجنس الذى يريد و لكن يحتمل التخلف و يشترط عليه البائع الإبدال على فرض التخلف، و لا شبهه أن الإبدال فى نفسه معاوضه

مشروعه فى الشريعة المقدسه فىكون لازما بدليل وجوب الوفاء بالشرط على الاشتراط فان ظهرت المخالفه فأراد المشتري الابدال فأبدله البائع فيها و الأ فيثبت للمشتري خيار تخلف الشرط فيفسخ العقد بذلك و العجب من الشهيد(ره) كيف رضى مع ذلك بفساد الشرط و العقد بل هذا النحو من المعاملات من المعاملات المتعارفه كما هو واضح.

نعم، لو كان البيع من الأول واقعا على المبدل على تقدير عدم المخالفه و على البديل على تقدير المخالفه، و كان المبيع أمرا مرددا لكان العقد و الشرط باطلا، للتعليق كما تقدم فى شرائط العوضين.

و على الجملة سواء قلنا بكون الشرط هنا من قبيل شرط النتيجة أو قلنا بكونه من قبيل شرط الفعل لا دليل على كونه مفسدا للعقد غايه الأمر أنه على فرض كون الشرط شرط النتيجة يكون الشرط فاسدا فقط، و أما توهم كون المعامله غرريه فقد عرفت الجواب عنه و كذلك يكون هنا تعليق.

و حاصل الكلام: أن المحتمل فى كلام الشهيد ثلاثه، الأول: أن يكون مراده من شرط الابدال هو شرط الفعل كما هو الظاهر من ظاهر لفظ الابدال بأن يشترط المشتري على البائع تبديل المبيع على تقدير ظهور المخالفه و على هذا فلا شبهه فى صحه الشرط و العقد كليهما، فان لم يظهر المخالفه كان العقد لازما و مع ظهور المخالفه يطالب المشتري الابدال فان بدله فهو و الا كان له الخيار، كما هو واضح.

الثانى: أن يكون المراد من الاشتراط شرط النتيجة يعنى يشترط المشتري على البائع المبادله بأن يكون الثمن فى مقابل البديل أو تقع المبادله بين المثلين و البديل، بنفس هذا الشرط لا بشرط آخر و قد عرفت أنه على هذا كان الشرط فاسدا لكونه مخالفا لشرع حيث ان اشتراط انفساخ العقد فى نفس ذلك العقد قبل تحققه لم تثبت فى الشريعة المقدسه و كذا انفساخ

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

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

ثم أن هنا كلاماً لصاحب الحدائق أشكل به على الشهيد و لكن فيه تهافت لا يمكن حله فإنه ذكر في صدر كلامه بعد نقل كلام الشهيد و بنائه على الفساد(أن ظاهر كلامه أن الحكم أعم من أن يظهر على الوصف أولاً) أى أن ظاهر كلام الشهيد من الحكم بالفساد في صورته الاشتراط أى من أن يكون مع ظهور المخالفه أو ظهور الموافقه ثم أورد على هذا الإطلاق بأنه لا- موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط و مجرد شرط البائع الإبدال مع عدم ظهور الوصف لا يصلح سبباً في الفساد لعموم الأخبار المتقدمه و لعل مراده من الاخبار المتقدمه هو أخبار الخيار حيث انها تدل بالملازمه على الصحه مع عدم الخيار في صورته عدم المخالفه و ليس المراد من دلالتها على الصحه بالملازمه أن لازم ثبوت الخيار في البيع هو صحته و الا لم يكن وجه للخيار لأن مراده دلالة الاخبار على الصحه مع اللزوم لا عليها مع الخيار و هذا لا يجتمع الا مع الاحتمال الأول من الدلاله دون الثانى،و مع عدم الاخبار فلعومات الايات غنى و كفايه،و كلامه الى هنا صريح في أنه

يستشكل على الشهيد بأنه لا وجه للقول بالبطلان على الإطلاق بل على تقدير ظهور المخالفه فقط، و هكذا ذيل كلامه حيث قال وبالجملة فإنني لا أعرف للحكم بفساد العقد في الصورة المذكوره على الإطلاق وجها يحمل عليه، و لكن ينافي ذلك ما صدر عنه(ره) في وسط كلامه حيث قال:(نعم لو ظهر مخالفا فإنه يكون فاسدا من حيث المخالفه و لا- يجبره هذا الشرط الإطلاق الأخبار في الخيار ثم ذكر أن الأظهر رجوع الحكم بالفساد في العبارة إلى الشرط المذكور حيث لا- تأثير له مع الظهر و عدمه)حيث مدعاه في هذه العبارة هو فساد العقد حيث قال:(نعم لو ظهر مخالفا فإنه يكون فاسدا) و دليله يدل على ثبوت الخيار من غير فساد العقد حيث قال(و لا يجبره هذا الشرط لإطلاق الأخبار في الخيار) و هذا مما لا يمكن حله.

### قوله مسأله:الظاهر ثبوت خيار الرؤيه في كل عقد،

أقول:وقع الخلاف بين الفقهاء في ثبوت خيار الرؤيه في غير البيع من الصلح و الإجاره و غيرهما و عدم ثبوته فذكر المصنف أنه يثبت في كل عقد واقع على عين شخصيه موصوفه كالصلح و الإجاره و ذكر في وجه ذلك أن المحتملات هنا ثلاث، و ليس هنا شق رابع، و ذلك مع تباع المخالفه.

فاما أن يحكم ببطلان العقد كما تقدم عن الأردبيلي في بيع العين الغائبه.

و أما أن يحكم بلزومه مع عدم الخيار.

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

الثالث و هو صحة العقد مع الجواز و الخيار.

أقول: أن كان مدرک خيار الرؤيه هو الشرط الضمنى على ما ذكرناه فى أول المسأله فلا شبهه فى ثبوته فى كل عقد تخلف فيه الوصف كجريان خيار الغبن فى كل عقد وقع فيه الغبن، و لكن مع ذلك لا نحتاج الى التقسيم الذى ذكره المصنف على تقدير صحته فإنه يشبه الأكل من القفا، بل يثبت الخيار ابتداء لتخلف الوصف كما هو واضح.

و ان كان مدرکه هو النص و التعبد به فلا شبهه فى اختصاصه بالبيع و تقدم أن فيه قرينه على كون مورد خيار الرؤيه قريبا من صورته تخلف الشرط حيث ان المشتري بعد ما رأى الضيعة و قبلها أو مشتبها فخرج فاستقال فلم يقبله فإنه لو كان هنا اشتراط لما احتاج الى الاستقاله بل فسخ ابتداء لتخلف الشرط و على هذا فالخيار يختص بالبيع فقط فلا يجرى فى غيره.

ثم ان التقسيم الذى ذكره المصنف ليس بصحيح فان بطلان توهم بطلان العقد من جهة أن بناء الفقهاء ليس هو البطلان فى تخلف الأوصاف المشروطه فى المعقود عليه لا يستلزم ذلك جواز العقد و كونه خياريا، بل يمكن أن يكون لازما.

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

فإنه أولا: أن عدم شمول دليل اللزوم عليه لا يكفى فى إثبات كونه جائزا بل لا بد فى ذلك من إثبات عدم اللزوم كما هو واضح.

و ثانيا: أن عدم شمول آيه وجوب الوفاء بالعقد للمقام لا يدل على عدم شمول غيره لذلك لعدم انحصار دليل اللزوم بها فيكفى فى لزومه أحل الله البيع و تجاره عن تراض و الروايات الداله على لزوم العقد على ما تقدم.

و ثالثا: يكفى فى إثبات اللزوم استصحاب الملكيه على مسلك المصنف

فإنه مع الشك فى أن الملكيه الحاصله بالعقد ترتفع بالفسخ أم لا فنستصحب الملكيه و نثبت اللزوم و على هذا فمقتضى القاعده هو اللزوم فى غير البيع و عدم جريان خيار الرؤيه فى غير البيع كما هو واضح.

**قوله مسأله: لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه،**

**اشاره**

أقول: فى توضيح المقام أن لهذه المسأله صور ثلاث، و قد استشار إليها المصنف و ان لم يصرح بجميع الأقسام:

الأول: أن يكون اختلافهما فى أصل الاشتراط بان ادعى المشتري اشتراط وصف فى المبيع من الكتابه و الخياطه و البنايه و نحوها و ادعى البائع خلاف ذلك و كون البيع مطلقا.

الثانى: ان يتفقا على أصلا اشتراط و لكن كان الاختلاف فى متعلق الشرط بأن ادعى أحدهما كونه خياطه و يدعى الآخر كونه كتابه العبد و هذا فى النتيجة يرجع الى الأول.

الثالث: أن يتفقا على أصل الاشتراط و على اتحاد متعلقه و لكن يدعى البائع وجوده و ينكره المشتري أو يدعى البائع أنه كان موجودا فقد زال فيدعى المشتري أنه لم يكن موجودا أصلا، أما الكلام فى الصوره الاولى و الصوره الثانيه التى مرجعها إلى الصوره الأولى، فذكر المصنف بما حاصله أنه إذا اختلف المشتري و البائع فى اشتراط وصف فى المبيع و عدمه أو فيما يرجع الى ذلك، فالقول قول مدعى الخيار، لا من جهه أن مدعى الاشتراط تقدم قوله يثبت الخيار عند التخلف فان المصنف صرح هنا بأن الأصل هو عدم الاشتراط فإنه إذا اختلف البائع و المشتري فى أصل اشتراط شرط فى البيع و عدمه فإن أصاله عدم الاشتراط يدفعه فيكون البيع لازما بمقتضى العمومات بل من جهه ما أشار إليه هنا و صرح به فى أوصاف المبيع أن الأوصاف التى اشترطت فى المبيع الشخصى راجعه إلى التقييد أى تكون

ص: ٨٤



العين الشخصية المبيعه مقيده بهذه الأوصاف و ان كان ذلك فى صورته الاشتراط و على هذا فمرجع الاختلاف الى الشك فى أصل تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها صفات مفقوده أو تعلقه بعين لوحظ فيها الصفات الموجوده أى أن المبيع كان مقيده بصفات فهى مفقوده و قد كان البيع واقعا على المبيع المقيد بتلك الصفات أو أنه قد وقع بالموجود فعلا أو أعم من الصفات الموجود و المفقوده و من الواضح أن اللزوم من أحكام البيع المتعلق بالعين على الوجه الثانى و الأصل عدمه و أما الطرف الآخر أعنى عدم التقييد فلا اثر له فليس اللزوم من آثاره حتى يترتب على نفسه اللزوم كما هو واضح.

أقول: يرد على المصنف: أولا: فساد المبنى حيث أنك قد عرفت سابقا أنه لا معنى لتقييد العين الخارجيه إذ الإطلاق و التقييد فيها مستحيل و غير معقول فلا ينقلب الشئ عن واقعه بالاشتراط و عدمه و اذن فيدور الأمر بين رجوع القيد إلى أصل البيع بان يكون البيع على تقدير وجود الوصف الخاص فى المبيع و اتصافه به و بين رجوعه الى الالتزام بالبيع و حيث ان الأول يوجب البطلان لكونه تعليقا فهو خلاف المتفاهم العرفى من الاشتراط و خلاف ارتكازهم فيكون الثانى هو المراد فان بناء المتعاقدين على المعامله الصحيحه لا- على المعامله الفاسده فيكون الثانى هو المراد، و عليه فيرجع الأمر إلى النزاع فى أصل الاشتراط ليلزم من التخلف الخيار أو عدم الاشتراط فقد عرفت أنه (ره) التزم فى هذه الصوره بعدم الخيار لأن الأصل عدمه.

و ثانيا: أنا لو سلمنا رجوع الاشتراط الى تقييد المبيع و أغمضنا عن استحاله ذلك و لكن لا نسلم كون مقتضى ذلك هو ثبوت الخيار للمشتري من جهة كون اللزوم من أحكام البيع المتعلق بالعين من حيث كونها على هذا الوصف الموجود، بل لنا أن نقول أن الخيار انما هو من اثرات تخلف الوصف

الذى اعتبر كون المبيع مقيدا به فى البيع و من الواضح أنا لا نعلم بوجود هذا الاشتراط، بل نشك فيه فالأصل عدمه، ولا يعارض هذا الأصل بأصله عدم كون العقد واقعا على العين الموجوده مطلقا لأن اللزوم ليس من آثار ذلك، بل اللزوم من مقتضيات طبيعه العقد، فان طبع كل عقد على اللزوم حتى يثبت كونه جائزا خياريا، كما هو واضح.

و دعوى أن الأصل عدم الإطلاق يكفى فى عدم لزوم العقد فلا نريد أن نثبت الخيار حتى يقال ان أصله عدم الإطلاق بالنسبه إليه مثبت فإنها فاسده لأن مقتضى هذا الأصل هو بطلان العقد بمثل تخلف الوصف و هو خلاف المفروض أن العقد صحيح على كل حال حيث ذكر المصنف سابقا أن ديدن العلماء و سيرتهم على عدم المعامله فى تخلف الأوصاف معاملة الفساد بحيث أن يحكموا فى صورته تخلف أوصاف المبيع بفساد العقد، بل حكموا بصحة العقد مع الخيار و على هذا فأصل صحة العقد مفروغ عنه و انما الخلاف فى ثبوت الخيار فى ذلك و عدم ثبوته بحيث يكون الإطلاق و التقييد من المتضادين يعنى يدور الأمر بين وقوع العقد على العين الموجوده مطلقا أو مقيدا فيكونان من المتضادين و أما إذا عملنا بأصله عدم كون العقد مطلقا فلا يكفى ذلك فى عدم لزوم العقد و كفايه فسخت فى الفسخ لأن المراد من الفسخ ليس هو لفظ فسخت فقط بحيث يكون له موضوعيه بل المراد منه هو البناء على إعدام العقد و عدم استمراره.

و بعبارة أخرى أن المتبايعين كانا بانئين على المعامله و المبادله و النقل و الانتقال و بالفسخ بينان على عدم ذلك و من الواضح أن هذا المعنى لا يترتب على أصله عدم وقوع العقد مطلقا، فان ذلك من اللوازم الأعم لهذا الأصل لاحتمال أنه لم يقع هنا عقد أصلا فإنه مع عدم وقوع العقد أيضا يصدق أن الأصل عدم وقوعه مطلقا و على تقدير وقوعه فمقتضى هذا الأصل

كما عرفت هو الفساد و المفروض أن العقد ليس بفساد، بل الصحة مفروغ عنها كما عرفت و انما الكلام فى كونه خياريا و عدمه و حيث كانت الصحة مفروغا عنها فأصالة عدم الإطلاق لا تثبت ثبوت الخيار إلا بالملازمه و على هذا فيكون الإطلاق و عدمه من المتضادين كما عرفت فنفى أحدهما و ان كان لا يثبت الآخر إلا بالملازمه العقليه و يكون الأصل ح مثبتا و لكن أصالة عدم وقوع العقد على هذا الموجود فإن الأول له اثر و هو عدم الخيار لأن الخيار كما عرفت مترتب على تخلف الوصف المشروط به فى العقد فالأصل عدمه و أما اللزوم فليس مترتبا على عدم كون العقد واقعا على هذا الموجود مطلقا بل من مقتضيات طبع العقد كما عرفت و على هذا فلا يصح بناء المصنف أيضا فتحصل أن ما ذكره المصنف لا يمكن المساعدة عليه مبنى و بناء فلا بدّ من الحكم بلزوم العقد هذا على ما ذكره المصنف(ره).

و تحقيق الكلام و تفصيله أنا ذكرنا سابقا ان الخيار فى الحقيقة عباره عن الاختيار و هو من الافتعال بمعنى طلب الخير و هذا المعنى هو المراد فى الخيارات المصطلحه و مرجع جعل الخيار فى العقود كالبيع مثلا إلى إنشاء الملكيه المحدوده لما ذكرنا أن الإهمال فى الواقعيات محال فلا- بدّ، أما أن يكون المنشأ مطلقا أو مقيدا فحيث ان الإطلاق غير موجود مع جعل الخيار لأن المفروض أن المتبايعان أو أحدهما جعل لنفسه الخيار فقها تكون الملكيه مقيده أى محدوده بحد خاص و الى زمان خاص و هو زمان اختيار ذى الخيار فسخ ذلك العقد و مع هذا التقييد الفعلى لا يكون الإطلاق معقولا و ان كان معقولا بحسب نفسه قبل التقييد و على هذا فنشكك فى أن الملكيه هل وجدت مطلقه أو مقيده فنقول ان الأصل عدم كونها مقيده فتمسك بالعمومات الداله على اللزوم و لا- يعارض ذلك بأصالة عدم كونها مطلقه لنفى اللزوم لما عرفت أن اللزوم من مقتضيات طبع العقد لا من آثار

إطلاقه حتى يترتب على نفيه نفى اللزوم كما هو واضح.

و بعبارة أخرى أنه إذا اختلف البائع و المشتري في اعتبار شرط في البيع و عدمه أى اعتبار وصف في المبيع و عدمه أو كان الاختلاف في متعلق الشرط فلا- يمكن التمسك هنا بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، لا- التمسك به هنا لإثبات اللزوم من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقيه إذ لا نعلم أن الملكيه الحاصله هنا هل هى مطلقه ليجوز التمسك به أولاً و لكن لا بأس من التمسك بما دل على حرمه التصرف فى مال الغير بدون اذنه و حرمه أكل المال بالباطل إلا بالتجاره عن تراض و بقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ فان مقتضى ذلك أن التصرف فى مال الغير بغير تجاره عن تراض حرام الا- فى موارد الخيار فإن أكل ذى الخيار مال الطرف الآخر بالفسخ ليس بحرام و لكن نشك فى مورد اختلاف المتبايعين فى جعل الشرط و عدمه أن الملكيه المنشئه مطلقه لثلا- يكون له الخيار فبناء على ما ذكرناه من معنى الخيار فالأصل عدم تحقق الملكيه المقيدته فتمسك بعموم ما دل على حرمه أكل مال الغير بغير تجاره عن تراض فلا- يكون الفسخ مؤثراً و لا يلزم ح محذور التمسك بالعام فى الشبهات المصدقيه بأن يدعى أن هذا المورد لا- نعلم أنه من القسم الخارج عن العموم أم لا- فيكون التمسك بالعام من قبيل التمسك به فى الشبهات المصدقيه فهو لا يجوز.

### و حاصل الكلام أن البحث هنا يقع فى جهتين،

الاولى فيما كان الاختلاف فى أصل الا-شترط و عدمه أو فيما يرجع الى ذلك كأن يكون الاختلاف فى متعلق الا-شترط مع الاتفاق على أصل الا-شترط.

الثانى: أن يكون الاختلاف فى وجود متعلق الشرط و عدمه مع الاتفاق على أصل الا-شترط و متعلقه كان يقول البائع أن المشروط هو خياطه العبد و هى موجوده و يقول المشتري أنها معدومه أو يقول البائع أنها كانت حين

البيع موجوده فقد انعدمت و يقول المشتري لم تكن موجود.

### أما الكلام فى الجبه الأولى فيما كان الاختلاف فى أصل الاشتراط و عدمه

فقد عرفت كلام المصنف و جوابه و أما تحقيق المسأله و محصل الكلام بعد كون الخيار راجعا الى تقييد الملكيه فلا شبهه فى معارضه أصله عدم الملكيه المطلقه مع أصله عدم إنشاء الملكيه المقيده إذا لاحظنا الإطلاق و التقييد بحسب أنفسها و أما إذا لاحظنا أصله عدم الخيار و الملكيه المقيده مع ملاحظه العمومات الداله على حرمة أكل مال الغير بغير تجاره عن تراض و بلا طيب نفس فلا- معارضه بينهما لعدم الأثر فى أصله عدم كون العقد مطلقا فان اللزوم يفهم عموم حرمة الأكل و أصله عدم وجود الخيار لمدعيه ينقح موضوع العام فقد عرفت أن مرجع جعل الخيار فى البيع الى تقييد الملكيه المنشئه أى إنشاء الملكيه المحدوده بعدم الفسخ و لا ينافى ذلك بكون الملكيه مطلقه أى فى جميع الأزمنه على تقدير عدم الفسخ فلا يرد ان البيع الى زمان معين ليس بصحيح و قد تقدم تفصيل ذلك و على هذا فاصله عدم كون المنشأ هى الملكيه المقيده معارضه مع أصله عدم كون الملكيه هى الملكيه المطلقه فلكل منهما أثر خاص فيسقطان للمعارضه لا يقال ان أصله عدم كون العقد مطلقه تجرى فيترتب عليه ثبوت الخيار من غير احتياج إلى إثبات الخيار حتى يلزم كونها من الأصول المثبتة و لا شغل لنا بأصله عدم كون الملكيه مقيده لتلزم المعارضه و ان كان بينهما معارضه من حيث لحاظ الإطلاق و لحاظ التقييد و لكن لا يترتب عليها أثر فإنه يقال قد عرفت أنه لازم ذلك هو بطلان العقد و المفروض صحته و أن الفسخ ليس نفس فسخت حتى يترتب على أصله عدم الإطلاق بل اعتبار العقد كالعدم و لا يثبت ذلك بأصله عدم الإطلاق الآ على القول بالأصول المثبتة و كيف كان فلا شبهه فى معارضه الأصلين من حيث النظر إلى الملكيه المطلقه و الملكيه المقيده.

نعم، لا مانع من جريان أصاله عدم التقييد و إحراز أن العقد لم يقع بالمقيد ثم التمسك بالعمومات الداله على لزوم كل عقد.

و توضيح ذلك أنه ثبت فى الشريعة المقدسه أنه لا يجوز التصرف فى مال أحد إلا باذنه و أنه لا يحل أكل مال الغير إلا بالتجاره عن تراض و إذا باع أحد ماله من شخص آخر فى مقابل ثمن خاص فيكون كل منهما مالا للآخر فيحرم لكل منهما بعد ذلك أن يتصرف فيما انتقل الى غيره و يأخذه منه إلا أن يكون هنا أيضا تجاره عن تراض و قد خرج عن تلك العمومات ما إذا جعل المتعاقدان لنفسهما أو لأحدهما الخيار أو جعل الشارع لأحدهما أو لهما خيارا فى البيع مثلا كخيار المجلس فإنه ح يجوز لمن له الخيار أن يأخذ مال صاحبه بالفسخ و بغير تجاره عن تراض و بغير طيب نفس منه و على هذا فإذا شككنا فى أن العقد هل وقع على المطلق أو على المقيد أى المنشأ هل هو ملكيه مطلقه أو ملكيه مقيده فنجرى أصاله عدم وقوعه على المقيد فنحز بها موضوع التمسك بتلك العمومات و ليس لأصاله عدم وقوع العقد على المطلق ح أثر حتى تكون معارضه بذلك و ان كانتا متعارضتين بحسب أنفسهما لأن الأثر مترتب على عدم التقييد فقط لا على عدم الإطلاق و العام ليس أمرا وجوديا ليلزم إحرازه و لا- يمكن التمسك به و يكون الأصلان متعارضان بخلاف الخاص فإنه أمر وجودى و جب إحرازه و لا يلزم من ذلك التمسك بالعام فى الشبهه المصادقيه إذ بالأصل نحز أن الأمر الوجودى الذى هو حق فسخ العقد ليس لمن يدعى الخيار فيتحقق به موضوع التمسك بالعام.

و بعباره أخرى أن الشارع قد حكم بحرمه أكل مال الناس مطلقا إلا أن تكون تجاره عن تراض، و الا عن يكون بغير جعل حق الفسخ فى البيع مثلا غاية أن الثانى مخصص منفصل فهو كالمتمصل و إذا شككنا فى مورد فى

ثبوت حق الفسخ لأحد المتعاملين فننفيه بالأصل لأن الخارج عن العام أمر وجودى فكلما شككنا فيه فالأصل عدمه و ليس عنوان العام امرا وجوديًا أيضا حتى يحتاج إلى الإحراز فيجربى فيه الأصل أيضا، بل هو أمر عدمى و هو عدم جواز أكل مال الغير و حرمة التصرف فيه بدون اذنه فليس للأصل فى ناحيه الإطلاع هنا أثر و على هذا فلا مانع من إحراز موضوع تلك العمومات بالأصل ثم التمسك بالعام و ذلك نظير ما إذ شككنا فى ثبوت الخيار الشرعى فى معامله مثلا فإنه نتمسك بالعمومات فنحكم باللزوم كما إذا شك فى ثبوت خيار الحيوان فى الصلح مع عدم كونه يباع كما هو واضح، نعم لا يمكن التمسك هنا بعموم أوفوا بالعقود فإن الآيه تدل على الوفاء بكل عقد و هو انتهاء أمده و عدم انهدام الالتزام به و من الواضح أن الالتزام بالعقد التزام واحد اما يتعلق بالملكيه المطلقه أو يتعلق بالملكيه المقيده فالايه تدل و تلزم على إنهاء ما تعلق به الالتزام ان مطلقا فمطلقا ان مقيدا فمقيدا فلا بدح من إحراز ذلك من الخارج فحيث لم يحرز أن الالتزام على أى كيفيه هنا فلا يمكن التمسك بالايه و إثبات اللزوم بها فى المقام كما هو واضح و هذا بخلاف بقيه العمومات المتقدمه فإنك قد عرفت أنها تدل على حرمة أكل مال الغير و عدم جواز التصرف فيه بدون اذنه فى جميع الأوقات و الحالات و الازمان و قد خرج عن ذلك خصوص ما ثبت لأحد المتبايعين أو كلاهما حق الفسخ و أخذ مال صاحبه اما بجعل منهما أو بجعل من الشارع و هو أمر وجودى إذا شككنا فيه فالأصل عدمه حتى أن نحرزه و لا يعارضه الأصل فى طرف الإطلاع لعدم ترتب الأثر عليه إذ عنوان العام أمر عدمى أعنى عدم جواز التصرف فى مال الغير، فلا يلزم إحرازه أى لم يترتب الأثر على إحرازه حتى نفيه بالأصل و نحكم بعدمه ما لم نحرز وجوده قطعا.

**و أما الجبهه الثانيه أعنى الاختلاف فى أن ما تعلق به الشرط موجود أم لا**

ففى هنا ىنعكس المطلب فىقدم قول مدعى الخىار حتى ىثبت مدعى اللزوم دعوه و الوجه فى ذلك أن ما تعلق به الشرط قد ىكون وصفا مفارقا و قد ىكون وصفا غير مفارق.

أما الأول فكالخياطه و الكتابه و نحوهما فإذا وقع الاختلاف فى وجود مثل تلك الأوصاف فالأصل عدم تحقق تلك الأوصاف إلى زمان البىع فىثبت أن البىع لم يقع على العبد الكاتب.

و بعباره أخرى وقوع العقد على العبد محرز بالوجدان و عدم وقوعه على الكاتب محرز بالأصل فلىتم الموضوع المركب فىترتب عليه حكمه و على هذا فىثبت للمشترى فى هذه الصوره الخىار و كذا للبائع لو كان وصف من أوصاف الثمن مورد للاختلاف على هذا النحو و الوجه فى كون الأصل هنا مع مدعى الخىار أن تلك الأوصاف أمور مسبوقة بالعدم و لها حاله سابقه فمع الشك فىها ىستصحب عدمه.

و أما الثانى:أعنى ما كان مورد الاختلاف فى الأوصاف الغير المفارقه فكالقرشيه و ككون الحنطه من المزرعه الفلانيه و هكذا ففى هنا و ان لم ىكن لتلك الأوصاف حاله سابقه لأن الحنطه الخارجه من العدم الى الوجود اما خرجت متصفه بكونها من مزرعه فلانيه أو غير متصفه بكونها من المزرعه الفلانيه و لكن نحن نقول بجريان الاستصحاب فى الاعدام الأزليه و أن الأصل عدم اتصاف الحنطه بكونها من مزرعه فلانيه فىما خرجت من العدم الى الوجود كما هو كك فى القرشيه.

**قوله مسأله:لو نسج بعض الثوب،**

**اشاره**

أقول:قد ذكر غير واحد من الفقهاء هنا فرعا و هو انه لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ىنسج الباقي كالأول بطل كما عن المبسوط و القاضى و ابن سعید و العلامه فى كتبه و جامع المقاصد و عن المختلف صحته و قد ذكر المصنف أنه لا ىحضرنى المختلف

ص:٩٢



الآن حتى أتأمل في دليله و لكن ذكر بعد أسطر أن الظاهر لم يفى كلمات المختلف في بعض صور التي ذكرها و الذي يخطر بالبال أن النزاع هنا لفظي لأنه من البعيد جدا أن يلتزم شيخ الطائفة و نظائره على البطلان فيما لا بدّ من القول بالصحة و يلتزم العلامة بالصحة في مورد، لا بدّ فيه من البطلان

### **و توضيح ذلك أن الشقوق المتصور في هذا**

الفرع أربعة،

### **الأول: أن يبيع البائع المنسوج الشخصي الذي موجود مع**

منسوج آخر كلي في الذمه

مثل ذلك المنسوج الخارجى فيكون المبيع مركبا من الشخصى و الكلى، فالظاهر أنه لا شبهه في صحه هذا القسم و لا يتوهم أحد بطلان بيع الكلى و لا- يحتمل قول الشيخ بالبطلان هنا، و عليه فان كان المنسوج الآخر مثل المنسوج سابقا فهو، و الا فلا بدّ للبائع من تبديله و يطالبه مثل المنسوج الأول و لا يثبت الخيار للمشتري، نعم لو كانت الهيئه الاتصاليه لها مدخليه في زياده الثمن ثبت له خيار تخلف الوصف و تبعض الصفقه كما هو واضح.

### **الثانى: أن يبيع هذا المنسوج الموجود الخارجى الشخصى مع مقدار**

خاص من الغزل الخارجى الشخصى أيضا

و لكن يشترط المشتري على البائع نسجه مثل الأول و هذا أيضا لا شبهه في صحته لأن الشرط سائغ غير مخالف للكتاب و السنه، و لا فيه جهاله لوجب البطلان من جهه الغرر و عليه فإذا تخلف الشرط ثبت للمشتري خيار تخلف الشرط، كما هو واضح.

### **الثالث: أن يبيع المنسوج الخارجى الشخصى مع مقدار معين من الغزل**

الكلى في الذمه

و لكن يشترط المشتري على البائع أن ينسجه مثل الأول ففى هنا أيضا لا طريق الى البطلان مع معلوميه الشرط و مشروعيته و لا يحتمل أن يقول الشيخ و أضرابه بالبطلان هنا و عليه فإذا تخلف لا يثبت الخيار للمشتري ابتداء إلا إذا أنجز إلى تخلف الوصف و تبعض الصفقه الموجب

لقله مالیه المبیع كما هو واضح.

#### **الرابع: أن يبيع الثوب مع غير المنسوج من غير أن يدخل تحت أحد**

العناوين المتقدمه

و هذا باطل، لأنه بيع آخر غير موجود و مبيع معلق و قد دلت الأخبار الكثيره على بطلان بيع ما ليس عندك و من واضح أن هذا منه و أما بيع الكلى فقد خرج عن بيع ما ليس عندك و هو محكوم بالصحة كما أن السلم كك أى كالكلى و المظنون فلا أقل من الاحتمال أن النافين لصحة البيع فى هذا الفرع كالشيخ و نظائره ناظرين الى الوجه الأخير و مثبت الصحة كالعلاّمه فى المختلف ناظر الى الوجوه الثلاثه الأول و اذن فالنزاع لفظيه و على تقدير أن لا يكون النزاع لفظيًا فالحق هو ما ذكرناه كما هو واضح، هذا تمام الكلام فى خيار الرؤيه.

فى خيار العيب قوله

#### **السابع: خيار العيب،**

أقول: قد تسالم الفقهاء على صحة البيع مع الجهل بصفه المبيع التى من أوصاف الصحة، و قالوا إذا تخلف ثبت فيه خيار العيب و يمتاز هذا الخيار عن بقيه الخيارات بأن من له الخيار فى بقيه الخيارات مخير بين الإمضاء و الفسخ و لكنه هنا مخير بين الفسخ و الإمضاء مجانًا أو مع العوض، و لكن وقع الإشكال فى ذلك بأنه يلزم ح أن يكون البيع غررًا فيكون باطلا و قد أجاب المصنف عن ذلك بأنه انما يكون البيع غررًا إذا لم يكن هنا ما تحرز به صحة المبيع و لا شبهه فى أنها تحرز بأصالة الصحة و السلامه و إذا استند المتبايعان إلى أصالة السلامه فيرتفع الغرر و يكون البيع صحيحًا و إذا ظهر العيب فى المبيع فيكون للمشتري خيار العيب لتخلف الشرط الضمنى الارتكازى الذى ترك التصريح به اعتمادا على

و لكن يرد عليه أنه لا دليل على أصالة السلامه فى الأمتعه بوجه حتى يمكن الاستناد إليه فى ذلك و توهم استصحاب الصحة إذا كانت أمرا وجوديا فاسد لأن عدم الصحة أيضا أمرا وجودى و التقابل بينهما هو العدم و الملكه فلا يجرى الاستصحاب فى طرف واحد نعم الأصل الأولى فى الأشياء مع قطع النظر عن جميع الطوارى هو أن يكون سالما فى العيوب كما أن الأصل فى جميع الأجسام أن يكون كرويًا مع قطع النظر عن الزواجر و القواسر الخارجيه فإن نسبة الهواء إليها على حد سواء و مع ذلك فالغالب فى الأشياء هو عدم الكرويه و قد عرفت ذلك فى أول الخيارات و فى المقام أيضا نقول أن الأصل فى الأشياء و ان كان هو الصحة و السلامه و لكن مع ذلك أن الغالب فيها غير الصحة لأننا نشاهد بالوجدان و نرى بالعيان أن أغلب الأشياء معيوب و سقيم و غير صحيح و على هذا فكيف يحرز بأصالة الصحة أن المبيع سالم عن العيب و ليس بغررى و خطرى و مع كون أغلب الأشياء صحيحه و غير معيبه فأیضا لا يمكن رفع الغرر عن البيع بذلك لأن هذا لا دليل على اعتباره الا من باب أنه يفيد الظن و لو من باب أن الظن يلحق الشئ بالأعم الأغلب و من الواضح أنه لا يغنى من الحق شيئا و يبقى دعوى الإجماع على صحة البيع فى المقام بان يقال ان الإجماع قد قام على صحة البيع فى المقام بغير اشتراط فيكون ذلك مخصصا للنهي عن بيع الغرر بمعنى أن البيع الغررى باطل الآ- فيما تعامل المتعاملين على المبيع بغير الوصف الصحة فإذا ظهر فيه عيب ثبت خيار العيب للطرف و لكن ثبوت الإجماع التعبدى على ذلك بعيد جدا و الحكم بفساد هذه البيوع الواقعه على الأشياء بغير علم بجميع أوصافها أبعد فتصبح أن المسأله تكون مورد اشكال قوى و دعوى إمكان إحراز ذلك فى ما إذا كانت الحاله السابقه فى

المبيع الصحه فاسد إذ استصحب الصحه لا- يرفع الغرر فان الغرر هو الخطر و هو أمر نفساني، فلا يرتفع بالاستصحاب كما لا يخفى، و لكن يمكن الجواب عنه على ما اخترناه فى ارتفاع الغرر بالخيار على ما تقدم خلافا للمصنف و جميع من تأخر عنه حيث ذهبوا الى أن الخيار من الأحكام الشرعيه الثابته على العقد الصحيح أى من أحكام العقد الصحيح فلا يرتفع الغرر بذلك فان العقد بعد كونه صحيحا لا يعقل أن يكون غرريا لأن غرريه العقد توجب بطلانه.

و لكن قد ذكرنا سابقا أن ما لا- يرتفع الغرر بالخيار انما هو الخيار المجعول بجعل الشارع كخيارى المجلس و الحيوان و أما الخيار المجعول بجعل المتعاملان فلا- شبهه فى ارتفاع الغرر به، لأن الغرر على ما عرفت هو بمعنى الخطر فأى خطر فى إقدام الشخص على شراء شىء مع جعل الخيار لنفسه بان يشترط كونه على وصف كذا و إذا ظهر على الوصف فهو و الأمله الخيار فلا يكون المشتري بعد هذا الاشتراط الذى لازمه جعل الخيار فى خطر أصلا و لا يتوجه عليه محذور كما هو واضح.

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

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

الخيار فأى غرر و خطر فى هذه المعامله فإنه مع ظهور المبيع سالما فلا غرر و لا خطر و مع ظهوره غير سالم فأىضا لا خطر هنا فان الفرض أن له الخيار فإذا لم يرد يفسخ المعامله كما هو واضح، فلا يقع فيه الغرر كما إذا صرح بهذا الشرط فى ضمن البيع فهل يتوهم أحد أن البيع هنا غررى و لا شبهه أن الشرط الضمنى كالاتراط صريحا كما هو واضح، و على هذا البيان لا ريب أن خيار العيب من فروع خيار تخلف الشرط لا من الخيارات المقابله لخيار تخلف الشرط كخيار الحيوان و التأخير و الرؤيه و نحوها غاية الأمر ثبت هنا الأرش للروايه الخاصه و بالجمله على هذا المسلك فخيار العيب الذى ثبت فيه الأرش قسم من خيار تخلف الشرط و على هذا أيضا لا يفرق فى كون الخيار خيار عيب مع ظهور العيب فى المبيع بين أن يكون الشرط بحسب الارتكاز أو غيره و يدل على هذا التعميم الروايات منها صحيحه زواره (1) عن أبى جعفر عليه السلام: الله قال «أىما رجل اشترى شيئا و به عيب و عوار لم يتبر اليه و لم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء انه يمضى عليه البيع و يردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به» فإن إطلاق هذه الروايه و غيرها هو ثبوت خيار العيب للمشتري مع الاتراط صريحا أيضا و ان لم يقتصر فيه بالشرط الضمنى و انما ليس له حق الرجوع بالفسخ للتصرف فلا يلزم من التصريح بالشرط أن يكون الخيار خيار تخلف الشرط، بل يكون خيار عيب فيرتب عليه حكمه، ثم ان خيار العيب و ان كان من مصاديق خيار تخلف الشرط و لكن مع ذلك فرق بينهما فإنه قد عرفت سابقا أنه لا دليل على مسقطيه التصرف فيه بخلافه هنا فإن الروايه دلت على أن احداث الحدث

ص: ٩٧

يوجب سقوط الخيار و يبقى حق مطالبه الأرش فقط للمشتري لا يقال أن هذه الروايه لا تدل على سقوط خيار الشرط بل الساقط خيار العيب و يبقى خيار تخلف الشرط على حاله كما لا دلالة فيها على سقوط خيار الحيوان.

فإنه يقال انه فرق بين خيار العيب و خيار الحيوان فان خيار العيب غير خيار تخلف الشرط، كما عرفت، فمستقطبه التصرف قد جعل فى مورد خيار تخلف الشرط فلا- يعقل بقاءه بعد التصرف بخلف خيار الحيوان فإنه أخص من خيار تخلف الشرط فلا يمكن كشف سقوطه من إطلاق قوله عليه السلام فإن أحدث فيه حدثا فله الأرش دون الفسخ على ما هو مضمون الروايه، و قد عرفت سابقا أن الخيار لا يتقيد بسببه حتى أن يقال ان موارد المقيد بكذا قد سقط.

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

ثم انه أيد المصنف كون ثبوت خيار العيب أعم من صور الشرط الضمنى الارتكازى و من صور التصريح بالشرط بروايه يونس فى رجل اشترى جاريه على أنها عذراء فلم يجدها عذراء، قال: يردّ عليه فضل قيمه و علل التعميم بأن اختصاره عليه السلام على أخذ الأرش الظاهر فى عدم جواز الرد يدل على أن الخيار خيار العيب و لو كان هنا خيار تخلف الاشرط لم يسقط

الرد بالتصرف مع أن الاشتراط فرض في الروايه صريحا كما هو ظاهر قوله عليه السلام:الله على أنها عذراء و لا يرد عليها أن الاشتراط هنا لم يكن صريحا،بل ارتكازيا لثلا تعم الروايه صوره الاشتراط صريحا،و ذلك لما عرفت أن ظهور قوله على أنها عذراء هو الاشتراط الصريح،و الحاصل أشكل على الروايه ثانيا بأنه لو سلمنا كون على أنها عذراء ظاهرا في صوره الاشتراط و لكن لم يفرض في الروايه سقوطه بالتصرف ليكون ذلك خيار عيب و أيضا لا يرد على أن الخيار خيار تخلف الشرط لا خيار العيب حتى يقال أنه أعم من صوره الاشتراط صريحا و عدمه و دعوى أنه لو كان الخيار خيار الاشتراط لم يسقط بالتصرف و قد فرض في الروايه سقوطه بالتصرف و ثبوت الأرش فقط دعوى غير صحيحه لأنه لم يفرض التصرف في الروايه لو سلمنا كون هنا اشتراط و الجواب عن ذلك هو التصرف مفروض في الروايه حيث أن الظاهر من قوله عليه السلام فلم يجدها عذراء أنه تصرف فيه و لم يجدها عذراء،لا أنه علم بذلك بالعلم الخارجى من اليئيه و نحوها فإنه لا يطلق الوجدان على ذلك بل يقال علمها و عرفها و لا يطلق ذلك على المعرفه الحاصله من العلم الخارجى،و على كل حال فالروايه ظاهره في التصرف فلا يرد على كون المفروض في الروايه هو خيار العيب بقرينه سقوطه بالتصرف و ثبوت الأرش فقط أنه لم يفرض التصرف في الروايه.

بل الجواب عن تأييد المصنف أنه ليس وصف الثيبوبه عيبا في المرأه ليكون وصف العذرائيه من أوصاف الصحه،بل هو من وصف الكمال،فان العيب ما يكون نقصا في البدن فذهاب البكاره لا يوجب النقص في البدن و الأ يلزم كون أكثر النساء معيوبه و عليه فلا- يكون الخيار في مفروض الروايه خيار عيب،بل خيار تخلف الشرط غايه الأمر لو كانت الروايه صحيحه لكانت داله على ثبوت الأرش في مورد خاص من مصاديق خيار تخلف الشرط و

سقوطه بالتصرف كما يثبت الأرش بذهاب البكاره فى النكاح، يعنى ينقص من المهر ما بين تفاوت البكر و الشيب و سيأتى  
التعرض لكون الشيبه عيبا أم لا فى العيوب؟

### قوله:مسأله:ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد

#### اشاره

و أخذ الأرش،

أقول:قد تسالم الفقهاء على كون المشتري مخيرا بين فسخ العقد و إمضائه مجانا، أو مع العوض، و لكن لم يوجد فى الأخبار ما يدل على ذلك، و لذا ذكر فى الحدائق أن إثبات التخيير بين الفسخ و الإمضاء مع الأرش من الأول بالأخبار مشكل و ان اتفق الفقهاء على التخيير من الأول و ذكر أنه لم يتنبه على هذه النكته أى عدم انطباق فتوى الفقهاء على الروايات قبلى أحد و ما ذكره صاحب الحدائق قوى جدا لأن الأخبار انما تثبت الأرش بعد التصرف الموجب لسقوط الخيار لا قبله و عليه فالحكم قبل التصرف هو الخيار فقط من دون أن يكون للمشتري حق مطالبه الأرش، نعم ان كان هنا إجماع تعبدى يوجب التخيير من الأول فهو و الأما ذكره الأصحاب مشكل جدا و لكن إثبات الإجماع أيضا مشكل فإنه يحتمل أن يكون مدركه الوجوه الاعتباريه أو توهم دلالة الاخبار على ذلك، و ذكر المصنف أنه قد يتكلف إثبات التخيير من الأول بوجهين:- الأول:استفاده حكم ذلك من الاخبار بدعوى أنها تدل على الرد أعم من رد المبيع أو الأرش و أشار الى ذلك بأنه يصعب استفاده ذلك من الاخبار و غرضه أن يدعى أن المراد من الرد فى الاخبار رد المبيع فى الجملة أعم من أن يكون بالرجوع بتمام الثمن بان يفسخ أو بالرجوع بالأرش فإن أخذ الأرش أيضا رد للمبيع فى الجملة حيث لم يبقه على حاله من مقابله المبيع بتمام الثمن و فيه أولا أن الظاهر من الرد فى الاخبار هو رد المبيع و لا يصدق رد المبيع على أخذ الأرش و هو واضح على أن الوصف لا يقابل



بالثمن كما سيأتي.

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

و أشكل عليه المصنف: ان وصف الصحة و ان كان يوجب الزيادة فى المائيه و لكن لا يكون الثمن واقعا فى مقابل الوصف، بل يكون واقعا فى مقابل العين، و الوصف واسطه لثبوت المايه للعين و كذا لا- يملك المشتري على مطالبه عين الثمن، بل يطلب التفاوت مع فقدان وصف الصحة مع أنه لو كان الوصف يقابل بالثمن كان للمشتري مطالبه جزء من شخص الثمن الذى وقع فى مقابل الوصف، و هذا الذى ذكره المصنف متين جدا، غلى أنه لو كان وصف الصحة يقابل بجزء من الثمن، فأى فرق بين هذا الوصف و بين بقيه الأوصاف كالأوصاف الكماليه، كما هو واضح.

ثم ذكر المصنف أنه قد يكون الثمن غير واقع فى مقابل الجزء أيضا فضلا عما هو شرط واقعا و هذا فيما إذا كان الجزء مأخوذا فى العقد على نحو الشرطيه كما إذا قال البائع بعتك الأرض الفلانيه على أنها جربان معينه، فظهر خلاف ذلك أو قال بعتك الحنطه الفلانيه على أنها منان فظهر أنها من، فذكر أنه فى هذه الصوره أيضا ثبت للمشتري خيار تخلف الشرط، و ليس له مطالبه جزء من الثمن بحيث يكون الخيار خيار تبعض الصفقه.

و لكن ما ذكره المصنف لا- يمكن المساعده عليه فان المناط فى كون شىء شرطا فى المعامله أو جزء ليس هو الذكر فى اللفظ، بل المناط هو اللب و الواقع و من الواضح أن المبيع فى مثل الأمثله المذكوره هو جميع أجزاء الأرض و الحنطه و قد تقدم فى شرائط العوضين أن المبيع ينحل إلى أمور متعدده

ص: ١٠١

كما هو واضح.

و على الجملة أن الصورة و ان كانت صورته شرط و لكن الواقع أن المذكور بعنوان الشرطيه هو جزء المبيع فيكون البيع مع التخلف عن المقدار المذكور منحلا الى بيوع متعدده كما هو واضح،فما ذكره المصنف ثانيا من الاشكال ليس بصحيح.

ثم انه ذكر في المبسوط أن أخذ الأرش مشروط باليأس عن الرد فان كان مراده من اليأس هو تحقق ما يمنع عن الرد كالتصرف و نحوه من المسقطات فهو يرجع الى ما ذكرناه و ما ذكره صاحب الحدائق و هو متين،و الآ فإن كان مراده أنه مع اليأس عن الرد و لو مع بقاء الخيار فهو منطبق على ما ذكره المشهور و لا دليل عليه و على الجملة فلا دليل لما ذهب اليه المشهور من التخيير بين الرد و الأرش من الأول،نعم في الفقه الرضوي ما يدل على ذلك كما ذكره في المتن و الحدائق بناء على عدم زياده كلمه الهمزه بين كلمه و ان شاء أخذه و بين كلمه رد بان يكون العطف بالواو لا بأو ليكون للتخيير،و لكن قد عرفت في أول الكتاب مفصلا عدم اعتبار فقه الرضوي.

ثم ان ظهور العيب في المبيع هل هو كاشف عن الخيار و أن الخيار ثابت من زمان وجود العيب أو أنه مثبت للخيار و تظهر الثمره بينهما فيما إذا أسقط المشتري خياره قبل ظهور العيب فإنه على القول بكونه كاشفا عنه فلا شبهه في جواز الاسقاط فلا يلزم إشكال إسقاط ما لم يجب،و أما على القول بكونه مثبتا للخيار فلو أسقط قبل ظهور العيب يلزم منه إشكال إسقاط ما لم يجب،و لكن قد عرفت سابقا أنه لا محذور في ذلك أصلا و لا دليل على عدم جواز إسقاط ما لم يجب الا أنه قام الإجماع و تحقق الارتكاز على بطلان التعليق في المعاملات و شيء منهما لا يجرى في المقام بعد وجود المقتضى للخيار الذي سقط.

ص: ١٠٢

و أما أن ظهور العيب كاشف عن الخيار أو مثبت، فنقول الذى يظهر من الأخبار أنه كاشف عن ثبوت الخيار فإن الظاهر من قولهم من اشترى شيئاً و وجد فيه عيباً فله الرد، على ما هو مضمون الرواية أن للوجدان طريق الى الواقع و ليس له موضوعيه فى ثبوت الخيار كما هو المتفاهم العرفى من أمثال ذلك، فإنه لو سئل المفتى عن مثل ذلك فلا يتوهم أحد أن الوجدان له موضوعيه فى ثبوت الخيار من حين الوجدان، بل هو كاشف عن ثبوت ذلك من الأول و مرآت عليه و مع الإغماض عن ظهور هذه الاخبار فى ما ذكرناه و لكن يكفى فى الدلالة على ما نقوله ما فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام الله: أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبرء اليه و لم ينبه فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً و علم بذلك العوار و بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع فان هذه الرواية الشريفه تدل بمنطوقها على مضى البيع إذا علم المشتري بالبيع بعد التصرف و لكن يأخذ الأرش و تدل بمفهومها على ثبوت الخيار له إذا علم بالعيب قبل التصرف، ثم قال علم بذلك العوار حيث جعل العلم طريقاً الى كشف العوار و لذا قال أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب و عوار فظاهرها ان الخيار ثابت من الأول و لكن حيث أن البائع و لم ينبه بالعيب فيكشف العلم عن ثبوته من الأول مما هو واضح و العجب من السيد حيث أنكر وجود ما يدل على كون وجدان العيب كاشفاً عن كون الخيار ثابتاً من الأول مع ان هذه الرواية ظاهره فى ذلك، نعم هو شريك معنا فى المدعى ثم ذكر المصنف أن ظهور العيب شرط لثبوت الخيار، و أما سببه فهو من زمان وجود العيب فهو أيضاً خلاف الظاهر من الروايات خصوصاً لصحيحه المتقدمه، فافهم.

ثم انه مما يؤيد بل يدل على كون الخيار مسبباً عن العيب لا عن ظهوره ثبوت الأرش العيب.

## ثم انه هل يختص خيار العيب بالمشتري أى بالمتن فيكون الخيار

للمشتري فقط، أو يجرى في الثمن و يشمل للبائع أيضا،

الظاهر أنه لا خلاف في ثبوته للبائع أيضا و انما الكلام في مدرك ذلك، و الذي يمكن أن يقال فيه وجوه:- الأول: قيام الإجماع على ذلك و فيه أن القطع بذلك مشكل جدا و لا نعلم بالإجماع التعبدى هنا فإنه مع تحقق الإجماع فتحتمل أن يكون مدركه الوجوه الآتية.

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

الثالث: أن يدعى أنه لا- خصوصيه للمبيع في ثبوت خيار العيب و الأرش فيه مع كون الثمن في طرق آخر من المعامله و عدم إمكان البيع بالمبيع فقط، بل لا بد من تحقق البيع بين الطرفين و المبادله بين العوضين فنسبه البيع بالنسبه إلى الطرفين على حد سواء و عليه فالأخبار المداله على ثبوت الخيار و الأرش في المبيع تدل على ثبوتها في الثمن أيضا فيكون الخيار ثابتا للمشتري أيضا كما ذكرنا سابقا أن ما دل على أن ثمن العذره سحت أو ثمن الخمر سحت، و ثمن الكلب سحت، أنه يختص بالمتن فقط بل يجرى في الثمن أيضا لعدم الفرق في الفرض الذي نهى عن الثمن الأمور المذكوره فهي موجود فيما إذا كانت الأمور المذكوره ثمن لشيء آخر أو اجره للعمل أيضا كما هو واضح.

و إذا أمكن إثبات هذه الدعوى في المقام أيضا كان الخيار و الأرش

جاريا فى طرف البائع أيضا و أن ذكر خصوص المبيع فى الروايات لكنه من جهة الغلبه إذ الغالب أن الثمن هو النقود و لا يكون فيها عيب غالبا،و لكن إثبات هذا أيضا مشكل فإنه من أى علم أن ذكر المبيع من جهة الغلبه كما هو واضح.

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

و من هنا ظهر فساد ما ذكره السيد فى المقام من كفايه الظن يكون ذكر المبيع من جهة الغلبه و كونه كفايه عن العوض فى البيع فإنه لا دليل على حجيّه هذا الظن و أشكال من تعديده الحكم أى للثمن تعديده الحكم الى مطلق المعاملات بان يقال انه إذا آجر أحد دارا من شخص فظهر فيها العيب فيكون مخيرا بين مطالبه التفاوت و الفسخ فإنه يمكن أن فى تعديده الحكم الى الثمن أن يقال أن ذكر المبيع من جهة الغلبه كما تقدم،و أن الثمن فى طرف البيع فإذا ثبت الحكم فى المبيع ثبت فى الثمن أيضا لعدم الخصوصية للمبيع كما مثلنا بالأمثله المتقدمه فإن الفرض من الاخبار تفهيم أن النقص فى العوض يوجب الخيار و الأرش و لكن لا يمكن النفوذ بذلك فى مطلق المعاملات و عليه فلا بأس بالالتزام بالخيار فيها لتخلف الشرط و أما الأرش فلا دليل على ثبوته فيها كما هو واضح.

### قوله فى مسقطات هذا الخيار بطرفيه أو أحدهما

#### مسأله يسقط الرد

#### اشاره

خاصه بأمور،

#### التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد

أقول:الظاهر بل الواقع أنه لا شبهه فى سقوط خيار العيب بالإسقاط على نهج بقيه الخيارات و انما الكلام فى سقوط الرد فقط،أو سقوطه مع الأرش بحيث لا يكون لمن له الخيار بعد الاسقاط حق الرجوع فقط و الظاهر أنه لا ملازمه بين سقوط الرد و سقوط حق مطالبه الأرش كما

ص:١٠٥

إذا لم يكن لكلامه ظهور الآ في سقوط الردّ فسقط كقوله إسقاط الردّ أو لم يكن ملتفتا بان له مطالبه الأرش بل له الخيار فقط فإنه ح لو أسقط خياره و لو مع عدم تقييده بإسقاط الردّ، بل بإسقاط مطلق الخيار فإنه ح يسقط الردّ فقط أيضا، بل الأمر كك حتى مع الالتفات بثبوت حق الرد و الأرش له و لكن القرينه قائمه على أنه لا يسقط الا الردّ أو ليس فى كلامه ظهور عرفى فى ذلك و أن قال أسقط خيارى و على الجملة فالمناط فى إسقاط الردّ و الأرش هو الظهور العرفى فكلما دل فى كلامه على سقوط الردّ فقط أو الردّ و الأرش معا فيكون متبعا و الا فلا، كما هو واضح.

و عليه فدعوى أن كلمه الرد ظاهره فى إسقاط الخيار فقط، و أن كلمه الخيار ظاهره فى إسقاط الردّ و الأرش فقط لا يمكن المساعده عليه، نعم كلمه أسقط الردّ ظاهره فى إسقاط الردّ فقط، كما هو واضح هذا هو المطلب الأول.

و الحاصل: أن سقوط الخيار بطرفيه من الردّ و الأرش و بطرفه الواحد يحتاج الى كون المسقط ظاهرا فيه و عليه فلا بدّ من الاقتصار بالمتيقن.

### **المطلب الثانى: أنه لا شبهه فى سقوط هذا الخيار بالتصرف إجمالا**

و انما الكلام فى خصوصيات ذلك، فنقول

### **ان التصرف انما يكون على أنحاء**

### **الأول أن يكون تصرفا مغيرا كقطع الثوب و صبغه و نحو ذلك،**

و هذا لا شبهه فى كونه مسقطا للخيار و تدل عليه الصحيحه عن أبى جعفر عليه السلام اللّهُ أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرأ اليه و لم ينبه فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا و علم بذلك العوار و بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب من ذلك لو لم يكن به، و من الواضح أن تغيير العين و لو بمثل الصبغ و نحوه احداث للحدث فان المراد من الأحداث هو الكنايه عن ثبوت حدث فى المبيع لا معناه الصريح

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

و يؤيد ذلك مرسله جميل التي يعاملون معها معامله الصحيح و ان ناقشنا في ذلك و هي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيبا، قال: ان كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن و ان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب.

### **الثاني: أن لا يكون هنا تصرف يوجب التأثر في العين خارجا**

و لكن يكون هنا تصرفا اعتباريا بحيث يكون مانعا عن الرجوع الى المتصرف ثانيا كأن يبيعه من شخص آخر فان البيع و ان كان لم يكن مثل القسم الأول من احداث الحدث في العين و لكن لا شبهه في صدق احداث الحدث على مثل هذا التصرف أيضا فإنه أي إحداث حدث يكون أعظم من هذا الذي لا يقدر معه المتصرف على الردّ الى ملكه و هكذا لو أجر العين من شخص فان العين حين ما أخذها من البائع كانت واجده للمنفعه و قد صارت فاقده لها فأى حدث أعظم من ذلك و سقوط الخيار قبل هذا التصرفات للنص المتقدم و الا فقد عرفت عدم سقوطه بالتصرف بمثل تلف العين غايه الأمر، العقد يفسخ و ينتقل الى المثل أو قيمه لأن الفسخ متعلق بالعقد دون العين كما تقدم.

نعم لو نقل العين الى غيره بمثل الهبه فالظاهر عدم سقوط حق الردّ بذلك فان العين و ان انتقلت الى غيره و لكن للمشتري التمكن من رده بالرجوع فإذا قال فسخت العقد فيكون هذه العبارة فسحا للعقد و رجوعا في الهبه كما هو واضح و لا يقاس ذلك بإمكان الرجوع في البيع أيضا بالشراء و نحوه فان اختيار الرجوع في ذلك ليس تحت يد المشتري أعنى البائع الثاني بخلاف ما لو نقلها بالهبه فإن اختيار إرجاع العين تحت يد الواهب

كما لا يخفى، فافهم.

و من هنا ظهر أن ما تنظر المحقق الثاني في سقوط حق الردّ بالهبة وجيه و لا وجه لرد المصنف إياه بأنه لا وجه له.

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

و لا يكون مثل القسم الثاني أيضا، و هذا على أقسام ثلاثة:-

### **الأول: أن يكون له ظهور عرفي في سقوط الخيار به كالمسقط اللفظي**

فإن سقوط الخيار لا يختص باللفظ كما تقدم في خيار الحيوان و غيره، بل يسقط بالفعل أيضا لا بما انه تصرف بل بعنوان أنه مسقط عرفي كما هو واضح

### **الثاني: أن لا يكون له بشخصه ظهور في سقوط الخيار به**

فذكر المصنف أن الفعل إذا كان له دلالة نوعيه و كاشفه نوعيه في الرضا بالعقد و إسقاط الردّ كاللفظ كان موجبا لسقوط الخيار و لكن الظاهر أن هذا الكلام لا يمكن المساعدة عليه للفرق الواضح بين اللفظ و الفعل في ذلك فان اللفظ انما يكون كاشفا عن اراده المتكلم مدلول ذلك بحسب التعهد فان المتكلم قد تعهد بأنه إذا تكلم بلفظ فلاني فإنه أراد المعنى الفلاني و عليه فيكون الظن الحاصل من كاشفيه اللفظ نوعا حجه و متبعا بحسب قيام بناء العقلاء على ذلك و هذا بخلاف الفعل الفلاني فإنه أراد المعنى الفلاني ليكون كاشفيه متبعا غايه الأمر أنه يحصل الظن من ذلك فهو ليس بحجه لعدم الدليل على اعتباره من بناء العقلاء و غيره كما لا يخفى، فافهم، و هذا هو الفرق بين اللفظ و الفعل في الكاشفيه و عدمها، خذ و اغتتم.

### **الثالث: أن لا يكون له ظهور في الإسقاط**

كما في القسم الأول و لا يكون له كاشفيه نوعيه كما في القسم الثاني على ما ذكره المصنف، بل يكون مجرد التصرف كالأمر باسقنى و غلق الباب و إعطاء متاع فظاهر جماعه أنه يسقط الرد بذلك أيضا، بل هذا هو صريح العلامه حيث ذكر في بعض كتبه أنه



يسقط الرد بالأمر كقوله ناولنى الماء أو أغلق الباب و نحو ذلك، ولكنه لا وجه لسقوطه بذلك بوجه فان الدليل على السقوط هنا هو احداث الحدث و من الواضح أنه لا يصدق على مثل هذه التصرفات احداث الحدث و ليس له كاشفيه نوعيه أيضا حتى يمكن القول بسقوطه من هذه الجبهه كما قيل فى القسم الثانى فيبقى القول بالسقوط بمثل ذلك ح بلا دليل كما هو واضح.

و الحاصل أنك قد عرفت أن التصرف بما هو تصرف لا يكون موجبا لسقوط الخيار حتى لو كان موجبا لتلف العين لما عرفت أن الفسخ و الخيار انما يتعلق بالعقد دون العين حتى لا يمكن ردها مع التلف فيجوز الفسخ بعد تلف العين و ينتقل العين الى المثل أو قيمه و لكن قد ورد النص بأن إحداث الحدث فى خيار العيب يكون مسقطا له و لمكان هذا النص فنقول بالسقوط هنا بالتصرف و لا شبهه فى صدق احداث الحدث بمثل تغيير اللون و القص فى الثوب و نحوه و هكذا فى مثل نقلها الى غيره بالبيع اللازم و كذلك الإيجار كما عرفت لصدق احداث الحدث فى جميع ذلك، نعم لا يصدق ذلك فى مثل الهبه ثم انك قد عرفت أن ذلك ليس من جهه أن الفسخ يتعلق بالعين فمع نقلها الى غيره لا يمكن الردّ، بل هو من جهه التعبد فقط و الا فالفسخ يتعلق بالعقد على ما عرفت سابقا، فإذا انفسخ العقد فان كانت العين باقيه يأخذها و الا فمثلها.

ثم انه لا بدّ و أن يعلم أن المصنف قد عثر عن روايه زراره بالصحيحه فى موردين و هذا اشتباه لأن فى سندها موسى بن بكر و قد اختلف فى حاله و قال بعضهم أنه ضعيف و واقفى و قال بعضهم انه ممدوح كالمجلسى و ابن ادريس فى آخر السرائر و هذا هو الظاهر و لعل وجه تضعيف بعضهم أنه واقفى و ان استشكل بعضهم فى كونه واقفيا أيضا و كيف كان فالروايه و ان كانت معتبره، و لكنها ليست بصحيحه و لعل المصنف تبع فى

التعبير عنها بالصحيحه قول العلامه حيث انه عبر عنها بذلك في ولد الملاعنه لا في هذه الروايه،بل في روايه أخرى مرويه بهذه السند و هو أيضا اشتباه فإن العلامه قد ضعف موسى بن بكر في الخلاصه و مع ذلك حكم بصحه روايته و هذا استدراك مما تقدم.

و اما التصرف الخارجى الغير المغيّر فقد عرفت أنه على ثلاثه أقسام و عرفت القسمين عنها الأول كونه شخصيه كاشفا عن الرضا بالعقد و كونه مسقطا للخيار الثانى ما يكون بنوعه كاشفا عنه كما ذكره المصنف مثل دلالة الألفاظ و قد استشكلنا فى ذلك أيضا و انتهى الكلام الى القسم الثالث و هو ما لم يكن بنفسه كاشفا عن الرضا بالعقد و لا- بنوعه،بل يكون مجرد التصرف الخارجى،فهى هذا مسقط للخيار أم لا،فقد يظهر من جماعه سقوطه به،بل صرح به العلامه كما تقدم

**و قد استدل على ذلك بوجوه.**

**الأول: أنه ذكر الجماع فى الروايه فى كونه مسقط للردّ**

مع أنه تصرف لا- يوجب احداث الحدث فى الأّمه بوجه،بل يبقى على ما هى عليها بعد ذلك أيضا فيعلم من ذلك أن مطلق التصرف يكون موجبا لسقوط الردّ هنا.

و فيه أن هذه الروايه على عدم سقوط الردّ بمطلق التصرف أدل فإنه لو كان مطلق التصرف موجبا لسقوط الردّ لم تصل النوبه إلى التعبير بالجماع إذ يستحيل عاده خلو الجماع عن المقدمات و التصرفات من اللمس،و التقييل و النظر الى ما لا يحل لغير المولى و نحو ذلك فحيث اعتبر الجماع مسقطا دون غيره من مقدماتها فيعلم من ذلك أن مطلق التصرف لا يكون مسقطا للردّ و انما الجماع مسقط للنص الخاص فلا يمكن التعدى منه الى غيره.

**الوجه الثانى: دعوى الإجماع على ذلك**

و فيه أنه لا سبيل الى دعوى الإجماع فى المقام بحيث يكون هنا إجماع تعبدى على كون التصرف على وجه

الإطلاق مسقطا للرد و ذلك لان أكثر الكلمات التي نقلها المصنف مشحونه بأن التصرف انما يكون مسقطا للرد إذا كان مع العلم بالعيب و الآفلا- فيعلم من ذلك أن ذهاب الفقهاء الى ذلك من جهة قولهم بان التصرف كاشف نوعا عن الرضا بالعقد فيكون ذلك مسقطا للرد و حيث استشكلنا في ذلك و أن التصرف لا- يكون كاشفا عنه،فاذن لا وجه للإجماع و التمسك به ليكون التصرف مسقطا للإجماع التعبدى و هذا واضح لا يخفى.

### **الوجه الثالث: ما ورد في خيار الحيوان من تفسير الحدث،**

بمثل التقييل و اللمس و النظر الى ما لا- يحل لغير المولى، فيعلم من ذلك أن المراد من الحدث ليس هو حدوث تغيير في العين، بل المراد منه هو مطلق التصرف، و الآ- لما فسره الامام عليه السلام بمثل اللمس و نحوه و ان كان ذلك في اللغه بمعنى التغيير، كما لا يخفى.

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

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

بل نقول:

### **ان لنا دليل على عدم سقوط الرد بمطلق التصرف**

و هو وجوه،

### **الأول: روايه الجماع**

على التقريب المتقدم.

ص: ١١١

## الثاني: ما دل على أنه لو اشترى أحد أمه و لم يطأها في ستة أشهر جاز ردها

و من البديهي أنه لا يخلو عادة في هذه المدة أن المشتري يتصرف فيها و لو بالأمر بكنس الدار، و بمثل ناولنى الماء، و نحو ذلك، فلو كان مطلق التصرف موجبا لسقوط الرد، لم يحكم الامام عليه السلام بالرد في ستة أشهر، فذكر الجماع دون غيره دليل على عدم سقوط ردها بمطلق التصرف.

## الثالث: ما دل على جواز رد المملوك من أحداث السنه

أى العيوب التى ظهرت فى مده السنه فإنها تكشف عن كون سببها قبل الشراء فإن العاده جاريه بظهور العيوب السابقه فى مثل هذه المده و تسمى ذلك أحداث السنه و من الواضح أن من المستحيل عاده أن لا يتصرف المشتري فى هذه المده أصلا، و لو بتصرف لا يغير العين أصلا.

## الرابع: نفس الروايه التى دلت على عدم جواز الرد بأحداث الحدث

فإنها تدل على ذلك إذا كان فى المبيع عيب أو عوار و أحداث المشتري فيه الحدث، و بمفهومها تدل على جواز الرد ما لم يحدث فيه الحدث و من الواضح أنا علمنا من الخارج أن مطلق التصرف ليس من مصاديق أحداث الحدث، لا عرفا و لا لغه و لا شرعا، فمقتضى مفهوم هذه الروايه يجوز رده لذلك كما هو واضح و على الجملة أن مطلق التصرف لا يكون مسقطا لخيار العيب أولا لعدم الدليل و المقتضى على ذلك، و ثانيا لقيام الوجوه المذكوره على عدم السقوط بمطلق التصرف.

نعم: يسقط بمثل أحداث الحدث للنص بحيث لو لم يكن هنا نص لم نقل بالسقوط بمثله أيضا، بل بإتلاف العين أيضا، فإن الفسخ لم يتعلق بالعين حتى يسقط الخيار بنقلها، بل بالعقد فيمكن فسخه بتلف العين و تنتقل العين الى المثل أو قيمه كما هو واضح، و من جميع ما ذكرناه ظهر لك حكم إتلاف العين كما هو واضح.

ثم انه يقع الكلام فى أن أحداث الحدث الذى كان موجبا لسقوط الخيار، هل هو مسقط له بوجوده حدوثا و ان لم يبق أثره بقاء أو انما يكون مانعا عن الرد بقاء، الذى يظهر لنا من الروايه الداله على مسقطيه إحداث الحدث الرد فان الظاهر من قوله عليه السلام فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا و علم بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع أن الحدث موجود فى حال الرد و لذلك قال عليه السلام يمضى عليه البيع.

و بعبارة أخرى أنك قد عرفت سابقا أن التصرف بأى نحو كان لا يكون مسقطا للرد حتى التلف، فان الفسخ انما يتعلق بالعقد لا بالعين حتى لا يمكن الفسخ و رد العين بعد التلف، أو التصرف المغير للعين، و انما ثبت لنا بالنص الخاص أن أحداث الحدث يكون مانعا عن الرد و الحكمه فى ذلك هو إرفاق البائع و من الواضح أن الإرفاق انما يتحقق و يحصل إذا كان العيب موجودا فى العين حال ردها إلى البائع، و أما إذا برء الى وقت الرد فلا يكون ذلك مانعا عن الرد و هذا المعنى هو الذى يقتضيه مناسبه الحكم و الموضوع.

### **الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف**

**قوله: فرع لا خلاق نما و فتوى فى أن وطى الجاربه يمنع عن ردها.**

أقول: المشهور، بل المجمع عليه بين الأصحاب هو أن وطى الجاربه مانع عن الرد، و انما الكلام فى دليل ذلك مع أنه لا دليل على كون التصرف مانعا عن الرد، و قد علل العلامة المنع فى موضع من التذكرة بأن الوطى جنايه و لهذا يوجب غرامه جزء من قيمه كسائر جنایات المملوك، و قد ذكر فى كلام الإسكافى أيضا ان الوطى مما لا يمكن معه رد المبيع الى ما كان عليه قبله، فإنه لا بدّ و ان يكون مراد الإسكافى أيضا ما ذكره العلامة، فإنه لا مفهوم له إلا ذلك إذ النظر و التقبيل و نحو ذلك أيضا يوجب أن الأمه مع ذلك فلا يمكن ردها الى ما كانت عليه قبل النظر و التقبيل فلا بدّ و أن يراد

ما ذكره العلامة من كون الوطى جناية و قد أيد المصنف ذلك بما ورد فى جملة من الروايات من قوله عليه السلام: معاذ الله أن يجعل لها أجر فإن فيه إشارة إلى انه لو ردها لا بد أن يراد معها شيئاً تداركاً للجناية إذ لو كان الوطى مجرد استيفاء منفعه لم يتوقف ردها على رد عوض المنفعة لكون الاستيفاء واقعا فى ملكه فلا يجب مع الرد رد المنفعة كما هو واضح، فان الفسخ فسخ للعقد من حين الفسخ لا من الأول.

أقول: أما كون الوطى جناية فهو بديهى البطلان، و لم يلتزم به أحد فى بقيه الموارد و لذا لو زنى أحد بامرأه العياذ بالله، أو وطأ غلاما لم يتوهم أحد أنه يؤخذ منه الجنايه، نعم ثبت الجنايه فى إزالة البكر و لكن ذلك من جهه كونه ازاله صفة كمال لا من جهه الوطى فما ذكره العلامة و الإسكافى مما لا وجه له، و من هنا أنه لا فرق فى التصرفات الغير المغيره بين الوطى و غيره، فإنه أيضا من التصرفات الغير المغيره كما لا يخفى و أما ما ذكر فى الروايات من قوله عليه السلام: معاذ الله أن يجعل لها أجر لا يدل على أن ذلك من باب الجنايه، و أن الاستعاذه من جهه نفي الأجره و أما ما ذكره المصنف من حمل الروايه على التقيه و أن الأمير عليه السلام تكلم بذلك رعايه لحال رعيته، فهو بعيد، بل ذلك من جهه أن الأمير عليه السلام تكلم بذلك إشعارا الى أن الحكم هنا أمر ثابت بالتعبد لا- انه من تلقاء نفس لأنى ليست مشرعا حتى اجعل لها اجرا و لذا قال عليه السلام فى روايه ميسر: معاذ الله أن أجعل لها اجرا. بل التحقيق ان عدم جواز الرد مع الوطى من جهه التعبد بالروايات الوارده فى المقام فإنها دلت على ذلك، كما هو واضح.

و قد انتهى الكلام الى أن الوطى يمنع من الرد أم لا و قلنا بكونه مانعا عن الرد للروايات الخاصه لا من جهه أنه إحداث الحدث و لا من جهه انه

تصرف و لا من جهه أنه جنايه، كما ذهب إليه العلامة،

### و انما الكلام فى أنه

مانع عن الرد مطلقا و ليس منه استثناء أو استثنى منه صورته كون الجارية

حامله

كما ان أصل مانعيه الوطى عن الرد مستثنى عن أصل عدم مانعيه التصرف عن الرد

### و المشهور هو الثانى، و ان الحمل مع كونه عيبا و الوطى

ليس مانعا عن الرد

و كلمات أكثرهم فى ذلك مطلقه أى أعم من أن يكون هنا عيب آخر غير الحمل أو يكون هو الحمل فقط سواء كان الحمل هو العيب أم لم يكن الحمل عيبا. و قد ذكروا هنا أيضا أن الجارية ترد و يرد معها العشر كما هو المشهور و استندوا فى ذلك الى ظاهر من الروايات منها صحيحه بن سنان الداله على رد الجارية الحامله، و رد نصف عشر قيمتها، و كك فى روايتى عبد الملك و ابن أبى عمير و فى صحيحه محمد بن مسلم يرداها و يكسوها و فى روايه عبد الملك يرداها و يرد عشر قيمتها و هذه الروايات تدل على ما ذهب إليه المشهور، بل ادعى الإجماع على العمل بظاهرها و لكن خلافا لما عن الإسكافى حيث حملها على كون الجارية أم ولد من المولى و التزام بوجوب الرد لبطلان بيع أم الولد، و يكون رد نصف عشر قيمه فى مكان مهر المثل فى الحر الموطوءه بشبهه، و قد اختار ذلك فى المختلف بل هو ظاهر الشيخ فى النهايه، حيث قال فان وجد بها عيبا بعد أن وطئها لم يكن له ردها و كان له أرش العيب خاصه الا- أن يكون العيب من جبل فيلزمه ردها على كل حال و طئها أو لم يطئها و يرد معها إذا وطئها نصف عشر قيمتها ثم ذكر المصنف و يمكن استفاده هذه من إطلاق المبسوط القول بمنع الوطى من الرد، فان من البعيد عدم استثناء وطى الحامل و عدم تعرضه لحكمه مع اشتها المسأله فى الروايات و السنه القدماء، و اطلاع الشيخ على الروايات الداله على ذلك.

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

قال ان الروايات المتقدمه و ان كان فى بادى النظر ما ذكره المشهور الا

**أن العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفه الظاهر من وجوه.**

**الأول: أنه يلزم المخالفه على هذه الروايه من أحد الطرفين**

اما مخالفه ظهورها فى وجوب رد الجاربه فإنها ظاهره فى وجوب رد الجاربه و حملها على الرد مع الوطى و صحه البيع لا يستقيم الا برفع اليد عن حملها على وجوب الرد إذ مع صحه البيع لا يجب الرد، بل كان جائزا و أما القول بوجوب الرد فلا يمكن القول بصحه البيع، بل يلتزم بفساد البيع لكونه بيع أم ولد فيكون الرد واجبا لوجوب رد مال الغير اليه و من الواضح هذا الحمل مخالف للظاهر بلا- شبهه لكون الجملة الخبريه الوارد فيها ظاهره فى الوجوب كما حقق فى الأصول و حملها على مجرد الجواز خلاف الظاهر منها.

و اما أن يقيد الحمل بكونه من غير المولى حتى يكون الجملة الخبريه وارده فى مقام دفع توهم الحظر الناشى من الأخبار المتقدمه المانعه من رد الجاربه بعد الوطى إذ لو بقى الحمل على إطلاقه لم يستقم دعوى وقوع الجملة الخبريه فى مقام دفع توهم الحظر.

و بالجملة أن دعوى جواز رد الجاربه الحامله و عدم مانعيه الحمل من الرد من آثار البيع الصحيح فبعد كون البيع بيع أم ولد، أو إطلاقه و كونه أعم من بيع أم الولد و غيره كان البيع باطلا و وجب رد الجاربه إلى مالكتها فلا بدّ اما من رفع اليد من ظهور الرد فى الوجوب الذى هو ظاهر الجملة الخبريه و حملها على الجواز أو حمل الوجوب على دفع توهم الحظر الناشى من الاخبار فكأن السائل توهم عدم جواز الرد مع الوطى مطلقا فسأل عن ذلك مع كون الجاربه حامله و من الواضح أن كلاهما ارتكاب على خلاف الظاهر فلا- بدّ من البقاء ظاهرها و ثبوت الرد على حاله فتكون الروايات ح محموله على أم الولد، و تكون خارجه عما نحن فيه.

ص: ١١٤



على أنه يبعد حمل تلك الروايات على الجواز اختلاف السياق فإنه ذكر فيها أنه يرد الجاربه و يردّ نصف عشر قيمتها فإنه من البعيد أن تحمل كلمه يردّ الجاربه على الجواز و كلمه يرد نصف عشر قيمه على الوجوب فمقتضى اتحاد السياق هو أنّ يراد من كلمه يرد وجوب الرد في كلا الموردین و عليه فتكون الروايات محموله على أم ولد المولى.

### **الوجه الثاني: أن الروايات المذكوره منطبقه على وجوب ردّ نصف عشر**

القيمه أو عشرها

و هذا لا يجتمع مع القواعد فان مقتضى القاعده منافع مال كل شخص عائده اليه و إذا استوفاه فتكون له و عليه فلا مقتضى لإعطاء عشر قيمه الجاربه أو نصف عشر قيمتها لكون استيفاء المنفعه واقعا في ملكه و عليه فلا بدّ اما من الالتزام بان استيفاء المنفعه هنا من المالك الأول و ان كان في ملكه فيكون ما نحن فيه تخصيصا للقاعده المذكوره المسلّمه و هو بعيد.

أو لا بدّ من الالتزام بكون المورد تخصيصا لما هو المسلم من أن بطلان العقد من حين الفسخ لا من حين العقد و من أول الأمر و يقال في المقام بان الفسخ من الأول فيكون العقد باطلا من الأول، و يكون ما استوفاه المشتري من المنافع من أموال البائع و عليه يجب ردها اليه و رد نصف عشر قيمه أو عشرها من جهه ذلك.

و بعبارة أخرى أن كون العقر على المشتري مخالف لقاعده عدم العقر في وطى الملك أو مخالف لقاعده كون الرد بالعيب فسخا من حينه لا من أصله. و هذا أيضا بعيد.

### **الوجه الثالث: أن الالتزام بعدم كون الوطى مانعا عن الرد مع كون**

الجاربه حبلی مخالف لما ورد عموما

من كون احداث الحدث مانعا عن الرد و ما ورد خصوصا من كون الوطى مانعا عن الرد و هذا أيضا بعيد.

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

ص: ١١٧

الأولى:روايه ابن ابي عمير فى رجل باع جاريه حبلى و هو لا يعلم فإن السؤال فى هذه الروايه عن بيع أم الولد و الآ لم يكن لذكر جهل البائع فى السؤال فائده فان ماله فائده انما هو جهل المشتري فإنه مع الجهل يكون له خيار العيب و اما مع عدم الجهل فلا يكون له خيار لإقدامه بذلك البيع و أما إذا كانت الجاريه أم ولد،فجهل البائع له فائده فإنه مع عدم الجهل بالحمل لا يمكن له بيع الجاريه لكونها أم ولد.

الثانيه:صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام(فى رجل) يشتري الجاريه الحبلى فينكحها قال يردها و يكسوها فان قوله عليه السلام يكسوها مشعره بما ذكرناه حيث انه ثبت فى الشريعه المقدسه أن الكسوه ثبت للحره يطؤها و حيث ان أم الولد فيها شأنه الحره فلهذا اثبت الامام عليه السلام فيها الكسوه.

و الحاصل:أنه ذكر المصنف أن الاخبار المذكوره و ان كانت ظاهره فى بادى النظر فى ما ذهب اليه المشهور من كون الوطى غير مانع عن رد الجاريه الحامله

**و لكن لا بدّ من رفع اليد عن هذا بوجوه و حملها عن أم الولد**

**الأول:أن الجمله الخبريه الفعلية فيها**

و هى قوله عليه السلام يردها ظاهره فى الوجوب و هى لا تصح إلا فى حمل الجاريه على أم الولد لوجوب ردّها الى مالکها من جهه بطلان البيع فيها فلو حملناها على غير أم الولد فاما لا بدّ من رفع اليد عن ظهور الجمله الخبريه فى الوجوب و حملها على جواز الرد و هو خلاف الظاهر منها و اما إبقائها فى ظاهرها و لكن يحمل الوجوب على دفع توهم الحظر من جهه الإطلاقات الداله على مانعيه ردّ الوطى و هذا أيضا خلاف الظاهر من الوجوب.

و بعباره أخرى حمل البيع على البيع الصحيح يستلزم الارتكاب بأحد

خلافى الظاهر من كون الجملة الخبرية الواقعة فى الروايه ظاهره فى الوجوب كما هو واضح.

### **الثانى: أن المنافع المستوفاه انما هى للمشتري**

لكونها فى ملكه و حمل الروايات على غير أم الولد يستلزم أن تكون تلك المنافع للبائع لأن تلك الأخبار تدل على ردّ عشر قيمه أو نصف عشر قيمه و عليه فلا بد اما من الالتزام بكون المنفعه هنا للبائع تخصصا للقاعده الداله على ان المنافع الملك للمالك أو من الالتزام بكون الفسخ من الأول لا من حين الفسخ و هذا أيضا بعيد جدا.

### **الوجه الثالث: أن الالتزام بعدم حملها على أم الولد و القول بجواز**

وطى الجاربه الحامله غير مانع عن الرد

لزم الالتزام بتقييد ما دل بإطلاقه على مانعيه الحدث و التصرف من الرد لكونه كاشفا عن الرضا بالعقد و منافيا لإطلاق ما دل على مانعيه خصوص الوطى عن الرد و هذا أيضا بعيد.

### **الرابع: قد وقعت الإشاره فى مرسله ابن عمير الى كون الجاربه**

أم ولد

لأنه وقع فى السؤال فيها أنه باع جاربه حبلى و هو لا يعلم و من الواضح أنه لا أثر لجهل البائع فى بيع غير أم الولد و أما فى بيع أم الولد فله أثر لأنه مع العلم بكونها أم ولد لا- يبيعها و أيضا ذكر فى الصحيحه أنه يرد الجاربه و يكسوها و من الواضح أن الكسوه انما هى وقعت فى طلاق الحره مع عدم فرض المهر لها و حيث أن أم الولد متشبهه بالحره قد ذكر الامام عليه السلام فيها الكسوه.

### **الوجه الخامس: أن هذه الأخبار الداله على جواز ردّ جاربه الحامله**

بعد الوطى

و عدم مانعيه الوطى عن الرد فيها ظاهره فى أن الرد انما وقع بعد تصرف المشتري فى الجاربه بغير الوطى من مثل اسقنى الماء و أغلق الباب و مقدمات الوطى و غير ذلك من التصرفات التى يبعد عاده، بل

يستحيل خلو المشتري عنها و لا أن الجاربه تنفك عنها و تقييد هذه الروايات بصوره عدم هذه التصرفات تقييد بها بالفرض النادر.

نعم، التزمنا بالتقييد بذلك فى غير هذه الأخبار مما دل على ردّ الجاربه بعد مده طويله كسته أشهر على ما تقدم و انما التزمنا على ذلك من جهه الدليل الدال على لزوم العقد بالتصرف و لكن لا داعى لهذا التقييد هنا لعدم إمكان تقييد ما دل على رد الجاربه بعد مده طويله بنحو آخر و لكنه يمكن تقييدها بنحو آخر فى المقام، فإنه يمكن تقييد الحمل هنا بكونه من المولى لتسلم هذه الأخبار الداله على رد الجاربه الحامله بعد الوطى عن جميع التقييدات المتقدمه كما لا يخفى.

غايه الأمر أن هذه الاخبار تعارض مع ما دل على منع الوطى عن الرد بالعموم من وجه فيبقى ما عدا الوجه الثالث مرجحا لتقييد هذه الأخبار.

و توضيح ذلك أن هذه الأخبار أخص من حيث اختصاصها بصوره الحبل و عدم شمولها لموارد الوطى بأجمعها و لكنها مطلقه من حيث كون الحمل من المولى لتكون الجاربه أم ولد أو من غير المولى لثلاثا تكون الجاربه أم ولد و الأخبار الداله على مانعيه الوطى عن الرد فهى أخص من حيث موردها و هو البيع الصحيح و عدم شمولها الجاربه التى هى أم الولد لأن الكلام فيها قد فرض فى البيع الصحيح و من الواضح أن بيع أم الولد سواء كان مع العلم أو بدونه ليس بصحيح فلا تكون شامله لأم الولد و لكنها أعم من حيث كون الوطى وطيا للجاربه الحامله أو الحائله لإطلاقها و ح تقع المعارضه بينهما و الوجوه المتقدمه مرجحه لها و على تقدير التكافؤ و التساقط و جب الرجوع الى عموم ما دل أن احداث الحدث مطلقا مانع عن الرد لكونه رضى بالبيع ثم ذكر أنه يمكن الرجوع الى ما دل على جواز الرد مع قيام العين كمرسله جميل بن دراج المتقدمه ثم ذكر أنه مع المناقشه فى عموم ما

دل على عدم جواز الرد بمطلق التصرف وجب الرجوع الى أصله جواز الرد الثابت قبل الوطى و لكن يبقى أن لزوم العقر على المشتري بنصف عشر قيمه أو عشرها بلا وجه و لكن يمكن إثباته بعدم القول بالفصل لأنه كلمن قال بلزوم رد الجارية الحامله بعد الوطى قال بذلك مع العقر و كلمن لم نقل لم نقل بذلك مطلقا.

و الحاصل: أن المصنف أثبت في النتيجة ما ذهب اليه صاحب الرياض و غيره من حمل الأخبار المذكوره على أم الولد و أن وطى الجارية الحامله أيضا مانع عن الرد كما هو واضح فافهم هذه هي محصل الوجوه التي ذكرها المصنف و العمده منها هي الوجه الأول و الخامس.

أقول:

### **الأولى: ما ذهب اليه المشهور من جواز ردّ الجارية الحامله بالوطى**

و عدم حملها بأم الولد

و الوجوه التي ذكرها المصنف تأييدا لحملها على أم الولد و كونها أجنبيه عن جواز رد الجارية الحامله بعد الوطى لا ترجع الى محصل أما الوجه الأول الذى هو من عمده الوجوه فجوابه أن ما ذكره من كون الجمله الخبريه ظاهره فى الوجوب فهو متين و لكن ذلك لا- يوجب حملها على أم الولد حفظا لظاهرها بل هي ظاهر فى الجارية الحامله من غير المولى فالجمله و ان كانت ظاهره فى الوجوب و لكن القرينه دلت على كون الوجوب فى مقام دفع توهم الحظر الناشى من المطلقات الداله على مانعيه الوطى من الرد، فلا- تحمل الجمله الإنشائية على الجواز ابتداء ليكون ذلك الحمل على خلاف الظاهر، بل تدل على دفع توهم الحظر و لازم ذلك هو جواز الرد لا وجوبه فالجمله باقيه على استعمالها فى الوجوب، و لكن فى الوجوب فى دفع توهم الحظر و يلزم عليه الجواز و الذى يدل على اراده الحمل من غير المولى ما وقع فى بعض تلك الروايات المقابله بين الجارية الحبلية إذا وطئها المشتري فحكم الامام عليه السلام بردها و بين الجارية التي

ص: ١٢١

ليست بحبلى و وطئها المشتري حيث حكم الامام عليه السلام الله بعدم جواز ردها فهذه المقابله تدل على أن الرد و عدم الرد قد ورد أعلى الورد واحد و من الواضح أن يقبل هذه المقابله، أى الرد تاره و عدم الرد اخرى هو البيع الصحيح لا الباطل فتكون أم الولد خارجه عن حدود تلك الاخبار بل الأمر كك إذا لم تكن هنا مقابله حيث ان كلمه ترد الجاربه صريحه فى إرادته البيع الصحيح دون الفاسد فلا- يمكن حمل الجاربه ح على أم الولد و ذلك أن من الواضح جدا أن المراد من الرد ليس هو الرد الخارجى الحقيقى لبداهه عدم وجوب ذلك حتى مع كون الجاربه أم ولد و بطلان البيع لجواز إبقاء الجاربه عند المشتري بالإجازة أو بالإجاره و نحوهما بل المراد من الرد هو الرد الاعتبارى أى الرد الى ملك البائع.

و بعبارة أخرى أن المراد هو الرد الخارجى و لكنه كناية عن الرد الاعتبارى و من الواضح أن الرد الى ملك البائع لا يمكن الا بالفسخ بعد كون البيع صحيحا فلا يعقل صحه المعامله مع كون الجاربه أم ولد لبطلان البيع مع ذلك.

و الذى يدل على هذا المعنى و على كون الوجوب لدفع توهم الحظر ما فى صحيحه ابن سنان من استشهاد الامام(عليه السلام)بقوله لا ترد الجاربه التى ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها حيث انه لا وجه لذلك بعد كون الجاربه أم ولد و بطلان البيع فإنه مع بطلان البيع أى معنى لاستشهاده عليه السلام بقسم خاص من البيع الصحيح و أنه لا ترد الجاربه فى هذا القسم فتدل هذه المقابله على كون الصورة الاولى و هو رد الجاربه الحامله مع الوطى فى البيع الصحيح أيضا و هذه الفقرة أى الاستشهاد بكلام على عليه السلام أيضا تدل على كون الوجوب لدفع توهم الحظر حيث انه توهم السائل من المطلقات عدم جواز رد الجاربه بعد الوطى مطلقا فدفع الامام عليه السلام

ذلك التوهم باختلاف الموردين.

و بالجمله ففي الروايه قوه ظهور على ما ذكرناه كما لا يخفى، فالجمله الخبريه انما استعملت فى الوجوب و فى مقام إنشاء الحكم من غير اراده الجواز منها ليكون خلاف الظاهر منها و لكن فى دفع توهم الحظر و لازم ذلك هو الجواز فإنه بعد بيان اختلاف الموردين بدفع توهم الحظر يعلم أن فيما نحن فيه يجوز الرد كما أن للروايه قوه ظهور فى أن المراد من الرد هو الكنايه عن فسخ العقد و أن الرد خارجى و لكن ذلك كنايه عن الرد الاعتبارى و هو الرد الى الملك و فسخ العقد فافهم ذلك و اغتنم.

و الحاصل: أن المستفاد من كلمه يرد فى الروايات أن المراد منها هو جواز رد الجاربه الحامله من غير المولى بعد و طى المشتري لها فان الرد كنايه عن الرد الى الملك لعدم وجوب الرد الخارجى قطعاً لو كان المراد من الحمل كونها حامله من المولى فتكون الروايات خارجه عن أم الولد موضوعاً و تدل على ذلك مقابله الرد مع عدم رد الجاربه بعد الوطى إذا لم تكن حامله و تكون نفس هذه المقابله قرينه على كون الجمله الخبريه الداله على الوجوب واقعه فى مقام توهم الحظر.

و ما افاده المصنف من الوجه الأول الذى هو العمده لا يتم.

أما ما افاده ثانياً من بعد كون المنافع المستوفاه فى ملك المشتري للبائع كما يقتضيه وجوب رد نصف العشر على البائع و هذا بخلاف ما إذا حملنا الروايات على أم الولد فإن إعطاء نصف العشر أو العشر من قيمه فى مقابل الوطى كما أن فى و طى الحره شبهه يوجب مهر المثل على الواطى فهو أيضاً واضح الدفع فان ذلك حكم قد صدر من الشارع فى مورد تعبداً فلا بد من العمل به كما هو واضح.

ص: ١٢٣

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

و أما الوجه الرابع: أعنى دلالة بعض الروايات على حمل الجاربه الحامله على أم الولد و هى تقييد البيع بجهل البائع ففيه.

أولاً: أن ذلك التقييد انما وقع فى كلام الراوى و لا فائده له ح فان من يتلى بأسأله العوام يعلم أن فى سؤالاتهم قيود لا فائده فى ذكرها أصلاً.

و ثانياً: أن فائده التقييد ليس منحصرًا بكون الجاربه أم ولد بحيث لو لم يكن البائع عالماً بذلك لما باع و أما لو كانت الجاربه غير أم ولد فلا فائده للتقييد أصلاً فيكون لغوا لإمكان أن يكون التقييد من جهه بيان موضوع الخيار و أنه لو كان عالماً لبيّن عيب الجاربه و هو الحمل و ح لما كان للمشتري خيار أصلاً فيكون الغرض من التقييد هو الأثر الوضعى و يمكن أن يكون الغرض من ذلك هو رفع الحكم التكليفى أيضاً فإنه لو كان البائع عالماً بالعيب لكان يبعه بدون بيان غشا محرماً و بعيد من المسلم أن يرتكب بذلك و انما أقدم عليه جهلاً و كيف كان فلا دلالة فى هذا التقييد على ما ذكره المصنف و أما ذكره الكسوه فى روايه ابن مسلم فهو انما يشعر بما ذكره المصنف إذا قلنا ان الواجب على المشتري لزوم رد نصف عشر قيمه أو عشر قيمه و أما إذا قلنا أنها أحد أفراد الواجب المخير كما سنذكره، فلا اشعار فيها أصلاً بما ذكره المصنف.

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



هذا بخلاف ما لو حملناها على أم الولد فإنه لا داعى لهذا لتقييد أصلا وفيه:- أولا: أنه لا دليل على كون التصرف مطلقا مسقطا للرد و انما المسقط هو احداث الحدث للنص الخاص على ما تقدم بل يلتزم به المصنف أيضا إلا إذا كان كاشفا عن الرضا بالعقد نوعا و قد ناقشنا فى ذلك أيضا.

و ثانيا: أنه بعد ما قلنا بجواز رد الجارية الحامله بعد وطى المشتري بها فيدل ذلك بالالتزام على أن التصرفات التى لا تخلو الجارية عنها من مقدمات الوطى أو مثل ناولنى الماء و أغلق الباب لا يكون مانعا عن الرد فتكون هذه الروايات مقيده لما دل على كون التصرف مسقطا للرد كما هو واضح.

و أما ما ذكره من أن غايه الأمر وقوع المعارضه بين ما دل على مانعيه الوطى عن الرد مطلقا و بين ما دل على عدم مانعيه إذا كان الوطى للحامله بالعموم من وجه فبناء على ما ذكرناه من حمل الأخبار الثانيه على الحمل من غير المولى فلا تصل النوبه إلى التساقت كما هو الصحيح و قد عرفت عدم تماميه شىء مما ذكره المصنف ليكون مرجحا لما ذكره و قلنا ان المتعين حمل هذه الاخبار على غير أم الولد و مع الغض عن ذلك فتسقط كلتا الطائفتين بالمعارضه.

فح فلا- مانع من الرجوع الى عموم ما دل على جواز الرد بالعيب إلا مع احداث الحدث و هو روايتان:- إحداهما: حسنه زاراه المتقدمه فإنها بعمومها تدل على الجواز لقوله عليه السلام أيما رجل، ألح.

و الثانيه: مرسله جميل بن دراج فإنهما تدلان على جواز الرد مع بقاء العين و عدم احداث الحدث فمفهوم الحسنه هو أن التصرف ما لم

يحدث حدثا في المتاع لا يوجب الرد و الخارج من المفهوم هو وطى المشتري الجارية للروايات الداله على أن الوطى مانع من الرد و المفروض أنها ابتليت بالمعارضه فى صورته كون الجارية حامله و سقطت كلتا الطائفتين فح نرجع الى هاتين الروايتين الداليتين على جواز الرد بالعيب مطلقا الا فى صورته إحداث الحدث.

و بالجمله فمقتضى الروايتين هو جواز الرد بالعيب مطلقا و عدم مانعيه التصرف عنه الا إذا كان موجبا لإحداث الحدث و قد خرج عن ذلك و طى الجارية فإذا سقط دليله بالمعارضه فنرجع الى ذلك أيضا فنحكم بجواز الرد لهذا العموم فان قوله عليه السلام أيما رجل عام و أما لزوم العقر على المشتري فنثبت ذلك بعدم القول بالفصل، فافهم.

و هذا الذى ذكرناه غير ما ذكره المصنف على فرض التساقط فإنه ذكر أنه إذا تساقطت كلتا الطائفتين و وقعت الخدشه فى عموم ما دل على المنع عن الرد بمطلق التصرف و جب الرجوع الى أصله جواز الرد الثابت قبل الوطى ثم اثبت لزوم العقر على المشتري بالإجماع المركب أما ما ذكره تقدير الخدشه فى عموم ما دل على مانعيه التصرف عن الرد، فهو مسلّم، لما عرفت من عدم الدليل على كون التصرف مانعا عن الرد، بل التلف أيضا كك، بل لم يلتزم به المصنف أيضا على إطلاقه و انما ذكر كون التصرف مسقطا إذا كان كاشفا نوعيا عن الرضا بالعقد.

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

و من هنا ذكر المصنف فى كتاب الرسائل أنه لو توضحاً أحد بماء أحد الإنائين المقطوع أحدهما بالنجاسه و توضحاً غفله فإنه يحكم بطهاره بدنه لمكان استصحاب الطهاره و بقاء الحدث على حاله لاستصحاب الحدث مع أنه نطق بالملازمه بينهما فى الواقع و المقصود أن الملازمه الواقعيه لا- تقتضى القول بها فى مفاد الأصول ففى المقام أن جواز الرد و ان كان ثابتاً بالأصل و لكن لا يترتب عليه عدم القول بالفصل بين جواز الرد و بين ثبوت العقر على المشتري لعدم غرابه التفكيك بينهما.

و أما بناء على ما ذكرناه فلا يجرى ذلك لأن جواز الرد قد ثبت بالأصل اللفظى و بالروايه فلا محاله لا يمكن التخطى من لوازمه أيضاً فيجوز إثبات كون العقر على المشتري بعدم القول بالفصل.

ثم انه مما لا- بدّ من التنبيه عليه و هو أنه بناء على حمل تلك الاخبار على الحامل من غير المولى كما اخترناه فلا فرق فيه بين البكر و الثيب حتى مع كون إزاله البكاره جنايه لأنه مع دلالة النص على جواز الرد فلا مجال للمناقشه فى ذلك.

و أما مع الإغماض عن ذلك و الحكم بالتساقط على التقريب الذى ذكرناه فلا بدّ من الفرق بين البكر و الثيب لأن الروايات التى رجعنا إليها بعد تساقط هاتين الطائفتين إنما دلت على جواز الرد مع عدم احداث الحدث و أما مع احداث الحدث فلا يجوز الرد و من الواضح جدا أن ازاله البكاره من البكر من أوضح أفراد احداث الحدث فلا يجوز الرد مع ذلك.

ثم انه ربما يقيد هذه الأخبار بكون الحمل من المولى بوجه سادس غير ما ذكره المصنف من الوجوه، و حاصله أن هذه الأخبار الداله على جواز الحامل بعد الوطى مطلق من حيث كون الواطى عالماً بالحمل أو جاهلاً به

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

و ثانيا أن النسبه بين وطى الجارية مع العلم بكونها حاملا و بين سقوط الرد بالوطى عموم من وجه فإنه قد يكون الوطى مع العلم به راضيا بالعقد فح يسقط الرد و قد يكون الرضا بالعقد بدون الوطى و قد يطئها و لكن ناسيا للحمل أو غفله عن ذلك أو مترددا فى أنه يفسخ أولا أو بانيا على أنه لا يفسخ ففى هذه الصور كلها لا يسقط الرد فان مجرد الوطى لا دليل على كونه مسقطا للرد إلا- فى غير مورد الحمل للروايات المطلقة المقيدة بهذه الروايات و اذن فلا دلالة فى وطى الجارية مع العلم بحملها على الرضا بالعقد كما هو واضح.

فتحصل أن الظاهر هو كون هذه الأخبار ناظره الى ما ذهب اليه المشهور فلا- وجه لما ذهب إليه الإسكافى و تبعه جمله من الأعاظم و قربه المصنف بالوجه المذكوره.

ثم انه يحكم بثبوت نصف عشر قيمه مطلقا سواء كانت الجارية بكر أم

ثيبا أو يحكم بثبوت نصف العشر في الثيب، وأما البكر فلا- فيها من رد عشر قيمه فالمشهور بين الأصحاب، بل عن الانتصار دعوى الإجماع على اختصاص نصف العشر بالثيب، وعدم شمول ذلك للبكر إذا كانت حاملا بالسحق أو بالوطى من الدبر، أو نحو ذلك، ولكن ذكر المصنف الا أن يدعى انصراف إطلاق الفتاوى ومعقد الإجماع كالنصوص الى الغالب من كون الحامل ثيبا فلا يشمل فرض البكر بالسحق أو بوطى الدبر، ولذا ادعى عدم الخلاف في السرائر على اختصاص نصف العشر بالثيب و ثبوت العشر في البكر ثم ذكر بل معقد إجماع الغنيه بعد التأمل موافق للسرائر إلخ.

أقول: لا مدرك لما ذكره في السرائر من ثبوت نصف عشر قيمه في الثيب و عشر قيمه في البكر إلا مرسله الكافي من أنه ان كانت بكرا فعشر قيمتها و ان كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها، و ان قلنا بكون الشهره جابره لضعف الروايه صغرى و كبرى ان قلنا بكون المشهور مستندا في فتياهم على نصف عشر القيمه في الثيب و عشر القيمه في البكر الى هذه الروايه و قلنا بكون الشهره جابره لضعف الروايه فلا بأس لكونها مستندا للتفصيل، و لكن ذلك ممنوع صغرى و كبرى.

و أما ما ورد في روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله، عن الصادق عليه السلام الله: من أنه يرد الجاربه و يرد معها شيئا غير مناف لإعطاء نصف عشر القيمه لإمكان انطباق الشيء عليه على أن المظنون أن الروايه ضعيفه السند.

و أما ما فى روايه عبد الملك بن عمرو عن ابى عبد الله عليه السلام فى رجل يشتري الجاربه و هى حبله فيطأها، قال: يردّها و يرد عشر قيمتها، فهى أيضا لا تدل على وجوب رد عشر القيمه فى البكر، لأنها أولا ضعيفه السند و ثانيا أن حملها على البكر حمل للمطلق على المورد النادر فان كون

البكر حاملا بالسحق أو بالوطى بالدبر، لا يتفق الا نادرا و لعله لم يتفق الى الآن إلا مره أو مرتين، فلا يمكن حمل المطلق على مثل هذا الفرد النادر و ح إبقائها على إطلاقها يقتضى المعارضه مع الروايات الكثيره فلا بدّ من تقديمها على هذه الروايه لكونها مشهوره فإن نصف العشر قد رواها المشهور بخلاف عشر القيمه.

و من هنا ذكر بعضهم أنه سقط منها لفظ النصف قبل كلمه عشر قيمتها و أنها كسائر الروايات من حيث المفاد، بل قيل أن الصدوق ردها مع اضافته كلمه نصف قبل كلمه عشر، و أما ما فى صحيحه محمد بن مسلم من أنه يرد الجاربه و يكسوها فحمل الكسوه على كونها مساويه لنصف عشر القيمه كما صنعه المصنف بعيد و حمل بلا موجب، بل الصحيح أن يقال أنه أحد أفراد الواجب المخير فيكون المشتري مخيرا بين ردّ نصف عشر القيمه و إعطاء الكسوه لكون الروايه صحيحه من حيث السند، و واضحه الدلاله فلا وجه لرفع اليد عنها و حملها على شيء آخر كما إذا ورد وجوب الإتمام فى مورد و ورد فيه أيضا تعين القصر فحيث انه قامت الضروره على عدم وجوب صلاتين فى يوم واحد فترفع اليد عن كون الأمر ظاهر فى التعين فيهما فنحملهما على التخيير.

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

دعوى فاسده لأنه يختلف نصف عشر القيمه فى الثيب مع نصف عشرها فى البكر حيث ان قيمه البكر أكثر من الثيب فإذا رد معها إلى البائع نصف عشر قيمتها تنجبر معه جنايه البكر و أرش ازاله البكاره مثلا إذا كانت قيمه الثيب عشرين و قيمه البكر خمسين فيكون نصف العشر فى الثيب دينار و فى البكر دينارين و نصف، فيكون التفاوت بينهما تفاوتاً بين و طى الثيب و و طى البكر و ازاله بكارتها.

ثم انه هل يشمل الوطى فى الدبر أيضا أم لا؟ فقد توقف المصنف فى ذلك من حيث ان إطلاق الوطى يشمل فيجوز ردها مع وطئها فى دبرها أيضا و من حيث انه يمكن دعوى انصرافه إلى الوطى المتعارف فيقتصر فى مخالفه العمومات على ظاهر اللفظ فلا يجوز ردها بعد الوطى فى دبرها و لكن الظاهر أنه لا وجه لتوقف المصنف سواء قلنا بشمول الإطلاقات له أو قلنا بانصرافها عنه و ذلك.

أما بناء على شمول الإطلاق له فواضح.

و أما بناء على انصراف لفظ الوطى عنه و عدم شمول الإطلاق له فمن جهة أنه لا يكون ح مشمولاً لما دل على عدم جواز الرد بالوطى أيضا فكلمه الوطى فى كلا الموردین قد استعملت على نسق واحد فلا وجه لدعوى شموله للوطى فى الدبر فى تلك الأخبار و عدم شموله له فى هذه الأخبار و قد ذكرنا سابقاً أن الوطى بما هو و طى ليس إحداثاً للحدث حتى يمنع عن الرد كما هو واضح فعلى كل حال فلا وجه لدعوى أن الوطى فى الدبر يمنع عن رد الجارية.

و أما اللبس و التقييل و نحوهما من مقدمات الوطى فلا ينبغي التعرض لها أصلاً فإن من الواضح جداً أن الوطى لا يخلو عن تلك المقدمات إلا- إذا كان الواطى حيوان فالملازمه العاديه تقتضى عدم الانفكاك بينهما و إذا فالنص الدال على جواز ردّ الحامل بعد الوطى يدل على جواز ردها مع وقوع هذه المقدمات عليه بتلك الملازمه العاديه فلا نحتاج ح الى دعوى الأولويه أصلاً.

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

الرد مع التصرف لا نفى تأثير عيب الحمل.

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

#### قوله الرابع: من المسقطات حدوث عيب عند المشتري

أقول: ذكر المصنف أن حدوث العيب فى المبيع قد يكون قبل القبض و قد يكون بعده و ما كان بعده قد يكون فى زمن الخيار للمشتري و قد يكون بعده، فقال ان مورد البحث هنا هو العيب الحادث بعد القبض و بعد مضى زمان الخيار أى خيار الحيوان و الشرط و المجلس بناء على الحاقه بهما فان ذلك يوجب سقوط حق الرد و عدم جواز رده على البائع لكونه إحداثا للحادث و أما إذا كان قبل القبض أو بعده و لكن فى زمن الخيار فلا يكون مسقطا للرد.

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

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



و لكن التحقيق هو التفصيل فى المسأله بأن نقول ان حدوث العيب بعد العقد ان كان قبل القبض فلا يكون مانعا عن الردّ و أما إذا كان بعد القبض كان مانعا عن الردّ، و ان كان فى زمن الخيار و ان كان الضمان على البائع و ذلك لأن روايه زراره دلت على أن من أحدث فى المبيع بعد ما قبضه ليس له أن يرده فتدل هذه الروايه على عدم جواز الردّ بعد القبض و أما قبل القبض فلا.

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

ثم ان هذا الذى ذكرناه من البحث تطفلى من جهة و استقلالى من جهة أخرى من جهة أنه يجوز الردّ بعد حدوث العيب قبل القبض أو بعده فى زمن الخيار أو بعد زمان الخيار فالبحث استقلالى فمن جهة أن الضمان على البائع أولا فالبحث تطفلى فإنه يأتى فى أحكام الخيار و أحكام القبض و انما المهم الذى عقد له البحث هنا هو أن التعيب فى زمان الخيار هل يبقى حكمه اعنى الضمان بعد زمان الخيار أم لا؟ و حاصل الكلام: أن مورد بحثنا هو حدوث العيب فى المبيع المعيوب عند المشتري و أنه هل يكون مانعا عن الردّ أو لم يكن كك سواء كان قبل

القبض أو بعده فى زمان الخيار أو بعد زمان الخيار فذكر المصنف أن مورد بحثنا هو حدوث العيب فى المبيع الذى كان معيوباً عند المشتري هو حدوث العيب بعد زمان الخيار و أنه هل يكون مانعاً عن الردّ بالعيب السابق أولاً و أما حدوث العيب قبل القبض و بعد البيع أو فى زمان الخيار فلا شبهه فى عدم كونه مانعاً عن الردّ

### تفصيل الكلام هنا يقع فى جهتين:-

#### الاولى: أن العيب الحادث بعد زمان البيع و قبل القبض

أو فى زمان الخيار و بعد القبض أو بعدهما هل يكون موجبا لحدوث الخيار الآخر غير خيار الثابت بالعيب الحادث قبل البيع عند البائع أم لا؟ و الوجه الثانى فى أن العيب الحادث بعد البيع و قبل القبض أو بعده و فى زمان الخيار أو بعده هل يكون مانعاً عن الردّ بالعيب السابق على العقد أم لا يكون كك و الظاهر المشهور بل المجمع عليه أنه لا يجوز الردّ بالعيب الحادث عند المشتري و انما له مطالبه الأرش فقط كما هو ظاهر و المدرك لذلك مرسله جميل المتقدمه الداله على عدم جواز الردّ مع عدم بقاء العين بعينها و من الواضح أن حدوث العيب يوجب عدم بقاء العين على حالها.

و تدل على ذلك أيضاً روايه زرارته التى هى العمده فى المقام فانا ذكرنا أن قوله عليه السلام أحدث كناية عن حدوث الحادث فى الحيوان بأى نحو كان و ان لم يكن باختيار من المشتري أو بفعله، بل صدر منه الحادث فى حال الغفله أو عن الغير إذ لا خصوصيه فى حدوثه من المشتري بحيث يستند الحادث إليه فى حال اختيار فتدل الروايه على مانعيه إحداث الحادث فى يد المشتري بأى نحو كان عن الرد فى الجملة كما هو واضح.

و انما الكلام فى أن حدوث العيب بعد البيع و قبل القبض أو بعد القبض و فى زمان الخيار، هل يكون سببا لحدوث الخيار أو مانعاً عن الردّ

أم لا؟ فنقول ان مرسله جميل و ان كانت مطلقه بالنسبه الى بعد البيع مطلقا و انها دلت على عدم جواز الردّ بالعيب الحادث بعد العقد و لكن العمده فى المقام هى روايه زراره و هى دلت على جواز الردّ بالعيب الحادث قبل القبض و بعد العقد للعيب السابق على العقد و أن حدث هنا عيب أيضا و أنه لا تمنع عن الردّ بالعيب السابق.

و على الجملة أن مقتضى القاعده و مقتضى روايه جميل و ان كان هو مانعيه العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض عن الردّ بالعيب السابق و الخيار بنفس هذا العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض و لكن مقتضى روايه زراره هو عدم مانعيه العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض عن الردّ بالعيب السابق على العقد.

### **و أما إذا حدث العيب بعد القبض و فى زمان الخيار فهل يكون ذلك**

مانعا عن الردّ بالعيب السابق على العقد أم لا.

فنقول: ان الظاهر و ان كان عدم ثبوت الملازمه العقليه بين كون العيب الحادث فى زمان الخيار سببا للخيار و بين كونه مانعا عن الردّ بالعيب السابق و أن احدى الجهتين غير مربوطه بالجهد الأخرى عقلا-الا- أن مقتضى الفهم العرفى و الارتكاز العرفى هو ثبوت الملازمه بين كون العيب الحادث قبل القبض و بعد العقد أو بعد القبض و فى زمان الخيار بنفسه سببا للخيار و غير مانع عن الردّ بالعيب السابق بأن يكون مؤكدا له و بين عدم كونه سببا للخيار و مانعا عن الردّ بالعيب السابق و ان قلنا فى المسأله الاولى أعنى مانعيه العيب عن الردّ فى صورته حدوث العيب قبل القبض و بعد العقد من جهة روايه زراره كما هو واضح.

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

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

و حيث ان العرف يفهم الملازمه بين كون حدوث العيب فى زمان الخيار أو قبل القبض سببا للخيار و بين عدم كونه مانعا عن الرد فلا- بدّ من التكلم فى الجبهه الأخرى و هى أن حدوث العيب هل يكون سببا لثبوت الخيار أم لا-؟ فنقول انه قد ثبت فى الشريعه المقدسه أن التلف أو العيب قبل القبض يكون من مال البائع فهذا المعنى يتصور على وجوه:- الأول: أن يكون المراد من كون ضمانه عليه أن دركه عليه بأن يخرج البائع عن عهده ضمان المال حين التلف على النحو الذى تلف أى على القيمة التى تلف عليها مثلا- إذا كان المال حين التلف يساوى بعشره دنانير فيكون ذلك من البائع و هذا المعنى بديهى البطلان فان لازم ذلك أن يكون أضعاف قيمه المبيع على البائع فى بعض الأحيان كما إذا باع المتاع بقيمه رخيص أو ترقى قيمه السوقيه و هذا لم يلتزم به أحد، بل لم يحتمله أحد على ما نعلم.

الثانى: أن المراد من كون الضمان قبل القبض أو فى زمن الخيار أى خيار الحيوان و الشرط بالأصالة كما تقدم و خيار المجلس بالإلحاق هو كون عهده المال من التلف و التعيب على البائع كما كان له قبل البيع فح كان للقول بكون العيب موجبا لجواز الرد له وجه وجيه، و لكن لا- دليل على تنزيل العيب فى زمن الخيار أو قبل القبض على التعيب قبل العقد بحيث يكون هذا مثله بل الظاهر هو الوجه الثالث و هو ان يكون ضمان العيب و التلف

فى زمن الخيار و قبل القبض على البائع بمعنى أن يفرض البيع كلاً- بيع و كأنه لم يكن هنا بيع و التعيب و التلف انما كان فى ملك البائع و على هذا فان تلف المبيع يفسخ البيع من أصله و الا فكان له مطالبه ضمانه و هو الأرش أى يطلب من البائع جزء من الثمن و أما جواز الرد فلا يستفاد من هذا القاعدة نعم ثبت بروايه زراره جواز الرد أيضا قبل القبض.

و الحاصل: أنه لا- دليل على جواز الرد بعد تعيب المبيع إلا إذا كان ذلك قبل القبض و بعد البيع و أما فى غير هذه الصور فلم يثبت الرد بل لا شىء على البائع أصلاً كما إذا كان التعيب بعد انقضاء الخيار أو عليه إعطاء الأرش كما إذا كان التعيب فى زمن الخيار كما هو واضح.

### **قوله: و المراد بالعيب هنا مجرد النقص لا خصوص ما يوجب الأرش**

فيعم عيب الشركه،

أقول: قد ذكر المصنف أن المراد بالعيب هنا مجرد النقص فإذا حدث نقص فى المبيع يكون مانعا عن الرد بالعيب السابق و هذا يشمل كلما يكون موجبا لنقص المالىه كنسينا العبد الطحن أو الخياطه و نحو ذلك لا خصوص العيب و النقص الذى يكون موجبا للأرش فقط كزوال وصف الصحه.

أقول: قد عرفت أنه لم يرد فى روايات الباب لفظ العيب حتى نجمد فى ظهوره و صدقه، بل المدرك لما نحن فيه انما هو روايه زراره أو مرسله الجميل فالمذكور فى الاولى هو أن احداث الحدث مانع عن الرد و المذكور فى الثانيه هو أن عدم قيام العين بعينها مانع عن الرد صدق شىء من أحد هذين العوانين فلا يجوز الرد بالعيب السابق، بل يطالب المشتري من البائع الأرش و الا فجاز الرد سواء صدق عليه لفظ العيب أم لم يصدق، فإنه على كل تقدير ليس مناطا للحكم فى المقام و على هذا فلا شبهه فى شمول الروايتين لما حدث فيه عيب، كما إذا اشترى عبدا كان أعمى و صار

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

و أما إذا كان الناقص عند المشتري هو وصف الكمال الذى له دخل فى زياده المالىه كما إذا كان العبد خياطا فزال عنه وصف الخياطه أو كان كاتبا فزال عنه صفه الكتابه و هكذا أو أشتري دابه كانت تحسن الطحن فنسيت ذلك ففى هذه الصوره و ان كان يصدق على العين أنها قائمه بعينها و لكنه يصدق عليه أنه حدث فيه حدث فإنه أى حدث أعظم من الجهل و من النسيان،فيكون ذلك مشمولاً لروايه زراره و ان لم يكن هذا الحدث بغير اختيار من المشتري على ما ذكرناه من أن أحدث كناية عن حدوث الحدث فى المبيع و ان لم يكن باختيار من المشتري كما لا يخفى.

بل يمكن الاستدلال على ذلك بمرسله الجميل أيضا فإن قيام العين و ان لم يناف بظاهره مجرد نقص الأوصاف كما اعترف به بعضهم فى مسأله تقديم قول البائع فى قدر الثمن مع قيام العين الا أن الظاهر من التمثيل لعدم قيام العين بمثل الصبغ و خياطه الثوب يعلم أن المراد من عدم قيام العين هو مطلق حدوث الحدث و ان لم يكن نقصا موجبا لعدم بقاء العين على ما هو عليه،فان مجرد صبغ الثوب و خياطته ليس موجبا لنقصان العين بل ربما يزيد قيمه الثوب،و لكن من حيث أن الثوب بعد الصبغ و الخياطه لا يكون قابلا لصبغ آخر و خياطه أخرى يكون حدثا و موجبا للنقص و من هذا القبيل الوصف الكمال الذى يكون موجبا لزياده قيمه عند بعض و لكن يوجب النقص عند نوع الناس كطحن الحنطه فإن الطحن صفه كمال و توجب زياده قيمه أيضا و مع ذلك الوصف لا يصدق قيام العين بعينها فيكون مانعا عن الرد لكونه موجبا لعدم رغبه نوع الناس اليه كالتجار فإنهم يرغبون فى شرائهم

للتجاره الحنطه دون الطحن لعدم بقاء الطحن مده مديده بخلاف الحنطه فلا يجوز رد العين معه أيضا.

و على الجمل فالمناطق فى عدم جواز رد العين بالعيب السابق هو احداث الحدث و عدم قيام العين بعينها و ان لم يكن الحدث عيبا و موجبا لنقصان المالىه أما الأول بنص روايه زراره و أما الثانى فبقريته التمثيل بالصبغ و الخياطه الذى ليسا من قبيل ما يوجب عدم قيام العين بعينها عرفا.

و لكن الذى ينبغى أن يقال انا لا نعقل حدوث زوال وصف الكمال فى المبيع و مع ذلك لا يكون سببا لنقص المالىه و أما مثل الشركه التى مثل بها المصنف فسيأتى الكلام فيها و عليه فإذا زال وصف الكمال يكون موجبا لنقصان المالىه أيضا فيكون ذلك مانعا عن الردّ من جهه صدق احداث الحدث عليه و عدم قيام المال بعينها الذى أعم من حدوث تغيير فى العين أو حدوث تغيير فى الوصف على ما استفداه من التمثيل بالصبغ و الخياطه.

و أما توهم أن وصف الكمال لا- يقابل بالمال و أما وصف الصحه فيقابل بالمال، فيثبت الأرش فى الثانى دون الأول، كما أشار إليه المصنف فيما يأتى فى جواب العلامه فقد تقدم الكلام فى ذلك مفصلا و قلنا ان مطلق الأوصاف و ان كانت موجبه لزياده المالىه فى العين و لكن شىء منها لا يقابل بالمال، فلا يقال أن العين قيمتها كذا و قيمه بياضها كذا، كما لا يخفى، و من هنا ظهر حكم الوصف الذى ليس بوصف صحه و لا- وصف كمال فزواله لا يوجب المنع عن الرد بالعيب السابق لعدم صدق احداث الحدث على زواله و عدم صدق عدم قيام العين بعينها مع انتفائه كما هو واضح.

و إذا كان التغيير بزياده وصف الكمال فى المبيع بأن كان العبد كاتباً أو عالماً ورعاً أو خياطاً فإنه لا شبهه فى جواز الرد هنا بالعيب السابق و

لا يكون حدوث ذلك مانعا عن الرد بالعيب السابق فان هذا لا يوجب عدم قيام العين بعينها الذى ذكر فى مرسله الجميل و ليس ذلك أيضا نقصا فى العين فان الظاهر من احداث الحدث المذكور فى روايه زراره هو أن يكون الحدث موجبا لنقص كما هو الظاهر منها بمناسبه الحكم و الموضوع أيضا و أما ما يكون وصفا للكمال فلا يكون ذلك نقصا كما هو واضح.

و على الجملة: إذا اشترى المشتري متاعا فوجدها معيوباً بعيب قبل العقد و مع ذلك حدث عنده حدث، و هذا يكون على أقسام:-  
الأول: أن يحدث فى العين عيب عنده و زال عنها وصف الصحة كما إذا كان العبد أعمى و صار أخرس، و هذا لا شبهه فى كونه مانعا عن الرد بالعيب السابق و ينتقل إلى الأرش.

الثانى: أن يكون الحدث نقصان وصف كمال بحيث لا يوجب نقصان المالىه و لا يستلزم الأرش على ما ذكره المصنف، و قد ذكرنا عدم معقوليه ذلك، و على تقدير تعقله فلا يكون ذلك مانعا عن الرد.

الثالث: أن يكون الحادث وصفا و لكن وصف كمال عند بعض و موجبا للنقص عند نوع الناس، كطحن الحنطه فإن الطحن إذا كان قليلا فهو يوجب المزيه و أما فى الكثير بحيث يكون من أمتعته التجاره فهو نقص فلا يرغب به التجار كما يرغبون الحنطه.

الرابع: أن يكون الزائل وصف كمال، كنسيان العبد وصف الكتابه و نسيان الدابه الطحن فلا شبهه فى كون ذلك مانعا عن الرد أيضا كما تقدم الخامس: أن يكون الحدث وصفا لا يوجب زوال وصف الكمال و لا زوال وصف الصحة، بأن لا يكون دخيلا فى المالىه بوجه و هذا أيضا لا يمنع عن الرد.

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



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

### قوله: ثم مقتضى الأصل عدم الفرق في سقوط الخيار بين بقاء العيب

الحادث و زواله.

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

أقول: ان كان المدرك لسقوط الرد هو روايه زواره كما بنينا عليه فلا شبهه في سقوط الردّ و عدم عوده بزوال العيب، و ان كان المدرك لذلك هو مرسله جميل أو هي مع روايه زواره فيعود جواز الردّ بزوال العيب.

و توضيح ذلك أن روايه زواره إنما دلت على اللزوم و عدم الرد باحداث الحدث و من الواضح ان إطلاق ذلك محكم حتى بعد زوال العيب.

و دعوى انصرافها إلى صورته بقاء الحدث فاسده فإن ذلك إنما يتم إذا

استدللنا بها بكلمه أحدث بما أنه فعل ماض، و قلنا بأنه إذا ارتفع العيب يكشف ذلك أن الخيار من الأول لم يرتفع فان المنصرف من أحدث هو أن يكون الحدث حين الرد موجودا و أن البائع لا يأخذ ماله على النحو الذى أعطاه للمشتري كما تقدم ذلك سابقا و أما إذا لم يكن موجودا فلا- يوجب السقوط و لكن لا- نقول هنا هكذا، بل نقول أن مقتضى الروايه هو اللزوم بمجرد احداث الحدث و إطلاقها عدم الفرق بين الزوال و البقاء فنأخذ بإطلاقها و نحكم باللزوم على وجه الإطلاق كما هو واضح، و أما إذا قلنا بأن المدرك لعدم جواز الرد بالعيب السابق بما حدث عند المشتري من العيب.

فتح نقول أن المدارح هو صدق بقاء العين عند الرد و من الواضح أنه يصدق على العين أنها باقيه إذا تعيبت و زوال عنها العيب و على هذا فلا يسقط الخيار إذا تعيبت العين و زال عنها حين الرد بناء على كون المدرك هي المرسله.

و أما إذا كان المدرك هو المرسله مع روايه زراره فلأن مرسله جميل دلت على جواز الرد مع بقاء العين سواء حدث فيها حدث ثم زاله عنها الحدث أم لا، بل كانت العين باقيه على حالها لصدق بقاء العين عرفا ح و ان لم يصدق عليها البقاء بالدقه العقليه و روايه زراره إنما دلت على جواز الردّ باحداث الحدث مطلقا سواء زال عنها الحدث أم لم يزل فالنسبه بينهما هي العموم من وجه فتقع المعارضه بينهما فيما إذا حدث فى العين حدث فزال عنها ذلك، فان مقتضى المرسله هو جواز الرد و مقتضى روايه زراره هو عدم جواز ذلك فتسقطان فى مورد المعارضه فيرجع الى عموم ما دل جواز الرد بالعيب السابق و لكن هذا الكلام هنا مبنى على مسأله أصوليه و هي أن أدله حجيه الخبر الواحد هل تشمل مثل مرسله جميل و ابن أبى عمير و نحوهما التى قيل ان مراسيل هؤلاء مثل الروايات الصحيح و ادّعوا الإجماع

على صحه ما يصح عن هؤلاء،و إذا وصل أسند إلى هؤلاء سقط السؤال عن كيفية السند هل يحكم بصحه روايتهم و ان كانت مرسله و ان اعبر صاحب الحدائق عن مرسله جميل بالصحيحه و على هذا المبني تقع المعارضه المذكوره فمقتضى القاعده هو الذى حققناه،و لكن ذكرنا فى الجزء الأول أنه لا- دليل على حجيه مراسيل هؤلاء و الإجماع الذى ادعوه لا نقطع بتحقيقه و لا بحجيه إذ لا نعلم أن الواقع بين هؤلاء و بين الامام عليه السلام اشخاص موثقين كما هو واضح.

و على هذا فالمدرک ينحصر بروايه زراره و ما ذكرناه من ثمره تلك الكبرى الكليه الأصوليه.

### **ثم إذا كان الحدث مانعا عن الردّ فهل يجوز رده مع رضى البائع بالردّ**

اما مع الأرش أو بدونه أم لا يجوز؟

فقول:ان المشهور هو كون المشتري مخيرا بين أمور ثلاثه:الردّ و الإمضاء مطلقا،أو مع الأرش و أن هذا التخيير ابتدائي و لكن قد ذكرنا سابقا أن الظاهر من الروايه روايه زراره هو أن التخيير بدوا و انما هو بين الردّ و الإمضاء و مع سقوط الرد فيثبت له الأرش فللمشتري ح مطالبه الأرش فقط،ليس الا و قد حملنا على ذلك فيما سبق عباره المبسوط حيث التزم بثبوت الأرش مع اليأس عن الردّ و قلنا أن ما أشكل عليه المصنف من أن الإطلاق يدفع ما ذكر فى المبسوط و قلنا هناك انه لا إطلاق هنا حتى ينافيه و لكن الظاهر أن ما ذكره المصنف صحيح حيث ان إطلاق روايه زراره الداله على اللزوم بمجرّد احداث الحدث مطلقا محكم فيكون دافعا لما ذكره فى المبسوط إذ بناء على الأخذ بالإطلاق أنه لا يجوز الرد مع احداث الحدث بل تصل النوبه إلى الأرش و لكن مع رضائه البائع بالرد جاز الرد لا من جهه الروايه،بل لكونه اقاله لجوازها.

و أما مع عدم رضا المشتري بالرد حتى مع عدم الأرش لما أحدثه من الحدث فلا ملزم للرد، بل تصل النوبه إلى الأرش و أما بناء على ما ذكره الشيخ فى المبسوط فلا تصل النوبه إلى الأرش مع رضى البائع بالرد مع الأرش بما أحدثه المشتري أو بدونه إذ لم يحصل اليأس من الرد بعد حتى تصل النوبه إلى الأرش.

و على الجملة بناء على الأخذ بإطلاق روايه زواره لا- يجوز للمشتري أن يرد المبيع مع احداث الحدث و تصل النوبه إلى الأرش، و أما مع رضا البائع بالرد و رضا المشتري بذلك فلا شبهه فى جوازه لكون ذلك مثل الإقاله فلا يحتاج إلى روايه و لكن للمشتري أن يرضى بذلك و أن لا يرض و يطالب الأرش و لكن بناء على قول المبسوط فلا تصل النوبه إلى الأرش لعدم يأس المشتري عن الرد ثم إذا رض البائع بالرد مع الأرش فيرض المشتري أيضا بذلك فلا بد له من رده على البائع و هذا الأرش غير الأرش الذى لزم رده للبائع على المشتري فإنه هو التفاوت بين الصحيح و المعيب و الرد من الثمن بذلك التفاوت فهذا الأرش لازم بالضمان المعامل و هذا بخلاف الأرش الذى وجب للمشتري رده على البائع فإنه انما ثبت بضمان اليد و الأرش هنا هو للتفاوت فيما بين الصحيح و المعيب بالقيمه الفعلية، سواء ترقى العين عن القيمه الأولى أم لا؟ كما هو واضح.

### قوله تنبه: ظاهر التذكرة

و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقه.

أقول: ذكر المصنف أن توضيح المقام هو أن التعدد المتصور فيه التبعض اما فى العوض ثمننا أو مثننا أو فى البائع أو فى المشتري، ثم ذكر أمثله ذلك ثم قال أما التعدد فى الثمن بأن يشتري شيئا واحدا بعضه بثمان و بعضه الآخر بثمان آخر فلا إشكال فى كون هذا عقدين و لا إشكال فى جواز

التفريق بينهما أما الأول أى التبعض فى العوض فالمعروف أنه لا- يجوز التبعض فيه من حيث الرد، بل الظاهر المصرح به فى كلمات بعض الإجماع عليه و ذكر فى إبداء المنع عن ذلك بأن المردود ان كان جزء مشاعا من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركه و ان كان معيناً فهو ناقص من حيث حدوث التفريق فيه و كل منهما ناقص يوجب الخيار لو حدث فى المبيع الصحيح.

و تفصيل المقام أن المبيع قد يكون شيئاً واحداً شخصياً بالدقه العقليه مع كون جزء منه معيناً كما إذا اشترى عبداً فظهر أن رجله معيوب أو يكون المبيع واحداً شخصياً بالنظر العرفى و ان كان فى الواقع أموراً متعدده كما إذا كان المبيع داراً فإنها و ان كانت متعدده حقيقه و مركبه من عدّه أمور و لكنها واحده بالنظر العرفى الاعتبارى و كان جزء منها معيوباً من قبته أو سرداً به و نحو ذلك و الظاهر أنه لا خلاف فى عدم جواز فسخ العقد فى الجزء المعيب فقط و الإمضاء فى الجزء الآخر الصحيح و ما ربما يظهر من المصنف وجود الخلاف فى ذلك حيث عبر بالمعروف ثم ذكر إبداء المانع عنه الظاهر أنه لا يمكن المساعدة عليه.

و الحاصل: إذا كان المبيع واحداً حقيقياً أو واحداً عرفياً فظهر جزء منه معيناً فلا شبهه فى عدم جواز الفسخ فى الجزء المعيب، بل ان كان يفسخ فإنما يفسخ فى المجموع لكون مجموع مبيعاً واحداً و إذا لم يفسخ لم يفسخ فى المجموع أيضاً هذه هى المسأله الاولى و لا يفرق فى ذلك بين أن يكون المردود جزء مشاعاً أو جزء معيناً فإنه لا دليل على رد جزء من المبيع.

الثانيه: أن يشتري شيئاً واحداً ببيعين كما إذا اشترى نصفاً معيناً من الدار بقيمه ثم اشترى نصفها الآخر بقيمه أخرى ثم وجد عيباً فى أحد

النصفين فهل يجوز تسريه خيار العيب الى الثانى أولا فالظاهر أنه لم يخالف أحد فى أنه لا يجوز فسخ العقدین بظهور العيب فى متعلق أحدهما فإن كل منهما عقد مستقل غير مربوط بالآخر فإذا أراد الفسخ لعيب يفسخ فيما ظهر فيه العيب و الا فيأخذ الأرش و هذه المسأله ليست موردا للخلاف.

المسأله الثالثه: ما إذا اشترى أمور متعدده مستقله ببيع واحد بحيث أن كل منها أمر مستقل يمكن وقوع البيع عليه و ليس مثل رجل العبد و رأس الحيوان و نحوهما حتى لا يمكن التفكيك بينهما، و لكن اشترىها احد ببيع واحد بصرف فرضها أمرا واحدا بالاعتبار و الأ فهى فى الحقيقه أمور متعدده عقلا و عرفا كما هو واضح، و هذا نظير شراء الدار و الفرس بعقد واحد ثم وجد فى أحدهما عيب فهل يجوز فسخ مجموع العقد أولا- أو يجوز فى المتاع الذى ظهر فيه العيب و لا يجوز فى الآخر وجوه، بل أقوال ثلاثه:- الأول: جواز الفسخ فى الفرد المعيب دون الصحيح من جهه كون كل واحد منهما منها ضاعن الآخر و مستقلا فى نفسه ففسخ العقد فى أحدهما دون الآخر لا بأس به و ان كانا قد تعلق بهما عقد واحد غايه الأمر يثبت للبائع خيار تبعض الصفقه مع دخاله الهيئه الاجتماعيه فى قيمه و مع إسقاط جميع الخيارات الأخيار العيب لا يثبت له ذلك أيضا.

الثانى: أن يكون الخيار من أحدهما ساريا الى الآخر و يكون الفسخ متعلقا بمجموع العقد فان البيع بيع واحد قد تعلق بهما معا فيكون المجموع من حيث المجموع فى حكم مبيع واحد و هذا القول هو المعروف بين الأصحاب.

الثالث: أن لا يكون هنا خيار أصلا، فإن هذا الذى فيه عيب فليس بمبيع، بل هو كرجل الحيوان فيكون فى حكم الجزء و ما هو مبيع أعنى المجموع المركب و لو بالاعتبار، أى المركب الذى فرض واحدا بالاعتبار فكما لا يجوز

فسخ البيع فى رجل الحيوان إذا كان معيوباً و كذا لا يجوز فسخ البيع فى فرد من المبيع كالفرس الذى يبيع مع الدار.

و الظاهر الأقوى هو الوجه الأول فإن العقد و ان كان بحسب الإنشاء الذى يسميه المصنف بيعاً فإن المبرز أمر واحد و لكن كل منهما مبيع مستقل بحسب الانحلال فالبيع ينحل هنا الى بيوع متعددة حسب تعدد متعلقه و ليس بينهما اتحاد حقيقى و لا عرفى أصلاً ليفرض المبيع واحداً و البيع واحداً، بل هما متغايران و أحدهما أجنبى عن الآخر غاية الأمر جامعهما أمر اعتبارى و هو البيع أى ابرز البائع بيعهما بمبرز واحد و هذا لا يوجب الاتحاد من جميع الجهات.

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

للمشتري في كل مورد صدق عليه بيع الحيوان، ولو كان في ضمن أمور آخر متعدده كما لا يخفى فإنه فرق بين كون المبيع واحدا عقلا أو عرفا فإنك قد عرفت عدم جريان الخيار في الجزء المعيب فيه بلا خلاف، وبين كونه واحدا بالاعتبار البيعى فقط كما لا يخفى و لم يكن في دليل خيار العيب أن لا يكون المبيع المعيوب مع غيره أيضا لإطلاق قوله عليه السلام أيما رجل باع شيئا فيه عيب أو عوار إلخ الداله على ثبوت خيار العيب للمشتري ما دام لم يحدث فيه حدثا و هذا الكلام جار في جميع الخيارات أيضا كخيار الحيوان و نحوه فإنه ليس في دليل خيار الحيوان أن لا يكون مع الحيوان شيء آخر مبيعا كما لا يخفى.

و على الجملة فإذا كان الحيوان مثلا أو المعيب مبيعا يترتب عليه حكمه الوضعى و التكليفى.

و حاصل الكلام: من الأول أنه كان كلامنا فى كون المبيع معيبا و وجود العيب فيه و لا شبهه أن فرعين هنا لا خلاف فيهما:

الأول: أن يكون العيب فى مبيع منضم الى مبيع آخر فى الخارج من غير أن يكون البيع الواحد واقعا عليهما فى الخارج كما إذا اشترى نصف الدار ببيع و نصف الآخر ببيع آخر فإنه لا يسرى الخيار من أحدهما إلى الآخر بوجه.

المسألة الثانية: ما إذا كان المبيع واحدا اما بالدقه العقلية، أو بالوحده الاعتبارية العرفية، كالعبد و الدار فظهر عيب فى جزء من ذلك فإنه ح لا يجوز الفسخ فى البعض دون الآخر و الوجه فيه ليس هو أن الجزء ليس بمبيع، بل هو أيضا مبيع كالجاء الآخر و تمامه بحسب الانحلال و الانحلال كما يجرى فيما إذا باع أمورا متعدده صفقه واحده فكك يجرى فيما إذا كان المبيع واحدا و لو بالوحده الحقيقيه فإن كل جزء منه مبيع



بحسب الانحلال و من هنا صح بيع نصف العبد و ربه مشاعا و من هنا أيضا قلنا فيما تقدم بصحة بيع ما لا يملك و لا يملك و بيع ما لا يملك و ما لا يملك على طبق القاعدة فعدم جريان الخيار أى خيار كان فى الجزء فى صورته وحده المبيع حقيقه أو عرفيه ليس من جهه عدم الانحلال هنا كما عرفت فان الانحلال محقق فى جميع موارد المبيع مركبا كان أم واحدا و انما نمنع جريان الخيار فى الجزء من جهه أخرى.

و توضيح ذلك أن الخيار الثابت فى البيع تاره بعنوان البيع كخيار المجلس فان الدليل المتكفل لإثبات خيار المجلس انما هو قوله (عليه السلام) البيعان بالخيار ما لم يفترقا و ظاهر ذلك هو ثبوت الخيار بالنسبه إلى مجموع المبيع المتحد بالاعتبار عرفا أو عقلا لا بالنسبه إلى جزء مشاع أو الى جزء معين.

و أوضح من ذلك ما يكون دليل الخيار فيه من ناحيه الشرط الضمنى كخيار الغبن و نحوه حيث ان الشرط انما هو ثبوت الخيار بالنسبه إلى مجموع المبيع لا فى الجزء الخاص المعين أو المشاع فلا يجوز له الفسخ فى الجزء دون جزء هذا فيما إذا ثبت الخيار بعنوان البيع و قد علمت أن الخيار انما لم يثبت فى الجزء لا من جهه عدم كون الجزء مبيعا، بل من جهه اقتضاء الدليل ذلك، و أما فيما كان بعنوان آخر أى ثبوت الخيار بعنوان آخر كعنوان الحيوان و المعيب فالظاهر هنا أيضا أن يكون الخيار ثابتا لدى الخيار بالنسبه إلى مجموع المعيب و الحيوان فلا يكون له الخيار فى الجزء الخاص فقط، كما هو واضح، و إذا كان موضوع خاص من الكتاب أو الدار معيبا فيقال أن مجموع الدار معيب و مجموع الكتاب معيب، فلا يقال أن هذا الجزء الخاص فقط معيب و كذا كل شىء يكون كك أى شيئا واحدا و كان مبيعا فإنه سواء كان الخيار ثابتا فيه بعنوان البيع أو بعنوان الحيوان و المعيب أو كان الدليل شرطا ضمنيا فإنه يكون الخيار ثابتا فى المجموع

كما عرفت، فافهم.

و أما إذا كان المبيع أمور متعددة و باعها البائع صفقة واحدة و لا يكون المبيع واحدا لا بالحقيقه و لا بالاعتبار العرفي، بل انما جمع البائع بينها فى إنشاء البيع و إظهاره فقط، فإذا ظهر شيء من تلك الأمور معينا فهل يكون خيار العيب مسريا الى المجموع أو يختص بخصوص المعيب أو لا يكون للمشتري ح خيار أصلا.

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

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

و الحاصل: أنه لا قصور فى شمول دليل خيار العيب أعنى قوله عليه السلام فى روايه زراره المتقدمه أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار لصورتي كون المعيب أمرا مستقلا أو منضمما الى غيره فإنه يثبت له الخيار فى كلا الصورتين فح ان كان العيب فى جزء المبيع موجبا لسرايه الحكم الى الجميع لكون المبيع شيئا واحدا حقيقه أو عرفا فيثبت الخيار فى الجميع و الا فيثبت الخيار فى خصوص المعيب، فيثبت خيار تبعض الصفقه فى الجزء الصحيح.

و لكن المصنف أبدى المانع عن ذلك و حاصل كلامه أن المعيب الذى

يردّ المشتري على البائع ان كان جزء مشاعا من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركه فيه، و ان كان جزء معيناً و معروفاً فهو ناقص من حيث تبعض الصفقه و لا شبهه أن كلا منهما ناقص يوجب الخيار.

ثم ذكر أن ثبوت الخيار هنا اولى من ثبوته في نسيان الدابه الطحن فان ذلك أى نسيان الدابه الطحن ليس بعيب في المبيع و هذا بخلاف الشركه أو تبعض الصفقه فإن ذلك عيب في المبيع كما هو واضح.

ثم ذكر أن ردّ بعض المبيع بخيار العيب دون بعضه و ان كان ضرراً للبائع و ينجبر بخياره في ردّ الصحيح من المشتري بخيار تبعض الصفقه و لكنه معارض بكونه موجبا للضرر على المشتري إذ قد يتعلق غرضه بإمساك الجزء الصحيح.

ثم أيد ذلك بمرسله الجميل المانع عن رد المبيع بمثل صيغ الثوب و خياطته فان المانع هنا ليس إلا بالنسبه إلى حصول الشركه في الثوب بنسبه الصيغ و الخياطه لا مجرد تغير الهيئه.

ثم ذكر في آخر كلامه أن العمده في المسأله هو أن مرجع الردّ منفرداً إلى إثبات سلطنه للمشتري على الجزء الصحيح من حيث إمساكه و لو كان ذلك من حيث الحدوث ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع و منع سلطنته على الردّ أولاً و لا أقل من التساوى فيرجع الى أصاله اللزوم.

و الذى ينبغى أن يقال أنه تارة يناقش في شمول الأدله للمقام و يكون المقتضى قاصراً عن إثبات الخيار للجزء المعيب و هذا لا بأس به و لكن قد عرفت تماميه المقتضى لذلك و قد يناقش من جهه المانع و قد ذكرت وجوه للمانعيه و شئ منها لا يصلح للمنع عن ذلك.

الأول: كون ذلك نقصاً للمبيع فلا يكون العين ح قائمه بعينها و فيه أن دليل ثبوت خيار العيب في المعيب انما دل على ذلك فيما حصل النقص

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

الوجه الثانى:قاعده نفى الضرر فان فسخ المشتري العقد فى المعيب دون الصحيح ضرر على البائع بناء على شمول دليل نفى الضرر لأمثال المقام و عدم المناقشه فى ذلك،أقول:لا بد من ملاحظه أن الضرر من أى جهه ينشأ فإنه اما من جهه رد المعيب إلى البائع بأن يكون البائع متضررا من هذه الجهه فلا شبهه أن هذا الضرر انما ثبت من جهه جعل الخيار فى المبيع المعيوب فلا تكون أدله نفى الضرر حاكما على أدله الخيار،بل تكون أدله الخيار متقدمه على أدله نفى الضرر،و مخصصه لها فالضرر هنا لم ينشأ من رد المعيب لكى يرتفع بدليل نفى الضرر،بل انما نشأ من ناحيه جعل الخيار كما هو واضح فلو كان دليل نفى الضرر شاملا للمقام لزم ارتفاع خيار العيب،بل ارتفاع مجموع الخيارات على أنه يجرى فيما إذا كان كل واحد من الجزئين مبيعا مستقلا و لا يختص بصوره كونها مبيعا واحدا فى صفقه واحده.

و ان كان الضرر من جهه عدم رد الصحيح إلى البائع فإنه يتضرر من ناحيه تبعض الصفقه فدليل الضرر انما يرفع لزوم العقد بناء على شموله للمقام و يكون للبائع حق رد الجزء الصحيح أيضا و أما عدم ثبوت الخيار للمشتري فى الجزء المعيوب فإنه أى ربط لثبوت الضرر على البائع فى عدم ردّ الجزء الصحيح بعدم ثبوت الخيار للمشتري فى رد الجزء المعيوب.

و بعباره أخرى مقتضى تضرر البائع من عدم ردّ الجزء الصحيح هو ثبوت الخيار له فى ذلك لا نفى خيار المشتري فى ردّ المعيب على أنه يمكن منع

شمول قاعده نفي الضرر للمقام على ما تقدم في بعض الخيارات لإمكان دفع الضرر بنحو آخر من الأرش و التفاوت و نحو ذلك.

و هنا وجه ثالث: و هو أن كل واحد من المتبايعين قد اشترط على الآخر أن يكون المبيع سالما عن التبعض اشتراطا في ضمن العقد، فإذا تخلف ذلك ثبت لكل منهما خيار تبعض الصفقه بل هذا الاشتراط بديهي في بعض الموارد كما إذا اشترى مصراعى الباب فإن الضروره قاضيه على اشتراط أن لا يكون أحدهما منفكا عن الآخر في مقام التخلف و على هذا فلا يلزم من ذلك أن لا يكون للمشتري خيار في الجزء المعيب، بل يثبت له خيار العيب في ذلك، نعم يثبت لكل منهما خيار تبعض الصفقه في الجزء الصحيح كما هو واضح.

و اما ما ذكره المصنف من تأييد مراده بمرسله الجميل ففيه: - أولا أنها مرسله قد تقدم الكلام فيها و لا يمكن العمل بها للإرسال و انها ليست بمدركنا و انما مدركنا روايه زراره.

و ثانيا: لا دلالة فيها على كون الشركه عيبا و مانعه عن الرد لما ذكر لا أنها دلت على عدم الخيار مع قيام العين و أن ذكر الأمثله من خياطه الثوب و صبغه يدل على أن عدم قيام العين تحقق بمثل ذلك أيضا كما هو كك في العرف فإنه ليرغب نوع بالثوب الغير المخيط أزيد من رغبتهم بالثوب الغير المصبوغ و كك يرغبون بالثوب الأبيض أزيد من رغبتهم بالثوب المصبوغ كما هو واضح لا يخفى و لأجل ذلك لا يكون العين باقيه في العرف مع الخياطه و الصبغ و الحق أنه لا مانع من شمول أدله خيار العيب للمعيب سواء كان ذلك مبيعا مستقلا أو منضمنا إلى الآخر كما هو واضح.

قوله أما الثاني: و هو تعدد المشتري أقول: هذه هي المسأله الثالثه في عبارته المتقدمه المسوقه للتقسيم و توضيح الكلام هنا أنه إذا باع أحد

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

و لا- يقاس ذلك بخيار الورشه الذى ثبت لهم بالإرث فإن الذى انتقل إليهم بالإرث انما هو حق واحد و خيار واحد لشخص واحد و هو المورث و لا يقاس بما نحن فيه الذى ثبت خيار متعدد من الأول للمشتري و هذا الذى ذكرناه جار في جميع موارد الخيارات إذا تعدد المشتري و لا- يختص بخيار العيب لإطلاق الأدله في جميع ذلك و أما ما ذكره المصنف من الموانع فلا يصلح شىء منها لذلك منها أنه ليست العين قائمه بعينها فإنه إذا فسخ أحد المشتريين البيع و امضى الآخر فيلزم تبعض الصفقه و هو عيب في المبيع فيكون ذلك موجبا لعدم قيام العين بعينها و يكون ذلك حدثا في المبيع كما هو واضح.

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

و على تقدير شمول الأدله لذلك فهو انما يفيد في المسأله السابقه فقط لا في المقام فان التعدد هنا كان من الأول و لم يحصل ذلك بفعل الراد إذ المفروض أن المبيع هنا متعدد حسب تعدد المشتري و أنه يصدق على كل منهم أنه اشترى شيئا و به عيب أو عوار إلخ.

و ثانيا:قاعده نفي الضرر فان مقتضى ذلك عدم ثبوت الخيار لكل من المشتريين فإنه إذا فسخ أحدهم فى حصته دون الآخر و لم يفسخ غيرهم أو لم يفسخ هو فى المجموع يلزم ان يتضرر البائع فلازم ذلك عدم الخيار كما هو واضح.

و فيه أنه بناء على شمول قاعده نفي الضرر للمقام فمقتضى ذلك ثبوت الخيار للبائع فى الجزء الآخر الذى هو حصته المشتري الآخر لا عدم ثبوت الخيار للمشتري الذى فسخ فى حصته كما تقدم و أما ثبوت الضرر من جهة ردّ المشتري حقه من المعيب فهو ثابت بأصل دليل الخيار فيكون مخصصا لأدله الضرر كما هو واضح.

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

نعم يجرى فى المقام الشرط الضمنى و لكن ذلك لا يكون مانعا عن ثبوت الخيار لكل من المشتريين، بل لازمه هو ثبوت الخيار للبائع من جهة التبعض كما هو واضح و هذا لا يختص بخصوص المقام كما عرفت بل يجرى فى جميع الخيارات و من هنا ظهر أنه لا- فرق فى ذلك كله بين كون البائع عالما بكون المشتريين متعددين أم لا- نعم فى صورته الجهل ثبوت الخيار له من جهة ذلك الشرط الضمنى أوضح.

و أما إذا تعدد البائع التى هى المسأله الثالثه فالأمر فيه أوضح و لا يجرى فى ذلك شىء من دليل نفي الضرر، بل الظاهر من الأدله هو عده الفرق بين تعدد المشتري و اتحاده كما هو واضح و نحو ذلك من الموانع.

نعم الشرط الضمنى أيضا موجود هنا و يمكن

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

## البحث فى سقوط الرد و الأرش

### قوله مسأله يسقط الأرش دون الرد فى موضعين

أقول قد عرفت ثبوت الأرش فيما إذا باع شيئا و كان معيبا و حدث فيه حدث عند المشتري فإنه كان له مطالبه الأرش و لكن يسقط الأرش فى موضعين:-

### الأول: فى الربويات

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

### الأول) أن يقال ان وصف الصحه فى المبيع انما يقابل بجزء من الثمن

فإذا باع شيئا و كان فاقدا لوصف الصحه ثبت للمشتري خيار العيب و مع عدم الردّ يثبت له الأرش فى مقابل ذلك الوصف المفقود و لكن قد خصص ذلك فى الربويات فلا يجوز أخذ الأرش فيها مع فقدان وصف الصحه لأن أخذه يستلزم الربا فإنه إذا باع منا من الحنطه بمن من الحنطه و كان أحدهما معيوباً فإنه لا يجوز أخذ الأرش هنا فإنه يستلزم الربا فى ذلك الجزء الزائد و كك الحال فى جميع الربويات و على هذا فيسقط الأرش فى الربويات.

و فيه أن وصف الصحه مطلقا سواء كانت فى الربويات أو غيرها لا- تقابل بالمال أصلا و ان كان يوجب زياده القيمه، بل هو وصف الكمال على حد سواء، بل حكمها من حيث عدم مقابلتها بالمال كالأوصاف التى ليست بوصف الصحه و لا وصف الكمال.

نعم الفرق فى ذلك أن وصف الصحه و وصف الكمال إذا كان مفقودا يوجب الخيار و الأرش فى الأصل أى فى وصف الصحه و له مطالبه الأرش



بالتعبد الشرعى و يدلنا على ذلك أن الظاهر هو تسالم الفقهاء على صحة البيع و عدم كون ذمه البائع مشغوله فيما إذا لم يطالب المشتري الأرش من البائع مع أنه لو كان وصف الصحة يقابل بالمال لكنت ذمه البائع مشغوله مع تخلف وصف الصحة فى المبيع لبطلان البيع بالنسبه إلى الثمن الذى يقابل بهذا الوصف.

و أيضا يدل على ما ذكرنا تسالم الفقهاء على أنه يجوز إعطاء الأرش من غير الثمن سواء كان باقيا أم لا، مع أنه لو كانت المعامله باطله فيما قابل الوصف و كان الوصف يقابل بالمال لكان الواجب إعطاء نفس الثمن لا شىء آخر فيعلم من ذلك كله أن الأرش حكم تعبدى محض قد ثبت فى مورد خاص بالتعبد فلا يكون مخصصا بأدله الربا كما هو واضح.

### **الثانى: أن يقال أن الربا انما هو زياده أحد المتماثلين على الآخر**

فى المعامله

سواء كانت الزيادة بالثمن و نحوه عند البيع أو بغيره من تبعات البيع من الأرش و نحوه فان ذلك أيضا زياده أحد المتماثلين على الآخر و على هذا فيسقط الأرش هنا فإنه و ان لم يكن ثمنا فى المبيع و لم نقل أيضا بكون وصف الصحة يقابل بالمال و لكن أخذه يوجب زياده أحد المتماثلين الذين من الربويات على الآخر فيلزم الربا.

و فيه أنه يرد عليه أيضا أنه لا- دليل على أن الربا انما هو كون أحد المتماثلين زائدا عن الآخر فى المعامله و لو لم يكن الزيادة بالأصله، بل بالتبع بأن يكون الزائد فى مستتبعات البيع و انما الدليل أى دليل حرمه الربا انما هو مختص بكون احد المتماثلين زائدا عن الآخر عينا أو حكما فى نفس المعامله لا فى تبعاتها و من هنا لا نشك أن يفتوه أحد بلزوم الربا فى أنه لو تعامل اثنان بأن باع أحدهما من الآخر حليا ذهبا نفرضه سوارا الذى كان مقداره خمسه مثاقيل بخمسه مثاقيل من الذهب الذى ليس بحل

ص: ١٥٧

تم بعد ما تم البيع و النقل و الانتقال كسر البائع الحلى فهل يتوهم أحد أنه لا يضمه لأنه لو ضمن ذلك و اعطى شيئا فى مقابل الصياغه يلزم الربا و من الواضح أن مقامنا من هذا القليل فإنه كما ان الضمان بذلك انما هو بعد البيع و من تبعاته و كك الأرش حيث انه يثبت بمطالبه المشتري و لا يثبت قبله و لذا عرفت أن البائع لا يضمه به قبل المطالبه و لو مات لا يبقى مشغول الذمه و كيف كان لا يلزم الربا من أخذ الأرش فى الربويات.

ثم ان المصنف قد ذكر بعد الاستشكال فى المسأله أن المرجع انما هو ما دل على حرمه الربا من الأدله و أشكل عليه بعضهم بأنه مع لزوم الربا من أخذ الأرش لا مجال لرفع اليد عن دليله، و الرجوع الى أدله حرمه الربا و ذلك لأن النسبه بينهما هو العموم من وجه إذ قد يكون الأرش فى غير الربويات و قد يكون الربا فى غير صوره الأرش و قد يجتمعان فبعد التعارض فى مورد الاجتماع و التساقت فالنتيجه هو تقديم أدله الربا من جهه أنه لا دليل يدلنا على ثبوت الأرش.

ح فأصبح المورد بلا دليل دل على ثبوت الأرش و لكن ليس ذلك من ناحيه ترجيح أدله حرمه الربا.

و لكن ما ذكره المصنف وجيه، فانا ذكرنا فى مورده أن الدليلين إذا تعارضا بالعموم من وجه و تكافئا فتقدم منهما ما يكون موافقا للكتاب لقوله عليه السلام فى مقام المعارضه خذ ما وافق الكتاب، و من الواضح أن أدله حرمه الربا موافقه للكتاب، لقوله تعالى أَيْلَ اللَّهِ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا بَلْ لَّا يَكُونُ حَ الْطَرَفِ الْآخِرِ حجه حتى نحتاج الى الترجيح و نقول بان الموافق للكتاب قد رجحناه على الآخر فما ذكره المصنف متين.

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

الأرش فيه من جهة الربا و حاصله أن العوضين إذا كانا من النقدين فظهر عيب في أحدهما بعد انقضاء المجلس فإنه ذكر عدم جواز أخذ الأرش هنا للزوم الربا و لكن قد عرفت أن الأرش أجنبي عن العوضين و انما هو غرامه خاصه قد أثبتته الشارع تعيدا فأى ربط له بالعوضين ليلزم الربا و هو من تبعات المعامله و قد عرفت عدم جريان الربا.

### المورد الثانى:مما يسقط الأرش فيه ما إذا كان ثمن المعيوب مساويا

مع الصحيح بحيث لا ينقص من قيمته لأجل عيبه شىء

و ذلك كالعبد الخصى فإنه لأجل بعض الأغراض كالربط بين الزوج و الزوجه لبعض الحوائج يرغب به كثير من الناس و يكون قيمه ذلك لأجل هذا مساويا من العبد الغير الخصى و ان كان فى غير الخصى أيضا بعض المنافع التى لا تكون فى الخصى كأخذ نسله ليكون عبدا أيضا و فى الحقيقة أن الخصاء عيب و لكن لا- يوجب الأرش فإن الأرش هو تفاوت القيمة ما بين الصحيح و المعيب و المفروض أنهما على حد سواء فى القيمة و لا تفاوت بينهما.

و لكن الذى ينبغى أن يقال ان الخصاء فى العبد مع كونه مرغوبا بين الناس ليس بعيب،بل ربما يكون وصف الكمال،إذا كان موجبا لزياده القيمة فإن العيب ليس هو كل نقص فى المبيع حتى ما لا يوجب نقص القيمة،بل النقص الذى يوجب قله المالىه و الثمن و لو كان مجرد النقص عيبا سواء أوجب نقص القيمة أم لا- لكان الختان و ثقب الأناف و الأذنان أيضا من العيوب و لم يفتوه به أحد من الطلبة فضلا عن الفقيه و اذن فلا مجال لتوهم انتفاء الأرش فى المورد الثانى أيضا.

ثم انه قد فصّل العلامة هنا تفصيلا لم نعرف وجهه و هو أن الأرش ان كان من جنس المبيع فى الربويات فلا محذور فيه و الا ففيه محذور و فيه ان الربا يتحقق بمطلق الزيادة و لو كان شرطا و إذا كان أخذ الأرش موجبا

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

## قوله مسأله: يسقط الرد و الأرش معا بأمر

### أحدها العلم بالعيب قبل

العقد

بلا خلاف.

أقول: ذكروا لسقوط خيار العيب موارد، منها علم المشتري بالعيب فحينئذ لا- يثبت خيار العيب للمشتري لأن أخبار خيار العيب ناظره إلى صورته جهل المشتري بالعيب فلا يشمل صورته علم المشتري بالعيب، بل استدلال على ذلك في الجواهر بصحيحه زواره المتقدمه أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبّه، و قد تنظر فيه المصنف و لكن لم يبين وجه النظر فيه و الذي يمكن أن يكون وجهها له أمور ثلاثه الأول: ان المراد من الروايه هو أنه إذا اشترى أحد شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبّه فله الخيار على ما هو مقتضى المفهوم سواء كان المشتري عالماً بالعيب أو لم يكن عالماً به، فالموضوع لسقوط الخيار هو تنبيه البائع المشتري لا علم المشتري بالعيب فإذا كان المشتري عالماً لكونه من أهل الخبره و لكن لم ينبه به المشتري يثبت له خيار العيب كما هو واضح.

و فيه أن هذا و ان كان لا بأس به في نفسه و به يرتفع التناقض بين كلامي المصنف هنا حيث منع عن الاستدلال بالصحيحه على سقوط خيار العيب مع علم المشتري و مع استدلال بها على سقوطه مع تبري البائع مع أن ملاك الاستدلال فيهما واحد و هو المفهوم فإنه يقال ان وجه النظر هنا هو الوجه الذي ذكروا أما وجه الاستدلال هناك هو المفهوم و عدم جريان هذا المانع هناك كما لا يخفى.

و لكن هذا الوجه خلاف متفاهم العرف حيث ان التنبيه ليس له موضوعيه في سقوط الخيار كما أن عدمه ليس موضوعاً لثبوت الخيار، بل هو طريق إلى معرفه المشتري العيب، و المراد من ذلك هو عدم التعريف ليكون المشتري

ص: ١٦٠

جاهلا- و يثبت الخيار له و أما إذا تَبَّهه كان عالما بالعيب فلا- يكون له الخيار كما هو واضح، و بالجمله كون التنبيه موضوعا لسقوط الخيار و عدمه موضوعا لثبوته على خلاف المتفاهم العرفى.

الوجه الثانى: أن يكون وجه النظر فيه هو أن الاستدلال بالروايه فى المقام اما بمقتضى مفهوم الشرط و هو كلمه، أى أو بمقتضى مفهوم الوصف و القيد و هو عدم التنبيه فان الوجه هو الأول فلا شبهه أن الشرط هنا قد سيق لبيان الموضوع فان مفهوم قوله عليه السلام أيما رجل اشترى هو أنه أيما رجل لم يشتر و هو سالبه بانتفاء الموضوع فلا مفهوم للقضيه الشرطيه ح كما نقول إذا ركب الأمير فخذ ركابه و قد ذكر ذلك المصنف آيه النبيا عند الاستدلال به على حجيه خبر الواحد من ان مفهوم ان جئكم فاسق بنيا ان لم يجيء فاسق بنيا لا أنه ان جاء عادل و من الواضح أن القضيه ح سالبه بانتفاء الموضوع فلا يكون له مفهوم.

و فيه أنه ان كان نظر المصنف الى هذا الوجه فيرد عليه أولا ان القضيه الشرطيه و ان لم يكن لها مفهوم إذا سيق لبيان الموضوع و لكن إذا كان معها قيد آخر ثبت لها مفهوم بالنسبه الى ذلك القيد، و قد ذكرناه فى محله مثلا إذا قال المولى إذا ركب الأمير فخذ ركابه، بلا تقيد بقيد فلا مفهوم لها، و أما إذا قال إذا ركب الأمير فكان يوم الجمعة فخذ ركابه فإنها بالنسبه إلى القيد الأول لا مفهوم لها، و أما بالنسبه إلى القيد الثانى فلها مفهوم و هو أنه إذا ركب فى غير يوم الجمعة فلا تأخذ ركابه و فى المقام أيضا كك حيث ان القضيه لا مفهوم لها بالنسبه إلى قوله عليه السلام: أيما رجل اشترى شيئا، ليس لها مفهوم، و لكن بالنسبه إلى القيود التى ذكرت بعدها فلها مفهوم و منها قوله عليه السلام و لم يتبه كما هو واضح فما ذكره صاحب الجواهر من الاستدلال بالصحيحه متين جدا.

و ثانيا لو كان وجه النظر للمصنف هو هذا فلما ذا استدلال بها على سقوط الرد و الأرش بالتبرى بعد أسطر فهل هذا الا المناقضة فلا ينبغي ذلك من المصنف بهذا القريب.

و أما إذا كان غرض صاحب الجواهر من الاستدلال بالصحيحه هو مفهوم القيد فلا شبهه أنه ليس بحجه.

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

و ثانيا: أن مفهوم الوصف ليس بحجه إذا كان ذلك ملحوظا بنفسه و أما مع احتفاهه بقرائن أخر فلا شبهه فى حجيته كما قلنا به فى قوله كز من الماء فى جواب السائل عن أنه أى مقدار لا ينجسه من الماء فإنه قد ورد فى مقام التحديد فلا شبهه فى كون مفهومه حجه و كذا قوله عليه السلام فى جواب السائل كم يقصر الصلاه من السفر، قال عليه السلام: يريد فى بريد فان القرينه قائمه على كون كلامه فى مقام التحديد فلا بد و أن يكون له مفهوم و ان كان المفهوم مفهوم لقب و الحاصل أن أى مفهوم لم يكن حجه فى نفسه فهو حجه إذا قامت القرائن عليه كما هو واضح ففى المقام أن مفهوم القيد و ان لم يكن حجه فى نفسه و لكن القرينه قائمه على حجيته و هو كون الامام عليه السلام فى مقام ضبط مورد الخيار مقدمه لسقوطه باحداث الحدث و أنه عليه السلام فى مقام تحديد ذلك كما هو واضح، فعلى هذا أيضا فكلام صاحب الجواهر متين.

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

المتاع و اشترط ثبوت الخيار لنفسه و اشتراه على هذا الشرط ليختبره و يشاور غيره أن المعيب يفيد أم لا فهذا لا شبهه في صحته فيكون ذلك كبقية الخيارات الثابتة بالشرط الضمني و ان كان غرض المشتري هو ثبوت خيار العيب له الذى هو خيار حتى مع أحكامه الخاصه من الأرش و نحوه فذكر المصنف أنه فاسد و مفسد للعقد لكونه مخالفاً للسنه فكأنه رأى أن هذا الشرط الفاسد ممتاز عن بقية الشروط الفاسده التى لا توجب فساد العقد و لكن هذا يوجب فساداً كما هو واضح، و لكن الظاهر أنه لا فارق بين هذا الشرط الفاسد و بقية الشروط الفاسده، نعم ذكرنا فيما سبق (ظاهراً في خيار الرؤية) أن مرجع الخيار الى تحديد الملكية إلى زمان الفسخ فكان البائع قد أنشأ الملكية المحدوده و على هذا فهذا الشرط يكون فاسداً و مفسداً للعقد لأن ما أنشأه البائع من الملكية المحدوده لم يمضه الشارع لكون الشرط الذى أوجب تحديد الملكية المنشأ فاسداً لكون اشتراط الأرش فى هذا الخيار أى خيار العيب الثابت بالشرط مخالفاً للسنه فإن الأرش انما ثبت فى خصوص خيار العيب فقط، بل مخالف للكتاب أيضاً من جهة قوله تعالى أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ فَالقول بثبوت الأرش هنا مخالفه لقول الرسول (صلى الله عليه و آله) فيكون فاسداً.

و أما الملكية المطلقه فهى غير منشأه فيكون هذا الشرط فاسداً و مفسداً للعقد على ما ذكرناه و قد ذكرنا فى تعليقه العروه عند قول السيد هل يجوز جعل الخيار فى النكاح أم لا حيث توقف فى ذلك كبعض المحشين و قد ذكرنا هناك أن الأقوى كون جعل الخيار مفسداً لعقد النكاح فإنه إذا كان النكاح مقيداً بالفسخ فيكون مقيداً بالزمانى و من الواضح أنه غير مشروع فى الشريعة إنما المشروع هو العقد الدائم و العقد المنقطع المقيد بالزمان أما الزمانى فلا فافهم.

## قوله الثانى: تبرى البائع عن العيوب إجماعاً فى الجملة،

أقول من جملة ما يسقط فيه الرد و الأرش فيما كان المبيع معيباً أن يتبرء البائع من العيوب و قد ادعى الإجماع على ذلك و لكن لإجمال لدعوى الإجماع التعبدى مع كون صحيحه زواره داله على المقصود.

ثم انه لا- يخفى ما فى بعض نسخ المكاسب من الغلط من إسقاط الألف بين كلمه ارتفع و كلمه لإطلاق كما فى حاشيه أيضا كك حيث قال قوله لإطلاق إلخ، إذ لا- إطلاق فى روايه زواره هنا حتى يتمسك، بل التمسك بها من جهه المفهوم و النسخه صحيحه قوله و الأصل فى الحكم قبل الإجماع صحيحه زواره و كلمه الإطلاق بزياده الألف قبل اللام فاعل لارتفع.

و كيف كان فلا شبهه فى دلالة روايه زواره على المقصود فإنه قد علق ثبوت الخيار فى مفهوم هذه الروايه المعتمره و ان لم تكن صحيحه كما تقدم على عدم التبرى من العيب و أما مع التبرى منه فلا شبهه فى سقوطه فتدل بمفهومها على المقصود كما هو واضح.

ثم انه مقتضى إطلاق مفهوم هذه الروايه أنه لا فرق فى سقوط الخيار بالتبرى من العيوب الظاهره أو الباطنه فإن مقتضى الإطلاق هو سقوط الخيار مع التبرى من العيب مطلقاً و هذا واضح جدا و كل ذلك لا كلام فيه و ان ذكر الخلاف فى بعضها و لكن يدفعه الإطلاق و أيضا يجوز التبرى من العيوب الموجوده حال العقد و العيوب المتجدده بعده قبل القبض أو بعده فى زمان الخيار أى خيار الشرط و الحيوان بالنص و خيار المجلس بالإطلاق و لكن وقع الاشكال هنا فى موضعين:- الأول: فيما إذا تبرأ من العيوب الموجوده حال العقد.

و الثانى: فيما إذا كان العيب متجددا بعد العقد. أما الإشكال فى



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

و فيه أنه ان قلنا بأن روايه زراره إنما دلت على صحة البيع مع سقوط الخيار للعب مع التبرى مطلقا حتى فيما يلزم منه الغرر فلا بأس من الالتزام به بعد دلالة النص عليه و دعوى كون البيع غرريا و باطلا لذلك اجتهاد فى مقابل النص فلا يكون ذلك إشكالا فى المقام و ان قلنا ان التبرى و عدم التبرى من العيوب انما هو فى البيع الصحيح لا فى البيع الباطل فالبيع الغررى باطل فلا يكون التبرى من العيب مصححا له و الا- كان التبرى من العيب موجبا لصحة بيع الصبى و غيره من البيوع الباطله و عليه فلا- بدّ من التفصيل بين ما يرتفع كون البيع غرريا من غير جهة التزام البائع بكون المبيع صحيحا و بين ما كان يرتفع ذلك بالتزام البائع بصحة المبيع فإنه على الأول يصح تبرى البائع من العيوب إذ دخل له فى غرريه المعامله فإن الغرر لم يرتفع بالتزام البائع بصحة المعامله حتى يلزم الغرر من تبريه من العيوب بل انما ارفع بعلم المشتري بصحة المبيع أو برؤيته أو بإخبار شخص آخر و قد تقدم ما ينفعك فى خيار الرؤيه ظاهرا و على هذا فلا بدّ فى المقام من التفصيل بين ما كان ارتفاع الغرر عن البيع بالتزام البائع بصحة المبيع فلا- يصح التبرى لكونه موجبا للغرر و بين ما كان ارتفاع الغرر بغير جهة التزامه بذلك كما عرفت فيصح التبرى كما لا يخفى.

و أما إذا كان التبرى من العيوب المتجدده بعد العقد فتاره يستشكل هنا من جهة لزوم الغرر و اخرى من جهة كون التبرى عن العيوب المتجدده إسقاطا لما لم يجب إذ لم يتعيب المبيع حال العقد حتى يجوز التبرى عنه فلا يكون التبرى ح إلا إسقاطا لما لم يجب.

و لكن شىء من الإشكاليين لا يرجع الى محصل أما إشكال لزوم الغرر

فهو واضح الدفع إذ الغرر في المعامله انما يلاحظ بالنسبه الى حال البيع و العقد لا بالنسبه الى ما بعد العقد و من الواضح أنه لا غرر في المعامله في حال العقد مع التبرى عن العيوب المتجدده بعد العقد بعد ما كان المشتري عالما بالمبيع و خصوصياته و عدم العيب فيه حال العقد.

و أما إشكال لزوم إسقاط ما لم يجب فنعم حيث ان العيب لم يحصل حال العقد فيكون إسقاطه إسقاطا لما لم يجب و لكن ذكرنا مرارا أنه لا- دليل على عدم جواز إسقاط ما لم يجب إلا- الإجماع و هو انما فيما لم يكن المقتضى للساقط موجودا كالإسقاط قبل العقد و فى المقام كالتبرى قبل العقد حيث ان العقد موضوع للخيار فإسقاط خيار العيب قبل العقد بالتبرى عن العيب فإنه يدخل تحت الإجماع القائم على عدم جواز إسقاط ما لم يجب و أما الإسقاط حال العقد الذى هو مورد الخيار و موضوعه فلا بأس من إسقاط خيار العيب حال العقد و كك يجوز الإسقاط فى كل مورد كان المقتضى موجودا.

نعم، الإسقاط الفعلى أى إسقاط المعدوم فعلا بحيث يكون ساقطا بالفعل غير معقول لأنه إسقاط أمر معدوم و أما إسقاط أمر استقبالى فعلا بحيث يكون ساقطا فى محلّه أى فى الاستقبال فلا بأس كما لا يخفى.

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

ثم انه ذكر المصنف أنه يندفع الغرر عن البيع مع التبرى عن العيوب بالاعتماد على أصاله الصحه و لكن يرد عليه ما ذكرناه سابقا من انه لا- دليل على اعتبارها بوجه على أنه لا يرفع الغرر فإنه بمعنى الخطر و هو أمر نفسانى لا يرتفع بالأصل فإنه لا يزيل الصفه النفسانيه.

قوله: ثم ان البراءه فى هذا المقام يحتمل إضافتها إلى أمور، أقول

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

الأول: أن يتبرء من نفس العيوب بأن تبرء عن الالتزام بسلامه المبيع عن العيوب الموجودة في المبيع حال العقد.

الثاني: ضمان العيب فقط بأن يتبرأ من الأرش فقط دون الخيار فيكون المشتري مع ظهور العيب في المبيع مخيراً بين الردّ و الإمضاء فقط.

الثالث: أن يكون المراد من التبرى عن العيب التبرى عن حكمه و هو إسقاط الخيار ثم ذكر أن الأنسب إلى معنى البراءة هو الثاني و قد تقدم عن التذكرة المعنى الثالث و هو بعيد عن اللفظ إلا أن يرجع إلى المعنى الأول.

و لكن الظاهر أنه لا- فارق بين المعنى الأول و الثالث و ذلك لأنه لا معنى للتبرى عن نفس العيب الذى هو مفاد الوجه الأول و توضيح ذلك أنا قد ذكرنا سابقاً أنه لا معنى لاشتراط وصف فى البيع بان يبيع شيئاً مع اشتراط كونه متصفاً بوصف كذا أى التزم بكونه على وصف كذا و هذا لا معنى له، بل مرجعه.

أما إلى التعليق بان يبيع على تقدير كون المبيع متصفاً بوصف كذا.

و أما إلى اشتراط الخيار على تقدير التخلف بأن التزم المشتري البيع على تقدير كون المبيع موصوفاً بوصف معلوم و أما التخلف فلا يلتزم به بل يكون البيع مترلزلاً.

أما التعليق فهو يوجب البطلان فلا معنى لاعتبار الوصف فى المبيع بهذا المعنى.

و أما الثانى: فقد عرفت أن مرجعه إلى جعل الخيار و عليه فمعنى التبرى عن العيب أى عدم الالتزام بصحة المبيع ليس إسقاط الخيار إذ التعليق فى البيع باطلاً و اذن فيكون مفاد الوجه الأول و الوجه الثانى واحداً كما هو واضح.

و أما الوجه الثانى: فالفرق بينه و بين الوجه الأول الذى مرجعه الى الوجه الثانى واضح إذ الوجه الأول و الثالث كما عرفت عبارته عن إسقاط الأرش دون الخيار كما هو واضح، أما أن المراد هو الوجه الأول أو الثانى فيختلف ذلك باختلاف قصد المتبرى و ظهور كلامه و الظاهر من الإطلاق هو سقوط الخيار و الأرش معا.

و دعوى أن التبرى من الأرش فقط لا دليل عليه لكون الروايه داله على التبرى على وجه الإطلاق.

دعوى جزافيه فإن الروايه و ان كانت ككك و لكن قد ثبت من الخارج من الأرش غرامه و من قبيل الحقوق فللمشتري أن يرفع اليد من حقه و لم يطلب الغرامه من البائع فالتبرى عن الأرش فقط مع رضاء المشتري بذلك صحيح و أما دعوى كونه إسقاطا لما لم يجب فقد عرفت جوابه و أنه لا بأس بإسقاطه فى ضمن العقد.

قوله: ثم تبرى البائع عن العيوب مطلقا. أقول: قد ذكر السيد فى المقام أن مقصود المصنف غير ما هو ظاهر من عبارته فان عبارته ظاهره فى معنى و مقصوده شىء آخر و عليه فهنا مسألتان: - الأولى: ما فهمه السيد من عبارته المصنف؟ و الثانى: ما هو ظاهر كلام المصنف؟ أما الأولى: فذكر السيد أن مراد المصنف أن التبرى إنما يسقط الخيار فقط، و أما حكم التلف فى زمان الخيار الذى هو كونه على من لا- خيار له و هو البائع فى المقام فلا يزول و لا يسقط سواء كان التلف بسبب العيب أو غيره لعموم ما دل على ان التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له.

و بعباره أخرى أن التبرى انما هو مجرد سقوط الخيار و أما ما تقتضيه قاعده التلف فى زمان الخيار من كونه على البائع فهو باق، و لا يسقط بمجرد

التبرى فإنه يكفى فى ثبوت ذلك شأنه الخيار أى ثبوت الخيار لو لا الاسقاط و ان لم يكن الخيار ثابتا بالفعل.

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

و یرد على هذه المسأله أولا أن موضوع الحكم هنا انما هو وجود الخيار الفعلى بحيث يكون هنا خيار بالفعل و أما الخيار الشأنى فليس موضوعا لهذه الاحكام بوجه و الا فلا بدّ من الالتزام بكون التلف مطلقا فى أى وقت كان، و لو بعد شهر أو سنه ممن لا خيار له فيما إذا لم يلتفت المشتري الى العيب إلى سنه مثلا، بل أكثر و تلف المبيع بعد هذه المده لا ياتلاف المشتري و التفت المشتري بالعيب حين التلف فإنه على هذا فجميع أوقات وجود المبيع عند المشتري زمن خيار الشأنى كما هو واضح مع أنه لم يلتزم به أحد.

و بعباره أخرى أن ما هو موضوع لهذه القاعده أعنى الخيار الفعلى قد سقط قطعا بتبرى البائع و ما هو ليس موضوعا لها اعنى الخيار الشأنى و التقديرى فهو باق فى بعض الأحيان إلى الأبد.

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

و أما المسأله الثانيه التى هى ظاهر عباره المصنف فهى أنه إذا تبرى البائع من عيب السلعه و تلف المبيع فى زمان خيار آخر للمشتري كخيار الحيوان و الشرط و المجلس فهل يكون ضمانه على البائع أولا بل يكون ضمانه للمشتري أيضا لتبرى البائع عن العيب فالظاهر هو ان الضمان هنا

على البائع فإنه لا- منافاه بين تبرى البائع عن العيب و بين ثبوت الضمان عليه من جهة كون التلف فى زمان الخيار من غير جهة العيب فإن إطلاق ما دل على أن التلف فى زمن الخيار من مال من لا- خيار له فحكم هنا فلا مخصص له بوجه و اذن فىكون التلف هنا من البائع لكونه فى زمان خيار الحيوان مثلا، لا من المشتري، بل لا دلالة فى لفظ التبرى على كون التلف فى زمن خيار المشتري من المشتري إذ التبرى من العيب أى ربط له بذلك بل لا يسقط الضمان عن البائع حتى بصراحته بالتبرى مطلقا مستتبا العيب حتى لو تلف المبيع به فى زمان خيار المشتري كما إذا كان المبيع حيوانا فتلف فى ضمن ثلاثة أيام فهذا حكم شرعى لا يسقط بالإسقاط و تقدم أن الحكم و الحق كلاهما حكم شرعى، إلا ما يسقط بالإسقاط نسمى حقا و ما لا يسقط به نسمى حكما.

و على الجملة فكون التلف فى زمن الخيار من البائع حكم شرعى لا- يسقط بالتبرى و لا نعرف خلافا فى هذه المسألة الا عن الشهيد فى الدروس حيث قال لو تبرأ البائع من عيب فتلف به فى زمن خيار المشتري فالأقرب عدم ضمان البائع و كذا لو علم المشتري به قبل العقد أو رضى بعده و تلف فى زمان خيار المشتري.

ثم قال: و يحتمل الضمان لبقاء علاقه الخيار و قد ظهر مما ذكرناه أنه لا وجه لمخالفه الشهيد و نفى الضمان عن البائع مع التلف ح كما لا وجه لقوله و يحتمل الضمان لبقاء علاقه الخيار فإنه لا معنى لتوهم هذه العلاقه إذ لو كان المراد بها هو خيار الحيوان فقد تبرأ البائع منه و ان كان المراد به غير خيار الحيوان فهو و ان كان صحيحا و لكن لا ربط له بخيار العيب حتى يقال ان علاقه الخيار باقيه.

و بعباره أخرى أن خيار العيب قد زال بتبرى البائع فلم يبق منه شىء

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

ثم ذكر أن الاشكال أقوى فيما لو تلف المبيع بالعيب السابق و بالعيب المتجدد فى زمن الخيار الآخر كخيار الحيوان و وجه الأقوائيه هو أن البائع إنما تبرأ من العيب السابق الموجود حال العقد لا من العيب الحادث بعده فيكون اشكال كون الضمان على المشتري دون البائع قويا بل لا بدّ و ان يكون الأمر بالعكس و لكن قد عرفت أن الضمان فى جميع ذلك على البائع لإطلاق ما دل على كون التلف (فى زمان خيار الحيوان و الشرط و خيار المجلس بالإلحاق) من البائع فلا مخرج عن ذلك و أن هذا حكم شرعى لا- يسقط بالتبرى حتى مع التصريح بذلك و أن التبر لا يدل على ذلك و على أزيد من التبرى من الأرش و الخيار أى على إسقاط الأرش و الخيار.

قوله: ثم ان هنا أمورا يظهر من بعض الأصحاب سقوط الردّ و الأرش بها، أقول:

### ذكر الأصحاب أمورا يسقط بها الأرش و الردّ

#### منها زوال العيب

قبل العلم به

و قد صرح العلامة بذلك فى غير موضع من التذكرة، و مال اليه جامع المقاصد و اختاره فى المسالك بل ذكر فى التذكرة فى أواخر فصل العيوب أنه يسقط الأرش و الردّ بعد العلم بالعيب أيضا و قد فصل المصنف هنا بين الرد و الأرش و الترم بسقوط الردّ دون الأرش و أفاد فى وجه ذلك أن الظاهر من الأدله خصوصا بملاحظه أن الصبر على العيب ضرر هو ردّ المعيوب و هو الذى يكون حين الرد متلبسا بالعيب و أما ما كان معيوباً سابقاً فزال عيبه فليس بموضوع للردّ و توهم استصحاب الخيار هنا فاسد لارتفاع موضوعه فلا- أقل من احتمال ارتفاع موضوعه فيكون بلا موضوع فلا يكون متعهدا لإثبات توسعه الحق هذا هو الوجه لجواز الرد و أما الوجه لجواز مطالبه الأرش فلأنه قد ثبت جواز مطالبه الأرش فيما كان وصف الصحة مفقودا

ص: ١٧١

فى المبيع حين العقد فقد استقر الأرش على ذمه البائع بالعقد فسقوطه يحتاج الى دليل خصوصا بعد ما علم المشتري بالعيب و زال، و الصحه الحادته لا تمنع عن ذلك لكونها حادته فى ملك المشتري.

و على الجملة فذمه البائع مشغوله بذلك فسقوطه عنها يحتاج الى دليل كما هو واضح.

ثم ذكر أنه لم يتعرض لهذا الفرع أحد قبل العلامة و ان احتمال دخوله تحت القاعده المذكوره للشافعيه من الزائل العائد كالذى لم يزل أى وصف الصحه التى كانت مفقوده و عاده كالذى لم يزل فلا يكون المبيع فى حكم المعيوب فعلا أو كالذى لم يعد فيكون فى حكم المعيوب ثم ذكر أنه لا- دليل على هذه القاعده و لا شىء تحتها فإنها مجرد عباره، بل نحتاج فى كل مورد الى الدليل الخاص و قد عرفت أن مقتضى الدليل فى المقام هو سقوط الردّ دون الأرش.

أقول: أن المستفاد من الروايه كما أن موضوع الرد، هو المعيوب الفعلى أى ما كان متلبسا بالعيب فعلا و كذلك موضوع جواز مطالبه الأرش أيضا هو المعيوب الفعلى لا ما كان معيوباً حين العقد فان الرد و الأرش قد ثبتا فى الروايات معا من أنه إذا كان المبيع معيوباً كان له الرد و الأرش على نحو التخيير أو أنه مختير بين الردّ و الإمضاء قبل التصرف و أما بعده فيكون له مطالبه الأرش فقط، على ما تقدم من المصنف و اخترناه أيضا فى مورده استنادا الى ظاهر الأدله فلا يستفاد من الأدله أن موضوع الرد هو المعيوب الفعلى دون موضوع الأرش و ان كان يستفاد ثبوت الأرش بعد سقوط الرد لا التخيير من الأول كما هو واضح.

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



مقابل وصف الصحة قد أخذه البائع بلا استصحاب منه لفوات مقابله أعنى وصف الصحة فيبقى مشغول الذمه ما لم يخرج عن عهده سواء زال العيب و عاد وصف الصحة أم لا، ولكن قد عرفت سابقا ان هذا المبني فاسد من أصله و لم يلتزم به المصنف أيضا، بل وصف الصحة يوجب زياده الماليه و هو واسطه لا زياده الماليه فى المبيع و زياده ثمنه كما هو واضح و لذا لا يجب للبائع دفع الأرش قبل مطالبه المشتري ذلك كما هو واضح و عليه فلا يبقى مجال لما ذكره المصنف هنا، بل يسقط الأرش بزوال العيب كما يسقط الرد أيضا.

و قد ذكر السيد أن الانصاف هو عدم الفرق بين الرد و الأرش و دعوى استقرار الثانى بالعقد دون الأول كما ترى و ظهور الدليل فى رد ما هو متلبس بالعيب مشترك الورد فانا نقول بالنسبه إلى الأرش أيضا كذلك خصوصا مع أن الأرش غرامه لا يثبت الا بعد مطالبته و التحقيق سقوطهما معا للظهور المذكور و على الجملة فلا فارق بين الرد و الأرش بحسب الدليل هذا.

و لكن يمكن أن يقال أولا انه ينبغى أن يعكس الأمر بأن يسقط الأرش دون الرد أما سقوط الأرش فمن جهة ما عرفت من كون موضوعه هو المبيع المعيوب و الفرض أن العيب قد زال عنه فلا يثبت للمشتري جواز مطالبه الأرش من البائع فلا وجه لثبوت الأرش ح بوجه.

و أما ثبوت الرد و عدم سقوطه فمن جهة أن خيار العيب كخيار الغبن و الرؤيه انما هو ثابت بحسب الشرط الضمنى على كون المبيع صحيحا حال العقد و المفروض أنه غير صحيح فيكون له خيار تخلف الشرط فلا دليل على سقوطه بعده و ان كان العيب زائدا بعده فإنه انما زال فى ملك المشتري دون البائع كما إذا اشترى زيد عبدا من عمرو فاشترط عليه أن يكون العبد كاتبا و لكن لم يكن كاتبا حال العقد و قد تعلم الكتابه بعده فإنه لا شبهه فى

ثبوت خيار تخلف الشرط للمشتري، و ان كان كاتباً الا- أنه انما حصل في ملك المشتري دون البائع و من هنا ذكرنا أن الروايه الداله على ثبوت خيار العيب انما ثبت على طبق القاعده لا على خلافه كما هو واضح.

نعم ثبوت الأرش هنا لخصوص الروايه لا بحسب الشرط الضمني فإنه لا يتكفل على ذلك.

و لكن التحقيق أن يقال بثبوت الرد و الأرش كليهما و ان زال العيب بعد العقد فتكون النتيجة هو أن الزائل العائد كالذي لم يعد فكأن وصف الصحه الزائل لم يعد و تقريب ذلك أن غير روايه زراره من الروايات الداله على ثبوت الردّ و الأرش و ان كانت ساكته عن صورته زوال العيب من المبيع المعيوب حال العقد و المستفاد منها أن موضوع الردّ و الأرش انما هو المعيوب الفعلى فإنه في هذه الصوره اما نقول بالرد و الأرش تخييراً أو بالرد أولاً، و مع سقوطه فبالأرش كما تقدم و بالنسبه إلى ملاحظه هذه الروايات فما ذكره السيد متين جدا وفقاً لما ذكره العلامة و غيره و لكن بالنسبه إلى النظر إلى روايه زراره فالأمر ليس ككك فإنه ذكر فيها أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبرء به و أحدث فيه شيئاً ثم علم بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع فيثبت له تفاوت ما بين الصحيح و المعيب و هو الأرش فيدل مفهوم هذه الروايه على عدم مضي البيع إذا لم يتبرء البائع من العيب و لم يعلم المشتري بذلك حال العقد و لم يحدث فيه حدثاً فإنه إذ التفت المشتري بذلك العيب بعد العقد فيكون له الردّ و ليس في الروايه أنه يسقط الردّ بعد زوال العيب، بل هي مطلق بالنسبه الى حال زوال العيب أيضا فلا دلالة فيها أن الرد أنما يثبت إذا كان العيب موجوداً حال الرد، بل بكلمه ذلك يشعر البغير مشيراً الى العيب بكفايه وجود العيب حال العقد فقط في جواز الردّ مطلقاً حتى بعد الزوال كما هو واضح و عين هذا البيان

جار فى ثبوت الأرش أيضا بعد زوال العيب فإنه مذكور مع الرد فى هذه الروايه و موضوعه انما هو ثبوت العيب فى المبيع حال العقد سواء زال بعده أم لم يزل، كما هو واضح، وقد عرفت ان هذه الروايه و ان لم تكن صحيحه و لكنها معتبره.

### **قوله و منها التصرف بعد العلم بالعيب،**

أقول: ان الكلام فى كون التصرف بعد العلم بالعيب الذى يوجب الحدث فى المبيع يقع فى جهتين الأولى: فى أن التصرف هل يسقط الرد و الأرش معا أو لا.

و الجبهه الثانيه: فى أنه هل تشمل أخبار الأرش صورته التصرف الموجب للاحداث بعد العلم بالعيب أم لا.

### **أما الكلام فى الجبهه الأولى فى أن التصرف هل يسقط الرد و الأرش معا أو لا**

فنقول: ان كان التصرف مسقطا تعبديا كما فى التقبيل للجاريه و ركوب الدابه و وطى الجاريه و غير ذلك من التصرفات التى هى مسقطه بالتعبد فلا دلالة فى ذلك على سقوط الأرش بوجه، فان سقوط الرد بالتصرف تعبدا غير مربوط بسقوط الأرش به مع وجود الدليل على ثبوت الأرش، بل قد ثبت الأرش فى مورد التصرف فى الجاريه بالجماع و لم يمنع ذلك الجماع عن ثبوت الأرش كما لا يخفى و ان كان التصرف مسقطا للردّ لكونه كاشفا عن الرضا بالعقد و الالتزام به فلا يكون البحث عن سقوط الرد بالتصرف نزاعا كبرويا، بل يكون نزاعا صغرويا و راجعا الى أن أى تصرف هو كاشف عن الرضا بالعقد و عن سقوط الرد و الخيار و بعد كونه كاشفا عن ذلك فتنازع فى أنه هل يكون التصرف الكاشف عن الرضا بالعقد كاشفا عن الرضا بالعيب أيضا أم لا فيكون هذا أيضا نزاعا لفظيا فى كل مورد يكون كاشفا عن سقوط الأرش فيحكم به و الا فلا يكون هنا نزاع كبروى و قد أشار المصنف الى ذلك بقوله و حيث لم يدل التصرف على سقوط الأرش فالأصل بقاءه و ذكر أيضا الاولى أن الرضا بالعقد لا يدل على سقوط الأرش.

التصرف بعد العلم بالعيب أم لا

فنقول قد نقول بأن المشتري إذا اشترى مبيعا معيوباً فهو من الأول مخير بين الأمور الثلاثة، أما الرد أو الإمضاء مجاناً أو مع الأرش على ما ذهب إليه المشهور فح يقع الكلام فى أن التصرف يوجب سقوط الرد و الأرش أولاً- فالكلام ح راجع الى مسقطيه التصرف و قد تقدم الكلام فى ذلك من أنه مسقط تعبداً أو لكونه كاشفاً عن الرضا.

و على كل تقدير فهل يكون التصرف مسقطاً للرد و الأرش معاً أم لا؟ و تاره نقول ان المشتري ليس من الأول مخيراً بين الرد و الإمضاء مجاناً أو الأرش، بل بين الرد و الإمضاء و بعد سقوط الرد ثبت له الأرش فقط بحيث ليس له مطالبه الأرش قبل سقوط حق الرد.

ثم انه يقع النزاع فى انه بعد عدم سقوط الأرش بالتصرف فهل تشمل أخبار الأرش لصوره التصرف بعد العلم أيضاً كما تشمل لصوره التصرف قبل العلم أو لا بحيث لا يكون التصرف موجبا لسقوط الأرش مطلقاً سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده، و فى هنا سؤال الفرق بين القول بالتخيير بين الأمور الثلاثة من الأول أولاً- فى كون ذلك دخيلاً- فى شمول دليل الأرش لصوره التصرف بعد العلم بالعيب، فذكر المصنف أن اختصاص النص بصوره التصرف، قبل العلم ممنوع، فليراجع.

أقول: قد راجعنا الأخبار الداله على سقوط الأرش بالتصرف، ليس فيها ما يدل على عدم سقوط الأرش بالتصرف بعد العلم بالعيب، بل تدل على عدم سقوط الأرش بالتصرف قبل العلم بالعيب فقط كما هو واضح.

و قد عرفت فى روايه زراره ذلك حيث قال عليه السلام: أيما رجل اشترى شيئاً و لم يتبرء البائع من عيبه و لم ينبه عليه و أحدث فيه حدثاً تم علم بذلك فإنه يمضى عليه البيع و يأخذ تفاوت ما بين الصحيح و المعيب فإنه عليه

السلام قد عبر بكلمه ثم علم بالعيب بعد قوله و أحدث فيه شيئا و هو ظاهر فى كون التصرف قبل الاطلاع على العيب كما هو واضح، و كك بقيه الأخبار فإنها مختصه بالتصرف الذى كان قبل العلم بالعيب، نعم فى روايه ميسر و روايه عبد الملك ما يدل على ذلك.

أما الأول: فما عن أبى عبد الله عليه السلام قال: كان على عليه السلام لا يرد الجاربه إذا وطئت و لكن يرجع بقيمه العيب، فإنها مطلقه بالنسبه إلى التصرف الذى كان قبل العلم بالعيب أو بعده.

و أما الثانيه: فهى ما رواه عنه عليه السلام قال لا ترد الجاربه التى ليست بحبلية إذا وطئها صاحبها و له أرش العيب، و هى أيضا مطلقه بالنسبه الى ما بعد العلم و ما قبله.

و فيه أولا: أن هاتين الروائتين ضعيفتا السند فلا تصلحان لإثبات المقصود بعد اختصاص بقيه النصوص بما قبل العلم بالعيب.

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

## الخصى

أقول: قد ذكر المصنف (ره) أن من جمله ما يسقط به الأرش و الرد مع التصرف في المعيب بالعيب الذى لا يوجب نقصا فى القيمة، و الظاهر أنه لا- يناسب للمصنف أن يذكره فى المقام فان كلامنا فيما يكون بنفسه موجبا لسقوط الرد و الأرش لا فيما يكون موجبا لذلك بالضميمه بأن يكون شىء موجبا لسقوط الرد و شىء آخر موجبا لسقوط الأرش و يضم أحدهما إلى الآخر فيحكم بكونهما موجبا لسقوط الرد و الأرش و ما ذكره المصنف هنا كك حيث انه ضمّ التصرف الى العيب الذى لا يوجب نقص المالىه فجعلهما قسما مما يوجب سقوط الرد و الأرش و الحال أنه ذكر التصرف مستقلا من مسقطات الرد و ذكر العيب الذى لا يوجب نقصا فى المالىه من مسقطات الأرش كما هو واضح و بعد ذلك لا وجه لضم أحدهما إلى الآخر هذا أولا.

و ثانيا: قد عرفت فيما تقدم أن مطلق نقص الشىء عن الخلقه الأصلية ليس بعيب فى المبيع ما لم يوجب نقصا فى المالىه و القيمة و الآ لكان الختان أيضا عيبا فى العبد و عليه فما ذكره من المثل من كون التصرف فى البغل الخصى موجبا لسقوط الرد و الأرش ليس بصحيح حيث ان الخصاء ليس بعيب فى البغل أصلا لعدم تفاوت القيمة بذلك كما أنه فى العبد أيضا ليس بعيب لرغبه طائفه إلى الخصى و طائفه أخرى الى غير الخصى، نعم الخصاء فى مثل الفرس و نحوه يكون عيبا كما هو واضح.

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

و نعيد هذا البحث لفائده احتماليه فنقول أنه إذا تصرف المشتري في المبيع الذي كان معيوباً بعيب لا يوجب ذلك العيب نقصان قيمه كالخصي من البغل و نحوه، فهل يوجب ذلك الأرش و الرد أم لا، فذكر المصنف ان الأرش منتف لعدم تفاوت قيمه و الرد أيضاً منتف للتصرف ثم ذكر أنه يشكل الأمر فيه بلزوم الضرر على المشتري بصبره على المعيب و أجيب بأنه ليس هنا ضرر مالي لعدم نقص فيه أصلاً، بل لا ضرر هنا لأن الضرر عباره عن النقص في المال و الأطراف و العرض فأى ضرر هنا يترتب على سقوط الرد كما هو واضح.

و الصحيح أن يقال أن الخصاء و نحوه في العبد و غيره بان لم يكن عيباً كما هو الظاهر على ما عرفت فلا شبهه في أنه ليس هنا عيب فضلاً عن ثبوت الخيار و الأرش حتى نبحت عن سقوطها بالتصرف فاصل موضوع الرد و الأرش منفى هنا و ان كان يصدق عنوان العيب على ذلك أما سقوط الأرش فواضح لعدم ثبوته أولاً فضلاً عن سقوطه بالتصرف فإنه عباره عن تفاوت ما بين الصحيح و المعيب و المفروض انتفاء التفاوت هنا كما لا يخفى.

و أما سقوط الرد فان قلنا بكون التصرف مسقطاً للرد لكونه كاشفاً عن الرضا بالعقد و إسقاطاً عملياً للرد فيكون موجبا لسقوط الرد و كذلك إذا كان مسقطاً على نحو التعبد و أما إذا لم يكن كذلك كما هو الظاهر ان التصرف مسقطاً تعبداً في موارد خاصه و أنه لا يكشف عن الرضا بالعقد نوعاً كما عرفت في جواب المصنف سابقاً فلا يكون التصرف ح مسقطاً الخيار العيب فيكون ح إطلاقات ما دل على ثبوت خيار العيب محكمه هذا إذا قلنا بصدق العيب على مثل الخصي و نحوه، و اما مع عدم الصدق فقد عرفت.

نعم، إذا علم من القرائن الخارجيه أو بالصراحه أن عدم كون العبد خصياً انما هو شرط في ضمن العقد أى اشترط المشتري على البائع عدم

هذا الوصف فى ضمن العقد.

فح لا شبهه فى عدم ثبوت الأرش أيضا لا من جهه عدم تحقق التفاوت ما بين الصحيح و المعيب كما عرفت، فإنه انما يجرى فيما إذا كان العيب صادقا على هذا الوصف و كان مما لا يوجب تفاوت المالىه لا فى المقام فان المفروض هنا عدم صدق العيب على هذا الوصف و عدم ثبوت خيار العيب بعنوانه، بل الخيار من جهه الا-اشتراط، لا- من جهه أنه لا دليل على الأرش فى خيار الشرط و أما الرد فهو باق على حاله فإنه ثابت من جهه تخلف الوصف و المفروض أن التخلف موجود و سقوطه بالتصرف لا دليل عليه الا- إذا كان إسقاطا عمليا عنه، و هو منفى إلا- إذا كانت قرينه على أن التصرف إسقاط عملى للخيار و رضاء بالعقد مطلقا و هو مطلب آخر.

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

### **قوله: و منها حدوث العيب فى المعيب المذكور،**

أقول: قد ذكر المصنف أن اشكال لزوم الضرر على تقدير سقوط الأرش و الرد فى محله.

أقول: توضيح الكلام أنه إذا اشترى أحد معيبا ببيع لا يكون به قيمه السلعه ناقصه عن أصلها و حدث فيها عند المشتري حدثا فهل يكون الأرش و الرد ساقطا هنا أم لا؟ فنعيد الكلام الذى تقدم فى سابقه هنا بأدنى تفاوت.

و حاصله: أنه لا- شبهه فى سقوط الأرش لما عرفت من أنه تضاد ما بين الصحيح و المعيب فى الثمن و المفروض أن العيب من العيوب التى لا توجب نقصان قيمه و أما سقوط الرد فقد عرفت أن عمده الدليل على سقوطه مع حدوث الحدث فى المعيب انما هو روايه زراره و مرسله الجميل و من الواضح أن موضوع سقوط الرد فيها بالحدث انما هو العيب الذى يوجب الأرش



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

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

و أما إحداث الحدث فهو لا يوجب سقوط خيار الشرط لعدم الدليل عليه الا إذا كان التصرف مسقطا عمليا له و من هنا ظهر أنه لا- وجه لإثبات الخيار بالاستصحاب كما في المتن لثبوته بأدله خيار العيب مع صدق العيب على ذلك الوصف و بالشرط الضمني في صورته الاشتراط كما هو واضح فافهم و عدم ثبوت الأرش ح أيضا واضح كما تقدم.

و أما ما ذكره المصنف من ان اشكال لزوم الضرر هنا في محله لا وجه له لما عرفت أنه ليس هنا ضرر على المشتري أصلا فإنه عباره عن النقص في المال أو الأطراف أو العرض و كل ذلك منفي هنا، ثم انه إذا ثبت الرد فأراد المشتري أن يرد المبيع إلى البائع فلا بدّ له من رده على النحو الذي أخذه كما هو مقتضى قانون الفسخ، فإنه يقتضى أن يرد المال المأخوذ من البائع على النحو الذي أخذه المشتري منه و الا كان البائع متضرر منه و هو منفي

ولا- يكون ذلك معارضها بلزوم الضرر على المشتري مع عدم الرد لما عرفت أنه لا يلزم عليه ضرر من ذلك أصلا و حيث حدث فيه حدث و لم يتم بعينها فلا- يمكن رده بعينه على النحو الذى أخذه من البائع فلا بد له أن يرده اليه مع الأرش و قد عرفت ذلك سابقا و عرفت أيضا الأرش هنا غير الأرش الذى يجب على البائع ان يعطيه المشتري على فرض ثبوته و سقوط الرد فإنه التفاوت من الثمن ما بين المعيب و الصحيح و هذا بخلاف الأرش هنا، فإنه عبارته عن تفاوت القيمة ما بين المعيب و الصحيح، ولا- تعرض له بالثمن أصلا، بل يجب بالفعل أن يقوم المبيع معيبا و صحيحا و يؤخذ تفاوت ما بين الصحيح و المعيب، سواء طابق أصل الثمن أم لا؟ كما لا يخفى.

### **قوله: و منها ثبوت أحد مانعى الرد فى المعيب الذى لا يجوز أخذ**

الأرش فيه لأجل الربا.

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

أما الإسقاط التعبدى فهو مخصوص بموارد خاصه كتقبيل الجارية و ركوب الدابة فى خيار الحيوان و أما كونه كاشفا عن الرضا بالعقد فهو نزاع

صغروى ففى أى مورد كشف التصرف عن ذلك فهو و الأ فلا دليل على سقوط الخيار.

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

و أما الأرش فقد ظهر مما ذكرناه أنه منفى للزوم الربا على الفرض بناء على قبوله، و الأ فقد عرفت عدم لزوم الربا فى ثبوت الأرش لعدم كونه جزء من الثمن و الأ كان البائع مشغول الذمه من الأول و لم يتوقف على مطالبه المشتري بل الأرش غرامه و من مستتبعات العقد كما لا يخفى، هذا ما يرجع الى أصل المسأله.

و لكن للعلامه هنا كلام آخر قد فسره المصنف فيتفرق به هذا المقال عن سابقه حيث ذهب الى وجود المانع من الرد أيضا و حاصل كلامهما يبتنى على مقدمتين:- الاولى: أن وصف الصحه فى الربويات لا تقابل بالمال لكونه مستلزماً للربا فيكون موجبا لبطلان البيع من الأول و ذلك لأنه إذا باع جنسا بجنس كان كل منهما فى مقابل الآخر على نحو التساوى و إذا كان فى مقابل الوصف شىء الآخر فيلزم أن هذا الطرف زائدا عن الطرف الآخر فان الطرف الآخر قد وقع مقدار منه فى مقابل هذا الطرف، بخلاف العكس و يكون ما يؤخذ فى مقابل وصف الصحه زائدا على الطرف الآخر فيكون موجبا للربا، فيكون

البيع باطلا من الأول فوصف الصحة في الربويات كوصف الكتابه في غير الربويات في عدم مقابلهما بالمال.

المقدمه:الثانيه أن قانون الفسخ يقتضى ردّ كل عوض على مالكة على النحو الذى أخذه من مالكة فضم هذه المقدمه إلى سابقها ينتج أن التصرف فى الجنس الربوى المعيب يوجب سقوط الرد و الأرش معا و ذلك لأنه إذا رده المشتري فلا بدّ و أن يرد المبيع إلى البائع على النحو الذى أخذه و قد فرضنا أنه حين ما أخذه من البائع لم يكن وصف الصحة يقابل بالمال و الألبطل البيع من الأول و حيث لم يقابل بالمال من الأول فلا يقابل بالمال حين الفسخ أيضا و من هنا يبطل التقابل مع اشتراط الزيادة أو النقيصه فى أحد العوضين فإذا استرد المشتري الثمن لم يكن عليه الأ-رد ما قابله من المبيع لا-غير و السر فى ذلك أن معنى الفسخ و التفاسخ هو البطلان العقد الأول و إرجاع مال كل من المتعاملين الى صاحبه على النحو الذى أخذ منه و حيث لم يكن أحد العوضين زائدا عن الآخر فلا يجوز أن يكون زائدا بالتقابل أيضا و كذا فى الفسخ فإنه إذا لم يكن وصف الصحة مقابلا بالمال فى أصل العقد لا يكون كذلك حين الفسخ أيضا، و الأ فلا بدّ من التقابل بالمال من الأول فيلزم الربا على الفرض و على هذا فيسقط الرد و الأرش، أما الأرش فلما عرفت من كونه مستلزما للربا فلا يكون ثابتا و أما الرد فلانه ضرر على البائع بدون الأرش فيكون ساقطا و اذن فلا يثبت الردّ و الأرش فيما إذا كان المبيع معيبا و من الربويات و حدث فيه عيب عند المشتري.

و فيه أن ما أفاده من عدم كون وصف الصحة فى الربويات مقابلا- بالمال و ان كان صحيحا الأ- أن الأمر كذلك فى غير الربويات أيضا فإن الأوصاف مطلقا سواء كانت أوصاف الصحة أو أوصاف الكمال و سواء فى الربويات أم فى غيرها و

انما هي توجب زياده المالىه فقط،فهى واسطه فى ثبوت المالىه للموصوف و على هذا فلا مورد لكلام المصنف و العلامه من أن الوصف من الأول لا يقابل بالمال فى الربويات لكونه موجبا للزوم الربا،و أما ردّ المعيب مع حدوث العيب فيه عند المشتري مع التفاوت فأیضا ليس من جهة كون وصف الصحه مقابلا بالمال،بل من جهة أن مقتضى قانون الفسخ هو رد كل من العوضين على مالکه على النحو الذى أخذه و من الواضح أن قيمه الصحيح أكثر من قيمه المعيب فلا بدّ و أن يرده الى مالکه مع هذا التفاوت بمقتضى ضمان اليد،و لا يلزم الربا هنا فان ضمان المشتري التفاوت ما بين الصحيح و المعيب،ليس من جهة الضمان المعاملی،بل من جهة ضمان اليد،فإنه بعد فسخ المعامله فيكون عليه رد مال البائع اليه على النحو الذى أخذه بمقتضى اليد،فكأنه لم تحقق هنا معاملة أصلا فكما أنه مع عدم تحقق المعامله فلا بدّ لمن وضع يده على مال الغير أن يرده اليه على النحو الذى أخذه لأن على اليد ما أخذت حتى تؤدي فكذلك فى المقام و الأ فلازم ذلك أنه لو غصب أحد مال غيره فزال وصف الصحه عنده أن لا يضمن ذلك بدعوى أن وصف الصحه لا يقابل بالمال،و هى بديهي البطلان،و لم يلتزم به أحد و على هذا فإذا رد المشتري العين المعيبه التى حدث فيها عيب عنده فلا بدّ له أن يرده مع الأرش أى مع التفاوت الواقعي ما بين الصحيح و المعيب و يكون المقام ح نظير المقبوض بالسوم إذا زال وصف الصحه عند الأخذ أو تلف فلا وجه لنفى كون المقام مثله كما ذكره المصنف.

ثم على تقدير التنزل و الالتزام يكون الأرش مستلزما للربا بلزوم رد مثل أو قيمه إذا أراد المشتري الرد و ذلك لأن الالتزام بعدم جواز الرد أصلا

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

### **قوله: و منها تأخير الأخذ بمقتضى الخيار.**

أقول: ظاهر الغنيه إسقاطه الردّ و الأرش بلا- خلاف كليهما و ذكر فى المبسوط و الوسيله سقوط الرد بالتأخير وحده و اختاره المصنف أيضاً و فى الكفايه إطلاق الاخبار الدال على عدم السقوط و فى الحدائق و المسالك لا نعرف فيه خلافاً و فى الرياض أنه ظاهر الأصحاب المتأخرين كافه.

و على الجملة، فالمسأله مورد الخلاف بين الفقهاء إذا كان التأخير مع العلم بالعيب فان الظاهر من الغنيه أنه ادعى عدم الخلاف فى سقوط الردّ و الأرش بالتأخير و لكن المبسوط صرح بسقوط الردّ دون الأرش و فى الكفايه ادعى عدم الخلاف فى عدم سقوطها بالتأخير و كذا فى الحدائق، و جعل ذلك أى عدم السقوط صاحب الرياض ظاهر المتأخرين من الأصحاب أقول:

### **يقع الكلام فيه من جهتين: -**

الاولى: فى وجود المقتضى للرد و الأرش بأن الإطلاقات يقتضى ثبوتها عند تأخير الردّ أم لا.

الثانية:فى ثبوت المانع عن الأرش و الردّ و أنه على تقدير تماميه المقتضى للردّ و الأرش و ثبوت الإطلاق بالنسبه إليهما هل هنا مانع عن ثبوت الأرش و الرد أم لا؟

### **أما الوجه الثانيه فى ثبوت المانع عن الأرش و الرد**

فالظاهر أنه لا مانع عن ذلك لأنه اما التصرف أو التأخير أما التصرف فلا يكون كاشفا عن الرضا بالعقد فضلا عن الرضا بالعيب إلا إذا قامت قرينه على ذلك فهو بعيد فى مورد البحث و ثبوت كونه مسقطا للردّ فى خيار الحيوان بمثل التقييل و نحوه انما هو بالتعبد لا لأجل كشفه عن الرضا بالعقد كما لا يخفى.

و أما التأخير فهو أيضا لا يكشف عن الرضا بالعقد و العيب و ذلك لأن التأخير أولا انما يكون من دواعى مختلفه من المسامحه و نحوها و لا يختص بكونه عن الرضا بالعقد و من الواضح أن الأعم لا يدل على الأخص و على تقدير كونه كاشفه عن الرضا بالعقد فلا يكون كاشفا عن الرضا بالعيب و عليه فلا يكون دالا على سقوط الأرش أيضا و ان كان دالا على سقوط الرد كما هو واضح.

### **و أما الوجه الاولى فى وجود المقتضى للرد و الأرش**

فبالنسبه إلى الأرش فلا كلام لنا فيه و لم يخالف فى ثبوته أحد و ان خالف صاحب الغنيه بالنسبه إلى مطلق الرد و الأرش و لكن لم يعتنى به أحد و ذلك لأن إطلاق ما دل على ثبوت الأرش محكم فلا قصور فيه فان ما دل عليه كروايه جميل و زراره ليس فيه أن الأرش مخصوص بالزمان الأول فقط،و إذا تأخر يكون خارجا عن مورد الإطلاقات،بل هى شامله لأول زمان الاطلاع على العيب و الزمان البعد أيضا كما هو واضح و أما ثبوت المقتضى بالنسبه إلى جواز الرد بعد الزمان الأول أيضا فذكر المصنف أنه أى جواز الرد مختص بالزمان الأول فقط،لأن الإطلاقات قاصره عن شمولها للزمان المتأخر فإنها ناظره إلى أصل جواز الرد لا إلى

و لكن يرد عليه أن الروايات الداله على ثبوت الردّ أيضا مطلقه بالنسبه إلى الزمان الأول و الزمان المتأخر لعدم قصورها عن الشمول لهما بوجه فان منها روايه جميل و قد ذكر الامام عليه السلام فيها بأن العين أن كانت قائمه بعينها فيجوز له الرد و لا شبهه فى إطلاقه إلى الزمان المتأخر عن زمان العلم بالعيب، و كذلك روايه زراره فإنه عليه السلام ذكر أنه أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرء منه و لم يتبه عليه و قد أحدث فيه شيئا فإنه يمضى عليه البيع فإنها تدل بمفهومها على أنه إذا جاز الردّ لعدم تحقق الأمور المذكوره جاز له ذلك مطلقا من غير أن يكون جواز الردّ مختصا بالزمان الأول و تشكيك المصنف فى الإطلاقات و تخصيص ذلك بأول زمان من الاطلاع على العيب قد عرفت جوابه.

و بعبارة أخرى أن وجود المقتضى للردّ و عدم وجود المقتضى له مبنى على وجود الإطلاق لا دلاله خيار العيب و عدمه فان قلنا بثبوت الإطلاق لخيار العيب فلا شبهه فى وجود المقتضى لثبوت خيار العيب فى الزمان المتأخر عن الزمان الأول من أزمته الاطلاع على العيب و ان لم يكن المقتضى موجودا أى لم يكن إطلاق لأخبار خيار العيب كان الكلام من صغريات تقدم الاستصحاب على العموم الدال على اللزوم بالنسبه إلى الأزمته المتأخره و عدم تقدمه عليه أى المورد من موارد تعارض العموم و الاستصحاب، و قد تقدم فى خيار الغبن أن العمومات الداله على اللزوم منحلّه إلى الأفراد الطويله حسب استمرار الأزمته كانهلها الى الافراد العرضيه أى العمومات انما تثبت الحكم الخاص لكل فرد خاص من الافراد العرضيه و الطويله و مع ذلك فلا يكون هنا مورد للاستصحاب بوجه كما هو واضح، فعلى تقدير عدم وجود المقتضى للخيار فلا مناص عن القول بلزوم العقد لكون العمومات محكمه.



و أما بناء على القول بتماميه المقتضى فلا شبهه فى تقدمها على العمومات و كونها مخصّصة لها كما هو الميزان فى تقدم كل خاص على كلّ عام و اذن فلا بدّ من التكلم فى أصل وجود المقتضى و عدمه و قد عرفت أنه تمام فى المقام فلا مانع من شمول الإطلاقات الداله على ثبوت الرد بالنسبه إلى الزمان الأول و الزمان المتأخر كما هو واضح.

ثم ان هنا حاشيه عجيبه للسيد(ره)فإنه ذكر فى ذيل عبارته المصنف و هى قوله بناء على ما تقدم فى سائر الخ،حيث ذكر أن عبارته سقطا و هو عجيب،فان مراد المصنف من عبارته واضح و هو سقوط الرد بناء على ما تقدم من أصاله اللزوم فلا سقط فى العبارة.

قوله:مسأله:قال فى المبسوط.

أقول:

### **إذا كان البائع جاهلا بالعيب فهو و ان كان عالما بالعيب**

فهل يجب عليه إعلام المشتري بالعيب مطلقا أو لا،

ذكر فى المبسوط أنه إذا لم يبينه فعل محظورا أى محرما و عليه فيجب الاعلام مطلقا.

و الثانى:ما ذكره فى المبسوط أيضا أنه وجب عليه اما الإعلام أو التبرى من العيب.

و الثالث:استحباب الاعلام كما فى التذكرة و الشرائع.

و الرابع:التفصيل بين العيب الخفى،فيجب فيه الإعلان دون الجلى فلا يجب فيه الإعلان و على الأول فاما يجب فيه الإعلان مطلقا كما هو ظاهر جماعه،أو مع عدم التبرى كما فى الدروس فالمحصّل من ظاهر كلماتهم خمسّه أقول:و ذكر المصنف أن منشأ الأقوال الخمسه هو أن عدم بيانه عيب السلعه هل هو غش أم لا؟و قد تقدم تحريم الغش فى المكاسب المحرمه،فذكر السيد فى حاشيته أن النسبه الغش و النصح ليست من قبيل النقيضين و لا من قبيل الضدين الذين ليس لهما ثالث،بل يمكن أن لا يكون الإنسان

ناصحا و لا- غشا كنوع الناس بالنسبه إلى نوعهم فالساكت عن شخص ليس ناصحا له و لا غاشا و عليه فالبايع و ان كان عالما بالعيب، و لكن لا يجب عليه بيان العيب و إظهاره بأنه معيوب، بل انما يحرم عليه الغش و إظهار السلعه على نحو يتخيل المشتري أنه صحيح و أما السكوت عن ذلك فلا و للمشتري أن يدقّ النظر في السلعه و يسأل من البائع أو من شخص آخر أن في المبيع عيب أم لا.

كان الكلام في بيع المعيب مع العلم بكونه معيبا فقد عرفت أن الأقوال فيه خمسها بالنسبه إلى الحكم التكليفي:

الأول: وجوب الاعلام مطلقا.

الثاني: وجوبه إذا لم يتبرء أو مع التبري.

الثالث: استحباب الاعلام.

الرابع: التفصيل بين العيب الجلي و العيب الخفي و على الثاني يجب الإعلام اما مطلقا أو مع عدم التبري و أما مع كون العيب جليا فلا- يجب الإعلان فذكر المصنف أنه يجب الاعلام من جهه أن عدمه إخفاء العيب فهو غش فالغش حرام على ما عرفت في الجزء الأول من دلاله الروايات الكثيره على حرمة غش المسلم في البيع و الشراء و أنه ليس منا من غش مسلما و من الواضح أنه لا شبهه في صدق الغش على عدم بيان عيب المتاع و أورد عليه السيّد في حاشيته بان الغش مع النصح ليس من قبيل الضدين الذي لا ثالث لهما و لا من قبيل المتناقضين، بل هما من قبيل العدم و الملكة، أو الضدين الذي لهما ثالث فإذا لم ينصح أحد أخاه فليس لازمه أن يكون غاشا، بل لا يكون غاشا و لا يكون ناصحا أيضا كأكثر الناس و من الواضح أن البائع إذا لم يبين عيب متاعه لا يلزم أن يكون غاشا، بل لا يكون غاشا و لا ناصحا، فان مجرد بيع المعيب ليس غش و قد تقدم في حرمة الغش جواز

بيع المعيب إذا كان ظاهراً كما في صحيحه محمد بن مسلم هذا ملخص ما ذكره السيد في المقام.

و لكن الظاهر أنه لا شبهة في صدق الغش على بيع المعيوب مع السكوت عن عيبه و عدم التبري منه و عدم كون العيب جلياً بحيث يظهر للمشتري أنه معيوب لا- أن يكون بحيث يكون ظاهراً لغير المشتري فإنه إخفاء العيب عن المشتري و لا يقاس ذلك بالشخص الثالث فإنه إذا سكت عن بيان العيب لا يكون غاشاً و لا إذا سئل عنه و سكت فإنه ح يكون غاشاً و هذا الوجه يمكن المناقشة فيه بأنه لا معنى للالتزام بالوصف الخارجى إلا رجوعه الى الخيار كما عرفت سابقاً و هو ليس الا الحكم الوضعى و لا بد هنا بيان و توضيح و حاصله أن بناء العقلاء قائم على أنه إذا سكت البائع عن بيان العيوب فى المبيع يكون سكوته هذا منجز له أنه حكم بصحة المبيع فهو كالتصريح بالصحة و يكون ذلك إخفاء فيكون محرماً كما هو واضح.

و الوجه فى ذلك ما عرفته سابقاً من ان البائع بسكوته عن إظهار العيب فى المعيب يلتزم بسلامته بحسب بناء العقلاء و إذا سكت عن بيان العيب و لم يتبرأ و لم يكن العيب جلياً فلا شبهة فى التزامه بسلامه المبيع عن العيب و ليس هذا الا كالتصريح بأنه ليس بمعيب و اذن فيكون غاشاً للمشتري.

نعم، إذا تبرأ من العيب فلا- يكون منه ح الترام على الصحة و هكذا إذا كان العيب جلياً بحيث أن المشتري يراه لا بحيث لا يراه لغفله منه أو لا يلاحظه اعتماداً على أصالة الصحة كما هو واضح و المذكور فى الصحيحه من جواز بيع المعيوب و عدم كونه غشاً انما هو فرض كون العيب جلياً فلا تكون الصحيحه مدركا للسيد و اذن فالصحيح هو القول الثانى أعنى وجوب الإعلان مع عدم التبري فيما يكن العيب جلياً للمشتري، هذا بالنسبة إلى

و أما بالنسبة إلى الحكم الوضعي أعنى بطلان البيع بالغش و عدم بطلانه ففي جامع المقاصد أنه ينبغي بطلان البيع في مثل شوب اللبن بالماء لأن ما كان من غير الجنس لا يصح العقد فيه و الآخر مجهول الا أن يقال أن جهاله الجزء غير مانعه ان كانت الجملة معلومه كما لو ضم ماله و مال غيره و باعهما ثم ظهر البعض مستحقا للغير فان البيع لا يبطل في ملكه و ان كان مجهولا قدره وقت العقد، انتهى. فلا بدّ من التكلم في أقسام المعيوب ليتضح كلام جامع المقاصد في أي مورد، أقول: توضيح المسألة أن الغش تارة يكون من المزج و أخرى من غير المزج فالمزج على أقسام أربعة:

الأول: أن يكون المزج على نحو يكون الخليط مستهلكا في الشيء المخلوط كمزج الماء باللبن على نحو لا يخرج اللبن عن حقيقته، بل يصدق عليه الحليب عرفا.

الثاني: أن يكون اللبن مثلا مستهلكا في الآخر أي في الخليط بحيث لا يصدق عليه اللبن عرفا، بل يقال انه ماء قد امتزج فيه مقدار من اللبن.

الثالث: أن لا يبقى عنوان كل من الممتزجين بعد الامتزاج بل يتشكل هنا عنوان ثالث و حقيقته ثلثه كمزج الخل بالسكر فإنه يوجب تشكيل حقيقته أخرى غير الخل و السكر و يقال له السكنجين.

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

بالوصف الخارجى إلا- تعليق البيع على وجوده و لزوم البيع على تقدير وجوده فحيث كان الأول باطلا مع كون المفروض هو صحه البيع فيتعين الثانى فيكون البيع صحيحا مع الخيار و ان كانت المعامله حراما تكليفا و على هذا فلا شبهه فى صحه البيع كما هو واضح، و قد عرفت سابقا أن خيار العيب على طبق القاعده و الاخبار الوارده فيها وردت على طبق القاعده.

و أما إذا كان الغش من جهه المزج فان كان المزج من قبيل القسم الأول بأن يكون الخليط مستهلكا فى المبيع كشوب الماء فى اللبن كان البيع صحيحا لتحقق الصوره النوعيه العرفيه و هو عنوان اللبن الذى هو مبيع غايه الأمر يكون له خيار العيب أو خيار تخلف الوصف و هذا واضح و ان كان المبيع مستهلكا فى الخليط كأن لا يصدق عنوان المبيع على الشىء الموجود الخارجى بأن كان الماء فى اللبن بحيث لا يصدق عليه عنوان اللبن و انما يصدق عليه عنوان الماء الذى امتزج فيه اللبن و على هذا فلا شبهه فى بطلان البيع لتخلف الصوره النوعيه المعتمره فى صحه البيع الواقع على العين الخارجيه على ما ذكرناه مرارا فان ما وقع عليه البيع غير موجود و ما هو موجود لم يقع عليه البيع و من هنا يظهر حكم القسم الثالث من الاستهلاك فان الامتراج قد أوجب تحقق عنوان ثالث لم يقع عليه البيع كما هو واضح.

و أما القسم الرابع: فهو مركز الاختلاف و مورد كلام جامع المقاصد من الحكم ببطلان البيع للجهاله أو عدم بطلانه و أما الأقسام المتقدمه فليست موردا لذلك لما عرفت من أنها اما صحيحه مطلقا مع الخيار أو باطله كذلك و الصحيح هو الحكم بصحه البيع فى الجزء الذى وقع عليه البيع و بالبطلان بالنسبه إلى الجزء الآخر الذى لم يقع عليه البيع كما إذا باع منين من الحنطه فظهر أحدهما ترابا و المن الآخر حنطه بحيث يصدق على كل منهما أنه حنطه أو تراب، فلا- وجه لصحه البيع فى المجموع فان المفروض أن نصفه لم

يقع عليه البيع و لا- وجه للقول بالبطلان فى المجموع لأن المفروض أن نصفه مما وقع عليه البيع فيحكم بالصحة فى النصف و بالبطلان فى النصف الآخر كما هو مقتضى انحلال المبيع الى مبيعات متعددة و انحلال البيع الى بيوع عديده غايه الأمر يثبت للمشتري خيار تخلف شرط الانضمام و تبعض الصفقه خصوصا إذا كانت الهيئه الاجتماعيه دخيله فى ماله المبيع أو فى غرض المشتري كما هو واضح.

ثم ان هنا اشكالا آخر و هو أن المبيع ح يكون مجهولا فيكون البيع باطلا للجها له لعدم العلم بأن الحنطه هنا أى مقدار و فيه انك قد عرفت فيما سبق فى اعتبار الوزن و الكيل فى المكيل و الموزون أنه إذا كانت الجملة معلومه فيصح البيع و ان لم تكن الأجزاء معلومه و لا دليل على اعتبار العلم بالعوضين أزيد من ذلك.

## فى اختلاف المتبايعين

### اشاره

قوله: مسائل فى اختلاف المتبايعين.

أقول: توضيح الكلام هنا أن الاختلاف يقع فى صور ثلاثه فإنه تاره يقع فى موجب الخيار و أخرى فى مسقطه و ثالثه فى الفسخ.

## أما الصوره الأولى الاختلاف فى موجب الخيار

### اشاره

ففيه مسائل:

## الأولى: لو اختلفا فى تعيب المبيع و عدمه مع تعذر ملاحظته

لتلف أو نحوه

فذكر المصنف أن القول هنا قول المنكر بيمينه و المراد منه هو البائع غالبا لأن الأغلب أن المشتري يدعى العيب و البائع ينكره.

و توضيح الكلام هنا أنه إذا اختلف البائع و المشتري فى تعيب المبيع بأن يختلفا فى كون المبيع معيوباً قبل العقد و عدمه بحيث فعلا أى بعد

ص: ١٩٤

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

الأولى- أن يكون المبيع قبل العقد معيوباً و لكن يدعى البائع زوال العيب و عدم بقاءه إلى زمان العقد، فح فالأصل بقاء العيب إلى زمان العقد فوقوع العقد محرز بالوجدان و بقاء العيب إلى زمان العقد محرز بالأصل فيتم الموضوع المركب فيترتب عليه الحكم و على هذا فالقول قول المشتري الذى يدعى كون المبيع حال العقد معيوباً و لا بدّ للبائع من إثبات أنه لم يقع العقد على المبيع المعيوب، و ح فيحلف المشتري و ان كان المبيع قبل العقد سالماً عن العيب و لكن يدعى المشتري تعيبه حين العقد و أن العقد انما وقع على المعيب دون الصحيح و ح فالقول قول البائع لأصله بقاء المبيع على حالته الأولى و ح فيحلف البائع فلا بدّ للمشتري أن يثبت أن المبيع كان معيوباً كما هو واضح.

و إذا لم تكن له حاله سابقه أو كانت و لكن تبادلت الحالتان بحيث كانت تبادل الحالتين مانعه عن جريان الاستصحاب كما ذهب إليه صاحب الكفاية أو لم تكن مانعه عن جريان الاستصحاب فى نفسه و انما سقط للمعارضه فح بناء على ما ذكرنا من جريان الاستصحاب فى الأعدام الأزليه فنرجع الى الاستصحاب العدم الأزلى فنقول أن طبعى البيع و ان تحقق فى الخارج مسلماً و لكن نشك فى وقوعه على ما به عيب أو عوار الذى هو موضوع الحكم فى خيار العيب على ما هو مقتضى روايه زراره و نقول الأصل عدم وقوع العقد على ما فيه عيب أو عوار و يكون ذلك مثل نفى الوصف عن المرأه القرشيه لا نفى أصل الموضوع لأن طبعى البيع محقق فى الجملة فى الخارج و بهذا الأصل أيضاً نثبت عدم وقوع البيع على المعيب فيثبت به موضوع الحكم و على تقدير التزلّ من ذلك و عدم جريان الاستصحاب العدم الأزلى فتنتهى النوبه إلى الأصل الحكيمى.

و نقول انه ثبت بالأدله القطعيه و القواعد العامه أنه لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه و من الواضح أن مال المشتري و هو الثمن قد صار مال البائع بالمعامله فنشك في أنه هل يكون مال المشتري أيضا أم لا، فنقول الأصل عدمه فنستصحب مالكيه البائع أو نتمسك بالعمومات الداله على حرمه التصرف في مال الغير كما هو واضح.

و لكن يمكن المناقشه في ذلك من جهه أن التمسك بالعمومات تمسك بالعام في الشبهه المصداقيه حيث نشك في أن الثمن بعد الفسخ من مال البائع أم لا، فلم نحرز كونه من مال البائع حتى نتمسك بالعام بل هو مشكوك أو أما استصحاب الملكيه أى ملكيه البائع بعد الفسخ فهو شبيه بالاستصحاب في الشبهات الحكميه.

أما وجه عدم كون ذلك من الاستصحاب في الشبهات الحكميه هو أن الشك في الشبهات الحكميه انما هو من ناحيه الشك في الحكم الشرعى للشئ و هل أن حكمه أى شئ و من الواضح لا نشك هنا في الحكم إذ مع كون المبيع معيوباً فحكمه معلوم و هو ثبوت خيار العيب للمشتري و مع عدم كونه معيوباً فلا خيار له فلا نشك في الحكم الشرعى، بل لا ندرى أن الموضوع هو معيب أم لا.

و أما وجه كونه شبيهاً بالشبهات الحكميه فمن جهه أنه لا يعلم أن المبيع كان صحيحاً فتكون الملكيه الحاصله هنا مطلقه لأن ما اشترط فيه من وصف الصحه بحسب بناء العقلاء قد تحقق في المبيع أم لا، بل كان معيباً بان لم يكن الوصف المذكور موجوداً هنا فيكون الشك في ذلك منشأً للشك في كون الملكيه المجعلوله مطلقه أم لا فتكون شبيهاً بالشبهات الحكميه حيث نشك أن ملكيه البائع مجعلوله على نحو الإطلاق أو كانت مقيده بعدم كون المبيع معيوباً فيكون مخدوشاً و العمده ما ذكرناه من التمسك بالأصل الموضوعى و



هو استصحاب العدم الأزلى.

و أما الاعتماد على أصله الصحة و السلامه على ما ذكره المصنف فيما تقدم و فيما يأتى أشار إليها السيد فى حاشيته فلا وجه له، فإنه لا دليل على اعتبار أصله السلامه أصلا، فإنه لم يتم بناء من العقلاء على أن الأصل فى الأشياء هو السلامه و لم نعلم مثل هذا البناء من العقلاء، بل لا معنى له أصلا فأى معنى لالتزامهم على أن الأصل فى الأشياء السلامه.

نعم، بناء العقلاء قائم و موجود على كون المبيع سالما من العيوب عند البيع بمعنى أن البائع التزم بحسب بناء العقلاء على أن يكون المبيع سالما عن العيوب و مع عدم السلامه فيكون للمشتري خيار تخلف الشرط كما هو واضح.

### و أما الصورة الثانية فهي أن يكون الاختلاف فى كون الوصف الموجود

فى المبيع عيبا أم لا،

بأن يدعى المشتري كونه عيبا و يدعى البائع عدم كونه عيبا و لم يجد فى البين أهل الخبره حتى يرجع اليه و ح فالأصل أيضا مع البائع و أنه عدم كونه عيبا و اذن فيحلف البائع على ذلك فلا- يكون للمشتري حق الرد و حق مطالبه الأرش و ان كان البائع يعترف بكونه نقصا فى المبيع و أن قيمه المبيع يقل بهذا الوصف و لكن ينكر كونه عيبا بحيث يثبت له الأرش فإنه ثابت فى فرض كون المبيع معيبا و أما مجرد فقدان وصف يوجب نقصان قيمه فلا- يكون عيبا فيكون له أى للمشتري خيار من جهه النقصان و لا يكون له الأرش كما هو واضح.

و قد عرفت سابقا أن مثل الصبغ و الخياطه و قطع الثوب و طحن الحنطه يوجب نقص القيمه لعدم كون الناس راغبين بها على النحو الذى يرغبون الصحيح منها و لكن مع ذلك فتلك الأوصاف ليست بعيب فى المبيع، بل أوصاف توجب نقص القيمه فله أى للمشتري رد المبيع فقط، و ان أنكر البائع كون الوصف كذلك أيضا بأن أنكر كونه أى الوصف موجبا لنقص القيمه أيضا

ص: ١٩٧

فيكون مثل إنكاره أصل كونه عيباً فالأصل عدمه فيكون القول قول البائع فيحلف و للمشتري الإثبات و هذا واضح.

### و أما الصورة الثالثة: فهي أن يكون المبيع معيوباً فعلاً و بعد العقد

و لكن وقع الاختلاف في كون العيب قبل العقد أو بعده

و على تقدير اتفاقهما على حدوث العيب بعد العقد يقع الاختلاف في أنه وقع في حال ضمان البائع أو لا بان وقع العيب قبل القبض أو في زمان الخيار أم لا فذكر المصنف هنا أن القول قول منكر تقدمه للأصل.

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

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

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

المصنف و لعله لأصالة عدم تسليم العين إلى المشتري على الوجه المقصود و قد ذكر ذلك في البحث عن خيار الرؤية و الأصل عدم استحقاقه الثمن كلا و عدم لزوم العقد نظير ما إذا ادعى البائع تغير العين عند المشتري و أنكر المشتري.

أقول: قد ذكرنا في البحث عن خيار الرؤية.

أما ما ذكره من أصالة عدم لزوم العقد فلم نفهم له معنى محصّياً أصلاً فإنه ان كان المراد من ذلك هو الاستصحاب فلا شبهه أن مقتضاه هو اللزوم و ان كان المراد من ذلك هو المطلقات أى الأصل اللفظي فلا شبهه أن المطلقات تقتضى اللزوم فلا مورد لدعوى أصالة عدم اللزوم و مع قبول ذلك و أن الأصل هو عدم اللزوم و هو أصل حكمي فيرتفع موضوعه بواسطة الأصل الموضوعى الجارى فى مورده و هو أصالة عدم كون المبيع معيباً و أصالة عدم وقوع العقد أى هذا العقد الشخصى على المعيب الذى هو موضوع عدم اللزوم و قد عرفت أنفاً أن العدم الأزلى يجرى فى المقام و يحرز به موضوع عدم الخيار كما هو واضح.

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

و أما أصالة عدم تسليم العين إلى المشتري على الوجه المقصود فلا- وجه له أيضاً لأن الأصل لا- يجرى فى المركب بما هو مركب إذا جرى فى اجزائه.

و قد عرفت أن الأصل هو عدم كون المبيع معيباً و الأصل هو عدم وقوع العقد على المعيب و مع ذلك فلا وجه لجريان أصالة عدم تسليم العين إلى المشتري على الوجه المقصود و مع الغض عن جميع ذلك فقد عرفت أن مرجع

الوجه الثالث الى الوجه الأول من كون الشك في كون المبيع معيبا قبل العقد أم لا، والأصل في ذلك مع البائع أى عدم كونه معيبا فيكون المشتري مدعيا.

وقد عرفت أن المصنف قد حكى الاتفاق على كون البائع منكرها هناك و كون المشتري مدعيا و لم ينقل الخلاف عن أحد، بل نقل الوفاق عن ابن الجنييد أيضا و مع ذلك فلا وجه له لجعل المشتري منكرها و البائع مدعيا، و جعل المسألة محلّ الخلاف بين الأصحاب، و تحصل أنه لا وجه للأصول المذكوره في المقام.

و أما وظيفه الحاكم و أنه ما إذا يفعل إذا اختلف البائع و المشتري في ذلك، فنقول قد يكون لكل من البائع و المشتري بينه على غرضه، و قد يكون البيئه لأحدهما دون الآخر و قد لا يكون لأحد منهما بينه.

أما الصورة الأولى: و هي ان تكون البيئه لكل منهما فهل تعارض بينه كل منهما مع بينه الآخر فتسقطان أو يتقدم بينته الداخل و هو الذى يكون قوله موافقا للأصل و يسمى من يكون قوله موافقا للأصل داخلا، فإن الأصل يقتضى أن يكون المال له أو يقدم بينه الخارج و هو الذى لا يكون قوله موافقا للأصل و هو المدعى فنقول مقتضى الإطلاقات الواردة في حجيه البيئه و ان كانت شامله لحجيه كل من البيئتين و عليه فمقتضى القاعده هو سقوطهما عن الحجيه و لكن مقتضى التأمل قوله عليه السلام إنما أفضى بينكم بالإيمان و البيئات مع التأمل في قولهم عليه السلام البيئه للمدعى و اليمين لمن أنكر هو تقدم بينه الخارج، و هو بينه المدعى على بينه المنكر و هو بينه الداخل كما هو المعروف و المشهور فان الظاهر من ملاحظه تلك الأدله هو أن الحكم للمدعى انما هو بالبيئه و أن الحكم للمنكر انما هو باليمين، فإن الروايه الأولى خصّت القضاوه بالإيمان و البيئات و الروايه الثانيه فسّرت ذلك و خصّت البيئه للمدعى و خصّت اليمين بالمنكر، و ان حسم النزاع انما يكون

بذلك و مقتضى الجمع بين الروايتين أى ضم إحداهما إلى الأخرى ينتج أن إقامه البينه انما هو وظيفه المدعى و الحلف انما هو وظيفه المنكر و عليه فلا- وجه للحكم بتساقط البينتين فيما إذا أقاما بيته، بل لا- بدّ من الحكم بتقديم بيته الخارج اذن فتكون الروايات مخصّصه لما دل على حجيه مطلق البينه.

نعم، وورد فى جمله من الروايات أن بيته ذى اليد تتقدم على بيته غيره فتكون هذه الروايات شاهده على تقديم بيته الداخلى و لكن الظاهر أنه لا شهاده فيها على ذلك فإن جهه تقديم بيته ذى اليد على غيره ليس بعنوان البينه فقط، ليكون الملاك فى التقديم هو كونها بيته الداخلى بل لكون اليد بنفسها أماره الملكيه فتكون مع قيام البينه على وفقها متقدمه على البينه القائمه على الخارج فنفس اليد تقتضى تقديم قول ذى اليد مع البينه.

و بعباره أخرى البينه أماره و اليد أيضا أماره فلذى اليد أمارتين فتكون مقدمه على بيته الخارج التى أماره واحده و على هذا فلا شهاده فيها على تقديم بيته الداخلى على بيته الخارج، كما هو واضح.

و أما إذا كانت البينه للخارج فقط و هو المدعى فلا شبهه للعمل بها كما هو واضح، و قد عرفت أن الحكم بالبينه انما هو للمدعى و أن إقامه البينه من وظائفه.

و أما إذا كانت البينه للمنكر فقط فهل يحكم له مع البينه من غير احتياج الى الحلف أو لا بدّ و أن يحكم له بالحلف فقد ظهر مما تقدم أن الحكم للمنكر انما هو باليمين فلا بدّ و أن يحلف و إذا حلف فيحكم له و يختم الدعوى.

و أما إذا لم تكن لكل منهما بيته فلا- شبهه فى أنه انما يحكم للمنكر مع الحلف و أما بدونه فلا فإنك قد عرفت أنه مع إقامه البينه لا يحكم له إلا باليمين، فكيف إذا لم تكن له بيته، هذا كله بالنسبه إلى وظيفه الحاكم.

وقد انتهى الكلام إلى صورته عدم قيام البينة من طرف البائع و من طرف المشتري و أن البائع المنكر لوجود العيب في المبيع كيف يحلف، و توضيح الكلام أن البائع تاره ينكر على نفي العيب في الواقع بأن يدعى المشتري أن المبيع كان معيبا في الواقع و البائع ينكره فالبائع ح يحلف و يحسم النزاع و ترتفع الدعوى حقيقه و في الواقع و بعد ذلك لو أقام المشتري بينه على كون المبيع معيوباً حين العقد فلا تسمع إذ الحلف قد قطع النزاع واقعا و سقط حقه قطعاً كما أنه ليس للمشتري أخذ الأرش من البائع بعنوان الأرش و لو على سبيل التقاص، فان الحلف أسقط حقه و لو كان على خلاف الواقع يكون البائع مشغول الذمه على المشتري و أما إذا كان المشتري عالم على كون الحلف على خلاف الواقع أو إقامته البينة على ذلك لا يجوز صحة التقاص أو الأخذ من البائع قهراً عليه إلا أن يكذب البائع نفسه في إنكاره فح يجوز للمشتري فسخ العقد و أخذ الثمن أو أخذ الأرش فقط، و لو لم ينكر البائع العيب الواقعي و لا يقول بأن المبيع ليس بمعيب و واقعا بأن ينفي البائع العلم على كون المبيع معيوباً و يقول لا أدري فهل يتوجه عليه الحلف؟ ح و إذا حلف فهل ينحسم النزاع بذلك الحلف واقعا أيضا مثل الأول أو لا، هذه جهه من الكلام في صورته نفي العلم بالعيب.

و الجهه الثانيه: أنه إذا لم يكن حلفه هذه موجبا لحسم النزاع واقعا و إسقاطه فهل يكون موجبا لحسم النزاع ظاهرا أم لا؟ أما الجهه الاولى: فلا شبهه ان الحلف على نفي العلم بالعيب لا يوجب إسقاط النزاع واقعا بحيث لا يكون للمشتري حق أخذ الأرش من البائع حتى مع العلم بكذبه و السرّ في ذلك أن ما يدعيه المشتري غير ما ينكره البائع فإن المشتري يدعى أن المبيع معيوب في الواقع و البائع لا ينكره، بل ينكر العلم و يقول اني قد اعتمدت في البيع على أصاله السلامه أو الاستصحاب

أو بإخبار شخص آخر بالصحة و نحو ذلك و ليس له ان يقال بحجيه الاستصحاب فنعمل بمقتضاه و الوجه في ذلك أن الاستصحاب ليس ناظرا الى الواقع، بل هو يبين وظيفه المكلف في الظاهر فيعمل بمقتضاه في الظاهر دون الواقع بخلاف الامارات و المشتري أيضا لا- يدعى أن البائع يعلم كون المبيع معيوباً في الواقع و على هذا فلا- يكون حلف البائع على عدم علمه بالعيب، موجبا لإسقاط دعوى المشتري و عليه فلو علم بالعيب واقعا جاز له أخذ الأرش تقاصا من البائع و بعد ما أقامت بينه جاز له أخذ الأرش أو الثمن على تقدير الفسخ من البائع إذا كان من الأول مخيرا بين الفسخ و الأرش و الا فأحدهما على سبيل مانعه الجمع.

نعم إذا كان المشتري ادعى علمه بالعيب فحلف البائع بعدم العلم يسقط دعواه حقيقه و واقعا الا أن يكذب البائع نفسه في حلفه كما هو واضح.

و على الجملة فلا- تنقطع الخصومه بالحلف إلا إذا كان متعلقا بنفى الواقع و الا فلا يوجب قطع الخصومه كما هو واضح هذا هو الذي تقتضيه القواعد على ما ذكره المصنف(ره).

### **قوله: فرع لو باع الوكيل فوجد به المشتري عيبا يوجب الرد.**

أقول: ذكر المصنف هذا الفرع في المقام غير مناسب، بل له أن يؤخره إلى أحكام الخيارات و ذلك لأنه غير مختص بخيار العيب، بل يجري في خيار الغبن و الرويه و المجلس و غير ذلك من الخيارات.

و مسأله الاختلاف في التقدم و التأخر في خيار العيب لا توجب اختصاصها بالمقام، و انما هي من صغرياته و لكن حيث ذكرها المصنف، فنحن نتبعه أثره و توضيح المقام أنه إذا وقع البيع في الخارج و وقع الخلاف المتقدم فيه من حيث كون المبيع معيبا أو غير معيب فتارة يقع البيع من الأصليين ثم ادعى المشتري العيب في المبيع و ينكره البائع فهذا هو الذي تقدم الكلام

و آخر يكون المشتري مثلا أصلا و البائع وكيلا و ح فالوكيل قد يكون وكيلا فى البيع حدوثا و بقاء و قد يكون وكيلا فى البيع حدوثا فقط لا بقاء.

و على الأول فإذا ادعى البائع كونه وكيلا من قبل الموكل فح قد يعلم المشتري بالحال و يعلم أنه وكيل من قبل الموكل حتى حين العقد و قد لا يدري بذلك و انما البائع يدعى كونه وكيلا من قبل البائع بعد ادعى المشتري فى كون المبيع معيوباً أما إذا كان الوكيل وكيلا حدوثا و بقاء.

فتاره يعلم البائع بوكالته و أخرى لا يدري ذلك كما عرفت و على الأول فللبائع أن يرجع الى أى منهما شاء من الموكل أو البائع فإن كل منهما طرف الدعوى أما المالك الموكل فلكونه مالكا و أما الوكيل فلان المال تحت يده و له التصرف فى ذلك كالوكيل فى المضاربه و هو بمنزله المالك فى جميع الأحكام المترتبة على البائع و على هذا فإن أنكر كل من الوكيل و الموكل كون المبيع معيوباً فتجرى هنا الأحكام المتقدمه فللمشتري ان يحلف الوكيل على ذلك أو الموكل، فأى منهما حلف سقط حق المشتري فى الظاهر واقعا كما عرفت، فإذا أنكر أحدهما العيب و لكن اعترف الآخر بذلك فإن كان المعترف هو المالك فواضح، و ان كان هو الوكيل فكذلك أيضا، فإنه ليس أجنبيا عن الموكل حتى يكون اعترافه اعترافا فى حق الأجنبى، بل كان اعترافه اعترافا فى حق المالك فإن يد الوكيل هو يد المالك، هذا إذا كان الوكيل وكيلا عن المالك حدوثا و بقاء مع علم المشتري بكونه وكيلا- عن المالك كذلك و أما إذا لم يعلم المشتري بالحال و انما البائع بعد مراجعه المشتري إليه يقول انى وكيل من قبل الفلان فتاره يقطع المشتري بأن البائع يكذب و يمينائه ان يرفع الدعوى الى شخص آخر و أخرى لا يعلم بكذبه.

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



قبله فى بيع ذلك فله أن يرجع الى الوكيل و الى الموكل أما الى الوكيل فبمقتضى اليد فإن المشتري يقول انى اشترت المال منك و مقتضى يدك أن يكون ملكا لك فلا بدّ أن تكون أنت طرفا للدعوى و له أن يرجع الى الموكل بحسب اعترافه أى الموكل بكون الوكيل و كيلا من قبله و على هذا فإن أنكر فيجربى فيه ما تقدم و ان أنكر الموكل و اعترف الوكيل بالعيب فيرجع المشتري الى الوكيل فى أخذ الأرش أو الثمن على تقدير الفسخ و عليه فيشكل هنا دعوى اخرى و هى أن الوكيل يدعى على الموكل أنه كان يعلم أيضا بالعيب و الموكل ينكره فيجربى هنا ما تقدم من الحكم على المدعى بالبيّنه و عدمها يحلف الموكل و ينحسم النزاع و هذا واضح.

و إذا علم المشتري و قطع بأن الوكيل كاذب فى دعواه سواء اعترف الموكل بكونه و كيلا من قبله أم لا، فح ليس للمشتري الآ الرجوع فى دعواه الى الوكيل و ان اعترف الموكل بالعيب و أنكره الوكيل فإن المشتري بحسب اعتقاده بحسب الموكل أجنبيا فليس له أن يرجع الى الموكل ح، نعم يكون الموكل مع الاعتراف بالعيب شاهدا واحدا للمشتري على إثبات دعواه.

و أما إذا كان الوكيل و كيلا فى البيع حدوثا لا بقاء فيرجع الى الموكل فقط، دون الوكيل فان الوكيل و ان كان و كيلا فى البيع و لكنه حين الدعوى صار أجنبيا فيكون اعترافه بالعيب حين العقد كقول الأجنبي بذلك فيكون شاهدا واحدا للمشتري و هذا واضح، كما عرفت نظير اخبار شخص بنجاسه ثوب كان عنده فإنه ليس من قبيل قول ذى اليد، بل من قبيل الشهاده.

### **و قد انتهى الكلام الى وقوع العقد من الوكيل و الأصيل ثم وقوع الاختلاف**

بينهما

و فى هنا جهات من البحث:-

### **الأولى: فى توجه الدعوى الى أى من الوكيل و الموكل**

فإذا وقع العقد بين الوكيل الذى هو البائع و بين الأصيل الذى هو المشتري ثم وقع

ص: ٢٠٥

الاختلاف بينهما فهل يتوجه الدعوى الى الوكيل أو الى الموكل فنقول تاره

### **الصورة الأولى كان المشتري قاطعا بأن البائع فى دعواه الوكالة عن الغير كاذب حتى مع**

اعتراف الغير بأنه وكله و هو و كيله

فإن المشتري لا يوجه الدعوى و لا يرجع فى هذه الصورة إلا إلى البائع الذى يدعى الوكالة عن الغير فإن المشتري حسب اعتقاده يرى البائع كاذبا فى دعواه فليس له مع ذلك الرجوع الى شخص آخر و ان صدقه هذا الشخص الآخر فى دعواه و كونه و كيلا من قبله.

### **الصورة الثانية: أن يدعى البائع كونه و كيلا من قبل الموكل و لم ينكره**

المشتري و ليس له قطع بكذبه، بل يحتمل صدقه

و لكن يقول انى اشتريت المال منك فمقتضى يدك كونه من ملكك فان اليد أماره الملكيه و مع ذلك أن من يدعى البائع كونه و كيلا- من قبله أيضا يعترف بكونه و كيلا- من قبله، و ح فللمشتري أن يوجه دعواه الى الوكيل لكونه هو المالك بحسب الاماره و هى اليد و له أن يوجه دعواه الى الموكل لكونه معترفا بكون الوكيل و كيلا من قبله، فيكون قوله و اعترافه مسموعا.

### **الصورة الثالثة: أن يعلم المشتري بكون البائع و كيلا عن الغير و ادعى**

كون المبيع معيوباً

فلا- يجوز له أن يوجه دعواه الى الوكيل بداهه أن الوكيل كالأجنبي فلا يسمع إنكاره أو اعترافه بالمطلب فى حق الموكل و قد ذكرنا أنه نظير من كان تحت يده ثوب متنجس فباعه ثم بعد مده أخبر بكونه نجسا فان قوله بالنسبه إلى نجاسه ذلك الثوب شهاده فيدخل تحت عنوان الشهاده لا من قبيل قول ذى اليد لكى يسمع قوله بمجرد الاخبار.

و على الجملة فلا- يجوز للمشتري أن يوجه الدعوى الى الوكيل و ان اعترف بالمطلب غايه الأمر يكون اعترافه من قبيل الشهاده فيحتاج إلى تماميه شروطها.

نعم، لو كان الوكيل و كيل مفوضا بمعنى أن يكون و كيلا فى البيع حدوثا

و بقاء لا- مفوضا فى مقابل الوكيل فى إجراء العقد فإنه يمكن أن يكون وكيلا مفوضا فى خصوص البيع و المقصود أن الوكيل إذا كان وكيلا- مفوضا فى البيع حدوثا و بقاء فإنه يجوز للمشتري أن يوجه الدعوى الى أى من الوكيل و الموكل شاء و هذا كالوكيل فى المضاربه و نحوه هذه هى الجهة الأولى.

### **أما الجهة الثانية:فى أن اعتراف الوكيل يكون اعترافا فى حق الموكل**

أم لا،

الظاهر بل الواقع أن اعترافه لا- يكون نافذا فى حق الموكل فإنه قد عرفت فى الجهة الأولى أنه أجنبي عن الموكل فلا يكون اعتراف الأجنبي نافذا فى حق الأجنبي الا- أن يكون وكيلا- مفوضا فى البيع حدوثا و بقاء فان اعترافه اعتراف فى حق الموكل أيضا كالوكيل فى المضاربه و نحوها.

### **الجهة الثالثة:فى أنه مع حكم الحاكم بالأرثى أو بالفسخ هل يثبت**

ذلك للوكيل فقط دون الموكل أو العكس.

فنقول:ان كان الموكل اعترف بالمطلب و أن الوكيل وكيله و المبيع معيب فلا كلام لنا فيه، كما أنه لا شبهه فى أنه إذا لم يكن حكم الحاكم موجبا لثبوت الأرشى أو الفسخ كما إذا كانت البائع منكرا و حلف و انقطع الدعوى فإنه لم يلزم شىء هنا على الوكيل البائع حتى نتكلم فى أنه عليه أو على الموكل و إذا ثبت على البائع شىء فتارة يثبت ذلك باعتراف الوكيل بكون المبيع معيبا و أخرى بالبينه و ثالته باليمين المردوده، أما إذا ثبت الأرشى أو الفسخ باعتراف الوكيل فلا يكون الأمر الثابت الأ ثابتا على الوكيل فإنه انما ثبت باعتراف الوكيل و هو أجنبي عن الموكل، فلا يكون اعتراف الأجنبي نافذا فى حق الآخر كما قدمناه فى الجهة الثانية إلا إذا كان الوكيل وكيلا مفوضا فى الحدوث و البقاء كما هو واضح.

و أما إذا كان ذلك ثابتا بالبينه فهى حجه شرعيه و موجه لكون الأرشى أو لوازم الفسخ على صاحب المال، فإن البينه إنما قام فى ذلك المورد فتكون

الغرامه ثابتة على الموكل و إذا ثبت ذلك باليمين المردوده فقد وقع الكلام فى أن ذلك لاحق بالقسم الأول أعنى الاعتراف فلا شبهه فى أن ذلك لاحق بالقسم الأول أعنى الاعتراف فلا شبهه أنه يكون موجبا لثبوت ما يحكم به الحاكم على الوكيل و ان كان مثل البيئه فيكون ذلك مسيبا لثبوت ذلك على الموكل و لكن الظاهر، بل الواقع من الأدله أن اليمين المردوده مسيب مستقل لحسم الدعوى فلا- وجه لتزويل ذلك منزله الاعتراف أو منزله البيئه بل يلاحظ فى نفسها حتى لا تكون موجبه لكون المال على الموكل بل على الوكيل.

انتهى الكلام الى جهات البحث فى بيع الوكيل مع المشتري بكونه وكيلا أو عدمه و قلنا ان هذا البحث ليس مختصا بالمقام، بل هو يجرى فى جميع الخيارات و هو من أحكامها و كثير الفائده و قلنا هناك جهات للبحث.

### **و انتهى الكلام إلى الجبهه الرابعه و هى ان العيب التابت بحكم**

الحاكم هل يكون للوكيل أو للموكل

فبقول تاره لا يثبت شىء بحكم الحاكم أصلا فلا كلام لنا فيه و انما يكون حكم الحاكم قد أوجب انقطاع دعوى المشتري من غير ثبوت شىء على البائع و أخرى يثبت العيب بحكم الحاكم على البائع فهل يكون هذا لازما على الموكل أو على الوكيل فثبوتة هذا انما يكون بأحد وجوه اما اعتراف الوكيل بالعيب أو بقيام البيئه على ذلك أو باليمين المردوده أما إذا كانت العيب ثابتا بالبيئه فيكون لوازم العيب من الأرش أو ردّ ثمن العين بعد الفسخ على الموكل فإن البيئه إنما قامت على كون العين المبيعه معيوبه و من الواضح أن العين للموكل فتكون ما أثبتته البيئه أيضا على الموكل سواء اعترفا الوكيل و الموكل بالعيب فى هذه الصوره أم لا.

و قد يكون العيب ثابتا باعتراف الوكيل بكون المبيع معيوباً و حكم الحاكم على طبق اعترافه فان لوازم العيب من الأرش و لزوم ردّ الثمن على تقدير

الفسخ انما هو يثبت على الوكيل حسب اعترافه و لا- يكون اعترافه ثابتا على الموكل الا أن يعترف بالعيب كما يعترف بالوكاله فإنه ح يكون العيب على الموكل حسب اعترافه إذا كان الوكيل وكيلا مفوضا فى الحدوث و البقاء كالوكيل فى المضاربه كما تقدم و على تقدير عدم كونه وكيلا مفوضا من قبل الموكل مع كونه منكر للعيب فيشكل هنا دعوى ثانيه بين الوكيل و الموكل فان الوكيل يدعى كون العيب من الأول و كون لوازمه على الموكل من الأرش و ردّ الثمن على تقدير الفسخ و المشتري ينكر ذلك فإن أقام الوكيل بينه على كون العيب من الأول فيحكم عليه أى على كون لوازم العيب من الأول فيحكم عليه أى على كون لوازم العيب على الموكل و الا فيحلف الموكل فيكون لوازم العيب ثابتا للوكيل و ح يشكل تصرفه فى العين بعد ردّ الثمن على المشتري على تقدير الفسخ فإنه بحسب اعتقاده يرى عدم استحقاقه بالعين و كونه معيبه و كون الثمن لازم الرد من الموكل و مع ذلك كيف يتصرف فى العين و لكن الظاهر أن هذا لا يوجب الإشكال فإنه يحصل الصلح بين الوكيل و بين الموكل إذ الموكل لا يدعى كونه مستحقا للعين و الثمن الذى أخذه معا بل هو يقول انى بعت عينا صحيحه و لم يكن فيها عيب فيكون الثمن الذى أخذته من المشتري ملكا لى فلا يكون الثمن الذى رده الوكيل و أخذ العين المعيبه فإن العيب انما حدث فى ملك المشتري و الوكيل يدعى كون العيب عليه فإذا أنكر الموكل العيب فقد رضى كون العين له فى مقابل الثمن الذى يرده إلى المشتري فيكون هنا صلح قهرى و معاوضه قهرية بين الوكيل و الموكل كما هو واضح.

ثم إذا لم يكن الوكيل معترفا بالعيب.

فتاره ينكره جازما و معتقدا بان المبيع لم يكن فيه عيب.

و أخرى ينكره اعتمادا على أصاله الصحه أو الاستصحاب و لو استصحاب

العدم الأزلى و انا حققنا فى الأصول أن استصحابا العدم الأزلى حجه فمقتضى ذلك هو كون العين صحيحه عند البيع أى عدم وقوع العقد الموجود على المعيب.

أما الصورة الثانيه فإن حكم الحاكم للوكيل و لم يثبت حكمه شيئا على المشتري من الأرش و الفسخ فلا كلام لنا فيه كما لا كلام لنا فيما إذا اعترف الموكل بالمطلب و إذا أوجب شيئا فإن حكم له بالبينه فيكون لوازم العيب على الموكل حتى مع إنكار الموكل ذلك لما عرفت ان البينه إنما قامت على كون العين معيبه فيكون لوازمه أى العيب على مالك العين كما هو واضح، لا يخفى.

و ان حكم له و لا يكون إنكار الوكيل سببا لعدم جواز رجوعه الى الموكل فى هذه الصورة إذ هو مستند فى إنكاره إلى الأصول العمليه و هى ترتفع مع قيام البينه كما هو واضح، و أما إذا كان العيب ثابتا باليمين المردوده فلا يجوز للوكيل أن يرجع معه الى الموكل بداهه أنه أى الوكيل لا يعلم كون المبيع معيبا و لم يحرز ذلك فكيف يرجع الى الموكل كما هو واضح الا أن يعترف الموكل بالعيب فهو مطلب آخر و أما إذا كان الوكيل عالما بعدم العيب و جازما به، و ح ان لم يثبت العيب بحكم الحاكم فهو أو ثبت ذلك و لكن بذل الموكل بطوع رغبته الثمن ان فسخ المشتري أو الأرش أخذ الأرش و الا فلا يجوز للوكيل أن يرجع الى الموكل فإنه جازم بعدم كون المشتري مستحقا لذلك و عدم كون الموكل مطلوبا بالأرش أو الثمن و معه كيف يرجع اليه و لا يفرق فى هذه الصورة بين ثبوت العيب بالبينه أو باليمين المردوده فإنه على تقدير أن يثبت العيب بالبينه أيضا ليس له أن يرجع الى الموكل فان الوكيل يجزمه بعدم العيب يكذب البينه فلا تكون البينه موجه للرجوع الى الوكيل لقيامها على تعيب العين و ح ان أخذ المشتري الأرش فيعطيه

و إذا فسخ فأخذ العين و يعطى الثمن من طلق ماله فيجرى هنا الاشكال المتقدم من أن الوكيل بعدم علمه بعدم كون العين معييه كيف له أن يتصرف فى العين فإنه بعلمه يعلم كونها للمشتري و عدم استحقاق المشتري أخذ الثمن من الوكيل و لكن يدفعه ما ذكرناه هناك من وقوع المصالحة القهرية بين المالين غايه الأمر هناك كانت المصالحة بين الموكل و الوكيل و فى المقام كانت المصالحة بين المشتري و الوكيل فإن المشتري لا يدعى استحقاقه الثمن و المثلن، بل يدعى استحقاقه الثمن فهو على تقدير كون المثلن له راضى بكونه للوكيل كما هو واضح.

ثم انه فى هذه الصورة ان كان الموكل منكرًا للعيب أيضا كالوكيل فهو و ان اعترض بالعيب و الوكيل لا يعترف بذلك بل جازم بعدمه فيكون المقام من الموارد التى لا بدّ للحاكم أن يحكم بينهما بالتصالح نظير ما إذا قال أحد أن المال الفلانى لك الذى تحت يدك و ينكره ذلك الشخص و قد يتفق ذلك كثيرا فإنه يعترف احد بكونه مديونا من شخص و ينكره لآخر فان الحاكم يحكم بان يتصالحا الا أن يبرء أحد الآخر على تقدير أن يكون له حق و الظاهر أنه قد تم بهذه الجهات جميع ما ذكره المصنف فى هذا المقام و ما لم يذكره يعنى كانت هذه الجهات و افيه بجهه البحث و هو وقوع العقد بين الوكيل و الأصيل و دعوى الأصيل تعيب العين.

#### **قوله الرابعه: لو رد سلعه بالعيب فأنكر البائع أنها سلعته.**

أقول: توضيح المقام أن هنا مسائل ثلاث: - الاولى: أن يكون النزاع فى المقتضى بأن يدعى المشتري مثلا ثبوت المقتضى للخيار و البائع ينكره.

المسألة الثانيه: أن يتفقا على وجود المقتضى لذلك و لكن يختلفا فى فعلية الخيار بأن يدعى المشتري وجود الخيار بالفعل و البائع ينكر ذلك

المسأله الثالثه: أن يتفقا على المقتضى و على فعليه الخيار معا و لكن وقع الخلاف فى كون المردود هو المبيع أو غيره و قبل التعرض لحكم المسائل لا بدّ و أن يعلم أن هذا البحث غير مختص بخيار العيب، بل يجرى فى جميع الخيارات كالبحث السابق فنقول:

### **أما المسأله الاولى: و هى النزاع فى ثبوت المقتضى للخيار و عدمه**

بأن يرد المشتري سلعه على البائع و يدعى كونها معيوبه و ينكرها البائع و يقول أن هذه السلعه ليست بسلعتى و ان كانت معيوبه و انما سلعتى غيرها و هى غير معيوبه و ليس فيها مقتضى الخيار أصلا فالقول هنا قول البائع فإن الأصل عدم كون هذه السلعه سلعه البائع، و الأصل عدم كون سلعتها معيوبه و لو كان الأصل هو العدم الأزلى كما تقدم، إلا أن يقيم المشتري بينه على و لو كان الأصل هو العدم الأزلى كما تقدم، إلا أن يقيم المشتري بينه على دعواه هذه المسأله الاولى.

### **و أما المسأله الثانيه: و هى أن يكون الاختلاف فى فعليه الخيار**

بان يقبل البائع وجود المقتضى للخيار و لكن ينكر كون السلعه التى يردها المشتري الى البائع سلعه نفسه و قد ذكر فى الإيضاح أن الاختلاف فى ذلك فى موضعين:- أحدهما: خيانه المشتري، فيدعى البائع تعين العين بخيانه المشتري و ما يريد تسليمه الى البائع من السلعه غيرها و المشتري ينكر ذلك.

الثانى: أن البائع يدعى أن المشتري أتلف العين و المشتري ينكر ذلك و كأن الفخر حصر وقوع الاختلاف بهذين الموضعين و لم يتصور هنا وجها ثالثا و لكن يمكن أن يتصور هنا وجه آخر و هو أن يكون إنكار المشتري مستندا إلى الغفله أو النسيان أو نحو ذلك لا إلى الخيانه و الإلتلاف كما هو واضح.

أما المورد الأول: فذكر فخر المحققين أن البائع إذا ادعى خيانه المشتري و المشتري ينكره فالأصل عدم الخيانه، فإن مقتضى أصاله الصحه هو



أن المشتري لم يخزن السلعه و هو صادق فى إنكاره، و ان كان هنا أصول أخرى المتعدده و هى أصاله عدم الخيار و عدم حدوث العيب و صحه القبض فإن أصاله الصحه من قبيل الامارات فهى وارده على تلك الأصول التى ليست ناظره إلى الواقع.

و بالجمله قد ادعى الفخر فى المسأله الثانيه فيما إذا كان الاختلاف فى دعوى الخيانه أن القول قول المشتري، لقيام أصاله الصحه على عدم صدور الخيانه منه، و أن بقيه الأصول ساقطه كما لا يخفى.

و قد أورد عليه المصنف بالنقض و حاصله أن مقتضى إجراء أصاله الصحه هنا هو إجرائها فى المسأله الأولى أيضا أعنى مسأله الاختلاف فى مقتضى الخيار فان مقتضى ذلك هو ان المشتري لا يكذب فى قوله أن المبيع هو هذا المعيوب فيكون إنكار البائع كون المبيع هو هذا دون غيره فى غير محله مع أنه أى الفخر قدم قول البائع هناك لوجود الأصول المتعدده من أصاله عدم الخيار و عدم حدوث العيب و نحو ذلك، فإن أصاله الصحه كما انها وارده عليها فى المسأله الثانيه و كذلك وارده عليها فى المسأله الأولى أيضا فكيف لهم تقديم قول البائع لأصاله عدم كون ما أعطاه المشتري من السلعه سلعته.

و أما حل المطلب: فنقول ان كان المراد من أصاله الصحه هى أصاله الصحه المصطلحه الجاربه فى العقود فهى مما لا ريب فى حجيتها و تقدمها على سائر الأصول فإنها من الإمارات التى قامت السيره القطعيه، بل بناء العقلاء على حجيتها و لكن المقام ليس من مواردها فان حمل فعل المشتري على الصحه و القول بعدم خيانتها غير مربوط بصحه العقد، فان مورد هذه الأصل انما هو العقد بعد الفراغ عن تحققه و كون الشك فى شرائطه و من الواضح أن العقد فى المقام تحقق صحيحا و لم يكن فيه شك فى تحقق شرطه

بحيث يلزم من انتفائه بطلانه و لكن النزاع في أن المشتري صادق في دعواه أن هذه السلعه سلعه البائع التي فيها عيب أم لا، و المشتري يدعى ذلك و البائع ينكره و هذا غير مربوط بأصالة الصحه المذكوره.

و أن كان المراد من أصاله الصحه هي أصاله الصحه الجاربه في فعل المسلم أعنى حمل فعل المسلم على الصحه بمقتضى قولهم، ضع فعل أخيك على أحسنه، و هذا و ان كان جاريا و لكن لا يترتب عليها ما أن هذه التي يدعى المشتري كونها للبائع فإن غايه ما يترتب على هذا الأصل أنه لا يكذب و أما انه صادق في قوله، فلا أى لا يترتب آثار الكذب على كلامه لا أنه يترتب آثار مقابله مثلا لو تكلم أحد بكلام و لم ندر أنه سلم أو سب بأن ترد كلامه بين أنه قال سلام، أو قال سام، فمقتضى حمل فعل المسلم على الصحه نحمل كلامه على أحسنها أى نقول انه لم يسب و أما أنه سلم بحيث يجب رد سلامه، فلا و هذا واضح.

### **و أما الصوره الثالثه: فهي أن يقبل البائع ثبوت مقتضى الخيار و ثبوت**

نفس الخيار فعلا

و لكن يقول ان السلعه ليست هذه التي تريد إعطائها لى، بل غير ذلك، و المشتري يقول هي هذه، و ح فللمشتري أن يفسخ العقد و يأخذ الثمن من البائع لأنه أى البائع باعترافه يعترف بالخيار للمشتري و يعترف كون الثمن له على تقدير الفسخ، و لكن ينكر كون هذه السلعه الموجوده له، و ح فللمشتري أن يفسخ العقد و يأخذ الثمن لتعلق الفسخ بالعقد و ح يرد السلعه الموجوده إلى البائع فإنه باعترافه يعترف كونها له و أما غيرها فلا، بل لا بدّ للبائع من إثبات ذلك فإن البائع يدعى أمرا و هو ان سلعته غير هذا، و ان كان متعلقا لخيار الغبن و المشتري ينكر ذلك و المشتري يدعى كون هذه السلعه له و هو ينكر ذلك، فلا بدّ للبائع من إثبات أن سلعته غير هذه، و لكن هذه الصوره لا تجرى في خيار العيب حيث ان في خيار

ص: ٢١٤

العيب لا بدّ فى الفسخ من رد العين بمقتضى الأخبار المتقدمه الداله على لزوم رد العين فى خيار العيب إذا أراد المشتري الفسخ بخلاف بقيه الخيارات، فإنه لا يلزم فيها ردّ العين فى الفسخ كما هو واضح.

و بعباره أخرى إذا اعترف البائع وجود مقتضى الخيار و ثبوته للمشتري بالفعل و لكن أنكر كون هذه السلعه التى يريد المشتري ردّها إلى البائع سلعه له فإنه جاز للمشتري الفسخ فيما إذا لم يكن الخيار خيار عيب، لعدم توقف الفسخ على ردّ العين، بل لا يتوقف على بقاء العين أصلا و أما فى خيار الغبن فلا- يمكن له الفسخ، و ان اعترف البائع بوجود الخيار له فعلا- ما لم يثبت المشتري أن العين الموجوده بالفعل التى يريد تسليمها إلى البائع أنها للبائع.

**قوله: و اما الثانى: و هو الاختلاف فى المسقط فيه أيضا مسائل:**

**الاولى: لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب و عدمه،**

أقول ذكر المصنف(ره) أنه لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب المسقط للخيار و عدمه قدم منكر العلم فثبت الخيار هذا لا شبهه فيه، و لكن يبقى فى المقام سؤال الفرق بين هذه المسألة و بين ما تقدم فى خيار الغبن من أنه لو ادعى المشتري الجهل بالغبن و البائع يدعى علمه به قدم قول البائع مع أن من كلتا المسألتين أن المشتري يدعى الجهل و البائع يدعى علمه، فكيف له أن يحكم فى المقام بتقديم قول المشتري دون المسألة السابقه.

أقول: وجه الفرق بينهما أن خيار الغبن انما ثبت بالشرط الضمنى على ما تقدم و إذا تنازعا فى علم المشتري بالغبن و عدمه فإنه يرجع الى دعوى اشتراط الخيار للمشتري و عدمه، فح الأصل عدم الاشتراط، فلا- يكون هنا خيار للمشتري، و يكون القول قول البائع.

و أما فى المقام ليس كذلك حيث ان خيار العيب انما ثبت بالدليل و

ان كان على وفق القاعده،و لكن لا بد من ملاحظه الروايه فهى دلت على أنه أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبرء منه و لم ينه عليه و أحدث فيه حدثاً فإنه يمضى عليه البيع حيث ان العلم بالعيب و ان كان طريقاً الى الواقع على ما تقدم و الغرض هو سقوط الرد مع انكشاف الواقع لدى المشتري و لكن نفي حصول العلم بالعيب له موضوعيه فى سقوط الخيار و أن ثبوت خيار العيب يدور مدار الجهل،و ح إذا شك فى كون المشتري عالماً بالعيب حين العقد و عدمه فالأصل هو عدم كونه عالماً فان انكشاف العيب لدى المشتري أمر وجودى يحتاج إلى الإحراز و مع عدمه فلا يكون خياره ساقطاً كما هو واضح،و هذا هو الفارق بين المسألتين.

### **قوله الثانيه:لو اختلفا فى زواله قبل علم المشتري.**

أقول:ذكر المصنف فى النزاع فى زوال العيب القديم و عدمه وجهين:

الأول:تقديم قول مدعى البقاء فيثبت الخيار لأصالة بقائه و عدم زوال المسقط للخيار.

الثانى:تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار لأن سببه أو شرطه العلم به حال وجوده و هو غير ثابت،فالأصل لزوم العقد و عدم الخيار.

ثم ذكر أن الأقوى هو الأول و ذكر أنه الى هذا نظر العبارة المتقدمه من التذكرة فى سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد،نومى الى الثانى فراجع.

أقول:أنه لا- يترتب اثر على هذا النزاع إذا قلنا بأن نفس وجود العيب فى المبيع موضوع للرد و الأرش فإنه على هذا المذهب لا يترتب اثر على الزوال حتى مع العلم بكونه قبل العلم أو بعده فكيف مع الجهل به فان موضوع الرد و الأرش على هذا انما هو نفس وجود العيب لا غير،فإذا اشترى أحد شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبرء البائع و لم ينه المشتري فله أى

المشترى الخيار سواء علم به قبل الزوال أو بعده، وهذا لا شبهه فيه فان المشتري متمكن من الرد بل الأرش أيضا على المشهور و أيضا لا- يترتب اثر على النزاع إذا قلنا بأن زوال العيب مطلقا يكون مانعا على الرد بل الأرش من جهة أن المردود لا بدّ و أن يكون معييا و المفروض عدمه لزوال العيب و بعد زواله ليس هنا معيب حتى يتمكن المشتري من رد المعيب، كما هو واضح.

نعم، له أثر إذا قلنا بأن موضوع هذا الخيار انما هو وجدان العيب و ظهوره فإنه على هذا يترتب الأثر على هذا النزاع، فإنه يقال إذا كان سبب الخيار هو ظهور العيب و وجدان المبيع معييا فالأصل يقتضى عدم الخيار للشك في سببه فيكون الأصل مع منكر الخيار.

و بعباره أخرى ان المشتري يدعى بقاء العيب الى زمان العلم و أنه زالى بعد العلم به، و البائع ينكر ذلك، فالأصل عدم ظهوره الى زمان الزوال و لكن مرجع ذلك الى الشك في ثبوت الخيار لا في المسقط.

ثم إذا اختلفا في أن الزائل هو العيب الحادث أو القديم مع الاتفاق على زوال العيب هنا فادعى المشتري أن الزائل هو العيب الحادث، فلا- يكون ذلك مانعا عن الرد بناء على أن مجرد حدوث العيب في المبيع عند المشتري لا- يكون مانعا عن الرد، بل المانع عن الرد، انما هو العيب الحادث الموجود حال الرد و على هذا فلا إشكال في عدم جواز الردح للشك في بقاء العيب الحادث و عدمه فنستصحبه و هذا الاستصحاب لا يعارضه أصاله بقاء العيب القديم، فإنه لا يترتب عليه أن الزائل هو الحادث الآ على القول بالأصل المثبت.

و العجب من المصنف فإنه مع ذكره عدم جريان الأصول المثبتة هنا و في محله قد غفل عن كون هذا الأصل مثبتا و كلما تأملت في توجيه كلامه

حتى يخرج عن كونه أصل مثبتا ما وجدت شيئا يكون توجيهها له هذا.

و إذا قلنا ان حدوث الحدث مانع عن الرد مطلقا، فلا شبهه أنه لا يترتب الأثر على زواله و عدم هذا ما يرجع الى دعوى المشتري.

و أما بالنسبة إلى دعوى البائع بأن الزائل هو العيب القديم فان قلنا بأن الزوال لا اثر له أصلا و انما العبرة بالحدوث فلا يترتب أيضا أثر على هذا النزاع، فإنه سواء زال العيب الحادث أو القديم فمجرد حدوث العيب الحادث يكون مانعا عن الرد بالأرش و كذلك لا يترتب الأثر إذا قلنا بأن زوال العيب يوجب عدم الرد لأن الرد لا بدّ أن يتعلق بالمعيب، و من الواضح أن العيب القديم قد زال.

نعم، مع ذلك هنا مانع آخر و هو وجود العيب الحادث، و ان كان الغرض أن زوال العيب يوجب عدم الأرش أيضا فالأصل بقاءه و لا يعارضه أصاله عدم زوال الحادث فإنه لا يثبت به زوال العيب القديم.

و بعبارة أخرى أن خيار العيب له أثران، أحدهما: الرد و الآخر:

الأرش. فإن قلنا بان حدوث العيب مانع من الرد مطلقا فلا اثر للنزاع من هذه الجهة كما أنه إذا قلنا بأن زوال العيب لا اثر له في الأرش لا معنى للنزاع من هذه الجهة إذا لا بدّ من فرض الكلام في أن زوال العيب الحادث يوجب الرد فنقول الأصل عدم الزوال و لا يعارض ذلك مع أصاله عدم زوال العيب القديم فإنه لا يترتب عليه زوال الحادث حتى يترتب عليه عدم جواز الرد.

و أيضا نقول أن زوال العيب القديم يوجب عدم الأرش و مع الشك فيه يحكم بعدم زواله للاستصحاب و لا يعارضه استصحاب بقاء العيب الحادث حتى يكون مانعا من الأرش فإنه لا يترتب عليه زوال العيب القديم ليرتب عليه عدم الأرش و على هذا فلا وجه لما ذكره المصنف و التذكرة من عدم جواز الرد و أخذ الأرش، بل لا بد من التفصيل كما فصل الشافعي فيقال بعدم جواز الرد لأصاله عدم زوال العيب الحادث و أيضا نقول بثبوت الأرش

لأصالة عدم زوال العيب القديم و هذا واضح جدا، إذا فاحلف البائع فيسقط الرد و يحلف المشتري و يأخذ الأرش و هذا مراد الشافعي من التحالف.

### **قوله الثالثه: لو كان عيب مشاهدا غير المتفق عليه.**

أقول: تحرير الكلام هنا أن النزاع تاره يكون في تعدد العيب بأن يتفقا على عيب واحد و كان نزاعهما في وجود عيب آخر فيدعى المشتري وجوده بحيث يكون له الخيار من جهتين أو من جهة العيب الثاني على تقدير إسقاطه الخيار من جهة العيب الأول.

و أخرى: يكون في زياده العيب المتفق عليه.

و ثالثه: في أصل الزيادة بحيث يدعى المشتري ذلك ليأخذ الأرش زائدا عن الأرش على العيب المتفق عليه و ان لم يكن بنائه الرد.

أقول:

### **يقع الكلام في هذه المسأله في جهتين:**

الاولى: في دعوى المشتري على البائع، و الثاني: في دعوى البائع على المشتري.

### **أما الجهه الاولى في دعوى المشتري على البائع**

فهى خارجة عن الدعوى في المسقط بيان ذلك أن غرض المشتري من دعواه وجود العيب الثاني هنا غير العيب الأول أو دعواه أصل الزيادة أو الزيادة التى هى زائده عن الزيادة التى يدعيها البائع أن يكون له الرد من جهتين أو من جهة العيب الآخر أو الزائد على تقدير إسقاطه الخيار من جهة العيب الأول أو غرضه أخذ الأرش زائد عن المقدار المتفق عليه على تقدير عدم الرد، و يقول المشتري أن هذه الأمور التى يدعيها موجوده من الأول و قبل العقد غايه الأمر قد حصل العلم بها بعد العقد و البائع ينكر ذلك، و ح فالقول قول البائع لأصالة عدم وجود العيب الآخر أو الزائد غير العيب المتفق عليه، فللمشتري إثبات ذلك و لا شبهه أن هذه الجهه غير مربوط بالمقام فان كلامنا هنا فى المسقط و مرجع ذلك الى

دعوى أصل الخيار أو الأرش فتكون هذه الجهة أجنبيه عن المقام.

### و أما الجهه الثانيه فى دعوى البائع على المشتري

فهى مركز الكلام هنا و بيان ذلك أن البائع إذا ادعى وجود المسقط فى المقام بشىء من الأمور المتقدمه بأن يدعى أن العيب تعدد فى ملك المشتري أو زاد أو كانت الزيادة أكثر مما كانت أولاً فنسقط الخيار الثابت بالعيب السابق لروايه زواره الداله على سقوط الخيار بحدوث الحدث فإنه يكون القول هنا قول المشتري، مع حلفه فعلى البائع إثبات دعواه، فيقال ان الأصل عدم حدوث العيب الآخر فى ملك المشتري فيثبت الخيار بالموضوع المركب، أحدهما محرز بالوجدان و الآخر بالأصل فإن الخيار ثابت على شراء المعيب، مع عدم احداث الحدث فيه، فشرأ المعيب محرز بالوجدان فعدم احداث الحدث محرز بأصالة عدم حدوثه تحت يد المشتري فلا يعارضه أصاله عدم حدوثه فى ملك البائع، فإنه لا يثبت حدوثه فى ملك المشتري حتى يوجب سقوط الخيار، بل هو يكون مثبتا بالملازمه العقليه كما هو واضح، و هذا بخلاف العكس فإن الأثر و هو ثبوت الخيار يترتب على عدم حدوث العيب فى ملك المشتري فان المفروض أن الجزء الآخر محرز بالوجدان كما هو واضح.

و على الجملة فإن كانت الدعوى راجعا إلى المشتري و هو يوجهها إلى البائع فالمسألة خارجه عن محل الكلام و ان وجهها البائع إلى المشتري فلها مجال واسع فهى مربوطه بالمقام أعنى النزاع فى المسقط.

و من هنا ظهر أن ما ذكره الشهيد فى الدروس من أنه يحلف البائع إذا كان نظره الى الجهه الأولى بحيث يكون المدعى هو المشتري فلما ذكره وجه وجيه الأ- أنه خارج عن المقام و ان كان غرضه الجهه الثانيه فلا وجه له بوجه لما عرفت أن البائع فى الجهه الثانيه هو المدعى و اليمين انما يتوجه إلى المشتري دون البائع.



ثم ان الشهيد(ره)قد فرق بين النزاع فى كون العيب متعددا و بين النزاع فى زياده العيب،حيث التزم فى الأول بكون العيب كالمنفرد و أن مرجع ذلك الى النزاع فى سبق العيب على العقد و عدمه فالأصل مع البائع فإن الأصل عدم سبق عيب على العقد فيحلف البائع و التزم فى الثانى بأنه إذا ادعى البائع زياده العيب عند المشتري و أنكر المشتري احتمال حلف المشتري،لأن الخيار متيقن و الزياده موهومه.

و يحتمل حلف البائع اجراء للزياده مجرى العيب الجديد،انتهى كلامه رفع مقامه،أقول:لا وجه للفرق بين المقامين فان مرجع كليهما إلى شىء واحد فلا بدّ اما من تقديم قول البائع فى كلا الموردين أو من تقديم قول المشتري فى كلا الموردين.

و توضيح ذلك أنه فيما كان النزاع فى حدوث عيب آخر قد التزم الشهيد بكون الحلف متوجها الى البائع و فى المقام أيضا كذلك فإنه إذا كان النزاع فى أصل زياده العيب بحيث يدعى المشتري ذلك ليأخذ الأرش أكثر أو يرد المبيع لو سقط خيار بالنسبه إلى العيب الأول فنقول هنا ان الأصل عدم زياده العيب فيكون القول قول البائع،فإن قيل ان الزياده على نحو إذا كان العيب موجودا أى العيب الأول كان موجودا مع الزياده،فنقول هنا ان مقتضى أصاله عدم الأزلى أيضا هو عدم الزياده،أى أن العيب إذا وجد، وجد بدون الزياده،و مجردا عن هذا الوصف،فيكون القول أيضا قول البائع فلا مجال لاحتمال حلف المشتري و مع الغرض عن جريان الأصل الأول،و البناء على عدم جريان الأصل فى الإعلام الأزليه فمقتضى الاستصحاب الحكمى هو عدم ترتب الأثر على دعوى المشتري فان الأصل انه لا يستحق الأرش أو الرد من ناحيه العيب الزائد و على هذا فلم يبق وجه لتقديم قول البائع بوجه.

أقول: ذكر المصنف (ره) أنه لو وقع الاختلاف في أن البائع تبرء عن العيب، أم لم يتبرء، قدم منكر البراءة و هو المشتري غالبا فإن الأصل عدم التبري الحاكم على أصالة اللزوم و لكن ذكر أنه ربما يترائى من مكاتبه جعفر ابن عيسى خلافاً ذلك فإنه قال: كتبت الى أبي الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فإذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه فإذا اشتراه المشتري و رضيه و لم يبق الأ- نقد الثمن، فربما زهد فيه فإذا زهد فيه ادعى عيوباً و أنه لم يعلم بها فيقول المنادى قد برئت منها، فيقول المشتري لم أسمع البراءة منها، أ يصدق، فلا يجب عليه الثمن أم لا يصدق، فيجب عليه الثمن، فكتب عليه السلام: أن عليه الثمن، الخبر.

فان المتوهم يتوهم أن الظاهر من هذه المكاتبه هو عدم قبول قول المشتري بل لا بد و أن يعطى الثمن للبائع.

أقول: يرد على هذا التوهم أن هذا الخبر أخص من مورد الكلام فان المفهوم منه أن المشتري يدعى عدم السماع صوت الدلال بأنى برئت من جميع العيوب فكلامنا في مطلق البراءة و المشتري ليس له شغل بالبراءة و عدمها، و انما يقول أنا ما سمعت هذا أولاً.

و ثانياً: ما ذكره المصنف من توجيه الرواية من أن الحكم بتقديم قول المنادى لجريان العادة بناء الدلال عند البيع بالبراءة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر الشراء فدعوى المشتري مخالفة للظاهر نظير دعوى الغبن و الغفلة عن القيمة ممن لا يخفى عليه قيمة المبيع، انتهى. و لعل الى هذا التوجيه ينظر كلام صاحب الكفاية من جعل الرواية مؤيده لقاعده البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر، بأن يكون مراده عن المدعى هو المشتري لكون قوله مخالفاً للظاهر، و المنكر هو البائع لكون قوله موافقاً له.

و أما ما ذكره صاحب الحداثق من أن المفهوم من مساق الخبر المذكور أن إنكار المشتري انما وقع مدالسه لعدم رغبته فى المبيع و الا فهو عالم بتبرى البائع و الامام عليه السلام إنما ألزمه بالثمن من هذه الجهه حيث يعلم أنه مدالس فحكمه عليه السلام من جهه خصوصيه المورد، و فيه أن مراد السائل ليس هو السؤال عن حكم العالم بالتبرى المنكر له فيما بينه و بين الله، بل الظاهر من سياق السؤال هو استعلام من يقدم قوله فى ظاهر الشرع من البائع أو المشتري بحسب المحاكمه الشرعيه على أن حكم العالم بالتبرى المنكر له معلوم لكل أحد و من هنا السؤال السائل بقوله ا يصدق، إلخ.

و أما ما ذكره الأردبيلي من أنه لا يلتفت الى هذا الخبر لكونه ضعيفا فهو متين جدا، فلا يتوجه الى عدم التفاوت المصنف اليه و كذا لا وجه لما ذكره السيد فى الحاشيه من أن هذا الخبر مورد العمل فى غير هذا المقام لم نعرف له وجهاً فإنه لو كان الخبر شاملا لمضمون آخر غير هذا المضمون و كان منجبرا بعمل المشهور لذلك أو بقرينه آخر بناء على انجبار ضعف الخبر بشيء فلا ربط له بالمقام فان انجبار مقدار من الخبر لا يرتبط بالمقدار الآخر كما هو واضح.

ثم انه ذكر المصنف أنه بقى هنا اشكال آخر فى الخبر و هو أن براه المنادى من العيوب لا يجدى فى سقوط خيار العيب، بل لا بدّ من اعتباره فى المتن العقد.

و فيه أنك قد عرفت سابقا أن مقتضى بناء العقلاء هو اعتبار وصف الصحه فى المبيع بحيث يشترط المشتري على البائع أن يكون المبيع صحيحا و مع التخلف يثبت الخيار للمشتري و من الواضح أن هذا الاشتراط انما هو فى مورد لم تقم قرينه على عدم الاشتراط سواء كان قيام ذلك قبل العقد أو بعده و عليه فإذا تبرأ البائع من العيب و لم يكن هذا التبرى فى ضمن العقد يكون تبريه هذا رفعا للترامه و قرينه على أنه لم يشترط فى ضمن العقد، هذا

الالتزام كما هو واضح و عليه فلا يرد أن التبرى حيث لم يكن فى ضمن العقد فلا يكون مفيدا فافهم.

### قوله الخامس: لو ادعى البائع.

أقول: ذكر المصنف أنه لو ادعى البائع رضى المشتري به بعد العلم أو إسقاط الخيار أو تصرّفه فيه أو حدوث عيب عنده حلف المشتري لأصالة عدم هذه الأمور ثم ذكر أنه لو وجد فى المعيب عيب إلخ، وقد تقدم هذه المسألة منه و ذكر كلام الشافعى هناك كما أشار إليه السيد فى حاشيته فلا وجه للتكرار.

### قوله: و أما الثالث أى فى الفسخ

#### إشاره

ففيه مسائل

### الأولى لو اختلفا فى الفسخ فان كان

الخيار باقيا فله إنشائه.

أقول: لو وقع الاختلاف بين البائع و المشتري فى الفسخ و عدمه فتاره يقع ذلك قبل مضى زمان الخيار و أخرى بعده.

و أما الكلام فى الجبهه الأولى بأن يدعى المشتري تحقق الفسخ منه قبل أن ينقضى زمان الخيار و قبل طر و المسقط و البائع ينكره فتاره ينشئ المشتري الفسخ ثانيا و أخرى لا ينشئ ذلك، فعلى الأول لا شبهه فى تحقق الفسخ جزما للعلم الوجدانى بأنه إما حصل الفسخ بالإنشاء الأول أو الثانى فيكون القول قول المشتري و دعوى أن الفسخ الثانى لا تأثير له على زعم المشتري، فإنه يدعى الفسخ الأول، جزافيه حيث ان الفسخ الثانى يكون مؤثرا على زعم البائع المنكر للفسخ أولا هذا إذا أنشأ المشتري الفسخ ثانيا و أما إذا لم ينشأ الفسخ ثانيا فهل يمكن له إثبات الفسخ الأول و الحكم بانفساخ العقد أم لا، الظاهر هو إمكان ذلك بوجهين: - الأول: من جهه القاعده المعروفه أن من ملك شيئا ملك الإقرار به، حيث ان المشتري مالك للفسخ فهو مالك للإقرار به أيضا، و هذه القاعده

و ان لم ترد من الروايات و لكن قد تسالموا عليها فان ذلك أمر وجداني و عقلائي و ضروري، فإن المالك لشيء مالك لجميع شؤونه كما هو واضح، و نظير ذلك ما إذا أقر الزوج بطلاق زوجته فإنه يسمع إقراره بذلك و ان نكرته الزوجه فان الزوج مالك للطلاق فيكون مالكا للإقرار به أيضا.

الوجه الثاني: أن يكون دعوى المشتري الفسخ و اخباره عن ذلك بنفسه فسحا للعقد و توضيح ذلك أن الاخبار و ان كان غير الإنشاء و أن كلا- منهما يباين الآخر و لكن المشتري إذا أخبر عن فسخه للعقد فاخباره هذا يدل بالملازمه على كونه راضيا بالفسخ و من الواضح أن الفسخ ليس الا الرضا بانفساخ العقد و إظهاره بمظهر فى الخارج و اخبار المشتري بالملازمه تكشف عن رضاه بالفسخ، فيكون اخباره عن الفسخ بنفسه مصداقا للفسخ بهذا المعنى، لا أن الاخبار بنفسه إنشاء، بل كما عرفت فيه جهتان و دالتان، دلالة مطابقه و دلالة التزاميه، فالأخبار بالدلاله الالتزاميه إنشاء و مصداق للكشف كما عرفت، و لعل هذا هو مراد الشهيد من دعواه كون أخبار المشتري عن الفسخ بنفسه مصداقا للفسخ، و الأ فالشاهد لا يدعى عن أن الاخبار إنشاء و نظير ذلك ما إذا أخبر الزوج عن رجوعه سابقا إلى الزوجه فأن اخباره هذا يدل بالملازمه على تحقق الرجوع بالفعل و ان هذا الاخبار يكشف عن الرضا الفعلى بالرجوع كما هو واضح.

و قد ورد فى بعض الاخبار أن من أخبر بعق مملوكه ثم جاء العبد يدعى النفقه على أيتام الرجل و أنه رق لهم، فالوجه فى ذلك هو أن دعواه النفقه على الأيتام بالملازمه تدل على كونه رقا لهم كما هو واضح.

و على الجملة إذا اختلفا البائع و المشتري فى الفسخ و عدمه قبل مضى زمان الخيار فيكون القول قول المشتري سواء إنشاء المشتري الفسخ ثانيا أم لم ينشئ كما عرفت.

و أما إذا كان الاختلاف بعد مضي زمان الخيار بأن ادعى المشتري الفسخ قبل تلف العين و البائع ينكر ذلك، و ح فالقول قول البائع و للمشتري إثبات ذلك من بينه و نحوها، فعلى هذا فان ادعى المشتري علم البائع بالفسخ، و أنه يعلم به فيتوجه الحلف على البائع و وجب عليه أن يحلف على عدم علمه بالفسخ لا على نفي الفسخ واقعا فإنه فعل المشتري فيمكن ان يقع بغير اطلاع قبل البائع كما هو واضح و اذن فالحلف من البائع انما هو على عدم علمه بفسخ المشتري لا على نفي الواقع و أما إذا انعكس الأمر بأن ادعى البائع الفسخ ليأخذ مثل العين لترقى قيمه و ادعى المشتري عدمه فح يتوجه الحلف إلى المشتري دون البائع و لكن لا بدّ له أى للمشتري أن يحلف على نفي الفسخ واقعا، فإنه فعل المشتري فهو عالم بفعله واقعا فإذا حلف فلا بدّ و أن يحلف على نفي الفسخ واقعا.

ثم انه إذا لم يقدر المشتري على إثبات الفسخ اما لعدم دعواه علم البائع به و عدم إقامه البينه على مدعاه أو من جهه أنه مع دعواه علم البائع بذلك فحلف البائع على عدم علمه بالفسخ، فهل للمشتري مطالبه الأرش أم لا- فذكر المصنف فيه وجهين: الأول: ثبوته لثلا يخرج من الحقين. الثاني:

عدم ثبوته لإقراره بالفسخ و زاد في الدروس انه يحتمل أن يأخذ أقل الأمرين من الأرش و ما زاد على قيمه من الثمن ان اتفق لأنه بزعمه يستحق استرداد الثمن و رد القيمة فيقع التقاص في القيمة و يبقى قدر الأرش مستحقا على التقديرين.

و الوجه: فيما افاده الشهيد(ره) هو أن الثمن إذا كان زائدا على القيمة بمقدار التفاوت ما بين المعيب و الصحيح فيأخذ المشتري ذلك التفاوت و ان كان الأرش زائدا عنه، فيأخذ التفاوت ما بين المعيب و الصحيح و ان كان التفاوت زائدا عن الأرش فيأخذ الأرش لأنه هو القدر المتيقن و

هذا الذى أفاده الشهيد له وجه إذا كان المشتري يطالب الأرض فإنه يلتزم البائع على الأرض على زعمه و حيث لم يكن الأرض ثابتا بزعم المشتري بل التفاوت فيجبر البائع على إعطاء أقل الأمرين من التفاوت أو زياده الثمن و أما إذا لم يطالب الأرض فلا وجه لذلك لما عرفت، أن الأرض انما يثبت بالمطالبه لا بمجرد العقد، و إلا لكان البائع مشغول الذمه به على تقدير عدم الإعطاء و أيضا كان له أن يرد مقدارا من الثمن لا أن يعطى من كل ما يريد كما هو واضح.

### قوله الثانيه: لو اختلفا في تأخير الفسخ في أول الوقت بناء على فوريه

الخيار.

أقول: ذكر المصنف أنه لو وقع الاختلاف في تأخر الفسخ عن زمان الخيار بأن يكون الفسخ بعد تلف العين أو كونه في زمان الخيار، ذكر أنه في تقديم مدعى التأخير لأصالة بقاء العقد و عدم حدوث الفسخ في أول الزمان أو مدعى عدمه لأصالة صحه الفسخ وجهان: - وهذا الذى ذكره المصنف لا يخلو عن المسامحه فإنه جمع في كلامه بين الأصل الموضوعى و هو عدم كون الفسخ في زمان الخيار و الأصل الحكمى و هو بقاء العقد أى الملكيه حيث ان المصنف عطف الثانى على الأول فإن الاستصحاب الحكمى و ان كان يترتب عليه الأثر بناء على جريانه و مع الغص عما بيننا عليه فى الأصول من عدم جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكميه إلا أنه لا مجال له بعد جريان الاستصحاب الموضوعى.

ثم ذكر المصنف أنه لو كان منشأ النزاع الاختلاف فى زمان وقوع العقد مع الاتفاق على زمان الفسخ ففى الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ، وجه يضعف بأن أصاله تأخر العقد الراجعه حقيقه إلى أصاله عدم تقدمه على الزمان المشكوك و وقوعه فيه لا يثبت وقوع الفسخ فى أول الزمان ثم ذكر و هذه

ص: ٢٢٧

المسأله نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع فى عدته المطلقه و ادعت هى تأخرها.

أقول: هذه المسأله سياله فى غير هذا المورد مما كان هناك حادثان، و يشك فى تأخر أحدهما و تقدم الآخر و بالعكس مثلا لو شك فى أن التفرق فى خيار المجلس انه وقع بعد الفسخ أو قبله أو الفسخ فى خيار الحيوان أنه وقع قبل ثلاثه أيام أو بعده، و هكذا إذا شك فى أن القبض فى الصرف و السلم وقع قبل التفرق أو بعده و هكذا أو وقع الشك فى أن الصلاه وقعت قبل الحدث ليحكم بصحتها أو بعده ليحكم بطلانها مع العلم بكون المصلى مطهرا و هذا المثال فيما لم يكن مورد لقاعده الفراغ من جهه انتفاء شرط من شروطها ككونه غافلا فى حال الصلاه بحيث يكون استصحاب الطهاره جاريه و أما مع فرض جريان قاعده الفراغ فلا موضوع للشك فى صحه الصلاه و الاحتياج الى الاستصحاب كما هو واضح.

و من هذا القبيل أيضا ما ذكره المصنف من وقوع الرجوع فى العده الرجعيه قبل انقضاء العده أو بعدها و كذلك إذا وقع الشك فى أن بيع الراهن العين المرهونه هل وقع قبل رجوع المرتهن عن الاذن أو بعده ففى هذه الموارد كلها يجرى ما ذكره المصنف من أن الأصل عدم كون الفسخ واقعا فى زمان الخيار فيترب عليه بطلان الفسخ و أن الأصل عدم وقوع الرجوع فى زمان العده فيترب عليه بينونه الزوجه و أن الأصل عدم وقوع بيع الراهن قبل رجوع المرتهن فيترب عليه بطلان البيع و أن الأصل عدم وقوع الفسخ فى زمان المجلس و فى ثلاثه أيام فيترب عليه عدم تأثير الفسخ و أن الأصل عدم وقوع الصلاه فى حال الطهاره فيترب عليه بطلان الصلاه و هكذا.

و ذكر بعضهم أن الأصل هنا يقتضى عكس ما ذكره المصنف و أنه لا بدّ من الحكم بتأثير الفسخ و صحه بيع المرتهن و صحه الصلاه لا من جهه ما ذكره المصنف من إجراء أصله الصحه هنا فى الفسخ لجريان المناقشه فى



هذه القاعده كما أشار إليه السيد في الحاشيه و ذكرناه مراراً، بل من جهة أن الموضوع المركب إذا أحرز أحد الجزئي بالأصل و الآخر بالوجدان يترتب عليه الأثر و القضيه في الموارد المذكوره كذلك حيث أن الفسخ مثلاً محرز بالوجدان و زمان الخيار محرز بالأصل، و ح فترتب عليه الأثر و هو كون الفسخ في زمان الخيار و كذلك ان الصلاه متحققه وجدانا و الطهاره محرزه بالأصل و هكذا ان البيع محرز بالوجدان و اذن المرتهن محرز بالأصل و هكذا بقيه الموارد و اذن فترتب الأثر على الفسخ في المقام و كذا في نظائره.

و دعوى أن الأصل يعارضه أصل آخر هنا و هو أصاله عدم الفسخ الى ما بعد الانقضاء أو المسقط فاسده حيث ان أصاله عدم تحقق الفسخ الى ما بعد الانقضاء لا يثبت كون الفسخ بعد زمان الخيار الذي هو مورد للأثر الأعلى القول بالأصل المثبت الذي أثبتنا في الأصول عدم جريانه كما هو واضح.

لا- يقال انه لا مدفع لمعارضه الأصلين المذكورين و لا تصل النوبه إلى دفع الأصل المعارض بكونه مثبتاً لا يترتب الأثر عليه و ذلك لأن أصاله عدم تحقق الفسخ المقيد بكونه في زمان الخيار يرفع الموضوع المركب و لا يترتب عليه الأثر و كذلك أصاله عدم وقوع الصلاه مع الطهاره و أصاله عدم وقوع البيع مع اجازة المرتهن و أصاله عدم كون رجوع الزوج في حال العده الرجعيه و هكذا.

فإنه يقال ان هذا الكلام له وجه إذا كان الموضوع هو الأمر الوجودى أعنى عنوان الاقتران أو عنوان التقيد فإنه ينفى هذا العنوان الوجودى بالأصل المذكور و يقال ان الأصل عدم التقيد و عدم الاقتران و ح لا يترتب الأثر عليه و لكن الأمر ليس كذلك حيث ان الموضوع في الموارد المذكوره انما

هو ذوات الأجزاء أى الفسخ و كونه فى زمان العقد و أما عنوان الاجتماع، أو الاقتران، أو التقيد، فليس موضوعا للحكم أصلا.

و عليه فلا- شبهه أن ذوات ال-جزاء بعضها محرز بالوجدان و بعضها محرز بالأصل و بحكم الشارع و هذا الأصل المذكور لا يكون معارضا لما ذكر من جريان الأصل فى الموضوع المركب (على أن ما ذكره المستشكل من جريان الأصل فى نفي عنوان الاقتران و الاجتماع انما هو خلف الفرض حيث ان المفروض جريانه فى المركب و ما ذكره اجراء له فى العنوان البسيط كما هو واضح مقرر).

أقول:الظاهر هو التفصيل بين ما ذكره المصنف و بين ما ذكره هذا القائل.

و توضيح ذلك أنه ان كان الشك فى السعه و الضيق فى المستصحب فالأمر كما ذكره هذا القائل، و ان كانت السعه و الضيق محرزين و كان الشك من جهه أخرى فالأمر كما ذكره المصنف و بيان ذلك أنه إذا علم بعد الصلاة بأنه أحدث حدثا بعد الطهاره و لكن لا- يدرى أنه وقع بعد الصلاة أو قبلها فان مرجع ذلك الى الشك فى سعه الطهاره حتى الى ما بعد الصلاة و ضيقها و كونها قبل الصلاة فقط، و ح نقول ان الصلاة متحققه وجدانا و الطهاره نستصحبها الى آخر الصلاة و يحكم بصحتها و وقوعها فى حال الطهاره وجدانا إذ الصلاة واقعه وجدانا و الطهاره ثابتة إلى آخر الصلاة بحكم الشارع، فتكون الصلاة واقعه فى حال الطهاره وجدانا كما هو واضح.

و هذا نظير ما إذا شك فى بقاء الطهاره فاستصحب و أبقاها و صلى بذلك فهل يتوهم أحد بطلان ذلك الصلاة و كذلك فى المقام؟ و لا- معنى لمعارضه هذا الأصل بأصالة عدم وقوع الصلاة فى حال الطهاره كما عرفت إذ المراد من ذلك الأصل هو الأصل الجارى فى الجزء و هو عدم

وقوع الصلاة الى انقضاء الطهارة و قد عرفت أنه مثبت و ان كان المراد من ذلك الأصل هو المجموع المركب أى الصلاة المقيدة بالطهارة مثلا- فقد عرفت أنه لا- يجرى فى المجموع المركب من جهة عدم كون المجموع بعنوان المجموع موضوعا للحكم كما هو واضح.

### قوله الثالثه لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته

و الحاصل: أن الكلام كان فى الاختلاف فى فوريه الخيار و عدمها، و قد ذكر المصنف أنه لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت بناء على فوريه الخيار ففى تقديم مدعى التأخير لأصالة بقاء العقد و عدم حدوث الفسخ فى أول الزمان أو مدعى عدمه لأصالة الصحة، و جهان:- أقول: قد عرفت أن هذا البحث سيال و ليس مخصوصا بالمقام، بل يجرى فى كل حادثين فى زمان واحد يشك فى تقدم أحدهما على الآخر و عدمه كموت المورث و إسلام الوارث و كبيع الراهن و رجوع المرتهن عن اذنه و كالفسخ و التفرق فى خيار المجلس، بل يجرى فى متعلقات التكاليف أيضا كالصلاه و الطهارة و نحوهما و يجرى كلام المصنف فى جميع ذلك من ان الأصل عدم تحقق الفسخ فى زمان الخيار و أن الأصل عدم وجود الصلاه فى حال الطهارة و هكذا و قد عرفت أنه ذكر بعضهم عكس ذلك و التزم بان الموضوع فى أمثال الموارد مركب من جزئين، أحدهما ثابت بالأصل و الآخر ثابت بالوجدان، فيترب عليه الأثر و لا يكون أصالة عدم وقوع الفسخ مثلا فى زمان الخيار معارضا لذلك الأصل لأن الموضوع هو ذات الجزئين و كونهما فى زمان واحد.

و أما عنوان التقيد فليس موضوعا للحكم حتى ينفى بالأصل فراجع الى ما ذكرناه مفصلا قبل هذا.

و التحقيق هو التفصيل فى المقام و القول بجريان الأصل فى بعض الموارد و بعدم جريانه فى بعض الموارد الآخر أصلا فضل عن المعارضه و

توضيح ذلك أن موضوع الحكم في الحادثين قد يكون زمانيين بذاتهما من غير أن يلاحظ اجتماعهما و تقييد أحد الحادثين بالآخر وقد يكون موضوع الحكم هو ذات الزمان و الزمانى من غير تقييد أحدهما أيضا بالآخر، وقد يكون هذه الصورة أيضا مقيدا أحدهما بالآخر بحيث يكون موضوع الحكم هو وقوع الحادث فى ذلك الزمان.

أما الصورة الأولى:فلا شبهه فى جريان الأصل فى أحد الجزئين إذا أحرز الجزء الآخر بالوجدان و يترتب عليه الأثر و المقام من هذا القبيل حيث ان موضوع الحكم انما هو ذات الفسخ و ذات الخيار بحيث يكون هذان الجزءان مجتمعين من غير أن يكون عنوان الاجتماع قييدا للموضوع و انما الموضوع هو نفس الاجزاء و لا يستفاد من الأدله الا أن الفسخ فى زمان الخيار يؤثر أما أن الزمان أيضا دخيل فى الحكم، و اما فلا، بل الموضوع الحكم انما هما الجزءان زمانيان و هو الفسخ و الخيار و انهما بذاتهما مركبا موضوع للحكم و كذلك الصلاه و الطهاره فإن الصحه مترتبه على الصلاه الواقعه مع الطهاره من غير أن يكون زمان الطهاره دخيلا- فى موضوع الحكم، فان مثل ذلك فأحد الجزئين إذا كان محرزاً بالوجدان و الجزء الآخر بالأصل يترتب عليه الحكم فان اللازم انما كون المصلى متطهرا و من الواضح أن الصلاه قد تحققت جزما و وجدانا فلا معنى لإجراء الأصل فيها و القول بأنها لم تتحقق و الجزء الآخر أعنى الطهاره فقد أحرزها بالأصل فيكون المصلى متطهرا بالتعبد و يكون وقوع الصلاه فى حال الطهاره أيضا وجدانيا غايته فى الطهاره التعبدية كما هو واضح و لا دليل هنا يقتضى لزوم وقوع الصلاه فى زمان الطهاره حتى يقال ان هذا القيد إنما ينفى بالأصل فيكون الأعلان معارضين و لا يبعد أن يكون خيار المجلس أيضا من هذا القبيل و أن الزمان غير دخيل فى ثبوت الحكم و انما الموضوع هو ذات المجلس و الفسخ

واقتران نفس ذاتهما من غير أن يكون وقوع الفسخ في المجلس موضوعا للحكم، بل هو أمر انتزاعي من تحقق هذين الجزئين فإذا شك في أن الفسخ هل وقع قبل التفرق أو بعده فنقول أن ذات الفسخ قد تحقق وجدانا و عدم التفرق أعنى الاستصحاب العدمي أو نفس المجلس اعنى الاستصحاب الوجودي نثبت بالأصل فيترتب عليه الأثر و هو تأثير الفسخ في هدم العقد.

و اما كون الفسخ واقعا في زمان المجلس فلم يثبت ذلك من الدليل بوجه و من هذا القبيل أيضا بيع الراهن مع رجوع المرتهن و الشك في أن الرجوع وقع قبل البيع أم بعده، فان ما هو موضوع الحكم؟ هو وجود الاذن و تحقق البيع و أن نفس اجتماع ذات هذين الأمرين موضوع للحكم.

و أما وقوع البيع في زمان الاذن فليس موضوع للحكم و لا يظهر من الأدله مدخليه الزمان في ذلك و من هذا القبيل ما تقدم من الصلاه و الطهاره المتيقنه مع الشك في أن الحدث هل وقع قبل الصلاه أم بعدها كيف فهي مثل الطهاره المشكوكه المسبوقه بالطهاره المتيقنه فإنه إذا أبقاها المكلف و صلى بها فهل يتوهم أحد أن الأصل عدم وقوع الصلاه في حال الطهاره و من الواضح أنه لا فرق بين هذا و بين المقام.

و الحاصل: أن في كل مورد حدث حادثان و شك في تقدم أحدهما على الآخر و عدمه و لم يكن الزمان دخيلا في موضوع الحكم، بل كان الموضوع ذات الجزاءان الذان يجتمعان و يقترنان من غير كون التقارن أيضا دخيلا في الموضوع أمكن إثبات الحكم لترتبه على موضوع مركب قد حصل أحدهما بالوجدان و الآخر بالتعبد، و لا يمكن نفي وقوع أحدهما في زمان تحقق الآخر بالأصل لأن التحقق وجداني لأن تحقق الجزء الوجداني في حال تحقق الآخر بالتعبد وجداني، و عنوان وقوعه في زمان الآخر ليس موضوعا للحكم، بل هو أمر انتزاعي كما هو واضح لا يخفى.

و أما إذا كان أحد الجزئين زمانيا و الآخر زمانا من غير اعتبار وقوع الجزء الزمانى فى الزمان فى موضوع الحكم فإنه أيضا يترتب الحكم على الموضوع المركب الثابت أحد جزئيه بالوجدان و الآخر بالأصل لأن ما هو موضوع الحكم تحقق الزمان و الزمانى معا و اجتماعهما بذاتهما.

و أما عنوان وقوع الزمانى فى الزمان أو الطرفه أو غير ذلك فليس بموضوع للحكم أصلا و هذا كخيار الحيوان فإنه إذا فسخ المشترى العقد و وقع الخلاف فى أنه هل وقع الفسخ فى ضمن الثلاثة أو بعدها فإنه يحكم بكونه فى ضمنى الثلاثة و ذلك لأن موضوع الحكم انما هو الفسخ فى ضمنى الثلاثة و قبل تمامها و من المعلوم أن الفسخ قد تحقق وجدانا و عدم انقضاء الثلاثة أو بقاء هذا الزمان محرز بالأصل فيتم الموضوع المركب أحد الجزئين بالأصل و الآخر بالوجدان و على هذا فلا معنى لنفى وقوع الفسخ فى الثلاثة بالأصل لعدم كون ذلك موضوعا للحكم و انما الموضوع ذات هذان الجزئين و قد عرفت أن أحدهما محرز بالأصل و الآخر بالوجدان، فكما أن الفسخ وجدانى و كونه فى الثلاثة أيضا وجدانى و ان كانت الثلاثة ثابتة بالتعبد و ليس هنا عنوان وقوع الفسخ فى الثلاثة موضوعا للحكم حتى ينفى بالأصل بل ذات الفسخ قبل تمام الثلاثة.

و قد عرفت أن ذات الفسخ فى الثلاثة وجدانيه و من هذا القبيل أيضا الصلاة و الصوم على ما ذكرناهما فى محلها فان الظاهر من الاخبار و من قوله تعالى أقيم الصلاة إمدلوك الشمس إلى غسق الليل و كذا فى قوله تعالى ثم أتتموا الصيام إلى الليل هو أن الإمساك انما هو لا بد و أن يكون قبل الليل و الصلاة انما هى أداء قبل خروج النهار و أن الظاهر من قوله تعالى كلوا و اشربوا حتى يبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود ، هو أن الأكل لا بد و أن يكون قبل ذلك و هذا هو موضوع الحكم فإذا أمسكنا

و صلينا أو أكلنا في شهر رمضان و شككنا في أن النهار باق حتى لا يجوز الإفطار أو تكون الصلاة أداءه أم لا، أو الأكل وقع قبل الفجر أم لا؟ فإنه لا شبهه أن الصلاة واقعه وجدانا و كذلك الإمساك و الأكل و بقاء الليل أو النهار نثبته بالاستصحاب الوجودى بأن يقال الأصل بقاء الليل أو النهار أو بالاستصحاب العدمى و يقال الأصل عدم بقاء النهار أو الليل فليتم الموضوع المركب فيترتب عليه الحكم و أما عنوان وقوع الصلاة في النهار أو الإمساك كك فليس موضوعا للحكم حتى ينفى بالأصل و يكون هذا الأصل معارضا بالأصل الذى يثبت الموضوع هذا أيضا واضح و من هذا القبيل أيضا رجوع الزوج مع الشك في أنه وقع في العده أم لا.

و أما القسم الثالث: و هو أن يكون الموضوع هو الحادثان و كان أحدهما زمانا و الآخر زمانيا مع اشتراط وقوع الزمانى فى الزمان فإنه ح لا يجرى هنا أصلا، لأنه يجرى و يكون معارضا مع الأصل الجارى فى استصحاب نفس الزمان و ذلك لأن استصحاب الزمان لا يثبت وقوع الحادث فى الزمان المستصحب الأعلى القول بالأصل المثبت.

و على الجملة فالأصل فى الشق الثالث ليس بجار فى نفسه لعدم ترتب الأثر عليه لا أنه يجرى و يكون معارضا بأصله عدم وقوع الحادث فى ذلك الزمان المستصحب فافهم.

و قد ذكرنا فى تنبيهات الاستصحاب فى تنبيه جريان الاستصحاب فى الزمان و الزمانى ما ينفعك هنا فراجع، و من هنا يظهر أنه لو شك فى بقاء وقت الخيار ابتداء و عدم بقائه فاستصحب ذو الخيار و فسخ كان فسخه ماضيا و ليس لأحد أن يقول أن الأصل عدم وقوع الفسخ كما هو واضح.

و من الواضح أيضا أنه لا- فرق بين كون الحادثين مجهولى التاريخ و بين كونهما معلومى التاريخ، كما هو واضح، و أما إثبات الحكم بالصحة

بأصالة الصحه كما ذكره المصنف وجها في المقام فهو أيضا ضعيفه.

و الوجه فيه أن أصاله الصحه في فعل الغير لا دليل عليها مطلقا إذ الدليل انما هو فيما إذا كان من العقود فإنه قامت السيره القطعيه على جريانها فيها و أما في غيرها فلا دليل عليها، و أما القول بها لقوله عليه السلام ضع فعل أخيك على أحسنه. فقد ذكرنا مرارا أن معناه أن ما صدر عن المسلم فكان له وجهان: وجه صلاح و وجه فساد، ضعه على الصلاح و لا تعامل معه معاملة الفاسق لا أنه يترتب عليه آثار الصدق أيضا كما هو واضح، فافهم و أيضا ان مورد أصاله الصحه هنا مشكوك.

قوله: لو ادعى المشتري الجهل بالخيار.

أقول: ذكر المصنف أنه لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته بناء على فوريته سمع قوله ان احتمال في حقه الجهل للأصل ثم ذكر التفصيل بين الجهل بالخيار فلا يعذر إلا نشاء في بلد لا يعرفون الاحكام و لو ادعى الجهل بالفوريه فيعذر مطلقا لأنه مما يخفى على العامه.

أقول: قد يقال انه لا- وجه لتقييد الفوريه بالعلم بالفوريه بحيث يكون مدعى ذلك معذورا و ذلك لانه يعقل أن يكون العلم بالحكم مأخوذا في موضوعه.

فهل يتوهم أحد أنه لو ادعى أحد أن خيار الحيوان مقيد بعلم من له الخيار بزمانه و كذا خيار المجلس، بل الخيار انما ثبت بالأدله الداله على أن الخيار انما ثبت في ذلك الزمان فإذا أنقض ذلك الزمان لا يكون له الخيار.

و دعوى أن خيار العيب انما يثبت بظهور العيب فلا- مانع أن يكون فوريته مقيده بعلم من له الخيار قياس مع الفارق حيث ان موضوع خيار العيب مقيد بظهور العيب كما في روايه زراره ثم علم به أى بالعيب، و هذا بخلاف



المقام، فان العلم يكون قيدا للحكم فيكون الحكم ثابتا في حق من هو عالم بالعيب كما هو واضح.

و لكن الظاهر أن ما افاده المصنف صحيح متين و ذلك لأن دعوى فوريه الخيار لا- يتوقف على تقييد فوريه الخيار بالعلم بالفوريه و ذلك من جهه أن المدعى لا يدعى ذلك، بل يقول(على ما تقدم سابقا و ان ناقشنا فيه) أن خيار العيب أبدى و لكن التأخير مع العلم به يكشف عن رضاء ذى الخيار بالعقد فيكون موجبا للإسقاط، فالمرجع فى ذلك الى دعو المسقط لا- أن المقتضى للخيار قاصر، بل المقتضى قضى ذلك الى الأبد و لكن التأخير و عدم الفسخ عن عمل يكشف عن الرضا المسقط، و عليه يكون فوريا و على هذا فإذا لم يعلم به إلا بعد مده كان الخيار ثابتا فى حقه على هذا المبنى أيضا و ان ناقشنا فيه سابقا، فإذا علم بالفوريه مع علمه بالخيار يكون له الخيار حين العلم به و إذا أخر عن ذلك يكون ذلك موجبا للإسقاط كما هو واضح.

### القول فى ماهيه العيب

قوله:القول فى ماهيه العيب، و ذكر بعض أفراده.

أقول:حيث ان لفظ العيب و العوار قد ورد فى أخبار خيار العيب فقد تصدى الفقهاء رضوان الله عليهم لبيان ذلك فقد ذكر فى الصحاح على ما حكى عنه أن العوار هو العيب.

و أما العيب:فذكر المصنف أن الظاهر من اللغه و العرف أنه النقص عن مرتبه الصحه المتوسطه بينه و بين الكمال، ثم ذكر أن الصحه ما يقتضيه أصل الماهيه المشتركه لو خلى و طبعه و العيب و الكمال يلحقان له لأمر خارج عنه.

ثم ذكر أن الميزان في معرفه مقتضى حقيقه الشيء هو أن حقيقه هذا الشيء قد تعرف من الخارج كما يعرف أن مقتضى حقيقه الحيوان و الإنسان أن يكون بصيرا فالعمى عيب فيهما، ولا بدّ أن يكونا سميعا و الخرس عيب فيهما، و هكذا و يعلم من الخارج أيضا أن الكتابه كمال في الإنسان و ليس مقتضى الطبيعه الأوليه كونه كاتباً أو ذى صنعه كما هو واضح، و كذلك الطبخ في الأمه فإنه من الأوصاف الكماليه فلا يكون فقدانها عيبا فيهم.

و قد يعلم مقتضى حقيقه الشيء بملاحظه غلبه الافراد بحيث إذا لوحظ في الخارج أغلب أفراد الإنسان نجدهم على هذا الوصف، و نكشف من ذلك أن مقتضى الطبيعه الأصليه هو كون الإنسان على هذا الوصف و كذا الحال في غير الإنسان و أما كون الأفراد النادره على خلاف هذا الوصف فهو لا يقتضى أن يكون على طبق مقتضى الطبيعه الأوليه، بل هو عيب في تلك الأفراد النادره و أن تخلف الوصف الموجود في غالب الافراد من الافراد النادره لعارض فيكون عيبا و الوجه استكشاف العيب من ذلك الغلبه مع أنه لا يكون الجزئى كاشفا عن حال جزئى آخر هو أن ملاحظه الأغلب و وجدانه على وصف خاص كاشف عن اتصاف القدر المشترك بذلك الوصف، فيستدل من الأغلب إلى القدر المشترك و يحكم به على كون كل فرد كذلك بحسب الطبيعه الأوليه.

و من هنا ظهر أن مقتضى الخلقه الأصليه قد يكون على خلاف ما يقتضيه طبع الشيء أولا و توضيح ذلك أن طبع الشيء قد يكون مقتضيا لكونه على وصف خاص بحسب خلقته الأصليه و لكن تعرضها طبيعه ثانيه غلبه فيقتضى حاله على خلاف تلك الحاله الأوليه فيكون المدار على الطبيعه الثانويه فيكون المناط في كون فقدان وصف عيبا أو غير عيب بحسب تلك الحاله الثانويه و قد مثل المصنف لذلك بالضيعه فإنها بحسب طبيعتها الأوليه يقتضى أن لا

يكون فيها خراج أصلاً، فيكون ثبوت الخراج في أرض خاصه عيباً و لكن حيث كان أغلب أفراد الأرض قد ثبت فيها الخراج فنكشف من ذلك أن الخراج ليس من العيوب، بل عدم الخراج كمال في الأرض فإذا كان هناك أرض قد أسقط سلطان الوقت خراجه و ضريرته لجهه خاصه فيكون ذلك كمالاً لذلك لا أن ثبوته في مورد آخر يكون عيباً و على هذا فلا بدّ من ملاحظه هذه الطبيعه الثانويه فإذا كان فرد قد تخلف فيه وصف كمال فيه و نقص عن تلك الطبيعه الثانويه فيكون ذلك عيباً كما إذا كان الخراج في بعض أفراد الأرض أكثر من غالب أفرادها فإنه ح يكون ذلك عيباً في هذه الأرض.

و على الجملة فإذا تعارض مقتضى الحقيقه الأوليه و ما يقتضيه طبع الشئء أولاً مع حال أكثر أفراد هذه الطبيعه بحسب الغالب يكون الثانى مقداً على الأول، و لذا لم يكن الخراج في غالب الأرض عيباً فيها، بل زيادتها في بعض الافراد على خلاف الأغلب عيب فيه كما هو واضح.

ثم ذكر أن هذا هو الوجه في عدم كون الثيوبه عيباً في الأمه البالغه إذ أغلب أفراد الإماء و الجوارى المجلوبه من أرض الشرك أن تكون ثيبه و لذا ذهب أكثر الفقهاء أيضاً الى عدم كون ذلك عيباً في الجاربه.

و من هنا اتضح أيضاً أنه لا- بدّ من ملاحظه الأغلبه الموجه لتشكيل حقيقه ثانويه بحسب كل صنف صنف فلا يجوز قياس الأغلبه في صنف الى صنف آخر، و على هذا فالثيوبه ليست عيباً في الجاربه الكبيره و لكنها عيب في الصغيره إذ أغلب افرادها ليست ثيبه و كذا إذا كان الخراج في الدكان من العشر و في الدور بنصف العشر فإنه لا يكون ذلك في الدكان عيباً لأن خراج هذا الصنف بهذا المقدار، نعم و في الصنف الأخر و هو الدور بمقدار أقل.

بل ربما يكون ما يقتضيه الحقيقه الثانويه هو الميزان في كون زياده وصف أو نقصانه عيباً أو غير عيب بحيث حتى لو كان الشئء على حسب الخلقه

الأصليه يكون ذلك عيبا فيه و هذا لكون الرجل أغلف فان الغلفه و ان كانت على مقتضى الطبيعه الأوليه حيث ان الولد لا يولد مختونا و لكن بحسب الطبيعه الثانويه تكون ذلك عيبا فى العبد.

و على الجملة أن الميزان الكلى فى ملاحظه مقتضى الطبيعه هو كون الشئ على طبيعه الأوليه أو كون أغلب الافراد على وصف خاص و مع التعارض يتقدم الثانى، هذا محصل كلام المصنف، فافهم.

أقول: ان كان مراده من كون الصحيح ما كان على وفق مقتضى الطبيعه و المعيب ما لم يكن ذلك هو كونه الماهيه و الطبيعه المشتركه بين جميع الافراد مقتضيا لذلك بحيث يكشف بالطريقين المذكورين أن مقتضى الماهيه الافراد مقتضيا لذلك بحيث يكشف بالطريقين المذكورين أن مقتضى الماهيه الفلانيه أن يكون افراده متصفا بالوصف الفلانى، و إذا تخلف فى فرد يكون تخلفه هنا عيبا ان كان مراده هذا المعنى كما يؤيده التعبير بلفظ الماهيه و الطبيعه فيرد عليه أن الماهيه لا اقتضاء فيها أصلا، و قد قرع سمعك كثيرا إن الماهيه من حيث هي هي، ليست إلا- هي لا- موجوده و لا- معدومه و أن الماهيه بحسب نفسها ليس فيها اقتضاء الوجود و العدم بل الاقتضاء فيها انما هو من الجهات الخارجيه و هلا سمعت قول الشيخ ان الماهيه من ناحيه وجود علتها أيس، و من ناحيه عدم علتها ليس و على هذا فلا معنى لتعريف العيب، بأنه ما يكون ناقصا عن مقتضى الطبيعه إذ لا اقتضاء للطبيعه أصلا، فضلا عن أن يكون خلافا عيبا و انما الماهيه الإنسانيه مثلا عباره عن الجنس و الفصل سواء تحقق فى الخارج بصيرا أو سميعا أو ذى يد و رجل أم لم يكن له شئ من هذه الأعضاء أصلا.

نعم، ان أريد من اقتضاء الماهيه اقتران لوازمها بها حيث انها لم يفترق عن الماهيه و عبر عن ذلك مسامحه بكون الماهيه مقتضيه لها و ذلك كزوجيه الأربعة و ككون الإنسان قابلا للعلم و الكتابه و ككون الجسم قابلا

للابعاد الثلاثة و هكذا فهذا و ان كان له وجه الا أن لوازم الماهيه لا تنفك عنها أصلا إلا بعدم الماهيه إذ لا يعقل تحقق الأربعة بدون كونها زوجه و مع انتفاء الماهيه يبطل البيع من جهه عدم المبيع و ظهوره شيئا آخر، و قد عرفت مرارا أن المبيع إذا ظهر غير ما جرى عليه البيع فيكون البيع باطلاً و الأوصاف التي يعد فقدانها عيبا مع بقاء الماهيه ليس وجودها من مقتضيات الماهيه كالبصر و السمع و نحوها و لأنهما مثل الكتابه و العلم كما قال الله تعالى فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا كما قال في مورد آخر الرَّحْمَنُ - خَلَقَ الْإِنْسَانَ عَلَّمَهُ الْبَيَانَ فَيَعْلَمُ أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى كَوْنِهِ سَمِيعًا بَصِيرًا، كما أنه لا يتوقف على كونه عالما، كما لا يخفى، فافهم، و لكن هذا الوجه كما لا يمكن تصديقه و كذلك ليس مراد المصنف قطعا إذ لا يتفوه بمثله ذوى مسكه فضلا عن المصنف الذى هو شمس فلک التحقيق و التدقيق.

و ان كان المراد من ذلك أى من مقتضى الطبيعه الأوليه هو كون الشىء بحسب وجوده مقتضيا لكونه على وصف خاص و إذا تخلف عن ذلك يكون التخلف لعارض فيكون عيبا و هذا هو الظاهر من عباره المصنف، بل هو المتعين مثلا ان الإنسان حسب وجوده الخارجى يقتضى أن يكون موجودا بصيرا و سميعا و له رجل و يد و اذن و أنف و هكذا بقيه الأوصاف و كذلك الحال فى بقيه الأشياء فإذا باع أحد عبدا و ظهر عمى أو باع شيئا آخر و ظهر على غير الأوصاف المشهوره المعروفه التى كان أغلب أفراد الإنسان عليها و يقتض طبعه بحسب الوجود ان يوجد عليها فيكون فقدانها عيبا فى المبيع كما هو واضح.

و هذا الوجه و ان كان له وجه فى مقام الثبوت و لكن لا وجه له فى مقام الإثبات إذ لا طريق الى ذلك بحسب مقام الإثبات فإنه من اين يعلم و يستكشف أن الوصف الفلانى وجوده مستند الى اقتضاء طبع ذلك الشىء و

ليس مستندا الى مقدمات و علل أخرى مثلا من أين يعلم أن مقتضى طبع الإنسان بحسب الوجود أن يكون سميعا و بصيرا حتى إذا لم يكن فى العالم أصلا عمى أو كان و لم يشاهده المتبايعان بل يمكن أن يكون مستندا إلى شىء آخر كالعلم و الكتابه فإن السمع و البصر ليسا دخيلين فى إنسانيه الإنسان و لذا قال الله تعالى فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا أى بعد كونه إنسانا فجعلناه سميعا بصيرا مثلا، إذا لاحظ أحد أى تفاحه فرآه أحمر و لم ير أصلا تفاحه أخرى أبيض، فلا- يمكن له فى مقام الإثبات أن يحكم بأن الاحمرار فى التفاحه بحسب اقتضاء طبع الوجود ذلك لا بحسب التصادف آخر، كاشراق الشمس و نحوه و هذا واضح لا ستره فيه و عليه فلا يكون ما ذكره المصنف ميزانا فى بيان حقيقه العيب و ماهيته، بل لا بدّ من المشى بمسلك آخر، بل قد لا يكون هنا طبيعه أصلا فضلا عن أن يقتضى شيئا كما فى مصنوعات البشر، فان كون الفرش مثلا على هيئه غير مرغوبه عيب مع أنه لا طبيعه له حتى تقتضى كونه على حاله خاصه ليكون خلافها عيبا كما هو واضح.

و الحاصل: أنه لما كان العيب و العوار مذكورين فى الاخبار فلا بدّ من بيان حقيقه العيب لكونه موضوعا للخيار، و قد ورد فى مرسله السيارى و عنون فى كلمات الفقهاء أن العيب ما كان زائدا عن الخلقه الأصلية أو نقصت عنها، و تكلم المصنف فى ذلك تحفظا على ظاهر كلمات الفقهاء و المرسله.

و محصّل كلامه أن العيب ما كان ناقصا عن الخلقه الأصلية التى تقتضى الماهيه المشتركه كون الشىء عليها و إذا كان الشىء موافقا لها كان صحيحا و الأ- كان معيبا و هذه الخلقه الأصلية قد تكون معلومه بحسب الخارج، بحيث يعرف من الخارج أن العمى عيب فى العبد، و عدمه ليس بعيب و قد يعرف بحسب الغلبه الخارجيه بحيث يكون التخلف فى النادر لعارض فيكون

و قد تكون الطبيعه الثانويه هو الميزان فى الصحيح و المعيب كالأرض الخراجيه فإنها بحسب طبعها لا يقتضى الخراج و لكن بحسب الطبع الثانوى يقتضى الخراج و ح يكون العيب زياده الخراج عن الخراج المعهود بل قد يكون الطبيعه الثانويه مقدمه على مقتضى الطبيعه الأوليه فى مقام المعارضه، بل قد يكون كون شىء موافقا لمقتضى الطبع الاولى عيبا كما فى الأغلف بحيث وجب كونه موافقا لمقتضى الطبيعه الثانويه.

ثم ان ملاحظه الطبيعه الأوليه أو الثانويه و جعلهما ميزانا فى بيان المعيب و الصحيح انما هى بحسب الأصناف لا بحسب الجنس أو النوع كما هو واضح فإنه قد يكون وصف عيبا فى صنف كالثيوبه فى جاريه الصغيره و قد لا يكون عيبا كالثيوبه فى جاريه الكبيره مع انهما من نوع واحد و جنس فارد.

ثم ان الثمره بين كون الثيوبه مثلا- عيبا فى الجاريه الكبيره أو ليست بعيب انما تظهر فيما إذا باع أحد جاريه و اشترط المشتري على البائع كونها بكررا فظهرت ثيبا، فإنه على القول بعدم كون الثيوبه عيبا يكون للمشتري خيار تخلف الشرط فقط، و أما على القول بكونها عيبا يكون المشتري مخيرا بين الرد و الإمضاء و الأرش بناء على كونه من الأول مخيرا بين هذه الأمور و الآ فيكون له الرد و مع عدمه يثبت له حق مطالبه الأرش على ما ذكرناه سابقا فإن مطالبه الأرش انما هو فى صورته كون صف المتخلف من العيوب و الآ فلا يثبت له حق مطالبه الأرش كما هو واضح.

ثم قوى الوجه السابق و قال لكن الوجه السابق أقوى و مراده من الوجه السابق، ما أفاده أولا من أن الثيوبه ليست بعيب و عليه فلا وجه للحكم بكون النسخه غلطا و كون السابق عوض الثانى كما فى حاشيه السيد هذا.

أقول: قد ذكرنا سابقا أنه لا وجه لهذا الكلام فإنه مع عدم وجود

المقتضى للماهية المشتركة قلنا لو أردنا من ذلك لوازم الماهية مسامحة فلا يمكن التخلف بين الماهية و لوازمها كالأربعة و الزوجيه،فان كل منهما لا- يتخلف عن الآخر و إذا تخلف في مورد و كان فرد مثلا فاقدا لوصف لا يكون ذلك عيبا من حيث التخلف عن مقتضى طبيعه،بل يكشف من التخلف أن الوصف ليس من الأوصاف اللازمه و من مقتضيات طبيعه بداهه عدم إمكان تخلف لوازم الماهية عن الماهية كما هو واضح،بل قد ورد في بعض الروايات أن الإباق في العبد و نحو ذلك عيب في المبيع مع أنه ليس من مقتضيات الماهية و العرف قاض بان فقدان بعض الأعضاء عيب في العبد و الحيوان من أن كونه واجدا لذلك ليس من مقتضيات طبيعه الحيوان.

بل قد لا يكون هنا طبيعه حتى تقتضى شيئا و كونه على حاله مخصوصه كما في مصنوعات البشر حيث ان كون الفراش على هيئه خاصه مرغوبه للناس ليست من مقتضيات طبعه إذ لا طبيعه للفراش حتى تقتض ذلك مع أن كونه على خلاف هذه الحاله عيب كما إذا كان قناصا من طرف أو لم تكن ألوانه متناسبه أو غير ذلك مما يعدّ عيبا فيه و هكذا في غير الفراش من مصنوعات البشر كما هو واضح،فافهم.

و عليه فلا- يمكن المساعدة على ما ذكره المصنف من الميزان و الضابطه لبيان حقيقه العيب.على ان السيارى لم يكن معهود الوثاقه على ما ببالي و مع الوثاقه فلا تزيد مرتبه عن المرسله فهى لا يجوز العمل بها على أنها مخالفه للوجدان فان العيب ليس منحصرًا بما ذكر فيها كما هو واضح.

و التحقيق في بيان ضابطه العيب أن يقال أن أوصاف المبيع على قسمين فإنها تاره تكون معتبره فيها بحسب الأغراض الشخصيه بحيث ان المشتري مثلا- يرغب في نفسه الى ذلك الوصف ككون العبد مثلا كاتبًا أو خياطًا أو نجارا و نحو ذلك مما هو مورد للأغراض الشخصيه و قد تكون الأوصاف



معتبره بحسب الأ-غراض النوعيه بحيث يرى النوع تلك الأوصاف معتبره فى المبيع فان كان التخلف فى مثل الأوصاف الأوليه لا يكون خيار العيب للمشتري، بل يثبت له خيار تخلف الشرط حسب ما اعتبره من الأوصاف الكماليه و نحوها فى المبيع.

فان كان التخلف فى الأوصاف الثانويه يكون ذلك موجبا لخيار العيب فان العقلاء يرى مثل تلك الأوصاف معتبره فى المبيع سواء اشترط المتبايعان ذلك عند البيع أم لا- فيكون التخلف عن ذلك عيبا سواء كان التخلف من حيث الزيادة أو من حيث النقصه مثلا- أن العرف يرى كون الجاربه على البكاره مع عدم التصريح بالثيوبه فإذا ظهرت ثيبه تكون معيوبه فيثبت للمشتري خيار العيب هذا كله إذا تخلف وصف من أوصاف المبيع التى اعتبرها المتبايعان فى المبيع اما بحسب الشخص أو بحسب النوع.

و أما إذا لم يكن هنا تخلف الوصف، بل كان على الوصف الذى كان المبيع الصحيح عليه و مع ذلك يكون فيه تفاوت القيمه بحيث كانت قيمته ناقصه أو زائده عن القيمه المتعارفه كان للمشتري أو البائع خيار الغبن لتخلف الشرط الضمنى، و هو تساوى القيمه و هذا خارج عن تخلف الوصف.

و على الجملة أن التخلف قد يكون فى غير الوصف كتخلف الشرط الضمنى مثلا- فى تساوى القيمه فيكون ذلك موجبا لخيار الغبن و قد يكون فى الوصف، و هذا أيضا قد يكون فى وصف اعتبارى المبيع بحسب نظر شخص المتبايعين و قد يكون معتبرا فيه بحسب نظر العقلاء، فعلى الأول يكون موجبا لخيار تخلف الشرط و على الثانى يكون موجبا لخيار العيب، و هذا واضح لا يخفى.

و الحاصل: أن الضابطه الكليه فى بيان حقيقه العيب هو أن الأوصاف على قسمين: الأول: ما يكون معتبرا فى المبيع بحسب بناء العقلاء و اعتبارهم

سواء اعتبرها المتبايعان فيه أم لا، لكفايه بنائهم في اعتبارها في ذلك بحيث يعتبر في المبيع حتى مع السكوت فوصف الصحة ما يكون معتبرا في المبيع بحسب بناء العقلاء مع سكوت المتبايعين و عدم ذكرها لبناء العقلاء على كونه واجدا لهذا الوصف، و اعتباره في صحة المبيع و يسمى ذلك بوصف الصحة و إذا تخلف ذلك بزيادة شيء عليها أو بنقيصتها ثبت للمشتري خيار العيب فان ذلك أى تخلف تلك الأوصاف بالزيادة أو بالنقيصه عيب في المبيع.

و على الجملة أن كون الوصف وصف الصحة بحيث يلزم من فقدانه كون المبيع معيبا انما هو باعتبار العقلاء و بنائهم على كون المبيع على هذا الوصف و أن فاقدته يكون معيبا.

الثاني أن يكون الوصف معتبرا في المبيع بحسب اشتراط المتبايعين كالأوصاف الدخيله في أغراضهم و كونها أوصاف كمال عندهم.

و على الأول: فإذا تخلف ثبت للمشتري خيار العيب.

و على الثاني: يثبت له خيار تخلف الشرط، و هذا هو الميزان في المقام و أما كون الشيء على وصف أو كون أغلب أفراده موصوفا بوصف، فلا يكون ميزانا في المطلب على ما ذكره المصنف، و لا يكون كاشفا عن الخلقه الأصلية كما تقدم.

و أيضا أن كون أغلب الافراد في كل صنف فاقدًا لوصف يراه النوع وصف صحه لذلك الشيء و كونه معتبرا في ذلك شيء لا يوجب عدم كون فقدانه عيبا، بل يكون فقدانه في أغلب الأفراد أيضا عيبا في المبيع و عليه فتكون الثيبوبه عيبا في الجاربه فإن العقلاء يرى البكاره من أوصاف الصحة للمبيع، بل هو الغالب في غير الإمامه المحلوه من بلاد الشرك.

نعم، إذا كانت الأفراد الغالبه في الإمامه المحلوه من بلاد شرك ثيبه كانت ذلك قرينه على أن المشتري أسقط خيار العيب لا أن الثيبوبه ليست

بعيب فإنه فرق واضح بين كون الشيوبه عيبا و يكون عدم الخيار من جهه القرينه و يلحق بها حكم عدم الخيار و ان كان الموضوع محققا و بين أن لا يكون الشيوبه خارجا عن العيب موضوعا بواسطه القرائن التى هى الغلبه.

لو صرح المشتري باشتراط أوصاف الصحه على النحو الذى بنى عليه العقلاء أو صرحا باعتبار البكاره فى الجاربه ثبت خيار العيب أيضا من التخلف من ناحيه الاشتراط و يكون الاشتراط دافعا للقرينه الخارجيه كما هو واضح.

ثم ان المناط فى تعيين الصحيح و المعيب و ان كان هو العرف و بناء العقلاء على كون وصف خاص و صف صحه أو عدم كونه وصف صحه و معتبر فى صحه المبيع. و لكن مطلق كون أى وصف من أوصاف الصحه بحسب بناء العقلاء ليس ميزانا فى ثبوت خيار العيب، بل لا بدّ و أن يكون تخلف ذلك الوصف من حيث الزيادة أو النقيصه موجبا لنقصان مالیه المبيع كالعمرى و الخرس و الفلج فى العبد، و هكذا فى غيره، و أما إذا لم يوجب فقدان وصف من أوصاف الصحه نقصا فى مالیه المبيع فلا يكون ذلك موجبا لثبوت خيار العيب فان موضوع خيار العيب ليس هو مطلق ظهور العيب فى المبيع، بل ما كان موجبا للنقص من مالیه المبيع و ذلك فان الظاهر من روايه زراره من اشترى شيئا و به عيب أو عوار فلم يتبرء منه و لم يبين له و أحدث فيه حدثا يأخذ التفاوت فيما بين الصحيح و المعيب و يسقط الرد باحداث الحدث على ما هو مضمون الروايه.

فإن الظاهر من هذه الروايه هو أن مطلق العيب و ان كان نقصا و لكنه لا يترتب عليه حكم العيب إلا إذا كان موجبا لنقص المالىه ما لا يوجب نقصا فى المالىه لا يثبت فيه التفاوت ما بين الصحيح و المعيب على تقدير سقوط الرد باحداث الحدث فيعلم من ذيل الحديث اعنى قوله عليه السلام

فإذا أحدث حدثا يأخذ التفاوت فيما بين الصحيح والمعيب، أن تخلف الوصف انما يوجب خيار العيب و ترتب احكامه عليه إذا كان وجود ذلك الوصف دخيلا في زياده ماله الموصوف كما هو واضح وهذا كالمخصى في العبد والديك، فان ذلك و ان كان بحسب اللغه نقصا في العبد والديك، و لكن لا- يوجب نقص المالىه أصلا فإن قيمه المخصى لا يختلف مع غيره بل ربما يكون ارغب من غير المخصى لأجل بعض الأغراض العقلائيه كما إذا يريد مولاه أن يكون واسطه بينه و بين زوجته في قضاء حوائجهما و ان كان غرض بعضهم يتعلق بكونه غير مخصى أيضا، كما إذا أراد أن يتزوج له أمه فيولد منهما ولد يكون رقا لمولاه إلا أن ذلك لا يوجب كون قيمه المخصى انقص من غير المخصى فمثل هذا النقص لا يكون موضوعا لاحكام العيب في المقام، بل يكون ذلك من حيث الحكم كعدم العيب أى يكون خارجا عن العيب حكما من هذا جهه فيكون موجبا للرد فقط دون الأرش فيكون مثل خيار تخلف شرط و لعل الى هذا يشير كلام العلامة حيث قال إذا لم يعلم المشتري بكون الإمام مجلوبه من بلاد الشرك فتكون الشيوبه عيبا و الأ فلا، فان الظاهر من ذلك أنه يثبت عليها حكم العيب أو ينفى عنها ذلك أيضا بداهه عدم دخل العلم و الجهل في حقيقه العيب.

و بعباره أخرى أن العيب يمكن ان يدور مدار العلم و الجهل حكما و لكن لا- يمكن ذلك موضوعا، فح صوره عدم علم المشتري بكون الأمه مجلوبه من بلاد الشرك يثبت له الرد و الأ فلا، كما أنه قد يكون خارجا عنه حكما بواسطه الغلبه كما تقدم.

نعم، إذا أطلق المبيع لم يتعرض المتبايعان لمثل ذلك الوصف يكون مع بناء العقلاء على اعتباره في المبيع و رؤيتهم ذلك من أوصاف الصحه يكون تخلف ذلك موجبا للخيار، و ان لم يكن موجبا للأرش كما تقدم، و لكن هذا خيار تخلف الشرط أو خيار العيب لا يترتب عليه ثمر أصلا بداهه أن أصل

الخيار مسلّم و ثبوت الأرش مقطوع العدم و ان كان الظاهر مما ذكرناه هو كون هذا الخيار خيار تخلف الشرط دون العيب لما عرفت أن موضوع خيار العيب هو العيب الذى يوجب الرد أو الأرش و هو مفقود فى المقام لعدم كون مثل هذا الوصف دخيلا فى زياده المالىه.

و قد يقال بظهور الثمره فى ذلك بين كون الخيار خيار عيب أو خيار تخلف الشرط فى موردين:

الأول:فى أنه لو كان الخيار هو خيار العيب يسقط بالتصرف، كما صرّح به روايه زراره فإن إحداث الحدث موجب لسقوط الخيار و ان كان المراد منه خيار تخلف الشرط لا يوجب ذلك سقوط الخيار فان خيار تخلف الشرط لا يسقط بالتصرف إلا إذا كان ذلك مؤذنا بالرضا بالعقد، بل لا يسقط بالتلف أيضا على ما تقدم سابقا بداهه أن الخيار متعلق بالعقد و هو باق حتى مع تلف العين، و ليس متعلقا بالعين حتى يسقط بالتلف كما هو واضح و قد أشار المصنف الى هذه الثمره فى كلامه.

ثم أشار الى جوابه بقوله فتأمل، و لعل وجه التأمل فيه هو أن خيار العيب انما يسقط باحداث الحدث فيما إذا ثبت لذى الخيار جواز مطالبه الأرش اما مخيرا بين الرد و الأرش أو يكون له الرد أولا، ثم بعد سقوط الرد يثبت له جواز مطالبه الأرش و أما فيما ليس له جواز مطالبه الأرش لعدم كون العيب مما يوجب نقضا فى المالىه حتى يطالب المشتري الأرش، فإن إحداث الحدث لا يوجب سقوط الرد كما هو واضح.

المورد الثانى:أنه إذا حصل العيب بعد العقد فى زمان الخيار أو قبل القبض فقد تقدم سابقا أن الكلام هنا يقع فى جهتين:-  
الاولى:فى أن حدوث العيب فى ذلك الزمان مانع عن الخيار أو ليس بمانع و هذا هو الذى تقدم الكلام فيه.

الجهه الثانيه:فى أن نفس حدوث العيب فى ذلك الوقت يوجب

حدوث الخيار أم لا- وهذا هو الذى قلنا انه يأتى الكلام فيه فى أحكام الخيار و على هذه الجبهه فربما يتوهم ظهور الثمره من كون انتفاء الوصف الغير الدخيل فى زياده المالىه موجبا لخيار العيب أو الشرط بأنه ان كان ذلك هو خيار العيب كان ثابتا فى صوره انتفاء ذلك الوصف فى زمن الخيار أو قبل القبض و ان هذا الخيار خيار تخلف الشرط لا يكون خيار هنا بداهه أن الشرط الضمنى انما يقتضى كون الوصف موجودا حال العقد فقط و أما الأزيد من ذلك فلا يقتضى كما هو واضح.

و فيه أولا: أن الالتزام بظهور الثمره و ثبوت خيار العيب بالنقص بمثل الوصف المذكور فى زمان الخيار أو قبل القبض انما يتوقف على شمول القاعدتان المعروفتان أعنى التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له و أن التلف قبل القبض من مال البائع لزوال وصف الصحه أيضا فإنه على هذا يكون العيب الحادث فى زمن الخيار أو قبل القبض كالعيب الحادث قبل العقد فيكون مضمونا على البائع، و لكن بعد تسليم تماميه القاعدتين فلا وجه لتسريتهما الى زوال الأوصاف لعدم دلالة القاعدتين على ذلك.

و ثانيا: أن مفاد القاعدتين انما هو كون ضمان مالىه المبيع مع التلف فى زمن الخيار أو قبل القبض على البائع بحيث يفرض المبيع كأن لم يكن و يعطى الثمن للمشتري و من الواضح ليس هنا نقص مالى حتى يضمه البائع إذ المفروض أن الوصف الزائد فى ذلك الزمان لا يوجب نقص المالىه حتى يضمه البائع كما هو واضح.

## الكلام فى افراد العيب

**قوله: مسأله: لا اشكال و لا خلاف فى كون المرض عيبا.**

ص: ٢٥٠

أقول: ذكر المصنف أنه لا- خلاف في كون المرض في العبد أو في الحيوان عيباً و هو كذلك و إنما الإشكال في بعض أفراده كحمى اليوم، فإنه ربما يقال بكونه أيضاً عيباً في العبد و يؤيده شمول إطلاق كثير بأن الحمى عيب لحمى اليوم أيضاً، و لكن الظاهر أن هذا ليس بعيب ما لم يكن نوبه كما إذا كان في الأسبوع مره فإن مثل هذا أى حمى اليوم مما لا يخلو عنه طبع الإنسان نوعاً و لا يصدق عليه العيب في العرف و ان صدق عليه المرض فان في نظر العرف أن العبد الذى يعتريه الحمى يوماً مساوياً من حيث القيمة مع العبد الذى لا يكون كذلك و كيف هذا لا اشكال فيه؟

**قوله مسأله: الحبل عيب في الإماء.**

**إشارة**

أقول: من جملة أفراد العيب ذكروا الحبل في الإماء أو في بقيه الحيوانات

**يقع الكلام هنا تارة في الإماء و أخرى في غيرها.**

**أما الأولى في الإماء**

فإنها قد تكون حاملاً من المولى فهذا لا شبهه في بطلان بيعها لكونه بيع أم ولد فلا تصل النوبه هنا الى كون الحبل عيباً أو غير عيب و أخرى تكون الأمه حاملاً- من غير المولى فهذا هو محل الكلام هنا فنقول لا شبهه في أن الحمل في الأمه عيب يرد معه الجارية للأخبار الداله على ذلك و قد تقدم سابقاً في كون الوطى مانعاً عن رد الأمه بالعيب أنه لا يكون مانعاً في الحامل فضلاً إذا لم توطأ و هذا لا شبهه فيه بل الأمر كذلك إذا لم تكن هنا اخبار تدل على جواز الرد و عدم مانعيه الوطى عنه و ذلك لأن صدق العيب على الحمل مما لا ريب فيه بداهه أنها في معرض الخطر للوضع و أنها لا تكون قابله للاستخدام على الوجه الذى تكون غير الحامل قابله لذلك فتكون مثل شراء العين المستأجره مسلوبه المنفعه و هل يتوقف أحد في أن كون العين مسلوبه المنفعه عيب في ذلك، بل عدم كون الأمه الحامله قابله للاستيلاد عيب فيها فإنها لو لم تكن حاملاً كانت حاملاً

ص: ٢٥١

من المشتري فيكون له فيها نفع من هذه الحيثية و لكن الحمل مانع عن هذه المنفعة، و كيف كان فلا شبهه في كون الحمل في الأمه عيبا ترد به الى البائع.

ثم انه إذا كان الحمل في ملك المشتري فهل يكون ذلك مانعا عن الرد أم لا، فالظاهر أنه مانع عن الرد لما عرفت أنها عيب على التقريب المتقدم فإذا ثبت له الأرش فقط، بل مانعيه الحمل عن الرد هنا لا يتوقف على كونه عيبا و ذلك لأن المذكور في المرسله المتقدمه أن صبغ الثوب و خياطته يكون مانعا عن الرد، مع أنها كمال للثوب فليس بعيب و أن العمده في سقوط الرد كانت هي روايه زراره فالمذكور فيها أن احداث الحدث مانع عن الرد و لا يفرق في ذلك بين كون الحدث عيبا في المبيع أم لا و من الواضح أن الحمل من أظهر أفراد إحداث الحدث فيكون مانعا عن الرد، و على هذا الوجه الأخير فلا وجه لما أتعب به المصنف نفسه من أن الحمل عيب و نقل في ذلك كلمات جلّ الأصحاب، بل قد عرفت أنه مع عدم كونه عيبا أيضا يسقط به الرد كما هو واضح.

### و أما الحمل في غير الأمه

فقد ظهر حكم مانعيته عن الرد هنا أيضا من السابق و أما من حيث كونه عيبا فيه بحيث يوجب ثبوت خيار العيب للمشتري أو للبائع، فذكر الشيخ (ره) في المبسوط أن الحمل تابع للحيوان فإذا باع حيوانا ثم ظهر كونه حاملا فإنه يكون الحمل للمشتري لكونه كالجزة من المبيع و ذكر بعضهم أن الحمل يكون للبائع فإنه أجنبي عن المبيع.

و على القول الأول لا يكون الحمل عيبا، بل هو جزء زائد و يكون دخيلا في زياده الماليه و أنه مرغوب اليه عند العقلاء.

و بعباره أخرى أن العيب عباره عما يكون فقدانه موجبا لفقدان وصف الصحه و يكون وجوده معتبرا في المبيع مع عدم الذكر و يلزم من انعدامه نقص ماليه المبيع و من الواضح أن الحمل في الحيوان بحيث يكون لمالك



الحيوان لا يكون عيباً، بل يكون وصف كمال و دخيل في زياده المالىه كما هو واضح.

و توهم أن الحيوان الحامل يكون في معرض الخطر عند الوضع توهم فاسد بداهه أن هذا الاحتمال موهون في الحيوانات و لذا يقدم بذلك جميع أرباب الحيوانات و يستتجون بذلك عنها كما هو واضح.

و أما على القول الثانى و لالمتزام بان الحمل للبائع فلا شبهه في كونه عيباً في المبيع لما عرفت أن المنافع التى تستفاد من غير الحامل التى منها كونه قابلاً للاستيلاء و الاستنتاج لا تستفاد من غيره كما عرفت ذلك في الأمه.

### قوله:مسأله:الأكثر على أن الثيبوه ليست عيباً في الإمام.

أقول:الظاهر أن المصنف انما تكلم في ذلك غفله عن المسأله السابقه فإنه قد اتضح من تلك المسأله أن الثيبوه عيب أو ليست بعيب و قد أعاد جملة مما ذكره هناك.

نعم،في هذه المسأله ذكر خصوصيه لم يذكرها هناك و هى أنه قد ورد هنا روايتان لا بد من التكلم فيهما:

الاولى:ما استدلل بها على أن الثيبوه ليست بعيب في الإمام و هى روايه سماعه عن رجل باع جاريه على انها بكر فلم نجدها كذلك قال لا ترد عليه و لا يجب عليه شىء و فيه.

أولاً:أن الروايه ضعيفه السند.

و ثانياً:أنها على القواعد فان مقتضى العمل بها هو عدم ثبوت خيار تخلف الشرط فيها مع أنها بديهي الثبوت مع الاشتراط و غير مربوط بخيار العيب و بيان الملازمه أن المذكور في الروايه هو اشتراط البكاره حيث قال السائل ان الرجل باع الجاريه على انها بكر و لم نجدها كذلك و من الواضح أن ثبوت خيار تخلف الشرط هنا بديهي سواء كانت الثيبوه عيباً فيها أم لا

كما هو واضح على أن الروايه(غريبه)عن الثيوبه و كونها عيبا أو غير عيب و ذلك لما ذكرنا فى كون عدم البكاره عيبا فى الحره المتزوجه التى ظهرت غير باكره أن الظاهر من اللغه هو أن البكاره عباره عن المرأه التى لم يصبها رجل سواء كان دم البكاره موجوده فيها أم لا،بل زال لعارض من المرض أو للوقوع من شاهر و نحو ذلك و على هذا ففى الروايه قد اشترطت البكاره فى الجاريه فلم توجد كذلك فقال الامام عليه السلام انه لا ترد الجاريه و لا يجب عليه شىء و من البديهى أن ذلك لا يثبت كونها ثيبه،بل لعل عدم وجدان السائل كونها كذلك أى أنها غير واجده لدم البكاره أم أنها أصابها الرجل بحيث صارت ثيبه فلا يستفاد من الروايه.

و بعباره أخرى يحتمل أن السائل لم يرى أثر البكاره اعنى دم العذره فاعتقد كون الجاريه ثيبه فسئل عن حكم ذلك و الامام عليه السلام لم يعتنى بذلك،بل رأى أنه لا بد فى الحكم بالثيوبه من ثبوتها و أما بمجرد عدم وجود أثر البكاره لا تثبت الثيوبه لا- يقال أن البكر و ان كان يطلق على المرأه التى لم تر الرجل و على الرجل الذى لم ير المرأه و لكن البكاره هى العذار و هى التى كانت واجده لدم البكاره فالمعنى المذكور لا يجرى فى الروايه.

فإنه يقال نعم و لكن لا يمكن ذلك فى الروايه حيث ان الامام عليه السلام قال لعله كان من مرض و من الواضح أن هذا الكلام له وجه مع المعنى الذى ذكرناه و أما إذا كالمراد هذا الاحتمال فإنه بمجرد ذهاب دم البكاره تكون ثيبه فافهم.

نعم،لا بأس من الاستدلال على كون الثيوبه عيبا بروايه يونس فى رجل اشترى جاريه على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال يرد عليه فضل القيمه إذا علم أنه صادق.

و وجه الاستدلال هو أن الامام عليه السلام حكم بثبوت الأرش بعد

ثبوت الشيويه فإن مراده من قوله عليه السلام إذا علم أنه صادق هو العلم بكون المدعى صادقا في دعواه الشيويه فإن العلم طريق الى الواقع لا أن المراد من كون العلم بكونه صادقا في عدم رؤيه اثر البكاره حتى تدل هذه الروايه على عكس الروايه الاولى من الكفايه بثبوت الشيويه على عدم وجدان اثر البكاره و هو الدم و كيف كان فالروايه الثانيه تدل على أن الشيويه عيب في الجاريه.

نعم، لو كانت هنا غلبه بأن تكون أغلب أفراد الجوارى ثيبه كالإماء المجلوبه من بلاد الشرك كانت هذه الغلبه قرينه على عدم ثبوت الخيار و رضاء المشتري بالعقد على هذا النحو كما هو واضح.

### قوله: مسأله: ذكر في التذكرة و القواعد من جمله العيوب عدم الختان

في العبد الكبير.

أقول: قد عللوا كون عدم الختان عيبا في العبد ليكون للمشتري حق الفسخ هو أن العبد يكون بذلك في معرض الخطر إذ ليس ختان الكبير كختان الصغير مأمونا عن الخطر كما هو واضح.

و فيه أولا: أن هذا الدليل أخص من المدعى إذ قد يكون العبد غير مختون و لا- يجب ختانه كما إذا كان نصرانيا و لم يقبل الإسلام فإن الختان انما يجب في العبد المسلم ففي الفرض المذكور لا يجب.

و ثانيا: أن الختان انما يكون موجبا للخطر إذا لم تكن وسائل ابتداءه و أما مع وجودها فلا يكون كذلك.

و ثالثا: أنا لم نسمع كالختان خطريا مع كثرته في أول الإسلام.

و رابعا أنه إذا كان خطريا لا- يجب الختان أصلا فإن حفظ النفس مقدم على ذلك و كيف كان فعدم الختان أو مثله كعدم الجدرى ليس بعيب في العبد و عليه فلا يثبت خيار العيب من جهه عدم الختان نعم لو اشترط

عدمه فظهر الخلاف ثبت خيار تخلف الشرط ثم ان الثمره هنا بين كون الخيار خيار عيب أو تخلف شرط هو الثمره المذكوره فى الثبويه كما أشار إليه المصنف

### قوله:مسأله عدم الحيض ممن شأنها الحيض بحسب السن و المكان

و غيرهما من الخصوصيات التى لها مدخلية فى ذلك عيب ترد معه الجاربه.

أقول:ذكر المصنف أن من جمله العيوب التى ترد به الجاربه عدم الحيض فان ذلك خروج عن مجرى الطبيعى.

أقول:أن عدم الحيض فى نفسه ليس من العيوب،بل هو كمال فى نفسه نعم إذا كان كاشفا عن كونها مريضه كان عيبا فإن الجاربه لا تحيض لوجود مانع فيها و مرض يكون مانعا عن الحيض و هذا هو المراد من الروايه التى سئل السائل عن جاربه لم تر الحيض فى سته أشهر فإنه قال الامام عليه السلام فهذا عيب ترد من الجاربه.

و أما تقييد كون ذلك عيبا إذا كان ظهورها بعد سته أشهر تمسكا بهذه الروايه أيضا فاسد بداهه أن سته أشهر إنما ذكرت فى كلام الراوى فلا توجب تقييد الحكم.

لا يقال ان هذه الروايه لا يمكن العمل بها بداهه أنها مخالفه للقاعده التى أسسها الفقهاء من كون التصرف مسقطا للخيار إذا لا يخلو الأمه فى مده سته أشهر عن التصرف حتى بمثل اسقنى الماء و ناولنى الثوب و أغلق الباب.

فإنه يقال انك قد عرفت فيما سبق أنه لا وجه لهذه القاعده أصلا و أن التصرف لا يكون مسقطا للخيار إلا إذا كان كاشفا عن الرضاء بالعقد أو دل نص خاص عليه كما فى الوطى حيث ورد أنه مسقط للخيار.و على هذا فكيف يمكن رفع اليد بمثل هذه القاعده عن الروايه الصحيحه.

### قوله:مسأله:الإباق عيب بلا اشكال و لا خلاف.

أقول: ذكروا من افراد العيب الإباق، و ادعوا عليه الإجماع، بل هو من أفحش العيوب، و تدل عليه روايه أبى هشام الآتيه فى عيوب السنه نعم ربما يتوهم تعارضها بروايه قيس انه ليس فى الإباق عهده و لكن المراد من روايه قيس هو أن يكون الإباق عند المشتري من غير أن يكون موصوفاً بذلك عند البائع فإن الظاهر من هذه العبارة أن حدوث العيب كان عند المشتري لا عند البائع و الآ فلا معنى لعدم كون العده عليه كما يقال ان العهده فى التلف فى زمن الخيار للبائع أو العهده فى الجنون أو البرص إلى سنه الى البائع كما فى الروايه و هذا المعنى هو الظاهر من الروايه كما قلنا و هذا موافق للاعتبار أيضا إذ ربما يكون المولى الأول قائما بمخارجه فلا يكون أبقا بخلاف المولى الثانى فيكون الإباق مستندا الى ذلك فليس هذا حملا لها عليه، كما ذكره المصنف، فتحصل أنه لا شبهه فى كون الإباق عيبا فى العبد و انما الكلام فى أن الإباق بمجرّد تحققه و لو مره واحده عند البائع يكون عيبا فيه أولا، بل لا بدّ و أن يتكرر منه هذا العمل أو كان بانيا على ذلك و الآ فلو أبق مره ثم تاب عن عمله فلا يكون بذلك أبقا.

الظاهر هو اعتبار الاعتياد بذلك أو كان بانيا عليه و يعلم من حاله الإباق و الآ فإذا أبق مره واحده و عصى، ثم تاب و صار عادلا لا يطلق عليه الآبق هذا هو الظاهر من بعض الروايات أيضا حيث عبّر فيها بأنه كان أبقا فان هذا التعبير انما يطلق فى مورد يكون الاعتياد بذلك بحيث صار وصفا عاديا له و لا يتحقق بإباق واحد كما هو واضح.

#### **قوله: مسأله: الثفل الخارج عن العاده فى الزيت و البذر و نحوهما**

عيب يثبت به الرد و الأرش.

أقول: ذكر الفقهاء و المصنف أن من جمله العيوب ما يكون الشىء مخلوطا بشىء آخر اختلاطا خارجا عن المتعارف فإذا باع حنطه فظهر فيه

تراب خارج عن المتعارف كان المبيع معيوباً وكذا إذا باع السمن الزيت و ظهر أن فيه دردى كان السمن معيوباً فللمشترى خيار العيب، وهذا الذى ذكره المصنف مما يقتضيه العرف فان كون الخليط أكثر من المقدار المتعارف عيب عرفى.

و عليه فلا يفرق بين كون غالب الأفراد الموجوده فى الخارج كذلك أو بعضها فلا وجه لما ذكره المصنف من التعليل بقوله لكون ذلك خلافاً ما عليه غالب أفراد الشئ فإنك قد عرفت سابقاً أن الغلبه لا تكون موجباً لتعيين الطبيعه نعم تكون هذه الغلبه مع السكوت عن الوصف نفيًا وإثباتاً قرينه على كون المشترى راضياً بذلك المبيع المعيب فيكون ذلك موجباً بسقوط خيار العيب، إلا أن يشترط صريحاً وجود الوصف الذى فقده أكثر أفراد هذه الطبيعه كما هو واضح وح يقع الكلام فى ثمره كون هذا الخيار هو خيار عيب أو خيار تخلف الشرط وهى عين الثمره المذكوره فى ثبوتها الإمام بين كون الثبوت عيباً فى الجارية أو يكون تخلفها موجباً لخيار تخلف الشرط كما هو واضح.

وقد ظهر أن كون الخليط فى المبيع عيباً أمر عرفى موافق للقواعد فيكون مشمولاً لقول زراره أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار الخ، ومع ذلك لا نحتاج إلى الروايه فى المقام وح فتكون روايه عيسى بن عبد العزيز مؤكده للمطلب حيث قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يشتري زق زيت يجد فيه دردياً قال ان كان يعلم أن الدردي يكون فى الزيت فليس عليه أن يردّه وان لم يكن يعلم فله أن يردّه وقد عرفت فى السابق أن العيب لا يختلف بالعلم والجهل فمراده من جواز الرد مع عدم العلم و عدم جوازه مع العلم هو بالنسبه إلى حكم العيب فان كون العيب موجباً للرد انما هو مع الجهل به دون العلم به.

و على الجملة لا- شبهه فى كون ذلك عيبا فى المبيع، نعم الظاهر من روايه السكونى أن ذلك أى الخليط المذكور ليس بعيب حيث روى عن جعفر عن أبيه عليه السلام ان عليًا قضى فى رجل اشترى من رجل عكه فيها سمن احتكرها حكره(أى مجتمعه)فوجد فيها ربًا فخاصمه الى على عليه السلام فقال له على عليه السلام لك بكييل الرّب سمنًا،فقال له الرجل انما بعته منه حكره له،فقال على عليه السلام:انما اشترى منك سمنًا و لم يشتر منك ربًا، فان الظاهر من هذه الروايه مخالفه لحكم العيب من الرد و الأرش كما فى المتن.

بل يشكل الأمر فيها من جهه عدم انطباقها بالقواعد حيث ان المفروض فى الروايه ليس هو بيع الكلى حتى يلزم البائع بإعطاء الزيت مقدار ما ظهر منه درديا،بل المبيع هو العين الخارجيه و لذا قال السائل اشترى من رجل عكه فيها سمن احتكرها حكره(أى مجتمعه)و من الواضح أن صفه الاجتماع لا تلائم الكليه كما هو واضح.

و عليه فلا- بدّ من توجيه الروايه و الذى ينبغى أن يقال فى توجيهها هو أن المراد من الروايه هو ردّ الثمن الذى يقع فى مقابل الرب اعطى فى مقابل السمن فان قوله عليه السلام لك بكييل الرب سمنًا هو أن لك مبتدء و خيره محذوف فإنه لا بدّ و أن يكون المعطى للمخاطب بكلمه كاف الخطاب أن يكون شيئًا و يكون سمنًا حالًا منه أو تمييزًا عنه و يكون التقدير لك شىء من الثمن لأن تقدير غير الثمن لا- يناسب المقام بكييل الرب حال كون ذلك كيل الرب سمنًا أى كان أن يعطى للمشتري بكييل الرب سمن فحيث نقص ذلك و كان بدله الرب فحكم الامام عليه السلام أن يعطى ثمن ذلك السمن و ليس المراد من الروايه إعطاء السمن بكييل الرب فإنه على هذا لا بدّ و أن يكون السمن مرفوعًا و الحال أنه منصوب.

و على الجملة فإن كان ظاهر الروايه هو ذلك فيها و إلا فلا بدّ و أن يوجه كذلك بحيث يكون ما يعطى للمشتري شيئا من الثمن لا- شيئا من السمن ثم انه أشكل المصنف فى المقام اشكالا و أجاب عنه بجواب لكن الاشكال و جوابه بجميع شقوقه ليس مربوطا بالمقام، بل هو راجع الى بطلان البيع من جهه الجهل بالمبيع كما هو واضح.

أما حاصل الاشكال أنه ربما يستشكل فى أصل الحكم بصحة البيع لو كان الخليط كثيرا و علم بحيث يكون مقدار المبيع و أما ما تقدم فى مسأله الاندار من كفايه معرفه وزن السمن بطروفه خارجه بالإجماع كما تقدم أو مفروضه فى صورته انضمام الظرف المفقود هنا لأن الظرف هنا مما يتموّل و الدردي فى المقام ليس مما يتموّل، و أما حاصل الجواب فان كان وجود الدردي بحيث يوجب الجهل بالمبيع من قبيل امتزاج ما لا يتموّل بالمبيع بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت فلا شبهه فى بطلان البيع للجهل بمقدار المبيع و ان كان مجموع الظرف و المظروف معلوما إذ المفروض أن مقداراً من المظروف مال و مقدار منه ليس بمال فيكون المال الذى يبذل الثمن فى مقابله مجهولا، فيبطل البيع للجهل فان انضمام الظرف بالمظروف إذا كانا مالين لا يضر لأن الجهل حصل من الانضمام و هذا بخلاف هذه الصورة فإن الجهل هنا حصل من اختلاط الغير المتموّل بالتمول كما هو واضح.

و ان كان الدردي بحيث أفاد نقصا فى الزيت بحيث يرى المجموع زيتا و لكن زيتا معيوباً لا أنه يقال هذا زيت مخلوط بشيء غير متمول بل مجموعته زيت و متمول و لكنه معيوب من جهه دردي فلا شبهه فى صحة البيع، و لكن يثبت للمشتري خيار العيب كما هو واضح لمكان العيب الذى كان غير معلوم له.

و ان لم يكن الدردي موجبا لتعيب الزيت و لم يكن موجبا لنقص ماله



المبيع، بل موجبا لنقص مقدار المبيع فقط مع وقوع المشاهده عليه فلا يكون البيع باطلا هنا، بل لا خيار للمشتري أيضا، كما إذا باع ما فى العكه الذى شوهد كل رطل بكذا من غير أن يكون مقدار الزيت معلوما و لا مقدار الزيت و الظرف معلوما.

و ما ذكره المصنف من كون الظرف و المظروف معلومين معا فليس بلازم و قد تقدم ذلك فى كتاب البيع فى بيع الصبره و قد يكون النظر الى بيع مجموع الزيت مثلا بعنوان كل رطل بكذا، و لكن بشرط أن يكون هذا الموجود عشره أرطال، فإذا ظهر رطل واحد درديا كان للمشتري خيار تبعض الصفقه و هذا هو الفرق بين هذه الصوره و سابقه فان فى الصوره السابقه لم يكن اشتراط كونه عشره أرطال مثلا ملحوظا بخلافه هنا.

و ان باع ما فى العكه على أنه كذا مقدار فتبين نقصه عنه لوجود الدردي فيه، صح البيع و كان للمشتري خيار تخلف الوصف أو الجزء على الخلاف المتقدم فيما لو باع الصبره على أنها كذا فظهر ناقصا، و لكن قد تقدم فى بيع الصبره أيضا أن هذه الصوره ليس بمعقول بداهه أن المجموع ان كان مبيعا فلا معنى للاشتراط بعد فيكون المجموع مبيعا واحدا و ان لم يكن مبيعا فلا معنى للإشارة إلى مجموع ذلك، و القول بأنه بعثك ما فى هذه العكه أو هذه الصبره فما ذكره المصنف من الشقوق المتعدده صحيحه غير هذا الأخير، فافهم.

قوله: مسأله: قد عرفت أن مطلق المرض عيب.

أقول:

**تعرض المصنف هنا بأحداث السنه و هى أربعه: الجنون و**

**اشاره**

البرص و الجذام و القرن.

و أما الحدبه فهى تفسير القرن لما فى بعض الروايات أنه يرَد المملوك لخصال أربعه ثم عدّ الخمسه الجنون و البرص و الجذام و القرن و الحد به،

ص: ٢٤١

فيعلم من ذلك أنه هو القرن و قد استفاضه الروايات على ذلك و كونها عيبا ترد بها الجارية إلى سنه و هذا لا شبهه فيه في الجملة و لا بدّ من الأخذ بظاهر الروايات من كونها بنفسها عيبا و ان وجد سببها في ضمنى السنه فلا وجه لتأويلها بأنه لعل موادها كانت قبل السنه كما لا يخفى فإنه ربما يكون الجنون لأمر عرضى كالوقوع من شاهر و نحوه من الخوف و غيره

## و انما الكلام

يقع في أربع جهات:

### الجهه الأولى: في أن الجذام أيضا من جمله هذه الأربعة أم لا؟

من جهه أنه ذكر المصنف أن الأردبيلي قد استشكل في ذلك لعدم وجوده في روايه محمد بن على مع ورودها في مقام التحديد و الضبط لهذه الأمور و عليه فيمكن وقوع تعارض بين هذه الروايات و بقيه الروايات الداله على كون أحداث السنه أربعه.

و قد أجاب عنه صاحب الحقائق بعد ما نقله عن الأردبيلي أن يشبه هذا تعارض المطلق و المقيد فيحمل المطلق على المقيد، إلخ. و لكن أصل كلام الأردبيلي خال عن الإشكال في الجذام من هذه الجهه و أن صاحب الحقائق لم ينقل من الأردبيلي و روايه محمد بن على مشتمله على ذكر الجذام، بل جميع الروايات الوارده في المقام التي جمع أحداث السنه ذكر فيها الجذام صحيحه كانت أم فاسده، فهذا اشتباه من المصنف و العصمه مخصوصه لأهلها.

### الجهه الثانيه: أنه قد استشكل المحقق الأردبيلي في القرن، و هو

الحدبه في الفرج المانع من الوطى،

و قيل هو العظم الثابت فيه المانع من الوطى لعدم وجودها في صحيحه أبي همام، فحيث أنها في مقام الحصر و الضبط فتكون معارضه مع الروايات المشتمله على ذكر القرن و ليس فيها روايه صحيحه و هذا الذى ذكره صاحب الحقائق و أشكل عليه بأنه و ان لم

يذكر القرن في هذه الروايه و لكن لا يلزم من ذلك عدم كونه عيبا بداهه أنه يحمل المطلق على المقيد و مراد صاحب الحدائق من هذا الحمل ليس هو حمل المطلق على المقيد بالمعنى المتعارف، بحيث يكون هنا تكليف واحد متعلق بطبيعته واحده مطلقا تاره و مقيد أخرى، و يحمل المطلق منه على المقيد كما في أعتق رقبه و أعتق رقبه مؤمنه، بل المراد من ذلك هنا أن الامام عليه السلام حيث كان في مقام بيان العيوب و حصرها بإطلاق الكلام أى إطلاقه المقامى أن لا يكون هنا عيب آخر يردّ به المملوك في أثناء السنه و لا شبهه في كون الروايه مطلقه من هذه الجبهه فحيث ورد فرد آخر غير هذه الثلاثه في الروايات الأخر فتكون تلك الروايات مقيده لذلك بإثبات القرن فيها أى عدم كون فرد آخر من عيوب السنه مقيد بالروايات المشتمله على عدها بأكثر من الثلاثه و بإضافه القرن إليها.

ثم ان هذا من عجائب صاحب الحدائق، حيث ان القرن و ان لم يذكر في هذه الروايه في طريق الكافى، و لكنه مذكور فيها في طريق الشيخ، و الكافى و ان كان أضبط من التهذيب و لكن مع دوران الأمر بين الزيادة و النقيصه يقدم ما هو مشتمل على الزيادة و هذا أول مره صادفت باشتباه صاحب الحدائق و الأ فهو أضبط على أنه ذكر القرن في روايه ابن فضال، و هى موثقه.

### **الجبهه الثالثه: أن المحقق الأردبيلي قد استشكل في البرص أيضا**

بدعوى أنه و ان كان مذكورا في تلك الروايات المستفيضه مع الجنون و الجذام و القرن من عيوب السنه و لكن قد ذكر في روايه أخرى صحيحه التى تقدم فى خيار الحيوان أيضا أن العهد فى البرص إلى ثلاثه أيام فيقع التعارض بينها و بين الروايات المستفيضه فالمتيقن هو ان كونه موجبا للرد فى الثلاثه و أما فى غيرها فلا، و هذا الذى ذكره الأردبيلي، و ان كان متينا و لكن

حيث كانت الروايات الداله على كونه من عيوب السنه كثيره و مستفيضه و كان فيها صحيح لصحيحه أبي همام و محمد على بناء على كونه حليبا كما قال الأردبيلي أظن أنه الحلبي و موثقه كروايه ابن فضال و كانت هذه الروايات موضع الاعتماد للفقهاء و عملهم بها يحصل الاطمئنان من ذلك على صدق بعضها من الامام عليه السلام و تقدمها على تلك الروايه الداله على كون العهده فى البرص على البائع إلى ثلاثه أيام و عليه فيحتمل أن البرص قد حرف و أن ما صدر من الامام فى مقام التكلم و الإفاده هو لفظ المرض و لكن هذا احتمال نحتمل من جهه معارضه لتلك الروايات الصحيحه التى نظمئن بصدور بعضها عن الامام عليه السلام و الآفلو جرى مثل هذا الاحتمال فى الروايات لجرى فى جميعها و عليه لم يبق حجر على حجر.

## تنبيه

فى ج ١٢ ثل، باب ٢، أقاسم العيوب من أبواب أحكام العيوب، ص ٤١١ عن أبي همام قال: سمعت الرضا يقول يرد المملوك من احداث السنه من الجنون و الجذام و البرص، فقلت: كيف يرد من احداث السنه؟ قال:

هذا أول السنه، فإذا اشترت مملوكا فحدث به شىء من هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجه رددته على صاحبه، فقال له محمد بن على فالإباق قال: ليس الإباق من ذا الآ أن يقيم البيئه أنه كان أبق عنده، ثم قال:

صاحب الوسائل و رواه الشيخ بإسناده عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن أبي همام قال: سمعت الرضا عليه السلام يقول و ذكر نحوه الآ أنه قال و البرص و القرن.

و فى ج ٢ التهذيب، ص ١٣٥ عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أبي

همام قال: سمعت الرضا عليه السلام يقول: يرد المملوك من احداث السنه من الجنون و الجذام و البرص، فإذا اشترت مملوكا فوجدت فيه شيئا من هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجه فرده على صاحبه، قال محمد بن علي: فأبق، قال: لا يرد إلا أن يقيم البيئه أنه أبق عنده.

و فى ج ١ فروع الكافى، ص ٣٩٠، ذكر خبر أبى همام على النحو الذى ذكره فى الوسائل إلى قوله، و رواه الشيخ إرخ، و فى ج ١٠ الوافى ص ١١٠، ذكر الحديث عن أبى همام ناسبا إلى الكافى و التهذيب، كما فى الوسائل و لم يذكر القرن، و على هذا فما ذكره فى الوسائل من إضافه القرن و نسبه الى الشيخ اشتباه منه، نعم ذكر فى التهذيب القرن فى روايه أخرى.

### **الجهه الرابعه: أنه قد أشكل على الروايات المشتمله على ذكر الجذام**

بأنه يوجب اعتناق المملوك بمجرد حدوثة و معه كيف يردّ على البائع بالجذام و قد وجّهوا ذلك بوجوه لا يمكن المساعده عليها فان من جمله الوجوه أن ماده الجذام يمكن أن تكون سابقه على البيع و تكون متكونه فى ملك البائع و ح يصحّ الرد اليه و لا- ينعقد على المشتري و لكنه فاسد من جهه أنه يمكن أن يكون الجنون أمرا عارضا من جهه الوقوع من شاهق و نحوه بحيث يكون لخلل فى رأسه فيظهر له الجنون.

و التحقق: أن الروايات هنا متعارضه فإن أمكن الجمع الدلالى فهو، و إلا فلا بدّ و أن يرجع الى قواعد المعارضه و ذلك من جهه أن هذه الروايات المستفيضه انما تدل على أن الجذام من عيوب السنه ترد به الجاربه، و روايه السكونى دلّت على أن الجذام يوجب العتق فمع قطع النظر عن القرائن الخارجيه فتلك الروايات المستفيضه تقدم على روايه السكونى للاطمئنان بصدور بعضها مع كون روايه السكونى ضعيفه و لكن حيث كان الحكم بالعتق مما تسالم عليه الأصحاب فيطمئن به الإنسان باعتبار روايه السكونى فمقتضى الجمع

بينها هو تقييد روايه السكونى بهذه الروايات المستفيضه التى ذكر فيها الجذام، فتكون النتيجة أن المملوك إذا حدث فيه الجذام ينعقد إلا فى صورته اشتراطه من الغير فإنه لا ينعقد إلى سنه، بل يجوز له رده الى بائعه.

ثم انه هل هذا الحكم مختص بالسنة بحيث لو لم يرده إلى بائعه حتى خرجت السنة فلا ينعقد عليه أو ينعقد بعد خروج السنة فذكر بعضهم أن انعقاده بعد السنة يحتاج الى دليل آخر، بل لو بقى الجذام فيه كان كافيا فى انعقاده كما هو واضح، وذلك لأن روايه سماعه شامله للسنة و غيرها، و خرج من ذلك السنة و أن الجذام الحاصل فيها لا يوجب الانعقاد إلى سنه و أما أنه يحتاج انعقاده بعد السنة إلى دليل آخر فلا.

### **الجهه الخامسه: أن المشهور قد ذهبوا الى أن التصرف يكون مسقطا**

للخيار

و من البعيد أن يكون المملوك فى ضمن هذه المده خاليا عن التصرف فبه حتى بمثل أغلق الباب أو اسقنى الماء، و نحو ذلك و عليه فلا يمكن العمل بهذه الروايات على إطلاقها.

و فيه أنا قد ذكرنا سابقا أن التصرف على إطلاقه لا يكون مسقطا للخيار بل التصرف انما يكون مسقطا للخيار اما بكونه كاشفا عن الرضاء بالعقد أو لكونه احداث حدث أو يكون هنا دليل خاص عليه كالتقبيل و اللمس فى الجاربه و ركوب الدابه و نحو ذلك، أما القسم الأول فهو تابع لكشف رضاء المشتري، ففى أى مورد استكشفنا ذلك فهو، و الآ فلا، و أما القسم الثالث فهو أيضا مختص بموارد خاصه و هو خيار الحيوان فلا يكون جاريا فى بقيه الخيارات فكلما تحقق ترتب عليه الحكم و الآ فلا، و أما القسم الثانى: فيقع التعارض بين ما دل على كون احداث الحدث مسقطا للخيار و بين هذه الروايات المستفيضه بالعموم من وجه حيث ان مفاد هذه المستفيضه أعم من حيث كون الجذام فى ضمن الثلاثه التى هى زمان الخيار فى الحيوان أو

بعدها إلى سنه و مفاد ما دل على كون احداث الحدث مسقطا للرد أعم بين أن يكون الحدث هو هذه الخصال الأربعة أى الجنون و الجذام و القرن و البرص و بين أن يكون غير ذلك فيرجع فى مورد التعارض الى العمومات الداله على لزوم العقد.

### الجهه السادسه:قد عرفت سابقا أن فى موارد ثبوت العيب يثبت

لمن له الخيار الردّ

و إذا لم يردّ يجوز له مطالبه الأرش و على المشهور يكون من الأول مخيرا بين الأمور الثلاثه اما الرد أو الرضا بالعقد مجانا أو الرضا به مع الأرش.

و على كل تقدير فهل يثبت له مع عدم الرد فى ضمن السنه بالعيوب الثنويه أن يطالب الأرش أم لا؟و الظاهر أنه ليس له مطالبه الأرش بداهه أن الروايات الداله على ثبوت خيار العيب للمشتري مع ظهوره بعد العقد قد اثبت جواز مطالبه الأرش مع عدم الرد مع كون ذلك،أى مطالبه الأرش على خلاف القاعده و من الواضح أن الروايات المستفيضه الداله على جواز الردّ بالعيوب الثنويه ليس فيها تعرض بالأرش فلا- يمكن الالتزام به مع كونه على خلاف القاعده،نعم لو قلنا الأرش ثابت على طبق القاعده لكونه كالجزم من الثمن فمع نقص ما يقابله من وصف الصحه فيرد ذلك الجزء مع القول بأن ماده تلك العيوب الحادثه فى السنه انما هى ثابتة قبل السنه فللقول بالأرش مع عدم الرد وجه وجيه و لكن قد عرفت أنفا أن الأرش ليس جزء من الثمن و الآ كان البائع من الأول مشغول الذمه على ذلك،مع أنه لا يثبت إلا بالمطالبه.

و ثانيا:أن الأوصاف مطلقا لا تقابل بالثمن كما لا يخفى،و أما الثانى فقد عرفت قبيل هذا أن عيوب السنه قد تعرض للعبد لعارض فى نفس تلك السنه من غير أن يكون مادتها قبل البيع كما هو واضح.

ص:٢٤٧

**قوله: خاتمه في عيوب متفرقه.**

**اشاره**

أقول: قد ظهر الميزان الكلى في جواز الرد بالعيوب و لكن قد تعرّض المصنف للعيوب المتفرقه فتعرض لها تبعاً له،

**منها أنه ذكر في التذكرة أن**

الكفر ليس عيباً في المملوك

و الظاهر أن الكفر ان كان مثل التوثن و التمجس فلا شبهه في كونه عيباً في الجارية لكونه مانعاً عن الاستمتاع و أما إذا كان مثل التهود و التنصر فلا يكون لجواز الاستمتاع منها.

و توهم كون النجاسه فيهما عيباً واضح الفساد بداهه عدم كون المنافع المستفاده من المملوك منحصرًا بما يتوقف على الطهاره على أنه ليس بمسلميه النجاسه لكونه من أهل الكتاب و قد أشكل غير واحد في نجاستهم على أنه يمكن أن يكون العبد اليهودى مطلوباً لبعض الناس فإنه يرى أن واجبات العبد تشغله مقداراً من الزمان فهو يريد أن لا يكون كذلك لكونه غير مبال في الدين كما تقدم ذلك في الخصى و كيف كان أن الكفر لا يوجب نقصان ماله المملوك فلا يكون عيباً يترتب عليه أحكام العيوب، كما لا يخفى.

**و منها أن يكون العبد أو الأمه محرمة الانتفاع على المشتري**

كما إذا كان ممن يعتق عليه أو كانت الأمه أخت زوجته، فإنه لا يجوز الجمع بين الأختين أو كانت رضاعياً له، و غير ذلك من الجهات المحرمة، و لكن الظاهر أنه ليس بعيب لعدم نقص فيه، بل المانع من قبل المشتري.

**منها ما لو كان المبيع متهماً بالوقفيه**

و ان لم يثبت ذلك شرعاً فان ذلك يوجب نقص ماله و قلبه رغبه الناس اليه، و هذا واضح.

**و منها الصيام و الإحرام و الاعتداد**

و لكن شيء من ذلك ليس بعيب.

و منها كونه ناماً أو ساحراً أو قاذفاً و نحو ذلك، و الظاهر أن هذه الأوصاف إذا كان بحيث ينجر إلى الفتنه و الفساد فهي عيب



فيه، و الآفلا، فإنه لا يخلو منها نوع البشر أحياناً و قل عبد يكون عادلاً، بل الأحرار كذلك.

ص: ٢٤٨

### إشاره

قوله:القول فى الأرش.

أقول:ذكروا أن الأرش فى اللغه هو ما يؤخذ بدلا عن نقص مضمون و ديه الجزء الفأئ و لا شبهه فى إطلاقه على المقام و هو تفاوت القيمه بين المعيب و الصحيح من الثمن أو المثلث،و ان كان الغالب أن ذلك يثبت فى المبيع فان الثمن غالبا يكون من النقود فلا يكون معييا و لا داعى للبحث عن ذلك،بأنه على نحو الاشتراك اللفظى أو المعنوى،

### بل المهم هو التكلم

### إشاره

فى جهات:

### الجهه الاولى:فى ان الأرش هل يثبت فى المقام على طبق القاعده،

أو على خلاف القاعده

لا- شبهه فى أنه يجوز للبائع جبران عيب المبيع و انما الكلام فى أن للمشتري إزمائه على ذلك أو لا؟فان كان على طبق القاعده فله إزمائه على ذلك،و الأ فلا،الظاهر أنه يثبت على خلاف القاعده،فإنه لا دليل على كونه على حسب القاعده أصلا فإن الوجه فى كون الأرش على طبق القاعده هو أن يكون وصف الصحه الذى يفقد فى المعيب أن يقابل بجزء من الثمن كما أن اجزاء المبيع تقابل بالثمن،فكما أنه إذا فات جزء من المبيع ينقص من الثمن ما يقابله لانحلال الثمن الى كل جزء جزء،و كذلك إذا فات من المبيع وصف الصحه فيكون الثمن ناقصا منه بمقدار ما يقابل من هذا الوصف و لكن لا دليل على ذلك من بناء العقلاء و الشرع أصلا.

أما بناء العقلاء فواضح،فإنه ليس منهم بناء على كون وصف الصحه مقابلا بالثمن ليكون الأرش ثابتا على طبق القاعده و مع عدم مقابله بالمال ليس هنا بناء آخر على الأرش و أخذ جزء من الثمن على تقدير انتفائه.

و أما من الشرع فلم يصل إلينا ما يدل على ذلك، و عليه فلا دليل على كون وصف الصحة مقابلا بالمال ليلزم من انتفائه كون الأرش على طبق القاعده و من هنا لو لم يطالب المشتري الأرش لم يكن البائع مشغول الذمه على ذلك مع أنه لو كان وصف الصحة يقابل بجزء من الثمن لكان البائع مع عدم التفات المشتري الى ذلك و عدم مطالبته مشغول الذمه على ذلك، مع أنه ليس كذلك، فيعلم من جميع ذلك أن الأرش لم يثبت على طبق القاعده، بل هو ثابت بعنوان الغرامه لدليل خاص يقتضيه، و من هنا لو وقعت المعاوذه بين المعيب و الصحيح و كانا من جنس واحد ربوى لا- يلزم الربا مع أن الصحيح زائد عن المعيب بوصف الصحة، و لو زاد على المعيب في مقابل وصف الصحة شيء لزم منه الربا فيعلم من ذلك أن وصف الصحة لا يقابل بالمال، و هذا بخلاف ما كان جزء من المبيع ناقصا فإنه يقابل بالمال فيكون البائع مع عدم رجوع المشتري إليه بغير التفات مشغول الذمه و هكذا فيكون نقصان الثمن هنا على طبق القاعده كما هو واضح.

و على الجملة لا- دليل على كون ثبوت الأرش على طبق القاعده فيكون ثبوته على خلاف القاعده فيكون الثمن بأجمعه ملكا للبائع بمجرد البيع و على هذا فلا يلزم من انتفاء الوصف الآ خيار تخلف الوصف و الشرط، فان مرجع تخلف الوصف الى تخلف الشرط و لكن التزم السيد (ره) في حاشيته بأن الأرش على طبق القاعده مع تسليمه جميع ما ذكرناه من عدم كون الوصف يقابل بالمال و نحو ذلك بدعوى أن للمعامله مرحلتان مرحله الظاهر و الإنشاء و مرحله اللب و لا شبهه أن وصف الصحة و ان لم يقابل بالمال في المرحلة الاولى و لكنه يقابل بالمال في المرحلة الثانيه بمعنى أن زياده بعض الثمن انما هي بلحاظ الوصف المذكور فتمام الثمن في عالم الإنشاء جعل في مقابل نفس العين و ليس شيء منه في مقابل الوصف لكن في عالم اللب بعض ذلك الثمن

الذى جعل فى مقابل نفس العين مقابل للوصف فإذا فرض تخلفه وجب على البائع أن يغرم ما فات من المشتري و ما اغترم فى عالم اللب بملاحظه ذلك الوصف فبالتخلف لا يلزم الانفساخ لأن الفرض كون تمام الثمن فى مقابل العين المفروض وجودها و لكن لما كان المشتري قد اغترم من جهه ذلك الوصف و أعطى ما لا مقابل له فى ذلك العالم له أن يرجع على البائع و له أن لا يرجع و لذا لا تشتغل ذمه البائع على الأرش من حين العقد، بل من حين المطالبه كما هو واضح.

أقول: لا نفهم معنى محصلا لذلك فإنه كلام شبيه بالعرفان فإنه ليس لمعاملات عالمان عالم الظاهر و عالم الباطن، بل ذكرنا مرارا أنها أمور اعتباريه و حقيقتها قائمه بالاعتبار فما وقع فى مقابل الثمن من العين واقع فى مقابله ظاهرا و لبنا كالأجزاء مثلا فما لم يقع فى مقابل الثمن لا يقع فى مقابله أيضا ظاهرا و لبنا كأوصاف الصحه.

و على الجملة فللمعاملات جهه واحده لا جهات كثيره، نعم قد يكون الأوصاف داعيه الى زياده الثمن فى عالم اللب و لكنها غير مختصه بأوصاف الصحه، بل تجرى فى أوصاف الكمال أيضا فإن جميع الأوصاف داعيه الى الثمن كما هو واضح.

و على هذا فالأوصاف لا تقابل بالمال أصلا نعم هى موجبه لزياده المالىه، بل تكون فى بعض الأحيان تماميه المالىه بذلك بحيث لا تكون للماده مع قطع النظر عن الصوره و الوصف مالىه أصلا و مع ذلك لا يكون الوصف مقابلا بالمال.

و على هذا فالأرش ليس على طبق القاعده، بل هو غرامه إنما ثبتت بالأخبار الخاصه و على هذا فلا بدّ فى كيفية ثبوته من الرجوع إليها من انه هل هو التفاوت بين المعيب و الصحيح واقعا أو هو التفاوت بين الصحيح

و المعيب بالنسبه الى هذه المعامله.

و الاخبار الوارده فى المقام على ثلاث طوائف فان فى بعضها أنه يرد قيمه العيب و بعضها مشتمل على أخذ أرش العيب و بعضها مشتمل على استرداد مقدار العيب من الثمن و قد أشار السيد الى هذه الاخبار فى حاشيته و ظاهر جميع ذلك وجوب رد تمام قيمه العيب فى هذه المعامله ان كان قد دفع المشتري الثمن إلى البائع و نقص مقدار العيب من الثمن ان كان لم يدفع الثمن اليه بعد.

و الحاصل: أن المراد من التفاوت تاره يكون هو التفاوت ما بين الصحيح و المعيب، بالفعل أى عند ظهور العيب من غير ملاحظه التفاوت بينهما حال العقد بأن تقوّم الجاربه مثلاً بالنسبه إلى القيمه الواقعيه خمسين ديناراً صحيحه و خمس و عشرون ديناراً معيبه و كان أصل الثمن خمس و عشرون ديناراً فإنه لو كان المراد من رد التفاوت ما بين الصحيح و المعيب بحسب القيمه الواقعيه كان اللازم هو رد تمام القيمه و هو خمس و عشرون ديناراً، بل ربما يلزم رد الزائد عن أصل القيمه و هذا لا يمكن الالتزام به لا من جهه لزوم الجمع بين العوض و المعوض فإنه لا محذور فيه مع دلالة الدليل كما ثبتت نظير ذلك فى جنايه العبد فإن الجنايه لها مقدر شرعاً و ربما يكون ذلك المقدار أزيد بمراتب من قيمه العبد لكونه مريضاً أو هرماً أو نحو ذلك فهل يتوهم أحد ان هنا يلزم الجمع بين العوض و المعوض، بل المأخوذ انما هو بعنوان الغرامه فلا بأس بكونه أزيد من القيمه كما هو واضح على انك قد عرفت أن الأوصاف لا تكون مقابله بالثمن و انما الثمن قد وقع فى مقابل العين و عليه فيكون المردود لأجل نقصان الوصف غرامه لا قيمه حتى يلزم الجمع بين العوض و المعوض كما هو واضح.

نعم، بناء على كون الأوصاف تقابل بالثمن يلزم ذلك فإن الأرش المأخوذ

يكون أزيد من الثمن الذى يقع فى مقابل الوصف فيلزم الجمع بينهما و هذا هو الحل فى عدم لزوم الجمع بينهما فى باب الجنايه أيضا، بل المانع عن هذا الاحتمال هو عدم ظهور الاخبار فيه و عدم مساعده الفهم العرفى على ذلك حيث ان الظاهر منها و بمقتضى الفهم العرفى هو أن التفاوت هو التفاوت بين المعيب و الصحيح بالنسبه الى هذه المعامله فإن الفهم العرفى قاض بأن المشتري لا- بد له أن يطالب من البائع ما نقص عليه من قيمه العين بالنسبه الى هذه المعامله لكونها ربطا بينهما و أما القيمه الواقعيه فلا- ترتبط بينهما أصلا و يؤيد ذلك التعبير برد جزء من الثمن فى بعض تلك الاخبار مع انك قد عرفت أن التفاوت بالنسبه إلى القيمه الواقعيه قد يكون أزيد من مجموع الثمن فلا تصل النوبه إلى رد جزء من الثمن.

و أما اراده التفاوت بالنسبه إلى القيمه الواقعيه لا- وجه له كما لا- وجه للجواب عنه بحمل الاخبار على الغالب من عدم تفاوت القيمه السوقيه مع أقل القيمه حال العقد من جهه كون الرد بقرينه على ذلك كما صنعه المصنف أى يكون التعبير بالرد من الثمن قرينه على أن المراد من التفاوت هو التفاوت بالنسبه الى هذه المعامله و الأقد لا يكون هنا رد كما فى المثال الذى ذكره المصنف و ذلك لاحتمال أن يكون الرد أيضا محمولا على الغالب كما هو واضح.

و على الجملة هنا احتمالاين:- أحدهما: أن يكون المراد من التفاوت هو التفاوت ما بين الصحيح و المعيوب بالنسبه الى هذه المعامله.

و الثانى: أن يكون المراد هو التفاوت بالنسبه إلى القيمه الواقعيه و إطلاق الأخبار و ان كان يشمل كليهما و لكن مقتضى الارتكاز العرفى ينصرفه الى الشق الأول فتكون ظاهره فيه كما هو واضح.

و من هنا تعرف ما فى عبارته المصنف من الغلط حيث انه أشار الى الاحتمال الثانى بقوله، نعم ظاهر كلام جماعه من القدماء كأكثر لنصوص توهم إرادته قيمه المعيب كلها فان هذا الاحتمال و مورد إرادته قيمه المعيب كلها لم يقل به احد كما هو واضح و الظاهر أن النسخه الصحيحه هو قيمه العيب و مع ذلك لا يصح لمكان كلمه أزيد بعده.

و الحاصل: قد ذكرنا سابقا أن الثابت بحسب بناء العقلاء هو كون المبيع واجدا لأوصاف الصحه و أنها معتبره فيه مع السكوت عن الاشتراط و إذا كان كذلك أو اشترط المشتري ذلك على البائع فلا شبهه فى أنه يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط لذلك، فان بناء العقلاء على اعتبار الوصف.

و أما الأرش فلم يثبت بناء من العقلاء على ثبوت الأرش و إلا لكان البائع مشغول الذمه من الأول و ليس كذلك بل يكون الثمن بأجمعه ملكا للبائع، بمجرد البيع، و مما يؤيد ذلك ما ذكرناه فى أول الخيارات من أن الأرش لا يثبت ابتداء، بل انما يثبت مع عدم الرد، و فى طوله مع أنه لو كان الأرش على القاعده لكان ثابتا من الأول و كان المشتري مخيرا بين الردّ و الأرش، من الأول فلا بدّ ح من الرجوع الى الأخبار و الظاهر منها بحسب الفهم العرفى هو أن المشتري يأخذ التفاوت فيما بين الصحيح و المعيب بالنسبه الى هذه المعامله لا التفاوت بحسب القيمه الواقعيه.

و من هنا لم يذهب أحد الى ذلك و ان كان ظاهر الأخبار بحسب النظره الأولى يساعد على الاحتمال الثانى و لكن يزول بالتأمل فيها فان المفروض فى هذه الأخبار عدم وجود الخلل فى المعامله من غير جهه العيب كالغبن و نحوه فتكون المعامله المفروض فيها كون المبيع معيبا محموله على المعامله المتعارفه و هى أن يكون ذلك بتمن متعارف فإذا كان هنا أرش فنسئل عن حكم ما يكون الثمن فيه قليلا بان اشترى المشتري المبيع الذى

يسوى بخمسين بخمسه كما يتفق ذلك أحيانا أو اشتراه بثمان متعارف و لكن ترقى و كان بقيمه أعلى الى زمان ظهور العيب، فان قلنا بكونه خارجا عن حدود هذه الأخبار بحيث لم نلتزم بالأرش هنا.

و قلنا أن الأرش انما هو فى المعاملات المتعارفه لكون الأخبار ناظره إلى حكمها فهو بعيد فلا يمكن الالتزام به.

و ان قلنا أن الأخبار انما هى تبين حكم المعاملات المتعارفه من جهه كونها هى الغالب لا أنها مختصه بها، بل هى تبين الميزان الكلى فى جميع المعاملات فالمعاملات الغير المتعارفه أيضا على حسب المعاملات المتعارفه فيكون المناط فيها هو ملاحظه أصل الثمن و أخذ التفاوت بالنسبه إلى أصل الثمن بحسب نسبه التفاوت إلى القيمه الواقعيه.

و على الجملة المفهوم من هذه الروايات هو الرجوع الى التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب أصل ثمن المعامله نسبه التفاوت الى الصحيح و المعيب إلى القيمه الواقعيه على أنه هو المشهور بين الأصحاب، بل لم يذهب الى الاحتمال الرجوع الى التفاوت بحسب القيمه الواقعيه أحد.

### **الجهه الثانيه: فى ان الأرش هل يجب أن يكون من نفس الثمن أو**

يجوز أن يكون من غيره أيضا

الظاهر أنه لا يجب أن يكون نفس الثمن فإنه بعد ما قلنا أن الأرش أمر ثبت على خلاف القاعده فليس ثابتا على طبق القاعده لا يلزم أن يكون من نفس الثمن فان الثمن يكون ملكا للبائع بمجرد العقد فلا دليل على إجبار البائع على إعطاء الأرش من ذلك المال الخاص و انما هو غرامه ثبتت بدليل خاص للرباع ان يعطيه من غير الثمن أيضا و لكن المتوهم من بعض الروايات أنه لا بدّ و أن يكون الأرش من نفس الثمن خصوصا من روايه زراره التى هى المستند لنا فى خيار العيب و قد عبّر عنها المصنف بالصحيحه حيث ذكر فيها أنه يضع له من ثمنها بقدر عيبها و لكن هذا التوهم



فاسد فان المفروض فى هذه الروايه و أمثالها أن الثمن لم يرد إلى البائع بل هو عند المشتري بعد و عليه ان الثمن قد يكون كليًا كما هو الغالب فإن البائع يبيع متاعه بالثمن الكلى نوعا و لا يعين ثمننا خاصا شخصا، فعلى الأول يقع هنا تهاتر قهرى حيث ان المشتري يطلب مثل ما يطلب منه البائع فيمقدار الأرش يقع التهاتر كما هو واضح.

و عليه فيصح ان يقال يضع له من الثمن بقدر العيب و ان كان الثمن شخصا كما هو غير الغالب و ح و ان كان ما يطلبه البائع من المشتري عينا شخصيه و يجوز للمشتري ان يدفعه إلى البائع ثم يطلب منه حقه و لا- يكون هنا تهاتر قهرى و لكن لا يجب عليه ذلك بل له أن يطبق الكلى الذى يطلب من البائع على هذا الشخص المعين الخارجى كما هو واضح.

و كيف كان لا شبهه فى أن الأرش غرامه على ذمه البائع بعد مطالبه المشتري فلا يتعين أن يكون من عين الثمن.

نعم، بناء على كون الأرش على طبق القاعده لزم أن يكون من عين الثمن كما هو واضح، و أما فى بقيه الروايات فالمذكور فيها هو أن يرد البائع على المشتري فضل ما بين الصحيح و المعيب و ليس فيها ما يشعر بكون المردود من الثمن.

### **الجهه الثالثه: هل يعتبر أن يكون الأرش من النقود أو يكفى كونه من**

غيرها أيضا؟

الظاهر من الأخبار الداله على ثبوت الأرش هو أن يكون ذلك من النقود فان المستفاد من مجموعها هو أن البائع يرد التفاوت ما بين الصحيح و المعيب سواء كان المراد من التفاوت هو التفاوت بالنسبه إلى القيمه الواقعيه أو بالنسبه الى هذه المعامله الخاصه و من الواضح أن التفاوت انما يعلم بالماليه المحضه فان تقويم الأشياء و العلم بقيمتها انما هو بماليتها و ما هو متمحض بالماليه فقط، انما هو النقود فيكون الثابت بالأخبار هو

ص: ٢٧٤

النقود، فالإكتفاء بغيرها يحتاج الى دليل فلم يثبت ذلك حتى لو كان الثمن من الأعيان فإنه مضافا الى ما ذكرناه أنه لم يتعارف أن يقطع من الفراش الذى نفرضه ثمنا لشيء زراعا بعنوان أنه أرش.

نعم إذا رضى المشتري بذلك فلا بأس به و ان كان الأرش من غير جنس الثمن، سواء كان الثمن عينا أو نقدا.

و لكن يبقى البحث فى أنه مع رضاء المشتري يكون الأرش عينا هل يكون الأرش هو ذلك الشيء ابتداء كما فى حاشية السيد أو بدله فإنه بناء على الثانى تكون هنا معاوضه ضمنيه و الأّ فيكون الثابت هو الأرش و هذا البحث لا تمر له (و تظهر ثمرته فيما إذا اشترط شيء فى ضمنه فإنه بناء على المعاوضه لا يكون للشرط ابتدائيا و الأّ فيكون ابتدائيا مقرر) الأّ عملينا و مع ذلك نقول ان الأرش و ان كان على خلاف القاعده و لكن قلنا ان اللازم على البائع هو إعطاء النقد و عليه فالرجوع الى غير النقد و لو كان رضاء المشتري يحتاج إلى معاوضه جديده فيكون الثابت أولا- بعنوان الأرش هو النقد ثم يبدل ذلك بالمتاع بحسب رضاء المشتري بعنوان المعامله الجديده و يكون ذلك تجاره أخرى عن تراض.

### **الجهه الرابعه: أنه ذكر المصنف (ره) (أنه قد تبين مما ذكرنا فى**

معنى الأرش أنه لا يكون إلا مقدارا مساويا لبعض الثمن

و لا- يعقل أن يكون مستغرقا له) هذا هو المتعين و الوجه فى ذلك أنا و ان ذكرنا مرارا أنه لا- دليل على اعتبار المالىه فى المبيع، بل يمكن بيع غير المتمول لغرض شخصى عقلايى قد تعلق بذلك كما إذا اشترى خط أبيه بقيمه جزاف مع عدم رغبه أحد إليه لغرض له لحفظ خط أبيه فإنه مع عدم كونه من الأموال جاز له شرائه إلا أنه مع ذلك لا مناص عما ذكره المصنف هنا من عدم معقوليه استيعاب الأرش القيمه بحيث تبقى العين للمشتري بلا قيمه، و ذلك لأن المستفاد من

أخبار الأرش هو ردّ مقدار من الثمن أى بمقدار الذى نقصه العيب على حسب المتعارف فان النقصان انما يعلم بحسب يقيم أهل الخيره من أهل العرف و من الواضح أنه لا يتحقق ذلك إلا فى الأشياء التى هى أموال فى نظر العقلاء فان غير الأموال لا قيمه لها عند العقلاء حتى يتقوم عندهم و يرد ما ينقصه العيب و ان كان لها قيمه عند المشتري بحسب النظر الشخصى فيكون مورد الأرش بحسب هذه الأخبار هى الأموال و على هذا فكلما ينقص من المال بحسب العيب فلا بدّ و أن يبقى للمعيب شىء من الثمن، فان المفروض هو ملاحظه التفاوت بحسب هذه المعامله لا بحسب القيمه الواقعيه و على هذا فلا يعقل ان يكون الأرش مستوعبا لجميع الثمن كما ذكره المصنف.

و حاصل:الكلام فى الجبهه الأولى هو أنه قد ذكرنا سابقا أن أوصاف الصحه مما هو معتبر فى العقد سواء ذكرت عند العقد أم لم يذكر، و بهذا يفترق الحال بينها و بين أوصاف الكمال و على كل تقدير أى سواء ذكرت فى ضمن العقد أم لا؟ فيلزم من تخلفها خيار تخلف الوصف و الشرط إذ اعتبر فى المبيع ذلك بحسب الارتكاز و بناء العقلاء و من الشروط الضمنيه فيكون تخلفه موجبا للخيار كما هو واضح.

و أما أنه هل يوجب ثبوت الأرش أو لا- يوجب ذلك و قد ذكرنا أنه أى الأرش لا يثبت بحسب بناء العقلاء أصلا، بل هو أمر تعبدى محض و غرامه خاصه قد ثبت بالتعبد الشرعى و أما كيفيه ثبوته من أنه هو التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب القيمه الواقعيه أو التفاوت بينهما فى هذه المعامله بأن يقوم الصحيح و المعيب و تؤخذ نسبه ذلك التفاوت من أصل الثمن و أما هذه الكيفيه فلم تظهر من الاخبار، بل الظاهر من بعضها بدوا هو الاحتمال الأول و ان كان بعضها ساكتا عن ذلك، بل يدل على أخذ ما نقصه العيب.

و أما ما فى بعض الأخبار من أنه يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان

كان فيها كما في رواية ابن سنان و يضع له من ثمنها بقدر عيبها كما في رواية زراره و في روايات أخرى أيضا يردّ عليه بقيمه أو بقدر ما نقصه العيب فربما يتوهم منها أن المراد من الثمن هو الثمن في هذه المعاملة بدعوى أن ردّ مقدار من الثمن قرينه على أن المراد منه ذلك فإنه هو الذى أعطاه المشتري للبائع فحكم الامام عليه السلام برد مقدار الثمن يكون قرينه على أن المراد هو ذلك الثمن و لكن لا- ظهور فيها في أن المراد من التفاوت هو التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب ثمن العين في هذه المعاملة و ذلك فان هذه الأخبار بأجمعها إنما تبين حال المبيع صحيحه و معيبه بحسب قيمه المتعارفه و ذلك لأن المفروض فيها أن المعاملة لا محذور فيها من بقيه الجهات من حيث الغبن و غيره الآ من حيث اشتغال المبيع على العيب و من الواضح أن الغالب في المعاملات الواقعه على الميزان المتعارف و لم نشتغل على الغبن و نحوه هو تساوى قيمه المبيع بالنسبه الى هذه المعامله و الى القيمه الواقعيه و على هذا فحكم الامام عليه السلام برد مقدار من الثمن أو وضعه من جهه الغلبه و ان الغالب هو تساوى القيمه الواقعيه مع قيمه هذه المعامله.

و بعبارة أخرى أن هذه التعبيرات و ان كان الظاهر منها أن المردود لا- يكون أكثر من أصل الثمن لمكان قرينه كلمه الرد و الوضع في ذلك و أن هذا لا يكون إلا في ثمن العيب بالنسبه الى هذه المعامله لأن التفاوت بحسب القيمه الواقعيه ربما يكون أزيد من أصل ثمنها بالنسبه الى هذه المعامله و لكن نقول أن هذا لا- يدل على ذلك فان الغالب هو تساوى القيمتين في المعاملات المتعارفه الغير الواقعيه على الغبن و نحوه بل هو من جهه تساوى القيمه الواقعيه للعين مع قيمتها في هذه المعامله فلأجل هذه التساوى يكون ردّ التفاوت ما بين الصحيح و المعيب بحسب القيمه

الواقعيه ردا لمقدار من الثمن الذي هو التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب هذه المعامله و لا يخفى أن الغلبه التي ندعيها في المقام ليس هو غلبه الأفراد و إلا فلا يجوز حمل المطلق على الفرد الغالب، بل الغلبه من جهه أن هذه الروايات تبين حكم المعامله مع فرضها حاويه لبقية الجهات كما هو المتفاهم العرفي و إلا فمجرد تساوي القيمتين بحسب الخارج لا يجوز حملها على الغالب.

و بعباره أخرى أن ورود الروايات انما هو لأجل بيان حكم المعيب فقط فلا بدّ و أن يفرض أن المعامله من بقية الجهات تامه و على هذا قل ما تكون قيمه الواقعيه غير مساويه مع قيمه العين في هذه المعامله، و أما الفرض النادر و هو أن يكون قيمه المبيع في هذه المعامله أقل بمراتب من القيمه الواقعيه أو أضعاف قيمه العين بحسب القيمه الواقعيه فهو خارج عن محط الروايات و هذا هو محل الكلام في المقام من أنه مع الاختلاف فالقاعدته في أخذ الأرش هل هو التفاوت بحسب القيمه الواقعيه أو بحسب هذه المعامله؟ و هذا فالالتزام بأن الأرش مختص بخصوص المعاملات المتعارفه التي كانت القيمتان فيها متساويتين بعيد جدا، بل لم يلتزمه أحد فيما نعلم من العامله و الخاصه.

و لم يعهد من أحد ان يلتزم بثبوت الأرش في المعاملات فقط و عليه فحكم المعاملات المتعارفه انما هو معلومه بهذه الأخبار و أنها مسوقه لذلك و حكم المعاملات الغير المتعارفه التي كان الثمن فيها قليلا جدا أو كثيرا كذلك و لم يكن متوسطات معلومه بالقطع بعدم الفرق بينها و بين المعاملات المتعارفه هذا فاعتنم.

و السرّ في ذلك و أن المراد من القيمه ليست القيمه الواقعيه، بل القيمه في هذه المعامله سواء في المعاملات المتعارفه كما هو يقتض الأخبار

أو في المعاملات الغير المتعارفه كما هو مقتضى القطع و السرّ هو أن الضمان هنا أى الضمان بالأرّش ليس هو ضمان اليد بحيث يكون ذلك بمقتضى اليد التى ثبتت على مال الغير و تلفت تحتها كما إذا أخذ دابه أحد بغير اذنه و كسر رجله أو متاعه فأتلفه، فإن الضمان هنا ضمان يد، فلا بدّ و أن يخرج التالف عن عهده للمتلف، فيقوم ذلك و تؤخذ منه القيمه الواقعيه و فى فرض التعيب يؤخذ منه التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب القيمه الواقعيه فإن المال على قيمته الواقعيه داخله تحت ضمان اليد فيخرج من عهده و ليس ذلك الضمان ضمان المعاوضه أيضا بأن يكون ذلك مضمونا بحسب المعامله أيضا كما إذا اشترى عشره أمان من الحنطه كليه و أسلم البائع تسعه أمان فان منا واحدا هنا مضمون على البائع ضمان معامله فلا بدّ له من تسليمه إلا إذا كان المبيع شخصيا فإنه لا يلزم تسليمه فان الموجود الخارجى الشخصى الذى هو مبيع قد باعه البائع بما أنه عشره أمان فظهر تسعه فيكشف من ذلك عدم وجود المبيع أصلا بالنسبه الى من واحد و هكذا فى كل مورد يكون جزء من المبيع ناقصا فان ضمان البائع لذلك ضمان معاملى أى بحسب اقدامه على بيع ذلك صار ضامنا له.

و أما عدم كون ضمان الأرّش ضمان يد فواضح لعدم دخوله تحت ضمان البائع باليد بحيث يكون المبيع ملكا للمشتري و أخذه البائع عدوانا و أوجب نقصا فيه ليكون ضامنا حسب ضمان اليد و أنها عدم كونه من قبيل ضمان المعاوضه فلعدم كون الوصف مقابلا- بالمال حتى يكون البائع ضامنا ضمان معاملى مع ظهور المبيع فاقتدا للوصف، بل الضمان هنا نحو آخر غيرهما فهو فى حكم ضمان المعاملى، فإن غايه ما يستفاد من هذه الاخبار أن وصف الصحه بمتزله الجزء الذى يقابل بالمال، لا حقيقه لما عرفت أن الوصف فى الحقيقه لا يقابل بالمال، بل حكما أى كما أن مقتضى نقصان الجزء يوجب

نقص الثمن بمقداره، وهكذا نقصان الوصف يوجب نقص مقدار من الثمن و على هذا فيكون الناقص بملا حظه أصل الثمن كالنقص الجزئي، فإن هذا لا يريد عما هو في حكمه فتكون قيمه ح هي قيمه بالنسبه الى هذه المعامله، و الذي الجائي على هذا أنه لم يذهب أحد من العامله و الخاصه الى أن المراد من قيمه هنا هي قيمه الواقعيه ليكون التفاوت باعتبارها فيكون ذلك قرينه على عدم فهمهم ذلك من الأخبار، بل انهم فهموا قيمه في هذه المعامله كما هو واضح.

و قد عرفت أنه ذكر المصنف (ره) أنه لا يعقل أن يكون الأرش مستوعبا للثمن و قد عرفت وجهه ثم فرض موردا لذلك في حصول العيب قبل القبض أو بعده، و في زمان الخيار بناء على كون الضمان فيهما على البائع.

و قال ((نعم، ربما يتصور ذلك فيما إذا أحدث قبل القبض أو في زمان الخيار عيب يستغرق لقيمه مع بقاء الشيء على صفه التملك بناء على أن مثل ذلك غير ملحق بالتلف في انفساخ العقد به، بل يأخذ المشتري أرش العيب و هو هنا مقدار تمام الثمن) و عليه فتبقى العين في ملك المشتري ان كانت إضافه الملكيه باقيه و ان خرجت عن الماليه و الأفتبقى تحت حقه فتكون العين متعلقه لحقه و لا تكون راجعه إلى البائع، ثم أشكل عليه بان الحالقه بالتلف مشكل.

أقول: لا ربط لهذه الصوره بالمقام أصلا بداهه أن كلامنا في الأرش و مورده على ما يستفاد من الاخبار هو ان يكون الشيء معييا قبل العقد كما ينادى بذلك روايه زراره أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار إلخ، فإن الظاهر منها ان العيب كان موجودا فيه قبل العقد و لا شبهه أن العيب الحادث في زمان الخيار أو قبل القبض خارج عن مورد أخبار الأرش و على هذا فان قلنا بكون العين في ذلك مضمونه على البائع فيحكم بضمانه بمعنى

أن المعامله نفسخ و يأخذ المشتري الثمن من البائع و يأخذ البائع العين من المشتري و ان لم يكن مالا، بل و ان لم يكن ملكا أيضا بحيث خرجت عن الإضافه المالىه و الملكيه لا- أن المشتري يأخذ الأرش و تبقى العين تحت يده أيضا كما هو مقتضى قانون أخذ الأرش و إذا فالضمان هنا ليس ضمان أرش، بل ضمان خاص أجنبى عن الأرش و يفترق عنه بانفساخ العقد و رجوع العين الى ملك البائع ان كانت إضافه الملكيه باقيه و الأ فتكون متعلقه لحقه فافهم.

نعم، يمكن تصوير ذلك بأنه إذا اشترى متاعا بثمن ككتاب شرح اللمعه و ظهر معينا بحيث لو أصلح ذلك و أبقيت مالىته ليكون صحيحا كان مصرفه أكثر من أصل قيمه المعيب أو اشترى عبدا و ظهر مريضا و كانت قيمته خمسين دينارا و لكن كان مصرف مرضه بحيث يكون صحيحا مائة دينار فيكون الأرش فى مثل هذه التصويرات أكثر من قيمه أصل المعيب.

و لكن الظاهر أن هذا أيضا لا- تخلو عن المناقشه بداهه أنه مع ذلك أيضا لا تسقط العين عن المالىه بالكليه بل هى باقيه على مالىتها بمقدار فإنها تقوم صحيحه و معيبه فعلا و يؤخذ نسبة التفاوت ما بينهما من أصل الثمن لا أن مجموع قيمه الصحيح يؤخذ من البائع حتى يكون مستوعبا.

و على الجملة فلا نعقل صورته يكون الأرش فيها مستوعبا للثمن.

و بعبارة أخرى أن ما تصلح به العين المعيبه و ان كان يستوعب الثمن أو يكون أكثر منه الأ- أنه مع ذلك لا- تخرج العين عن المالىه، بل لها قيمه أيضا فلا يكون الأرش مستوعبا للثمن كما هو واضح و ليس ذلك مثل الأعيان التى لا مالىه لها و تسقط عنها كالخل الذى لا حموضه فيه.

ثم انه ذكر المصنف أنه يظهر من العلامه فى كتبه أنه يلتزم بالأرش المستوعب فى العيب المتقدم على العقد فإنه ذكر العلامه (ره) فى كتبه



مسأله بيع العبد الجاني الى أن قال و للمشتري الفسخ مع الجهل فيرجع بالثمن أو الأرش فإن استوعب الجنايه قيمه و الأرش ثمنه أيضا فإن الظاهر من هذه العبارة أن في صوره عدم الفسخ يكون الأرش الذي يأخذه من البائع للعيب الذي هو الجنايه بمقدار الثمن فلذا عبر بكلمه أيضا غايه الأمر أنه على المبني الذي ذكرناه من كون الأرش غرامه يكون مساويا للثمن و لا يكون نفس الثمن و أما بناء على كون الأرش جزء من الثمن كان الأرش بعينه تمام الثمن.

أقول:تحقيق الكلام في هذا الفرع الذي ذكره العلامة(ره)في كتبه هو أن الجنايه الصادره من العبد على قسمين لأنها قد تصدر منه خطأ و قد تصدر منه عمدا،أما الأول فلا شبهه في أن العبد لا يكون متعلقا لحق المجنى عليه أصلا،بل ديه الجنايه على المولى إذا كان موسرا،نعم إذا كان معسرا و لم يقدر على إعطاء الديه كان للمجنى عليه أن يستوفى ذلك من نفس العبد بأن يسترقه ان كانت الجنايه مستوعبه و الأ يسترق بعضه هذا بالنسبه إلى المجنى عليه و أما المشتري فان كان عالما فلا شيء على البائع لأنه قد أقدم بذلك مع علمه و رضاه،فلا يرجع الى البائع و ان كان جاهلا و لم يكن المولى معطيا للديه لإعساره فاسترقه المجنى عليه من المشتري فيرجع المشتري ح على البائع بما اغترمه للمجنى عليه و هذا واضح.

و أما الجنايه العمديه فهي توجب كون العبد بنفسه متعلقا لحق الغير و من هنا يجعلون من جمله الحقوق حق الجنايه و في هنا أيضا لا يكون البيع باطلا مع وقوعه بدون إجازة المجنى عليه لما قد عرفت في البيع أن كون شيء متعلقا لحق الغير كحق الرهن و الجنايه و نحوهما لا يمنع عن صحه البيع سواء أجاز ذو الحق ذلك أم لا،فإن غايه الأمر له أن يستوفى حقه من العين أينما وجدها و أما بطلان البيع فلا،و الفرض أن العين في

ملك البائع أيضا فليس ملكا للمجنى عليه، بل له أن يسترقيها و يدخلها فى ملكه لا أنها تصير ملكا له بمجرد الجنايه و أما المشتري فهو مع علمه بالحال ليس له شىء لأنه مع علمه بالحال قد أقدم على ذلك و أما مع الجهل فله الفسخ أو مطالبه الأرش.

و توهم سقوط المملوك عن المالىه فى صوره الجنايه العمديه مع جهل المشتري لكونه معرضا للخطر فإنه لو كان كذلك كان للعلامه أن يحكم بالبطلان فى صوره العلم مع أنه لا يحكم بذلك فلاحظ كلامه و الوجه فى ذلك أنه ممن يعتبر المالىه فى المبيع و ان لم نعتبرها فى ذلك على أن توهم سقوطه عن المالىه بلا وجه فان مجرد احتمال أن المجنى عليه يستوف حقه منه بقتله و نحوه لا يخرج عن المالىه لاحتمال أن لا يستوفى أصلا، فافهم.

**قوله:مسأله:يعرف الأرش. بمعرفه قيمه الصحيح و المعيب**

**اشاره**

أقول:لما عرفت أن النقص لعيب و عوار يوجب جواز مطالبه المشتري الأرش من البائع.

و أما طريق معرفته انما هو بمعرفه قيمتى الصحيح و المعيب ليعرف التفاوت بينهما فيؤخذ من البائع بنسبه ذلك التفاوت هذا إذا كانت القيمه معلومه.

و أما إذا لم تكن القيمه معلومه فلا بدّ من الرجوع الى العارف بها و قد

**قسم المصنف ذلك الى ثلاثة أقسام:**

**الأول:أن تكون القيمه معروفه و معلومه عند أهل البلد من غير احتياج**

فى معرفتها الى أهل الخبره

و لكن البائع و المشتري جاهلان بها فيسئلان مّن هو عارف بها و يخبر عن القيمه المتعارفه بين الناس بأن يخبرون أن هذه الحنطه فى السوق يباع كذا و هذا القسم داخل فى الشهاده فيعتبر فيها التعدد.

ص: ٢٨٥

## القسم الثاني: أن لا تكون قيمه معلومه فى السوق لعدم وجوده فيه

أصلاً،

و يخبر المخبر عن القيمة بحدثة من جهة ملاحظه أشباهه و نظائره و ان كان من غير جنسه لأنه من أهل الخبره يعرف قيمه الأشياء بملاحظه الأوصاف و الخصوصيات الموجوده فيها، كما إذا كان المبيع تذكره العلامه بخطه و ظهر معيوباً فإنه ليس له نسخ كثيره فى السوق حتى يعرف قيمتها منه، بل هو منحصر بنسخه واحده فأخبار المخبر بقيمتها من جهة حدسه و بملاحظه أوصافها من حيث نظائرها من الكتب الخطيه و هذا خارج عن موضوع الشهاده و الاخبار، بل هو من صغريات اخبار أهل الخبره كالطبيب و نحوه، و قد ثبت حجيه قوله ببناء العقلاء و من ذلك الرجوع الى قول المجتهد فإنه من أهل الخبره مع قطع النظر عن الروايات الوارده فى حجيه قوله كما هو واضح.

## القسم الثالث: ان تكون قيمه المبيع بحسب أجناسه معلومه فى السوق

و لكن لا يعلم أنه من قسم الردى أو من قسم الجيد،

فالمخبر يخبر على الانطباق أى انطباق الصحيح بالمبيع و الردى عليه، و الأبعد العلم بكونه من أيهما فالقيمه معلومه، فالجهل انما هو فى الانطباق فهذا داخل أيضاً فى أهل الخبره فإن الاطلاع بذلك الخصوصيه التى توجب الانطباق يجعلها أهل خبره، فقد قام ببناء العقلاء على قبول قوله كما عرفت فى سابقه.

و على الجملة القسم الأول من قبيل الشهاده و القسمين الأخيرين من باب قبول قول أهل الخبره أما القسم الأول فلا شبهه فى حجيته مع وجود شروط الشهاده فيه و أما بقيه الأقسام فكك أيضاً لوجهين على سبيل مانعه الخلو فإنه اما من جهة أن دليل حجيه خبر الواحد يشمل جميع أقسام الاخبار سواء تعدد المخبر أم لا، و سواء كان الاخبار عن الموضوعات أو عن الأحكام المتعدده كباب المرافعات المسمى بباب الشهاده و نحوه، و

ص: ٢٨٦

قد ذكرنا ذلك في محله و أن دليل حجيه الخبر من بناء العقلاء و غيره يقتضى حجيه الخبر بقول مطلق و أن اعتبار بعض القيود من جهه الدليل الخارجى أو من جهه أن بناء العقلاء قائم على اعتبار الوجهين الأخيرين أيضا من جهه حجيه قول أهل الخبره على أن الوجه هو الذى قلنا من شمول حجيه خبر الواحد بجميع أقسام الخبر سواء كان فى الموضوعات أو فى الاحكام و اعتبار التعدد فى باب المرافعات و نحوه المسماه بباب الشهاده،انما هو بدليل خاص و أنه خرج عن ذلك الأصل بدليل و الآ فقول العادل الواحد يقبل فى جميع ذلك كما لا يخفى.

ثم إذا لم يوجد المقوم فهل يكتفى بمطلق الظن أو يؤخذ الأكثر، أو يكتفى بالأقل، أما الأول فمن جهه حجيه الظن عند انسداد باب العلم و أما الثانى فلان ذمه البائع مشغوله بالأرش مع مطالبه المشتري، فلا تبرء ذمته إلا بأداء الأكثر، و أما الثالث فلكونه هو المتيقن، فالظاهر هو الأخير لما عرفت مرارا فى الأصول و غيره أن الشك فى أمثال ذلك فى أصل اشتغال الذمه بالأكثر من الأول لا أن الذمه اشتغلت و نشك فى برائتها بإعطاء الأقل و عليه فالمتيقن هو إعطاء الأقل كما هو واضح.

مسأله فى تعارض المقومون

**قوله:مسأله:لو تعارض المقومون**

فيحتمل تقديم بينه الأقل للأصل.

أقول:قد عرفت أنه لا بدّ فى معرفه الأرش من الرجوع الى المقوم من جهه كونه من أهل خبره فإذا عرف الحال بالرجوع اليه فبها، و إذا اختلف المقومون فما ذا تقتضيه القاعده، أقول:إذا اختلف البائع و المشتري فى قيمه بأن ادعى المشتري كون الأرش أكثر و أنكره البائع و رجعا الى المقوم و

ص: ٢٨٧

اختلف المقومون فى ذلك أيضا بحيث كان رجوعهما الى المقومين بعد اختلافهم فى ذلك و لا يخفى أن فرض البائع منكرًا من جهة الغلبه حيث يكون المعيب هو المبيع، والأ- قد يكون المعيب هو الثمن و ينعكس الأمر و كيف كان فالظاهر أن هذه الصورة خارجه عن مورد كلام الشيخ و غيرهم الذين تصدوا لبيان حكم هذه المسأله و أنه لم يتبّه أحد بذلك فيما نعلم.

و بيان ذلك أن كلامهم مسوق لبيان حكم صوره الاختلاف فى الأرش مع جهل المتبايعين بالحال و هذه الصورة انما هى الرجوع الى المقوم مع اختلافهما فى ذلك كما هو واضح. و أما حكم هذه الصورة فالظاهر أنه لا يجرى فى المقام ما ذكر فى المدعى و المنكر فان الظاهر من الروايات الوارده فى ذلك هو اختصاص البينه للمدعى و اختصاص اليمين بالمنكر و الرجوع الى المقومين، يقتضى أن تسمع بينه المنكر أيضا، و هو على خلاف تلك الاخبار كما هو واضح.

و على تقدير الرجوع الى ذلك القاعده و شمولها للمقام يكون من قبيل تعارض بينه الداخل و الخارج فكلما ذكر فى ذلك يأتى هنا.

و بعبارة أخرى أن فى صوره اختلاف المتبايعين فى الأرش من حيث الزيادة و النقصان كان ذلك من قبيل المدعى و المنكر فيكون من صغريات تلك المسأله فان قلنا بسمع بينه المنكر، فيكون التعارض بينهما من قبيل تعارض بينه الداخل و الخارج و البحث فيه فى محله و ان لم نقل بسمع بينه المنكر، بل كان اللازم فى حقه اليمين كما هو الظاهر لم تسمع بينه بل بينه المدعى.

و أما إذا جهل البائع و المشتري بالأرش أصلا و كان رجوعهما الى المقومين من جهة جهلهم بالأرش فمقتضى القاعده أى شىء فهل يرجع أحد المقومين الذى يكون قوله موافقا للأصل و هو بينه الأقل فإن فاختلاف هنا

فى الأ-كثرو لا شبهه أن بئنه الأقل موافقه للأصل أو يؤخذ بئنه الأكثر فإن جهه الاختلاف هنا عدم وصول بئنه الأقل بما وصل اليه بئنه الأ-كثرو فتكون جاهلا- بالزياده أو يرجع الى الحاكم فيكون الحاكم مختيرا بين أن يأخذ بأى بئنه شاء على حسب رأيه أو يرجع الى القرعه لأنها لكل أمر مشتبه أو يرجع الى الصلح لأن لكل منهما حجه شرعيه فمقتضى العمل بها هو الرجوع إليها كما هو واضح. أو أنه يجمع بينهما بطرح مقدار مفاد كل منهما و الأخذ بالبقيه بأن تؤخذ من كل بينه نصف القيمه لو كان المقومان اثنان أو الثلث لو كان ثلاثه و هكذا و قد اختار المصنف الوجه الأخير تبعا لمعظم الأصحاب و أشكل فى بقيه الوجوه كلها.

أقول: ان كان نظره أى نظر المصنف من ترجيح ما ذهب اليه المعظم الى الجمع بين الدليلين مطلقا فإنه لا شبهه فى كونه جمعا عرفيا و مختصا بالموارد التى تكون فى أحد الدليلين قرينه على بيان المراد.

و بعباره أخرى أن تلك القاعده مختصه بموارد كون أحد الدليلين ذى القرينه دون الأخر، كما إذا صدرا معا من شخص واحد، فإنه نعلم بعدم كذبه فيكون ذلك قرينه على الجمع بينهما أو صدرا من شخصين الذين فى حكم شخص واحد كالأئمه (عليه السلام) فإنهم لسان واحد و من هنا انه يقع نسبه روايه صدرت عن الصادق عليه السلام الى سائر الأئمه (عليه السلام) و لكن ذلك لا يجرى فى المقام فان كل واحد من المقومين غير الأخر فالجمع بينهما على هذا النحو موجب للمخالفه القطعيه فلا يمكن الأخذ بهذه و قد أشكل عليه المصنف بهذا البيان فى أول التعادل و التراجيح من كتاب الرسائل.

و ان كان نظره فى ذلك هو الرجوع الى هذه القاعده فى المرافعات الماليه و حقوقها بان يكون العلم بوصول المال الى صاحبه متوقفا على بذل مقدار منه نظير المقدمه الوجوديه بأن يتوقف إيصال المال الى صاحبه على بذل مقدار منه، فيكون المراد من أولويه الجمع من الطرح الأولويه التعيينه

كالاولويه فى باب الإرث، بل ذكر المصنف ان اجراء هذه القاعده هنا أولى من إجرائها فى الأحكام لأن الأخذ بأحدهما كليه و ترك الآخر كك، فى التكليف الشرعيه لا ينقص عن التعين الذى هو مثل الجمع بين الدليلين من الاحكام، و لا يجوز الارتكاب به بخلاف ما نحن فيه الى آخر ما ذكره فهذا لا شبهه فيه لقيام السيره على ذلك، فان بناء العقلاء على إمضاء هذا العمل بل ورد نظير ذلك فى الأخبار كما فى قضيه الودعى حيث أوجب الإمام عليه السلام أن لكل من الودعيين النصف مع العلم بأن الدرهم لأحدهما و ذلك لأن العلم بوصول المال اعنى الدرهم الى صاحبه متوقف على إعطاء نصف الدرهم لغيره و ان كان مراده هذا فهو لا- شبهه فيه، الأ- أنه أجنبي عن مقامنا و هو الاختلاف فى الأرش فإن ذلك كما عرفت انما هو فى الحقوق الماليه و من الواضح أنه ليس هنا حق مالى حتى يكون الاختلاف فى ذلك و ينتهى النوبه إلى تلك القاعده و يعمل بها لأجل العلم بإيصال المال الى صاحبه، بل الأمر هنا دائر بين الأقل و الأكثر كما عرفت و الأقل متيقن و الكلام فى أصل اشتغال الذمه بالأكثر فهو أول الكلام فضل عن ان يراجع بقاعده التصنيف كما هو واضح.

على أن الرجوع الى أمثال المقام يعطى القطع بعدم جواز الرجوع بقاعده الجمع بين الدليلين كما إذا كان اختلاف المتبايعين فى أصل الأرش لا فى الزياده و النقيصه كما عرفت أن الأمر فى المقام يدور بين الأقل و الأكثر فالنزاع فى الأكثر أنه ثابت أم لا، مثل النزاع فى ثبوت الأرش و عدمه ابتداء و عليه فلا بدّ من الرجوع الى قاعده الجمع بين الدليلين.

ثم انه كما لا يمكن الرجوع الى قضيه الودعى و الإشهاد بها للمقام كما عرفت و كذلك لا يمكن الرجوع الى ما ورد فى بعض الأخبار من أن الدار التى تحت يد شخصين و يدعى كل منهما كونها ملكا له أنه تنصف و

الوجه فى خروج ذلك عن المقام هو أن الحكم بالتنصيف من جهة قاعده اليد و كون البينتين متعارضتين.

و يمكن التوجيه بوجه آخر و هو أن الحكم بالتنصيف فى قضيه الدار من جهة أن كل منهما يدعى النصف من الآخر و ينكره الأخير فإن النصف الآخر تحت يده على نحو المشاء فكل منهما اقام بينه على ما يدعيه و أوجبت ذلك كون إنكار الآخر ذلك لغوا محضا فيكون النصف له من جهة البيئه كما لا يخفى.

انتهى كلامها الى الجمع بين المقومين و قلنا ان المشهور ذهبوا اليه و أن مقتضى الجمع بين البينتين هو الأخذ بالنصف إذا كانت البيئه اثنان و بالثلث إذا كانت ثلاثه و هكذا و قلنا أنه لا وجه لهذا الوجه لأنه إذا كان من جهة الجمع بين الدليلين كما ذهب اليه الشيخ الطوسى و ذكر أن الجمع بين الدليلين مهما أمكن أولى من الطرح كما أن هذا يظهر من أول كلام المصنف و هو الذى ذكره المصنف فى التعادل و التراجيح من الرسائل.

و أشكل عليه بأنه لا- وجه للجمع بين الدليلين بذلك حيث انه طرح لهما و هو مخالفه قطعيه الا ان يكون هنا قرينه على ذلك كما إذا أورد من شخص واحد أو من فى حكم شخص واحد و ان كان المراد من ذلك هو قاعده العدل و الانصاف و الجمع بين الحقوق كما يظهر ذلك من ذيل كلامه و هو و ان كان متينا لقيام السيره القطعيه عليه فى الحقوق المالىه، بل ورد عليه الخبر فى الودعى فإن العرف قاض بجواز بذل مقدار من المال مقدمه للعلم بوصول مقدار منه الى صاحبه نظير المقدمات الوجوديه كبذل مقدار من المال لإيصال مقدار الآخر الى صاحبه و هو حسن و لكن لا ربط له بالمقام حيث ان فى المقام ليس حق مالى و انما الأرش يثبت بالمطالبه و لا شبهه أنه لم يثبت بالمطالبه إلا ما هو المتيقن و أما الزائد فلا، كما هو واضح.



بل ذكرنا أن اختلاف المقومين في الزيادة و النقصان مثل اختلافهم في أصل ثبوت الأرش و عدمه لأن الأقل متيقن و الأكثر مشكوك فيكون الأكثر مثل أصل ثبوت الأرش من الأول كما هو واضح.

و اما قضيه الحكم بتنصيف الدار فقد عرفت أنه من جهه اليد أو من جهه قيام البينه على كون كل من النصفين لكل منهما كما هو واضح.

و أما الرجوع الى القرعه فلا- وجه له أيضا، لأن الأدله العامه للقرعه الداله على انها لكل أمر مشتبه لا يمكن الرجوع إليها و الا فيلزم أن لا يرجع الى شئ من الأصول و الامارات لوجود الشك في مواردها.

و أما الأدله الخاصه التي ذكرها السيد الداله على جريانها في بعض الموارد فهي خارجه عن المقام لأن الظاهر أنها مختصه بصوره التداعى فإن الإمام عليه السلام حكم فيما تداعيا اثنان و أقام كل منهما بينه على ما يدعيه انه يرجع الى القرعه و كل من خرجت القرعه على اسمه يحلف و يحكه له فيعلم من ذلك أن القرعه في مورد التداعى، و أما المقام فليس بمورد التداعى أصلا كما عرفت في أول المسأله، بل ربما يعترف كل من البائع و المشتري بأنه لا يدري أن التفاوت بأى مقدار و عليه فكيف يرجع الى القرعه كما هو واضح.

و أما الحكم بأن الحاكم يكون مختيرا بين الأخذ بأى البينتين شاء فهو أيضا بلا وجه بداهه أنا ذكرنا في التعادل و الترجيح أنه لا أساس للقول بالتخير في باب تعارض الدليلين أصلا، و على تقدير جوازه فإنما يجوز ذلك في تعارض الروايتين و أما في تعارض مطلق الدليلين فلا كتعارض البيئه مع البيئه و الظاهر مع الظاهر، و الأصل مع الأصل و هكذا.

و أما الرجوع الى بيئه الأكثر فهو أيضا بلا وجه، لأنه إنما يجوز ذلك فيما إذا كانت بينه الأقل لا يعلم بالزائد، بأن يقول ان المتيقن أن قيمه هذا الشئ هذا المقدار على اليقين، و بيئه الأكثر تدعى العلم بان قيمته هذا

و ح فلا تعارض بين البيتين فان بينه من يدعى الأقل جاهل بالقيمه الزائد عن المقدار القليل و أنه يدعى القيمه القليله من باب القدر المتيقن و هذا بخلاف بينه من يدعى الأكثر فإنه يدعى العلم بكون قيمه هذا الشىء هو هذا المقدار كما هو واضح.

و أما إذا ادعت بينه كل منهما العلم بأن قيمه هذا الشىء هذا المقدار لا أكثر و لا أزيد.

و ح لا شبهه فى تعارض البيتين قطعاً فلا مرجع للرجوع الى بينه الأكثر بدعوى أن بينه الأقل لا يعلم الجزء الزائد كما هو واضح.

و أما الأخذ بينه الأقل من جهه تعاضدها بالأصل فلا وجه له أيضاً لما ذكره المصنف من أن الأصل انما يكون دليلاً إذا لم يكن هنا دليل لفظى، و إلا فلا يكون الأصل دليلاً و لا مرجحاً كما هو واضح.

و قد حقق ذلك فى علم الأصول فى بحث التعادل و التراجيح. إذا فالمقام من موارد تعارض الدليلين و تساقطهما فلا بدّ من الرجوع الى الأصول العمليه فإننا ذكرنا فى مورده أن القاعده الكليه و الكبرى الكليه فى تعارض الدليلين هو الحكم بالتساقط و الرجوع الى الأصول العمليه و كذلك المقام كما لا يخفى فإنه من صغريات تلك الكبرى و أما الرجوع الى الصلح بان يكونا ملزمين عليه، فلا دليل عليه، إلا ان يختار المتبايعان ذلك باختيارهما و عليه فلو ألزما عليه كان الصلح باطلاً من جهه كونه إكراهياً كما لا يخفى.

ثم انه على تقدير العمل بالجمع بين البيتين فما ذا هو طريق الجمع ذكر المشهور فى طريقه أنه أخذت قيمه واحده متساويه النسبه إلى الجميع أى منتزعه منه نسبتها إليه بالسويه فمن القيمتين يؤخذ نصفهما و من الثلث ثلثها و من الخمس خمسها و هكذا و ضابطه أنه تؤخذ قيمه واحده منتزعه

من المجموع نسبتها إليه كنسبه الواحد الى عدد ذلك القيم و الوجه فى أخذه كك، أن الترجيح بلا مرجح باطلا فلا بدّ و أن يفعل هكذا أن يجمع القيم الصحيحه على حده و المعيبه كك و ينسب إحداهما إلى الأخرى و يؤخذ بتلك النسبه من غير فرق بين أن يكون اختلاف المقومين فى قيمته صحيحا و معيبا أو فى أحدهما.

و توضيح ذلك أنه يؤخذ من القيمتين الصحيح نصفهما و من الثلث ثلثهما و من الأربع ربعهما، و هكذا فى المعيب، ثم يلاحظ النسبه بين المأخوذ للصحيح و المأخوذ للمعيب و يؤخذ بتلك النسبه مثلا إذا كان إحدى قيمتى الصحيح اثنى عشر و الأخرى ستة و إحدى قيمتى المعيب أربعة و الأخرى اثنتين أخذ من كلتا قيمتى الصحيح و كلتا قيمتى المعيب النصف أعنى التسعه من قيمتى الصحيح و الثلاثه من قيمتى المعيب فىكون التفاوت بين قيمتى المعيب و قيمتى الصحيح بالثلثين فىكون الأرش ثلثى الثمن فيرد من أصل ثمن المبيع ثلثاه كما هو واضح.

و يمكن ملاحظه مجموع قيمتى الصحيح بالنسبه إلى مجموع قيمتى المعيب و أخذ نصف ما به التفاوت فأن التفاوت بين قيمتى الصحيح و قيمتى المعيب هو الستة فى المثال المذكور و نصفها الثلاث و هكذا فيما إذا كان المقوم ثلاثه أو أربعة كما هو واضح.

مثلا إذا قومه إحداهما باثنى عشر و الأخرى بثمانيه أخذ فى نصف الأربعة بقول المثبت و فى نصفها الآخر بقول النافى جمعا بين حقى البائع و المشتري.

و الى هذا يرجع أيضا تنصيف ما به التفاوت بين قيمتى الصحيح أو قيمتى المعيب بأن تعمل نصفه بقول المثبت للزيادة و فى النصف الآخر بقول النافى فإذا قومه إحداهما صحيحا باثنى عشر و الآخر صحيحا بثمانيه أخذ فى

نصف الأربعة بقول المثبت و فى نصفها الآخر بقول النافى و كك فى طرف المعيب و هكذا فى المثال المتقدم.

ثم انه قد اعرض الشهيد(ره) عن طريقه المشهور من جهة عدم الدليل على أخذ القيمة الانتزاعيه و سلك مسلكا آخر و هو الأخذ بنفس النسبه بين قيمه كل معيب الى صحيحها و يجمع قدر النسبه و يؤخذ من المجتمع نسبتها بأن يرجع الى البينه فى مقدار التفاوت فقط، و يجمع بين البينات فيه من غير ملاحظه القيم فإذا قومه إحداهما صحيحا باثنى عشر و معيبا بثمانيه و قومه الأخرى صحيحا بالعشره و معيبا بثمانيه فمقدار التفاوت بين الصحيح و المعيب فى القيمه الاولى هو الثلث و فى الثانيه هو الخمس.

ثم انه قد يتحد طريق الشهيد مع طريق المشهور و قد يختلف و انما لم نفصل لأننا لم نساعد الشيخ و المشهور فى المبني.

### قوله: القول فى الشروط التى يقع عليها العقد.

أقول: ذكر المصنف أن للشرط فى العرف معنيان الأول المعنى الحدى و المصدرى أعنى الالتزام، و الإلزام و الشرط بهذا المعنى مصدرى يصح ان يشتق منه المشتقات فيقال شرط شرط و هو شارط و ذلك الأمر مشروط و فلان مشروط له أو مشروط عليه ففى القاموس أنه التزام الشىء و إلزامه فى البيع و غيره ثم ذكر ان ظاهر كلام القاموس هو أن استعمال الشرط فى الإلزامات الابتدائيه من قبيل المجاز دون الحقيقه.

ثم أشكل عليه بأنه فاسد و لعل صاحب القاموس لم يطلع على موارد استعمال كلمه الشرط و ما اشتق منها فى الإلزامات الابتدائيه مع أنه كثير كقوله عليه السلام فى حكاية بيع بريره ان قضاء الله أحق و شرط أوتق و الولاء لمن أعتق و كقول على عليه السلام فى الردّ على مشترط عدم التزويج بامرأه أخرى فى النكاح ان شرط الله قبل شرط كم و قوله عليه السلام: ما

الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشتري، قلت: و فى غيره؟ قال: هما بالخيار حتى يفترقا و أيضا قد أطلق الشرط على العهد و النذر و الوعد فى بعض أخبار النكاح و قد اعترف فى الحدائق بأن إطلاق الشرط على البيع كثير فى الأخبار.

و توهم أن الاستعمال فى الموارد المذكوره على نحو المجاز توهم فاسد لكونه على خلاف الظاهر و محتاجا إلى القرينه على أن الامام عليه السلام استدلا بقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم على العهد و النذر فى بعض أخبار النكاح و يضاف الى ذلك أنه لا حجيه فى قول القاموس مع تفرده بالنقل و كون الاستعمالات على خلافه.

و على الجملة فلا شبهه فى أن هذا المعنى للشرط معنى عرفى و هو الالتزام و قد يطلق على الملتزم به مجازا فيطلق الشرط و يراد منه المشروط كالخلق بمعنى المخلوق و ح فيراد منه ما يلزمه الإنسان على نفسه.

المعنى الثانى من المعانى العرفيه ما يلزم من عدمه عدم المشروط من دون أن يلاحظ ناحيه الوجود بأنه يلزم من وجوده الوجود أو لا يلزم فيكون المراد من الشرط بهذا المعنى فى نظر العرف ما يكون دخيلا فى تحقق الشىء و وجوده فى الخارج و لا ريب أن الشرط بهذا المعنى من الجوامد فلا يصح اشتقاق المشتقات منه لعدم كونه مصدرا و لا أنه فعل لأحد و على هذا فاشتقاق المشروط منه و كك الشارط و نحوهما ليس على الأصل و القاعده و لذا ليس أى الشارط و المشروط بمتضايقين فى الفعل و الانفعال بل الشارط هو بمعنى الجاعل و المشروط هو الذى جعل له الشرط كالمسبب بالكسر و الفتح المشتقين من السبب الذى هو اسم جامد، و الحاصل: أن الشرط بمعنى الثانى نظير الأمر بمعنى الشىء الذى لا يصح أن يشتق منه شىء، و الشرط بالمعنى الأول نظير الأمر بمعنى الطلب الذى يصح الاشتقاق منه.

ثم ذكر أن للشرط معنيين آخرين اصطلاحين، أحدهما ما وقع عليه اصطلاح النحاه من أن الشرط هي الجملة الواقعه عقيب أدوات الشرط.

و ثانيهما: ما استقر عليه اصطلاح أهل المعقول و الأصول من أن الشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط و لا يلزم من وجوده الوجود، و هذا المعنى الثانى الاصطلاحى أخص من المعنى الثانى العرفى، فإنه أى المعنى الثانى العرفى أعم منه فان لك قد عرفت أنه ما يلزم من عدمه العدم و لكن طرف الوجود مسكوت عنه فإنه قد يلزم من وجوده الوجود فيشمل السبب و قد لا يلزم فيشمل هذا المعنى الثانى الاصطلاحى كما هو واضح لا يخفى فافهم.

ثم ذكر أن فى الاخبار عن الشرط بثلاثه أيام فى أخبار خيار الحيوان مسامحه واضحه لعدم كون ثلاثه أيام شرطاً فعليه فلا بدّ من توجيه ذلك بتقدير المضاف بأن يكون المراد شرط ثلاثه أيام ليكون الشرط بمعنى خيار كما صرح بكون الشرط بمعنى الخيار المصنف فى ذيل كلامه.

و عليه فيكون ذلك مثل ما ورد فى بعض اخبار خيار الحيوان أن فى الحيوان كله شرط ثلاثه أيام، و لا يحتاج هذا التعبير الى التوجيه كما توهم بعض المحشين من كلام المصنف (و لا يخفى توقفه على التوجيه) بل هو قيد لما قبل كلمه النعم أعنى الأخبار المشتمله على الاخبار عن الشرط بثلاثه أيام.

و كيف كان فالشرط فى هذه الاخبار اما بمعنى ما قرره الشارع و ألزمه المتبايعين أو أحدهما من التسلط على الفسخ فيكون مصدرا بمعنى المفعول فيكون المراد به نفس الخيار المحدود من الشارع أو يراد به الحاكم الشرعى المقرر و هو ثبوت الخيار.

أقول: الظاهر أن الشرط فى جميع الموارد قد استعمل بمعنى واحد و هو الربط و الارتباط و الإناطه و ليس له معنى عرفى و معنى اصطلاحى بل جميعها يرجع الى معنى واحد و إذا لاحظنا جميع موارد الشرط نرى كونه

مربوطا بشيء واحد و منوطا به و هذا الإناطه قد تكون أمرا تكوينيًا كالشروط التكوينية كتقيد المعلول بعليه فإن المعلول مشروط وجوده بوجود كل جزء من أجزاء علته و بوجود مجموع اجزاء علته فوجود العله شرط لوجود معلولها تكوينيا و قد تكون أمرا شرعيا و اناطه جعليًا كالشروط الجعليه فى العقد، و من ذلك شروط الصلاه و بقيه العبادات و غيرها التى جعلها الشارع شرطاً.

و قد ذكرنا فى مقدمه الواجب من علم الأصول أن فى موارد الشروط الشرعيه أن التوقف أيضا عقلى غايه الأمر أن المنشأ أمر مجعول، مثلا توقف الصلاه على الطهاره أمر تكوينى بعد جعل الطهاره دخيلا فى الصلاه و هكذا فى بقيه موارد الشروط الشرعيه.

نعم، فى المعاملات الشروط جعليه محضه و هى الربط و هذا الربط بنفسه مجعول.

و بعباره أخرى أن الشرط قد يكون أمرا تكوينيا كتوقف المعلول على العله و قد يكون أمرا شرعيا كالطهاره بالنسبه إلى الصلاه، و على كل تقدير فالتوقف عقلى، و انما المنشأ شرعى، و قد يكون جعليا محضا كالشروط فى المعاملات فإنها عباره عن الإناطه المحضه و هى مجعوله للجاعل.

ثم ان هذا المعنى الوجدانى يشمل الشروط الابتدائيه أيضا لوجود الإناطه فيها، فان الشرط قد أطلق على النذر و اليمين، و كذا على البيع على ما اعترف به صاحب الحدائق مع أنها ليست فى ضمنه عقد آخر لكى لا تكون شروطا ابتدائيا، بل جميع الشروط التكوينية شروط ابتدائيه كالعله و أجزاءها بالنسبه إلى المعلول، و على هذا فلا بأس بإطلاق الشرط على الشروط الابتدائيه كما ذكره المصنف، و لكن لا شهاده فيما ذكره من موارد الاستعمال على هذا الدعوى.

أما قوله قضاء الله أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن أعتق، فلعل إطلاق

الشرط هنا من جهة المقابلة حيث ان السائل قد شرط عدم كون الولاء لمن أعتق فمقابله لذلك أطلق الإمام عليه السلام الشرط على ذلك كما أن المقابلة في التعبير في غير هذه الموارد أيضا كثيرة كقوله تعالى تَعَلَّمْ مَا فِي نَفْسِي وَ لَا أَعْلَمْ مَا فِي نَفْسِكَ ،حيث أطلق النفس على الله تعالى مقابله لإطلاقها على نفسه و من هنا ظهر ما في قوله عليه السلام شرط الله قبل شرطكم،و أما إطلاق الشرط على الخيار في قولهم في أخبار خيار الحيوان فمن جهة أن العقد منوط بالخيار و محدود به،فلا يكون الشرط ابتدائيا، بل في ضمن عقد البيع.

ثم ان مرجع هذا المعنى من الشرط في مقام التحليل إلى أمرين:

الأول أن يكون نفس الالتزام معلقا بشيء كأن يبيع مثلا- على تقدير تحقق أمر فلانى، بأن باع عبدا بشرط أن يلتزم المشتري بإعطائه للعالم الفلانى و بحيث أصل الالتزام مربوطا بشيء آخر بمعنى أنه لا يبيع مع عدم هذا الالتزام من المشتري،و لا يضرّ التعليق هنا لكونه واقعا على أمر حاصل و انما يضرّ التعليق إذا كان بأمر استقبالي غير حاضر كما هو واضح.

و من هذا القبيل الشروط الواقعة في العقد اللانزاه التي لا- يجرى فيها الخيار كالنكاح،فان معنى الاشتراط فيه هو أن الالتزام بالنكاح على تقدير التزام المشروط عليه بالشرط المعلوم،و الأ فلا يلزم و يكون بذلك مندرجا تحت عموم الوفاء بالعقد،و أما إذا لم يف المشروط عليه بالشرط فلا- يثبت للمشروط له ح خيار بذلك،بل لعدم جريان الخيار في النكاح،بل يلزم في الحكومه بالوفاء به،و قد ذكرنا في بحث التعليق أن هذا لا يضر بالعقد،نعم إذا كان ذلك في مثل البيع و نحوه مما يجرى فيه الخيار فيثبت للمشروط له خيار على تقدير عدم الوفاء بما التزم به،فتكون نتيجة الاشتراط أمران كما هو واضح.



المعنى الثانى هو أن يكون التزام أحد المتعاقدين بالعقد معلقا على شىء خاص لا أصل للالتزام بالعقد كما إذا باع أحد متاعا، و الشرط فى ضمن العقد صفه خاصه أى كونه على وصف خاص أو فعلا بأن يشترط عليه خياطه ثوب، وقد ذكرنا سابقا أنه لا معنى لاشتراط شىء فى العقد، إلا التعليق، أو ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير التخلف، و حيث لا معنى للأول فيكون معنى الاشتراط هو الثانى.

و قد تحصل مما ذكرنا أن الشرط فى ضمن المعاملات قد يكون بإنائه العقد بفعل كبيع شىء على تقدير التزام المشتري ببيعه من شخص آخر أو بفعل آخر اختياري من الخياطه و نحوها فإن أصل البيع متوقف على هذا الالتزام و قد ذكرنا أن التعليق لا يضرّ فى مثل ذلك لكونه على أمر متحقق الحصول.

ثم ان المشروط عليه ان و فى بشرطه فهو، و الأ- يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و فى الحقيقه أن شرطه هذا منحل الى شرطين أحدهما الالتزام بالفعل الخاص فعلى تقدير عدم الالتزام لا يحصل البيع أصلا، و الثانى ثبوت الخيار على تقدير التخلف و ان كان تحقق الشرط الثانى فى بعض الموارد من العقود أى عقد يجرى فيه الخيار و قد يكون باطنه بالأوصاف كأن يبيع العبد بشرط كونه كاتباً أو يبيع العبد بشرط كونه خياطاً و هكذا و قد ذكرنا فى البحث عن خيار الشرط أن الالتزام بأوصاف المبيع لا معنى له الأ- ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير التخلف فإذا تخلف الوصف ثبت له خيار، و له أن يبقى العقد على حاله أو يفسخ.

**قوله: الكلام فى شروط صحه الشرط.**

**اشاره**

أقول:

**من جمله تلك الشروط أن يكون الشرط تحت الخيار المشروط**

عليه،

و الأ فلا يصح الشرط سواء كان صفه لا يقدر العاقد عليه التسليم

ص: ٣٠٠

بدونها أو كان عملاً لا يقدر بإيجاده كأن يبيع داره و اشترط على المشتري بيعها من عمرو مع أن شراء عمرو إياها ليس تحت اختيار المشتري أو يشتري منه زراعه و اشترط عليه كون سنبلًا أو كان هند زوجه له أو كون زوجه للمشتري مطلقه مع أن الطلاق و الزواج لا يتحققان بغير سبب عينه الشارع و لا بدون اختيار من بيده الطلاق و من بيده أمر النكاح و هكذا من الأفعال الغير الاختيارية للمشروط عليه و الجامع هو ذلك أى كون الشرط غير اختياري للمشروط عليه.

و قد استدل على بطلان هذا النحو من الشرط و كونه من صغريات الشرط الفاسد بوجه منها الإجماع و الثانى أن هذا النحو من الشرط غرر فيوجب بطلان البيع للنهي عن بيع الغرر، إذا كما لا بدّ و أن يكون المتبايعين عالما بالعوضين لئلا يكون البيع غرريا من ناحيتهما و كذلك لا بدّ و أن يكونا عالمين بالشرط المعتبره فيه.

و الثالث: أن هذا الشرط ليس مقدور التسليم للمشروط عليه فإنه كما يعتبر أن يكون المبيع و الثمن مقدور التسليم و كذلك يعتبر أن يكون الشرط أيضا كك.

و الرابع: ما ذكره شيخنا الأستاذ و اعتمد عليه، و هو أن المشروط عليه لا بدّ و أن يكون مالكا لما يشترط عليه، و الأ فيكون ذلك مثل بيع ما لا يملكك و قد ذكر في الفلسفه أن فاقد الشيء لا يكون معطيا له كما هو واضح.

أقول: أما الشرط بالمعنى الأول و هو تعليق العقد بالعقل كتعليقه على التزام المشتري مثلا، لا من جهة أن شرط أمر غير اختياري موجب للبطلان، بل من جهة أن الالتزام لا يتعلق بأمر غير اختياري كما هو واضح.

بل لا- يصدر اشتراط التزام الطرف بأمر غير اختياري من شخص عاقل أصلا، إلا إذا كان غافلا عن كونه غير مقدور ففي هذه الصورة نتكلم في ذلك

و أما الشرط بالمعنى الثانى بأن يكون معنى اشتراط أمر غير اختيارى هو ثبوت الخيار على تقدير عدم حصول ذلك الأمر كما فى اشتراط الأوصاف فأى دليل يقتضى بطلان ذلك، أما الإجماع فلا نطن بوجوده، بل نطمئن بعدم حصوله، و لذا خالف فى ذلك الشيخ و القاضى على ما ذكره المصنف فى المتن و على تقدير تحققه فلا- نطن أن يكون مستنده رأى المعصوم (عليه السلام) بل يحتمل أن يكون مستنده تلك الوجوه المذكوره فى المقام.

و أما توهم كون هذا الشرط غرريا و موجبا لبطلان المعامله فهو أيضا واضح الدفع لما ذكرناه فى بحث الغرر أن معناه هو الخطر و الهلاكه فإذا كان مرجع اشتراط أم غير اختيارى هو جعل الخيار للمشروط له على تقدير عدم الحصول فأى خطر فى ذلك، فإنه إذا حصل الشرط لزم البيع و الآ كان المشروط له بالخيار فأى غرر هنا و أى هلاكه مال أو شىء آخر فى المقام، على أنه لو كان هذا غرريا فأى فرق بين هذا و بين اشتراط الوصف، فإن الثانى أيضا غررى لجهل المتبايعين بالشرط أو جهل الشارط به فيكون غرريا مع أنه لم يقل أحد بالبطلان هنا من جهة الغرر و قد أبدى المصنف الفرق بينهما بأنه للإجماع، و فيه أنه غير محتمل أصلا بحيث يكون هنا إجماع يكون بعض افراد الغرر موجبا للبطلان دون بعض و أعجب من ذلك، أنه ذكر أن بناء المتعاقدين بالوصف فى اشتراطه يخرج المعامله عن الغرريه.

و فيه أولا- أن البناء أمر قلبى و الغرر عباره عن الخطر و هو أمر نفسانى اعنى التردد و الحيره فلا يرتفع بالأمر قلبى لعدم كونه من أفعال القلوب على أنه لو كان البناء موجبا لرفع الغرر و كيف لا يلتزمون بكونه رافعا للغرر فى المقام أيضا بأن يبنون على حصول ذلك الأمر فيكون ذلك موجبا لارتفاع الغرر كما لا يخفى.

و أما عدم القدره على التسليم فهو ليس شرطا آخر وراء اعتبار عدم الغرر

فإنها شرط واحد و سببه الجهل على أنه انما يفيد إذا كان الشرط، بمعنى الأول. أعنى تعليق العقد على الفعل، كالالتزام و نحوه، و أما فى المقام فأى فائده لكون الشرط مقدور التسليم فإنك قد عرفت أن مرجع هذا النحو من الاشتراط الى جعل الخيار على تقدير عدم الحصول كما إذا باع الزرع و شرط فيه كونه سنبلًا بمشيئه الله و الّا فيكون له الخيار كما هو واضح، و من هنا ظهر أنه لا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من اشتراط مالكيه المشروط عليه بالشرط، و الّا يكون ذلك مثل بيع ما لا يملك، و من هنا ظهر الحال ما فى الفرع المعروف من أنه لو باع متاعه كالدار مثلا من زيد و اشترط بيعه من عمرو فإنه لا شبهه فى صحه هذا البيع و يترتب عليه الخيار على تقدير عدم البيع و تخلف الشرط كما هو واضح.

و حاصل الكلام: أن الشروط التى يجب الوفاء بها ذكروا فيها شروطا منها أن يكون الشرط مقدورا و قد عرفت أنه استدل عليه بوجوه كانهى عن الغرر و لزوم القدره على التسليم، و قد يكون الاشتراط فرع كون المشروط عليه قادرا عليه و مالكا له كما ذكره شيخنا الأستاذ، و قد عرفت أنه لا يرجع شىء من ذلك الى محصل و ذكرنا جملة من الكلام الذى يرجع الى ما نحن فيه.

و تحقيق البحث هنا أن الشرط تاره يكون شرط فعل و أخرى شرط صفة.

أما الأول: فقد يكون شرطا لفعل نفس أحد المتعاقدين.

و أخرى: شرطا لفعل شخص أجنبى عنهما.

أما الأول: و لو كان امتناعه قياسيا كالطيران الى السماء و نحو ذلك مما يكون محالا بالنسبه إليه، فيكون معنى الشرط هو التزام المشروط عليه بالشرط و عليه فلا معنى لاشتراط أحد المتعاقدين على الآخر أن يلتزم بغير مقدور بأن يبيع ماله و يشترط عليه أن يلتزم بأمر غير مقدور فان هذا لا يصدر

نعم، لو وقع و لم يكن الشارط ملتفتا يكون الشرط أى ما يتعلق به الالتزام من المستحيلات، ثم انه إذا انكشف كونه من المستحيلات فهل يكون هذا أيضا داخلا تحت الشرط لغير المقذور فيبطل من الأول، بناء على بطلان الشرط الغير المقذور أو يدخل تحت الشرط المتعذر، فالظاهر أن يلاحظ مدرك ذلك، فان كان مدركه النهى عن البيع الغررى فلا شبهه فى عدم الغرر هنا، حيث ان الغرر على ما عرفت عبارته عن الخطر و هو قائم بالتردد و الحيره، و قد فرضنا ان المتبايعين ليسا ككك، أى ملتفتين بكون الشرط غير مقدورا حتى يكون ذلك غرريا، و ان كان مدركه عدم القدره على التسليم أو ما ذكره شيخنا الأستاذ من كون الشرط فرع كون المشروط عليه مالكا له فلا، بل يحكم بالبطلان و لكن قد عرفت عدم صحه شىء من ذلك.

و سنبين الحق كما أشرنا إليه سابقا، من كون هو الارتباط و أما إذا كان الشرط متعذرا فى آخر الوقت بعد ما كان مقدورا فى الابتداء، فعمل يكون هذا من صغريات الشرط الغير المقذور أو يكون من مصاديق الشرط المتعذر فلا يوجب فساد العقد فالحق المتعين هو الثانى، لأنه لا معنى لبطلان البيع بتعذر الشرط بعد ما كان صحيحا و الشرط مقدورا و ان قلنا ببطلان البيع بكون الشرط غير مقدور من الأول.

و أما إذا كان الشرط شرط فعل شخص آخر كأن يبيع و يشترط المشتري على البائع كون الزرع سنبلأ أو البسر تمرا أو غير ذلك، فإنه ح لا شبهه فى صحه البيع فان معنى الاشتراط هنا ليس هو توقف العقد على الترام الطرف بالشىء الخارجى، كما كان كك فى القسم الأول، بل معناه هو توقف الترام المشروط له بالعقد و الوقوف عليه و عدم فسخه متوقف على حصول الفعل الفلانى و صدوره عن شخص فلانى، و إذا لم يصدر الفعل من

شخص فلانى ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط فمرجع هذا النحو من الاشتراط هو جعل الخيار حتى ما لو صرح المتعاقدين باشتراط الإيجاب و القبول كليهما بحيث يعلم كون الشرط غير مقدور من حيث الشراء أى يكون بيع المشتري فعلا اختياريا و لكن شراء شخص آخر منه ليس اختياريا له كما هو واضح، و على هذا فلا شبهه فى العقد بل يجوز أن يشترط فيه الفعل الغير الاختيارى أيضا، كموت زيد و سقوط الحجر من شاهق و نحو ذلك فان معنى جميع ذلك ليس الا جعل الخيار و محدوديه العقد كما هو واضح.

و لعل هذا مراد العلامة فيما إذا باع احد ماله و اشترط بيعه من شخص آخر، بل هو الظاهر حيث التزم بثبوت الخيار على تقدير عدم تحقق الفعل، و لم يحكم بالبطان و مع مخالفه العلامة كيف يسوغ لأحد أن يدعى الإجماع فى المقام على البطان و قد عرفت مخالفه الشيخ و القاضى.

نعم، هو احتمال اللزوم حيث ذكر أن الشارط انما يبيع و يشترط على المشتري بيعه من شخص خاص، انما يشترط هذا على تقدير قبول ذلك الشخص الأجنبى الاشتراء، و إذا لم يقبل فيكون البيع لازما و هذا الذى ذكره العلامة أيضا صحيح، و لكنه خارج عن المقام، فان كلامنا فى الشرط الغير المقدور و ما ذكره العلامة مقدور حيث ان بيع المبيع من شخص أجنبى على تقدير قبوله مقدور للمشتري فلا يكون من صغريات الشرط الغير المقدور كما هو واضح.

هذا كله فى شرط الفعل لأحد المتعاقدين للأجنبى ثم انه إذا علق العقد على فعل الأجنبى فلا شبهه فى ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير التخلف كما عرفت الشرط، و إذ فعل الأجنبى من غير أن يتوقف عليه لزوم العقد و لا أصله فقبل الأجنبى هذا الاشتراط كما يقع ذلك فى العرف كثيرا حيث لا يقبل المشتري و يقبل الأجنبى كما إذا باع داره و اشترط إعطاء

درهم للفقير فلم يقبله المشتري، و لكن يقول الأجنبي هو على، فهل يكون هذا الشرط واجب الوفاء عليه و يشمله عموم المؤمنون عند شروطهم أو لا يشمله لكونه وعدا محضاً، فسيأتي الكلام فيه في الشروط الآتية من أن شرط الذي لا يتوقف عليه لزوم العقد و لا أصله، هل هو واجب الوفاء أم لا، و أما إذا لم يقبله المشتري، بل لم يكن حاضراً أصلاً فيكون عقد لازماً فلا يكون للمشروط له خيار أيضاً.

و الحاصل: أنه إذا علق أحد المتبايعين العقد على فعل الأجنبي فلم يقبله كان باطلاً، و إذا قبله و عمل به فهو واضح، و الا كان للمشروط له خيار تخلف الشرط، ثم انه في فرض قبول الأجنبي الشرط هل يكون ذلك واجب الوفاء عليه أو لا، بل يكون من صغريات الوعد فلا يجب الوفاء سيأتي الكلام فيه في خلال الشروط الآتية.

و أما شرط النتيجة، بأن يبيع زيد داره و يشترط على المشتري كونه و كيلا في بيع داره أو تزويجه أو شيء آخر أو يشترط عليه كون داره الفلانية ملكاً للبائع أو غير ذلك من شروط النتيجة فإن ذلك كله لا شبهه فيه و خارج عن المقام أعني اشتراط غير المقدور فإنه بمجرد هذا الاشتراط قد تحصل النتيجة جزماً فان معنى الوكالة هو اعتبار الغير و كيلا و إبرازه بمبرز من المبرزات و كذلك بقيه العقود و من الواضح أن البائع إذا اعتبر في ضمن بيع متاعه من عمرو و كون عمرو و كيلا في بيع داره أو كون داره الفلانية له و أظهره بقوله بعت متاعى بهذا الشرط و قبله المشتري، فقد تحصل الوكالة و تكون دار المشتري ملكاً للبائع بنفس هذا الإبراز و الإظهار كما هو واضح.

و أما اشتراط كون زوجة المشتري بئنه أو كون بنته زوجه له أو غير ذلك من الأفعال التي كانت لها أسباب معينه عند الشارع فغير مربوط بالمقام فان عدم حصول ذلك من جهة أن الشارع قد جعل لها أسباباً خاصه فلا

تحصل بغيرها و قد ورد في الروايات أن الطلاق ليس الا أن يقول الزوج لزوجه أنت طالق على (عند)شهود و على هذا فكيف يحصل بمجرد الاشتراط في ضمن العقد بدون هذا السبب.

و أما شرط الصفه فقد ذكرنا مرارا أن معنى ذلك ليس الا اشتراط.

الخيار على تقدير عدم ذلك الوصف إذا لا معنى للالتزام بالوصف الا هذا.

و توهم أن عدم الغرر هنا من جهة البناء كما عليه المصنف عجيب كما عرفت مضافا على ما تقدم أن هذا البناء يمكن أن يكون تشريعا بناء كاذبا فان اشتراط الوصف الفعلي ليس الا كاشتراط الوصف الاستقبالي، فكلها يرجع الى جعل الخيار كما هو واضح.

و توهم أن الشرط في الأول غير مقدور هو فاسد للوجوه المتقدمه توهم فاسد، فان كون فعل الغير غير مقدور لا يخلّ بهذه الجبهه و هو شرط الخيار لما ذكرنا أن المرجع في ذلك كله الى شرط الخيار كما لا يخفى، فافهم.

و الوجه في ذلك كله هو ما ذكرناه في معنى الشرط من أنه عباره عن الربط و الارتباط و الإناطه، فإذا كان ذلك في ضمن العقد فقد يكون العقد معلقا على شيء و قد يكون الالتزام به معلقا على شيء، و في الثاني لا يفرق بين أن يكون ذلك الشيء المعلق عليه امرا اختياريا أولا- فإنه على كل تقدير فالإناطه موجوده فإذا حصل و تحقق الشرط فهو، و الا حكم بكون المشروط له ذى خيار كما لا يخفى.

و توهم أن الإجماع قائم على البطلان فاسد لما عرفت من عدم الإجماع هنا كما هو واضح.

قد عرفت ان شرط الفعل انما يجوز إذا كان مقدورا من حيث متعلقه فلو شرط الالتزام بشيء محال و لو كان محالا قياسيا كالطيران الى السماء



لا ينفذ هذا الشرط، بل لا يشترط هذا الشرط عاقل فإنه بعد علمه بعدم تمكن المشروط عليه من ذلك فيكون هذا الاشتراط لغوا محضاً.

نعم، إذا لم يلتفت الشارع بكونه غير مقدور، لا بأس باشتراطه ثم إذا انكشف أنه كان غير مقدور فإن كان الاشتراط راجعاً إلى نفس الالتزام بالغير المقدور، ثم نكشف أنه غير مقدور وقد غرّه المشروط عليه بذلك فيكون العقد باطلاً كما إذا اشترى أحد عبداً واشترط على البائع كونه كاتباً والتزم البائع بذلك مع أنه لم يكن كاتباً فإن هذا البيع يبطل حيث إن البيع المطلق أي بيع العبد على أي نحو كان لم ينشأ وما أنشأ أعنى البيع المقيد فهو غير واقع من الأول، فيكون باطلاً، وأما إذا كان الشرط هو التزام الطرف لا بما هو واقع الالتزام بدون الإبراز بل ببرزه أيضاً وإن كان في إبرازه كاذباً، وإنما غرضه الغش، فح فالشرط قد تحقق، وقد علق العقد بالتزامه وهو قد تحقق بحسب إبراز المشروط عليه، وصار العقد مقيداً به وحصته خاصة أي إنشاء الملكية أي على تقدير الملكية الخاصة كما تقدم سابقاً في معنى جعل الخيار من أن معناه إنشاء الملكية الخاصة المحدودة وح كان العقد صحيحاً ولكن حيث كان الشرط متعذراً ثبت للمشروط له ح خيار تخلف الشرط، فلا يكون لهذا الشرط واقع بحسب البقاء لكونه لغواً فإن الالتزام بغير المقدور لغو وكذلك لو كان الشارع ملتفتاً من الأول فإن هذا الاشتراط مع العلم بعدم قدره عليه لغو، فلا معنى للالتزام به ولا يكون العقد خيارياً به، وهذا بخلاف صورته الجهل بكونه غير مقدوراً فإن الالتزام من المشروط عليه يمكن هنا ولو من باب خدعه الشارع، وكك يصح الشرط من الشارع وعلى كل تقدير لا يمكن إلزام المشروط عليه بعد العلم بالحال وإن كان العقد خيارياً.

**قوله الثاني: أن يكون الشرط سائغاً في نفسه.**

أقول:الظاهر أن غرضه من هذا الشرط هو ما تقتضيه القواعد حيث أن مقتضى القاعده أن يكون الشرط سائغا و الآ فلا يكون نافذا كالاتزام بالمحرم و ما لا ينفذ مخالف لمفهوم الشرط و هو الإناطه،فإن شرط غير النافذ غير مربوط.

و أما بحسب الروايات فسيأتى الكلام فيه فإنها مطبقة على أن كل شرط نافذ الآ الشرط الذى خالف الكتاب و السنه و حرّم الحلال و حلل الحرام فإنه غير نافذ و عليه فالمقام من صغريات ذلك الشرط و هو الشرط الرابع فان مصاديقه أن يكون سائغا و غير محرّم،و من صغرياته غير ذلك فلا مجال لذكر هذا الشرط بالخصوص،و الآ كان المناسب التعرض لجميع مصاديق الشرط الرابع كما هو واضح.

### قوله الثالث: أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا، أو

بالنظر الى خصوص المشروط له.

أقول:حاصل كلام المصنف هنا أنه لا بدّ و أن يكون الشرط مما فيه غرض عقلائي و ما لا يكون فيه ذلك يكون فاسدا كاشتراط أن يكون الوزن و الكيل من افراد الكيل و الوزن المتعارفين،و الوجه فى ذلك أن مثل ذلك لا يعد حقا للمشروط له ليكون التصرف فيه حراما أو يتضرر المشروط له بعدم الوفاء به فيثبت له خيار أو يعتنى به الشارع و أوجب الوفاء به، كما هو واضح.

أقول:ان قلنا باعتبار المالىه فى أصل البيع على ما تقدم فى محله اعتمادا على ما عن المصباح من أنه مبادله مال بمال،مع أنه لم نقبله هناك و التزمنا بأن بذل المال فى مقابل التراب أو الخنفساء مثلا ليس ببيع و لم نكشف بالأغراض الشخصيه،و لكن لا دليل على اعتبار وجود الأغراض العقلانيه فى الشروط أصلا،بل يصح اشتراط ما تعلق به الغرض الشخصى للشارط فإذا تخلف ثبت له الخيار و يؤيد ذلك،بل يدل عليه أنه قد يتعلق الحلف و النذر بالفعل الذى يتعلق به غرض شخصى لا نوعى،فهل يتوهم

أحد بطلان ذلك فنفرض المقام أيضا كذلك فيمكن أن يكون غرض الشرط إيقاع المشروط عليه في الصعوبة و نحو ذلك من الأغراض الشخصية.

و توهم كون ذلك سفهيه و موجه للبطلان هذا توهم فاسد لعدم الدليل على بطلان المعامله السفهيه و انما الدليل على بطلان معامله السفهيه، و على تقدير أنه ورد في دليل انه لا بدّ و أن يكون الشرط مما يتعلق به غرض عقلائي كما ورد أنه لا بد و ان لا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنه فأیضا لا يمكن أن يتمسك بقوله (عليه السلام) المؤمنون عند شروطهم عند الشك في كون شرط خاص هل تعلق به غرض عقلائي أم لا، فان ذلك تمسك للعام في الشبهه المصداقيه. ثم ذكر المصنف أنه لو شك في تعلق غرض صحيح به حمل عليه و حمل عليه كلام العلامه في التذکره و هذا عجيب منه رحمه الله عليه، فإنه أولا ليس معنى حمل فعل المسلم على الصحه إلا عدم معامله الفعل الحرام مع الفاعل من دون أن يترتب عليه آثار الفعل الصحيح كمن تكلم بشيء فلا يدري أنه سب أو سلم، فمقتضى ضع فعل أخيك على أحسنه نحمله على الصحه و نقول أنه لم يسب و لكن لا يجب عليه ردّ السلام ای السامع بدعوى أنه سلم فيجب رده لاقتضاء الحمل على الصحه.

على أن الحمل على الصحه انما هو في مورد يكون طرف الاحتمال محرما لا لغوا، فان اللغو يصدر عن العقلاء، بل لا يخلو عاقل الا و يصدر الفعل اللغو كل يوم مرات عديده، و إذا خرق احد قرطاسا فهل يتوهم أن يحمل فعله هذا على الصحه و يقال انه ليس بلغو بمقتضى حمل فعله على الصحه و ليس كذلك و العجب منه رحمه الله عليه حيث حمل كلام العلامه أيضا على رأيه مع أنه ليس في كلامه فرض الشك، و انما هو ره حكم بصحه هذا الشرط الذي لم يكن فيه غرض عقلائي، و حكم بكون العقد خياريا، و الظاهر أنه أراد ما ذكرناه من عدم الدليل على كون الشرط مما يتعلق به غرض عقلائي

ولا- يلبس الا- الخز، ثم انه على تقدير ان يرد في روايه أيضا أنه لا- بدّ و ان يكون الشرط مما يتعلق به غرض عقلائي فأیضا لا يمكن الحكم بصحته في مقام الشك لكونه تمسكا بالعام في الشبهه المصداقيه و هو لا يجوز.

ثم ان المصنف(ره) ذكر بعض الشروط التي من صغريات الشرط التي لا- تكون موردا للغرض العقلائي مثل ما إذا اشترى أحد عبدا كافرا و اشترط على البائع كونه كافرا ففي صحته و فساده قولان، للشيخ و الحلبي من تعلق الغرض المعتد به من جواز بيعه من المسلم و الكافر مع انه لو كان مسلما لم يجز بيعه من الكافر، و لاستغراق أوقاته بالخدمه، فإنه لو كان مسلما لا شغل مقداراً من أوقاته بالعبادات، و القول الآخر أنه يفسد هذا الشرط لأن الإسلام يعلو و لا يعلى عليه، و أن الأغراض الدنيويه لا تعارض الأغراض الأخرويه و لكن الظاهر هو الوجه الأول فإنه مع قطع النظر عن الأغراض المذكوره التي أغراض عقلائيّه حكمنا بصحة الشروط التي لا- يتعلق بها غرض عقلائي و كيف مع الأغراض المذكوره على أن اشترى العبد لأجل هدايته من أهم الأغراض العقلائيّه فإنه ورد أن هدايه شخص خير من ملأ الأرض ذهابا الثاني يشبه بالتعليقات المذكوره في كتب العلامه و لا يصلح سندا للفتوى الخاصه المبنيه على أساس صحيح من الكتاب و السنه أما ما ذكره من أن الإسلام يعلو إلخ، فإنه أجنبي عن المقام و الآ فلا بدّ من الحكم بأنه لا يصح شراء المسلم الكافر مع وجود العبد المؤمن لأن الإسلام يعلو و لا يعلى عليه و أما ما ذكر من عدم تعارض الغرض الدنيوى مع الغرض الأخروى فإنه ليس هنا غرض أخروى حتى يقع التعارض بينهما و يرجح الثاني فإن المعاملات أغلبها للأغراض الدنيويه و ان كان في طيها أغراض أخرويه أيضا.

فتحصل أن شيئا من الشروط المذكوره لصحة الشرط الذي يجب الوفاء

## قوله الرابع: أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنه فلو اشترط رقيه حر أو

توريث أجنبي كان فاسدا.

أقول: لا شبهه في أن الشرط المخالف للكتاب و السنه غير نافذ للأخبار المستفيضه، بل المتواتره معنى و الظاهر أنه لم يخالف في ذلك أحد فيما نعلم

## و لكن هنا أمران ربما يحتملان في المقام

### أحدهما أن أدله

وجوب الوفاء بالشرط يحتمل أن تكون مخصصه لأدله التحريم و رافعه للحرمة

و يكون المرجح الى أن المحرمات انما تكون محرمة بأدلتها الأولية إذا لم يطرأ عليها عنوان الشرط في ضمن عقد، و إلا تكون مباحه بل واجب الوفاء بمقتضى دليل وجوب الوفاء بالشرط و يكون ذلك نظير طرؤ عنوان الثانى على الأشياء المحكومه بالأحكام بعناوينها الأولية، و أن لم يكن المقام من ذلك القبيل كما قرر في محله، لان بعنوان الاضطرار يرتفع الموضوع و ليس التخصيص كذلك و كيف هذا الاحتمال، بل ورد نظيره في الشريعة في التكليفات و الوضعيات، أما التكليفات كجواز الصوم في السفر بالنذر مع أنه لم يكن مشروعاً في السفر و كجواز الإحرام قبل الميقات مع النذر مع أنه لم يكن مشروعاً قبل الميقات بدون النذر، و أما في الوضعيات كجواز ارث كل من الزوجه أو الزوج من الآخر بالشرط في ضمن عقد المتعه مع التوارث في غير القربات النسبيه و غير القربات السببيه المعروفه منتفيه، إلا أن هذا الحكم الوضعى قد ثبت بالاشتراط فيكون الدليل الدال على نفوذ هذا الشرط تخصيصاً للأدله الداله على عدم هذا الحكم الوضعى في غير الموارد المذكوره فيمكن أن يكون المقام من هذا القبيل أيضاً بأن يكون ما دل على وجوب الوفاء بالشرط مخصصاً على الأدله الداله على المحرمات أى الأدله الأولية.

## الأمر الثانى: أنه يحتمل أن تكون الأدله الداله على وجوب الوفاء بالشروط مخصصه

للأخبار الكثيره الداله على أن كل شرط جائز بين المسلمين إلا- شرطاً خالف كتاب الله و سنّه نبيه من الأخبار المتواتره بأن يستكشف من تلك الأدله أى أدله وجوب الوفاء بالشرط أن الشرط الفلانى المخالف للكتاب أو السنه لا بأس به فهو واجب العمل و هذا الأمر الثانى إن أراد به المحتمل وجوب الوفاء بالشرط تكون مخصصه لواقع ما هو مخالف للكتاب و السنه أى لحكم الله سواء ذكر فى القرآن أو لا- بأن يكون الشىء فى نفسه محرماً بمقتضى حكم الله و لكن يكون مقتضى الشرط هو الجواز، و لا- شبهه أن هذا مناقضه محضه لأن عدم رفع اليد عن الحكم الأمر بنفوذ الشرط المخالف مناقضه محضه، فلا يمكن الالتزام به، و هل يتوهم أحد جواز ورود التخصيص على اطاعه المخلوق بطرق المعصيه و من هنا ورد أنه لا طاعه للمخلوق فى معصيه الخالق و ان كان مراده التخصيص بظاهر الكتاب بمعنى أن يكشف من ملاحظه أدله وجوب الوفاء بالشرط أن ظاهر القرآن ليس بمراد فمرجع ذلك الى الأمر الأول، فإنه إذا لم يكن ظاهر الكتاب مراد يستكشف أنه ليس بحرام فى صورته الاشرط فى ضمن عقد و هذا هو عين الأمر الأول إذا عرفت هذا فاعلم

### **ان الكلام فى المقام يقع فى جهات:**

#### **الاولى: أن المراد من الكتاب المذكور فى هذه الأخبار المستفيضه أو**

المتواتره أى شىء

حيث ذكر فيها أن كل شرط خالف كتاب الله فهو باطل على ما هو مضمون تلك الروايات، فهل المراد من الكتاب هو القرآن كما هو الظاهر منها فى بدو النظر أو المراد من ذلك ما هو مكتوب فى اللوح المحفوظ و بينه بلسان نبيه و لو فى غير القرآن فيكون المراد من الكتاب هو ما كتب كما ذكر ذلك فى القرآن أيضاً بقوله عز من قائل كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ، كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ و قد عرفت أن النظر البدوى يقتضى الاحتمال الأول و كون المراد من الكتاب هو القرآن، و لكن النظر الى تلك الروايات

ص: ٣١٣

يقتضى أراد الاحتمال الثاني منها بأن يكون المراد بها هو ما كتبه الله و بينه بلسان نبيه، و لو كان في غير القرآن، و انه ما من شيء الا و قد كتب الله فيه حكما، و يدل عليه وجوه.

الأول: أنه ورد في بعض الروايات لفظ السنه أيضا، بأن لا يخالف الكتاب و السنه فأن ذلك قرينه على أن يكون المراد من الكتاب ما هو مكتوب لله من الأحكام.

الثاني: أن مناسبه الحكم و الموضوع يقتضى التعميم حيث انه لا خصوصيه في عدم نفوذ الشرط المخالف بين أن يكون مخالفا للقرآن أن لحكم الشارع و ان لم يكن مذكورا في القرآن، إذ لا فرق بين أحكام الشرع و أفراد أحكامه فلا خصوصيه للمخالفه مع القرآن حتى لا يكون نافذا و أما مخالف السنه فيكون نافذا، بل جميع أحكام الشارع على نسق واحد سواء كان مذكورا في القرآن أو في غيره، و قد عرفت أنه لا معنى لجواز مخالفه حكم الشارع مع بقائه على حاله، فإن أمره بنفوذ الشرط المخالف مع عدم رفع اليد عن الحكم مناقضه و اضحه و إذا فلا فرق بين أحكام الشارع، و بحسب مناسبه الحكم و الموضوع يحكم بأن المراد من الكتاب كل حكم شرعي فتكون النتيجة مما ذكرنا أن مفاد تلك الاخبار هو أن كل شرط نافذ إلا شرطا خالف الحكم الشرعي كما هو واضح.

الثالث: أن مخالفه القرآن أعم من أن يكون مخالفا لحكم مذكور في القرآن أن لعموم القرآن و احكامه و من الواضح أن جميع الأحكام الشرعيه قد أمر في القرآن بالإطاعه بها و الإتيان بها بمقتضى قوله و ما آتاكم الرسول فخذوه و ما نهاكم عنه فانتهوا و من الواضح ان شرط ما يكون مخالفا لحكم شرع من أى حكم مخالف للقرآن كما هو واضح، فالمراد من الموافق مما يكون موافقا لحكم الشارع و لو كان مستفادا من القواعد أو كان ثابتا بالأصل الذى

دل عليه عموم حديث الرفع أو غير ذلك.

### **الجهه الثانيه: أن المراد من الشرط المخالف للكتاب هو الشرط**

الغير الموافق أو الشرط المخالف،

و قد يظهر من بعض الروايات الاحتمال الأول و من بعضها الثاني، و ذكر في بعضها ما سوى كتاب الله الظاهر أنه لا ثمره لهذا البحث بعد البناء على أن المراد من الكتاب هو ما كتبه الله من الاحكام، فإنه على هذا لا يوجد شرط غير موافق للكتاب الا و يكون مخالفا له كما هو كذلك، و أظهر من الجميع في روايات المقام قوله عليه السلام الأ شرطا سوى ما هو في كتاب الله أى يكون غير ما كتبه الله، نعم لا بأس للتكلم في ذلك و ان المراد أى العناوين في الاخبار الواردة في عرض الاخبار على القرآن فان المراد من الكتاب هناك هو القرآن و لذا أمر بعرضها عليه و ح فعنوان المخالف يفترق عن عنوان الغير الموافق.

### **الجهه الثالثه: في أن الشرط المخالف يكون على ثلاثة أقسام:**

الأول أن يشترط أحد المتبايعين على الآخر فعلا محرما كقتل النفس المحترمه أو الكذب أو شرب الخمر و نحو ذلك.

الثاني: أن يشترط اعتبارا من الاعتبارات العقلانيه لكون زوجته مطلقه أو كونه وارثا للآخر أو كون ولاء العتق له مع كون المعتق لشخصا آخر و هكذا و هذا يرجع الى شرط النتيجة و قد عرفت فيما سبق أن مثل هذه الأمور لها أسباب خاصه لا توجد إلا بها إلا- إذا كان ذلك الشرط على نحو يتحقق في ضمن هذا العقد، بأن يوجد الاعتبار بنفس الا-شروط و يتحقق القبول بقبول المشروط عليه العقد، لما عرفت أن هذا الشرط شرط أمر اعتبارى فلا بدّ من ملاحظه المورد بأنه يتحقق هذا الأمر الاعتبارى أو لا يتحقق كما هو واضح، فان تحقق خرج الشرط عن كونه مخالف للكتاب و الأ فيكون مخالفا له.



الثالث: أن يشترط أحدهما على الآخر حكما من الأحكام الشرعية كما إذا باع داره و اشترط على المشتري أن يكون الخمر حلالا أو غير ذلك من الاحكام و هذا هو اشتراط فعل الأجنبي عن العقد.

و قد عرفت أنه أمر غير المقدور للمشروط عليه و ح فان كان التعليق هو تعليق نفس العقد على الالتزام بفعل الغير.

و قد عرفت أنه باطل إذ لا معنى للالتزام بالأمر الغير المقدور حتى لو قلنا بصحة التعليق فى العقود و عدم بطلانه، فلا يصح الاشتراط هنا إذ لا يمكن الالتزام بأمر غير مقدر و ان كان مرجع الاشتراط هنا إلى إناطه لزوم العقد بفعل الغير و أنه على تقدير تحققه يلتزم المشروط له بذلك و إلا فلا فهو صحيح فإنه على تقدير تحقق ذلك الفعل يكون العقد لازما و إلا كان للمشروط عليه خيار تخلف الشرط كما هو واضح فلا بد من التكلم فى هذه الأمور الثلاثة واحده واحده.

و قد ورد فى الروايات على ما عرفت عدم نفوذ الشرط المخالف لكتاب الله أو سوى كتاب الله أو لا يوافق كتاب الله على ما فى الروايات بالسنة مختلفه و كان الكلام فى معنى هذه الروايات و لا يخفى أن الشرط بحسب الاستقضاء قد يكون متعلقا بالمباح بأن يشترط فعل مباح أو تركه و المراد من المباح هنا ما لم يكن فيه إيجاب فيشمل المكروه و المستحب أيضا و الظاهر أنه لا شبهه فى نفوذ ذلك و لم نر من يستشكل فيه.

نعم قد ذكر فى روايتين ما يوجب توهم عدم نفوذ ذلك أيضا و أنه مخالف لكتاب الله.

الأولى: روايه العياشى، عن ابن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه تزوجها رجل و شرط عليها و على أهلها ان يتزوج عليها أو هجرها أو اتى عليها سرية فهى طالق،

فقال عليه السلام: شرط الله قبل شرطكم ان شاء و في بشرطه و ان شاء أمسك امرأته و تزوج عليها و تسرى و هجرها إن أتت بسبب ذلك، قال الله تعالى فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ، الى آخره، و أحل لكم ما ملكت ايمانكم و اللاتي تخافون نُشُوزَهُنَّ فَإِنِ الْأُمُورُ الْمَذْكُورَةُ أُمُورٌ مَبَاحَةٌ كَمَا هُوَ وَاضِحٌ.

الثانية: روايه ابن عمار سماها المصنف موثقه المؤمنون عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما فأن اشتراط إلتزام بالمباح يوجب عدم جواز العمل به لكونه محرما و الروايه الاولي و ان ذكر فيها بعض الأمور المباحه الا- أنه لا فرق بين افراد المباح جزما.

أما الروايه الثانيه فهي ضعيفه السند لغيث بن كلوب فإنه لم يوثق في الرجال و ان نقل عن الشيخ أنه و ان كان عاميا و لكن الأصحاب يعملوا بروايته و لكنه ليس بوجه على أن المذكور فيها أن كل شرط حرم حلالا فهو غير نافذ و عليه فلا يبقى مورد للعمل بالشروط الذي ثبت بالأدله الداله على لزوم الوفاء بالشرط و هذا المضمون غير موجود في غير هذه الروايه.

و أما الروايه الأولى فهي أولا ضعيفه السند لعدم ثبوت اعتبار تفسير العياشى.

و ثانيا: أن دلالتها غير تامه فإنها مجمله حيث ان المذكور في صدر الروايه أن ما تعلق به الشرط انما هو طلاق الزوجه على تقدير التزويج و الإتيان بالسريه أو هجرها في المضجع على تقدير إتيان الزوجه بالنشوز و لكن في ذيل الروايه استدل عليه بالآيه فإن ظاهر الآيه أن نفس تلك الأمور أى الزواج و الإتيان بالسريه و الهجر في المضجع مما تعلق به الشرط لا أنها مقدمه للطلاق الذي هو متعلق الشرط كما في صدر الروايه.

نعم، يمكن توجيه الروايه بأن الآيات الشريفه التى استدلت بها الامام عليه السلام على عدم نفوذ الشرط انما دلت على جواز تزويج المرأه فوق

الواحد و هكذا دلت على أخذ السريه و على جواز الهجر مع تحقق سببه و هو النشوز و لا شبهه أن جواز تزويج المرأه الأخرى غير الاولى ليس مخصوصا فى حكم العراب و كذا أخذ السريه، بل فى حق غيرهم أيضا و عليه فالشارع لم يجعل الزواج و أخذ السريه سببا للطلاق، بل سببه شىء آخر و الآ لم يجر للمزوج أن يتزوج بامرأه أخرى و الآ يلزم أن يكون ذلك مسببا لطلاقها و ح فجعل الزواج و أخذ السريه سببا للطلاق مخالف للآيات المذكوره و كتاب الله الكريم الداله بالملزمه على عدم جعله سببا للطلاق و أيضا جعل النشوز سببا للهجر و اشتراط عدم التهجر مع تحقق سببه مخالف للكتاب و هذا التوجيه و ان كان ممكنا فى مقام الثبوت و لكن لا يمكن المسير اليه بدون الدليل.

و على تقدير كون متعلق الشرط هى الأمور المذكوره فى الروايه و لو بمؤنه التوجيه المذكوره، و أيضا لا دلالة فيها على عدم نفوذ اشتراط عدم المباح حتى فى الأمور المذكوره و ذلك من جهه أن الامام عليه السلام قد استدل على بطلان الشرط بقوله و شرط الله قبل شرطكم و من الواضح أنه ليس فى المباح شرط الله ليتقدم على شرط المتبايعين فلا يمكن الأخذ بالروايه و الالتزام بكون الشرط متعلقا بالأمور المذكوره من هذه الجهه.

و قد يقال كما فى المتن ان اشتراط الأمور المذكوره مناف للقرآن و أن استدلال الامام عليه السلام شرط الله قبل شرطكم صحيح، و ذلك من جهه أن التزويج على المرأه و أخذ السريه و الهجر فى المضاجع، و ان كان من الأمور الجائزه الآ أن غرض الشارع قد تعلق بعدم تغييرها عن إباحتها فلا يكون الشرط على خلافه نافذا، لأن شرط الله قبل ذلك، و هو و ان كان ممكنا أيضا فى مقام الثبوت، و لكنه يحتاج الى دليل و هو منتف بل استدل الامام عليه السلام بالايه على كون الأمور المذكوره مباحه من غير كونها مقيده

بشيء، و من الواضح أن الإباحه ليس فيها شرط و عليه فلا معنى للاستدلال بأن شرط الله قبل شرطكم على عدم النفوذ و عليه فلا بد و أن تحمل الروايه اما على التقدير المتقدمه أو يرد علمها على أهلها.

نعم، يتحمل أن يكون بعض المباحات مما لا بدّ و أن يلتزم بكونه مباحا إلى الأبد و أن الله اثبت الإباحه فى بعض الأشياء المباحه و اشتراط خلافها خلاف شرط الله و خلاف ما كتبه الله فلا- يكون ماضيا و أن شرط الله أسبق و هذه الكبرى و ان كانت صحيحه و لكن لم نجد لها صغرى فى المباحات كما هو واضح على انا لو أخذنا بها و قلنا بأن اشتراط خلاف المباح لا ينفذ لم يبق مورد للأخبار الداله على وجوب الوفاء بالشرط فإن أى مورد يفرضه لا بدّ و أن فيه حكم من الاحكام إذ لا يوجد شيء الا و فيه حكم الله نافذ تشريعا و تكوينيا و إذا فلا دلالة فى شيء من هاتين الروائتين على عدم نفوذ الشرط فى المباحات، فلا بدّ من الرجوع الى بقية الروايات الذى يستفاد منها كقوله عليه السلام كل شرط نافذ الا ما خالف الكتاب أو كان سوى كتاب الله أو غير ذلك من المضامين المختلفه و الذى يستفاد من ذلك مع ملاحظه ما دل على وجوب الوفاء بالشرط أن أى فعل كان المكلف فيه مطلق العنان و لم يكن فيه إزام من الفعل و الترك و انما تعلق الإلزام به من ناحيه الالتزام الشرطى لا بدّ من الوفاء به و لا يكون مخالفا للكتاب و السنه أصلا لعدم تعلق شرط به من ناحيه الشارع حتى يجب الوفاء به و يكون وجوب الوفاء بالشرط مناقضا له و الأ- بان يكون الالتزام الشرطى مسبقا بالالتزام الأخر الشرعى بحيث يجب أن يعمل على طبق ذلك الالتزام السابق لكونه ملزما و باعثا للعبء نحو الفعل لا بدّ من العمل به و لا يكون شرط المخالف سابقا و مقديما عليه كما هو واضح فان حفظ وجوب الوفاء بالشرط و عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب هو ذلك و مع الغض عما ذكرناه،

فالروايتان متعارضتان مع روايه منصور فإنها دلت على نفوذ الشرط المتعلق بترك التزويج بعد ذمه بئس ما صنع و إرشاده بذلك الذم وقوعه فى المشقه و الشده فتكون معارضه للروايتين المتقدمتين و يتساقطان و يرجع الى عموم المؤمنون عند شروطهم.

و بالجمله أن هذه الروايه و ان ذكر فيها الذم،الأ- أنه لا- يكشف من بطلان الشرط،بل هو إرشاد إلى وقوع المشروط عليه فى المشقه و أنه يندم بعد ذلك و الآ فقد حكم الامام عليه السلام بنفوذ الشرط فى ذيل الروايه.

ثم انه قد يقال بأن النسبه بين ما دل على اباحه المباحات و بين ما دل على نفوذ الشرط هى العموم من وجه ففى مورد الاجتماع نحكم بالتساقط و فيه أولاً أن الإباحه إنما تترتب على الأشياء بحسب طبيعتها و أنها لا تخالف الإلزام على تلك الأشياء و ثانياً أن ما دل على نفوذ الشرط مذيّل بما دل على عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب و السنه و من الواضح أن المراد من المخالف ما يكون مخالفاً مع قطع النظر من الشرط،فان المراد من مخالفه نفس ما تعلق به الشرط كما فى بعض الروايات لا نفس الشرط،كما يتوهم من بعض الروايات الأخرى،و الآ يكون كل شرط مخالفاً فلم يبق مورد لوجوب الوفاء بالشرط و من الواضح أن الإباحه غير مخالفه للكتاب مع قطع النظر عن الشرط بخلاف الحرام مثلاً فان فعله مخالف للكتاب و السنه كما لا يخفى.

ثم انه قد يتوهم عدم جواز شرط فعل المباح و الالتزام به لكونه مخالفاً للروايه الداله على عدم جواز الحلف بترك العصر و أنه التزام خلاف التزم به الشارع و بينه.و فيه أن هذه الروايه فى مورد الحلف و قد يعتبر فيه المرجوح أو أن لا يكون تركه مرجوحاً و لا- شبهه أن الالتزام بترك المباح دائماً مرجوح فلا يتعلق به الحلف بخلاف المقام فإنه لا بأس بتعلق الشرط بالمرجوح كما هو واضح.

هذا كله فيما إذا اشترط احد المتبايعين على الآخر فعل المباح وقد يكون الشرط على غيره في ضمن العقد فعل الحرام بأن يشترط على غيره شرب الخمر أو أكل الميتة وغير ذلك، وحي لو كان هنا دليل على نفوذ الشرط حتى في فعل المحرم يكون ذلك تخصيصاً لأدلة المحرمات ونظيره أن العزل عن الزوجه الدائم حرام، ولكن مع اشتراط ذلك في ضمن العقد نافذ للدليل الخاص.

ثم انه قد يتوهم ان النسبه بين دليل المحرمات و بين أدله وجوب الوفاء بالشرط هي العموم من وجه، وفي مورد الاجتماع يحكم بالتساقط و يرجع الى الأصول العمليه (أو الى بناء العقلاء و ارتكازهم فإنه على العمل بالشرط المقرر) ولكن يرد عليه أولاً أن وجوب الوفاء بالشرط انما في فرض يكون ما تعلق به الشرط في نفسه خالياً عن الإلزام فإن الظاهر من قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» أن العمل بالشرط انما هو من علامه الايمان كما ورد أن المؤمن في عدته، يعنى من علامه الايمان أن المؤمن إذا وعد يفي بوعده، و من الواضح أن هذا ما هو من علامه الايمان انما هو الذى لا يكون فيه مبعوضيه فإنه إذا وعد أحد العياذ بالله بالزنا أو اللواط أو شرب الخمر.

فهل يتوهم أحد أن العمل بهذا الشرط من علائم الايمان و كذلك الشرط فان وجوب الوفاء بالشرط انما هو في مورد لا يكون الشئ مبعوض الإيجاد قبل تعلق الشرط به، و إلا فلا يكون مشمولاً للدليل وجوب الوفاء بالشرط.

الوجه الثانى: أنه قد ذكر في أدله وجوب الوفاء بالشرط الآ ما خالف كتاب الله و سنه نبويه أو بما سوى كتاب الله أو لا يوافق كتاب الله، و من الواضح أن المراد من المخالف ما يكون كك مع قطع النظر عن تعلق الشرط

به بأن يكون متعلق الشرط مخالفا لكتاب الله، فان المراد من المخالفه مخالفه متعلق الشرط لا نفسه، ولذا ذكر في بعض الاخبار ذلك و ما ذكر في بعضها الآخر من مخالفه نفس الشرط، انما هو بنحو من العناية و على هذا فلا شبهه أن متعلق الشرط إذا كان فعل محرم يكون مخالفا لكتاب الله كما هو واضح، وقد تحصل من هذين الوجهين أنه لا بدّ من تقديم جانب الحرمة في ماده الاجتماع كما هو واضح، فافهم.

و الحاصل: أن ما تعلق به الشرط إذا كان مباحا فلا شبهه في نفوذ الشرط ح إذا لا وجه لصرف ما دل على وجوب الوفاء بالشرط الى فعل الواجب أو ترك الحرام، فإذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر فعل مباح، أو تركه، يكون نافذا.

و أما ما توهم دلالة على عدم النفوذ كروايه العياشى و غيرها فإنه فاسد، فإنه و أن كان روايه التهذيب موثقه و لكن لا يمكن المساعده عليه من حيث الدلاله لأن المراد من المباح ما كان مباحا في كتاب الله و معه فلا وجه للاستدلال عليه بأن شرط الله قبل شرطكم إذا لا شرط في المباح.

و توهم أنه أريد من الأمور المذكوره في الروايه المباحه التي لا تتغير عنه الرخصه كما ذكره المصنف يحتاج الى دليل كما أن توهم أن بعض المباح لا بدّ و أن يلتزم بكونه مباحا إلى الأبد أيضا يحتاج الى الدليل (التوهم الثانى و الثالث شىء واحد).

و أما إذا كان الشرط متعلقا بفعل الحرام فقد عرفت أنه لا يكون مشمولاً لعموم الأمر بالوفاء بالشرط و ذلك لأن جملة هذه الأخبار الداله على وجوب الوفاء بالشرط قد ذكر فيها الأ شرطا خالف الكتاب أو ما سوى كتاب الله أو ما لا يوافق الكتاب و من الواضح أن المراد من الشرط المخالف هو ما يتعلق به الشرط و يكون مخالفا له مع قطع النظر عن تعلق الشرط و ذلك لأن مخالفة

الكتاب مأخوذه في موضوع الشرط المخالف فلا- بدّ و أن يكون الموضوع محققا قبل الحكم بأن يكون متعلق الشرط مخالفا للكتاب قبل الشرط، و أما إطلاق الشرط عليه أى على المتعلق مع أنا ذكرنا أن الشرط هو الإناطة فهو سهل لكثرة إطلاق الشرط على متعلقه و لو بالعناية، و المجاز و لو لم يكن المراد هو ما ذكرناه لم يبق شرط الآ و يكون مخالفا للكتاب غير اشتراط ترك الحرام و فعل الواجب و على هذا فلا شبهه أن اشتراط ترك الواجب أو فعل الحرام مخالف للكتاب مع قطع النظر عن الاشتراط و عليه فلا يشمل دليل الوفاء بالشرط باشتراط فعل المحرّم و ترك الواجب أصلا.

نعم، يمكن أن يرد التخصيص على ذلك بأن يكون الشيء حراما و لكن كان بالشرط جائزا فيكون ذلك تخصيصا لما دل على عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب مع قطع النظر عن الشرط كما ورد نظير ذلك فى الصوم فى السفر و الإحرام قبل الميقات و العزل عن الزوجه الدائمه مع اشتراطه فى ضمن العقد، كما هو واضح، و دعوى ضعف التخصيص هنا كما ذكره المصنف لا مجال له، فإنه انما يكون التخصيص ضعيفا إذا كان لحاظه مع ملاحظه متعلق الشرط مع الشرط معا، بأن يكون شىء باقيا على حرمة حتى مع تعلق الشرط به، فإنه ح لا شبهه فى ضعف دعوى التخصيص، و ليس كك كما عرفت، بل التخصيص انما هو فى الشرط المخالف مع قطع النظر عن الشرط، و يكون مع الشرط جائزا.

و بعبارة أخرى أنه يمكن نفوذ الشرط المخالف للكتاب إذا كانت مخالفته مع قطع النظر عن الشرط لا مع الشرط أيضا، بأن يكون باقيا على حرمة مع الشرط أيضا و مع ذلك يكون نافذا و واجب الوفاء كما هو واضح.

على أن الشرط انما يجب الوفاء به إذا كان ذلك من علائم الايمان كالوعد و الحرام ليس كذلك. كما تقدم، و هل يتوهم أحد كون فعل الزناء مع



الوعد أو الاشتراط من علائم الايمان.

(و أما القسم الثالث) و هو أن يشترط أحد المتعاقدين على الآخر اعتبار أمر كأن يبيع داره من هند و يشترط عليها أن تكون زوجه له أو يبيع فرسه من غيره و يشترط عليه كون المزرعه الفلانيه ملكا للبائع و هكذا و هو على ثلاثه أقسام، لأن هذا الأمر الاعتبارى الذى يشترط أحدهما على الآخر تحققه قد يكون على نحو لا يحتاج الى سبب خاص و لا يكون من فعل شخص آخر، بل يكون فعلا اختياريا للشارط بحيث يصح اعتباره منه، بأى سبب كان، و بأى نحو ابرز و هذا لا شبهه فى تحققه بالشرط و قبول المشروط عليه، و ذلك كاشتراط أن يكون المشتري و كيلا- للبائع فى فعل خاص أو يشترط عليه أن يكون وصيا له أو تكون داره ملكا له بعد موته فان هذه الأمور تتحقق بمجرد قبول المشتري و يكون قبوله ابرازا للوكاله و الوصيه و التملك كما هو واضح، فإن الأمور المذكوره أمور اختياريه للشخص و غير محتاجه إلى سبب خاص فتكون مبرزه مقبول المشتري، أى من عليه الشرط اشتراط الشارط كما هو واضح.

و قد يكون اعتبار أمر غير اختيارى للمشروط عليه كأن يشترط عليه كون زوجه زيد الذى هو غير المشروط عليه طالقا، أو كون ابنته زوجه للشارط نحو ذلك فان ذلك و أمثاله من أفعال الأجنبى و من اعتباراته النفسانيه فلا معنى لاشتراطه على المشروط عليه على أنها محتاجه إلى سبب خاص، فلا توجد بأى سبب كما هو واضح.

و قد يكون ذلك أمرا اختياريا للمشروط عليه إلا أنه لا يوجد لاحتياجه الى سبب خاص و لا يوجد بكل سبب كأن يشترط عليه كون زوجه طالقا أو كون بنته الصغيره زوجه للشارط، فان ذلك و ان كان تحت اختيار الشارط إلا أنه لا يوجد إلا بسبب خاص فإنه الطلاق لا يكون طالقا إلا أن يقول

ص: ٣٢٤

أنت طالق، لا يكفي أن يقول طلقتك، و نحوه، و كذلك النكاح.

نعم، يمكن ورود التخصيص على كل من الشقين الأخيرين، و يحكم الشارع بتحقيق الاعتبار المذكور بالاشتراط فى ضمن العقد، كما يمكن أن يرد التخصيص على الشق الأول أيضا، بأن يحكم الشارع بعدم تحقق الاعتبار بالاشتراط و ان كان أمرا اختياريا للمشروط عليه و كان يوجد بأى سبب إلا أن الشارع حكم بعدم تحققه بقبول الشرط و إبرازه بذلك، فان ذلك كله تحت يد الشارع.

و أما القسم الرابع، و هو ما اشترط على الآخر فى ضمن العقد جعل وجود حكم من الأحكام الشرعية كأن يبيع داره و يشترط عليه حليه الخمر أو شىء آخر من المحرمات أو إباحه واجب و نحو ذلك، و قد ذكرنا سابقا أن هذا يرجع الى اشتراط فعل الأجنبى.

و عليه فان كان الشارط ملتفتا على كونه فعل الغير، غير مقدور للمشروط عليه، و كان غرض الشارط تعليق أصل العقد على ذلك فلا شبهه فى بطلان العقد، فإنه مضافا على بطلان التعليق فى العقود، أن هذا باطل لعدم إمكان الالتزام بالغير المقدور فيكون العقد باطلا لعدم حصول المعلق عليه و هو الالتزام إذ لا يوجد الالتزام، و لا يتحقق الأمر الغير المقدور.

و ان لم يكن ملتفتا بذلك أى بكونه غير مقدور و أظهر المشروط عليه أيضا التزامه بالشرط أو كان الشارط ملتفتا بكونه غير مقدور، و لكن علق الخيار على ذلك الشىء، فلا شبهه فى صحه العقد، و لكن يكون للشارط الخيار على تقدير التخلف حتى لو قال بعثتك و اشترط لنفسى الخيار على تقدير عدم حليه الخيار كان صحيحا، فان هذا ليس اشتراط الحرام ليكون مخالفا للكتاب، بل اشتراط الخيار على تقدير التخلف و هو صحيح حتى مع العلم بعدم الحصول و كونه حراما فان مرجع جعل الخيار الى تحديد الملكيه و

إنشائها محدوده و إنشاء الملكيه المحدوده أى الملكيه على تقدير بمكان من الأماكن كما عرفت فى معنى جعل الخيار و هذا واضح لا شبهه فيه.

ثم ان المصنف(ره) بعد ما ذكر حكم مخالفه الشرط للكتاب و السنه ذكر أنه مع الشك فى كون شرط مخالفا للكتاب و السنه يرجع فى مشروعيه الشرط إلى أصله عدم مخالفته للكتاب، و ما ذكره هنا مخالف لما ذكره فى أصوله و عقد عليه تنبيهها خاصا لعدم جريان هذا الأصل فى تنبيهات الاستصحاب و أطال شيخنا الأستاذ الكلام فى عدم جريان هذا الأصل و ذكرنا نحن أيضا فى الأصول أن هذا الأصل غير جار لأنه ان كان المراد من عدم مخالفه ذلك الشرط للكتاب و السنه هو العدم النعتى فليس له حاله سابقه إذ فى أى زمان كان هذا الشرط و لم يتصف بعدم كونه مخالفا للكتاب و السنه و ذلك لأن فى العدم النعتى لا بدّ و أن يوجد الموضوع بدون النعت ليكون مسبوqa للعدم النعتى، حتى يمكن استصحاب عدم هذا النعت عند الشك فى اتصاف ذلك الموضوع بهذا النعتى العدمى، و ان كان المراد من العدم المحمول، فهو و ان كان له حاله سابقه و لو قبل الشرع و الشريعة أو بعد الشريعة أيضا بمقدار من الزمان إلا أن استصحاب ذلك لا يثبت الموضوع الشرعى و لا يثبت أن هذا الشرط غير مخالف للكتاب و السنه، إلا على القول بالأصل المثبت، فان كون هذا الشرط غير مخالف للكتاب من اللوازم العقلية للعدم المحمولى و كل ذلك لا شبهه فيه و لا نحتاج الى التويل، و لكن قد ذكرنا فى محله حجية العدم الأزلى و معه لا نبتلى بهذه الإشكالات كما هو واضح، فراجع.

و لكن العدم الأزلى لا يجرى فى المقام و ذلك لعدم وصول النوبه اليه و بيانه أن الشك تاره يكون فى الجعل و أخرى فى تغير الحكم بالشرط و نحوه، و الشق الأول و ان كان خارجا عن كلام المصنف و لكن نتكلم فيه أيضا

أما الشق الأول فتارة يكون الشك في الحكم التكليفي و أخرى في الحكم الوضعي، أما الأول كما إذا باع متاعا من زوجته مثلا- أو تزوّجها و اشترط عليها أن ترقص له في كل ليله و شككنا في أن هذا الشرط مخالف للكتاب أم لا، و لا نكتب هذا المثال، فإنه مزاحي أو اشترط شرب التن مثلا، و شككنا في كونه مشروعاً و عدمه فإنه بناء على ما ذكرناه من كون الشرط مخالفا للكتاب هو كون متعلق الشرط مخالفا له مع قطع النظر عن الشرط فلا- شبهه في أن هذا الشرط غير مخالف له فان مقتضى الأصول العملية تثبت كون ترقص مباحا، فإنه من الشبهات البدويه و تجرى فيه البراءة، و كك الحال إذا أحرزنا حكم المشكوك بالأماره أو بالأصول الأخر غير البراءة فإن هذا الموضوع الخاص مباح و غير مخالف للكتاب و السنه.

و أما إذا شككنا في الحكم الوضعي بأن اشترط شرطا في العقد و شككنا في صحته و فساده أي نفوذه و عدمه فان مقتضى الأصل هو الفساد و هذا هو المعنى من قولهم أن الأصل في العقود و الإيقاعات هو الفساد إلا أن يكون الاشتراط هنا من القسم الرابع بأن اشترط في العقد الخيار على تقدير وجود الحكم الفلاني، فقد عرفت أنه مع عدم التحقق يثبت للشارط الخيار بان يكون الشرط أي متعلقه مما يشك في كونه صحيحا أو فاسدا، نعم إذا كان الشك في أصل صحه جعل الخيار كان الحكم فيه أيضا الفساد لما عرفت أن الأصل في العقود الفساد و في كل من هذين الفرضين للقسم الأول لا تصل النوبه الى الأصل أصلا، حتى يستشكل فيه أنه يجرى في المقام أو لا يجرى.

و أما إذا كان الشك في تغيير الحكم بالشرط فأیضا لا- تصل النوبه الى الأصل، لما عرفت أن المراد من مخالف الكتاب هو المخالف لو لا الشرط و

عليه فلا تتغير ذلك بالشرط إلا إذا كان هنا تخصيص و هو يحتاج الى الدليل، و في كل مورد ورد دليل على نفوذ الشرط المتعلق بالحرام كما في الأمور المتقدمه يحكم بنفوذه و إلا نحكم بالبطلان لأجل تلك الأخبار المتواتره الداله على أن الشرط المخالف للكتاب و السنه باطل كما هو واضح.

و قد تحصل أنه لا تصل النوبه في الموارد المشكوكه الى الأصل أصلا حتى يتكلم في جريانه و عدمه و ان نقحنا في الأصول أن الأعدام الأزليه لا مانع عن جريانه.

### **ثم انه بقى الكلام فى بعض الفروع التى وقع الكلام فى كون الشرط فيها**

مخالفا للكتاب و السنه أم لا،

و قد أشار الى عنوان هذا المطلب المصنف بقوله: و انما الإشكال فى تميز مصداق أحدهما عن الآخر فى كثير من المقامات.

(١)

### **منها كون من أحد أبويه حره رقا**

بأن يشترط صاحب الأمه على من يتزوجها من الحر أن يكون الولد على تقدير حصوله رقا و قد وقع الكلام فى كون هذا الشرط سائغا و عدمه.

و محصل كلام المصنف هنا أنه ان كان عدم كون ولد الحر رقا الثابت بالأدله المتواتره من قبيل العله بحيث لم يتخلف عنه الحكم كان هذا الشرط مخالفا للكتاب و السنه فان الولد الحاصل من الحر و الأمه بمقتضى الأدله الداله على تبعيه الولد لا شرف أبويه، يكون حرا، لكونه ولد حر، فلا- يكون اشتراط كونه رقا فى عقد الزواج نافذا لاستحاله تخلف المعلول عن علته التامه و ان كان كون الولد للحر من مقتضيات كون الولد حرا لا علّه تامه لذلك فلا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنه، و لكن لم يرجح شيئا عن هذين الاحتمالين.

أقول: قد عرفت أن المراد من كون الشرط مخالفا للكتاب هو مخالفته مع قطع النظر عن الشرط لأن ذلك أى المخالفه مأخوذ فى موضوع الشرط فلا

يمكن أن يلاحظ ذلك مع الشرط و عليه فلا شبهه أن اشتراط أن يكون الولد رقا في ضمن عقد التزويج مخالف للكتاب، لأن الأدلة مطبقة على كون ولد الحر حرا و مميّا يدل على كون هذا الشرط مخالفا للكتاب أنه لم يتوهم أحد جواز اشتراط هذا الشرط في ضمن العقد البيع أو عقد آخر، بل كلمن ذكر هذا انما ذكره فيما إذا اشترط ذلك في ضمن عقد تزويج الأمه كما هو واضح.

و أما الخلاف في أن هذا الشرط نافذ أو غير نافذ فليس من جهة العمومات الداله على وجوب الوفاء بالشرط ليقال انه أى فرق في التمسك بها بين أن يكون الشرط المذكور في ضمن عقد الزواج أو في غيره، بل الخلاف المذكور من جهة الروايات التي دلت جملة منها على نفوذ ذلك الشرط و جملة أخرى على عدم نفوذها فمن عمل بالطائفة الأولى حكم على تخصيص ما دل على عدم كون ولد الحر حرا، بل يكون حرا بالشرط في ضمن عقد زواج الأمه للحر، و من عمل بالطائفة الثانية فممنع عن نفوذ ذلك الشرط، فلم يقل بالتخصيص و حيث انه ليس هذا مورد العمل و الأثر الفعلى لم نتعرض لتلك الروايات.

### **قوله: و منها ارث المتمتع بها هل هو قابل للاشتراط في ضمن عقد**

التمتع أو عقد آخر، أم لا.

أقول: الظاهر لا خلاف في أن اشتراط إرث الزوجه المتمتع بها بحيث تكون كسائر الزوجات صحيح و ذكر بما حاصله الظاهر أنه اتفق الفقهاء رضوان الله عليهم على عدم مشروعيه اشتراط الشرط المذكور في ضمن عقد آخر و أيضا اتفقوا على عدم مشروعيه اشتراط إرث أجنبي آخر في ضمن أى عقد كان سواء كان هذا العقد المتمتع أم غيره، و على هذا يقع الإشكال في أفراد غير الوارث و في أفراد العقود فان كان ثبوت الحكم لموضوعه على وجه العله التامه بحيث لا يتخلف بأن يكون غير الوارث وارثا فلما ذا تخلف في

عقد المتعه، و قد فرضنا أن ثبوت التوارث للأشخاص الخاصه على نحو العله التامه و ان فرضنا أن ذلك على نحو الاقتضاء فلما ذا يجرى فى غير عقد المتعه، و لماذا لا يجوز اشتراط ارث غير الوارث من غير الزوجه المتمتع بها فى ضمن عقد المتعه.

أقول: قد عرفت حكم ذلك من الفرع السابق و توضيح ذلك أن العمومات الداله على وجوب الوفاء بالشرط بالنسبه إلى اشتراط إرث أى أجنبى من الأجانب و فى أى عقد من العقود سيان فان كان ثبوت الإرث الذى هو حكم من الأحكام الوضعيه على موضوعه على نحو ثبوت المعلول لعلته فلا- يصح فى جميع العقود و لا- فى شخص من غير الوارث، و ان كان ذلك بعنوان المقتضى صح الاشتراط مطلقا.

و قد عرفت فى القسم الثالث من الشرط أن اعتبار أمر اعتبارى لشخص لا يكون تحت اختيار الشخص دائما و بأى سبب كان ففى المقام اعتبار ماله التركة لغير الوارث ليس فى اختيار المورث و لكن قد ورد فى جملة من الروايات المعتمده جواز إرث الزوجه المتمتع بها فى عقد المتعه، و عمل بها المشهور فيكون ذلك تخصيصا لما دل على ثبوت التوارث فى الموارد الخاصه و تكشف من ذلك أن هذا الشرط المتعلق بما هو مخالف للكتاب مع قطع النظر عن الشرط ليس مخالفا له مع لحاظ الشرط كما هو واضح و من هنا يعلم أنه لا وجه للإشكال المذكور فان جواز الشرط المذكور فى هذا المورد ليس من ناحيه أدله الوفاء بالشرط حتى يشكل بعدم الفارق بين أفراد العقود و بين أفراد الأجانب، بل بين أن يشترط كون الزوج و الزوجه مثل سائر الزوجات أو مثل بقيه الوارث من الابن و البنت و الأب و الام و غيرهم، كما لا يخفى.

نعم، فى المقام روايتان أشار إليها السيد(ره) فى المقام، إحداهما

مرسله الكافي الداله على عدم جريان الإرث في المتعه اشترط أو لم يشترط.

و الثانيه روايه البرقى و هى أيضا بهذا المضمون و قد عمل بمضمونهما السيد فى حاشيته، و ان التزم فى العروه على ما ببالى بعدم نفوذ هذا الشرط، و لكن الظاهر أن ما ذهب اليه المشهور من نفوذ هذا الشرط فهو المتعين و لا تقاوم هاتين الروايتين بذلك.

أما الروايه الأولى فنحتمل أنها هى روايه البرقى بعينها فان صاحب الكافي لم يسمي بالراوى بل نقل بعنوان روى فلعلها ما نقله البرقى و على تقدير كونها روايه مستقلة و هى ضعيفه السند للإرسال، و لذا لم يستند إليها الكليني أيضا، و نقله بعنوان روى.

و أما الروايه الثانيه فالظاهر أنها أيضا ضعيفه السند لأن فى سندها حسن و هو لم يوثق و يحتمل أنه حسين و لذا عنوان الشيخ فى أول كلامه بعنوان حسن و سماه فى آخر كلامه بحسين، و على ما فى رجال المامقانى و يحتمل ان يكون إماميا و أما التوثيق فلا، و على تقدير أن يكون هاتان الروايتان معتبرتين لا تقاوم الروايات الداله على نفوذ الشرط لأنه مضافا الى كونها مشهوره أو قريبه منها، و عمل المشهور بها و كونها أصح سنداً أنهما يتعارضان و لا بدّح من ترجيح ما دل على نفوذ هذا الشرط لكونه موافقا للكتاب إذ المذكور فيها أن للزوجه الربع مع عدم الولد و الثمن مع وجود الولد و من الواضح أن الزوجه تطلق على المتعه كما تطلق على الدائمه و من هنا استدل الفقهاء فى كثير من أبواب الفقه على ترتب أحكام الزوجه على المتعه بصحة إطلاق الزوجه عليها غايه الأمر قد ثبت بالروايات أن المتعه لا ترث فأوجب ذلك خروجها عن الآيه إلا أن ذلك لا ينافى ثبوت التوارث بينهما من جهة الاشتراط للروايات الداله على نفوذ هذا الشرط فى عقد المتعه و قد فرضنا أن ذلك لا يخالف الكتاب، بل يوافق إطلاقه، كما



قد عرفت أن اشتراط الإرث في عقد المتعه مما وقع فيه الخلاف بأنه شرط خلاف الكتاب أم لا، فالمشهور هو الثاني و بعضهم إلى الأول. و ذكرنا سابقا أن اعتبار الملكيه لشخص آخر و ان كان امرا اختياريا لكل شخص و ليس له سبب خاص و لكن اعتبار ملكيه التركة بعنوان الإرث لغير الوارث ليس في اختيار الإنسان إلا إذا كان ذلك من باب الوصيه من الثلث و الّا فهو شرط على خلاف حكم الله و من ذلك اشتراط الإرث للزوجه المنقطعه في عقد المتعه و من هنا ورد في عدة من الروايات أن المنقطعه لا ترث و زواج المتعه ليس زواج ارث.

نعم، وورد في جملة أخرى من الروايات أن المتعه قد تكون زواج ارث كما إذا اشترط فيها التوارث، و قد لا تكون زواج ارث ان لم يشترط فيها الإرث، فيعلم من هذه الأخبار جواز اشتراط الإرث للمنقطعه في العقد فتكون هذه الأخبار مخصصه لما دل على عدم الإرث في المتعه كما أن الاخبار الداله على عدم الإرث في المتعه مخصصه للآيه الشريفه الداله على إرث الزوجه لكونها مطلقه تشمل الدائمه و المنقطعه.

و لكن هنا روايتان تدلان على عدم إرث الزوجه المنقطعه اشترط أم لم يشترط، إحداهما مرسله الكافي و الثانيه روايه البرقي، و ذكرنا أن المحتمل القوي أن يكون المراد من المرسله هي روايه البرقي و على كل تقدير سواء اتحدا أم تعددا، فروايه الكافي مرسله و روايه البرقي ضعيفه لما تقدم فلا تكونان متعارضتين لما دل على ثبوت التوارث في زواج المنقطعه بالاشتراط و على تقدير صحه السند ذكرنا سابقا أنه لا بدّ من ترجيح ما دل على ثبوت الإرث بالاشتراط لكونه موافقا لعموم القرآن الدال على ثبوت الإرث في الزواج مطلقا لإطلاق المزوجه على الدائمه و المنقطعه كما هو كثير في كثير

من أبواب الفقه و لكن نقول أنه لا بدّ من تقديم ما دل على عدم التوارث لعدم وصول النويه إلى الترجيح حتى نأخذ الموافق للكتاب، بل هنا عموم فوق و هو الأخبار الداله على عدم التوارث، و عليه فيحكم بالتساقط، أى تساقط ما دل على ثبوت الإرث بالاشتراط و عدمه سواء اشتراط أم لا، فيرجع الى تلك الأخبار الداله على عدم الإرث فى المنقطعه مطلقا.

**قوله: و منها أنهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان فى العاربه.**

أقول: المشهور أن اشتراط الضمان فى العاربه صحيح، و لكن اشتراطه فى عقد الإجاره غير صحيح، و قد أشكل ذلك بأنه ان كانت الامانه موجب له لعدم ضمان الأمين و عله تامه لذلك فلا بدّ و ان لا يتخلف فى الإجاره و العاربه كليتهما و ان لم تكن عله لذلك بل مقتضيه له فلما ذا تخلف ذلك فى العاربه دون الإجاره مع أن كل من المعير و المستأجر أمانان فى وضع اليد على العين المعيره و المستأجره.

أقول: أن المراد من الضمان هنا ليس ما هو المراد فى باب الضمان أى الضمان على دين أحد و نحوه، فإنه بمعنى نقل الدين على ذمه الضامن أو ضم الذمه إلى الذمه كما عليه العامه، بل المراد من الضمان هنا هو ان يشغل الضامن ذمته بالعين على تقدير تلفها فيكون المراد منه الضمان بالعين على تقدير التلف و سبب هذا الضمان أى ضمان العين أمران أما إتلاف العين التى هى ملك للغير فيكون المتلف ضامنا لها بمقتضى من أتلف مال الغير و هو له ضامن و اما بدليل على اليد ما أخذت حتى تؤدى و لو بضميمه بناء العقلاء عليه، و ليس هنا سبب ثالث لهذا الضمان و عليه فاشتراط ضمان العين فى ضمن عقد من العقود مخالف لما هو ضرورى فى الشرعيه أعنى عدم كون غير الإتلاف سببا للضمان فيكون شرطا مخالفا لما كتبه الله على عباده و بينه بلسان سفرائه إلا أن يكون هنا مخصص فى مورد بحيث ورد

ص: ٣٣٣

دليل خاص على أن الاشتراط في ضمن العقد الفلاني يكون موجبا للضمان أيضا لا يقال أن دليل وجوب الوفاء بالشرط يدل على أن الشرط أيضا من أسباب الضمان، وفيه أنه ليس بمشرع حتى يدل على ذلك فإنه إنما يشمل الموارد التي كان للشخص جعل ذلك في طبعه على نفسه أى يكون سائغا في نفسه و يكون دليل الوفاء بالشرط دالا على الإلزام و لم يثبت في الشريعة أن يضمن أحد ما إتلافه شخص آخر و عدم ثبوت المانع عنه لا يكفي بل لا بدّ و أن يثبت له حق على ذلك كما جاز له ان يعطى قيمه العين مع التلف قبل الشرط فيجوز شرطه أيضا، فافهم.

و على هذا فيرتفع الإشكال في المقام حيث انه وردت روايات معتبره على جواز اشتراط الضمان أى ضمان العين مع التلف على المعير في عقد العاربه فتكون هذه الروايات مخصّصه لما هو ثابت في الشريعة من عدم كون غير الإتلاف و اليد من موجبات ضمان العين و لكن لم يرد ذلك في غير العاربه فيبقى تحت القاعده الأوليه أعنى عدم وجود سبب لضمان العين غير اليد و الإتلاف و أن الاشتراط ليس من أسبابه و قد عرفت في القسم الثالث من الشرط أن اشتراط ما ليس بسبب لحكم وضعى أو تكليفى لا يكون نافذا و يكون الالتزام به لغوا.

ثم ان هذه فيما اشترط الموجر على الأجير الضمان، أى ثبوت ضمان العين على ذمه المستأجر بحيث يكون من جهه ديونه و يكون ثابتا في التركه على تقدير عدم الإعطاء و أما لو اشترط عليه إعطاء قيمه التالف، فهو لا يكون مخالفا للكتاب و السنه و لا يكون الاشتراط سببا مستقلا للضمان، بل يكون ذلك من شرط الفعل و قد تقدم أنه نافذ، بل قد تقدم في القسم الثالث من الشرط أن اشتراط اعتبار أمر اعتبارى في ضمن العقد لا بأس به إذا كان في تحت اختياره، فهو من شرط الفعل، فيكون نافذا، و مع التخلف

ثبت الخيار للمشروط له فيكون الاشتراط موجبا لثبوت حكم تكليفي عليه و على تقدير العصيان لا يثبت في ماله بحيث يكون من جملة ديونه كما كان الأول كذلك، فان الثابت بمقتضى شرط الفعل هنا يكون هو الحكم التكليفي فقط و أما ثبوت الخيار فلا مجال له بعد فرض العين المستأجره تالفا، ويمكن أن يرجع الى ذلك المعاملات الرائجه بين التجار حيث يدخلون أموالهم في البيمه بان يكون ضمانها مع التلف على الدوله فإن ذلك من جهه اشتراط كون قيمه المال على الضامن مع التلف في ضمن عقد لازم أو يعطى مقدارا من المال للضمان بهبه و يشترط ذلك في ضمنه كما هو واضح فبذلك تكون معامله مشروعه و لا يكون ذلك أكلا للمال بالباطل.

### **قوله: و منها اشتراط أن لا يخرج بالزوجه إلى بلد آخر.**

أقول: قد اختلفوا في صحه هذا الشرط و عدمه و ذهب المشهور ظاهرا الى نفوذه لعموم دليل وجوب الوفاء بالشرط و ذهب بعضهم الى عدم النفوذ لأن هذا الشرط مخالف للكتاب، فان المكتوب لله هو وجوب اطاعه الزوجه للزوج فالشرط المذكور مخالف له.

و لكن قد عرفت أن معنى كون الشرط مخالفا للكتاب هو المخالف مع قطع النظر عن الشرط و لا شبهه أن إخراج المرأه من بلدها الى بلد آخر في نفسه من المباحات و ليس فيه مخالفه للكتاب فلا بأس باشتراط عدم خروجها في ضمن عقد النكاح، أو البيع، أو غير ذلك من العقود، فيكون هذا الشرط نافذا و صحيحا كما هو واضح. و هذا لا شبهه فيه.

ثم انه إذا خالف الزوج هذا الشرط و طلب من الزوجه الخروج من بلدها فهل يجب للزوجه اطاعته أو يجوز لها أن يخالفه في ذلك ربما يقال بالأول لوجوب اطاعه الزوجه لزوجهها و الشرط المذكور لا يوجب جواز مخالفتها بعد مخالفه الزوج لكونه مخالفا للكتاب و السنه الداله على وجوب

اطاعه الزوجه للزوج فى أى شىء يريد منها فى غير معصيه الخالق.

و لكن هذا الاشكال واضح،الدفع بداهه أنه يجب للزوجه اطاعه زوجها فيما له حق لا فيما ليس له حق،و من الواضح أنه بعد اشتراط أن لا يخرجها الزوج من بلدها الى بلد آخر الأ برضايتها فى ضمن عقد لازم من العقود ليس له حق فى هذه الجبهه على الزوجه حتى يجب عليها أن تطيعه فى هذه الجبهه أيضا و هذا واضح لا- شبهه فيه و تحصيل أن هذا الشرط أيضا نافذ و غير مخالف للكتاب و السنه.

### **قوله:الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد.**

أقول:ذكر المصنف فى ذيل هذا الشرط فروعاً:- منها:ما ذكره بعضهم من أنه إذا باع شيئاً و اشترط عدم البيع و لكن ذكر العلامه أنه صحيح و قواه بعض من تأخر عنه.

منها:ما ذكره فى سؤال فى بيع الحيوان من جواز الشركه فيه إذا قال الربح لنا و لا خسران عليك لصحيحه رفاعه فى الشركه فى الجاربه،و لكن النص مختص بالجاريه.

و منها:اشتراط عدم إخراج الزوجه من بلدها الى بلد آخر،و قد جوزه جماعه للنص و عدم المانع و منعه آخرون.

و منها:مسأله توارث الزوجين فى عقد المنقطعه.

أقول:الظاهر بل الواقع أنه لم ينقع حقيقه الشرط المخالف للكتاب و السنه و حقيقه الشرط المخالف بمقتضى العقد فى كلمات الفقهاء و لذا ترونهم يذكرون جمله من الفروع مثلاً للشرط الذى يكون مخالفاً لمقتضى الكتاب،و أيضا يذكرونها بعينها مثلاً لما يكون مخالفاً لمقتضى العقد و لا بد لنا من تنقيح ذلك حتى يتضح لنا واقعهما و حقيقتهما و يعلم أن ما يكون مثلاً لأحدهما هل يمكن أن يكون مثلاً للآخر أيضا أولاً يمكن.

فنعول:

### **أن الشروط فى العقود على نحوين**

لأنها قد تكون معتبره فى العقود بحسب الارتكاز و بناء العقلاء و تسمى ذلك بالشروط فى ضمن العقد بحيث لا يحتاج الى الذكر و قد تكون معتبره فيها بالاشتراط و بدونه لا يكون جاريا فيها، بل يكون العقد مطلقا بالنسبه اليه.

### **اما القسم الأول الشروط التى معتبره فى ضمن العقد**

فهو كثير

### **منها ما تقدم من كون المضمن بالقيمه**

المساويه للقيمه السوقيه

و الأ- كان للمغبون من البائع أو المشتري خيار الغبن و ان لم يشترط ذلك فان بناء العقلاء بحسب ارتكازهم على ذلك فيكون هذا الشرط معتبرا فى المعامله سواء صرح به أم لا، و من هنا قلنا سابقا أن خيار الغبن انما هو ثابت بالشرط الضمنى و بتخلفه يثبت الخيار للمشروط عليه كما هو واضح.

### **و منها: عدم كون كل من الثمن أو المضمن معينا**

فان الشرط الضمنى على ذلك و الارتكازى العقلائى يقتضى كونهما خالين عن العيب و الأ ثبت الخيار لمن كان ماله معيوباً و من هنا قلنا ان خيار العيب على القاعده و و لم يحتاج الى ورود روايه فيه و ان كان ثبوت مطالبه الأرش فيه على خلاف القاعده.

### **و منها: انصراف الثمن الى نقد البلد و هكذا انصراف تسليم المبيع**

الى بلد البيع

و ان لم يصرحا بذلك و قد ذكرنا سابقا أن الميزان فى الشروط الضمنيه ما يكون معتبرا فى العقد بدون التصريح و الانصراف المذكور كذلك و على هذا فلو قال البائع أو المشتري انى أريد أن أسلم الثمن أو المبيع فى بلد آخر كان للأخر خيار الفسخ مع أنه لم يشترط الخيار فى ضمن العقد و هكذا كل شرط ضمنى فإن الميزان هو ما ذكرناه فيكون المنشأ فى الحقيقه هو الحصه الخاصه من الملكيه و نحوها على مقتضيات العقود المعامله لما ذكرنا سابقا فى معنى جعل الخيار و قلنا ان معناه هو تحديد

المنشأ و

ص: ٣٣٧

إنشاء حصه خاصه من الملكيه مثلا، بل فى الحقيقه أن هذا القسم من الشرط ليس بشرط أصلا، و إنما المنشأ هو المنشأ المضيق من الأول فكان المنشئ للعقد مع وجود الشروط الضمنيه قد إنشاء حصه خاصه و طبيعه مضيقه كما هو واضح و من هنا لا نحتاج فى اعتبار هذه الشروط الضمنيه فى أى عقد كان الى شمول دليل وجوب الوفاء بالشروط عليها و إنما يكفى فى صحتها، و نفوذها نفس عموم أدله المعاملات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و الصلح جائز بين المسلمين و غير ذلك من الأدله حسب كل معامله دليلا خاصه و مخصوصا بمعامله خاصه كالصلح جائز بين المسلمين أو عاما كقوله: المؤمنون عند شروطهم و السر فى ذلك هو أن المعامله المنشأ هو معامله مضيقه و العقد المتحقق عقد خاص و الدليل الدال على وجوب الوفاء بالعقد إنما يدل على الوفاء بهذا العقد المضيق فيكون نفس ما يوجب التصيق الذى نسميه شرطا ضمنيا و يترتب على مخالفته الخيار مشمولا لعموم الوفاء بالعقد، فان العقد الذى وجد فى الخارج و شمله هذا العموم و غيره هو هذا المضيق لا غير، فافهم.

نعم، إنما يجرى ذلك فى العقود القابله للتصيق من حيث الزمان بحيث يكون المنشأ فيها محدودا ككون الملكيه فى البيع الخيارى ملكيه محدوده، و أما العقود التى لا يكون قابلا- للتصيق فلا- يجرى فيها ما ذكرناه اعنى تصيق المنشأ و إنشاء الطبيعه المحدوده و المضيقه و لو بمؤنه الشروط الضمنيه المأخوذه فيها بحسب ارتكاز العقلاء و ذلك كعقد النكاح فان الشارع قد جعله دائما أو مقيدا بأجل خاص فلا بد و ان ينشأ اما دواما بحيث لا يزول بالفسخ أصلا إلا فى موارد خاصه الثابته بالنص الخاص و لا يرتفع إلا- بالطلاق أو مؤجلا بأجل معلوم و أما إنشاء محدودا بأجل غير معين كالملكيه المحدوده بالخيار فلا، بحيث يكون كل من الزوج أو الزوجه



مخيرا فى فسخ عقد النكاح فى أى وقت أراد، فإن عقد النكاح لم يثبت فى الشريعة مقيدا بأجل غير معين، فحيث جرى فيه ما ذكرنا من اعتبار الشروط الضمنية الموجهة لتضييق دائره المنشأ و أن المنشأ فيها ليس إلا حصه خاصه فلازم ذلك أن يكون الخيار محدودا بزمان غير معين أعنى فسخ من له الخيار فى أى وقت أراد و قد عرفت أنه غير مشروع و بذلك حكمنا بعدم جريان الخيار فى النكاح فى حاشيه العروه من غير احتياج الى التمسك بالإجماع كما زعمه بعض الاعلام، فافهم.

### و أما القسم الثانى من الشرط و هو ما يكون معتبرا فى العقد بالاشتراط

الصريح.

و هذا قد يكون شرطا موافقا للقواعد الشرعيه كجميع الشروط السائغه كاشتراط الكتابه و الخياطه و غيرهما من شرط الفعل و النتيجة فإن ذلك صحيح و نافذ و يجب الوفاء بها بمقتضى دليل الوفاء بالشرط و يكون مع التخلف موجبا للخيار سواء كان الشرط فى أصل تعليق العقد بالالتزام بشىء أو فى تعليق الالتزام بالعقد بشىء و قد تقدم تفصيله.

و قد يكون الشرط مخالفا لمقتضى العقد.

و قد يكون مخالفا للكتاب و السنه و الفارق بينهما أن كل عقد له مقتضى فإذا كان الشرط ينافى ذلك المقتضى كان هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد كما إذا باع داره من شخص و اشترط عليه أن يملكها و أجر دابته من غيره و اشترط عليه أن لا تكون منفعتها له، و هكذا فإن هذا الشرط مناقض لمقتضى العقد، فان معناه البيع و لا أبيع، ثم انه هل يكون من قبيل الشرط المخالف لمقتضى العقد ما إذا اشترط فى ضمن البيع أن يكون المبيع بلا- ثمن أو ليس من ذلك، و قد توهم كونه مخالفا لمقتضى العقد إذ البيع بلا ثمن، لا يعقل، فمرجع هذا الاشتراط الى عدم البيع و هذا لا يلائم البيع

ص: ٣٣٩

و لكنه واضح الدفع فان هذا الاشرط قرينه على عدم اراده البيع من ذلك، بل أريد منه الهبه.

نعم، لو أريد من هذه الجملة معناها اعنى البيع حقيقه كان الشرط، مخالفا لمقتضى العقد، و لكن ليس الأمر كك، نعم هذا الشرط مناف لمقتضى لفظ البيع و هذا لا محذور فيه مع القرينه، فإن المجازات كلها كذلك، إذ القرينه فيها منافية لمقتضى اللفظ، كما هو واضح.

و بالجملة هذا المثال خارج عن كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد، بل القرينه دلت (و هو الاشرط) على أن المراد من البيع ليس معناه الحقيقى و انما المراد منه الهبه، نعم يتوقف صحه ذلك على ما تقدم فى ألفاظ العقود من أن اللفظ المجاز هل يجوز أن يقع به الإنشاء أم لا، فان قلنا بالصحه كما ذهب اليه بعضهم، بل ذهبوا الى صحته بالغلط أيضا كان إنشاء الهبه بلفظ البيع مع القرينه المذكوره صحيحا و الا فلا.

و قد يكون الشرط المذكور مخالفا للكتاب و السنه و المراد من ذلك أن يكون هنا حكم شرعى قد جعله الشارع فيكون الاشرط مخالفا له بحيث لو لم يكن هنا ذلك الحكم لا يكون الشرط مخالفا لشيء أصلا، بل كان واجب الوفاء و ذلك كبيع شيء و اشرط أن لا يبيعه من شخص فان هذا مع قطع النظر عن حكم الشارع بجواز بيعه لغيره لا ينافى شيء أصلا، و انما التنافى من جهه جعل الشارع ذلك الحكم على خلاف الشرط افرض أنه لو كان هنا حكم وجوب يتعلق ببيع ما يشتريه المشتري من غيره و مع ذلك يشترط البائع على المشتري أن لا يبيعه من غيره كان هذا الشرط منافيا لحكم الشارع و هكذا فى جميع موارد مخالفه الشرط للكتاب، فالميزان فيه أن الشرط مع قطع النظر عن حكم الشارع لا ينافى بشيء، و انما يطرء على العقد عنوان التنافى إذا جعل الشارع هنا حكما و يكون الشرط على خلافه من دون أن

يكون منافيا لمقتضى العقد أصلا فالشرط المنافى لمقتضى العقد منافيه و ناقضه دائما سواء كان هنا حكم شرعى أم لم يكن بخلاف الشرط المخالف للكتاب فتحصل أن الشرط المخالف لمقتضى العقد لا يجتمع مع ما يكون مخالفا لمقتضى الكتاب أصلا، فالاشتباه من جهة عدم التنقيح كما هو واضح.

و ملخص الكلام فى المقام أنه ذكروا من جملة الشروط لصحة الشرط أن لا- يكون مخالفا للكتاب و من جملتها أن لا يكون مخالفا لمقتضى العقد و مثلوا لكل منهما أمثله و لم يميز ما بينهما، بل ربما ذكروا فرعا واحدا مثلا للشرط الأول و أيضا ذكروا مثلا للشرط الآخر أيضا، حتى أن المحقق الثانى مع مهارته فى الفقه (بحيث ذكر المصنف فى حقه تاره و بمثل هذا سمي محققا ثانيا و أخرى ذكر أنه بهذا قد ثنى المحقق) تكلم فى الشرطين و لم يأتى بشيء ثم ذكر أنه لا بدّ من الرجوع فى ذلك الى الفقيه و أنه يتبع رأيه فى ذلك مع أنه لا- شأن لرأى الفقيه فى كون شرط مخالفا للكتاب أو لمقتضى العقد، و أن أى من الشروط مخالف للكتاب أو أى منهما يخالف مقتضى العقد و انما يرجع الى الفقيه فى ما يرجع الى الاحكام من حيث الاستفاده من الأدله.

و الذى يقتضيه التحقيق فى تمييز كل من الشرطين عن الآخر ما أشرنا إليه أنفا و حاصله أن ما يقتضيه العقد سواء كان الاقتضاء بلا- واسطه أو مع الواسطه، الأول أن يقتضيه بلا واسطه شيء فى البين أصلا كاقضاء البيع ملكيه العين و اقتضاء الإجاره ملكيه المنفعه و اقتضاء النكاح الزوجيه و هكذا فالعقد بما هو عقد يقتضى الأمور المذكوره من غير أن يحتاج ذلك الى إمضاء الشرع و اعتباره أو إمضاء العقلاء و اعتبارهم.

و بعباره أخرى أن لكل عقد له مقتضى فى نفسه مع قطع النظر عن إمضاء الشارع و العقلاء و اعتبارهم حتى لو فرضنا لم يكن فى العالم شرع و شريعته

و لا العقلاء، و تحقق عقد بين شخصين كان لهما مقتضى (بالفتح).

الأمر الثاني: أن العقد لا يكون مقتضياً لشيء و لكن يكون موضوعاً لحكم من الأحكام الشرعية كجواز النظر إلى المرأه و جواز بيع المبيع بعد شرائه و جواز التصرف في العين المستأجره و هكذا فإن الأمور المذكوره ليست من مقتضيات العقد ابتداء و لكن من مقتضياته ثانياً، أى هو موضوع لها في نظر الشارع و كل شيء يترتب على العقد أولاً و بالذات ثانياً، و بالعرض لا يخلوا عن هذين الأمرين.

و أما الأفعال الخارجيه فهى بأجمعها خارجه عن مقتضى العقد لا بالمعنى الأول و لا بالمعنى الثانى، فإن وقوع شيء في الخارج و عدم وقوعه فيه مسبب عن سبب تكوينى غير مربوط بالعقد فلا يكون العقد مقتضياً له لا ابتداء و لا بالواسطه، نعم يكون الفعل الخارجى موضوعاً لحكم شرعى يكون ذلك الحكم الشرعى من مقتضيات العقد بالمعنى الثانى، كأكل مبيع و شربه و نحو ذلك فإن أمثال هذه الأفعال ليست من مقتضيات العقد بكلا المعنيين، و لكن موضوعه لحكم الشارع و هو جواز الأكل مثلاً و ذلك الحكم من مقتضيات العقد بالمعنى الثانى فإن جواز الأكل مترتب على شراء ما يؤكل و إلا كان حرام الأكل لكونه مال الغير هذا كله، ما يرجع الى مقتضى العقد.

و أما الشرط فقد يطلق على الشروط الضمنيه، فالشرط الضمنى يرجع غالباً اما الى تضييق المنشأ كالملكيه و نحوها على اختلاف المنشئات فى العقود و ذلك كخيار الغبن و نحوه مما ثبت بالشرط الضمنى لأننا قد ذكرنا فى السابق أن مرجع جعل الخيار هنا الى تضييق دائره المنشأ و هو الملكيه و قد يرجع الى تضييق دائره الثمن كانصرافه الى نقد البلد و المصداق الأوضح لذلك ما وقع البيع على شيء بخمسه دنانير، فإنه يحمل فى العراق على الدينار العراقيه و ليس للمشتري أن يدعى بعد المعامله أن المراد

من الدينار هو الدينار الايراني فيكون خمس ألف ديناراً منطبقاً على تومان واحد، وهكذا يحمل الثمن على ثمن البلد، فلا بد من إعطائه في بلد المعاملة و ليس للمشتري أن يدعى إعطائه في بلد آخر، ففي الحقيقة أن هذا الشرط الضمني يضيق دائره الثمن بحيث لا يكون الثمن غيره حتى لو أعطى المشتري الثمن في غير هذا البلد و رضى به البائع لا يكون هذا هو الثمن الذى وقع عليه العقد، بل يكون بدلاً منه و يصير معامله أخرى بين الثمن و بين نقد آخر، وهكذا الحال فى المثلثن فإذا باع حنطه فى بلد فالشرط الضمنى يوجب حمله على حنطه هذا البلد أو اشترى حنطه من شخص فى مزرعته فمقتضى الشرط الضمنى تحمل على حنطه تلك المزرعه و يكون المبيع مقيداً بذلك و مضيقاً به بمعنى أن المبيع يكون هو الحصة الخاصه دون غيرها و لو اعطى البائع من غير ذلك لا يكون ذلك المبيع الذى وقع عليه العقد إذا رضا المشتري به.

نعم، يكون معامله أخرى بين المثلثن و بين حنطه أخرى كما هو واضح و ليس لأحد أن يقول أن المبيع أو الثمن هنا الكلى فلا يكون المعطى من غير نقد البلد أو حنطه البلد إعطاء من غير الثمن و محتاجاً إلى مواضاه جديده لما عرفت من تضيق دائرتهما بالشرط الضمنى و انما قلنا ان الشرط الضمنى يرجع غالباً الى تضيق دائره أحد الأمور الثلاثة من جهه أنه قد لا يكون الشرط الضمنى موجبا لتضيق دائره شىء من تلك الأمور ابتداء كأصل تسليم الثمن أو المثلثن فان الشرط الضمنى بالنسبه إلى تسليم الثمن أو المثلثن موجود و لكن لا يكون موجبا لتضيق دائره المنشأ أو الثمن أو المثلثن ابتداء، بل يوجب الخيار مع التخلف.

ثم ان الشرط الضمنى و ان كان يوجب تضيق دائره بالنسبه إلى الجهات المذكوره و لكن مع التخلف يثبت الخيار فلا يبطل البيع لانه وقع

على الكلى و ان كان كليا مضيقا و لم يقع على الشخص الخاص و مما ذكرناه ظهر ان الشرط الضمنى لا يوجب الا تضيق الدائره و جعل المنشأ أو الثمن أو المبيع حصه خاصه و هو فى الحقيقه ليس بشرط فكأن البائع من الأول باع حنطه مزرعه خاصه و وقع البيع على نقد هذا البلد بالصراحه.

فهل يتوهم أحد أن الثمن أو المبيع مطلق و غير مضيق و على هذا فلا يحتاج اعتبار هذا القسم من الشرط الى شمول دليل وجوب الوفاء بالشرط عليه، بل يكفى فى مشروعيه نفس الأدله الداله على صحه العقد، فان العقد قد وقع على شىء خاص و المنشأ انما هو شىء خاص.

فهل يتوهم أحد أنه إذا وقع العقد على مبيع خاص يحتاج كونه خاصا الى دليل الشرط، بل المعامله الواقعه فى الخارج معامله خاصه فتكون بخصوصيتها مشموله لعموم ما دل على صحه العقد كما هو واضح.

ثم انا و ان ذكرنا أن معنى جعل الخيار يرجع الى تحديد المنشأ حتى الخيارات المجهوله الا أنه لا ينافى بما ذكرناه هنا من كون الشروط الضمنيه راجعه الى تضيق الدائره و أنها ليست بشروط فى الحقيقه و لا يحتاج اعتبارها الى أدله الوفاء بالشرط و الوجه فى عدم التنافى هو ما أشرنا إليه قبيل هذا من أن الشروط المجهوله بحسب جعل المتعاقدين انما هو يوجب إلزام المشروط عليه على الفعل المشروط و فى هذه المرتبه يحتاج إثبات مشروعيه هذا الإلزام الى شمول أدله وجوب الوفاء بالشرط عليه، ثم مع تخلف المشروط عليه على شرطه يثبت للشارط خيار التخلف شرط و هذا الخيار الثابت بالتخلف و انما يوجب هذا الشرط تضيق دائره المنشأ فى مرحله تخلف الشرط لا ابتداء، و الا فما هو ثابت ابتداء اعنى إلزام المشروط عليه يحتاج الى دليل الشرط فالشروط الضمنيه ابتداء يوجب تضيق الدائره بلا احتياج الى دليل الشرط و الخيارات المجهوله توجب تضيق دائره

المنشأ بعد تخلف الشرط بلا احتياج الى دليل الشرط فان الاحتياج إليه فى منشأ الخيار و هو الإلزام و أما ثبوت الخيار مع التخلف لا يحتاج الى دليل أصلا، فافهم.

القسم الثانى من الشروط أن يكون شرط فعل بأن يشترط أحد المتبايعين على الآخر أن يبيعه من زيد أو يشترط ترك فعل بأن لا يبيعه من شخص و من قبيل شرط الفعل أيضا إذا اشترط اعتبار ملكيه مال مخصوص للبائع و قد تقدم هذا فى اشتراط الاعتبار.

و قد ذكر العلامة أنه لو باع العبد و اشترط على المشتري عتقه صح ذلك لبناء العتق على التغليب فكأنه لم يجوز هذا الشرط أى شرط الفعل و بنى فى عتقه على الغلبه مع أن كون بناء العتق على الغلبه لا يجوز غير المشروع، فهل يتوهم أحد صحه عتق عبد الغير لبناء الشارع على الحريه الى غير ذلك من الأمثله ففى هنا لا يكون هذا الشرط بنفسه مخالفا لمقتضى العقد و لا الكتاب و السنه من حيث نفسه لما عرفت سابقا أن الفعل الخارجى من حيث الوقوع و عدمه غريب من مقتضى العقد بالكلية فلا يقتضى العقد وقوع فعل فى الخارج و لا عدمه و كك لا يكون مخالفا للكتاب و السنه لعدم كون الفعل الخارجى من حيث نفسه حكما شرعيا لا وجودا و لا عدما، نعم هو موضوع للحكم الشرعى فلا بدّ من ملاحظه الشرط بالنسبه الى هذا الحكم المترتب على الفعل فان كان مخالفا له كان باطلا و الأصح، كما إذا باع حنطه و اشترط على المشتري شرب الخمر أو فعل حرام آخر أو اشترط عليه ترك واجب من الواجبات و أما إذا كان الشرط امرا اعتباريا فقد تقدم الكلام فيه من أنه ان اختيار سببه بيد المتعاقدين كالملكيه فى البيع و نحوه يصح و الأ كان أمرا غير اختيار بان يكون فعلا للأجنبى أو كان سببه سببا خاصا فلا يكون ذلك الشرط و عليه فان كان البيع معلقا على الالتزام به بطل لعدم إمكان الالتزام

لغير المقدور و للتعليق و ان كان اللزوم معلقا عليه ثبت للشارط الخيار، أى خيار التخلف الشرط.

و إذا لم يكن شرط الفعل مخالفا للكتاب و السنه بالمعنى المذكور، صح من هذه الجهه و من جهه عدم مخالفته لمقتضى العقد و ان كان له مانع آخر كما إذا باع شيئا بشرط أن لا يبيعه إلا إياه فذكر العلامة فى التذكرة أنه مستلزم للدور سيأتى الكلام فيه.

و من قبيل شرط الفعل أيضا ما إذا باع شيئا و اشترط أن يبيعه من شخص خاص أو شرط عدمه كأن لا يبيع من أحد فإنه ليس مخالفا لمقتضى العقد و لا أنه مخالف للكتاب و السنه، بل هو شرط سائغ فإذا تعلق به غرض الشارط فلا بأس به و قد ورد فى بعض روايات بيع العبد انه لو باع و اشترط عدم البيع من أحد أو عدم الهبه صح و ان اشترط الإرث فلا يصح فمع قطع النظر عن القاعده فالروايه أيضا يقتضى صحه الشرط و العجب أنهم ذكروا ان اشترط عدم بيعه من زيد صح و إذا اشترط عدم بيعه من أحد فلا يصح و لا ندرى أنه أى فرق بين الشرطين.

و العجب من العلامة فإنه (ره) ذكر أن اشترط عدم البيع منافى لمقتضى ملكيه فيخالف قوله (صلى الله عليه و آله) الناس مسلطون على أموالهم.

و وجه العجب أن دليل السلطنه لم يثبت حكما إلزاميا من الوجوب أو الترك حتى يلزم من الاشتراط ترك الواجب أو فعل الحرام فيكون مخالفا للكتاب و السنه، بل هو يثبت أمرا مباح و هو كون الإنسان مرخصا فى بيع ماله و تركه و له الاختيار فى ذلك و قد تقدم أن الشرط فى مورد الأمر المباح بالمعنى الشامل للمكروه و المستحب أيضا لا ينافى الكتاب و السنه بوجه و من هذا القبيل أن يبيع دارا مثلا- و يشترط على المشتري أن يجعلها وقفا فإنه لا- ينافى بالكتاب بوجه فإنه فعل مباح سائغ كما هو واضح.



القسم الثالث من الشرط أن يشترط أحدهما على الآخر أمرا وضعيا كما إذا باع متاعه من زيد و الشرط عليه أن يكون زوجته مطلقه أو يكون بنته زوجه له و هكذا فان كان ذلك الشرط أمرا منافيا و مناقضا لمقتضى الشرط، فلا يجوز لكونه مناقضه كما إذا باع داره من عمرو و اشترط عليه أن لا تكون الدار ملكا له أو آجر دابته منه و اشترط أن تكون المنفعه مملوكه له أو عقد عقد نكاح و اشترط فى ضمن العقد أن لا تكون زوجه له و هكذا فان ذلك كله مناقضه لمقتضى العقد فلا ينفذ و ان لم يكن الوضع المذكور مناقضا لمقتضى العقد و لكن ذلك مخالف لحكم الشارع لأنه اعتبر فى حصوله سببا خاصا فلا يكون الاشتراط من جهه أسبابه و قد عرفت ذلك سابقا و ذلك كاشتراط زوجيه امرأه فى عقد البيع مثلا أو طلاقها فيه، و هكذا لو اشترط أمرا وضعيا يكون نفس ذلك الأمر الوضعى مخالفا لحكم الشارع كاشتراط أن يكون خمر المشتري ملكا للبائع و هذا أيضا مخالف لحكم الشارع فلا يكون نافذ.

ثم انه من قبيل الشرط المخالف للكتاب أن يشترط أحد الشريكين على الآخر من المبيع الذى يشتريان مشاعا أن يكون النفع له و الخسران على الآخر و هذا أيضا مخالف للكتاب فان مقتضى الحكم الشرعى أن ضرر كل مال على مالكه و لم يثبت فيه جواز ان يلتزم أحدهما على الآخر ضمانه كما تقدم نظيره فى تعهد ضمان تلف مال شخص آخر فإنه لم يثبت هذا النحو من الضمان فى الشريعة إلا أن يشترط على الآخر لزوم إعطاء قيمته من ماله فهو شرط الفعل فلا بأس به، و أما الروايه الداله على جواز شراء الجاربه و اشتراط هذا الشرط فى ذلك، فإن أمكن حملها على شرط إعطاء قيمتها مع الخسران فهو، و إلا فلا بد من الاقتصار بها فى موردها فلا يمكن التعدى عنها الى غيرها لكونها مخالفه للقاعده كما لا يخفى.

و قد ظهر مما ذكرناه من معنى المقتضى للعقد و من معنى الشرط أنه

لا- يبقى مورد للشك حتى يحتاج الى التمسك بالأصول، بل قد اتضح أنه كلما يكون شرطا فحكمه معلوم اما بالأماره أو بالأصول، و لكن العجب من هؤلاء المحققين لم يأتوا شيئا يكون ميزا بين كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد أو للكتاب حتى المحقق الثاني مع مهارته فى الفقه.

### قوله السادس: أن لا يكون الشرط مجهولا.

أقول: ذكر الفقهاء أن من جمله شروط صحة الشرط فى ضمن العقد أن لا يكون الشرط مجهولا فلو اشترط أحد المتبايعين على الآخر شرطا مجهولا بطل العقد للغرر.

أقول: توضيح الكلام فى المقام أن الشرط المأخوذ فى العقد قد يكون شرطا ضمنيا و معتبرا بحسب الارتكاز العقلاى الذى مرجعه الى كون المنشأ أو الثمن أو المثلن مقيدا و حصه خاصه على ما تقدم فإنه حينئذ لا تكون الجهاله فى الشرط إلا جهاله فى البيع فيكون فى الحقيقه الثمن مجهولا- أو المثلن ككك فيرجع هذا إلى جهاله العوضين، و قد اعتبرنا عدمها فى شرائط العوضين، فلا يحتاج اعتبارها فى المقام أيضا، إذ قد تقدم أنه ليس فى أمثال المقام اشتراط غالبا، بل الثمن أو المثلن مقيد و مضيق بالحصه الخاصه كما إذا قيد البائع أو المشتري العوضين من الأول بحصه خاصه ككون المبيع عبدا كاتبا أو كون الحنطه من مزرعه فلا- نيه فهل يتوهم أن هذا القيد اعتبر فى المبيع بعنوان الاشتراط بحيث يحتاج نفوذه الى دليل الوجوب الوفاء بالشرط و ليس ككك، بل انما وقع البيع على شىء خاص و على كل مقيد على حصه مخصوصه كما هو واضح.

و على الجملة جهاله مثل هذه الشروط عين جهاله العوضين كما إذا باع منا من حنطه مزرعه مجهوله أو على ثمن مجهول فلا شبهه فى خروج هذا القسم عن محط الكلام، و الظاهر أنه لا يتوهم أحد كونه داخلا فى المقام و

انما نذكره توضيه للأقسام، فافهم.

الثاني: أن يكون الخيار المعتبر في العقد بحسب اشتراط المتعاقدين مجهولا كأن يبيع أحمد عبدا معلوما من زيد و اشترط زيد على أحمد أن يكون العبد كاتباً مع أنه لا يعلم كونه كاتباً أو غير كاتب، ففي هذه الصورة و ان كان الخيار مجهولاً و لكن هذه الجهالة في الخيار لا يوجب غرريه العقد، لكي يحكم ببطلانه فان الغرر على ما تقدم في محله هو الخطر، و من الواضح أنه أي خطر يتوجه على المشتري من تلك الجهالة إذ لو كان العبد كاتباً في الواقع و تسلمه على هذا الشرط يحكم بلزوم البيع و الآ يكون له الخيار له أن يفسخ العقد و له أن يقيه على حاله و يرضى بالعبد غير الكاتب، نعم لو لزم على قبول العبد بدون الكتابة و لم يكن له الخيار في ذلك كان له ضرر مالي و يكون البيع غررياً و خطرياً و قد عرفت أن الأمر ليس كك.

الثالث: أن يشترط أحدهما على الآخر شرطاً في العقد و يكون ذلك الشرط مجهولاً كما إذا باع حنطه من شخص و اشترط على المشتري كونها من مزرعه يعلمها البائع مثلاً. فهذه الجهالة تسرى إلى الجهالة في نفس المبيع فيكون مجهولاً في نفسه فيكون البيع باطلاً من جهة جهالة نفس المبيع لا من جهة جهالة الشرط.

الرابع: أن يشترط في ضمن العقد الفعل بان يشترط البائع على المشتري، أو العكس، أن يخيظ له ثوباً و لم يذكر أن الثوب أي شيء، فإنه لا يشبهه في كون البيع غررياً لأنه قد يكون ما قصده الشارط قميصاً فتكون أجرته خمسين فلساً و قد يكون جبه فتكون أجرته ديناراً فح يكون البيع غررياً لأنه لا يعلم المشروط عليه أن المال الذي وصل إليه في مقابل المبيع أو العوض يساوى بما إعطاء من بدله مع وجود هذا الشرط أولاً فإن الشرط و

ان لم يكن فى مقابله شىء و لكن لا- شبهه فى كونه دخيلا- فى زياده الثمن أو المثلن فان ما يعطى من الثمن بدون الشرط لا يعطى معه فتكون هذه المعامله خطريه و غرريه.

الخامس: أن يشترط شرط النتيجة بأن يشترط أحدهما على الأخر فى البيع كون ما بيده من الأموال له و لم يعلم أنها أى مقدار، فإنها أيضا يوجب غرريه المعامله فتبطل لذلك و كيف مع السير و التقسيم لا نجد موردا باطلا لوجود الغرر فى نفس البيع و لا- يفرق فى ذلك بين أن يكون الدليل على بطلان البيع هو النهى عن بيع الغررى و بين أن يكون النهى عن مطلق الغرر، كما هو واضح.

### **قوله: الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال.**

أقول: ذكر العلامة رحمه الله أنه لو شرط فى البيع أن يبيعه من البائع لزم الدور و أما لو شرط على أن يبيعه من غيره فلا- يلزم الدور لجواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولى بخلاف ما لو شرط البيع على البائع.

أقول: الذى ذكره العلامة لا بأس به من حيث الكبرى و لكن لم نجد له صغرى فى المقام و بيان ذلك أنه ان أراد من كلامه هذا الشرط الفلسفى فهو صحيح من حيث الكبرى، حيث انه لو كان ما هو من قيود المعلول و شروطه شرطا للعله و نفس المعلول شرطا فيها لزم الدور لتوقف المعلول على علته و توقف العله على المعلول باعتبار الشروط المعتميره فيه، و لكن الأمر ليس كذلك هنا فان الشرط ليس من قيود عله الملكيه و سببه، بل سبب الملكيه فى البيع مثلا هو العقد و الشرط، انما هو شرط اللزوم كما هو واضح و ان كان مراد العلامة هذا المعنى فهو لا يرتب بالمقام و ان كان شيئا آخر فلا ندرى ما أراد على أنه أى فرق بين اشتراط بيعه من البائع و من غيره فان الاشتراط لو كان موجبا للدور يوجب فى كلا الموردين، و إلا فلا و

و ما ذكره من الفارق غير تام.

نعم، ذكر صاحب الحقائق هذا الشرط و استدل عليه بروايتين فسيأتى الكلام فى ذلك فى النقد و النسيه، بل صرح فى التذكرة بجواز اشتراط أن يقف المشتري المتاع على البائع و على عقبه فأى فرق بين هذا و سابقه أى اشتراط بيعه على البائع بل هذا مثل النذر و العهد كقولك لله على كذا، ان كان كذا، و الانصاف أن هذا الاشتراط لا بأس به فلا يكون موجبا للمحال فتحصل أنه لم نجد صغرى لما ذكره العلامة و ان كانت الكبرى صحيحة كما هو واضح، نعم، لو كان الشرط راجعا الى كون المبيع للبائع بهذا البيع بحيث يكون الإيجاب قبولا لبيع المشتري المبيع المأخوذ من البائع له و يكون قبول المشتري بيع البائع إيجابا للبيع الثانى لزم ما ذكر و مع شرط النتيجة ان كان قصدهما كون المبيع له فعلا يكون بيع ما ليس عنده و ان كان المراد كون المبيع له بعدا لزم التعليق فهو باطل بالإجماع، و لكنه أجنبى عن صورته الاشتراط المذكور كما عرفت فان الشرط المذكور لا بأس به أصلا، و دعوى الإجماع على هذا الاشتراط باطل جدا فان هذا من العلامة و من بعده فكيف يمكن دعوى الإجماع فيه.

### **قوله: الشرط النامن أن يلتزم به فى متن العقد.**

أقول: ذكر الفقهاء رضوان الله عليهم أن من جملة الشروط لصحة الشرط فى ضمن العقد أن يكون الشرط مذكورا فى ضمن العقد و ألا فلا يكون واجب الوفاء.

و تحقيق ذلك أن الشروط التى لا يذكر فى العقد قد تكون من الشروط الضمنية كأنصراف العقد الى كون النقد بلديا و كون التسليم فى بلد البيع و هكذا و قد تقدم الكلام فيها و قلنا أن معنى الشرط الضمنى هو أن لا يكون اعتباره محتاجا الى الذكر، بل يكون معتبرا فى العقد سواء ذكر أم

لم يذكر كما هو واضح، وهذا القسم من الشروط خارج عن محل الكلام جزماً فإنها وإن لم تذكر في ضمن العقد ولكنها معتبرة فيها ببناء العقلاء عليها، ويجب الوفاء بها بنفس الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعقد كما تقدم في الشرط المخالف لمقتضى العقد بلا احتياج إلى أدله وجوب الوفاء بالشرط كما هو واضح.

وقد يكون الشرط المذكوراً قبل العقد تصريحاً وتفصيلاً، ولكن لا يذكر في العقد إلا بنحو الإشارة كقول البائع بعتك المتاع الفلاني بدينار على ما علم فيقول المشتري قبلت هكذا فإنه لا شبهة في ارتباط العقد بالمشروط الذي شرطه قبل العقد كما هو واضح.

وقد يكون الشرط المذكوراً قبل العقد، ولكن يكون مغفولاً عنه عند العقد فلا يذكر في ضمنه نسياناً وغفله وهذا أيضاً خارج عن محل الكلام جزماً لكونه غير مربوط بالعقد.

وقد يذكر الشرط قبل العقد ولم يذكر في ضمنه ولكن يقع العقد بانياً عليه بحيث يقصد المتبايعان كون العقد مقيداً بذلك الشرط، فهل يجب الوفاء بهذا الشرط أو لا فهذا هو محل الكلام في المقام وهل هذا الشرط صحيح أو فاسد؟ وعلى تقدير فساده هل هو مفسد للعقد أو لا؟ أما الكلام في الوجه الثانيه فسيأتي إنشاء الله.

وإنما الكلام فعلاً في الوجه الأولي فذكر المصنف أن العقد إذا وقع توأطهما على الشرط كان قيداً معنوياً له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون إلا مع العمل بذلك الشروط ويكون العقد بدون تجاره لا عن تراض، إذ التراضي وقع مقيداً بالشرط فإنهم قد صرحوا بأن الشرط كالجزم من أحد العوضين، فلا فرق بين أن يقول بعتك العبد بعشره وشرطت لك ماله وبين التوأطهما على هذا الشرط مع ذكره قبل العقد.

أقول: يرد عليه أولا- أنه لا يصح ما ذكره المصنف فى المقيس حيث انا ذكرنا مرارا أن الشرط لا يقابل بالمال و إلا لكان اللازم وجوب رد جزء من الثمن أو المثلن مع مخالفه الشرط، بل مرجع الشرط فى العقد ليس إلا تعليق نفس العقد عليه، مع حصول المعلق عليه، و يترتب على عدم العمل بمقتضى الالتزام الخيار أو تعليق نفس الالتزام على الشرط، فترتب على مخالفته الخيار، و أما كون الشرط مقابلا بجزء من الثمن أو المثلن فلا، و على تقدير كون الشرط كالجاء من مقابله بجزء من الثمن و لكن لا نسلم بطلان ذلك فى المقيس عليه، بل نقول بكفايه البناء و القصد يكون الجزء الخاص داخلا فى المبيع و لا يلزم التصريح به كما هو واضح، فإنه يكفى إيقاع العقد بانبا على الثمن و المثلن الذين سبق ذكرهما و لا يحتاج اعتبارها فى البيع إلى الإبراز أيضا، كما يحتاج أصل البيع إلى الإبراز، فافهم هذا ما يرجع الى ما ذكره المصنف الراجع إلى صحه الشرط الذى وقع العقد مبنا عليه.

ثم انه ذكر للقول بالبطلان وجهان: الأول: الإجماع على بطلانه لكونه بمنزله الشرط الابتدائى و فيه أنا لا نسلم تحقق الإجماع التعبدى على ذلك إلا من جهه أن الشرط كنفس العقد يحتاج إلى الإبراز و عليه فيرجع هذا الوجه الى ما ذكره شيخنا الأستاذ من الوجه الثانى الاتى.

الوجه الثانى: ما ذكره شيخنا الأستاذ من أن الشرط كسائر أركان البيع من الثمن و المثلن محتاج إلى الإبراز و الإظهار فكما أن إيقاع البيع مبنا على كون الشىء الفلانى ثمنا أو مثمنا لا يكفى فى صحه العقد و كذلك إيقاعه مبنا على الشرط الذى سبق ذكره أيضا، لا يكفى، بل يحتاج صحه ذلك الشرط، و كونه لازم الوفاء الى ذكره فى متن العقد و بدونه لا يجب الوفاء به أصلا، و لا يقاس ذلك بالشروط الضمنيه حيث ان الشروط الضمنيه بسبب تعهدا عند العرف يصير من المدلولات العرفيه للفظ قصدها

المتعاقدان أو لم يقصدا و هذا بخلاف ما تباينا عليه فإنه لا يكاد يصير مدلولاً للفظ ابداً بدهاه أن تباين المتكلم و المخاطب على معنى لا يكاد يوجب الدلالة و صيروره اللفظ دالاً عليه بنحو من الدلالة كما هو واضح.

و على الجملة البناء على الشرط فى إنشاء العقد لا يكفى فى إنشائه، بل لا بدّ من تعليق الإنشاء بنفس الشرط، بحيث ينشأ الشرط مستقلاً كما ينشأ العقد كما هو واضح.

أقول: قد تقدم أن الشرط فى العقود بمعنى الربط و الإناطة، فهو يرجع الى أمرين: أحدهما: تعليق نفس العقد به و هذا فيما إذا كان الشرط هو التزام المشروط عليه فإنه يرتبط العقد به و لا- يضر التعليق هنا لحصول المعلق عليه و هو الالتزام، و ح إذا لم يعمل المشروط عليه بشرطه يكون للشارط الخيار، و لا شبهه أن اشتراط أن يكون هذا النحو من الإناطة محتاجاً إلى إبراز فاسد، و لا دليل عليه و لا- وجه لقياسه بنفس العقد، من جهة أنه محتاج إلى الإظهار و الإبراز فبدونه لا يحصل العقد فى الخارج كما لا يحصل بالقصد السابق، فإنه ليس اسماً للاعتبار المحض بل للاعتبار المبرز كما تقدم مراراً و حققناه فى علم الأصول، و هذا بخلاف الشرط، فإنه اسم للإناطة كما عرفت، و هو يتحقق و ان لم يبرز فى الخارج بل يكفى فيه العلم بتحقيقه كما فى صورته إيقاع العقد بانها عليه، كما ان الأمر كك فى نفس الثمن و المثل أيضاً فإنه لا يحتاج اعتباره فى البيع إلى إبراز أصلاً، و ان كان البيع عبارة عن مبادله مال بمال، فإنه يكفى فى اعتبار ذلك مجرد علم المتبايعين بالثمن و المثل مع إنشاء أصل البيع بمثل بعت و نحوه فقط خالياً عن ذكر الثمن و المثل لعدم الدليل على اعتبار الإبراز فيهما أيضاً.

الثانى: من معنى الشرط فى العقود أن يكون الالتزام معلقاً عليه



بحيث ان العقد انما وقع مطلقا و لكن كونه لازما مشروط بشرط فبدونه يثبت الخيار للمشروط له و هذا كما فى اشتراط الأوصاف الخارجيه و نحوها و قد ذكرنا فى محله سابقا أنه لا معنى للالتزام بالأوصاف الا تعليق البيع بها أى يبيع على تقدير وجود الصفه الخاصه للمبيع و لا- شبهه فى بطلانه فيكون خارجا عن صورته الا اشتراط لكون المتفاهم من الا اشتراط هو القسم الصحيح أو يكون المراد منه جعل الخيار على تقدير التخلف، و هذا لا- شبهه فى صحته، فيكون المراد من الا اشتراط هو هذه الصوره و لا ريب أن هذه الصوره أيضا لا يحتاج الى الذكر، فإن الإناطه التى هى معنى الشرط تحصل بغير الذكر من القصد و البناء و إيقاع العقد على هذا البناء كما لا يخفى.

و إذا فلا محذور فى التمسك لإثبات صحه البيع الذى وقع بانبا على القصد السابق بأحل الله البيع و نحوه و مشروعيه الشرط و صحته بعموم المؤمنون عند شروطهم، كما لا يخفى، فافهم.

نعم بناء على مسلم شيخنا الأستاذ فى الشرط من أنه التزام آخر فى ضمن التزام يحتاج إلى إنشاء آخر، أى كما يحتاج العقد إلى إنشاء و كك الشرط فيحتاج إلى إنشاء آخر.

و أما بناء على ما ذكرناه من كون الشرط عباره عن الربط فقط فيكفى فى ربط العقد به، ح بناء العقد عليه مع العلم المتبايعين على بناء العقد على هذا القصد و البناء، لا نقول بان الشرط يحتاج إلى الإبراز و العلم به، بل يكفى فيه مجرد الذكر السابق، بل نقول أنه يكفى فى إبراز الشرط وجود القرينه على اناطه العقد المنشأ به و ان لم يبرز بمرز، و هذا بخلاف العقد فإنه ما لم يبرز لا يصدق عليه البيع مثلا كما أن الإبراز المجرد عن القصد لا يصدق عليه البيع أصلا و قد تقدم ذلك فى أول البيع.

نعم إذا ذكر الشرط سابقا و لكن نسيا ذلك عند العقد و لم يقصدوا وقوع العقد على الشرط المذكور سابقا لا يكون العقد مربوطا به كما هو واضح، و لكن الأمر ليس كك في إيقاع العقد بانيا على الشرط السابق الذكر كما هو واضح.

### قوله: و قد يتوهم هنا شرط ناسع.

أقول: ذكر بعضهم الظاهر هو المحقق الثاني قدس سره أن من جملة الشروط لصحة الشروط المعتبره في العقد هو تنجيز الشرط و ذكروا في سنده أمران:

الأول: أن التعليق في الشرط يسرى الى تعليق العقد فان مرجع قولنا بعثك بشرط أن تخطب ثوبي، ان جاء زيد الى أن البيع انما هو على تقدير مجيء زيد و على تقدير عدمه لا يبيعه و من الواضح أن التعليق في العقد موجب للبطلان لتسالم الفقهاء عليه إلا في موارد خاصه.

الوجه الثاني: أن الشرط لو لم يكن مطلقا و منجزا لزم أن يكون البيع واقعا على ثمنين على تقديرين، فان بيع الدار بدينار بشرط خياطه ثوب البائع على تقدير مجيء زيد، انما يقع بالدينار المجرد على تقدير عدم مجيء زيد و عليه و على خياطه الثوب على تقدير مجيء زيد، فيلزم أن يكون المبيع الواحد له ثمنين على تقديرين.

و الذي ينبغي أن يقال أن التعليق الذي يوجب بطلان العقد على قسمين:

الأول: أن يكون العقد معلقا على أمر متأخر كما إذا كان الإنشاء حاليا و المنشأ أمرا استقباليا بان يحصل في الاستقبال، و قد وقع نظيره في باب الوصيه و التدبير، بل نظائره كثيره في العرف، و قد تسالم الفقهاء رضوان الله عليهم بكونه مبطلا للعقد، إلا في موردين: أحدهما الوصيه

و الثاني:التدبير،و ان لم يكن فى الالتزام به محذورا عقلى و قد تقدم تفصيل ذلك فى باب التعليق فى العقود.

القسم الثانى:ان يكون التعليق على أمر حالى،و لكن لا يعلم بكونه حاصلًا أو غير حاصل،كأن يقول بعتك المتاع الفلانى ان جاء زيد و الفرض أنه جاء و لكن لا يدرى المتعاملان بمجيئه و هذا أيضا مبطل للعقد،فالتعليق الذى يوجب البطلان انما هو هذين القسمين.

و أما التعليق فى الشرط فهل يكون من قبيل هذا القسمين المذكورين لىوجب بطلان العقد أو لا يكون كك،لكى لا يكون موجبا لبطلانه؟فنقول:

قد عرفت فيما سبق أن للشرط فى العقد معنيان:-الأول:أن يكون العقد معلقا على التزام المشروط عليه بأن يبيع متاعه من زيد على تقدير التزامه بفعل اختيارى له،و الأ فلا يبيع،و قد عرفت أنه لا شبهه فى صحته مع حصول الالتزام بالفعل،و على تقدير عدم الالتزام، يبطل البيع للتعليق أولا و عدم الشرط ثانيا،و قد عرفت أيضا أنه مع عدم كون متعلق الالتزام أمرا اختياريا لا يحصل نفس الالتزام أيضا لاستحاله الالتزام بأمر ممتنع،كما هو واضح.

ثم انه يثبت الخيار للمشروط عليه على تقدير عدم العمل بطبق التزامه و اما البطلان فلا لحصول الالتزام حين العقد.

المعنى الثانى:للشرط فى ضمن العقد أن يكون الالتزام العقدى معلقا على وصف أو فعل و ليس معنى تعليق الالتزام بذلك إلا ثبوت الخيار للشارط على تقدير التخلف فىكون المنشأ محدودا.

إذا عرفت ذلك فنقول إذا باع أحد متاعه معلقا على التزام المشتري (على ما هو المعنى الأول للشرط)بأمر غير اختيارى على تقدير خاص فلا شبهه فى بطلان البيع ح للتعليق بداهه استحاله تحقق الالتزام بأمر

مستحيل كما هو واضح. ولا يخفى أن ما ذكرناه من تفسير الشرط و تعليق الالتزام عليه أو ما نذكره الآن من المرتكزات العرفيه و كلامنا شرح للمرتكزات.

و أما على المعنى الثانى للشرط فإذا باع متاعه مطلقا و لكن جعل فيه شرطا كان مرجعه الى تقييد اللزوم بذلك و فى الحقيقه أن البائع قد أنشأ شيئا أحدهما: أصل العقد، و الثانى: التزامه به على تقدير حصول ما علق عليه التزامه من الكتابه للعبد و نحوها، بحيث يكون له الخيار مع التخلف كما عرفت ثم إذا كان توقع الالتزام على الشرط المنجز فلا كلام لنا فيه، و ان كان تعليق اللزوم به الشرط المعلق كان ذلك على أنحاء، لأن التعليق قد يكون بأمر متأخر فى ظرفه كأن يقول بعتك هذا الكتاب بشرط أن تخطى لى ثوبا ان جاء زيد فى رأس السنه فان ما علق به الشرط و هو الخياطه أمر استقبالى و هو مجيء زيد فى رأس السنه، و قد يكون تعليق الشرط بأمر حالى حاصل بالفعل، و لكن المتبايعين لا يعلمان به كما إذا قال البائع للمشتري بعتك هذا العبد على أن تخطى لى ثوبا ان كان العبد كاتبا و كان كاتبا فى الواقع، فان ما علق به الشرط و ان كان حاصلا و هو الكتابه و لكن حيث لا يدريان به المتبايعين فيكون الشرط معلقا فى الظاهر دون الواقع، و قد يجتمع هنا كلا الأمرين كما فى البيع الخيارى بأن باع كتابا و جعل فيه الخيار فى رأس الشهر الآتى على تقدير رد الثمن فان معلق عليه الخيار أمر متأخر و هو مقيد برد الثمن فهو مجهول إذ لا يعلم ان المشروط عليه يرد الثمن أو لا يرد الثمن فهو مجهول فقد أجمع الأمران الثانى من تعليق الشرط أن يكون الالتزام مشروطا بشرط كأن يقول بعتك المتاع الفلانى على تقدير التزامك بالخياطه ان جاء زيد فهل هذا يرجع الى التعليق فى العقد بدعوى أن الخياطه معلق بمجىء زيد فيكون الالتزام معلقا لكونه متعلقا بالخياطه و يكون العقد معلقا فيبطل العقد للتعليق.

و فيه أن نظير ذلك قد وقع في الواجب المعلق و المشروط حيث ان من حكم باستحاله الواجب المعلق لكونه مستلزما لانفكاك الإنشاء عن المنشأ فارجعه الى الواجب المشروط، و قد بسطنا الكلام في إمكانه في محله و في المقام لا محذور أن يكون المقيد بالشرط هو الخياطه و يكون بمنزله المنشأ الذي يتأخر زمانه في الواجب المعلق و يكون الالتزام مطلقا و فعليا و محققا عند تحقق العقد، و يكون ذلك بمنزله الوجوب و الإنشاء في الواجب المعلق الذي قلنا ان الوجوب حالي و الواجب استقبالي فلا يلزم من الاشتراط المذكور لزوم التعليق في العقد، و كك الحال في الإجاره أيضا كما إذا آجر الدار من شخص و يشترط المستأجر على الموجد ان يخدم ضيفه ان جاء فان المشروط عليه قد التزم بالفعل و لا شبهه أن متعلق مشروط و مشكوك الحصول و الالتزام فعلى و الملتزم به أمر استقبالي مشكوك.

### الكلام في حكم الشرط الصحيح

قوله: مسأله في حكم الشرط الصحيح.

أقول: قد أشرنا فيما تقدم الى أن الكلام في حكم الشروط يقع في جهتين: - الأولى: في حكم الشرط الصحيح.

و الثانيه: في حكم الشرط الفاسد، أما الكلام في الجهه: - الأولى: فقد عرفت أن الشرط على ثلاثه أقسام: - الأول: شرط الفعل، بان يشترط أحد المتعاملين على الآخر إيجاد فعل أو تركه على ما تقدم تفصيله.

و القسم الثاني: هو شرط الصفه بأن يشترط المشتري على البائع كون

العبد كاتباً أو كون الحنظله أبيض أو أصفر أو كون التمر اسود و غير ذلك من الأوصاف أو ما هو في حكم اشتراط الأوصاف من الأمور الخارجة عن اختيار المشروط عليه، وقد عرفت فيما سبق أنه لا معنى لاشتراط الأوصاف و التزام المشروط عليه بذلك اما لتعليق العقد عليها بأن يبيع على تقدير تحقق هذا الوصف، فلا شبهة أن هذا تعليق موجب لبطلان العقد بالإجماع أو مرجع ذلك الى جعل الخيار على تقدير تخلف الوصف و قد عرفت سابقاً أن هذا هو المتعين إذ لم يشك أحد في صحة هذا الشرط، فلو كان هنا تعليق لكان باطلا و نفس بنائهم على صحة هذا الشرط قرينه على عدم إرادته الصورة الأولى.

القسم الثالث: من الشرط هو شرط النتيجة و شرط تحقق أمر بنفس العقد، و ذلك كاشتراط تحقق أمر اعتباري في العقد، و ذلك كاشتراط أن يكون بنت المشتري زوجه للبائع أو بالعكس بأن اشترط المشتري على البائع ذلك أو اشترط انعقاد عبد فلاني للمشتري أو يكون المزرعه الفلانيه ملكا له أو غير ذلك من الماهيات الاعتباريه و قد عرفت حكم هذا القسم أيضا فيما سبق و قلنا ان هذا الأمر الاعتباري ان كان أمرا اختياريا للمشروط عليه و سببه أيضا اختياريا له أي له أن يوجد هذا الأمر الاعتباري بأي سبب أراد يوجد ذلك بمجرد تحقق العقد الذي اشترط ذلك فيه، و ذلك كالملكيه مثلا فان سبب هذه الماهيه الاعتباريه انما هو تحت يد المعبر، فإنه بأي نحو ابرز هذه المعبر تحقق في الخارج و ينشأ كما هو واضح.

و ان لم يكن ذلك الأمر الاعتباري تحت اختيار المعبر أو لا يكون سببه تحت يده، بل كان له سبب خاص فإنه لا يوجب ذلك بالعقد كالزوجيه و الطلاق و العبوديه و الانعتاق، و كون المرهون مبيعا عند انقضاء الأجل و

نحو ذلك كان الشرط فاسدا لمخالفته للكتاب و السنه كما هو واضح.

ثم انه هل يمكن استفاده حكم هذه الأقسام الثلاثة كلها من دليل الوفاء بالشرط و أن المؤمنون عند شروطهم يشمل جميع هذه الأقسام الثلاثة أو لا بل يختص بشرط الفعل فقط، و أن المستفاد من ذلك الوجوب التكليفي و هو يختص بشرط الفعل كما عليه المصنف، و الظاهر أن دليل الوفاء بالشرط يشمل جميع الأقسام المتقدمه و لا يختص بالفعل و أن المستفاد من ذلك الحكم التكليفي و الوضعي كليهما فيكون جميع الأقسام مندرجه تحته و يجب المضى في جميع ذلك بمقتضى الشرط و الوجه في ذلك أن الظاهر من معنى قولهم (عليه السلام) في الروايات المستفيضه المؤمنون عند شروطهم أو المسلمون عند شروطهم هو أنهم لدى شرطهم كقولهم (عليه السلام): (المؤمنون عند عدته) و أن الشرط لازم له و لا ينفك عنه خصوصا مع أخذ الايمان أو الإسلام موضوعا للحكم، فإنه يرشد الى الايمان و عدم انفكاك الشرط عنه الذى التزم به لا ينفكان و انهما متلازمان، و الشرط لازم له و لاصق به و يعبر عن ذلك بالفارسيه بكلمه (جسيدين) كان الشرط لصق به و ضمّه و لا شبهه أن هذا المعنى يلائم جميع أقسام الشرط أما القسم الأول و هو شرط الفعل فواضح، فان معنى اشتراط الفعل أن العقد مربوط به و قد اثبت المشروط عليه ذلك في ذمته و هو عنده و لا ينفك عنه و لا يجوز له التخلف عن ذلك الفعل.

و أما القسم الثانى و هو شرط الصفه فقد عرفت أن مرجع ذلك الى جعل الخيار و أن الشارط يشترط على المشروط عليه الخيار و يكون الالتزام بالعقد مربوطا به بحسب التزام المشروط عليه، و أنه لازم الوفاء و أن مقتضى كون المؤمن عند شرطه هو أن يكون الخيار ثابتا على المشروط عليه على تقدير التخلف، لأنه اشترط على نفسه الخيار إذا تخلف للوصف فلا بدّ و أن يكون عند شرطه و مقتضى كونه عند شرطه هو نفوذ خيار الشارط و كونه مسلطا على

فسخ العقد و إمضائه و هذا أيضا واضح.

اما القسم الثالث و هو شرط حصول أمر فى العقد فهو أيضا شرط فى العقد، و العقد مربوط به و مقتضى اشتراط المتعاقدين ذلك هو أن يكون هذا أيضا نافذا لكونه شرطا من المؤمن و شرط المؤمن نافذ و ماض و لا- ينفك و لا يتخلف و هذا القسم من الشرط شرط أيضا لا يتخلف.

و على الجملة مقتضى قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم و ان شروطهم نافذ، و إذا شرط المؤمن شرطا ينفذ أن جميع الأقسام المذكوره من الشرط نافذ فإنه لا شبهه فى صدق الشرط عليها كلها و ارتباط العقد بها و إذا كان شرطا حقيقه و قلنا أن شرط المؤمن نافذ فلا بدّ من الحكم بشمول دليل الوفاء بالشرط لذلك، كما لا يخفى. فافهم.

و يؤيد كون المؤمنون دالا على الحكم التكليفي و الوضعي معا تطبيق الامام عليه السلام ذلك، أى المؤمنون عند شروطهم تاره بالحكم التكليفي و أخرى بالحكم الوضعي، أما الأول ما تقدم من الروايه أن أحدا تزوج امرأه و اشترطت عليه أن لا يأخذ عليها امرأه، فقال الامام عليه السلام: بنس ما صنع، فما يدرى ما يخطر بباله من الليل و النهار و إذا اشترط فليفى بشرطه لأن المؤمنون عند شروطهم.

و أما الثانى: ما دل على جواز إعطاء الابن مال كتابه الأمه المكاتبه التى هى مزوجه لأبيه و اشتراط أن لا يكون لها الخيار بعد كونها حره لأنه لو لم يكن هذا الشرط لكان لها الخيار فحكم الامام عليه السلام بنفوذ هذا الشرط وضععا و طبق عليه قوله (عليه السلام) المؤمنون عند شروطهم فهاتان الروايتان قرينتان على كون المراد من دليل الوفاء بالشرط أعم من التكليفي و الوضعي كما هو واضح.

ثم انه بناء على ما يظهر من المصنف من اختصاص المؤمنون عند شروطهم

ص: ٣٤٢



بشرط الفعل و عدم شموله لشرط الصفه و النتيجة لأن ذلك يتضمن حكما تكليفيا فلا بدّ من التعلق بالفعل كالوجوب الوفاء فى النذر و العهد، كما هو واضح، و هل هنا دليل آخر على لزوم القسمين الآخرين أم لا؟ فذكر السيّد و شيخنا الأستاذ إشكالا على الشيخ بأنه إذا خصّصتهم ذلك بشرط الفعل و قلتم ان مفاد الدليل هو الحكم التكليفى فأى دليل لكم على القسمين الآخرين.

و لكن الظاهر أنا لا نحتاج فى إثبات نفوذ الشرط فى القسمين الآخرين الى دليل الوفاء بالشرط من جهة أنا ذكرنا سابقا أن معنى جعل الخيار عباره عن تحديد الملكيه المنشئه و جعل المنشئه قسما خاصا، و لا شبهه أن اشتراط الوصف فى العقد الذى مرجعه الى جعل الخيار انما يوجب تضييق دائره المنشأ فىكون المنشأ هى الحصه الخاصه، و كك المنشأ فى القسم الثالث حيث ان اشتراط العقد بكون الشىء الفلانى حاصلًا بذلك العقد أيضا، الذى هو شرط النتيجة يوجب تضييق دائره المنشأ لأن معنى الشرط كما عرفت هو الربط و الارتباط، و إذا كان العقد مربوطا بشىء يكون المنشأ بلحاظ هذا الشرط مضيقا و عليه فالمتبايعان من الأول قد أنشأ ملكيه خاصه و ملكيه محدوده و يكون المشمول لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو هذه الحصه الخاصه لازمه الوفاء، فإذا كان هذا العقد الخاص واجب الوفاء بدليل أوفوا، فىكون الشرط الذى يوجب تضييق الدائره أيضا واجب الوفاء كما هو واضح، فلا نحتاج مع ذلك الى دليل وجوب الوفاء بالشرط لإثبات كون الشرط فى القسم الأول و الثانى أيضا نافذا وضعًا كما لا يخفى.

ثم انه إذا اشترط أحدهما فى ضمن العقد على الآخر أمرا اعتباريا على نحو شرط النتيجة و كان ذلك الأمر الاعتبارى جائزا فى طبعه كالوكالة فهل يكون لازما باشتراطه فى ضمن العقد أو لا؟ يكون كك، بل يكون جائزا كما

كان كك، إذا تحقق في نفسه خاليا عن اشتراطه في ضمن عقد من العقود و لم تر من تعرض لذلك إلا السيد في حاشيته، حيث انه ذكر هذا و حكم بكونه لازما من جهة أن المستفاد من القرائن الخارجيه القطعيه أن اعراض الشارط كون المشروط عليه وكيلا من قبل الشارط ليس هو الوكاله حدوثا و ابتداء بحيث يكون المشروط عليه وكيلا له بعد العقد حدوثا فقط لا مستمرا، بل غرضه هو الوكاله المستمره كما هو واضح.

و فيه ليس لنا كلام في كون الوكاله المشروطه في ضمن العقد مستمره أو غير مستمره، بل هي مستمره بلا ريب، و انما الكلام في أن هذه الوكاله المستمره جائزه كالوكاله في عقد الوكاله أو غير جائزه، بل هي لازمه كما هو واضح فما ذكره السيد رحمه الله عليه خارج عن محل الكلام، كما لا يخفى و الظاهر أنها لازمه.

و الوجه في ذلك هو أن دليل الوفاء بالشرط انما دل على أن المؤمن عند شرطه و شرطه لازمه عليه و لاصق به و منضم اليه بحيث لو أراد أن لا يفي بشرطه و يفكه عن نفسه لا يمكن و هذا عبارته أخرى عن لزوم الشرط فالوكاله و ان كانت جائزه بحسب طبعها و لكن حيث اشترط ذلك في ضمن العقد اللازم فمقتضى دليل الوفاء بالشرط هو كونها لازمه و غير جائزه و أن الوكاله الحاصله بعنوان شرط النتيجة لا تنحل بالفسخ، بل المأخوذ في موضوع وجوب الوفاء بالشرط هو الايمان و الإسلام و هما يقتضيان اللزوم بحيث أن يكون هنا شيء لم يكن قبل الشرط و من الواضح أن الجواز في الوكاله كانت قبل الشرط على أنا ذكرنا من انه يكفي في لزوم الشرط نفس دليل الوفاء بالعقد و لا نحتاج بعد ذلك الى ما يدل على وجوب الوفاء بالشرط، و ذلك لأن الاشتراط يوجب تضيق دائره المنشأ و كونه حصه خاصه و لا شبهه أن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يدل على وجوب الوفاء بهذا الحصه الخاصه كما لا يخفى

فكما أن العقد يكون لازماً بالاشتراط و جميع ما يكون من قيوده و حدوده أيضا يكون لازماً بذلك كما هو واضح لا يخفى، فافهم.

نعم إذا اشترط على الآخر أن يوكل شخصا آخر في ذلك فإنها يكون جائزه و هذا بخلاف اشتراط كونه و كيلا هذا ما يرجع الى شرط أمر اعتبارى بعنوان شرط النتيجة.

و اما شرط الفعل فقد تقدم الكلام في بعض الجهات الراجعه اليه و من جملتها هي أن مقتضى المؤمنون عند شروطهم هو شرط الفعل فقط، لكونه دالا- على الحكم التكليفي فلا- يتعلق إلا بالفعل كتعلق النذر به أو يعم بقيه الأقسام فقد عرفت أن المصنف رحمه الله عليه ذكر كونه وجوب الوفاء بالنذر بحيث لا- يتعلق إلا- بالفعل و أما بقيه الأقسام فليست مشموله لذلك و لكن قد عرفت أن الأمر على خلاف ذلك، و أن مفاد دليل الوفاء بالشرط هو الأعم من ذلك.

ثم انه خالف الشهيد رحمه الله في كون دليل الوفاء بالشرط دالا على الحكم التكليفي أعني وجوب الوفاء بالشرط، بل ذكر أنه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط و انما فائده الشرط هو جعل العقد عرضه للزوال و لكنه واضح الدفع حيث عرفت أن الظاهر من قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم كقولهم (عليه السلام) المؤمن عند عدته حيث يستفاد من أمثال ذلك وجوب الوفاء بالشرط و الوعد على أن غرض الشارط هو أن يلزم المشروط عليه بحسب شرطه لا- مجرد جعل العقد جائزا و عرضه للزوال، بل قد عرفت أن المأخوذ في موضوع الوفاء بالشرط هو الايمان و أن الوفاء به من علامته و هو يقتضى أن يكون المشروط عليه ملزما بالوفاء و يجب عليه الوفاء بالعقد خصوصا يتضع أن الحديث يدل على وجوب الوفاء تكليفا بملاحظه روايه منصور المتقدمه حيث دلت على أنه إذا اشترط ذلك فليف بشرطه و طبق عليه الامام عليه

و من جمله الجهات للبحث هنا هو ان مقتضى دليل الوفاء بالشرط ما ذكره المصنف رحمه الله حيث قال: ان للمشروط له إجبار المشروط عليه من جهة أنه التزم بالعمل له فله إجباره من جهة التزامه العمل للمشروط له و هذا لا- من جهة جواز الأمر بالمعروف، بل من جهة ثبوت حق له عليه بالتزام عليه بالشرط حيث انه التزم له فله المطالبه بذلك فما افاده(قده)متين و يؤيده ما فى بعض الاخبار من قوله عليه السلام فليتم المرأه شرطها، حيث عبر باللام و قال للمرأه الظاهر فى كونه حقا لها و عليه فللمشترى أو للبائع أن يطالب المشروط عليه لشرطه مضافا الى السيره العقلانيه، فإن العقلاء يرونه حقا على المشروط عليه، و يطالبون به فى المحاكم العرفيه ثم انه ره استدلال على ذلك بوجه آخر و ملخصه ان الشرط ملك للمشروط له، و له أن يطالب بمملوكه و أن الشرط كأحد العوضين فكما أن أجزاء العوضين، لا بدّ من تسليمهما الى مالكهما و كذا الشرط لأنه كالأجزاء، لا بدّ من تسليمه الى مالكه و هذا لا يمكن المساعده عليه و ذلك لما قدمنا من أن الشرط لا يوجب اشتغال ذمه المشروط عليه بالشرط على نحو لو مات اخرج من تركته كما فى العوضين، فإنه لم يثبت كون الشرط كذلك، نعم يجب عليه الوفاء بما اشترطه على نفسه، و هو حق ثابت للمشروط له، و أما المملكه فلا، كما لا يخفى.

و المتحصل أن المشروط له يتمكن من مطالبه المشروط عليه بالشرط و إجباره عليه، لأنه حقه حسب التزامه مضافا الى دلالة الروايه المتقدمه، و ثبوت السيره العقلانيه و أقوى من الكل ان له إسقاطه و هو يؤيد كون وجوب الوفاء حقا لأنه القابل للإسقاط. و يمكن ان يقال أن الحكم أيضا يعقل ان يرتفع بإسقاطه من جهة احتمال أنه مشروطا بعدم رفع يد المشروط له منه و هذا أمر ممكن بحسب مقام

الثبوت الآخر - أنه يحتاج الى دليل في مقام الإثبات، هل الحكم، الحكم التكليفي فقط؟ كوجوب الوفاء بالندرج، فإنه لا يجب للمنذور له، بل لا يجوز مطالبه المنذور من الناذر لعدم استحقاقه على الناذر شيئاً أصلاً، الآخر من الأمر بالمعروف يجوز المطالبه و هو لا يختص بالمنذور و المشروط له، بل هو وظيفه كل مسلم أو يدل على الحكم الوضعي أيضاً بحيث يكون هنا وجوب حتى يجوز للمشروط أن يطالبه من الشارط، بمعنى أن هنا حقاً للشارط على المشروط عليه بحسب الاشرط بحيث للشارط إجبار المشروط عليه على الوفاء بشرطه بحسب الاشرط، وربما يفصل بين الشرط الراجع إلى مصلحه أحد المتعاقدين كخياطه الثوب و نحوها و بين ما لا - يرجع الى مصلحتهما كاشترط كس المسجد فالترم بجواز الإجبار في الأول دون الثاني كما ربما يفصل بين شرط الذي كالمتعلقات للعقد نظير اشترط رهن المبيع عند البائع لعدم اطمينانه للمشتري حتى يوثق بثمنه و بين الشرط الأجنبي نظير الخياطه و نحوها ففي الأول يصح الإجبار لأنه من متعلقات العقد، و العمل به كالعامل بالعقد لازم دون الثاني فقد اختار المصنف الوجه الثاني لأن مقتضى العمل بالشرط ليس هو الآخر كالتسليم العوضين، فان المشروط له، له حق بحسب الاشرط على المشروط عليه و لذا له أن يجبره على الوفاء و سيأتي في البحث الآتي أن الإجبار في عرض كون الشارط مختيراً بين الفسخ و الإمضاء لا أنه ليس الإجبار أصلاً كما زعمه بعضهم.

نعم، أن الشارط لا يملك شيئاً بحسب الاشرط كما في كلام المصنف حيث ذكر أن الشارط يملك على المشروط عليه الشرط إذ ليس هنا مملوك و الآخر لا بدّ و أن يكون من جملة الإرث على تقدير موت الشارط و ليس كك و قد عرفت أن الشرط لا يقابل بجزء من الثمن ليكون مملوكاً للشارط، بل هو جعل حق على المشروط عليه و الشاهد على ذلك أنه يسقط ذلك بالإسقاط

مع أنه لو كان مفاد الدليل مجرد الحكم التكليفي لم يسقط بالإسقاط، كما هو واضح.

ثم ان ما ذكره المصنف من الاستدلال بالروايات الداله على أن المؤمنون عند شروطهم على أنه ليس الوفاء بالشرط مجرد التكليف المحض، بل هنا شيء آخر للشارط على المشروط عليه متين و لكن قد عرفت أنه ليس بملك لعدم ترتب لوازمه من الإرث و نحوه على ذلك، و انما هو حق من الحقوق، و لا شبهه في دلاله الروايات المتقدمه على ذلك و يضاف على ذلك قيام السيره القطعيه على ذلك و أن اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر، مجرد إثبات الحكم التكليفي عليه، بل غرضه أن يجعله ملزما بهذا الشرط بحيث يجبره على ذلك في المحاكم المختصة على تقدير أداءه، بل ربما يلتفت الشرط بالحكم التكليف أصلا.

و على الجملة فبناء العقلاء على ثبوت حق للشارط على المشروط عليه بالاشتراط و غرض المتبايعين أيضا هو ذلك، فان الشرط غرضه إثبات حق على المشروط عليه و إلزامه إعطاء ذلك الحق و سيأتي أن الإيجابار على الوفاء بالشرط في عرض الخيار، و الفسخ لا في طوله و يدل على ذلك كله أن للمشروط له إسقاط ذلك، فإنه لو لم يكن من الحقوق لم يقبل ذلك الاسقاط فمن قبوله الاسقاط نستكشف كونه من قبيل الحقوق، كما هو واضح.

و ما عن صاحب جامع المقاصد من توجيه عدم الإيجابار بأن له طريقا الى التخلص بالفسخ ضعيف في الغايه بداهه أن من جعل لنفسه الخيار انما غرضه هو الفسخ بعد تعذر أخذ ما شرط عليه اما لعدم تمكنه أو لعدم تسلط الشرط على المشروط عليه لشقاوته و أما مع إمكان إجباره و لو بالشكايه الى المحاكمه المختصة فيجبره عليه إذ لو لم يكن للشارط حق الإيجابار لتضرر في معامليه غالبا، فإنه لو اشترى أحد شيئا مع الشرط على البائع و ترقى قيمه

ذلك الشيء أضعاف قيمته الاولى فليس للمشروط عليه أن لا يعمل بالشرط و يقول للشارط أفسخ المعامله، بل يجبره الشرط على الوفاء، إلا أن يريد الفسخ على طبق ميله، و ليس غرضنا من ذكر الضرر التمسك بحديث نفى الضرر، بل غرضنا استبعاد هذا المطلب أى الالتزام بعدم جواز الإيجاب فإن نتیجه ذلك هو تضرر الشرط كثيرا و هو على خلاف الارتكازات العقلانيه و بنائهم فإنه ليس من المتعارف ان يشترط أحد على غيره بشرط أو مضى مده ثم يقول المشروط عليه ليس لك الأفسخ العقد.

و على الجملة ليس الغرض من الشرط هو تخلص الشرط عن المعامله و لوازمها حتى يقال انه ليس منحصرا بالإيجاب بالفسخ، بل غرض الشرط هو الوصول الى غرضه من الشرط من المنافع و دفع الضرر و لو كانت الأغراض شخصيه فلا وجه للقول بأن له وجهها الى التخلص.

و بعبارة أخرى أن ما افاده جامع المقاصد لا يتم لا من جهة ما ذكره المصنف من الخيار فى مرتبه متأخره عن الإيجاب لوصول النوبه إليه لما سيأتى أن الإيجاب فى عرض الخيار لا- فى طوله، بل من جهة أنه ان كان للمشروط له حق المطالبه، فلا شبهه فى جواز الإيجاب لمطالبه الحق، و إلا كان مفاد الشرط هو الحكم التكليفي فقط كالنذر فلا يسوغ الإيجاب مضافا الى قيام السيره.

و قد يتوهم أن ظاهر الشرط هو فعل الشيء اختياريا، فإذا امتنع المشروط عليه فقد تعذر الشرط و حضور الفعل منه كرها بالإيجاب غير ما اشترط عليه لأن اللازم أن يكون متعلق الشرط امرا اختياريا كما تقدم، فلا يكون الإيجاب موجبا للوفاء بالشرط و فيه الظاهر أن هذا التوهم انما نشأ من خلط بين الكلمه الاختياريه المستعمله فى مقابل عدم القدره و كلمه الاختيار المستعمله فى مقابل الكره و عدم المحبوبيه و الذى هو موضوع صحه التكاليف هو الأول بمعنى أنه يشترط أن يكون التكليف متعلقا بأمر اختيارى

فلا يصح تعلقه بأمر غير مقدور و أما الثانى فلا و من الواضح أن الفعل اعنى الشرط فى المقام، و ان يصدر عن المشروط عليه بالكره، و لكن مع ذلك هو فعل اختيارى له و ليس فعلا غير اختيارى حتى لا يصح كونه متعلقا للشرط الا أن يكون الإكراه عن غير حق.

و بعبارة أخرى أن متعلق الشرط لا- بدّ و أن يكون امرا مقدورا سواء كان صادرا عن المشروط عليه كرها أم اختياره مقابل الكره، فلا وجه لهذا التوهم أصلا، نعم لو اشترط على الآخر فعلا صادرا عنه بالاختيار و عدم الكره كان لهذا التوهم مجالا واسعا كما هو واضح على جواز مطالبه الحقوق كالأموال هذا كله مع الإغماض عما ذكرناه فى اشتراط الوجوب بالقدره حيث قلنا ان الوجوب لا يتعلق بغير المقدور.

و أما إذا كان الفعل مقدورا تاره و غير مقدور أخرى فلا مانع من إيجاب الجامع بين المقدور و غير المقدور، لأن الجامع بينهما مقدور و كذلك نقول فى المقام أن الالتزام بالعمل الغير، الغير الاختيارى و ان كان غير معقول الا- أن العمل إذا صدر من الاختيار تاره و من غير الاختيار أخرى فالجامع بين الاختيارى و غيره لا- مانع من التزامه و لكن لو لم نقل بذلك فالجواب ما عرفته آنفا.

قد عرفت أن شيخنا الأنصارى(قده) تعرض فى المقام لعهده أمور:

منها: أن الوفاء بالشرط واجب على المشروط عليه وجوبا تكليفيا.

و منها: أن لزوم الوفاء بالشرط هل هو حكم تكليف محض أو أنه من جهة حق للمشروط له على المشروط عليه، و لذا يمكنه إجبار المشروط عليه على العمل و الوفاء بما لزمه على نفسه ذكر المصنف أن له إجبار المشروط عليه بالوفاء من جهة أنه ملك الشرط باشتراطه و قد وافقناه فى النتيجة و ناقشنا فى دليلها و قد قلنا أن له إجباره و استشهدنا عليه بالسيرة العقلية،



و قلنا ان لزوم الفعل بالشرط و كونه حقا للمشروط له ثابت ببناء العقلاء و أن الأدله الداله على لزوم الوفاء بالشرط وردت إمضاء للسيره المذكوره.

ثم انه قد تعرض بعد ذلك على أمر ثالث و هو أن المشروط عليه إذا امتنع من الوفاء بما التزمه و كان الشرط أمرا قابلا للنيابه كالانشائيات نظير بيع شىء أو هبته و نحوهما، فهل للحاكم أن يباشر بذلك فيبيع المال المشروط بيعه أو يهبه من قبل المشروط عليه أو أنه ليس للحاكم ذلك و لا- يقع عمله نافذا عن قبل المشروط عليه قد قوى تمكنه من ذلك من جهة ما ورد من أن السلطان ولى الممتنع فيندفع ضرر المشروط له بتصدى الحاكم للوفاء بما التزمه المشروط عليه على نفسه هذا، و الوقت لم يسع للمراجع الى أن هذه الروايه هل رويت بطريقنا و انها معتبره أو أنها نظير من المختصرات لغويه لا اعتبار لها فليراجع الى مظانها.

ثم على تقدير أنها روايه معتبره لا تكفى بمجردا فى إثبات المدعى و هو صحه تصدى الحاكم على ما على الممتنع من الالتزام بل لا بدّ من ضم مقدمه خارجيه إليها فإن الحاكم ليس بسلطان و لا من دونه بمرتبه أو بمراتب فلا بدّ فى إثبات ولايه الحاكم من دعوى القطع بمناسبه الحكم و الموضوع على أن هذا الولايه الثابته للسلطان ليست من الأحكام المختصه للسلطان، بل هو من أحكام المنصب فيثبت للحاكم أيضا لأن المستفاد من الروايه أن الشارع لا يرضى لتضييع حقوق الناس و هذا كما ثبت للسلطان يثبت للحاكم أيضا إذا تمكن من ذلك و لو لا دعوى القطع المذكوره احتاج إثبات المدعى فى المقام الى ضم كبرى كليه على هذا الروايه و هى ولايه فى كل ما للسلطان من الاحكام و المناصب أو المناصب المختصه له و قد تقدم فى بحث الولايه أن ولايه الحاكم على نحو الكليه غير ثابتة و أنه ليس له الولايه فى كل ما للإمام و السلطان ولايه و لذا ذكرنا أن إثبات المدعى فى المقام بمجرد

هذه الروايه غير ممكن الا بضم دعوى القطع على أن هذه الولايه ليست من مختصات السلطان بمناسبه الحكم و الموضوع.

ثم انه قد تعرض إلى أمر رابع فى المقام و هو أن الخيار الثابت للمشروط له على تقدير عدم وفاء المشروط عليه بما التزامه على نفسه هل هو فى عرض الإيجاب أو أنه فى طوله بمعنى أنه إذا تعذر عليه إجباره و لم يتمكن منه تنتهى النوبه إلى الخيار و له أن يفسخ العقد أو أنه مع تمكنه من الإيجاب متمكن من الخيار أيضا نقل عن بعضهم أن الخيار فى طول الإيجاب و عن علامه أن الخيار فى عرضه و أن مع تمكنه من الإيجاب متمكن من الفسخ ثم قوى(قده)عدم ثبوت الخيار مع التمكن من الإيجاب.

و فى حاشيه المكاسب من تقارير شيخنا الأستاذ(قده)أن هذا البحث بعينه البحث السابق و لا- اختلاف بينهما إلا فى مجرد الألفاظ و احتمال هناك أن يكون تكراره من قلم شيخنا الأنصارى و تعجب منه فى أنه كيف تعرض له ثانيا و لا يخفى وضوح الفرق بين المسألتين لأن البحث فى المسأله الأولى انما كان متمحضا فى ثبوت أصل الإيجاب و أنه جائز للمشروط له أولا و أما فى هذه المسأله فالبحث فيها فى أن الخيار الثابت للمشروط له فى عرض الإيجاب أو فى طوله فالمسألتان متغايرتان لا ربط من إحداهما إلى الأخرى.

و العجب من شيخنا الأستاذ أنه كيف خفى ذلك عليه مع أنه أمر واضح لا- يحتاج إلى إقامه الدليل و لعل الاشتباه من قلمه الشريف دون فلم شيخنا الأنصارى و ذكر بعض المحققين أن أصل عنوان المسأله عجيب لأن استحاله اجتماع الخيار مع التمكن من الإيجاب بمكان من الموضوع و الوجه فى ذلك أنا ذكرنا أن الشرط ليس هو مجرد الوفاء الاختيارى بل يعمه و الوفاء الإيجابى أيضا و من الظاهر أن الخيار انما يثبت فى المقام بعد تعذر الشرط إذ الكلام فى هذا الخيار اعنى خيار تعذر الشرط و مع التمكن من الخيار لا

تعذر للشرط، بل هو ممكن و معه لا معنى للخيار.

و بالجمله فرض التمکن من الإيجار فرض عدم تعذر الشرط الذى هو أعم من العمل الاختيارى و الإيجارى و فرض عدم تعذر الشرط فرض عدم الخيار فكيف يجتمع التمکن من الإيجار مع الاختيار و ما أفاده رحمه الله متين لو كان المراد بالخيار فى المقام خصوص خيار تعذر الشرط إذ مع التمکن من الإيجار لم يتعذر الشرط فلم يتحقق موضوع الخيار و اما لو كان المراد بالخيار الأعم من تعذر الشرط كما سيأتى فلا وجه لما أفاده.

و بعبارة أخرى انا نلتزم بالخيار عند تعذر الشرط لكن لا من جهة خصوصيه فى التعذر، بل من جهة أنه أحد الأمور الموجبه للخيار و مصداق من مصاديق الموجب للخيار.

و ح يمكن أن يثبت الخيار مع التمکن من الإيجار ليتحقق موضوعه كما سنبينه إنشاء الله.

و عليه فلا بد من مراجعه مدرکه الخيار لو بنى أنه يثبت مع التمکن من الإيجار أو لا- يثبت إذ عدم إمكان اجتماعها ليس من البديهيات حتى لا يحتاج فيها الى دليل فنقول أيضا مدرک الخيار عند تخلف الشرط هو الإجماع كما ذهب اليه بعضهم فلا بد فيه من الاقتصار على المورد المتيقن و هو صوره عدم التمکن من الإيجار و أما معها فلا يقين بالإجماع على ثبوت الخيار ح فلا يثبت الخيار بعد عدم التمکن من الإيجار.

و ان كان المدرک لثبوت الخيار قاعده لا ضرر كما ذهب اليه المصنف فلا يثبت الخيار مع التمکن من الإيجار أيضا لأنه مع تمكنه من الإيجار لا يتوجه عليه ضرر حتى يدفع بالخيار و من هنا ذكر شيخنا الأنصارى أن الخيار فى طول الإيجار لا فى عرضه و لكننا ناقشنا فى كون مدرک الخيار هو قاعده لا ضرر فى خيار الغبن فراجع.

و أما إذا كان المدرك للخيار عند تخلف الشرط هو الشرط الضمني الذي اعتمدنا عليه، فالخيار ثابت مع التمكّن من الإيجاب و ذلك لأنّ المشروط له قد علق إزمه فى المعامله على التزم المشروط عليه بالشرط، و قد ذكرنا أنّ الشرط لا بدّ و أنّ يكون مربوط بالعقد و لا معنى لكونه عباره عن الالتزام فى ضمن الالتزام بأن يكون العقد ظرفاً للشرط فقط، بل لا بدّ و أنّ يكون مربوط به و ذكرنا أيضاً ان الاشتراط يوجب تعليق أصل المعامله على التزم المشروط عليه بالشرط بحيث لو لا التزمه بالفعل فلا يتحقق المعامله أصلاً كما أنّ التزمه بالمعامله و قيامه عليها معلق على وفائه بالشرط فى الخارج بمعنى أنّ المشروط عليه ان لم يفه بالتزمه فى الخارج فللمشروط له أنّ لا يف بالتزمه بالمعامله.

و بعباره أخرى ان التزم المشروط عليه بالشرط و ان كان محققاً بحسب الحدوث و لذا قلنا بتحقق البيع لحصول ما علق عليه الآ انه ان التزم بالشرط بحسب البقاء أيضاً فيلتزم المشروط له أيضاً بالمعامله، و أما إذا لم تلتزم المشروط عليه بالشرط بحسب البقاء فللمشروط له أنّ لا يفى بالتزمه بالمعامله فيفسخها و عليه فالخيار يثبت للمشروط له بمجرد عدم وفاء المشروط عليه، بشرطه و عدم التزمه به بقاء و معنى خياره كونه متمكناً من رفع اليد عن التزمه و قد عرفت انه انما يكون متمكناً من رفع اليد عن التزمه فيما إذا لم يلتزم المشروط له عليه بالشرط بحسب البقاء و معه لا داعى إلى تقييده بعدم التمكّن من الإيجاب لأنه كلفه زائده و بما ذكرنا ظهر أنّ الخيار فى المقام فى عرض الإيجاب لا فى طولله، و يمكن أنّ يكون نظر المصنف فيما ذكره فى المقام الى ذلك حيث ذكر أنّ المقام لا يقاس بامتناع تسليم أحد العوضين لأن تسليم كل من العوضين الى مالك الآخر انما يجب مع تسليم الآخر فإذا لم يسلم أحدهما فلاآخر أنّ يمتنع عن التسليم بمعنى أنّ الالتزام بالتسلم فى

كل من المتبايعين مشروط و هو ثابت لكل منهما و هذا بخلاف المقام لأن الالتزام بالعمل بالشرط انما هو من أحدهما لا من كليهما فإذا لم يف بما التزمه فللمشروط له أن لا يفى بالتزامه (و ليس للمشروط عليه الامتناع من الوفاء حتى يف الآخر بالتزامه كما فى مسأله التسليم إذ الالتزام ليس من الطرفين فى المقام).

و قد ذكر المحقق المتقدم أن هذا الكلام من الشيخ يشبه كلام الأطفال فى مقام اللجاج حيث يقول أحدهما للآخر ان لم تعطنى لا أعطيتك و بما ذكرناه عرفت أن الأمر ليس ككك و أن هذا الكلام منه كلام متين و لا يشبه كلام الأطفال، لأن المشروط له قد علق التزامه بالمعامله مع وفاء المشروط عليه بالتزامه فان لم يف بما التزمه، فلا يجب على المشروط له البقاء على التزامه فما أفاده العلامه من ان الخيار فى عرض التمکن من الإيجابار هو الصحيح.

ثم انه ذكر فى المقام امرا خامسا و هو أنه إذا تعذر الشرط فى الخارج من جهه عروض عمى على من التزم بالخياطه أو شلل و نحوهما فلا يثبت للمشروط له الآ الخيار، و له ان يفسخ المعامله ح و لا يثبت له الأرش بأن يطالب المشروط عليه ما به التفاوت بين قيمه الشىء مع الشرط كالخياطه، و قيمته بدونه. و ربما يقال بثبوت الأرش فى موارد تعذر الشرط لتفاوت قيمه المبيع مع الاشتراط و قيمته بدونه.

و ثالثا: يفصّل بين الشروط التى تقابل فى نفسها بالمال كاشتراط خياطه الثوب لأن لها قيمه فى نفسها و اشتراط مال العبد فى شرائه فيلتزم فيها بالأرش عند تخلفها و تعذرها و بين شرط الأوصاف مما لا يقابل بالمال فى نفسه و انما يوجب زياده قيمه المشروط نظير اشتراط القدره على الكتابه فى العبد أو القدره على الطبخ و غيرهما من الأوصاف الكماليه الموجهه لاختلاف قيمه الموصوف فيلتزم بعدم الأرش فيها.

و لا يخفى عليك أن الشروط سواء كانت من شرط الأوصاف أو غيرها مما لا يقابل بالمال فى المعاملات و يقع شىء من الثمن فى مقابلها، بل الثمن بتمامه يقع فى مقابل ذات المبيع و عليه فلا وجه للأرش و مطالبه ما يخص بها من القيمة مطلقا و انما التزمنا بالأرش فى خيار العيب من جهة النصوص لا من جهة مطابقه القاعده.

و قد أشار السيد فى حاشيته على ثبوت الأرش فى تخلف الشروط بدعوى أنها و ان لا تقابل بالمال فى مقام الإنشاء و عالم الظاهر إلا أنها تقابل بها فى عالم اللب و الواقع و قد تقدم ذلك فى مبحث خيار العيب و به أثبت كون الأرش على وفق القاعده و أجبنا عنه هناك بأن المعاملات مما ليس له عالمان ظاهر و واقع و صوره و لب، بل صورتها لبها و لبها صورتها لأنها ليست إلا الاعتبارات نفسانية مبرزه بمرز فى الخارج و هو اما موجوده، أو معدومه، و لا- معنى لثبوتها لبا دون صوره و عليه فلا- يثبت للمشروط له عند تخلف الشروط و تعذرها إلا الخيار دون الأرش كما عرفت.

ثم ان المصنف ذكر امرا سادسا و هو أن الشروط إذا صار متعذرا و ثبت بذلك الخيار للمشروط له، و لكن العين خرجت عن ملك المشروط عليه و سلطنه لتلف أو نقل لازم فهل يمنع ذلك عن فسخه أو لا؟ و على تقدير فسخه هل يرجع على المشروط عليه بقيمتها أو مثلها أو أنه يقتضى الرجوع الى نفس العين بفسخ العقد الواقع عليها من أصلها أو من حين الفسخ و قد تعرض (قده) فى المقام الى جهات:- الجبهه الاولى: فى أن المشروط له إذا فسخ هل يرجع الى قيمه العين و لا يرجع إليها بنفسها بفسخ العقد الواقع على العين من جهة ان العقد الواقع على العين قد صدر من أهله و وقع فى محله حيث انه صدر من مالكة فى زمان ملكه فلا وجه لبطلان العقد، بل لو فسخ فلا بد من أن يرجع

بديلها أو أن يرجع الى نفس العين بفسخ العقد الصادر من المشتري من أصله أو من حين فسخه و الصحيح أن يرجع الى بدلها لأن العقد الواقع عليها كان صحيحا حين صدوره و لا وجه لبطلانه و تعرضنا لذلك تفصيلا فيما تقدم و المقام اعنى تعذر الشرط مع خروج العين عن ملك المشروط عليه من أحد صغريات ما تقدم فى محله من أن الفسخ بعد انتقال العين الى ملك شخص آخر بعقد صحيح لا يقتضى إلا الرجوع الى بدلها فراجع.

الجهة الثانية: أن الشرط إذا تعذر و خرجت العين عن ملك المشروط عليه بعقد آخر منافي لمقتضى الشرط كما إذا اشترط عليه بيعه من زيد و هو باعه من عمرو أو اشترط عليه وقفه و هو باعه و هكذا مما يكون منافيا للاشتراط فهل العقد الواقع على المال صحيح مع أنه مخالف لمقتضى الشرط أو أنه باطل أو يفصل فيه بين ما إذا قلنا بأن الشرط يقتضى حقا للمشروط له على المشروط عليه فنلتزم فى الأول بصحة العقد الصادر من المشروط عليه الذى هو مخالف لمقتضى العقد لانه لا يستلزم ح إلا مجرد المخالفه للحكم الشرعى بوجوب الوفاء و أما عقده فصحيح و نلتزم فى الثانى بالبطلان إذا لم يسبقه الاذن من المشروط له و لم تلحقه اجازته منه لأنه ح بيع شىء تعلق عليه حق الغير و بيعه باطل.

و أما إذا سبقه اذنه أو لحقه اجازته فالعقد أيضا صحيح و هذا هو الذى ذهب اليه المصنف.

و ربما يفصل فى المقام بتفصيل آخر و هو التفصيل بين سبقه بالاذن من المشروط له، فالعقد يصح و بين لحوقه بإجازته أى المشروط له فيبطل بدعوى أن العقد إذا سبقه اذن من له الحق فعقده وقع صحيحا عند إسناده إلى العاقد.

و أما إذا وقع بلا اذنه حين إسناده إلى قاعده ثم لحقته الإجازة فلا

محاله يقع فاسداً لأنه عقد واحد شخصى قد حكم عليه بالبطلان حين صدوره من العاقد فكيف ينقلب إلى الصّحّه بالإضافه (و) العقد باستمرار الزمان لا يكون متعدداً) إلى نفس ذلك العاقد، بعد ذلك و قد تقدم هذا التفصيل من الشيخ أسد الله التستري في بيع الفضولى حيث فصل في تصحيح العقد الأول بالإجازه المتأخره بين العقد الفضولى المصطلح أعنى ما إذا كان العاقد غير من ينسب إليه العقد بالإجازه و بين مثل تزويج بنت أخت الزوجه أو بنت أخ الزوجه مما يكون العاقد الفضولى فيه هو المنتسب إليه العقد بالإجازه، فالترم في مثل ذلك بصّحه العقد المذكور فيما إذا سبقه الأذن من الزوجه و بالبطلان فيما إذا لم يسبقه الأذن سواء لحقته الإجازه أيضاً أم لم تلحقه، و ذلك من جهه أن العقد حين صدوره من العاقد حكم عليه بالبطلان لعدم اشتماله على شرط صحته، فلا يمكن أن ينقلب إلى الصّحه بالإجازه المتأخره بالإضافه إلى ذلك العاقد لأنه عقد واحد قد حكم بالفساد (و) العقد الواحد لا يتعدد بحسب الأزمنه) بالإضافه إلى العاقد فلا يتصف بالصّحه بالإضافه إليه أبداً، و هذا بخلاف الإجازه في الفضولى المصطلح لأن العقد و ان اتصف بالبطلان بالإضافه إلى العاقد إلا أنه لا مانع من اتصافه بالصّحه بالإضافه إلى المالك إذا أجاز لأنه لم ينسب إليه قبل أجازته ليحكم بصّحته أو بفساده، بل ينسب إليه بإجازته و يحكم بصّحته له من حين الانتساب هذا ما فصله الشيخ أسد الله التستري هناك.

و التفصيل المذكور في المقام هو عين هذا التفصيل الذى نقلناه عن الشيخ المذكور.

و قد أجبنا عن ما فضّله شيخ المتقدم هناك بوجوه: - منها: أن مقتضى الأخبار الواردة في صحه تزويج العبد بدون اذن مولاه إذ الإجازه بعد تزويجه معللاً بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده،



عدم الفرق فى صحه العقد الصادر فضوليا بالإجازة المتأخره بين الفضولى المصطلح و تزويج بنت أخت الزوجه أو بنت أخيها و ذلك لأن الأخبار المذكوره تعطى ضابطه كليه فى صحه العقد الفضولى بالإجازة المتأخره و هى أن العقد الصادر عن الفضول ان كان معصيه وضعيه لله تعالى فهو باطل، و لا ينقلب الى الجواز و صحه الفضولى على طبق القاعده فى جميع موارد فلا وجه لرفع اليد عنها فى بعض موارد و أما إذا لم يكن معصيه لله حتى بالإجازة المتأخره لانه كان معصيه و مخالفه لذلك المجيز فإذا رضى به و أجاز جاز و فى العقد المذكور أيضا إذا رضيت الزوجه و أجازت عقد بنت أختها أو بنت أخيها جاز لأنه لم يكن معصيه لله و انما كان معصيه للزوجه و مخالفا لحقها فإذا أجازت جاز، فهذا التفصيل ساقط و التفصيل موكول الى محله.

و أما دعوى البطلان مطلق فلعلها من جهه أن العقد ح منهى عنه لأنه مناف للوفاء بالشرط الواجب و النهى فى المعاملات يوجب الفساد.

و يرد عليه وجوه:- الأول: أنه ليس فى المقام نهى مولوى شرعى من بيع المشروط عليه ماله من غير من اشترط بيعه منه، إذ لم يرد عنه نهى و انما أمر ببيعه ممن اشترط بيعه منه و هو لا يقتضى النهى عن بيعه من غيره إلا على القول بأن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده و هو ممنوع.

الثانى: ذهب الى أن بيعه من غير من اشترط بيعه منه مورد للنهى و لو من جهه اقتضاء الأمر بالشىء النهى عن ضده إلا انا ذكرنا فى محله أن النهى فى المعاملات لا يقتضى فسادها مطلق سواء تعلق بالسبب أو بالمسبب أو التسبيب.

و الثالث: أنا لو سلمنا ان العقد المذكور منهى عنه شرعا و سلمنا أن النهى فى المعاملات يوجب الفساد و لكنه لا يلزم منه الالتزام بفساد العقد

المذكور مطلقاً لأنه إذا رضى به المشروط له إذنا أو اجازة فلا- محاله ترتفع النهى عنه إذ النهى عنه ليس الأ- من جهة حق المشروط له فإذا تجاوز عن حقه ارتفع النهى.

و دعوى البطلان مطلقاً لا- يرجع الى وجه صحيح و من ذلك يظهر أن التفصيل بين كون الوجوب تكليفاً محضاً أو كونه حقياً كما ذهب اليه المصنف لا يمكن المساعدة عليه لأن الوفاء بالشرط و لو قلنا أنه من جهة ثبوت الحق للمشروط له على المشروط عليه الأ- أن هذا الحق لا تتعلق بالمال و العين و انما تتعلق على العقد فلا يكون بيعه بيعاً لمتعلق حق الغير و ليس المقام عن قبيل بيع العين المرهونه التى تتعلق حق الغير سيما مع ملا- حظه أن الخيار منعقد فى المقام فلا- وجه للتفصيل بين الصورتين إذ فى كليهما يكون بيعه مضاداً لما يجب عليه الوفاء به تكليفاً أو حقياً ثبت للمشروط له الخيار من دون ان يستلزم بطلان العقد أبداً فالصحيح هو الالتزام بصحة العقد الصادر من المشروط عليه مطلقاً و يشمل عمومات حل البيع و الوفاء بالعقود و لكن للمشروط له الخيار و لا وجه للبطلان.

ثم لو قلنا ببطلان العقد الصادر من المشروط عليه فيخرج ذلك عن محل الكلام لان البحث فى تعذر الشرط ببيع المشروط عليه من اشترط بيعه ح و الكلام فى تعذر الشرط.

و هذا بخلاف ما إذا قلنا بصحة العقد من المشروط عليه لأنه ح يكون داخلاً فى تعذر الشرط الذى هو محل الكلام فى الجبهه الخامسة من عنوان كلام المصنف الأ أنه إذا كان المشروط عليه متمكناً من العمل بالشرط بفسخ عقده لجوازه أو شرائه منه ثانياً و جب عليه و الزم عليه بمقتضى الاشتراط فيفسخ عقده أن تمكن أو يشتريه ممن باعه منه ثانياً و يصرفه فى محله.

و هذه الصورة لا بدّ من إخراجها عن محل الكلام و فرض البحث فيما

إذا لم يتمكن المشروط عليه من إرجاع العين الى ملكه و لو بالشراء حتى يتعذر عليه الشرط فإذا كان الأمر كذلك و قلنا بصره بعه فقد تعذر عليه الشرط و ثبت للمشروط له الخيار فهو ان امضى عقده أى عقد نفسه فهو، و لا كلام و أما إذا فسخ عقده فهل يرجع الى بدل عينه أو يرجع الى نفسها بفسخ العقد الواقع عليه من أصله، أو من حين الفسخ وجوه قدّمنا صحيحها و لا مزيه له على ما تقدم إلا أن العلامة (ره) ذكر في هذه المسألة أنه إذا فسخ المشروط له يرجع الى نفس عينه بانفساخ العقد الواقع عليها من المشروط عليه إلا- إذا كان الواقع عليها هو العتق فإنه ح يرجع الى قيمتها لا الى نفسها بفسخ العتق لأن العتق مبنى على الغالب و هذا الكلام من العلامة مما لم يفهم له معنى محصلا أبدا لأن معنى بناء العتق على الغالب هو أن العبد إذا عتق منه جزء يسرى الحريه الى جميع اجزائه و منه ضمان أحد الشريكين لحصه شركه فى العبد إذا عتق نصفه أى حصه نفسه و لكنه كما كان سببا لحرية نصفه الآخر أيضا يضمن لشريكه قيمه ذلك النصف و هذا المعنى غلبه الحرية و العتق لا أن معناه أنه إذا أعتق ملك الغير يكون هذا موجبا لحرية و المفروض أن فسخ المشروط له يكشف عن أن عتق المشروط عليه وقع فى غير ملكه فيبطل، فالصحيح ما ذكرناه من صحه العقد مطلق و للمشروط له الخيار و أنه إذا فسخ يرجع الى بدل العين مطلق لأن العقد الصادر من المشروط عليه صدر من أهله و وقع فى محله و لا وجه لبطلانه (بقى هناك مسأله أن الخيار لا يسقط بالتصرف فى العين و نتعرض لها فى عنوان الاتي إنشاء الله).

و من جمله ما تعرض له المصنف (ره) هو أن للمشروط له إسقاط شرطه قد استفدنا من القرائن الداخليه و الخارجيه أن وجوب الوفاء بالشرط ليس من الأحكام المجعوله لله تعالى ابتداء فإنه ليس من الأحكام الأوليه و انما

هو من جهة حق المشروط له الثابت بالاشتراط نظير وجوب الأداء في الدين فإنه من جهة ملا-حظه حق الدائن لا أنه مجعول ابتدائي للشارع.

وقد عرفت أن الاشتراط يوجب ثبوت حق للمشروط له على المشروط عليه عند العقلاء أيضا و عليه فلا- مانع من أن يرفع المشروط له يده عن حقه إذ به يرتفع وجوب الوفاء بالشرط وهذا أمر ظاهر الآ- أن ذلك وقع مورد الخلاف بين الأعلام في شرط العتق وقد ذهب جماعه الى عدم سقوطه بالإسقاط فإذا شرط العتق في معاملة ثم رفع المشروط له يده عن شرطه قالوا بأنه لا يوجب سقوطه، بل يجب على المشروط عليه الوفاء بالشرط مع إسقاطه المشروط له أيضا و ذلك من جهة أن في شرط العتق ثلاثه حقوق حق للمشروط له و حق لله تعالى، و حق للعبد و إذا رفع المشروط له يده عن حق نفسه فهو لا يستلزم سقوط الحقين الآخرين و من هنا قالوا ان إسقاط الشرط في العتق لا يوجب السقوط هذا و لا يخفى أن كون العتق حقا لله و للعبد مما لا يرجع الى محصل كما ذكره المصنف، لأنه أريد من كونه حقا لله تعالى أنه أمر محبوب قد ذهب اليه الشرع فهو و ان كان كذلك الآ أنه لا يستلزم الحق و لا وجوب الوفاء عليه لأنه أمر استجابي و الآ محبوبيه العتق لله لا يختص بصوره الاشتراط فقط، لأنه محبوب على كل حال و لازمه وجوب العتق و لو مع عدم الاشتراط و هو مقطوع العدم لأنه مستحب لا وجوب له فضلا عن أن يكون حقا و ان أريد من كونه حقا لله أنه أمر بالوفاء به على تقدير شرطه لأنه حق لشارط ح و هو أيضا صحيح الآ انه مشترك بين شرط العتق و غيره من الشروط فما ذا وجه عدم سقوط شرط العتق دون غيره، و اما أنه حق للعبد ففيه أن اشتراط العتق لا يوجب حقا للعبد على المشروط عليه و ليس له المطالبة بذلك أبدا كما ذكرنا نظيره في النذر لأنه إذا نذر شيئا على الفقراء، أو غيرهم فليس للفقراء مطالبه الناذر بالوفاء بالنذر.

و أن أريد من ذلك أن العبد ينتفع بعقله و اليه يرجع نفعه، ففيه أن رجوع المنفعة إليه لا- يوجب الاستحقاق إذ هو نظير ما إذا اشترط في ضمن العقد أن يهب لثالث مالا- أو يبيعه منه بالعقل من ثمنه فإنهما يوجبان رجوع النفع الى الثالث الا أنه لا يوجب الاستحقاق و عليه فالصحيح أنه لا فرق بين شرط العتق و شرط غيره في سقوطه بالإسقاط.

ثم ان إسقاط الشرط و الحق تاره يكون باللفظ و أخرى يكون بالفعل و هذا الأمر و ان تعرض له المصنف (ره) في الأمر المتقدم الآ أن المناسب له ذكره في هذا الأمر فإذا تصرف المشروط له أو عمل عملا علمنا به انه يسقط بذلك حقه فلا كلام في سقوطه به و اما إذا لم يدل عمله على إسقاطه فلا دليل على أن مجرد التصرف أو العمل يوجب السقوط، اللهم الآ فيما دل الدليل على كونه موجبا للسقوط كما دل على أن التقيل و المس و نحوهما يسقطان الخيار في خيار الحيوان الآ أن التعدى من مورد النص الى غيره غير ممكن فيما لم يقد دليل على أنه يوجب السقوط لا دليل على سقوط الخيار به كما قدمنا تفصيل ذلك في الأبحاث المتقدمه فليراجع.

و من جمله الشروط التي ذكرها المصنف في حكم الشروط الصحيحه أخيرا هو أن الشرط ربما لا يكون من قبيل الكم كما في شرط الخياطه، و الكتابه، و غيرهما، من الأوصاف و الافعال و أخرى يكون الشرط من قبيل الكم متصلا أو منفصلا و الأول كما إذا باع الثوب على أن عشره أذرع و الأرض بأنها متر و الثاني كما إذا باع ما في الكيس من الجوز على أنه مائه عدد و لا إشكال في أن تخلف الشرط في القسم الأول لا- يوجب الا الخيار و لهما الإمضاء مع المطالبه بالأرش بما يخصه من الشرط لأن الثمن انما يقع في مقابل ذات المبيع و لا يقع في مقابل الشرط أبدا و لو كان الشرط في نفسه أمرا ممولا كما في الخياطه على ما تقدم و أما إذا تخلف الشرط في

القسم الثانى فأيضاً لا خلاف بينهم فى ثبوت الخيار بذلك للمشروط له إلا أنه وقع الخلاف بينهم فى أنه يتمكن من أخذ الأرش وما يخص الشرط من الثمن أو الإمضاء أو أنه كالقسم الأول لا يوجب الا الفسخ أو الإمضاء مجاناً ولا يتمكن من أخذ الأرش بوجه وربما قيل بجواز أخذ الأرش فى هذا القسم مطلقاً وقيل بعدمه مطلقاً وثالث فصل بين متقارب الأجزاء، (و موافق الأجزاء) ومختلفها بالالتزام بالأرش فى الثانى دون الأول وهذا من غير فرق بين صورتى التخلف بالنقصان والتخلف بالزيادة والذى ينبغى أن يقال فى المقام هو أن البيع الشرط يتصور بحسب مقام الثبوت على أقسام و صور:- الصورة الأولى: أن يكون أصل البيع والمعاملة معلقاً على ذلك الكم كما ربما يعلق على كيف أو غيره من الأوصاف والأمر كما إذا صرح بأن يبعي لهذا الثوب مشروط بان يكون عشره أذرع بحيث لو كان انقص لا يشتريه المشتري ولا يبيعه البائع أو صرح بأن يبعي لما فى الكيس من الجوز، معلق على ان مائه عدد ولا أبيعته إذا كان انقص كما يشتريه المشتري إذا كان ككك وفى هذه الصورة العقد باطل من رأسه لأنه من التعليق المبطل ومع البطلان لا يبقى للنزاع فى أن له الإمضاء مجاناً أو له أن يطالب بالأرش مجال إذا البيع باطل، وليس له الإمضاء ولا الفسخ ولا المطالبة بشيء لعدم الموضوع والمعاملة وهذا ظاهر.

الصورة الثانية أن يكون أصل البيع منجزاً على كل تقدير ولا يكون معلقاً على ذلك الكم المشترط كما إذا اشترى الثوب على كل تقدير إلا أنه اشترط على البائع أن يكون ثمنه عشره دراهم إذا كان الثوب عشره أذرع وتسعه إذا كان تسعه فاصل المعاملة غير معلقه إلا أن يكون الثمن عشره دراهم معلق على كون الثوب عشره أذرع وكأنه اشترى الثوب الخارجى كل ذرع بدرهم من

دون أن يعلم أنه عشرة أذرع أو أقل أو أكثر وقد تقدم في بيع صاع من الصبره أن هذه المعامله صحيحه و لا غرر فيها بوجه لأن الثمن بمقدار المثلث ان كان زائدا فزائدا و ان كان ناقصا فناقصا و لا خطر في هذه المعامله أصلا و العلم بما في الصبره أو بذرع الثوب قبل قبضه و تسليمه غير معتبر لانه يظهر عند تسليمه بلا خطر على أحدهما فالمعامله صحيحه في هذه الصوره و يثبت للمشروط له الخيار على تقدير عدم كون الثوب عشرة أذرع مع كون الثمن بمقدار المثلث كل ذرع بدرهم.

و بالجمله أنه اشترط في هذه الصوره أمران:- أحدهما: أن يكون له الخيار على تقدير عدم تحقق الكم المشروط.

و ثانيهما: أن يكون كل ذرع بدرهم أى كون الثمن بمقدار المثلث فإذا ظهر المبيع ناقصا عن الكم المشروط في هذه الصوره فيثبت للمشروط له الخيار أن الثمن ينقص بمقدار نقص المبيع لأنه لو كان عشرة أذرع كان ثمنه عشرة دراهم و حيث انه تسعه أذرع فقيمته تسعه دراهم حسب الاشتراط و لكن لا يبقى في هذه الصوره مجال لإمضاء العقد بتمام الثمن أى بلا أخذ الأرش كما هو أحد أطراف الاحتمال فى المقام فإنه صرح بأنه لو لم يكن عشرة أذرع فليس ثمنه عشرة دراهم، بل ثمنه تسعه بمقدار المبيع فالإمضاء بتمام الثمن عند ظهور النقص فى المبيع لا يجرى فى هذه الصوره.

الصوره الثالثه: ما إذا كان كل من المبيع و الثمن غير معلقين و كلاهما منجزان على كل تقدير كما إذا اشترى الثوب بعشره دراهم على كل حال ظهر ناقصا أو غير ناقص فهذا الموجود اشترى بهذا الثمن المعين و ان لا يدري أن المثلث عشره أو أقل الآ أنه اشترط على البائع الخيار لنفسه على تقدير ظهور النقص فى المبيع و عدم كونه عشرة أذرع و المعامله فى هذه الصوره صحيحه أيضا و العلم بمقدار المبيع مما لا دليل على اعتباره فى غير

المكيل و الموزون الآ من جهه استلزم الجهل بمقدار الغرر الا أنه للنص كما مرّ في محله تفصيل ذلك فراجع.

و في هذه الصورة يثبت للمشروط له الخيار عند ظهور النقص في المبيع و له أن يمض العقد بتمام الثمن أيضا الآ أنه لا يتمكن في هذه الصورة من إمضائه مع المطالبه بالأرش و قيمه الناقص لأنه بلا- موجب إذ المفروض أن المعامله وقعت على هذا الموجود بهذا الثمن الموجود لا بأقل منه فاحتمال إمضائه مع الأرش الذي هو أحد الاحتمالات في المسأله غير جارى في المقام فلا يجتمع أطراف الاحتمالات المذكوره في صورته واحده.

و منه يظهر أن موردى النص و الإثبات في كلمات الأصحاب متعدد و معه يكون النزاع لفظيًا لأن من يقول بجواز الإمضاء مع المطالبه بالأرش نظره الى الصورة الثانيه كما أن من أنكر الإمضاء مع الأرش و لم يجوز أخذ الأرش فنظره الى الصورة الثالثه و هما مختلفان فالنزاع لفظى هذا كله بحسب مقام الثبوت.

و أما في مقام الإثبات فيما إذا قال بعتك هذا الثوب بعشره دراهم على أنه عشره أذرع فإن أرجعنا قوله على يعنى الشرط و التعليق إلى أمرين أحدهما التزامه بالمعامله الذى معناه الخيار و ثانيهما ان هذه العشره فيما إذا الثوب عشره أذرع أى أرجعناه إلى المثلثين يكون من التعليق فى الثمن و كأنه اشترى كل ذرع بدرهم فيثبت بذلك ما ذكره المصنف من أن له الإمضاء مع المطالبه بالأرش و قيمه النقص.

و بعباره أخرى تكون المعامله ح من قبيل الصورة الثانيه التى يكون التعليق تعليقا لأمرين أحدهما الخيار و الالتزام بالمعامله، و ثانيهما كون الثمن عشره دراهم بمعنى أن كون الثمن عشره دراهم معلق على كون المبيع عشره أذرع، فان لم يكن ككك فالثمن أيضا لا يكون عشره دراهم، بل بالنسبه و



و لا يبقى لما ذكره جامع المقاصد من الإمضاء بلا مطالبه الأرش مجال لأنه من التعليق فى الثمن كما مر.

و أما إذا أرجعناه أى قوله على الى خصوص الالتزام بالمعامله فقط لا اليه و الى كون الثمن عشره دراهم الراجعه الى الصوره الثالثه فيثبت به ما ذكره جامع المقاصد من أنه يثبت له الخيار و له الفسخ و الإمضاء من دون مطالبه الأرش، لأنه باع الثوب بعشره دراهم بلا- تعليق و لكن الظاهر المطابق للمستفاد العرفى من مثل التعليق المذكور هو ما ذكره المحقق الثانى من أنه يرجع الى الالتزام بالمعامله فقط، و بعدمه يثبت له الخيار و لذا قال بأن الإشاره مقدمه على العنوان بمعنى أنه أشار الى الموجود الخارجى و قال بعثك بكذا فالموجود مبيع فى مقابل الثمن كائنا ما كان لا أنه يرجع الى أمرين أحدهما الالتزام و ثانيهما كون الثمن كذا مقدار بمعنى التعليق فى الثمن لأنه و ان كان أمرا ممكننا كما ذكرناه الا- أنه محتاج الى التصريح به فى مقام الإثبات و مجرد الظهور اللفظى و التعليق لا يكفى فيه لأن ظاهره أنه تعليق للالتزام بالمعامله، بل ربما يصرح به البائع أو المشتري و لا يرون الشرط الا- تعليقا من الالتزام بالمعامله لا- أنه تعليق فيه و فى الثمن كما هو ظاهر بحسب الفهم العرفى فما افاده المصنف لا- يمكن المساعده عليه هذا كله فى طرف ظهور النقص.

و كذا الحال فما إذا ظهرت الزيادة لأن البائع تاره يعلق أصل بيعه بأن لا يكون زائدا على عشره أمتار فى بيع الأرض مثلا و قد عرفت أنه باطل و لا يجرى فيه هذا النزاع أى الإمضاء مجانا أو مع مطالبه الأرش و اخرى يعلق التزامه بالمعامله على كونه عشره أذرع كما يعلق كون ثمنها عشره دراهم على كون الأرض عشره أذرع و كأنه يشترط بيع كل ذرع منها بدرهم و عند التخلف يثبت له الخيار و الزيادة باقيه فى ملكه كما أن له أن يفسخ المعامله

فى عشره أذرع المبيعه أيضا لأنه له الخيار (لأن الغرض التـخلف بالزيادة) و ثالثه يبيع هذه الأرض بهذا الثمن منجزا و لكنه يجعل لنفسه الخيار فقط من دون أن يكون الزيادة له لأن الفرض أنه باع الأرض بأجمعها بعشره دراهم هذا بحسب مقام الثبوت.

و أما فى مقام الإثبات فإن أرجعنا التعليق إلى أمرين أحدهما الالتزام بالمعامله و ثانيهما كون ثمنه عشره دراهم أى كل ذرع بدرهم بالمعنى المتقدم أعنى كون ثمنه عشره دراهم معلق على كون الأرض عشره أذرع فإن زاد يزيد و ان نقص ينقص الذى هو الصوره الثانيه فيثبت له الخيار مع مطالبه بالزائد كما ذكره المصنف و ان أرجعناه إلى خصوص التعليق فى الالتزام الذى هو الصوره الثالثه فيثبت له الخيار فقط دون استحقاق الزيادة كما ذكره جامع المقاصد، و قد عرفت أن الظهور اللفظى على طبق ما ذكره جامع المقاصد و عليه فالظاهر أن تخلف الشرط فى الكم فى جميع صور الأربعة أعنى متوافق الاجزاء كما فى الثوب و مختلف الاجزاء كما فى الأرض لجوده بعضها و رداءه بعضها الآخر أو الدار لاختلاف اجزائها كان التـخلف بالنقص أم كان بالزيادة لا يوجب الأ الخيار و لا يجوز مطالبه الأرض معه، لأن التعليق بحسب المتفاهم العرفى يرجع الى الالتزام بالمعامله و نتيجهه الخيار و لا يرونه راجعا الى كون المثلث عشره أذرع الذى نتيجهه تعليق الثمن و كون الثمن بقدر المثلث.

و أما ما افاده المصنف فى الجواب عن ذلك باننا لا ننكر أن البيع على أنه عشره أذرع يبيع مع الاشتراط إلا أنا ننكر أن يكون كل شرط غير مقابل بالمال و لا يتوسط اليه الثمن فهو لا يرجع الى محصل لأن فرض كون التعليق المذكور شرطا فرض عدم وقوع المال فى مقابله و الشرط مع كونه مقابلا بالمال مما لا يجتمعان فالحق ما افاده جامع المقاصد كما تقدم.

و الكلام فىه يقع فى جهات كما ذكره المصنف:-

**الجهه الأولى: لا إشكال فى أن الشرط الفاسد لا يجب الوفاء به و لا**

إلزام بفعله شرعا،

لأنه معنى الفساد فى مقابل الصحه و الإلزام به، فمعنى أنه فاسد أنه لا إلزام بفعله، و لا يجب على المكلف أن يفى به، فالشرط الفاسد بما أنه شرط لا حكم له، نعم إذا كان الشرط الفاسد فى نفسه مشروعا لا مانع من أن يأتى به المشروط عليه لأنه وعده و هذا ظاهر و ينبغى أن يكون محل الكلام هو الشرط الفاسد الذى لم يدل دليل على صحته مع فساد شرطه.

و انما الكلام فى أن الشرط الفاسد إذا لم يقم دليل على فساد العقد معه أو صحته معه، و عليه فمثل بيع الخشب مشروطا بأن يجعله المشتري صنما خارج عن محل الكلام لأن فساد العقد فى مثله لأجل النصوص، بل بطلان البيع المذكور غير مستند الى الا-شترط لأنه باطل حتى فى صورته عدم اشتراطه فيما إذا علم البائع أنه يجعله صنما كما تقدم ذلك فى محله و ذكر هناك المصنف أن النص هو الفارق بين بيع الخشب ممن يعلم أنه يجعله صنما و بيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمرا حيث ان الأول باطل و الثانى، صحيح و لا فرق بينهما الآ وروود النص فى الأول على البطلان دون الثانى، كما هو ظاهر، و كذا البيع مشروطا ببيعه من البائع ثانيا فإنه و ان كان باطلا- الآ- أنه من جهه دلالة الاخبار على بطلانه و هى الاخبار المعنونه بأخبار العينه و الآ فالشرط اعنى البيع ثانيا صحيح فى نفسه.

و من هنا لو اشترط ببيعه من شخص آخر يصح بلا كلام، لأنه من قبيل

شرط فعل سائغ فى نفسه و انما دلت الأخبار على بطلان العقد عند مقارنته بالشرط المذكور لا أن الشرط فسد و أوجب فساد المشروط و لعله ظاهر فهذا الموارد خارجه عن محل الكلام كما أن الشرط الفاسد إذا أوجب فقد شرط من شروط البيع تكويننا و يكون خارجا عن محل الكلام كما إذا اشترى شيئا و اشترط عليه عماره داره و لا ندرى أن داره وسيعه أو ساحتها ضيقه و هو يوجب اختلاف القيمة لا- محاله و لكون المعامله غرريه بالوجدان لأنه أمر خطرى لعدم علمه بمقدار ما التزمه من مخارجات العماره فيكون البيع فاسدا فى نفسه لفقده شرط من شروطه و هو عدم كونه غرريه و البطلان فى هذه الصوره مستند الى فقد شروط صحه البيع فى نفسه و هذا أيضا خارج عن محل الكلام (و كما إذا باع و اشترط أن يكون ما فى كيس المشتري من المال له مع عدم علمه بمقدار ما فى الكيس) و من هذا القبيل ما إذا اشترطه الخيار فى عقد النكاح فان الفقهاء قد ذهبوا الى أنه يوجب فساد النكاح و لم يتبينوا وجه بطلانه أى بطلان النكاح.

و قد ذكرنا الوجه فى ذلك سابقا و أشرنا إليه فى حواشينا على كتاب العروه و ملخصه أن الأدله دلت على أن النكاح لا يخلو من أحد القسمين لأنه اما دائمى أو موقت بوقت مضبوط، و يعبر عنه بالانقطاع و التمتع كتوقيه بشهر أو شهرين و نحوهما، و قد عرفت أن معنى جعل الخيار فى معامله تحديد ذلك المنشأ بالفسخ لأن الإهمال فى الواقع غير معقول فالمنشأ للمتعاقدين اما هو الملكيه أو الزوجيه على نحو الإطلاق و أما هو الملكيه أو الزوجيه المقيده بوقت أو شىء، و معنى جعل الخيار أن المنشأ ليس هو الملكيه المطلقه، بل الملكيه الموقه بزمان الفسخ أو الزوجيه الموقته بزمان فسخها.

و حيث أن أصل الفسخ و زمانه غير معينين، فيكون جعل الخيار فى

عقد النكاح إنشاء الزوجية الانقطاعيه المقيده بوقت غير معلوم، وقد عرفت أن النكاح لا يخلو عن أحد القسمين، فإنه إما استمراري و دائمى، و اما موقت بوقت مضبوط، و لا- ثالث لهما، فالموقت بوقت غير معلوم باطل، فالشرط فى هذه الصوره قد أوجب فقد شرط من شروط صحه النكاح أعنى التوقيت بوقت مضبوط و هذا أيضا خارج عن محل الكلام.

فالبحث متمحض فى الشرط الفاسد الذى لا يدل دليل على بطلان العقد معه و لا يوجب فقد شرط من شروط صحه العقد تكويننا للكلام يقع فى أنه هل يوجب سرايه الفساد الى المشروط أولا و هذا كما إذا اشترط فى ضمن عقد أن يشرب الخمر أو يكذب أو يترك واجبا فهل فساد الشرط فى المثالين يوجب فساد العقد أولا.

الصحيح أن الشرط الفاسد لا يوجب فساد المشروط أبدا وفاقا لمحققين من المتأخرين كالعلامه و الشهيدين و المحقق الثانى خلافا لبعض المتقدمين كالشيخ و من تبعه.

و الوجه فى ذلك أن الشرط غير راجع الى تعليق أصل المعامله بوجوده و إلا لكانت المعامله باطله فى نفسها كان شرطها فاسدا أم لم يكن، لأن التعليق فى العقد يوجب البطلان.

بل، الشرط الذى بمعنى الربط يربط شيئين آخرين فى كل معامله فإنه يستلزم تعليق أصل المعامله بالتزام الطرف بالشرط (فى شرط الأفعال الاختياريه و منه يظهر حال شرط النتيجة أيضا) بحيث لو لا التزامه به فعلا فلا بيع بينهما أصلا و مثل هذا التعليق لا يوجب البطلان لأنه تعليق بأمر حاصل بالفعل و هما يعلمان بوجوده فالمعامله تتحقق بتحقق التزام المشروط عليه بالشرط كما يستلزم تعليق التزام البائع مثلا ببيعه على إيجاد المشروط عليه الشرط خارجا.

بل، ربما يصرح بأنك ان لم تأت بكذا فلا التزم بالمعامله و هذا التعليق يوجب الخيار على تقدير عدم إيجاد المشروط عليه ما وجب في حقه و عليه فإذا باعه شيئاً بشرط أن يرتكب محرماً أو يرتكب ترك واجباً فقد علق أصل بيعه على التزم المشروط عليه بذلك المحرم كما علق التزمه به بإيجاد ذلك المحرم في الخارج، فإذا التزم المشروط عليه بذلك المحرم عصياناً أو غفله عن أنه حرام أو جهلاً بالموضوع كما اشترط عليه شرب مائع مخصوص، و التزم بشربه ثم ظهر أنه خمر فلا محال تكون المعامله صحيحه بحصول ما علقه عليه و هو التزم الطرف بالحرام (بمعنى أن تعليق الخيار بالالتزام بالحرام كترك الصلاة و نحوه لا يوجب الحرمة و لا البطلان) و شرط الالتزام بالحرام ليس شرطاً مخالفاً للكتاب و لا للسنه فلا حرمة فيه، و هو شرط سائغ و حيث انه حاصل بالفعل فالمعامله متحققه و يشملها العمومات فلا يكون فساد الشرط المذكور شرعاً موجبا لبطلان المعامله لأنها لم يعلق على وجود الشرط في الخارج حتى ينتفى بانتفائه، و انما علق على التزم المشروط عليه بالشرط و المفروض أن الالتزام به حاصل فالمعامله متحققه و لا وجه لبطلانها، و الى هنا تحصل أن المقتضى لصحة المعامله موجود، فلا بد من ملاحظه أنه هل هناك مانع عن صحتها أو لا مانع عنها أيضاً (تتميم) قد عرفت أن الشرط إذا أوجب فقد شرط من شروط العقد تكويناً فلا محاله يوجب فساد العقد إلا أنه خارج عن محل الكلام كما عرفت أمثله و من ذلك ما إذا اشترط أمراً مخالفاً لمقتضى العقد كما إذا اشترط عدم التملك في البيع فان هذا الشرط يوجب عدم قصده البيع لا محاله و البيع لا مع القصد باطل لانتهاء شرطه، و هو العقد و القصد معا و هذا أيضاً خارج عن محل الكلام.

و ذكر شيخنا الأستاذ أنه إذا باع شيئاً و اشترط عليه أن يصرفه في أمر

حرام كما إذا باعه العنب و اشترط عليه أن يصرفه في الخمر يكون ذلك الشرط موجبا لفقد شرط صحه البيع و به يخرج عن محل الكلام.

و الوجه في ذلك أن المبيع ح مما لا-منفعه محلله مقصوده فيفسد بيعه لأن الانتفاع منه يجعله خمرا قد حرمه الشارع و ألغاه و الانتفاع به في غيره من الأمور المحلله مما اشترط البائع عدمه على المشتري و عليه فلا منفعه مقصوده للمال فيفسد بيعه و نظيره ما إذا باعه شيئا و اشترط عليه أن يقامر به و تقريره ظاهر هذا و لكن الأمر ليس كذلك لأن الاشتراط المذكور ان كان يمضى شرعا كما إذا أمضاه الشارع و أنفذه فهو يدل على جواز صرفه في المورد المذكور لأنه مما أمضاه الشارع أى ألزمه على أن يصرفه فيه و هو من المنافع المقصوده المحلله بالإمضاء و أن لم يعلق عليه الإمضاء شرعا فهو ساقط و لا اعتبار به بمعنى أن المشتري أراد أن يصرفه في غير مورد الاشتراط لأن شرط عدم صرفه في غير مورد الشرط وقع فاسدا و على كل حال لا يستلزم هذا الشرط فقد شرط من شروط صحه البيع فهذا الاشتراط داخل في محل الكلام نظير غيره من الشروط الفاسده.

نعم، كبرى المسأله كما عرفتھا تامه لأن كل شرط استلزم فقد شرط من شروط صحه البيع فهو مفسد للعقد و يخرج عن محل الكلام و أن كان تطبيقها على المثال المذكور غير تام فالبحت متمحض في الشرط الفاسد في نفسه من دون أن يستلزم فقد شرط في أصل المعامله كما عرفت فلنرجع الى ما كنا بصدده.

### و الوجوه التي استدلت بها على فساد العقد بفساد شرطه ثلاثة

#### الأول

أن للشرط قسطا من الثمن لا محاله

فإذا صح الاشتراط فلا اشكال لوقوع مجموع الثمن في مقابل مجموع المثلين و هما معلومان و أما إذا فسد الشرط و لم يمض شرعا فقها لا ينتقل إلى البائع مثلا ما يقع في مقابل الشرط لا

محاله و حيث أن ما يقابله مجهول فيستلزم ذلك الجهل بالثمن الواقع في مقابل ذات المبيع فيبطل معامله و الجواب عن ذلك مضافا الى النقض بالشرط الفاسد فى النكاح كما نقضه الشيخ(ره) أن الثمن لا يقع فى مقابل الشرط أبدا صحيحا كان الشرط أم فاسدا و انما يقع المال فى مقابل ذات المبيع.

نعم،الشروط مما يوجب زياده قيمه لا أنها يقع فى مقابل المال و من هنا قلنا ان الشرط إذا تعذر ثبت للمشروط له الخيار فقط و ليس له مطالبه المشروط عليه ما يقابل الشرط من الثمن و ليس هذا إلا من جهه أن الشرط قيد خارجى يوجب زياده قيمه و لا يقع بإزائه شىء من المال،هذا أولا.

و ثانيا: أن ما يقابل الشرط من الثمن فيما إذا قلنا بمقابله للمال ليس أمرا مجهولا،بل حاله حال الوصف فى أن الموصوف بالوصف قيمه و لفاقده قيمه أخرى،و كذا شراء الثوب بشرط الخياطه له قيمه و شرائه بدونها له قيمه أخرى معلومه عند الناس و لا جهاله فيما يخصه من الثمن،و هذا ظاهر.

و ثالثا:بعد الغض عما تقدم أن المعتبر من العلم بمقدار الثمن و المضمن هو العلم بمقدار مجموعها و لا يعتبر العلم بقيمه كل جزء جزء من المبيع،بل العلم بقيمه مجموع المال كاف فى صحته و ليكن حال الشرط كالجزم فكما إذا باع مال نفسه و مال غيره بثمان واحد صفقه واحده ثم ظهر أن نصفه للغير لا يكون معامله الواقع على مال نفسه باطله مع عدم العلم بما يقع فى مقابله من الثمن فكذلك المقام أو إذا باع خمرا و خلا بقيمه أو شاه و خنزيرا يقع معامله فى الخل و الشاه صحيحه بما يخصهما من الثمن مع عدم معرفتهما لما يخصهما من المال فكذا نقول فيما نحن فيه ان العلم بقيمه



## و لا يشترط فى صحتها معرفه

ما يخص المبيع من الثمن فهذا الوجه الثانى

الذى هو المهم فى المقام هو أن التراضى المعتبر فى المعاملات معلق على المعامله مع الاشتراط و لا- يرض البائع بالمعامله المجزّده عن الشرط فان المقيّد ينتفى بانتفاء قيده فيكون العقد الواقع على ذات المبيع من التجاره لا عن تراض و هو باطل لقوله عزّ من قائل لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ .

و الجواب عن ذلك يظهر مما أشرنا إليه سابقا.

و حاصله أن الرضى المعاملى عند الإنشاء لم يعلق على وجود الشرط فى الخارج و الأ- لكانت المعامله باطله لأنه من التعليق المبطل و لو فرضنا صحه التعليق أيضا تكون المعامله باطله فيما نحن فيه لعدم حصول ما علق عليه على الفرض و المعلق ينتفى عند عدم المعلق عليه لا- محاله و هذا من غير فرق بين الشروط الصحيحه و الفاسده و لازمه بطلان العقود و الإيقاعات عند الاشتراط مطلقا لأنه تعليق أو عند عدم حصول المعلق عليه إذا قلنا بصحه التعليق مثلا.

و حيث ان العقود و الإيقاعات لا تبطل عند اشتراط شىء فى ضمنهما أو عند عدم حصول شرطها فنستكشف من ذلك أن الرضى المعاملى لم يعلق على وجود الشرط فى الخارج و الالتزام بإيجاده لما كان حاصلًا عند المعامله و هما يعلمان بوجوده فلا يكون التعليق على مثله مبطلا و من الظاهر أن الالتزام بإيجاد الشرط فى المقام حاصل لأنه التزم به على الفرض و تكون المعامله تامه و متحققه و كون ذلك أمرا محرما لم يمضه الشارع مطلب آخر غير مربوط بحصول المعلق عليه للمعامله كما هو ظاهر.

نعم،ربما يكون البائع بحيث لو كان عالما بحرمة ذلك الشرط أو كان

عالمًا بعدم إمضاء الشارع له لما أقدم على المعامله و إنما أقدم عليها باحتمال أن الشارع يمض الشرط المحرم فى المعامله تقصيرا أو قصورا.

الآن أن ذلك من باب تخلف الدواعى و هو لا يستلزم البطلان و الّا لزم بطلان المعامله فما إذا كان البائع بحيث لو علم بترقى قيمه المبيع لم يبيعه أو علم بأن المشتري لا يعمل بشرطه أو لا يدفع اليه ثمنه لم يقدم على المعامله مع أن المعامله فى الأمثله صحيحه غايه الأمر ثبوت الخيار له فى بعض الفروض كعدم دفعه الثمن أو عدم وفائه بالشرط و هكذا.

و الوجه فى ذلك أن تخلف الدواعى لا ربط له بالرضا المعاملى ابدا فالرضى موجود لتحقق ما علق عليه و هو الالتزام و يشمله عموم أحل الله البيع و غيره من العمومات و معه لا وجه للبطلان.

و مما ذكرنا يظهر الفرق بين الصور النوعيه العرفيه و بين شرط الفعل أو الوصف أو غيرهما مما لا يرجع الى المثلن أو الثمن لأن اختلاف الصوره النوعيه العرفيه و تخلفها يوجب بطلان المعامله و التعليق على مثلها صحيح لأنه تعليق على الموضوع فإذا باعه عبدا فظهر جاريه فالمعامله باطله عند العرف لأن معنى بعتك هذا العبد أى بعتك هذا الموجود على أنه عبد مشروطا بأنه كك فإذا ظهر جاريه فالمعلق عليه لم يتحقق فى المعامله فهى باطله إذا العرف يرى كلا من الجاريه و العبد فردتين متباينين و أحدهما غير الآخر.

نعم،هما بحسب النظر الفلسفى واحد حقيقه و اختلافهما اختلاف وصف عرضى غير ذاتى الّا أن المدار فى الصحه و البطلان هو تخلف الصور النوعيه العرفيه دون الفلسفيه و هذا بخلاف اشتراط غير الصور النوعيه لأن تخلفه لا يوجب البطلان و المعامله لا تتعلق عليه و الّا بطلت من رأسها كما هو ظاهر.

وقد تقدم الجواب عنها آنفاً و سابقا و حاصل الجواب أن مورد دلالة الدليل على فساد المعامله عند فساد شرطها خارج عن محل الكلام لأن الشرط فيها غير فاسد في نفسه إذ البيع من البائع ليس أمرا مخالفا للكتاب و السنه.

فلو سلمنا دخوله في محل الكلام فهو نص ورد في خصوص البيع النسيه مشروطا ببيع المشتري له ثانيا نقدا فلتتزم ببطلان هذا الشرط و إفساده العقد في مورده اعنى خصوص بيع النسيه فمن أحد شرائط صحتها ان لا يشترط فيها بيعه من البائع ثانيا و لو مع كون هذا الشرط في نفسه صحيحا فهو باطل للنص أو لأنه دورى على ما ذكره العلامة(ره) فهذا الروايات خارجه عن محل الكلام.

و أما روايه عبد الملك الوارده في حكم من يشتري شيئا و يشترط على البائع أن تكون خساره المشتري على بايع المال فقال عليه السلام لا ينبغي فهي أيضا لا تدل على فساد العقد عند فساد شرطه لأن قوله عليه السلام لا ينبغي لم يعلم أنه راجع الى أصل هذه المعامله و البيع أى البيع المذكور مما لا ينبغي أو أن هذا الاشتراط لا ينبغي.

ففى الثانى يخرج عن محل الكلام لأنه نهى ورد على الشرط ابتداء و ساكته عن بطلان البيع و هو ظاهر.

و على الأول يكون داله على بطلان العقد بفساد شرطه، بل على هذا أيضا يخرج عن محل الكلام لأن البحث فى الشرط الفاسد الذى لم يدل دليل على فساد العقد به، و على الأول يكون داله و لكن الروايه لا دلالة لها على أحدهما فهى مجمله لا دلالة فيها على المطلب، هذا أولا.

و ثانيا: ان قوله عليه السلام لا- ينبغي، لا- يفيد الفساد و انما يفيد الكراهه و لا- ربط لها بالفساد فنذهب ان المعامله مع الشرط المذكور مكروهه

و كلامنا فى الصحه و الفساد.

و ثالثا: نذهب ان قوله عليه السلام لا ينبغى، نص فى الفساد، و التحريم الا أنه لا يقتضى الحكم بفساد العقد عند فساد شرطه مطلقا لأنه نص ورد فى مورد خاص و هو البيع بشرط كون خساره المشتري على البائع و لا تتعدى عنه الى غيره.

و رابعا: أن دلالة الروايه على فساد العقد بفساد شرطه مطلقا أو فى موردها متوقف على أن يكون المراد من كون خساره المشتري على البائع ضمان البائع لما يخسره المشتري فى بيعه المبيع فإنه أمر على خلاف الكتاب و السنه إذ لا وجه فخساره احد و كون الآخر ضامنا على خسارته شرعا.

و أما إذا كان المراد من الاشتراط المذكور شرط جبران خساره المشتري بمال البائع بأن يكون الشرط شرط و هو أن يعطيه البائع مقدارا من ماله للمشتري إذا خسر، فالروايه تكون خارجه عما نحن فيه لأن الشرط المذكور ح شرط سائغ مباح لا فساد فيه أبدا حتى يستلزم فساد العقد أيضا كما ذكرناه سابقا فتكون الروايه أجنبيه عن المقام و معتبره فى خصوص موردها.

و الى هنا تحصل أن العقد لا يفسد عند فساد شرطه و لا وجه لفساد العقد ابدا مع اقتضاء العمومات صحته لأنه بيع و عقد و هو صحيح على طبق القاعده و تعضد القاعده جملة من الاخبار فى صحه العقد عند فساد شرطه فمنها ما عن المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه ذكر أن بريده كانت عند زوج لها و هى مملوكه فاشتراها عائشه فأعتقها فخيرها رسول الله (صلى الله عليه و آله) فقال أن شئت قعدت عند زوجها و ان شئت فارقته و كان مواليتها الذين باعوها اشترطوا على عائشه أن لهم ولائها فقال (صلى الله عليه و آله) الولاء لمن أعتق حيث منع (صلى الله عليه و آله) من الشرط لفساده و لم

ص: ٣٩٨

يمنع عن أصل البيع المشروط به.

و منها مرسله جميل و صحيحه الحلبي الأولى عن أحدهما (عليه السلام) في الرجل يشتري الجارية و يشترط لأهلها أن لا يبيع و لا يهب و لا يورث قال قضي بذلك إذا اشترط لهم الآ المواريث.

و هذه الروايه أيضا دلت على منعه عليه السلام عن شرط عدم الإرث مع تصحيحه العقد و سائر الشروط و غيرها من الأخبار.

و هذه الأخبار أيضا يقتضى صحة العقد عند فساد شرطه و قد عرفت أن الصحة هي المطابقه للقاعده بحيث لم تكن تحتاج معها الى الأخبار.

و لو لا هذه الأخبار أيضا كنا نحكم بصحة العقد و عدم سرايه الفساد من الشرط اليه هنا.

### **ثم انه ربما يستدل على ما ذكرناه من عدم سرايه الفساد من الشرط**

الفاسد الى العقد

بان فساد العقد من جهه فساد شرطه أمر مستحيل في مقام الثبوت.

و الوجه فيه أن صحة الشرط بمعنى وجوب الوفاء عليه متوقف على صحة العقد إذ وجوب الوفاء بالشرط مانع لوجوب الوفاء بالعقد بمعنى أنه انما يكون واجب الوفاء فيما إذا وقع في ضمن عقد صحيح و هذا التوقف ظاهر و لذا قلنا ان الشرط الغير المذكور في ضمن العقد شرط ابتدائي لا يجب الوفاء عليه و على ذلك إذا كان صحة العقد أيضا متوقفه على صحة الشرط كما هو معنى كون العقد فاسدا بفساد شرطه لدار و هذا ظاهر.

و ذكر المصنف أن في هذا الاستدلال ما لا يخفى و هو كما أفاده فإن وجوب الوفاء بالشرط و ان كان متوقفا على صحة العقد كما عرفت الا أن صحة العقد لا تتوقف على وجوب الوفاء بالشرط، بل يتوقف على ملزوم وجوب الوفاء بالشرط و ملزومه أن لا يكون فاسدا أي أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد و لا

يكون مخالفا للكتاب و السنه و هكذا فيما تتوقف صحه العقد على أمر عدمى و هو غير ما يتوقف صحه العقد فلا دور.

و لأجل فساد هذا الاستدلال لم يتعرض المصنف للجواب عنه هذا تمام الكلام فى بيان صحه العقد عند فساد شرطه بقى الكلام فى أنه هل يثبت للمشروط له الخيار، ح أو لا خيار له ذكر المصنف احتمالين فى المقام.

ثم انه ربما يستدل على الصحه بأن صحه الشرط فرع على صحه البيع.

فلو كان الحكم بصحه البيع موقوفا على صحه الشرط لزم الدور و أجاب المصنف عن ذلك بأن فيه ما لا يخفى و الانصاف أن المسأله فى غايه الاشكال و لم يبين وجهه لوضوحه و هو أنه لا تتوقف صحه كل من الشرط و العقد على صحه الأخر.

أما الأصول فلأن صحه الشرط و كونه لازم الوفاء فرع وجود الدليل عليه من وجوب الوفاء بالشرط أو غيره و لا شبهه أن هذا المعنى لا يتوقف على صحه العقد المتوقف على شمول دليل صحه العقد عليه، نعم تتوقف صحه الشرط على الشروط المذكوره لصحه الشرط التى ذكر من جملتها أن لا يكون الشرط ابتدائيا و ليس من جملتها صحه البيع.

و اما الثانى: فلأن صحه العقد لا تتوقف على وجود الشرط فى ضمن العقد فضلا عن ان تتوقف على صحته، نعم إذا فسد العقد لا يبقى مجال لوجوب الوفاء بالشرط لأنه يصح ح شرطا ابتدائيا و على الجملة فهذه الدعوى أيضا فاسده.

ثم انه على تقدير صحه العقد مع فساد الشرط فهل يثبت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط أولا، و قد وجّه المصنف فى صدر كلامه الاحتمالان:- الأول: بدعوى أنه فى حكم تخلف الشرط الصحيح، فان المانع الشرعى

كالعقلى فيدل عليه ما يدل على خيار تخلف الشرط، ثم ذكر أنه لا- فرق فى الجهل المعتبر فى الخيار بين كونه بالموضوع أو الحكم الشرعى و لذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار أو فوريته ثم عدل عند هذا الاحتمال و وجه الاحتمال.

الثانى: بدعوى أن العمده فى خيار تخلف الشرط هو الإجماع و أدله نفى الضرر أما الإجماع فهو منفى فى المقام لمخالفه كثير من الفقهاء و ذهابهم الى فساد العقد بفساد الشرط كالمحقق و غيره، بل حكى عدم القول بالخيار من أحد من المتقدمين و أوائل المتأخرين فالإجماع غير متحقق و مع ذلك لا مجال لدعوى الإجماع على ثبوت الخيار فى المقام للمشروط له على تقدير تخلف إذا كان جاهلا بالحال.

و أما أدله نفى الضرر، فذكر المصنف أنه لو صح العمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد خصوصا إذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعى عذر فرب ضرر يترتب على المعاملات من أجل الجهل بأحكامها خصوصا الصحة و الفساد، فإن ضروره الشرع قاضيه فى أغلب الموارد بان الضرر المترتب على فساد معامله مع الجهل به لا يتدارك به على أن الضرر فى المقام ليس من ناحيه إلزام الشارع حتى يرتفع بدليل نفى الضرر، بل انما هو ناش من اقدام المتضرر، فلا يكون ذلك مشمولا لذلك، هذا كله مع أننا قد ذكرنا فى خيار الغبن أن دليل نفى الضرر غريب عن إثبات الخيار بالكلية أصلا، فإنه لا يتكفل لإثبات الحكم الشرعى أصلا، و انما شأنه نفى الحكم الشرعى الضررى كما هو واضح.

و بعباره أخرى أن معنى الخيار كون المنشأ محدودا بالفسخ و أدله الإمضاء أيضا تمضى هذا المنشأ لا أضيق منه و لا أوسع منه و إلا فلا تكون العقود تابعه للقصود.

نعم، قد يكون الإمضاء الشارع أوسع مما إنشائه المتعاملان و قد يكون

أضيق منه كما في خيار المجلس حيث ان المتعاقدين أنشأوا البيع لازما من الابتداء و الشارع جعله لازما بعد الافتراق و كذا في بيع الحيوان بعد ثلاثه أيام و في بيع الصرف إنشاء و الملكيه من الابتداء و الشارع أمضاها بعد القبض و في غير الموارد التي ورد الدليل على التوسعه أو التضيق فلا- يمكن التخلف، بل ما أنشأه المتعاقدان هو الممضى للشارع و إذا كانت المعامله المنشئه محدوده بالفسخ فترتفع بالفسخ، و هذا معنى جعل الخيار فيكون ثابتا بالشرط الضمنى الذى مرجعه الى تحديد المنشأ بالفسخ و ارتفاع العقد به كما هو واضح.

نعم، إمضاء الشارع للشرط بمعنى إيجاب الوفاء به فى الخارج مرتفع لأنه فاسد و لا يلزمه الشارع بإيجاد المحرم فى الخارج و أما كون المشروط له متمكنا من الفسخ على تقدير عدم ارتكاب المشروط عليه بالحرام أو ترك الواجب فلا مانع له ابدا.

نعم، ظرف ثبوت الخيار و هو ارتكاب الحرام مبغوض للشارع و غير مسمى لإثبات الخيار له فى ذلك الطرف و هذا نظير ما لو جعل الخيار لأحدهما من الابتداء عند عمل المشروط عليه بالحرام أو إتيانه الواجب (لا أنه يشترط شيئا و يكون نتيجة الخيار) فإنه مما لم يذهب أحد إلى بطلانه و عدم ثبوت الخيار له عند إتيان الواجب أو ترك الحرام، فالخيار ثابت للمشروط عليه لا محاله و هذا من غير فرق بين علمهما ببطلان الشرط و حرمة، و جهلهما و بين جهل أحدهما و علم الآخر و هذا ظاهر.

و منه يظهر أن هذا الخيار ليس ثابتا من ابتداء العقد بدعوى أنه متعذر من الأول لأن الممنوع الشرعى كالممنوع العقلى، بل انما يثبت له فيما إذا لم يف المشروط عليه بالشرط و لو كان فاسدا فإذا فرضنا أنه ارتكب المحرم عصيانا فلا يثبت للمشروط له الخيار، لأنه إنما جعله على تقدير عدم



إتيانه به و لو معصيه و كون ذلك الفعل محرما مطلب آخر لا يمنع عن عدم ثبوت الخيار، هذا تمام الكلام فى الأمر الأول من الأمور المذكوره فى أحكام الشرط الفاسد، وقد اشتمل على بحث عدم وجوب الوفاء بالشرط الفاسد و أنه لا يمنع عن صحه العقد أنه يوجب الخيار للمشروط له.

و التحقيق أن يقال أن دليل الخيار فى تخلف الشرط ليس هو الإجماع و لا دليل نفي الضرر و لا شيء آخر، بل الدليل على ذلك انما هو الشرط الضمنى أو الصريح و قد عرفت ذلك فى خيار الغبن و غيره و توضيح ذلك إجمالا أن كلا من البائع و المشتري إذا اشترط على الآخر شرطا اما صريحا أو فى ضمنى العقد ثبت للشارط الخيار مع التخلف فان مرجع الاشتراط الى جعل الخيار بداهه أن الشارط إذا اشترط إيجاد فعل على البائع، أو وصفا فى المبيع معناه أن التزامى على العقد مشروط بالتزامك على إيجاد الفعل الفلانى أو بظهور المبيع على الوصف الفلانى و إذا تخلف ذلك لا يكون المشروط له ملزما بالالتزام بالعقد و معنى أنه لا يكون ملزما بالالتزام على العقد أن له الخيار فى فسخ العقد و إبقائه و عليه ففى المقام أن المشروط له قد اشترط على المشروط عليه إيجاد فعل فاسد و شرط فاسد بحيث لو لم يفعله المشروط عليه ثبت له الخيار و لا شبهه ح فى ثبوت هذا الخيار و توهم أن الشرط مخالف للكتاب توهم فاسد، فان الشرط و هو جعل الخيار للشارط ليس مخالفا للكتاب، بل متعلقه مخالف للكتاب كما إذا باع شيئا و الشرط فى ضمنه أن يعصر الخمر و الآله الخيار فان جعل الخيار ليس مخالفا للكتاب، بل متعلقه كك و قد تقدم صحه جعل الخيار على تقدير ترك فعل الحرام بان اشترط أحد المتبايعين على الآخر أن يفعل محرما كما هو واضح.

**قوله الثانى: لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد.**

أقول: ذكر في تقرير شيخنا الأستاذ أنه لم يسبق هنا أمر أول ليكون هذا ثانيا له و لعله اشتباه من قلم المصنف أو من النساخ و لكنه واضح البطلان لأنه ذكر عند الشروع بأحكام الشرط الفاسد أن الكلام يقع في أمور و ذكر الأمر الأول و قد أطل البحث فيه و ذكر في آخره أنه هل يثبت الخيار للجاهل بفساد الشرط أو لا، تم تعرض للأمر الثاني فلا اشتباه من المصنف و لا من النساخ.

و حاصل كلام المصنف هنا أنه بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد إذا قلنا بصحة العقد و عدم فساده بفساد الشرط فلا شبهه في صحة العقد و سقوط الخيار بإسقاط الشرط مع القول بثبوت الخيار للمشروط له، و إذا أسقط المشروط له ذلك الشرط فهل يصبح العقد صحيحا أو يبقى في فساده فقد اختار الأول بدعوى أن العقد قد انعقد بينهما فاسدا فلا ينفع السقاط المفسد بعد ذلك ثم احتمال الصحة بناء على أن التراضى إنما حصل على العقد المجرد عن الشرط فيكون كتراضيهما عليه حال العقد.

ثم أجاب عنه بأن التراضى إنما ينفع إذا وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق كالعقد الفضولي أو المكره و لكن الأمر في المقام ليس كذلك لأن التراضى إنما هو على الإنشاء المطلق و هو لم ينشأ و المنشأ إنما هو العقد المقيّد و هو غير ممض للشارع فلا يفيد في المقام تحقق الرضاء المتأخر على إطلاق العقد السابق الذى إنشاء مقيدا بالشرط الفاسد و عن العلامة التردد في فساد العقد مع إسقاط الشرط الفاسد حيث احتمال الوجهين:

الأول: بطلان العقد من أصله لما عرفت.

و الثانى: توقف البيع بدون الشرط على الرضا فإن رضى به المشروط له بدون الشرط صح العقد و الا بطل و قد رده المصنف أى الاحتمال الثانى بأنه لا يعرف وجه للإيقاف، فافهم.

و حاصل اشكال المصنف بانا لا نعرف وجها لإيقاف المعامله بعد إنشائها و انعقادها باطلا و معه كيف ينعقد صحيحا بإسقاط شرطها و هذا لا- يقاس بالرضا و الإجازة المتأخره أو الأذن السابق فى كفايتها فى صحه العقد، فإن الأذن أو الإجازة ح يتعلقان على العقد السابق، أو اللاحق، فيوجبان صحته و هذا بخلاف ما إذا تعلقا على أمر آخر غير ما رضيا به سابقا و غير ما عقد عليه فإنه لا يقبل الباطل إلى الصحه.

### قوله الثالث: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد.

أقول: فى بعض النسخ عقد العنوان مسئلتان مكان الأمر الثالث و الأمر الرابع و هو اما سهو من قلم المصنف رحمه الله أو من النساخ و الصحيح أن تقول الثالث و الرابع كما فى بعض النسخ الأخرى و كيف كان إذا قلنا بأن الشرط الفاسد مفسد للعقد و أن فساد الشرط يسرى إليه فهل يختص ذلك بما إذا كان الشرط مذكورا فى متن العقد أو يعم ما إذا كان مذكورا قبل العقد و وقع العقد مبتئا عليه فان قلنا أن الشرط المذكور قبل العقد الذى لا يذكر فى ضمن العقد خارج عن الشرط فلا كلام لنا فيه فإنه ليس هنا شرط حتى يكون فساده موجبا لفساد الشرط و إذا بيننا على أنه أيضا شرط و لا عنايه فى إطلاق الشرط عليه و لا دليل على ذكره فى ضمن العقد فان معنى الشرط هو الإناطة و الارتباط و هو يحصل بذكره قبل العقد بحيث يقع العقد مبتئا عليه و مربوطا به لا فى حال الغفلة عن البناء السابق فيكون بذلك مشمولاً لعموم المؤمنون عند شروطهم و خارجاً أيضا عن الشروط الابتدائية.

و عليه يقع الكلام فى أنه يفسد العقد أو لا يفسد فذكر المصنف هنا وجهان مبنيان على تأثير الشرط قبل العقد فان قلنا بأنه لا حكم له كما هو ظاهر المشهور لم يفسد و الا فسد، و قد فصل بذلك و نقل هنا قولاً ثالثاً

عن المسالك و عبارته غلفه جدا و لا تتعرض لها و لاحظها و الذى ينبغى أن يقال أنه لا شبهه فى صدق الشرط على ذلك كما عرفت، و ح فلا بدّ من ملاحظه مدرك أن الشرط الفاسد يفسد العقد و يسرى فساده إليه فإن كان ذلك هو الإجماع فلا شبهه فى عدم شموله للمقام لكونه دليلا ليّيا و المتيقن منه ما يكون الشرط مذكورا فى متن العقد و أما إذا كان مذكورا قبله و وقع العقد مبتيا عليه فلا يكون داخلا لمعقد الإجماع. و ان كان الدليل هو نفي الضرر فمقتضى القاعده هو فساد العقد بفساد الشرط فإنه لا فرق بين هذا الشرط و الشروط المذكوره فى ضمن العقد كما هو واضح.

نعم، بناء على أن المدرك لفساد العقد بفساد الشرط هو الاخبار الوارده فى بيع الوضيعه و العينه على ما تقدم فهى منحصره إلى صورته ذكر الشرط فى متن العقد فلا يكون المقام مشمولاً لها.

و بعباره أخرى أن مورد تلك الأخبار صورته ذكر الشرط فى متن العقد و أما إذا وقع العقد مبتيا عليه أى على ذكر الشرط السابق فهو خارج عن مورد الأخبار فلا بدّ من الاقتصار بمورد التعبد كما هو واضح إلا أنها غير تامه الدلاله كما تقدم.

و بعباره أخرى إذا قلنا بأن فساد العقد عند فساد شرطه على طبق القاعده و من جهة قصور المقتضى للصحة ح لأن للشرط قسطا من الثمن فإذا فسد و اخرج قسطه يكون الثمن مجهولا. و المعامله غرريه أو لأن الرضا انما وقع على عقد خاص و هو المعامله بهذا الشرط الفاسد فإذا انتفى القيد ينتفى المقيد، فلا. محاله نلتزم بالإفساد عند التبانى أيضا فما إذا قلنا أنه فى حكم الشرط الملفوظ لأن خراج قسط من الثمن فيه أيضا يوجب الجهاله فى الثمن و الرضا بالمعامله مقيد باقترانها للشرط، فإذا انتفى ينتفى الرضا فلا تشمله الأدله لقصور العقد بحسب المقتضى فيفسد العقد

و أما إذا كان على خلاف القاعده فيقتصر بمورد النص و الظاهر على ما عرفت أنه بناء على أن فساد الشرط يسرى الى العقد فالشرط السابق على العقد يوجب فساده أيضا، لكونه شرطا حقيقه على ما عرفت.

نعم، إذا نسى المتبايعان ذلك و أوجد العقد بغير بنائه على الشرط السابق لا يكون الشرط ح مؤثرا فى العقد، فان العقد بحسب القاعده إذا لم يقيد حين الإنشاء بشىء أنشأ مطلقا و غير مقيد بشىء و قد فرضنا أنه لم يقيد بشرط و من هنا ذكرنا سابقا أن ترك ذكر الأجل فى المتعه يوجب كون العقد المنشأ دواما على طبق القاعده و الروايه الوارده فى ذلك موافقه للقاعده لا- مخالفه لها، لأن طبع العقد أن يوجد مطلقا مع عدم التقييد بشىء.

### **قوله الرابع: لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به.**

أقول: ذكروا موردا يكون الشرط لغوا و لا يكون موجبا لكون العقد لغوا فكأنه مستثنى من موارد فساد العقد بفساد الشرط و هو ما إذا كان الشرط لم يتعلق به غرض العقلاء بأن يشترط أحدهما على الآخر أن يوزن المبيع بكيل فلانى مع أنه لا فرق بينه و بين الكيل المعروف عندهم بوجه و هذا الشرط لا يزيد المالىه بوجه، و لا يكون دخيلا فى الرغبه إلى المبيع أصلا، و قد صرح فى موارد من التذكره بعدم الإفساد.

و من هنا ذكر الشهيد رحمه الله أنه لو اشترط كون العبد كافرا و ظهر مسلما كان الشرط لغوا و ليس له الخيار من ناحيه تخلف الشرط، و وجه المصنف أن الوجه فى ذلك هو أن الوفاء بمثل هذا الشرط حيث لم يكن واجبا شرعا و لم يكن فى تخلفها أو تعذرها خيار خرج هذا الشرط عن قابليه تقييد العقد بذلك.

ثم أشكل عليه بأن لغويتها لا تنافى تقييد العقد بها فى نظر المتعاقدين فاللازم اما بطلان العقد و اما وجوب الوفاء كما إذا جعل بعض الثمن مما لا يعد مالا عرفا و هذا لا بأس به لأننا لو أغمضنا عما ذكرناه سابقا من كفايه تعلق الغرض الشخصى فى العوضين فضلا عن الشروط و أنه مع اعتبار المالىه بحسب أغراض العقلاء فى العوضين فلا دليل على اعتبار ذلك فى الشروط فلا شبهه أن ما أنشأ بحسب نظر المتبايعين انما هو العقد المقيّد فلا يعقل أن يكون الممضى غير ما أنشأ حين العقد و عليه فأصل الشرط ليس بلغو فضلا عن أن يتكلم فى أن فساده يسرى الى العقد بناء على السرايه أو لا يسرى فهذا البحث لغو أصلا.

و على الجملة بعد ما فرضنا أن معنى الشرط هو الربط فلا شبهه فى ارتباط العقد بالشرط المذكور و عليه فلا بدّ اما من الالتزام بعدم فساد الشرط مع عدم ترتب الغرض العقلائى عليه لصدق الشرط عليه فيحكم بوجوب الوفاء به، لأدله الشروط أو لعموم دليل الوفاء بالعقد و اما أن نلتزم بالإفساد فى هذا الشرط أيضا بناء على أن عدم ترتب الغرض العقلائى على الشرط يوجب الفساد فإنه بعد الفساد فلا محاله يوجب فساد العقد بناء على السرايه، كما هو واضح، فلا وجه للاستثناء أصلا.

## الكلام فى أحكام الخيار

### اشاره

قوله:الكلام فى أحكام الخيار.

أقول:لا- خلاف بين الفقهاء فى أن الخيار يورث بأنواعه و لم نجد فى ذلك خلافا الآ عن الشافعى فى خيار المجلس و لعله من جهه أنه يرى الموت افتراقا، بل ادعى بعضهم الإجماع على ذلك و استدل على أنه يورث

مضافا الى الإجماع المتقدم بان الخيار حق للميت فيورث لعموم ما تركه الميت من حق فلوارثه.

أقول: لا شبهه في أن الخيار من قبيل الحقوق و ذلك من جهة أنه و ان لم يكن فرق حقيقه بين الحق و الحكم، بل كل ذلك من قبيل الأحكام الشرعيه و لكن قد تقدم في أول الخيار و في أول البيع أن ما يكون اختياره تحت يد الإنسان من الأحكام الشرعيه بحيث حقا يقبل النقل و الانتقال أو السقوط و الإسقاط سمي ذلك حقا و ما لا يكون كك يسمى ذلك حكما فالجواز في الهبه من قبيل الحكم إذ لا يقبل شيئا من الأمور المذكوره و لا يتغير عن حاله بوجه الآ أن يكون هبه لذى رحم أو على وجه قربي، فإنه يكون لازما و أما غيرهما فلا- يكون لازما حتى بإسقاط الواهب حق رجوعه و يقابل هذا الجواز الحكمي اللزوم الحكمي في النكاح، فإنه أيضا حكم من الأحكام الشرعيه و لذا لا يقبل الانفساخ و لو برضائه الموجب و القابل، بل طريق ارتفاعه الاختياري منحصر بالطلاق الذي بينه الشارع و أما رفعه، بغير ذلك كاقاله مثلا فلا يكشف من ذلك أن هذا اللزوم حكمي لا حقي كما هو واضح.

و هذا بخلاف الجواز في الوكالة فإنه يقبل التغير و كك اللزوم في البيع فإنه يقبل الحل بالإقاله أيضا و هو الانفساخ كما يقبل الحل بالفسخ فيعلم من ذلك أن اللزوم هنا حقي و قابل للحل و ليس الإقاله بيعا جديدا حتى يتوهم أنه لا يكون حلا للعقد السابق إذ تصلح الإقاله بعد تلف العينين و لو كان بيعا جديدا لما كانت صحيحه، كما هو واضح.

و على الجملة أنه لا شبهه في وجود الفرق بين الحق و الحكم و أن كانت حقيتهما واحده.

و أما الخيار فهو أيضا من قبيل الحقوق لما عرفت سابقا أنه ملك فسخ العقد على ما يستفاد من الأخبار كقوله عليه السلام و ذلك رضى بالبيع، و

نحو ذلك سواء كان ذلك الخيار مجعولا بجعل شرعى كخيار المجلس، ونحوه، أو مجعولا بجعل المتعاقدين كخيار الشرط و أشباهه كخيار الغبن و العيب و نحوهما الثابت بالشرط الضمنى، فإن جميع تلك الخيارات التى توجب جواز العقد من قبيل الحقوق و اختيارها بيد صاحبها وضعا و حلا و إبقاء و إسقاطا كما هو واضح، فإن قوله عليه السلام فذلك رضى بالعقد، ظاهر فى أنه يقبل الاسقاط و هذا هو معنى الحق، فافهم، و لكن الكلام فى شمول النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فهو لوارثه لأن شموله للخيارات يحتاج إلى أمرين: - أحدهما: إحرار أن الخيارات من قبيل الحقوق و قد تقدم ذلك و دلالة جملة من الاخبار عليه كقوله و ذلك رضى بالعقد، أى إمضاء العقد و إسقاط الخيار فإنه لو لم يكن من قبيل الحق لم يكن الاسقاط فضلا عن أن يكون ذلك رضى بالعقد.

و الثانى: أن يحرز أن هذا الحق عما يصدق عليه أنه تركه الميت بأن يكون قابلا للانتقال حتى يصدق عليه ذلك، فإن مفاد النبوى أن ما تركه الميت و إبقاءه بموته فى الخارج فهو لوارثه و من الواضح أن هذا المعنى يصدق فى مثل حق التحجير حيث أن المحجر قد ثبت له حق فى الأرض المحجرة بواسطة التحجير و قد تعلق حقه بالأرض التى هى موجوده فى الخارج، فإذا مات يصدق عليه أنه ترك فى هذه الأرض حقا و كك فى أمواله فإنها مملوكة له فيصدق عليها أنه قد تركها الميت و يكون ذلك المتروك للوارث نظير أن يسافر أحد و ترك متاعه فى منزله فيقال انه مشى و ترك متاعه فى منزله غاية الأمر أن الانتقال هنا من عالم الى عالم آخر كما لا يخفى، و لكن لا يصح ذلك فى الخيارات لما عرفت أن معنى جعل الخيار ابتداء، أو بالالتزام ليس الآ تقيد العقد بالفسخ فتكون الملكية المنشئه مغياه بالفسخ



و الفسخ يكون غايه لها و لا شبهه أن من جعل لنفسه الخيار و يقيد الملكيه بتلك الغايه لا يجعل تلك الغايه و سيعه أى أعم من فسخ نفسه و فسخ و ارثه و مع ذلك كيف يعقل أن يثبت الإرث فى الخيارات إلا أن يكون هنا إجماع كما هو كك،فان الفقهاء قد تسالموا على أن الخيار يورث،و قد عرفت أن المخالف هو الشافعى فى خيار المجلس فقط،و لكن مع قطع النظر عن الإجماع فلا يمكن إثبات الإرث فى الخيارات بعموم ما تركه الميت من حق فلو ارثه.

و أما إثبات إرث الخيارات بالتمسك،بالاستصحاب أشكال على ما ذكره المصنف لأنه يرد عليه.

أولاً:أن الشبهه حكميه و لا يجرى الاستصحاب فى الشبهات الحكميه للمعارضه دائماً،فإن استصحاب ثبوت الخيار بعد الموت معارض بعدم جعله للوارث.

و ثانياً:ان الموضوع غير محرز إذ لا- ندرى أن الخيار حق مختص بالميت و قائم به لكى لا يجرى الاستصحاب هنا أو أنه أمر وسيع قائم بالميت مع وجوده و حياه و بوارثه مع موته،فيكون ذلك مشكوكا و التمسك بعموم لا- تنقض اليقين بالشك فى المقام تمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

و ثالثاً:أنه بعد ما ذكرنا من اختصاص الخيار بالميت لكون الملكيه المنشئه محدوده بفسخه لا يبقى هنا مورد للشك حتى نتمسك بالاستصحاب كما هو واضح،و الظاهر أنه لا يمكن إثبات إرث الخيار بغير الإجماع،و الله العالم.

### **قوله:بقى الكلام فى أن ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال.**

أقول:و ينبغى التنبيه على أمور الأول لا شبهه فى أن ما يكون مانعا عن الإرث فى الوارث بحيث لا يكون معه مانع عن الإرث من الموروث شيئاً

كالقتل و الكفر و نحوهما، و هو مانع عن ارث الخيار أيضا بناء على جواز ارث الخيار، و هذا لا كلام فيه، و انما الكلام فى أن من لا- يكون وارثا بالنسبه إلى شىء خاص من أموال الميت كعدم إرث الزوجه من العقار و عدم ارث غير الولد الأ-كبر من الحيوه، هل يكون وارثا للخيار الثابت فى بيع تلك الأموال بأن مات البائع للعقار أو الحيوه بعد بيعه الخيارى فهل يكون غير الولد الأكبر وارثا لذلك الخيار و كك الزوجه أم لا، ففى المقام وجوه، بل أقوال القول بالإرث مطلقا و بعدمه كك، و ان لم يظهر من يصرح بالعدم و لكن قد استشكل بعضهم فى الإرث أو يفصل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا الى الميت أو منتقل عنه الى غيره، فإنه على الأول يحكم بعدم الإرث و ذلك لأن الخيار علاقه فيما انتقل عنه بعد كونه مسلطا على ما انتقل اليه بحيث أن يخرج ما انتقل اليه من ملكه الى ملك من انتقل عنه ذلك العين بالفسخ و إدخال ما انتقل عنه الى غير فى ملكه بذلك، و لا شبهه أن المرأه ليس لها السلطنه على ما انتقل الى الميت و هو العقار و كيف لها الفسخ و إرجاع كل من المالين الى مالكة الأول بالفسخ و عليه فلا خيار للمرأه فى هذه الصوره لعدم تسلطها على إرجاع العين الى ما انتقل عنه، و لا يقدر على إيجاد معنى الفسخ و لا- معنى لثبوت الخيار لمن لا يقدر على الفسخ و هذا بخلاف ما إذا كان ما لا ترث منه الزوجه منتقلا عن الميت الى غيره فإنه ح لها السلطنه على المال المنتقل الى الميت و هو ثمن العقار فهى قادره على الفسخ ح لتحقيق مفهوم الخيار هنا.

و القول الرابع ان يفصل على عكس الصوره السابقه و الوجه فى هذا التفصيل هو أن الثمن المنتقل إلى البائع ملك مترئز للبايع و إذا فسخ العقد ينتقل الثمن الى الميت فيرث منه كل من الزوجه و غيرها، و هذا بخلاف ما إذا كان العقار منتقلا عن الميت لأن الزوجه لا ترث منه فيما إذا

فسخ العقد و رجع المبيع الى ملك الميت فلا خيار لها لأن الخيار حق لصاحبه فيما انتقل عنه يوجب سلطنه ما انتقل عنه بإرجاعه إلى ملكه و المفروض أن الزوجه ليس لها علاقه و لا سلطنه على العقار فيما إذا انتقل الى الميت بدعوى أنه ان كان ما انتقل من الميت عقارا فلا- خيار لها لأنها لا تملك شيئا بعد الفسخ و أما ان كان ما انتقل اليه عقارا فلها الخيار لأنها بالفسخ تملك قيمه العقار لأن الفسخ يجعل العقد كأن لم يكن فيكون ما أعطاه الميت فى مقابل العقار من الثمن مملوكا للزوجه و غيرها بعد الفسخ فان معنى الخيار هو التسلط على حل العقد و جعله كأن لم يكن، و ان لم يكن الفاسخ مالكا لما انتقل إلى البائع كالأجنبى و قد ذكر المصنف تفصيل ذلك فى المتن.

أقول:الظاهر هو القول بعدم الإرث مطلقا و ذلك لما عرفت من أنه ليس هنا دليل لفظى دل على جواز ارث الخيار حتى نتمسك بإطلاقه،بل الدليل على ذلك هو الإجماع و لا شبهه أنه إجماع فى المقام بعد هذه الاختلافات كما عرفت و عليه فلا يمكن القول بإرث الزوجه للخيار لعدم الدليل عليه و على تقدير التنزل و القول بأنها ترث الخيار فى فرض بيع الميت العقار أو شرائه ذلك فلا وجه للإشكال فى إرثها لما تعلق به البيع مع الفسخ سواء قلنا بثبوت الخيار لها بالإرث أم لا فإنه على كل تقدير ترث الزوجه من متعلق البيع بعد الفسخ كما هو واضح.

فلا ثمره ح للبحث عن ثبوت الخيار لها بالإرث و عدمها كما هو واضح.

و من جهة أن الزوجه غير مالكة للعقار فلا- سلطنه لها عليها كما ذكره المصنف فكيف لها أن تفسخ العقد و يرجع الثمن من المشتري.

و توضيح ذلك أنه إذا كان الميت قد اشترى عقارا ببيع خيارى بأن

كان له الخيار أو كان الخيار لصاحبه و هو المشتري و فسخ الوارث أو المشتري ذلك البيع فان البيع ينقلب الى عدمه فكأنه لم يكن من الأول فتكون العقار ملكا للمشتري و الثمن ملكا للميت فيكون ذلك من جمله تركته فترث منه الزوجه أيضا كسائر الورثه و لا- وجه في هذه الصورة في حرمان الزوجه عن الإرث و الاشكال في ذلك ح لأن معنى الفسخ هو رجوع كل من العوض و المعوض الى مكانه الأول فيكون الثمن ملكا للمشتري و المثلن ملكا للبائع و ان كان معنى الفسخ هو حل العقد من حين الفسخ كما هو كك إلا أنه ليس معناه أن الفاسخ يملك العوض بالملكيه الجديده لأن الفسخ ليس معامله جديده بل هو اعاده للملك السابق فيكون الفسخ وسيله لملك الميت العوض أو المعوض بذلك كما إذا نصب شبكه للصيد فوقع فيها ذلك الصيد بعد موت من نصب الشبكه فإنه يكون مالكا للصيد لأنه أوجد سببه قبل الموت.

و على الجملة أن الفاسخ أى شخص كان يكون فسخته سببا لتملك الميت العوض أو المعوض فتكون الزوجه أيضا وارثه من ذلك و ان لم يكن لها الخيار أصلا لأن المفروض أن المنتقل الى الميت كان عقارا و المنتقل عنه غيرها فبالفسخ ينحل البيع و ينتقل العقار الى غير الميت و مقابله الى الميت و لا مانع من إرث الزوجه من غير العقار، كما هو واضح.

و ان كان المنتقل الى الميت بالمعامله غير العقار، و لكن فى مقابلها بأن باع العقار بثمن هو غير العقار فإذا فسخ ذلك العقد اما فسخته الوارث أو فسخته المشتري، أى طرف الميت فح ينحل العقد فترجع العقار الى الميت و ان كان المنتقل الى الميت بالمعامله غير العقار، و لكن فى مقابلها بأن باع العقار بثمن هو غير العقار فإذا فسخ ذلك العقد اما فسخته الوارث أو فسخته المشتري، أى طرف الميت فح ينحل العقد فترجع العقار الى الميت و الثمن إلى المشتري.

و لكن فى هذه الصورة لا- معنى من حرمان الزوجه من ثمن العقار الذى كان من جمله ما تركه الميت و ان كانت محرومه من نفس العقار بتوهم أن الثمن بعد فسخ العقد يكون ملكا للمشتري فيؤخذ من الورثه و يعطى

للمشترى كما هو واضح، وذلك لأن الثمن قبل فسخ العقد كان ملكا للوارث الذى من جملته الزوجه، فلا وجه لعدم إرثها عنه مع كونه من التركة غايه الأمر بعد فسخ العقد و رجوع العقار الى ملك الميت كان ثمن العقار من جمله ديون الميت فيخرج من أصل المال فكما ان الإنسان إذا أخرج ماله عن ملكه بالهبه ثم أرجعه اليه فتظهر الثمره فى إرث الزوجه.

و على الجملة فبناء على كون الخيار موروثا فلا وجه لحرمان الزوجه من ثمن العقار التى اشتراها الميت أو ثمنها الذى باعها به كما عرفت سابقا.

ثم ان جميع ما ذكر فى إرث الزوجه للخيار و عدم إرثها ذلك فى بيع ما لا تملكه الزوجه جارى فى بيع الحبوه أيضا بالنسبه إلى إرث الخيار هنا لغير الأخ الأكبر، قد ذكر المصنف أن الدين المستغرق لتمام التركة و ان كان يمنع عن ارث المال إلا أنه لا يمنع عن ارث الخيار، فللورثه فسخ المعامله التى أوقعها الميت حال حياته، ثم ان جميع ذلك جار فى صوره أن يكون للميت دين مستغرق و لا- يكون له تركه أزيد من الدين، و قد باع شيئا و جعل لنفسه فيه الخيار، فهل ترث الورثه الخيار هنا أو لا ترث؟ فما ذكره المصنف من الإشكال فى إرث الزوجه للخيار فى بيع العقار جار هنا أيضا، بل هنا أولى بالإشكال من ذلك كما يستضح لك فلا وجه لتفكيك و نفي الاشكال هنا.

و توضيح ذلك أنه تاره نقول بأنه إذا كان للميت دين مستغرق لا ينتقل المال منه الى الورثه أصلا، كما إذا لم يكن له دين إلا بمقدار بعض أموال الميت لا ينتقل ماله إلى الورثه بهذا المقدار كما هو ظاهر قوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ فان الاستفادة منها أن التركة غير ما يكون مقابلا للدين كما هو واضح، و على هذا المبني فليس للورثه حق فى مال الميت أصلا و معه كيف يكون له الخيار فى فسخ عقد الميت و إرجاع المبيع

الى ملك المیت مع أنهم غير مسلطين على ما انتقل الى المیت لكونه ملكا للديان.

و إذا قلنا أن جميع أموال المیت تنتقل إلى الورثة و لكن تكون ذلك متعلقه لحق الغير و هم الغرماء و الديان كما هو خلاف ظاهر الآيه، فإن ظاهرها هي الصورة الاولى و ح و ان كان الوارث مسلطا على ما انتقل الى المیت و مالكة له، إلا ان فسخهم العقد ورد ما انتقل الى المیت الى صاحبه ورد ما انتقل عنه إليه إلى المیت تصرف في حق الغير و هو غير جائزه على هذا الاشكال، فإرث الورثة الخيار هنا أسوء من إرث الزوجه الخيار في بيع المیت العقار، لأن القول بالإرث هنا يستلزم التصرف في حق الغير و لكن القول به هنا لا- يستلزم ذلك، و عليه فلا- وجه لتوهم ان ارث الورثة للخيار في صورته الدين المستغرق مورد للوافق، و إرث الزوجه للخيار في صورته بيع العقار مورد للخلاف، بل الخلاف في أحدهما ينافي الوفاق في الأخرى.

ثم أنه لا وجه لثبوت الخيار ح و إرثه له بوجه، و أما على مسلكه من كون التركة ملكا للورثة بعد الموت فلان فرع السلطه على ما بيده من المال حتى يتمكن من إرجاعه إلى مالكة و المفروض أن الورثة لا يتمكنون من التصرف في التركة لأنه و ان كان ملكا لهم عند المشهور إلا أنه متعلق لحق الغرماء و الديان، و لا يجوز التصرف في متعلق حق الغير.

ثم انه بناء على عدم إرث الزوجه للخيار فليست الورثة مستقلة في اعمال الخيار في بيع العقار و ذلك لا من جهة أن الزوجه لها الخيار، بل قد عرفت أنه لا خيار لها على الفرض، بل من جهة أن دليل ارث الخيار كما تقدم ليس هو دليلا لفظيا لكن يتمسك بظاهره، بل عرفت أن مقتضى القاعده هو أن يكون الخيار موروثا لأن مرجع جعل الخيار عبارته عن تعليق اللزوم بالتزام الطرف الآخر بالشرط و مرجع ذلك الى تحديد الملكيه(لا

المملوك)بالفسخ و كون الفسخ غايه لها و من الواضح أن الغايه هو فسخ ذى الخيار لا هو، و وارثه، و ح فلا دليل على ثبوت الخيار للورثه لكن قامت الضروره و الإجماع على ارث الخيار، و من الواضح أن المتيقن من ذلك هو اجتماع جميع الورثه على الفسخ لا- بعضه دون بعض خصوصا إذا كان الفسخ على ضرر الزوجه بأن باع الميت عقارا فإذا فسخت الورثه لم ترث الزوجه، فإننا لم نطمئن بثبوت الإجماع هنا إذا، فلا- بدّ من ملاحظه المتيقن و هو اجتماع جميع الورثه و منها الزوجه على الفسخ، كما هو واضح.

**قوله:مسأله:فى كيفية استحقاق كل من الورثه للخيار.**

**اشاره**

أقول:بعد ما بنى على جواز ارث الخيار

**فيقع الكلام فى كيفية ذلك مع**

**اشاره**

تعدد الورثه، و قد ذكر فيها وجوه:-

**الوجه الأول:أن يكون لكل منهم خيار مستقل،**

بحيث يكون كل منهم مستقلا فى الفسخ و الإمضاء بحيث يكون لكل منهم خيار مستقل من حيث الفسخ أو الإمضاء، و يكون اختيار العقد تحت يده على ما استفدناه من الروايات المتقدمه فى باب الخيار لقولهم عليه السلام و ذلك رضى منه بالعقد فإنه يعلم من هذا التعبير أن معنى الخيار هو أن يكون اختيار العقد تحت يد ذى الخيار، بحيث كان له الفسخ أو الرضا، فإنه لا يطلق الرضا فى مورد الأّ كان طرفى الأمر من الفعل و الترك تحت اختيار الفاعل كما هو واضح بل هذا هو معنى الفسخ أيضا.

و اما على مسلكتنا فلأنه لا إجماع محقق فى إرث الخيار فى المقام و ذلك لأن المتيقن منه ما إذا لم يكن متعلقه ملكا لشخص آخر أو كان متعلقا لحق الغير سيما إذا كان استلزم إرث الورثه الخيار ضررا على الديان كما إذا اشتراه الميت بأرخص من قيمه السوقيه مثلا، أو اشتراه بخمسين درهما مع ان القيمه السوقيه مائه، فان فسخ الورثه يارجاع ما يسوى بمائه إلى مالكة الاولى و أخذ ما يقابله ضرر على الديان، و حيث لا إجماع فى المقام لا يثبت

ص:٤١٧

للورثة الخيار فيما إذا كان للميت دين مستغرق بحيث يكون لكل منهم ذلك فلو سبق منهم أحد في الفسخ بان فسخ العقد أو في الإمضاء بأن أمضاه لم يبق مجال للآخرين.

### **الوجه الثاني: كصوره السابقه و لكن أن يكون كل منهم مستقلا في الفسخ**

فقط

بحيث إذا فسخ العقد لا يبقى مجال لفسخ الآخرين، و أما الإمضاء فلا يكون إمضائه إمضاء للآخرين، بل يبقى بعد إمضاء أحدهم مجال الإمضاء غيره كما هو واضح، و هذا نظير الخيار المجلس الثابت للمتعدد فان لكل من المتعاملين في المجلس فسخ المعامله دون إجازتهما لا منهما لتتوقف على اجازته كليهما، نعم تكون أجازته نافذه في حقه فقط.

### **الوجه الثالث: أن يكون الخيار ثابتا للطبيعه و لصرف الوجود**

بحيث يكون هنا خيار واحد فكل من الورثة تصدى لإعمال ذلك من حيث الفسخ أو الإمضاء كان له ذلك لتتحقق الطبيعه بذلك، و لكن لا يبقى مجال لإعمال غيره خياره في ذلك لعدم الموضوع لذلك لأن المفروض أن الخيار قائم بالطبيعه و قد حصل.

### **الرابع: أن يكون لكل من الورثة الخيار بحسب حصته من الثلث أو النصف**

أو الربع

بحيث له أن يفسخ العقد في نصفه أو ثلثه أو ربه، و هكذا لا أن الحق يقسم لأنه غير قابل للتقسيم، بل من جهة أن كل منهم نصف من له الحق أو ربه أو ثلثه.

### **الخامس: ما قواه المصنف من ان الخيار حق واحد قائم بالمجموع**

فكان الورثة قائم مقام الميت و مجموعهم شخص واحد، فيكون الخيار للمجموع كما هو واضح، و هذه هي الوجوه التي ذكرت في المقام و لكن مع اختلافهم في كيفية إرث الحق لم يختلفوا في كيفية إرث المال، بل اتفقوا و تسالموا على أن كل من الورثة يرث مقدار حصته و أن المال ينتقل اليه على نحو التقسيم

ص: ٤١٨



كما هو واضح، و لم يخالف فى ذلك أحد فيما نعلم.

و يقع الكلام هنا فى مقامين، الأول فى كيفية انتقال المال إلى الورثة و المقام الثانى فى كيفية انتقال الحق إلى الورثة.

أما المقام الأول: فالمعروف المشهور، بل المجمع عليه أن المال الذى للميت انما ينتقل إلى الورثة على نحو التقسيم، يعنى حين ما ينتقل إليها المال ينتقل الى كل منهم بمقدار حقه دون الأزيد و لا الأنقص، و هذا هو الظاهر من الآيه الشريفه أيضا حيث أنها ظاهر فى أن لكل واحد من الورث هو الثلث، أو السدس أو الثمن من حيث الانتقال لا- أنه تنتقل التركة إلى المجموع و هم يقتسمونها بعد ذلك، و قد عرفت أن هذا و ان كان موردا للتسالم، و ظاهرا للآيه و لم نسمع المناقشه فيه من أحد و لكن يشكل الذهاب اليه من جهتين:- الأولى: أن التركة إذا انتقلت إلى الورثة على سبيل الافراض فنسل أنها انتقلت إليهم معينا بحيث يكون حق كل معلوما عند الله تعالى و ان كان مجهولا عند الورثة أو على نحو الغير المعين مثلا إذا مات زيد فترك ابنين و انتقل ماله إليهما بحيث انتقل نصفه إلى أحدهما و نصفه الآخر الى الآخر، معينا و لو فى علم الله تعالى أو غير معين، فان كان الأول فيرد عليه أنه فالمرجع فى تعيين أحد النصفين لهذا الابن و النصف الآخر للابن الآخر مع أن نسبه المال إليهما كان على حد سواء و وجه الانتقال كانت واحده، و هو الإرث فتخصيص أحد النصفين بأحدهما و النصف الآخر بالآخر تخصيص بلا مخصص و ترجيح بلا مرجح، فلا- وجه لتوهم أن المال الميت انتقل إلى الورثة معينا أى حصه كل معينه فى علم الله تعالى، و ان كانت مجهوله فى علمهم بحيث أن من كل شىء نصفه المعين لأحدهما و نصفه

و ان كان الثانى بأن انتقل حصه كل من الورثه إليها غير معينه فيرد عليه أن مال الميت كان شيئاً معلوماً و أمراً مشخصاً كالدينار الخارجى الشخصى مثلاً فيماذا صار غير معين.

و توهم أن كل منهما قد ملك عنوان النصف المشاع و هو أمر غير معين كما فى الشركه و بيع نصف الدار مشاعاً فلا محذور فيه فاسد، بدهاه أن عنوان النصف كعنوان الثلث و الربع و غيرهما من العناوين الانتزاعيه و ليست أموراً واقعيه و كلامنا فى واقع المال الذى تركه الميت فإنه أمر معين و مشخص بلا- شبهه، و الأ- فلو لاحظنا الأمور الانتزاعيه فلازم ذلك أن يملك كل من الورثه أموراً غير متناهيه لأننا نفرض النصف من اليمين أو الشمال أو اليسار أو ربعاً أو خمساً أو سدساً الى غير ذلك من الفروض الغير المتناهيه و هذا لا يمكن الالتزام به بأن يقال ان من ملك نصف الدينار فقد ملك أموالاً غير متناهيه كما هو واضح.

نعم، يتصور ذلك فى تملك الكلى فى المعين و تمليكه كبيع صاع من الصبره المعينه فإن المملوك انما هو العنوان الانتزاعى الكلى ينطبق على الصياح الخارجيه و اين ذهب التشخص عن ملكه و عليه لا يمكن بناء على أن مال الميت قد انتقل إلى الورثه مفروضاً من الأول، هذا هو الوجه الأول.

الوجه الثانى: أنه إذا فرضنا أن الميت قد خلف عشره أبناء و ترك من المال فلساً واحداً بحيث لو قسم إلى العشره تخرج حصه كل منهم عن المالىه و يكون مورداً لحق الاختصاص فقط هذه هى المقدمه الأولى.

المقدمه الثانى: أنا ذكرنا مراراً عديده أن دليل الضمان لا يدل على أزيد من ضمان الأموال كقاعده الضمان بالإتلاف و نحوها و إذا أتلف أحد مملوك أحد الذى غير متمول فى نظر العرف لا يكون ذلك موجباً للضمان بل

لم يفعل محرماً أيضاً لأن دليل دل على حرمة التصرف في مال امرأ مسلم لا- في ملكه، وهكذا لو أتلّف ما ليس بمملوك لأحد، بل هو متعلق لحق الغير كالميتة المختصه لأحد و نحوها، فإنه لا يوجب الضمان، بل لا دليل على تحريمه أيضاً من حيث التصرف في متعلق حق الغير ما لم يوجب ذلك ازاله حقه.

و نتيجة المقدمتين أنه بناء على المشهور من انتقال التركة إلى الورثة ابتداء على سبيل الافتراض أن إتلاف التركة التي كانت قليلة بحيث مع التقسيم إلى الورثة تخرج عن المآليه كفلس واحد لا- يوجب الضمان لأن حق كل منهم ليس بمال و المجموع و ان كان مالا و لكنه ليس مملوكا لأحد كما هو المفروض، و هذا مما لا يمكن الالتزام به و على هذا فلا بدّ من القول بأن التركة انما تنتقل إلى الورثة من حيث المجموع و يكون الوراث بأجمعهم قائمين مقام الميت فكان الميت مالكا للمال بوحدته و قد ملكتها الورثة بأجمعهم، فمجموع الورثة مالك واحد و شخص واحد قد قاموا مقام الميت فكان كل واحد منهم نصف المالك أو ثلثه أو ربه أو سدسه على حسب استحقاقهم و حصصهم و هذا المعنى حيث كان أمرا دقيقا لا يفهمه نوع العرف، و لذا يعبر في العرف أن كل واحد من الورثة مالك للثلث أو الربع أو السدس أو غير ذلك و من جهة لحاظ الفهم العرفي قد عبّر في الآيه بلحاظ حصتهم و ظاهر الآيه طرف القسيمه فلا- تنافي الآيه بكون انتقال التركة إلى مجموع الورثة و ان كل واحد من الورثة مالكيته بمقدار حصته.

و بعبارة أخرى أن الآيه لا- تنافي مما ذكرناه من كون انتقال الإرث من الميت إلى الوارث انما هو بحسب مجموع من حيث المجموع بأن انتقل مجموع التركة إلى مجموع الورثة بحيث تكون الآيه ظاهره في انتقال التركة إلى الورثة بحسب النسبه ابتداء لتنافي ما ذكرناه فإنه مع القول بما ذكرناه أن استحقاقهم

للإيرث انما بحسب النسبه أى و ان لم يكن الانتقال بحسب النسبه، بل انتقل مجموع التركة إلى مجموع الورثه و لكن لم يبق ذلك الى الأبد، بل إذا أرادوا القسمة فاستحقاقهم بعد الانتقال انما هو بحسب النسبه فحيث أن لحاظ جهه الانتقال معنى دقيق لا يلتفت اليه نوع الناس بأن يفهم كل أحد أن مالكيه كل وارث بحسب نسبه استحقاقه لا- أن كل واحد مالك للسدس أو الربع، مثلاً بل نصف المالك و ربع المالك و سدس المالك و نحو ذلك و لأجل هذه الجهه أعنى عدم التفاوت نوع الناس بذلك يعبر في العرف أن لكل واحد من الورثه المقدار الفلاني، أى يسمى فى مقام البيان و الذكر جهه الاستحقاق التى ثبت عند إرادته القسمة لا عند الانتقال.

و القرآن الكريم أيضا جرى فى التعبير على هذا المعنى العرفى لا أنه ينكر أن كيفية الانتقال ليست على النحو الذى ذكرناه كما هو واضح.

و الحاصل: أن كيفية انتقال التركة إلى الوارث و أن كان على سبيل ما ذكرناه، و لكن فى مقام التعبير عنها عرفا يلاحظ كيفية الاستحقاق و نسبه القسمة لأجل السهولة فى الفهم كما عبر كك فى القرآن أيضا.

و يؤيد ما ذكرناه من كون انتقال التركة إلى الورثه على نحو العموم المجموعى أنه قد يكون ما تركه الميت أمرا بسيطا غير قابل للقسمة كما إذا آجر أحدا لإتيان ركعتين من الصلاه فمات قبل أن يأتى بها الأجير فإنه بناء على كون الانتقال بحسب النسبه و على نحو القسمة ابتداء كيف تكون حال هذا العمل البسيط، فهل يكون بعض الورثه مالكا لركعه و بعضه الآخر مالكا لركعه أخرى أو بعضه مالكا لفاتحه الكتاب و بعضه للسوره و كل ذلك لم يكن فتعين ما ذكرناه، فافهم.

ثم ان هذا الذى ذكرناه جار فى جميع موارد الشركه القهريه و الاختياريه و كك فى بيع نصف المبيع مشاعا فان معنى الشركه واقع فى المال الخارجى

هو هذا.

نعم، يتصور التمليك على نحو الكلى و لكنه خارج عن هذا و على هذا المسلك الذى سلكناه فى إرث المال يتضح الأمر فى إرث الحق أيضا، فإنه إذا كان الانتقال بعنوان المجموع فيما أمكن التبعض و التقسيم حين الانتقال كإرث الأموال فكون الانتقال على نحو العموم المجموعى فيما لم يمكن الانتقال بعنوان التبعض كما فى إرث الحق أولى، فان الحق أمر واحد بسيط غير قابل للتبعض فكيف يمكن التقسيم فيه بحيث ينتقل الى كل ورثه نصف الحق على أن دليل إرث الحق هو دليل ارث المال من النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه هذا إذا كان دليل ارث الخيار هو النبوى و اما إذا استشكلنا فيه كما تقدم و قلنا أن مدركه هو الإجماع و تسالم الفقهاء على ما تقدم فالمتيقن منه هو أن يلتزم بكون انتقال حق الخيار إلى الورثه على نحو العموم المجموعى بأن ينتقل مجموع الخيار الى مجموع الورثه فيكون النتيجة على هذا و على المسلك المتقدم هو ما ذكره المصنف فلا- يكون فسخ كل واحد من الورثه العقد و اعماله الخيار بذلك أو إمضائه ذلك الذى عبر فى الروايات بالرضا فقال عليه السلام و ذلك رضى منه بالعقد فلا يكون ذلك موردا للأثر مع قطع النظر عن اعمال الوارث الآخر الخيار بالفسخ أو الإمضاء.

و إذا لم نقل على مقاله المتقدمه و قلنا فى إرث المال أنه على سبيل التبعض و التقسيم من الابتداء كما هو ظاهر الآيه و مورد تسالم المشهور فح فالأمر فى الحقوق أيضا على نهج ما سبق و لا يمكن الالتزام بانتقال الحق إلى الورثه على حسب النسبه و الاستحقاق و ذلك أما بناء على كون دليل ارث الخيار هو الإجماع فواضح فان المتيقن منه أن ينتقل الى المجموع و تكون الورثه بأجمعهم فى حكم شخص واحد قائم مقام الميت فإنه لم يكن

ص: ٤٢٣

للميت الآ حق واحد بسيط، و لم يتبعض له، فكيف يتبعض للورثة فمقتضى أخذ القدر المتيقن هو ذلك.

و أما على فرض أن يكون الدليل على ذلك هو عموم ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه فمن جهة أنه لا دليل على تبعيض الخيار للورثة بأن ينتقل إليهم بحسب نسبه استحقاقهم لأن الدليل انما دل على أن ما تركه الميت من الحق فلوارثه و من الواضح أن الميت قد ترك خيارا واحدا و حقا بسيطا غير متبعض و ح فكيف يكون لكل وارث بعض ذلك الحق، فلا بدّ و أن يكون هذا الحق الواحد البسيط منتقلا الى المجموع من حيث المجموع.

و بعبارة أخرى ما تركه الميت هو الحق الواحد فلا بدّ في فرض إرث الورثة الحق أن يرثوا هذا الحق الواحد و ما يرثه الوارث من حصص الخيار لم يتركها الميت فلا دليل على ارث الخيار حسب نسبه استحقاق الورثة، بل لا بدّ في فرض الإرث أن يفرض المجموع شخصا واحدا قائما مقام الميت و يكون كل واحد نصف ذى الخيار أو رבעه و هكذا على فرض نسبه استحقاقهم في مقام التقسيم، بل الدليل على عدم ارث الخيار بحسب نسبه الاستحقاق في المال هو أى الدليل على العدم أن الميت لم يكن له اعمال هذا الحق بالنسبه الى بعض اجزاء المبيع دون بعض سواء في الخيارات المجعولة من قبل الشارع أو المجعولة لنفسه فليس له أن يفسخ العقد في خيار الحيوان في بعضه دون بعض و كذا في خيار المجلس و غيره، و قد تقدم ذلك في ثبوت خيار المجلس للأصيل و الوكيل فإذا لم يكن للميت ذلك فكيف يكون لورثته أن يفسخ العقد في بعض المبيع دون بعض على الجملة فاحتمال أن يرث كل ورثه من الميت خيارا بحسب نسبه استحقاقه في المال بحيث يكون مسلطا على فسخ العقد أو إمضائه في بعض دون بعض واضح البطلان.

و من هنا ظهر أنه لا وجه للقول بثبوت الخيار للطبيعي أيضا بل هذا

أسوء من سابقه فان فى السابق كان اقلا لكل ورثه خيار بحسب استحقاؤه المال من التركة و يصدق عليه ان ما تركه الميت من حق فلوارثه و فى هذه الصورة ليس ككك بداهه عدم الدليل عليه بأن يكون الخيار ثابتا لصرف الوجود فإذا سبق أحد الورثه إلى إعماله فسخا أو إمضاء لم يبق للآخر مجال مع أن الدليل كان دلا- على أن ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه لا لطبيعى الوارث ليكون الخيار لمن سبق على أن دليل ارث الخيار هو دليل ارث المال فهل يتوهم أحد كون الإرث ثابتا للطبيعى بحيث كل من سبق إلى أخذ التركة لا يكون لغيره ذلك.

و قد اتضح مما ذكرناه بطلان الاحتمال الثانى المتقدم فى أول المسأله و هو أن يكون لكل منهم خيار مستقل من حيث فسخ العقد دون الإمضاء فإنه لا دليل على ذلك أيضا على أنه إذا كان له خيار من حيث الفسخ فلما ذا ليس له خيار من حيث الإمضاء مع أن الدليل مطلق و كذا لا- دليل على الاحتمال الأول أيضا بأن يكون الخيار لكل واحد من الورثه فسخا و إمضاء على نحو الاستحقاق بحيث لا- يبقى مجال مع اعماله الخيار إلى الورثه الأخرى و ذلك لأن الدليل كان يقتضى أن يكون ما تركه الميت من الحق و المال للوارث بأجمعهم لا لوارث واحد.

و بعبارة أخرى أن الوارث لم يتلق الخيار ابتداء من الشارع ليكون مستقلا فى اعماله، بل يتلقاه من الميت و هو خيار واحد فلا يمكن أن يكون هذا لكل ورثه خيار مستقل إذا سبق إلى إعماله، بل هذا الخيار الواحد ثبت لمجموع الورثه و لم يتوهم ذلك أحد فى إرث المال مع أن الدليل واحد.

و على الجملة أن ملاحظه كيفية الإرث فى المال و اتحاد الدليل على ارث الخيار و المال يقتضى بطلان هذه المتحتملات أجمع فلا دليل على أن يرث كل من سبق إلى اعمال الخيار الحق المذكور و لا يبقى مجال للبقية فما

ذكره المصنف من كون الخيار ثابتا للمجموع بحيث لا يؤثر اعمال واحد منهم الخيار فسخا و إمضاء بدون الآخر واضح البطلان كما لا يخفى.

ثم ان ما ذكرناه من كون انتقال الحق إلى مجموع الورثة كان من حيث القاعده مع أخذ المدرك للإرث في الخيار هو النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه مع العلم الخارجى بأن الحق من جمله ما تركه الميت وقد ذكرنا أن القاعده هو ذلك في تقسيم المال أيضا، و ان كان المال قابلا- للقسمه و الحق غير قابل لها و أما إذا كان المدرك هو الإجماع فالأمر أوضح لأن المتيقن منه أن تكون مجموع الورثه مجتمعين على الفسخ أو الإمضاء و لا يكون لكل واحد حق فسخ العقد و لو فى البعض على نحو الاستقلال، بل مقتضى أخذ القدر المتيقن أن لا ينفذ اعماله الخيار فسخا و إمضاء على نحو الاستقلال حتى فى البعض أيضا كما هو واضح.

ثم انه بعد ما بنى المصنف على أن ارث الخيار على نحو المجموع أى ينتقل الخيار من الميت الى المجموع الورثه ذكر أن هذا جار فى مطلق الحقوق الأ- أن يثبت من الخارج عدم سقوط الحق عن الآخر بعفو بعضه بل يكون هو مستقلا فى الاستيفاء و لا يقيد استيفاء حقه باجتماع الورثه على الاستيفاء بحيث إذا خالف أحدهم و عفى عن حقه لم يكن للآخر الاستيفاء بل مع العفو من أحد يستوفى الآخر حقه غايه الأمر فى مثل حقه القصاص يدفع الى المقتص منه بمقدار حق من عفى عنه، و الظاهر أن هذا الحكم مشهور بين الفقهاء على ما فى المتن و ان احتمله فى الدروس من أن أحد الورثه إذا عفى عن الشفعه كان للآخر الأخذ بكل المبيع و كيف فالكلام فى مدرك الفرق بين هذه الحقوق و بين الخيار حيث انا ذكرنا أن الإرث فى الخيار على نحو المجموع فليس لأحد الورثه أن يعمل خياره مع إسقاط الآخر ذلك بخلافه فى الحقوق المذكوره.



و ذكر المصنف أن وجه الفرق بينهما هو دليل لا ضرر حيث ان منع من له حق القذف من الورثه بإسقاط الوارث الآخر حقه و كك في حق القصاص و الشفعه ضرر على ذى الحق فإنه لو سقطت الشفعه بعفو أحد الشريكين تضرر الآخر بالشركه فيكون دليل نفي الضرر مانعا عن منع غير العافى عن اعمال خياره و كك أن سقوط حق القذف و القصاص بعفو البعض ضرر على غير العافى لأن الحكمه فيها التشفى فإبطالها بعفو أحد الشركاء إضرار على غير العافى و لا شبهه أن قاعده لا ضرر غير موجود فى المقام.

و لكن للنظر فيما ذكره المصنف مجالا واسعا و ذلك من جهه أن عدم سقوط حق القذف عن بعض الورثه بعفو بعض الآخر انما هو من جهه النص الخاص لا من جهه دليل نفي الضرر، و الآ كان ذلك مثل الخيار، فهذا الواحد لا كلام فيه للنص الخاص.

و أما عدم سقوط حق القصاص عن البعض بعفو الآخر فمن جهه ان الوراث الذين فى الطبقة الأولى أو فى الدرجه الأولى يتقدمون على أهل المرتبه الثانيه و الدرجه الثانيه فمع وجود الأولاد لا تصل النوبه إلى أولاد الأولاد أو الى الاخوه مثلا و يكن مع انتفائهم تصل النوبه إلى المرتبه الثانيه و الدرجه الثانيه لا أن أهل الدرجه الثانيه و المرتبه الثانيه يكونون ولى الدم من جهه إرثهم حق القصاص من المورث لأن معنى الولى هو الذى يلى أمر الميت، فالوراث كلهم يلون أمر الميت غايه الأمر كل فى مرتبه و عليه فمقتضى قوله تعالى وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِرِثِيهِ سُلْطَانًا هُوَ أَنْ كُلٌّ مِنْ يَلِي أَمْرَ الْمَيِّتِ وَ لَوْ مِنْ الْوَرَاثِ الواقعين فى المرتبه الثانيه أو فى الدرجه الثانيه فهو ولى الميت فى أخذ حق القصاص من القاتل و عليه فلكل من الورثه أن يقتص من القاتل يكونه ولى الدم و ان عفى الآخر عن حقه غايه الأمر أنه لا بد له أن يعطى من ديه المقتص منه لوارثه المقدر الذى عفى الآخر كما

أنه لا بد له أن يعطى حق الوارث الآخر إذا لم يعف عن حقه و لم يرض بالقصاص أيضا.

و على الجملة أن عدم سقوط حق القصاص بعفو البعض أيضا غريب عن دليل نفى الضرر كما هو واضح.

و أما حق الشفعه فان لم يرد فيه نص على عدم سقوطه بعفو الآخر و لا- دليل آخر يقتضى تلقى الورثه ذلك ابتداء من الله تعالى، و لكن لا- نلتزم فيه بغير ما التزمناه فى حق الخيار، بل نجرى فيه عين ما ذكرناه فى إرث الخيار بان نقول أن الميت إذا كان له حق الشفعه على أحد فمات يقومون الورث بأجمعهم مقامه فى ذلك فلهم جميعا أن يأخذوا و يملكوا حصه الشريك المبيعه بحق الشفعه.

و أما إذا عفى أحدهم عن حقه أو لم يعمل حقه و سكت لا دليل على استقلال البقيه بأعمالهم حقهم و الأخذ بالشفعه لما تقدم من التفصيل فى حق الخيار سواء كان المدرك لإرث حق الشفعه هو النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه مع العلم الخارجى بأن حق الشفعه من جمله ما تركه أو كان الدليل على ذلك هو الإجماع كما تقدم فى الخيار، فافهم.

و أما ما ذكره المصنف من الفرق بين الخيار و الحقوق المذكوره أعنى حق القذف و حق القصاص و حق الشفعه و دعواه أن حديث نفى الضرر هو الفارق بينهما فيرد عليه.

أولا: أن لا ضرر انما هو مسوق لنفى الأحكام الضرريه فى الشريعه المقدسه و ليس مسوقا لدفع ما يوجب عدم جلب المنفعه و من الواضح أن الوارث بإعماله حق الشفعه يجلب المنفعه و هى ضم حصه الشريك المبيعه لحصه نفسه خصوصا إذا كانت الحصه المبيعه مبيعه بقيمه رخيصه و لا شبهه أن عدم ثبوت حق الشفعه له لا يوجب ضررا عليه لما ذكرنا فى قاعده لا ضرر

و فى خيار الغبن أن الضرر انما هو نقص فى المال و الطرف و العرض و ليس هنا نقص بوجه من الوجوه كما هو واضح.

و ثانياً أنه لو كان دليل نفي الضرر جارياً فى المقام و كان موجبا لثبوت الحق للوارث لتملك حصه الشريك المبيعه بالشفعه فلما ذالا- يجريه المصنف عين ذلك فى الخيار أيضا لكن يلتزم بثبوتة للوارث أيضا إذلا- فارق من هذه الجبهه بين الخيار و حق الشفعه خصوصا إذا كان ما باعه الميت بقيمه رخيصه فإنه يقال هنا ان عدم ثبوت الخيار للوارث ضرر عليه كما هو واضح.

و ثالثا: أن حديث نفي الضرر انما ورد فى مقام الامتنان على الأمه و لا يجرى فى الموارد التى كانت على خلاف الامتنان و من الواضح أن جواز أخذ الوارث الحصه المبيعه من الشريك الذى هو المشتري ضرر عليه فلا يمكن الحكم بشمول المقام لذلك نعم أصل جعل حق الشفعه للشريك مبنى على الضرر خصوصا بعد ما ورد فى بعض روايات الشفعه من تطبيق لا ضرر و لا ضرار بذلك، إلا أنه لا بدّ من الاقتصار بمورد التطبيق و أما بالنسبه إلى الوارث فلا نطمئن بذلك فان لاحتمال اختصاص التطبيق بمورده و هو نفس الشفيع مجالا واسعا كما هو واضح.

و على الجملة فلا يمكن التمسك لإثبات حق الشفعه للوارث بدليل لا ضرر إذا فحق الشفعه و الخيار على حدّ سواء فلا بدّ من الالتزام بأن حق الشفعه إذا التزمنا بانتقالها الى الوارث انما ينتقل الى المجموع من حيث المجموع.

على أنه لو التزمنا بثبوتة للوارث أيضا فلما ذا لا يختص كل منها بحصه نفسه بان يفسخ العقد بالمقدار الذى يرث من الحق أى بنسبه حقه الذى وصل اليه من المورث بل التزم المشهور بان الوارث الواحد أيضا يعمل حقه فى تمام المبيع فان هذا لا يقتضيه دليل نفي الضرر كما أنه لو قلنا بثبوت

الخيار لكل واحد من الورثة له أن يعمل خياره بنسبه حقه و أما الأزيد فلا فإذا أراد الفسخ يحلّ العقد فى مقدار حقه كأنه لم يكن من الأول و فى الشفعه أيضا إذا عمل حقه فى مقدار نصيبه و فسخه و جعله كأن لم يكن يدفع به الضرر كما هو واضح.

و لكن هذا الإيراد الأخير واضح الدفع بداهه أن حق الشفعه لا يتعلق بالعقد بحيث يكون مثل الفسخ موجبا لحل العقد و جعله مثل الأول بحيث لم يكن هنا عقد أصلا بل انما يتعلق بالعين و يملكها بالشفعه و أن كل من له حق الشفعه إذا عمل حقه فلا بدّ و أن يعمل ذلك فى مجموع الحصة المبيعه و يملكها بالشفعه و هذا حكم شرعى قد ثبت بالروايات فى الشريعة المقدسه فيكون ذلك مثل الغصب غايه الأمر أنه غصب شرعى لا غصب محرم.

و من هنا ذكر المحقق فى الشرائع الشفعه بعد الغصب لأجل المناسبه بينهما كما لا يخفى و يكون ذلك تخصيصا لدليل التجاره عن تراض بحيث مع عدم رضا المشتري أيضا يفسخ الشفع و لو كان البائع باعه بقيمه رخيصه و عليه فحق الشفعه من هذه الجبهه أجنبيه عن الخيار بالكلية كما هو واضح، فلا- دفع للإشكال المذكور أى دعوى أنه لا- ملزم لإعمال حق الشفعه فى مجموع العقد، بل لا بدّ و أن يعمل فى بعضه المختصّ لنفسه لاندفاع الضرر به.

**قوله: فرع إذا اجتمع الورثه كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم.**

**اشاره**

أقول: إذا بنى جميع الورثه على الفسخ و فسخوا العقد فيقع البحث هنا فى جهات:-

**الجبهه الاولى: فى أنه إذا مات من له الخيار و كان له دين مستغرق**

للتركه فهل يجوز للورثه الفسخ هنا أو لا

و قد تقدم فى إرث الزوجه الخيار و الاشكال فى إرث الخيار فى صورته استغراق الدين التركه من جهه أنه أى

ص: ٤٣٠

ذى الخيار لا- يتمكن من الفسخ فان قانون الفسخ أن يكون الفاسخ مالكا لمن انتقل اليه ليخرجه من ملكه و يتملك فى مقابله المال المنتقل عنه و من الواضح أن الورثه ليست ككك،لما ذكرنا أن المال لا ينتقل إلى الورثه فى صورته استغراق الدين كما هو مقتضى قوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ، و كك هو مقتضى الروايات كما هو واضح،و كك على القول بالانتقال إلى الورثه،أن التركة متعلقه لحق الغرماء فليس لهم التصرف فى متعلق حق الغير.

و مع الإغماض عن ذلك أن الفسخ قد يكون موجبا للمفسده كما إذا كانت التركة قبل فسخ الورثه العقد تساوى ألف دينار و بعد الفسخ تساوى خمس مائه دينار،لترقى قيمه ما أخذه الميت بالمعامله الخياريه فإن الفسخ هنا يوجب المفسده بين الديان،و قد لا- يكون موجبا للمفسده كما إذا كانت التركة تساوى مائه دينار سواء كان قبل الفسخ أم بعده فهل للورثه فى المقام حق الفسخ أو لا- فنقول ان كان مدرك ثبوت الخيار للورثه هو النبوى أعنى قوله (صلى الله عليه و آله) ما تركه الميت فلوارثه فلا إشكال فى جواز الفسخ لهم و ثبوت الخيار لهم كما هو مقتضى الإطلاق بعد إحراز أن حق الخيار مما يصدق عليه التركة و من جملة ما تركه الميت أى بعد إحراز الصغرى من الخارج و لو بالعلم الوجدانى،فإنه فى هذه الصوره يتمسك بإطلاق الدليل اللفظى و يحكم بثبوت الخيار للورثه و ان لم يحصل لهم شىء من ذلك،و ليس للديان المنع من ذلك فإنه لا يجب للورثه حفظ موضوع التركة للديان،بل لهم إعدام موضوعها أو إبقائها كما هو واضح،فان الفسخ يعدم موضوع بقاء التركة بالمقدار الكثير كما أن عدم الفسخ يوجب كثرتها.

و ان قلنا أن مدرك الخيار هو الإجماع فالمتيقن هو صورته عدم وجود الدين المستغرق للميت و مع القول بالجواز هنا أى شمول الإجماع لهذه

الصورة أيضا فالمتيقن هو كون الفسخ مصلحه للديان و مع التنزل فلا أقلا لا بدّ و أن يكون الفسخ و عدمه بالنسبه الى حال الورثه سيان بان لا يكون مصلحه لهم و لا مفسده لهم، كما هو واضح.

### **الجهه الثانيه: أنه إذا كان الفسخ مصلحه للديان فهل يجب الفسخ**

للورثه أو لهم إجبارهم على الفسخ أو ليس لهم ذلك،

و لا- يجب عليهم الفسخ فإنه لا يجب للورثه إيجاد الموضوع للتركه أصلا، فضلا عن إيجاد الموضوع لكونها زياده، بل بناء على ثبوت الخيار لهم بالوراثه فهم مخيرين أيضا في ذلك، أى فى الفسخ و عدمه، كما هو واضح.

### **الجهه الثالثه: فيما يعطى لمن هو طرف العقد مع الميت بعد فسخ**

العقد،

فصور المسأله هنا ثلاثه،

### **الصورة الاولى أن يكون دين الميت**

مستغرقا لتركته و مع ذلك فسخ الورثه العقد

و ح فتاره تكون عين الثمن الذى أخذه الميت من المشتري أو عين المبيع الذى اشتراه من البائع الأجنبي باقيه بعين أموال الميت، و ح فلا- شبهه فى أنه يأخذ المشتري فى الفرض الأول و البائع فى الفرض الثانى عين ماله من أموال الميت، فان قانون الفسخ يقتضى رد كل مال الى صاحبه الاولى، بعد الفسخ، و حيث ان المبيع فى الفرض الأول و الثمن فى الفرض الثانى قد رجع الى ملك الميت و الى محلها الاولى، فلا بدّ و أن يرجع ما يقابلها الى محلها أيضا و المفروض أن فى صوره استغراق الدين لا تنتقل التركه إلى الورثه، بل هى باقيه فى ملك الميت، كما هو ظاهر قوله تعالى **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ** على ما تقدم فلا- بدّ من ردّ عينها الى مالكها الأول، كما هو مقتضى ضمان اليد و ان لم تكن الثمن أو المثلن فى الفرضين المذكورين باقين بل كانا تالفين فان ذلك يكون من جهه الديون أيضا فتضرب التركه عليهم و تقسم بينهم على حسب ديونهم، فان مقتضى ضمان اليد رد العين المضمونه مع البقاء و مع التلف ينتقل الضمان الى البدل، فيكون من جمله الديون فان كانت التركه

وافيه بجميع فهو والآ- يقدم المشتري والبائع في أخذ ما يقابل مالهما على بقيه الديان أو لا فذكر شيخنا الأستاذ أنهما أحق بذلك بعد فسخ العقد ولكن لا نعرف وجهها لذلك، فإن الأحقيه بالنسبه إلى بقيه الديان قد ثبت في موردين، الأول: في العين المرهونه فإنه إذا مات الراهن و لم يفك العين من الرهن و كان عند ديون مستغرقة للتركة فإن المرتهن أولاً بالعين المرهونه من البقيه فيبيع ذلك و يستوفى حقه منها و إذا كانت فيها زياده يردّها إلى التركة و المورد الثاني فيما باع الميت قبل الموت شيئاً كلياً و لم يسلمه قبل الموت حتى مات فإنه يخرج المبيع من تركته قبل الديان و كل ذلك للنص الخاص و لا شبهه أن المورد ليس منها و لا أنه ورد فيه نص خاص فما ذهب إليه شيخنا الأستاذ فاسد جداً.

### **الصورة الثانية: أن لا يكون للميت دين أصلاً و فسخ الوارث العقد**

فان كانت العين المنتقلة إلى الميت بالمعامله الخياريه تالفه كان قيمتها دينا عليه بعد الفسخ، فلا بدّ و أن يخرج من تركته و من الواضح أنه لا فرق في وجوب أداء دين الميت من التركة بين الدين القديم أو الحادث بعد الموت كما عليه الضروره كما أنه يملك بعد الموت أيضاً بلا شبهه لصحة اعتبار الملكيه له كما يصح اعتبار الملكيه للكلى كمساجد و نحوه، إذ الاعتبار خفيف المؤنه فيصح أن يتعلق بالمعدوم كما يصح أن يتعلق بالموجود، فافهم، و الفرض أنه لا دين له فيخرج ذلك منها فيكون ما ينتقل اليه بعد الفسخ من جمله تركته و الوجه في ذلك أى في كون ذلك دينا للميت و كون ما يرد بالفسخ من جمله تركته أن قانون الفسخ كما عرفت هو ردّ كل من الثمن و المثلن الى مالكة الأول و مقتضى اعمال قانون الفسخ هو ما ذكرناه، كما هو واضح.

و ان كانت العين باقيه صريح كلام المصنف، بل التسالم بين الفقهاء أن صاحب الميت أعنى الطرف الآخر للمعامله يأخذ العين بعد الفسخ و يكون ما ينتقل الى الميت بالفسخ من جمله التركة و لكن للمناقشه فيه مجالاً

واسعا كما عرفته سابقا فى إرث الزوجه،الخيار و ذلك لأن التركه بأجمعها مع عدم القرض و الوصيه انتقل إلى الورثه و من جملتها المال المنتقل الى الميت بالمعامله الخياريه و مقتضى قانون الفسخ هو أن ينتقل كل من العوضين الى ملك مالكه الأولى و اذن فالمال الذى انتقل من الميت قبل موته بالمعامله إلى طرف معامله ينتقل الى الميت كما هو مقتضى قانون الفسخ و لا شبهه فى تصوير مالكيه الميت أيضا كما فى صوره مالكيه المسجد،و الجهات العامه و حيث أن مقابله كان فى حكم التلف لخروجه من ملك الميت و دخوله فى ملك الوارث فىكون ذلك من جملة ديون الميت فلا معنى للحكم بأخذ البائع أو المشتري(الذى هو طرف المعامله مع الميت)عين ماله من جملة التركه و على الجملة فلا دليل على أخذ صاحب الميت العين المنتقله إلى الورثه يعد كونها بذلك فى حكم التلف، كما هو واضح.

### **الصوره الثالثه: أن يكون للميت وصيه أو دين و لكن لم يكن دينا مستغرقا**

للتركه، ثم فسخ الوراث العقد،

و ان كانت العين المنتقله إلى الميت تالفه قبل الفسخ، كان مقابلها من جملة الديون لأن مقتضى دليل اليد هو لزوم ردّ العين و مع التعذر ينتقل الضمان إلى القيمه و البديل، و يكون بدله دينا للميت فيخرج من التركه و يكون ما انتقل من البائع مثلا الى الميت من الثمن بالفسخ من جملة التركه.

و ان لم يكن العين تالفه فهل يأخذ طرف الميت فى المعامله عين ما انتقل منه الى الميت أو تنتقل الى البديل أو يلتزم هنا بالأمر المتوسط، الظاهر هو الأخير، فإنه بعد ما مات أحد و كان عنده دين غير مستغرق لا ينتقل جميع أمواله إلى الورثه، بل يبقى بمقدار الدين و الوصيه أيضا لو كانت فى ملك الميت كما هو مقتضى ظاهر الآيه على ما تقدم و اذن فىكون الميت مشتركا مع الوارث فى التركه مشاعا لعدم تعيين حصه كل منهما بعين خاصه، و من الواضح أن من جملة التركه تلك العين المأخوذه من الغير بالبيع فتكون هى أيضا مشتركه بينهم، و عليه فإذا فسخ الوراث العقد فيرجع ما انتقل من الميت البائع مثلا الى ملك الميت كما هو قانون الفسخ فىكون من



جملة التركة و يرّد من العين المبيعه التي هي كانت تحت يد الميت إلى البائع بعد الفسخ بالمقدار الذي في ملك الميت، فيكون البائع شريكا بنسبه مالكيه الميت في العين شركه مشاعيه، و أما بالنسبه إلى بقيه حقه أى البائع فيكون ذلك دينا في ذمه الميت فيخرج من أصل التركة كما تقدم، فافهم و تأمل.

و التكلم في هذه المسأله لا- يتوقف على القول بارث الخيار بداهه أن الكلام هنا متمحض لبيان حال انفساخ معامله الميت بعد موته و هذا تاره يكون بفسخ الوارث التي يتوقف على القول بارث الميت الخيار و أخرى يكون طرف معامله مع الميت من المشتري أو البائع و هذا لا- يتوقف على القول بارث الخيار، كما إذا باع الميت ماله من غيره بمائه دينار و كانت قيمته خمسين دينارا، فإن للمشتري خيار الغبن، فإذا لم يفسخ حتى مات البائع و فسخ المشتري بخيار الغبن، فان بيان هذه المسأله و تنقيح ذلك لا- يتوقف على القول بارث الخيار، و كك إذا ترافعا في الفسخ و عدمه و حكم بالفسخ فإنه يكون أيضا من صغريات هذه المسأله كما هو واضح.

**ثم أن الظاهر أن تنقيح هذه المسأله يقع في ضمن صور ثلاثه التي**

**اشاره**

يترتب الأثر عليها

و أما الصور التي لا يترتب عليه الأثر فهي كثيره و لا يهم التعرض لجميع ذلك.

**الصوره الاولى: أن يكون الدين مستغرقا للتركة**

و قد تقدم أنه قد يكون ما أخذه الميت من الغير من الثمن أو المثلثن تألفا و أخرى يكون باقيا.

و أما في صوره البقاء فلا- ريب أنه بعد انفساخ العقد من ناحيه الورثه أو من ناحيه من هو طرف الميت من المشتري أو البائع يرجع الى ماله الذي كان منتقلا الى الميت و يسترده و ذلك لما عرفت أن قانون الفسخ هو رجوع كل من العوض و المعوض الى ملك من ملكه، و من الواضح أن المفروض أن في صوره استغراق الدين أن التركة لا تنتقل إلى الورثه، و جملتها ما أخذه الميت من طرفه في معامله فحيث كان ذلك باقيا بعينه فيأخذه فإن مقتضى دليل ضمان اليد أن يأخذ المالك عين ماله من الضامن و مع تلفها يأخذ بدلها و المفروض ان عين المال في المقام موجوده.

ص: ٤٣٥

و أما فى صورته تلف العين بان يكون ما انتقل الى الميت تالفا، فيكون ذلك من جملة ديون الميت قسم التركة عليهم بحسب نسبه ديونهم و دعوى أن البائع أو المشتري أو باستيفاء ما انتقل عنه الى الميت من بقيه الديان كما ادعاه شيخنا الأستاذ لا يمكن المساعدة عليه لعدم الدليل عليها كما تقدم.

### الصورة الثانية: أن لا يكون للميت مال أصلا،

و مع ذلك فسخ الوراث أو من باع المال من الميت معامله فإنه ح ينتقل الثمن الى الميت و أما المبيع فحيث كان تالفا فيكون الميت مديونا ببذله و اذن فإن و فى الثمن بقيمه المبيع الذى هو دين على الميت يستوفى البائع الثمن من المبيع فلا كلام و ان كان هنا دين آخر للميت أو كان منحصرا به، و لكن لم يكن الثمن و افا بقيمه المبيع، لكونه أعلى، و قد كان الميت اشتراه بأقل للغبن مثلا و هل يكون الثمن ح دينا على الميت أو يكون من مال الورثة كما أن الإرث لهم و جهان كما فى المتن.

الوجه الأول: ما قواه المصنف فى آخر كلامه من أن الورثة قائمون مقام الميت فى الفسخ برد الثمن أو بدله و تملك المبيع فإذا كان المبيع مردودا على الورثة من حيث انهم قائمون مقام الميت اشتغلت ذممهم بثمنه من حيث انهم كنفس الميت، كما أن معنى إرثهم لحق الشفعة هو أن يملك الورثة الحصة المبيع و يعطون الثمن من كيسهم لا من مال الميت فإذا فسخ الورثة العقد فى صورته عدم وجود المال للميت أو فسخه المشتري الذى هو طرف معامله مع الميت كان الضرر على الورثة أى يعطون الثمن للمشتري من كيسهم كما أن ثمن الحصة المبيعه فى بيع الشريك حقه من كيس الورثة مع أخذهم ذلك بالشفعة.

الوجه الثانى: ان لا- يكون الثمن من مال الورثة فى هذه الصورة أعنى صورته عدم وجود التركة الميت بداهه أن الورثة لهم حق الفسخ فى ذلك و أما لزوم الثمن عليهم فلا، كما إذا كان الخيار للأجنبي أو للوكيل الغائب

عن الموكل، فهل يتوهم أحد لزوم الثمن عليهم مع الفسخ، وأعمالهم الخيار في ذلك العقد الذى لهم الخيار فيه و عليه فإذا فسخوا العقد و حلوه فمقتضى قانون الفسخ دخول المبيع فى ملك الميت و دخول الثمن فى ملك المشتري، و حيث أنه قد تلف الثمن فيكون دينا فى ذمته كما إذا كان له دين آخر مع عدم وجود التركة له و يوفى عنه ديون الميت و على هذا فقد خرج الثمن العين عن ملك المشتري فيكون ذمه الميت مشغوله بالثمن الكلى، فلا- يكون مال الورثة عوضا عن الثمن، إلا- إذا أعطوه برضايتهم كما إذا إعطائه شخص آخر أو أبرأه المشتري و مدرك الوجهين هو أن الفسخ هل هو فسخ العقد الواقع بين البائع و المشتري بحيث أنه يعدمه من الأول بقاء و يجعله كأن لم يكن من حيث البقاء لا من حيث الحدوث أولا، بل هو عقد جديد فيحصل به التبادل الجديد بين العوض و المعوض، فإنه على الأول يكون الفسخ موجبا لرجوع الثمن إلى المشتري و رجوع المبيع إلى البائع كما هو قانون حل العقد و جعله كأن لم يكن و على الثانى فيكون الفسخ عقدا جديدا واقعا بين الورثة و المشتري، فيأخذ الورثة المبيع و يردون عوض المثلن إليهم من مالهم الشخصى، و لكن الظاهر هو الأول فإن معنى الفسخ هو حل العقد من الأول بقاء كأنه لم يكن و على هذا فلا يمكن المساعدة إلى الوجه الأول، بل لا بدّ من اختيار الوجه الثانى، فإنه بعد كون معنى الفسخ هو حل العقد الأول فلا يبقى مجال لاحتمال كونه عقدا جديدا، فافهم. و انه هو الصحيح لما عرفت من انه ليس للورثة إلا حق الفسخ فقط كالأجنبى.

و أما قياس المقام بالشفعة واضح، الفساد للفرق البين بينهما حيث عرفت سابقا أن فى حق الشفعة إنما يملك الشفيع الحصه المبيعه بالشفعة من غير أن يكون له تماس بالعقد من حيث الفسخ و الإمضاء بل من له حق

الشفعة في فرض صحة العقد يملك الحصه المذكوره بالشفعه تملكا جديدا كالباع، غايه الأمر أنه تجاره عن غير تراض الطرف و غصب شرعى و يكون ذلك تخصيصا لدليل التجاره عن تراض و غصبا شرعيا و أى ربط له بفسخ العقد بأعمال الخيار و إرجاع كل من العوض و المعوض الى محلها الأول.

و ما ذكره المصنف من كون الورثه كالميت فى فسخ العقد و يقومون مقامه كأنهم نفس الميت و عليه فلا بد أن يعطوا الثمن من مالهم كما ان الميت إذا كان حيا يعطى ذلك عن ماله لا يمكن المساعدة عليه لعدم الدليل على ذلك غايه الأمر أن الدليل قام على إرث الورثه الخيار، و أما الزيادة فلا، كما لا يخفى، فافهم.

### **الصورة الثالثة: أن يكون للميت مال و لم يكن له دين، أو كان و لم**

يكن مستغرقا للتركة و باع قبل موته متاعا

و كان له الخيار أو لصاحبه، فإنه ينتقل ماله حينئذ إلى الورثه و إذا فسخ الوارث العقد أو فسخه المشتري فبمقتضى قانون الفسخ ينتقل مال المشتري الى الميت أى ينتقل المبيع الى الميت لأنه كان خارجا من ملكه فيكون من التركة.

و أما الثمن فان كان تالفا فيكون بدله دينا على الميت فيخرج من التركة لعدم الفرق فى إخراج دين الميت من التركة بين الدين السابق على الموت و الدين الحادث بعد الموت، فان جميع ذلك يخرج من التركة أو يأخذ المشتري مقابل الثمن من المبيع الذى انتقل الى الميت بعد الفسخ فإنه يدخل فى ملك الميت و المفروض أن الثمن قد تلف فى ملك الميت اما تلفا حقيقيا أو تلفا حكما كنقله الى غيره فى حياته بالمبيع أو بالهبة و نحو ذلك فيكون بدله دينا عليه، و لا ينتقل ذلك المبيع إلى الورثه لمكان الدين على ما اخترناه فى إرث المال من انه إذا كان للميت دين لا ينتقل ماله إلى الورثه بمقدار الدين، و ان كان المبيع وافيا بالثمن الذى يطالبه المشتري

من البائع فهو و الأ يأخذ البقيه من التركة التى ورثتها الوارث لما عرفت من عدم الفارق بين الدين السابق على الموت أو اللاحق به فان جميع ذلك لا بد و ان يخرج من التركة.

و ان كانت العين باقيه و انتقلت التركة إلى الورثة التى من جملتها تلك العين ثم فسخ الوارث أو المشتري العقد و ح كان المبيع الذى اشتراه المشتري من الميت قبل الموت من جملة التركة و هل يكون عين الثمن منتقلا إلى المشتري بالفسخ كما هو قانون الفسخ فإنه يقتضى رجوع كل من العوض و المعوض الى ملك من خرج من ملكه أو لا، بل يكون الثمن من جملة التركة لانتقاله إلى الورثة قبل الفسخ و ان طرأ الفسخ على العقد بعد ذلك فلا بد و أن يكون من جملة ديون الميت فيخرج من التركة التى من جملتها الثمن المذكور لا عن عين الثمن فقط، كما عرفت، ربما يقال بالثانى كما ذكرناه سابقا و بيئا عليه بدعوى انتقال التركة إلى الورثة مع عدم الدين و من الواضح أن الثمن كان ملكا للميت فينتقل إلى الورثة و الفسخ انما نحقق بعد كون الثمن ملكا للورثة فلا معنى لعوده الى الميت بعد فسخ العقد حتى يعود الى ملك المشتري بقانون الفسخ.

و لكن الظاهر هو الاحتمال الأول و أنه إذا فسخ العقد اما بفعل الورثة أو بفعل المشتري يرجع كل من العوض و المعوض الى مالكة الأول مع بقاء العين و لو فى ملك الورثة كما هو قانون الفسخ و لا ينتقض قانونه بانتقال التركة إلى الورثة كما هو واضح.

و السر فى ذلك أن مقتضى أدله الإرث لفظيه كانت أو لبيه ليس أزيد من كون ما يملكه الميت على أى كيفية كان منتقلا إلى الورثة فإن كان يملك أمواله بالملك المطلقه تنتقل تلك الأموال بتلك كيفية إلى الورثة و ان كان مالكا لها بالملك المقيده ينتقل اليه كك فان الدليل دل أن ما تركه الميت

فلوارثه، و من الواضح أن الميت إذا ترك شيئاً في ملكه بالملكه المقيد لا يقتضى دليل الإرث انتقاله إلى الورثه بالملكه المطلقه كما هو واضح.

و عليه فان الميت كان ملكاً للثمن أو المبيع مثلاً- في البيع الذى له الخيار أو للمشتري بالملكه المحدوده بالفسخ لا بالملكه المطلقه لما ذكرنا أن مرجع جعل الخيار فى العقد كالباع مثلاً الى تحديد الملكه بالفسخ بمعنى أن كل من الباع و المشتري مالك للمعوض أو المعوض بالملكه الخاصه المحدوده بالنهايه المعينه و هى الفسخ فإذا مات الباع مثلاً و انتقل ماله الذى من جملة الثمن المأخوذ من المشتري الى الورثه فينتقل ذلك على تلك الكيفيه الخاصه أى بالملكه المحدوده فكما أن ملكيته كانت تزول بإيجاد الغايه و هى الفسخ فى حال حياته و كك تزول ملكيه الورثه بإيجاد تلك الغايه كما هو واضح، و ح فإذا فسخ العقد اما بفعل الورثه أو بفعل المشتري انتقل كل من العوضين الى صاحبه أى ينتقل المبيع الى الميت و من الميت إلى الورثه و ينتقل الثمن من الورثه إلى المشتري لحصول غايه ملكيتهم المغياه من الأول و من حين البيع، بل هذا أمر ارتكازى للمشرع فى باب الإرث و عليه بناء العقلاء، فإنهم حاكمون بأنه إذا انتقل شىء من شخص إلى الورثه لمكان ملكيته له انما ينتقل إليهم على الكيفيه التى كان فى ملكه، بل هذا ضرورى فى بيع الخيارى كما إذا باع أحد من شخص داره بالبيع الخيارى بقيمه رخيصه لاحتياجه الى ثمنه و جعل لنفسه الخيار إلى مده ليفسخ بعد ذلك ثم مات المشتري و هل للورثه ان يملكوا الدار بالملكه المطلقه بدعوى أنها انتقلت إليهم فتكون مملوكه لهم بالملكه المطلقه، بل ليس للورثه أن يخرجوا المبيع من ملكهم فى زمن الخيار للشرط الضمنى على الميت عند العقد فيعلم من ذلك أن ما ينتقل من الميت الى الوارث ليس مملوكاً بأجمعه بالملكه المطلقه بحيث يوجب الانتقال تبدل الكيفيه أيضاً، بل مالكتهم تابعه لملكه الميت خاصه و عامه كما هو واضح.

فتحصل أنه إذا فسخ العقد بفعل الورثة أو بفعل شخص آخر الذى كان له الخيار انتقل مال كل الى مالكة الأول و لو كان منتقل إلى الورثة.

نعم، لو تصرف الورثة فيما انتقل إليه فى غير ما يكون معامله عليه بالبيع الخيارى فإن البيع الخيارى قد تقدم حكمه اما بإتلافه حقيقه أو بما هو فى حكم الإتلاف كتنقله الى غيره ببيع أو هبه أو نحوهما يكون ذلك فى حكم التلف فليس للمشتري مثلا أن يطالب الورثة عين الثمن و لا يفيد ما ذكرناه من كون الملكيه محدوده فى المقام و السرّ فى ذلك بحيث يظهر منه حكم سائر النواقل غير الإرث هو أن الوارث و ان كان يملك الثمن المنتقل اليه من الميت بالملكيه المحدوده بالفسخ كما ان نفس الميت كان كك، إلا أن ما كان محدودا انما هو هذه الملكيه فقط و أما المملوك فهو مطلق و غير مقيد بشىء أى المملوك مملوك لمالكه مطلقا بحيث له ان يفعل فيه ما يشاء و كيف يشاء نظير أن شخص سلطانا لمملكه الى شهر و لكن كون سلطنته مقيده و محدوده بمدته لا يوجب كون نفوذ سلطنته فيمن له السلطنه عليه أيضا محدودا بتلك المده، بل يمكن ان يكون نافذا إلى الأبد إلى مدته أزيد من مدته السلطنه و المثال الواضح لهذا سلطنه رئيس الوزراء فان سلطنه و ان كانت محدوده و لكن مع ذلك ما يفعله نافذ إلى أزيد مدته السلطنه كما هو واضح، و فى المقام أيضا كك حيث ان سلطنه من ملك شيئا بالبيع الذى فيه الخيار و ان كانت محدوده بالفسخ و هو مالك إلى غايه خاصه، و لكن المملوك مملوك له على نحو الإطلاق فإن كون المبيع ملكا له غير مقيد بوقت أصلا و عليه فإذا تصرف فيه فى أثناء سلطنته المحدوده تصرفا متلفا أو فى حكم الإتلاف كتنقله الى غيره يكون ذلك نافذا إلى الأبد و السرّ فى ذلك هو ما ذكرناه أن المحدود انما هو السلطنه و الملكيه دون المملوك و من هذا ظهر الفرق بين الإرث و النواقل الآخر أيضا لأنك قد عرفت أن أدله الإرث لا يقتضى

أزيد مما تقدم من كون الورثة مالكا للتركة على الكيفية التي كان المورث مالكا لها و أما فى النواقل الأخر حيث وقع بالمملوك الغير المقيد بشيء فيكون نافذا إلى الأبد.

نعم، استثنى من ذلك البيع الخيارى فإنه لا يجوز بيع المبيع بهذا البيع فى مده الخيار و ذلك للشرط الضمنى و سيأتى ذلك فى خلال البحث فى أحكام الخيار، فإنه لا بدّ من البقاء المبيع الى تمام زمان الخيار فان انقضى زمان الخيار كان البيع لازما فان فسخ المشتري العقد يأخذ المبيع و يعطى بدل الثمن كما هو واضح، لا يخفى.

ثم ان المصنف (ره) قد ذكر فى آخر كلامه أن المقام يحتاج الى التنقيح أزيد من ذلك، و كتب السيد فى حاشيته أنه لم ينقح المصنف المقام أصلا حتى يحتاج الى تنقيح أزيد كما أن الصورة الثالثة لم أر من يتعرض لها من الفقهاء و قد حققناها بحول الله و قوته، فلاحظ و تأمل.

### قوله: لو كان الخيار لأجنبى و مات فى انتقاله الى وارثه، إلخ.

أقول: إذا كان الخيار للأجنبى و مات فهل يكون خياره للمتعاقدين أو للورثة أو يكون ساقطا وجوه، فاختار المصنف السقوط لأجل الشك فى مدخلية نفس الأجنبى إذا الخيار لم يجعل للأجنبى و لو ارثه، بل للأجنبى و نتكلم فى ثبوت الخيار لو ارثه بأدله الإرث و نحتمل أن يكون لخصوصية الأجنبى دخل فى اختصاص الخيار به.

أقول: أن ما ذكره المصنف (ره) من الحكم بالسقوط بموت الأجنبى متين و لكن لا- من جهة ما ذكره من الوجه بداهه مدخلية الأجنبى فى ثبوت الخيار له فضلا عن الشك فيه فان الخيار ليس دائرته و سيعه بحيث يكون مجعولا للأجنبى و مع عدمه فلوارثه أو للمتعاقدين من الأول قطعا، بل انما جعل الخيار لخصوص الأجنبى و خصوصية الأجنبى دخيل فى الخيار قطعا و لكن



نتكلم فى ثبوته لو ارثه بأدله الإرث بأنه إذا مات الأجنبي فهل ينتقل خياره هذا الى وارثه أم لا و أى ربط لهذا لمدخله خصوصيه كونه للأجنبي فى الخيار كما هو واضح.

و عليه فيمكن أن يرث وارث الأجنبي خياره إذا صدق عليه أنه مما تركه الميت و ح فان كان مدرك ثبوت الخيار و انتقاله من الميت إليهم من جهة الإجماع فلا شبهه أنه دليل لبين، فالمتيقن منه هو صورته كون الورثه لذى الخيار من المتعاقدين، و ان كان مدركه الدليل اللفظى و عموم ما تركه الميت من حق أو مال فهو لو ارثه فقد عرفت الإشكال فى ذلك.

و مع الإغماض ان الظاهر من الحق المتروك أن يكون لجلب المنفعه و لا منفعه للأجنبي فى ذلك، و الا فسخ العقد (و ان كان يمكن منعه بأنه قد يعطى احد مالا له ليفسخ العقد أو إمضاء على أنه منقوض بثبوت الخيار لو ارثه المتعاقدين فى صورته استغراق الدين التركة من المقرر).

ثم ان المحكى عن القواعد أنه لو جعل الخيار لعبد أحدهما فالخيار لمولاه و وجهه المصنف بأنه يحتمل أن يكون ذلك من جهة عدم نفوذ فسخ العبد و إمضائه بدون اذن مولاه، و لكن لا نعرف وجهها صحيحا لما ذكره فى القواعد و لما ذكره المصنف من التوجيه بدهاه أن إرجاع الأمر الى عبد الغير من الوكاله و غير ذلك قد يكون تصرفا فيه و يكون ذلك تصرفا فى ملك مولاه فمثل ذلك لا ينفذ بدون اذن مولاه كما إذا أمر عبد غيره أن يمشى إلى السوق و يشتري له متاعا أو أمره بالخياطة و البنايه و نحو ذلك فان مقتضى قوله تعالى عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ أنه ليس للعبد و لا لغيره أن يتصرفوا فيه بمثل هذه التصرفات.

و قد ورد فى روايه أنه سئل الإمام عليه السلام عن طلاق العبد زوجته فقال الامام عليه السلام: لا، و استدل بقوله تعالى عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ

و ذكر أنه شيء لا يقدر عليه العبد و قد يكون ما يرجع الى عبد الغير من الأمور التي لا يكون تصرفا في سلطنه مولاه، و لا يكون مزاحما لاستيفاء منافعه بوجه من الوجوه كأن يوكله أحد في إجراء عقد من النكاح و غيره فان ذلك أمر لا يزاحم المولا و لا يكون تصرفا في ملكه بدون اذن و لا دليل على عدم نفوذ مثل هذه الافعال من العبد(كما أنه لا يتوهم أحد أن تصور العبد شيئا بدون اذن المولى و اطلاعه حرام و هذا أيضا نظير التصورات القلبية مقرر).

و أما إذا مات هذا العبد الذى جعل له الخيار فقد ظهر مما ذكرناه أنه لا ينتقل الى وارثه، و أما توهم انتقاله الى مولاه بديهي الفساد لعدم كونه وارثا للعبد و كون أموال العبد راجعا الى مولاه ليس من جهة الإرث بل من جهة أن العبد لا يملك، و اما بناء على كون مالكيته فى طول مالكيه المولى لا فى عرضه فيكون أمواله راجعا الى مولاه كما هو واضح.

### **قوله:مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار**

أقول:قد تقدم فى خيارى المجلس و الحيوان أن ما يكون مسقطا للخيار و إمضاء له أمران:- الأول:ما يكون مصداقا للإسقاط بحيث يكون ذى الخيار معتبر الكون العقد لازما و باقيا و يظهره بمرز سواء كان ذلك المبرز هو الفعل أو القول فان ذلك أى إسقاط الخيار كبقية الأمور الإنشائية يحتاج الى الاعتبار أولا، و الى الإظهار ثانيا، بحيث يكون مسقطا له بالحمل الشائع و هذا لا شبهه فيه، و بهذا أشار الإمام عليه السلام فى جملة من الروايات و ذلك رضى بالعقد أى مصداق لإظهار الإسقاط لا أن الروايه تدل على كون التصرف مسقطا للخيار تعبدا، بل يعلل أن كون مسقطا من جهة الرضا بالعقد و قصد ذى الخيار الاسقاط كما هو واضح.

الثانى: أن يكون مسقطا تعبدا و ان لم يكن مصداقا للإسقاط بالحمل الشائع، بل لم يقصد المتصرف سقوطه أو قصد عدمه و لكن التعبد الشرعى أوجب سقوطه بذلك كالتقيل و اللمس و النظر الى ما لا يحل النظر إليه فإن ذلك كله يوجب سقوط الخيار تعبدا أو لم يكن هنا تصرف أصلا فى شىء من العوضين كالتفرق الموجب لسقوط خيار المجلس فإنه يوجب تعبدا كما هو واضح، و قد تقدم ذلك كله و الكلام هنا فى أن ما يوجب سقوط الخيار هل يوجب تحقق الفسخ به أيضا أم لا؟ الظاهر أنه لا شبهه فى أن ما يكون مصداقا لسقوط الخيار فهو مصداق للفسخ أيضا، سواء كان بالقول أو بالفعل أو بغير ذلك، فمن هذه الجبهه لا فارق بينهما، هذا لا شبهه فيه.

و انما الكلام فى أن ما يكون موجبا لإمضاء العقد و سقوط الخيار من التصرف اما لكونه مصداقا للسقوط أو تعبد إذا وقع على ما انتقل إلى ذى الخيار بأن تصرف المشتري فى الحيوان مثلا أو ما اشتراه من المتاع فى مجلس العقد و هل يكون ذلك فسخا تعبدا أو لكونه مصداقا له إذا وقع على ما انتقل عنه بان باع زيد جاريه قبلها يعد التسليم أو نظر الى ما لا يحل النظر إليها أو لا مسها أو لا يوجب الفسخ. فقد ذهب جمع من العلماء الى الثانى و أن الفسخ يتحقق بذلك كما أن الإمضاء كان متحققا بها إذا وقعت على ما انتقل الى المتصرف، أقول: ان كان التصرف فيما انتقل عنه مصداقا للإسقاط فلا شبهه فى كونه موجبا للفسخ و مصداقا له كما كان مصداقا للإمضاء أيضا و ان لم يكن ذلك مصداقا للإسقاط إذا وقع على ما انتقل اليه، بل يكون مسقطا تعبدا كما إذا تصرف بها و لم يكن ذلك بنفسه مصداقا للفسخ و لا أنه قصد كونه مصداقا له فلا يكون موجبا للفسخ إذا وقع على ما انتقل عنه لا من جهه التعبد لكونه ثابتا فى التصرف فيما انتقل اليه، فلا يمكن تسريته الى التصرف الواقع على ما انتقل عنه كما إذا باع جاريه ثم قبلها أو

لا- مسها أو نظر الى ما لا يحل النظر إليها و لا من جهه كونه مصداقا للفسخ لما عرفت أنه لم يكن مصداقا للإمضاء و لسقوط الخيار و إمضاء العقد فلا- يكون مصداقا للفسخ أيضا، كما هو واضح، لأن كلا منها يحتاج الى الاعتبار و الإظهار، فالتصرفات المذكوره غير قابله لذلك.

و على الجملة ان كان التصرف على نحو يكون مصداقا للفسخ بحسب المتفاهم العرفي و ان لم يعلم قصد الفاسخ أو علم قصده بأنه أراد بفعله هذا فسخ العقد لا شبهه في تحقق الفسخ بذلك كما يتحقق به الإمضاء و ان لم يكن كك، بل كان ذلك إمضاء للعقد من جهه التعبد فقط فلا يكون فسحا للعقد قياسا كما هو واضح، فإن تسريه من مورده و هو التصرف فيما انتقل إليه إلى التصرف فيما انتقل عنه هذا كله في مقام الثبوت.

و أما في مقام الإثبات فإذا تحقق الأمور المذكوره من اللمس و النظر و التقييل بأن أوقع الأمور المذكوره فيما انتقل منه فهل تكون ذلك أماره على كون البائع مثلا قاصدا للفسخ أم لا، و الفرق واضح بين المقام و بين ما تقدم في مقام الثبوت، فان الكلام هناك في كونه مصداقا للفسخ مع القصد و عدم كونه مصداقا له مع عدمه و في المقام البحث في كاشف القصد بأنه يكشف عند الظهور أم لا؟ فافهم ذكر المصنف أن الأمر هنا أسهل بناء على أن ذا الخيار إذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفا لا يجوز شرعا إلا من المالك أو ياذنه دل ذلك بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا على اراده انفساخ العقد قبل هذا التصرف و نقل ذلك عن بعض الفقهاء أيضا كالعلامه و غيره.

ثم ذكر أن أصله حمل فعل المسلم على الجائر من باب الظواهر المعبره شرعا كما صرح به جماعه كغيرها من الأمارات الشرعيه فيدل على الفسخ لا من الأصول التعبديه حتى يقال انها لا تثبت لوازمها، و ذكر أن ذلك حقق في الأصول.

أقول: ذكر في الأصول أمران، أحدهما: أن لوازم الأصول ليست بحجة بخلاف لوازم الأمارات فإنها تثبت بها كما تثبت الدلالات المطابقية، و ذكرنا نحن أيضا في البحث المذكور أنه لا-فارق في ذلك بين لوازم الأصول و لوازم الأمارات فإنها في كليها لا تثبت إلا إذا قام الدليل على ثبوتها و حجيه الأمارات بالنسبه إليها كما أنها حجه في الدلالات المطابقية و قد قام بناء العقلاء على ثبوت تلك اللوازم في الأمارات التي كانت من قبيل الألفاظ فإنه كما قام على حجيه الظواهر و اعتبار الدلالات المطابقية بحسب ما يستفاد من ظواهر اللفظ و كك قام على ثبوت لوازمها أيضا و حجيتها بالنسبه إليها و ذلك كالروايات و القرآن و من القبيل الأقارير و الجامع أن كل ما يكون في مقام التكلم و الإفاده و الاستفاده و المرافعات و غيرها من قبيل الألفاظ تثبت فيها ببناء العقلاء لوازمها كما تثبت مدلولاتها المطابقية أيضا كما هو واضح.

و أما إذا لم يكن من هذا القبيل فلا تثبت اللوازم بثبوت الملزوم، و مثلنا لذلك هناك بأنه ورد أنه إذا اشتبهت القبلة يتحرى من اشتبه عليه ذلك فيأخذ ما هو أخرى فإن الظن و ان كان حجه هنا للمتحرى و لكن لا يثبت بذلك لوازمه كالوقت مثلا بأن يثبت بكون القبلة هذا الطرف الخاص المظنون الظهر مثلا، يحكم بان الشمس إذا وصلت الى النقطة الفلانيه يحكم بتحقق الظهر، و مقامنا من هذا القبيل حيث انه على تقدير أن حمل فعل المسلم على الجائر و الصحيح من الأمارات و لكن لا يثبت بها لوازمها لعدم الدليل عليه، ففي المقام غايه ما يستفاد من السيره أو من الروايات كقوله عليه السلام ضع فعل أخيك على أحسنه، و نحو ذلك أن نحمل فعل ذى الخيار الواقع على ما انتقل عنه على الصحيح و أنه لم يفعل محرما و أما أنه فسخ العقد لكونه لازم كون فعله صحيحا لا يثبت بذلك كما هو واضح.

الأمر الثاني: ما ذكره المصنف أيضا و نحن تبعناه من أن الثابت في الشريعة المقدسه انما هو حمل فعل المسلم على أحسنه و على الوجه الصحيح كما إذا صدر فعل من شخص و احتمل كونه حراما أو حلالا فلا بدّ من أن يحمل على الصحيح و على الجائز بأن لا يعامل معه معاملة الفساق من جهة ترتيب أثر الفعل المحرم على ما صدر منه و مثل لذلك بأنه إذا تجاوز شخص عن شخص و تكلم بكلام و احتملنا أنه تسب و احتملنا أنه سلم فان مقتضى حمل فعل المسلم على الصّحة أن يقال أنه لم يصدر منه السب لأن المسلم لا يفعل محرما و لا يباشره، و أما إثبات أنه سلّم بحيث يجب رد جوابه فلا، لعدم الدليل عليه، و هذا الذي ذكره (ره) في قاعده حمل فعل المسلم على الصّحة في الأصول و أنها لا تثبت لوازمها متين جدا، و لا يمكن مساعدته على ما ذكره في المقام كما هو واضح.

و عليه فالمسلم انما هو حمل فعل المتصرّف على الوجه الجائز و أنه لم يفعل حراما إنشاء الله، و أما فسخ العقد لكونه لازم عدم صدور الحرام منه فلا دليل عليه كما هو واضح، هذا كله فيما إذا لم يعلم أن التصرف انما صدر منه عن علم و التفات أو علم أنه تصرف عن غير علم و أما إذا علم أنه تصرف في ذلك غفله عن بيعه ذلك أو نسيانا فإن الأمر هنا أوضح فإنه لم يحتمل أحد بل لا يحتمل أنه فسخ العقد بذلك التصرف كما هو واضح.

فتحصل أن حمل فعل المسلم على الصّحة و ان التصرف لم يكن محرما لا يدل على الفسخ تعبدا لكونه لازما لحمل فعل المسلم على الصّحة الذي من قبيل الامارات فتحصل أن حمل فعل المسلم على الصّحة ليست من الامارات بل من الأصول العمليه فلا تثبت به لوازمه و هو تحقق الفسخ به و على تقدير كونه من الامارات فلا دليل على حجّيه لوازم مطلقا الامارات لفظيه كانت أم غيرها، كما هو واضح.

هذا كله فيما إذا كان التصرف مما يحرم تعلقه بملك الغير كالتصرفات الخارجيه و لذا احتاج الى حمله على الصحه.

و أما إذا لم يكن من التصرفات المحرمة كما إذا لم تكن خارجيه، بل من التصرفات الاعتباريه التي يجوز تعلقها بملك الغير أيضا من غير أن يكون محرمة تكليفا و ان كان نفوذه وضعا يحتاج الى الاذن و ذلك كالبيع و الهبه و العتق و نحوها، فان مثل هذه التصرفات الاعتباريه يصح تعلقها بمال الغير فضوله، فلا يكون محرما.

و دعوى أن الفضوليه لا تجرى في مثل العتق و نحوه من الإيقاعات للإجماع و ان كانت صحيحه إلا أن ذلك لا يدل على تحقق الفسخ لاحتمال الغفله و الاشتباه و الجهل في حق المتصرف و عليه فإذا تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه تصرفا اعتباريا ناقلا كالبيع و الهبه و العتق و نحوها فإنه لا شبهه في أن الظاهر من هذه التصرفات أنها وقعت في ملكه إذ لا بيع إلا في ملك و لا عتق إلا في ملك و لا يجوز هبه مال الغير فيكشف ذلك عن أنه فسخ بنفس هذه التصرفات و ان كان لا بأس بجواز بيع مال الغير فضوله إلا أنه على خلاف ظاهر هذه الافعال، بل لا يقع عتق مال الغير صحيحا للإجماع و للتسالم على عدم جريان الفضولى في الإيقاعات كالعتق و الطلاق، و لكن الكلام في حجيه هذا الظاهر و ان كان هو موجودا فان كل ظاهر ليس بحجه، فإنه كان حجيته بالظن الحاصل من ذلك الظاهر، فان المظنون أن الإنسان إذا باع باع مال نفسه أو عتق مال نفسه و هكذا فلا دليل على حجيته إلا من جهة الغلبه و لا حجه للظن الحاصل منها.

و بعبارة أخرى أن مدرك حجيه هذا الظهور أن كان هو الظن فلا دليل على حجيته و ان كان شىء آخر من الأدله الخاصه فلم نر دليلا خاصا على اعتباره كما هو واضح.

و قياس المقام بحجيه ظواهر الألفاظ قياس مع الفارق بداهه أن الوجه فى حجيه ظواهر الألفاظ هو الوضع بمعنى أن العقلاء تعهدوا على كلما أرادوا شيئاً فلانيا مثلاً- أن يتكلموا بلفظ فلانى و بنوا أيضا على أنه إذا تكلم أحد بكلام له ظاهر فى معناه الموضوع له يؤخذ بظهور كلامه و إلا فلا دليل على حجيه مطلق الظواهر كما هو واضح.

و ربما يقال انه إذا باع ذى الخيار مثلا ما انتقل عنه فيحتمل أنه باع ذلك عن مالكة الفعلى فضوله و يحتمل أنه باعه عن نفسه أصاله و لكن فسخ العقد ببيعه هذا، فالأصل عدم قصده بيع ذلك عن غيره.

و فيه أولا: أن هذا الأصل مثبت لأن فسخ العقد من لوازم عدم قصد البيع عن غيره لا نفسه و الأصل المثبت ليس بحجه.

و ثانيا: أنه لا يعتبر القصد فى بيع مال الغير فضولا كما لا يعتبر ذلك فى بيع مال نفسه، بل يكفى مجرد قصد البيع و إبرازه بمبرز، و قد ذكرنا فى أول البيع أن حقيقه البيع هو هذا.

و عليه فلا- قصد هنا حتى نفيه بالأصل و هذا واضح، نعم يعتبر ذلك فى بيع الكلى كما تقدم فى بيع الكلى بداهه أنه لا يتعين بدون الإضافه إلى ذمه معينه سواء كانت ذمه نفسه البائع أو شخص آخر، و انما يتعين الكلى بالإضافه إلى محل خاص و تقيده بقيد خاص و لكنه أجنبى عن المقام كما هو واضح.

و بالجملة فلا يمكن إثبات كون التصرفات الواقعه على ما انتقل عنه فسخا للعقد لا بمقتضى حمل فعل المسلم على الصحه و لا بظهورها فى الفسخ، و لا بالأصل العملى كما مر، فافهم.

**قوله: مسأله هل الفسخ يحصل بنفس التصرف؟**

**اشاره**

أقول: إذا قلنا بان التصرف يحصل به الفسخ سواء كان خارجيا تكوينيا أو اعتباريا، و هل يحصل به الفسخ قبل وقوعه و تحققه أو بعده أو فى أثناءه

ص: ٤٥٠



وجوه ربما يقال بالأول كما عن التذكرة بدعوى أن الإسلام يسان به المسلم عن القبيح، فلو قلنا بعدم حصول الفسخ قبل التصرف فلا بدّ و أن يقع جزء منه أو تمامه محرماً و هو ينافى حمل فعل المسلم على الصحة و صيانته الإسلام المسلم عن ارتكاب القبيح و اذن فلا بدّ و أن يكون التصرف كاشفاً عن وقوع الفسخ قبله و استدلوا على مرامهم بالروايات الداله على لزوم العقد بالتصرف معللاً بأنه رضى بالعقد، فإنه يكون كاشفاً عنه بعد الوقوع، و حملوا على ذلك كلمات جملة من الأعلام و لا يمكن أن يحصل الفسخ بنفس تلك التصرفات الاعتبارية بداهه أن حصول الملك بالبيع مثلاً يحتاج الى حصول الفسخ، و حصول الفسخ لو توقف بمثل هذه التصرفات لزم الدور.

و فيه أولاً: أنا ذكرنا آنفاً أن التصرف على تقدير كونه موجبا للفسخ انما هو من باب كونه مصداقاً للفسخ لا كاشفاً عنه، فلا معنى لكونه كاشفاً عنه على أنه لو كان الأمر كذلك، فلزمه ان يكون الإراده فسخاً فان ما هو قبل الفسخ هي الإراده و من الواضح أنه ليس بفسخ، بل اراده فسخ كما هو واضح.

و ثانياً: أن لازم ذلك أن لا يحصل الفسخ باللفظ أصلاً فإنه يكون كاشفاً عنه لعدم الفارق بين كون الفسخ باللفظ أو بغيره و هو خلاف الضروره بين الفقهاء فإنهم حكموا بكون الفسخ محققاً باللفظ أيضاً.

و أما الروايات الداله على تحقق الرضا بالتصرف فلا- شهاده فيها على ذلك بداهه أن معنى الرضا هنا عباره عن للإمضاء أى التصرف رضاء بالعقد و إمضاء له ضروره أنه لا- معنى لحمل الرضا الذى هو أمر قلبى على الفعل التكويني الخارجى، فيكون الروايات الداله على حصول الرضا بالتصرف أجنبيه عن القول بحصول الفسخ بعد التصرف لكونه كاشفاً عن الفسخ و بعباره أخرى الرضا له معنيان أحدهما الرضا القلبى و الثانى الرضاء الخارجى، و المراد

منه فى المقام الثانى بمعنى أن التصرف إمضاء للعقد و إنفاذا له و اجازته و رضاه علمى به لا أنه رضاه قلبى و القرينه على كون الثانى مرادا هو عدم صحه حمل الأمر القلبى على الفعل الخارجى كما هو واضح، و يمكن حمل كلمات الفقهاء أيضا على ذلك فان حكمهم بكون التصرف رضاه بالعقد لعله من جهه كون بنائهم على كون التصرف مصداقا للرضا العلمى و للإمضاء و الإجازة.

و من هنا التجأ بعضهم الى كون الفسخ حاصلًا بعد تحقق التصرف فى الخارج و ح فىكون التصرف مصداقا للفسخ.

و لكن ىرد عليه أن لازم ذلك وقوع التصرف الاعتبارى كلها فى ملك الغير فإذا باع فىكون بيعه فى ملك الغير و إذا وهب أو عتق فىكون كل ذلك واقعا فى ملك الغير، فىلزم أن الأمور المذكوره لم تقع فى ملك نفس الإنسان المتصرف.

نعم، لا- بأس به بناء على جواز بيع الإنسان شيئًا ثم ملكه الآ- أنه لا ىجرى فى مثل العتق للإجماع على أنه لا ىجرى الفضولىه فى الإيقاعات كما عرفت، بل ربما يكون التصرف حراما و إذا ترتب عليه الأثر و هو الفسخ، و تملك الفاسخ المال المنتقل عنه كما إذا كانت التصرفات خارجيه كالتقيل و الوطى و اللمس فى الجارىه و غير ذلك من التصرفات التكوينيّه الخارجيه و هذا كله لا يمكن الالتزام به و قد اختار المصنف معنى متوسطا بين كون الفسخ حاصلًا من الأول و قبل التصرف أو بعده.

و قال بما حاصل كلامه: أن المراد بالبيع هو النقل العرفى الحاصل من العقد لا نفس العقد لأن العرف لا يفهمون من لفظ البيع الآ المعنى المأخوذ من العرف فى قولهم بعث و عليه فالفسخ الموجب لملك الفاسخ، المال المنتقل عنه انما ىحصل بأول جزء من التصرف الاعتبارى أو الخارجى

و أما النقل و التملك العرفى،إنما يحصلان بتمام التصرف أى بالبيع و العتق مثلا،و ح يقع البيع أو العتق أو غيرهما من التصرفات القولية عقدا كان أو إيقاعا فى الملك و لا دليل على كون البيع أو العتق و غيرهما من التصرفات القولية واقعا فى الملك بجميع أسبابها و مسيبتها،بل يكفى فى وقوعها فى الملك أن يقع فيها عند تمام السبب أى و يحصل المسبب فى الملك و أما لا بدّ و أن يكون سببه أيضا بجميع اجزائه حتى الجزء الأول فى الملك،فلا دليل عليه كما هو واضح.

ثم التزم بحرمه الجزء الأول تكليفا فى التصرفات الخارجيه كالوطى و التقبيل و نحوهما،و لكن هذا لا ينافى حرمه ذلك حصول الفسخ به وضعا أى لا ينافى حرمه السبب من بعض الجهات صحه حصول المسبب،كما لا يخفى.

ثم قال و بالجمله فما اختاره المحقق و الشهيد الثانى لا يخلو عن قوه و به ترتفع الاشكال عن جواز التصرفات وضعا و تكليفا و كذا لا ندرى أنه كيف يرتفع الاشكال بما ذكره عن جواز التصرفات وضعا و تكليفا مع أنه رحمه الله صرح قبل أسطر بحرمه الجزء الأول من التصرفات الخارجيه و أيضا كيف ظهر من كلامه أن الحق ما ذهب اليه المحقق و الشهيد الثانى مع أنهما ذهبا الى حصول الحل و الفسخ قبل التصرف بالقصد المقارن كما تقدم رأيهما قبل أسطر فى كلامه.

و الحاصل:أن الكلام فى تحقق الفسخ بالتصرف فى ما انتقل عن ذى الخيار الى غيره بأنه هل يحصل الفسخ قبل التصرف و التصرف كاشف عنه أو بعده أو يحصل فى أثناء التصرف وجوه،و قد ذكر غير واحد أنه يحصل قبل الفسخ بدعوى صيانه الإسلام المسلم عن فعل القبيح،فلا بدّ من الالتزام بحصول الفسخ قبل التصرف،لئلا يكون أمثال البيع و العتق و غيرهما من

التصرفات الاعتبارية تصرفاً في ملك الغير، وثلاثاً- يكون مثل الوطى والتقبيل وأمثال ذلك من التصرفات الخارجية محرّمة تكليفاً، ولكن ذكرنا أنه واضح البطلان من جهة أن البيع وغيره من التصرفات الاعتبارية وكك التصرفات الخارجية بنفسها مصداق للفسخ و مبرز له لا أنه كاشف عن تحقق الفسخ قبلها، والأ فلا بدّ و أن يكون الفسخ محققاً بإرادته الفسخ، و من الواضح أن إرادته الفسخ ليس بفسخ على أنه مخالف لكلمات الفقهاء القائلين بأن الفسخ يتحقق بنفس التصرف، و يضاف الى ذلك أن لازم ذلك هو عدم تحقق الفسخ باللفظ أيضاً، بل لا بدّ و أن يكون ذلك كاشفاً عنه لعدم الفرق في ذلك بين اللفظ وغيره، و هو بديهى البطلان، لحكم جمع من الاعلام بأن الفسخ يتحقق باللفظ و كيف كان فهذا الوجه لا يمكن الذهاب اليه، كما هو واضح على أنه ذكر المصنف وغيره بأن الفسخ لا يحصل بالنية و البناء القلبي، بل هي من الأمور الإنشائية فلا بدّ و أن يتحقق بالإظهار بمبرز فبمجرد إرادته الفسخ لا يتحقق الفسخ كما هو واضح.

و قد تقدم الاستدلال على ذلك بروايات لسقوط الخيار بالتصرف كقولهم عليهم السلام و ذلك رضى بالعقد و الجواب عن ذلك فى البيان الأول فراجع و من هنا التجأ بعضهم الى أن الفسخ انما يتحقق بعد التصرف و يكون حاصلًا بعد تماميه السبب.

و فيه أن لازم ذلك أن يكون التصرفات الاعتبارية من البيع و الهبة و العتق واقعه فى ملك الغير و الالتزام بجواز بيع مال الغير ثم تملكه و أن كان متيناً و لكنه لا يتم فى العتق حيث انه وقع التسالم بين الفقهاء بعدم صحه العتق بالإجازة المتعقبه و عدم جريان الفضوليه فيه فلا يمكن رفع الاشكال بهذا الالتزام.

و أما التصرفات الخارجية من الوطى و التقبيل و غير ذلك فتكون محرّمة

تكليفاً والحال أنه وقع التسالم على حصول الفسخ بالتصرفات الاعتبارية والخارجية من غير أن يلزم منه محذور كما هو واضح.

وقد أجاب المصنف عن الاشكال بالالتزام بالأمر المتوسط وحاصله أن التصرفات الوضعية فإنما يحصل الفسخ بها بالجزء الأول ويحصل النقل والانتقال بتماميه السبب غايه الأمر لا يكون تمام السبب في ملك البائع أو المعتق وهذا لا دليل عليه بأن يكون تمام السبب واقعا في ملك البائع وإنما المسلم هو لزوم كون البيع واقعا في ملك والمفروض أنه وقع فيه وبهذا يحمل الأخبار الداله على أنه لا بيع إلا في ملك ولا عتق إلا في ملك فان الظاهر منها أن يكون البيع واقعا في الملك وكذا العتق وأما أن يكون تمام سببها أيضا واقعا في الملك فلا يقتضيه الدليل والسّر في هذا الالتزام هو أن المراد من البيع هو البيع العرفي وهو النقل والانتقال المعبر عنه بمبادله مال بمال ولا شبهه في حصول المبادله والنقل والانتقال هنا بنظر العرف وان كان جزء سبب ذلك واقعا في ملك الغير فان ذلك لا يضرّ بالمسبب الذي يسمى ببيعا أو غيره من المعاملات.

وبعبارة أخرى البيع الحقيقي وواقع البيع عبارته عن المسبب الذي هو البيع العرفي المسمى بالمبادله وهو حاصل في ملك البائع وكذلك العتق وأما السبب فليس بواقع البيع وحقيقته فلا محذور في وقوع جزء منه في ملك الغير.

وأما في التكاليفيات فلم يدفع الاشكال والتزم بكون التصرفات الخارجيه محرمه بالنسبه إلى الجزء الأول نعم ذكر في النتيجة أن الأقوى ما ذكره الشهيد والمحقق الثانيان بالنسبه إلى الجواز التكليفي والوضعي ولكنه لم يبين وجه ذلك ودليله فيبقى الاشكال على حاله كما هو واضح، هذا، محصل كلام المصنف.

و لكنه لا يمكن المساعدة عليه فيما ذكره في الوضعيات أيضا و ذلك لأن ما تقدم من الاشكال على كون التصرف مسقطا قبل العقد جار هنا أيضا، فإن ذلك يرجع الى كون اراده الفسخ مسقطا أو ليس بمسقط بداهه أن الجزء الأول من التصرف بنفسه ليس مصداقا للفسخ حتى يقال انه حصل الفسخ بنفس الجزء الأول و اذن فلا بدّ من الالتزام بكونه كاشفا عن اراده الفسخ و يكون ذلك هو المسقط كما هو واضح، لا يخفى فافهم، على أنه لو حصل الفسخ بالجزء الأول من الفعل لحصل بالجزء الأول من القول أيضا كالتكلم بكلمه بع من دون أن يعقب ببقية الصيغه مع أنه لم يلتزم به أحد على أن لازم ذلك أنه لو ندم بعد إيجاد الجزء الأول من التصرف عن البيع أن يلتزم بالفسخ و يقال انه حصل بمجرد لفظ (بع) و هذا أيضا بدهى البطلان و لم يلتزم به أحد فيما نعلم، بل المصنف أيضا فلا وجه للذهاب الى أن الجزء الأول من التصرف يكون مسقطا كما هو واضح.

## و التحقيق أن يقال انه تاره يقع الكلام في الوضعيات و أخرى في

### أشاره

التكليفيات،

## أما الكلام في الأولى فأیضا يقع في جهتين

الأولى في العقود و الثانيه في الإيقاعات أيضا.

## أما الجهه الاولى في العقود

فلتزم فيها بأن الفسخ انما في الإنشاء و لكن لا- على النحو الذى ذكره المصنف، بل بالإيجاب فقط فإنه بعد ما تم سواء كان بالفعل أو بالقول كان ذلك مصداقا للفسخ و إيجابا للبيع و لم يتحقق البيع به بعد حتى يقال ان الفسخ قد حصل بعد التصرف فيقع في ملك الغير بداهه أن البيع لم يتم بالإيجاب الساذج، بل يتوقف تماميته بتحقق القبول بعده و بالقبول يتحقق تمام البيع فلا يكون البيع بما هو بيع في ملك الغير، بل الإيجاب فقط و من الواضح أنه ليس ببيع، بل كونه بيعا معلق على مجيء القبول و تحققه في الخارج فكأنه قال البائع بعتك على تقدير تحقق القبول

ص: ٤٥٦

من القابل و لا- يضرّ التعليق هنا فان توقف الإيجاب على القبول و تعلقه عليه من طبعى البيع و بقيه العقود فهو فى مثل ذلك ضرورى.

و قد ذكرنا فى أول البيع فى أنه مبادله مال بمال أن مثله لا يضر حيث ذكرنا أن البيع ليس مطلق المبادله، بل المبادله الخاصه أى على تقدير قبول المشتري و كونه تعليقا لا- يضر فإنه طبعى البيع و من الأمور الضرورية فإنه لا يبيع البائع متاعه مطلقا و لو لم يقبل الآخر، بل على تقدير قبول الآخر كما هو واضح، و وقوع الإيجاب فقط فى ملك الغير لا يضر بالبيع لما ذكره المصنف من أن ما يضر بالبيع هو وقوع ذلك فى ملك الغير لا ما هو جزء السبب فإنه لا يزيد من اللفظ كقوله بعتك المتاع الفلانى فلا يقال بمجرد وقوع الإيجاب من اللفظ و غيره فى ملك الغير أن البيع وقع فى ملك الغير ضروره أن البيع عباره عن المسبب و هو بعد لم يتحقق بالإيجاب و كيف يكون واقعا فى ملك الغير و لا دليل أيضا على عدم جواز وقوع السبب فى ملك الغير و الروايات الداله على أنه لا يبيع إلا فى ملك انما هى ناظره الى عدم تحقق البيع (الذى هو المسبب و البيع العرفى الذى هو النقل و الانتقال كما فى المتن) إلا فى ملك لا ما هو جزء السبب أعنى الإيجاب الساذج.

### أما الجهه الثانيه: أعنى الإيقاعات

فالجواب المتقدم و ان لم يكن جاريا هنا و لكن يمكن الجواب عن الاشكال هنا بمثل ما التزم به المشهور فى المعاطاه من كونها مفيده للإباحه أن الملكيه فى مثل أعتق عبدك عنى إنما تحصل آنا ما ثم يعتق العبد و ذلك لا من جهه اقتضاء الدليل العقلى أو العرفى ذلك، بل من جهه الجمع بين الأدله حيث ان مقتضى الروايات أنه لا يبيع إلا فى ملك و أن مقتضى تسلط الناس على أموالهم هو وقوع العتق عن الغير فمقتضى الجمع بينها أن الملكيه إنما تحصل آنا ما بحيث لا يترتب عليها أى آثار فرضتها الآ العتق و قلنا ان الالتزام بذلك الذى سمي بالملكيه

التقديريه ليس مجرد فرض كما ربما يتوهم من التعبير بالملكيه التقديريه بل لها حقيقه و أن الملكيه تحصل حقيقه و واقعا غايه الأمر أن زمانه قليل و ان هذه الملكيه غير قابله لأن يترتب عليه أثر غير العتق فقط.

و مثل هذا الكلام نلتزمه هنا أيضا بأن يقال انه تحصل الملكيه الآنيه الحقيقه التي تسمى بالملكيه التقديريه للمتصرف ثم يعتق.

و بيانه أن الفاسخ إذا تكلم بصيغه العتق فقبل أن تتم الصيغه بأن يبقى منها حرف واحد فقط نلتزم بحصول الملكيه الآنيه بين هذا الحرف الباقي و ما تحقق منها فنحكم بوقوع العتق في الملكيه فإن العتق انما يحصل بعد تماميه الصيغه أجمع بحيث لا يبقى منها حرف واحد لكونها سببا للعتق لا ما هو جزء من الصيغه فإنه جزء السبب فلا يتحقق المسبب الذي هو العتق إلا بتماميه سببه، و قد عرفت أنه لا- محذور في وقوع مقدار من سبب البيع و العتق في ملك الغير لأنه لم يدل دليل على أنه لا بدّ و أن يكون سبب العتق واقعا في ملك، بل انما دل على وقوع المسبب فيه و عدم وقوعه في ملك الغير و هو العتق كما هو واضح.

نعم، عند إيجاد السبب لم يحصل العتق، بل هو متوقف على تمامه فيكون حصول العتق معلقا على حصول الملكيه الآنيه المتوقعه على تحقق الفسخ و قد فرضنا أنه أي الفسخ يحصل بإيجاد السبب الآ الجزء الأخير منه فمن زمان الاشتغال بإيجاد السبب الى زمان تحقق الجزء الأخير منه لا- بدّ و أن يلتزم بالتعليق و لكن مثل هذا لا- يضر بالعقد لكونه تعليقا على الموضوع و التعليق بالموضوع لا يضرّ كما إذا قال بعتك المتاع الفلاني على تقدير كونه موجودا و هذا الجواب يجرى في العقود أيضا إذا منعنا عن وقوع الفسخ بالإيجاب فقط فإنه يلتزم بالملكيه التقديريه في الآن الأخير من زمان تماميه القبول من ناحيه المشتري و من جميع ما ذكرناه ظهر لك أن ما ذكره بعضهم



من لزوم الدور على تقدير الالتزام بحصول الفسخ بالتصرف لا يرجع الى محصل و تقريب الدور هو أن البيع يتوقف على الملكيه أى حصولها للبائع و حصولها للبائع يتوقف على الفسخ و الفرض أن الفسخ لا يحصل إلا بالبيع الذى يتوقف على الملكيه، فلزم الدور المستحيل لا لما ذكره الشهيد(ره) من كون الدور معيًّا إذ لا نفهم أنه ما ذا أراد من كلامه هذا بدهاه أن الدور المعنى انما هى فى المتلازمين الذين معلولان لعله واحده كالبتنين الموضوعتين على هيئه خاصه و لا نعقل هذا المعنى فى المقام فان الدور لو كان فإنما هو توفى لا معنى، و لكن الذى يسهل الخطب أنه لا دور فى المقام، هذا كله فى الوضعيات فقد اتضح أنه لا إشكال فى تحقق الفسخ بذلك.

### **و أما الحال بالنسبه إلى الحكم التكليفى فى التصرفات الخارجيه**

فقد ذكر المصنف أولاً- أنه يحرم التصرف الخارجى فى الجزء الأول تكليفا ثم ذكر و بالجمله فما اختاره المحقق و الشهيد الثانى فى المسأله لا يخلو عن قوه و به ترتفع الاشكال عن جواز التصرفات تكليفا و وضعاً و لم يبين وجه ذلك أقول تاره نقول أن جواز التصرف فى المال هو مترتب على كونه ملكاً له قبل هذا التصرف قبله رتبه، فلو لم تحصل الملكيه للمتصرف بعد و انما تحصل الملكيه بنفس التصرف لا يجوز ذلك و لا يكفى فى الجواز التكليفى إلا أن يترتب التصرف على الملكيه.

و أما لاتحاد الزمانى فلا يكفى فى الجواز التكليفى و ان حصل الفسخ بذلك وضعاً و كك التصرف فى الأمه و هذا نظير أن يقال أن التصرف فى المرأه حرام ما لم تحصل الزوجيه قبل ذلك بان يقال ان الظاهر من قوله تعالى **إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ** أو ما **مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ** أن جواز النظر أو التصرفات الأخر التى لا- تجوز لغير الزوج فى زوجته فى مرتبه متأخره عن الزوجيه و الملك اليمين فلو حصلت الزوجيه أو الملكيه فى زمان واحد فلا يكفى ذلك فى جواز

ذلك التصرف الذى به تحصل الملكيه و الزوجيه، ففى المقام أن الملكيه إنما تحصل بنفس التصرف الخارجى فيتحققان فى زمان واحد و ان كان التصرف متقدما على الملكيه من حيث الرتبه.

و على الجملة قد يقال بأن المستفاد من الآيه الشريفه أن حليه الأمه بحيث يجوز التصرف فيها لا بدّ و ان تكون مترتبه على الملكيه بحيث أن تحرز الملكيه فى الرتبه المتقدمه ثم يجوز التصرف الخارجى فيها و كك فى الأعيان الأخر التى وقعت مبيعه أو ثمنا بأن يقال أن جواز التصرف فيها تكليفا مترتبه على تحقق الملكيه قبل ذلك و الأ فلا يجوز التصرف تكليفا و ان حصلت الملكيه و التصرف فى زمان واحد نظير أن يقال أن جواز التصرف فى المرأه مترتب على تحقق الزوجيه قبل هذه المرتبه و عليه فلا يجوز التصرف التكليفى فى المال المنتقل عنه بحيث يحصل الفسخ و الملكيه بذلك فإذا قلنا بذلك فالحرمة باقيه على حالها و ان حصل الفسخ بالتصرف كما هو واضح.

و كنظير ما ورد أن الماء إذا بلغ قدر كتر لا- ينجسه شىء أن الظاهر هو أن تكون الكريه متحققه قبل تحقق الملاقاه بحيث لو كانت الكريه متحقق حين تحقق الملاقاه يحكم بالنجاسه لأجل ملاقاه النجاسه بما ليس بكتر فان ظاهر قوله عليه السلام الماء إذا بلغ قدر كتر لا ينجسه شىء أن الكريه لا بدّ و ان يتحقق قبل الملاقاه بالنجاسه قبله رتبيه.

و أخرى نقول بأنه يكفى فى جواز التصرف فى الأموال كونها مملوكا للمتصرف و لو كانت الملكيه حين زمان التصرف كما فى حصول طهاره البدن و الغسل بالغسله الأولى فيما إذا كان البدن متنجسا بنجاسه لا يحتاج تطهيرها الى تعدد الغسل فإن الأقوى حصول التطهير و الغسل عن النجاسه أو عن غيرها بهذه الغسله الوحده كما ذكرناه فى حاشيه العروه إلا إذا كانت النجاسه مما يحتاج تطهيرها الى تعدد الغسل فإنه لا

يمكن الالتزام بحصول التطهير و الاغتسال بالغسله الواحد بل تبقى النجاسه بعد على حالها و على هذا فيمكن الالتزام بجواز التصرف لأحد المتعاملين فيما انتقل عنه لكفايه حصول الملكيه فى زمان التصرف فى جواز التصرف تكليفا من غير احتياج الى تحقق الملكيه قبل التصرف رتبه.

و على الجملة فإن قلنا بالاحتمال الأول فلا يمكن دفع الاشكال عن التصرف بالنسبه إلى الجواز التكليفى، بل لا بد من الالتزام بالحرمة التكليفيه و ان قلنا بالثانى فيجوز التصرف تكليفا لكفايه تحقق الملكيه فى زمان الفسخ و التصرف فى الحكم بجواز التصرف تكليفا كما هو واضح.

و الذى ينبغى أن يقال هو أن الظاهر من قوله عليه السلام لا يجوز التصرف فى مال أمرا إلا بطيب نفسه هو أن التصرف الواقع فى ملك الغير بدون اذنه حرام بحيث لم يكن التصرف فى زمان كون الشىء ملكا له و أما إذا كان التصرف فى زمان حصول الملكيه للمتصرف و ان لم يكن فى مرتبه فإنه لا يشمله دليل حرمة التصرف لعدم كونه فى مال الغير، بل انما هو فى مال نفسه.

و بعبارة أخرى أن مقتضى الظاهر من الأدله الداله على حرمة التصرف فى مال الغير هو أن يكون المال مال للغير فى زمان التصرف بأن يكون المال حين اشتغال المتصرف بالتصرف مال للغير و أما لو كان ما تصرف فيه المتصرف مال نفسه فى زمان التصرف، و ان كان مرتبه التصرف قبل مرتبه الملكيه بحيث ان التصرف بحسب الرتبه قد وقع فى مال الغير فلا يشمله دليل حرمة التصرف و الله العالم، و يكون ذلك نظير حصول طهاره البدن و الغسل بغسله واحده فى زمان واحد، كما هو واضح.

نعم، كون التصرف الخارجى جائزا تكليفا فى مثل الأمه متوقف على إثبات أن يكون المراد من قوله تعالى أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ أيضا ظاهره فى كون

حصول الملكية في زمان التصرف كافيًا في الجواز التكليفي و ان كانت رتبة التصرف قبل الملكية.

ثم انه نقل المصنف عن بعض أن الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به قولًا كان أو فعلًا و أجاب عنه بأنه فاسد فان معنى جواز الفسخ لأجل الخيار الجواز الوضعي لا-التكليفي فلا- ينافي تحريم ما يحصل به الفسخ و لكن ظاهر المصنف أنه فكك بين الجواز الوضعي و الجواز التكليفي فكأنه حكم يكون التصرف مع كونه حرامًا تكليفيًا موجبًا لانفساخ العقد وضعًا لعدم الملازمة بينهما الآ- أن هذا و أن كان تمامًا فإنه لا ملازمة بين الأحكام التكليفية و الوضعيه و لكن الأمر في المقام ليس كك حيث أن الشارع قد حكم بجواز الفسخ وضعًا و تكليفيًا و أنه مباح تكليفيًا و لكنه من الأفعال التوليدية فيحصل بالقول تاره و بالفعل أخرى.

و على كل تقدير لا- ملازمة بين جواز الفسخ وضعًا و تكليفيًا الذي حكم الشارع بذلك و بين جواز ما يتولد منه الفسخ من الفعل، بل القول أيضًا فإنه قد يكون الفعل الموجب للفسخ مباحًا، و قد يكون حرامًا كما إذا باع خبزًا بأخذه في شهر رمضان و أكله حيث ان الفعل مع كونه حرامًا لأن الأكل في شهر رمضان حرام و مع ذلك يتحقق به الفسخ، و كذلك القول كما إذا قال فسخت العقد و لكن كان هذا القول في أثناء الصلاة، فإن التكلم في الصلاة حرام، و لكن مع كونه حرامًا يحصل به الفسخ و لعل مراد المصنف هذا يعني لا ملازمة بين جواز الفسخ بان يكون جائزًا وضعًا و تكليفيًا و بين جواز ما يتولد منه ذلك من الفعل أو القول، فإنه ربما يكون حرامًا لا أن يكون مراده هو التفكيك بين الجواز الوضعي و الجواز التكليفي بأن يكون الفسخ جائزًا وضعًا و حرامًا تكليفيًا، فان هذا لا يمكن المساعدة عليه بداهه أن الشارع قد حكم بإباحه الفسخ لذي الخيار، فكيف معه يكون حرامًا في نفسه بما هو فسخ،

نعم يمكن أن يحكم بحرمه سببه بما هو سبب الفسخ، وهذا غير حرمه الفسخ في نفسه مع قطع النظر عن سببه كما هو واضح، فافهم.

### قوله: فرع: لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار.

أقول: عقد العنوان و لو كان في شراء العبد بجاريه و لكنه يجرى في غيرهما أيضا، فالميزان هو اعمال الخيار بالنسبه إلى الفسخ و الإمضاء معا كما هو واضح، إذا اشترى أحد عبدا بجاريه، ثم قال أعتقهما، فهل يكون ذلك اجازة في العبد و فسخا في الجاريه، أو فسخا في الجاريه فقط، و لا يكون اجازة في العبد أو اجازة في الجاريه و لا يكون فسخا في العبد و جوه:

أما الاحتمال الأول: فلا يمكن المساعدة عليه بوجه بداهه أنه لا يعقل اجتماع الإجازة و الفسخ في آن واحد، فإنه يستلزم المناقضه و الخلف و أما الاحتمال الثاني: أعنى حصول الفسخ في الجاريه فقط، و لا يكون اجازة في العبد من جهه دعوى أن الفسخ يتقدم على الإجازة.

و يرد عليه ما ذكره المصنف من أنه لا دليل على تقدم الفسخ على الإجازة، و لم يرد في ذلك آيه و لا روايه، نعم يتقدم الفسخ على الإجازة فيما إذا صدر الفسخ من طرف و الإجازة من طرف آخر، و لكن التقديم هنا ليس من جهه الدليل الخاص، بل لأجل ما يقتضيه القاعده بداهه أن الإجازة انما هي اجازة من قبل المجيز فقط، فلا يكون ذلك اجازة من قبل الطرف الآخر الذى له الخيار فنفرضها البائع و المشتري، و هذا بخلاف الفسخ، فإن أيا من البائع و المشتري فسخ العقد، ينحل و يفسخ فلا يبقى لا إجازة الأخر مجال أصلا و ان جاز قبل فسخ الفاسخ و لكن إذا كان الفسخ و الإجازة من طرف واحد بان يتحققا معا سواء اتحد المجيز و المجاز أو تعدد، فلا وجه لتقديم أحدهما على الآخر، كما إذا أوجد الفسخ و الإمضاء دفعه واحده بأن يقول أعتقهما كما تقدم أو كان للبائع وكيل و قد

جعل الخيار له و لو كيله فأجاز أحدهما العقد و فسخ الآخر فإنه لا دليل فى شىء من هذين الموردين على تقديم الفسخ على الإجازة أو العكس، فان تحققهما معا يستلزم المناقضة بأن يقال بصحة العقد و بطلانه فهو محال و تقديم أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح فيسقط كلاهما، و كذلك الأمر فى المقام حيث ان نفوذ العتق بالنسبة إليهما يستلزم التناقض و ترجيح الفسخ على الآخر أى الإجازة ترجيح بلا مرجح فيسقط كلاهما كما هو واضح، لا يخفى فافهم.

و أما احتمال أن يعتق العبد و تبقى الجارية بدعوى تقديم الإجازة على الفسخ ففيه أنه لا دليل عليه أيضا فإنه يستلزم الترجيح بلا مرجح، كما تقدم، و قد ذكر المصنف (ره) أنه ربما يقال بتقديم الإجازة على الفسخ من جهة إبقاء للعقد و الأصل فيه الاستمرار.

و فيه أولا أن أصله استمرار العقد لا يثبت كون المعتق هو العبد، الأ على القول بالأصل المثبت.

و ثانيا: أن الصادر من ذى الخيار انما هو قوله أعتقهما معا و لا شبهه أن القول بعقد العبد يستلزم القول بعقد الجارية كما أن العكس كذلك و عليه فلا بدّ من الالتزام بما ذكره المصنف من القول بأن الأصل هو استمرار العقد، و مع ذلك لا يحصل الفسخ و لا الإجازة كما هو واضح، لا يخفى.

نعم، لا بدّ و أن يحكم بحصول العتق فى العبد الذى اشتراه بالجارية و بعدم حصول العتق فى الجارية لأن تحقق العتق فى الجارية يتوقف على تحقق الفسخ الذى هو مؤنه زائده بخلاف تحقق العتق فى العبد فإنه ملكك نفسخ فيكون عتقه نافذا لأن الناس مسلطون على أموالهم.

و الحاصل: أن الكلام كان فيما لو اشترى عبدا بجاريه و كان له أى للمشتري خيار فإنه وقع الكلام هنا فى أنه هل يقدم الفسخ على الإجازة أو

تتقدم الإجازة على الفسخ بأن يكون العبد معتقاً دون الجارية أو لا يكون شيئاً منهما معتقاً فإن عتق كليهما غير معقول لكونه مستلزماً لتناقض، وعتق واحد منهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح فيحكم بسقوط كليهما.

وقد ذكر المصنف و شيخنا الأستاذ و بعض المحققين أن المقام خارج عن بحث تقديم الإجازة على الفسخ أو العكس و الوجه فيه أن النزاع في أن الفسخ يتقدم على الإجازة أو العكس إنما هو في مورد يكون الخيار لكل من الطرفين فإنه ح إذا فسخ أحدهما و أجاز الآخر يكون الفسخ هنا متقدماً على الإجازة و لكن هذا ليس من جهة دليل خارجي، بل لأجل اقتضاء القواعد ذلك حيث إن الإجازة إنما هي رضا بالعقد و إمضاء له من قبل نفسه، و هذا بخلاف الفسخ فإنه هدم للعقد من أصله فيتقدم على الإجازة و أما إذا كان الخيار لواحد أو لمتعدد من طرف واحد، فلا دليل على تقدم أحدهما من الآخر، و عليه فيحكم ببقاء العقد على حاله و سقوط العتق من الجانبين أي من العبد و الجارية كليهما.

و لكن يرد عليه ما ذكرناه من أن نفوذ العتق في الجارية يتوقف على الفسخ لترجع إلى ملكها و لو أنا ما ليتحقق العتق لأنه لا عتق إلا في ملك و هذا بخلاف نفوذ العتق و تحققه في العبد، فإنه لا يتوقف على شيء بل ينفذ ابتداءً لكونه ملكاً للمعتق فيصح عتقه لأن الناس مسيطرون على أموالهم و لا يكون العتق متحققاً في الجارية فإنها مال الغير، و لا عتق إلا في ملك فإن كونها ملكاً للمعتق يحتاج إلى الفسخ و الفسخ لم يتحقق بعد لكونه مزاحماً مع الإجازة، و عليه فلا وجه للحكم بسقوط كلا العتقين من جهة عدم الترجيح لأحدهما، فالترجيح بلا مرجح باطل.

نعم، هذا كلام صحيح بالنسبة إلى الإجازة و الفسخ حيث إنه لا ترجيح لأحدهما على الآخر، فيحكم بعدم تحقق شيء منهما و لا منافاه بين تحقق

العتق و القول بصحته، و عدم تحقق الإجازة فإنه لا ملازم بينهما فإنه لا يكون التصرف بالعتق اجازة للعقد، فإنه ربما يكون قصده مع هذا التصرف على الفسخ بعد ذلك فان التصرف انما يكون إجازة إذا كان مصداقا للإجازة و هذا لا يكون إلا مع القصد الا كان التصرف اجازة بالتعبد و سيأتي كما هو واضح.

و بعباره أخرى لم تقع المزاحمة هنا بين عتق العبد و عتق الجارية بل وقعت المزاحمة بين الإجازة و الفسخ فسقوط الإجازة و الفسخ معا لا يستلزم سقوط العتقين كك كما هو واضح، لعدم كون عتق العبد محتاجا إلى شيء هذا كله بالنسبة إلى الحكم الوضعي، و كك الكلام بالنسبة إلى الحكم التكليفي فإنه جائز فيما أخذ المشتري من الغير و غير جائز في ما انتقل عنه إلى غيره مثلا- إذا اشترى فاكهه بخبز فأكلهما معا فان هذا التصرف بالنسبة إلى الفاكهه جائز لكونه تصرفا في مال نفسه، و لا يتوهم احد حرمة و أما بالنسبة إلى الخبز غير جائز، فإنه تصرف في مال الغير فهو غير جائز، إلا باذنه و كك إذا كان التصرف في العبد و الجارية معا تصرفا لا يكون فسخا أو اجازة تعبدا بأن أمرهما معا بالإتيان بالماء أو شيء آخر فإنه جائز بالنسبة إلى العبد دون الجارية، هذا كله إذا كان التصرف بنفسه مصداقا للفسخ و قصد الفاسخ أو المجيز الفسخ أو الإجازة بذلك.

و بعباره أخرى أن الفسخ أو الإجازة من الأمور الإنشائية فيعتبر فيها القصد و الإبراز و ما ذكرناه من الاحكام انما يجرى في صورة القصد بكونه إجازة أو فسخا ليكون التصرف مبرزا لهما و مصداقا لهما خارجا.

و أما إذا كان التصرف من التصرفات التي تكون اجازة تعبدا و بحكم الشارع لا- من جهه كونها إنشاء للإجازة و قاصدا به ذلك، بل يتحقق به الإجازة بحكم الشارع حتى مع عدم القصد بها، بل مع القصد بعدمها فإنه



ح لا شبهه فى كون التصرف إجازة أيضا مضافا الى ما تقدم فى خيار الحيوان و ذلك كالتقريب و اللمس و الوطنى و نحو ذلك من التصرفات التى تكون مسقطه تعبدا كما هو واضح، هذا فيما إذا كان الخيار لخصوص المشتري.

و أما إذا كان الخيار هنا للبائع فقط و مع ذلك أعتقهما المشتري فان عتقه بالنسبة إلى الجارية لا ينفذ أما مع عدم إجازة مالكها فعدم النفوذ قطعى كما هو واضح، و أما مع الإجازة فأیضا لا- يصح لما مر مرارا أن الفصولى لا- يجرى فى العتق لكونه من الإيقاعات، و قد قام الإجماع بعدم صحه الفصولى فى الإيقاعات كما هو واضح.

و أما بالنسبة إلى العبد الذى هو ما له فنفوذ العتق فيه و ضعا متوقف على البحث الآتى من أحكام الخيار و هو أنه هل يجوز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه بما يوجب خروج العين عن ملكه بأنه يتلفه أو يتصرف فيه بما هو فى حكم الإتلاف أم لا يجوز، فان قلنا بالجواز كما هو الحق فلا شبهه فى نفوذ العتق و إلا فلا ينفذ لما سيأتى من أنه متعلق لحق الغير فلا ينفذ التصرف فيه. و أما تصرف البائع فيهما معا فالكلام فيه هو الكلام فيما تقدم من صورته ثبوت الخيار للمشتري فقط و تصرف فيهما معا فلاحظ و تأمل.

و أما إذا كان الخيار ثابتا لهما معا فاعتق المشتري العبد و الجارية معا، فهل هنا أيضا يتقدم الفسخ على الإجازة أو العكس أو يحكم بالسقوط فنقول إذا بيننا فى المسألة الآيه على جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه تصرفا متلفا أو ما هو فى حكم الإتلاف كما خراجه عن ملكه ببيع أو شراء، و ح يجرى فى المقام جميع ما ذكرناه فيما كان الخيار ثابتا لخصوص المشتري و قد ذكرنا هناك أن العتق ينفذ فى العبد فقط دون الجارية و أن نفوذه فى العبد لا يتوقف على شىء لكونه عتقا فى ملكه و الناس مسلطون على أموالهم و أما عتقه فى الجارية لا ينفذ فإنه يحتاج إلى الفسخ و لم يتحقق الفسخ بعد

لكونه مزاحما مع الإجازة كما هو واضح، وهكذا الكلام في طرف البائع لأن كلا منهما ممن له الخيار و يجرى هنا ما ذكره المصنف أيضا كما أشار إليه في المتن و جوابه ما قدمناه. و ان قلنا بأنه لا يجوز لمن عليه الخيار أن يتصرف في المال الذي انتقل اليه لكونه متعلقا لحق الغير، فلا يكون عتق كل من البائع و المشتري العبد و الأمه نافذا كما ينفذ تصرفاتهما الأخرى الناقله و المتلفه و إذا تصرف كل من البائع و المشتري في هذا الفرض فيما انتقل عنه لا فيما انتقل اليه، حتى يتوقف على المسأله الآتية يفسخ العقد قطعا فيكون التصرف فسخا لعدم تزاممه بالإجازة لأن المفروض أن التصرف فيما انتقل اليه لا يجوز لكونه ممن عليه الخيار و اذن فلا تزامم بين الفسخ و الإجازة كما هو واضح.

ثم انك قد عرفت أن المصنف و ان عنوان الكلام في العبد و الجاربه و لكنها من باب المثال، فان البحث يجرى في غيرهما أيضا و الميزان هو أنه هل ينفذ تصرف المشتري في كل من المبيع و الثمن أو لا؟ بل في أحدهما فقط أو لا، ينفذ في شىء منهما، بل يحكم بالسقوط و التفصيل هو ما ذكرناه فافهم.

### قوله مسأله: من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذي الخيار تصرفا

#### إشاره

يمنع من استرداد العين.

أقول: قد وقع الخلاف بين الأعلام أن التصرفات المانعه عن استرداد العين هل هي جائزه وضعاً و تكليفاً لمن عليه الخيار أو غير جائزه قد يقال بالأول، و قد يقال بالثاني، و ربما يفصل بين التصرف عتقا فهو نافذ لكونه بانيه على التغليب و بين غيره فلا ينفذ و فرق بعضهم بين الإتلاف و غيره و جوّز في الثاني دون الأول لكن إذا فسخ العقد يفسخ من أصله، و قيل بالانفساخ من حين الفسخ و جوهه، بل أقوال، و لا بدّ و أن يعلم أن هذا

البحث انما له ثمر و وجه إذا لم نقل بمقاله الشيخ الطوسى من القول بأنه لم تحصل الملكيه لكل من ذى الخيار و من عليه الخيار فى زمن الخيار و انما يحصل ذلك بعد انقضاء مدته الخيار، فإنه على هذا لا يجوز التصرف لمن عليه الخيار لكونه تصرفا فى ملك الغير بدون اذنه فهو حرام.

ثم انه بناء على حصول الملكيه لكل من البائع و المشتري فى زمن الخيار غايه الأمر أن ذى الخيار له حق الرجوع الى ماله بفسخ معامله فإن كانت العين باقيه يرجع الى عينه و الأ فالى مثله، فلا شبهه على هذا المبنى من وجود المقتضى لجواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه و هو الملكيه و لا نعرف وجهاً لمنع المقتضى و انما الوجه فى عدم جواز تصرف من عليه الخيار فى العين المنتقله إليه هو وجود المانع عن التصرف و هو كون العين متعلقه لحق الغير و ح فتصرفه انما يكون تصرفا فى حق الغير فهو غير جائز نظير التصرف فى العين المرهونه مع كونها متعلقه لحق المرتهن و كالتصرف فى المبيع فى البيع الخيارى و كالتصرف فى أموال المفلس فإنها متعلق لحق الغرماء فهو لا يجوز، و كتصرف الورثه فى تركه الميت مع كون الدين مستغرقا للتركة، فإن ذلك تصرف فى حق الغرماء و غير ذلك من الموارد التى يحكم بحرمة التصرف من جهه كونه واقعا على متعلق حق الغير و مقامنا من هذا القبيل حيث ان العين متعلقه لحق الغير فيكون التصرف فيها تصرفا لا فى متعلق حقه، بل موجبا لزوال حقه فهو لا يجوز كما هو واضح لا يخفى.

و أجاب عنه المصنف بان الثابت من خيار الفسخ بعد ملاحظه جواز التفاسخ بعد تلف العينين هى سلطنه ذى الخيار على فسخ العقد بحيث ان الخيار حق تعلق بالعقد لا بالعين، و الأ فحين تلف إحدى العينين أو كلاهما لسقط حق الفسخ و ليس كك، بل يجوز الفسخ مع تلف العينين

و لكن يرجع الى البدل و على هذا فلا مانع من تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل إليه فى العين لكونه مسلطا على ماله.

كان كلامنا فى جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه و قد ذكرنا أن البحث هنا متوقف على القول بحصول الملكيه من الأول فى البيوع الخياريه كما تحصل فى البيوع اللازمه أيضا، غايه الأمر أنها فى البيوع الخياريه ملكيه مترزله فإنه على هذا المنهج يقع البحث فى أنه هل يجوز لمن عليه الخيار أن يتصرف فيما انتقل إليه أم لا؟ و أما على ما سلكه الشيخ الطوسى (ره) من عدم حصول الملك أصلا فى زمان الخيار لكل ممن له الخيار و عليه الخيار فان عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه لا يحتاج الى البحث فإنه تصرف فى مال الغير فهو لا يجوز بدون اذنه، و اذن فالمقتضى لجواز التصرف قاصر من غير احتياج الى وجود المانع و أما على المسلك المعروف فلا- شبهه فى وجود المقتضى لذلك و هو حصول الملكيه من حين العقد و انما الكلام فى وجود المانع.

و الذى قيل فى وجه المنع عن التصرف لمن عليه الخيار فى ما انتقل اليه هو أن العين أى ما انتقل الى من عليه الخيار انما هى متعلقه لحق الغير و هو من له الخيار و من الواضح أنه لا يجوز التصرف فى متعلق حق الغير بدون اذنه كما لا يجوز التصرف فى مال الغير بدون اذنه كما لا يجوز التصرف فى العين المرهونه بدون اذن المرتهن و فى أموال المحجورين عليهم من جهه الفلس بدون اذن الغرماء و فى الأمه المستولده لتعلق حق العتق بها و هكذا و المتحصل أن الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث إرجاعهما بحل العقد الى مالكهما السابق فالحق بالأخره متعلقه بالعين التى انتقلت منه الى صاحبه و اذن فلا يجوز أن

يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق كالتصرف المتلف أو ما هو بحكم الإتلاف.

و أشكل عليه المصنف(ره) بأن الخيار أمر تعلق بالعقد حيث ذكرنا فى أول الخيارات أنه ملك فسخ العقد أو إمضائه لا أنه تعلق بالعين ليكون ذلك متعلقا لحق الغير فلا يجوز التصرف فيه و عليه فالمقتضى لجواز تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل اليه و هو الملكيه موجود و ما ذكر من المانع لا- يصلح للمانعيه فيبقى دليل جواز تصرف الملا-ك فى أموالهم على حاله أعنى النبوى المعروف الناس مسلطون على أموالهم و مما يدل على تعلق حق الفسخ بالعقد دون العين جواز تفاسخ العقد بعد تلف العينين أيضا بديهه أنه لو كانت العين موردا لحق الغير لما جاز التفاسخ بعد تلف العينين كما هو واضح.

و لا- يقاس المقام بحق الرهن الذى تعلق بالعين الموجب لعدم جواز إتلافها فإن العين هنا وثيقه فاتلافها ينافى ذلك، و ثانيا أن النص انما دل على عدم جواز التصرف فيها هذا محصل كلام المصنف فالنتيجه أنه يجوز تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل اليه بلا ريب كما هو واضح.

أقول: ان كان غرض المانعين من كلامهم هذا ما فهم المصنف من كون الخيار و حق الفسخ متعلقا بالعين بحيث يكون العين ابتداء متعلقه لحق الغير فما ذكره المصنف من الجواب عنه متين جدا فان الفسخ يتعلق بالعقد دائما دون العين و لذا يسقط حق الفسخ بتلف احدى العينين أو كليتهما و قد يكون غرضهم من ذلك هو أن الفسخ يتعلق بالعقد بحيث يرتفع به العقد و الاعتبار الذى كان مظهرا فى الخارج و كأنه لم يكن هنا عقد و بقانون هذا الفسخ يرجع كل من العوضين الى ملك مالكة الأول و يفرض العقد الموجود كالعدم و لكن مرجع ذلك بالأخره ليس الأ- كون العين متعلقه لحق الغير بداهه أنه إذا أوجب الفسخ ارتفاع العقد و جعله كالعدم فيكون شأن كل من العوضين شأن أنه لم ينتقل من

مالكه الأول إلى غيره فالعين بالأخره تكون موردا لحق الغير و متعلقا له، فإنه بانهدام العقد و إعدامه يرجع الى تلك العين بمقتضى دليل اليد. نعم مع عدم بقاءه يرجع الى قيمته و لكنه لا يجوز إتلافها اختيارا بعد العلم بأنه ربما يفسخ العقد و يفرض كالعدم و يرجع مالك كل عوض اليه كما هو واضح.

و اذن فلا وجه لما أجاب به المصنف عن كلامهم فإنهم لا يدعون عدم تعلق الفسخ بالعقد، بل يدعون تعلقه به كما هو ظاهر كلامهم الذى ينقله المصنف و لكن حيث انه بعد فسخ العقد يرجع كل من البائع و المشتري الى ماله فبالأخره العين متعلقه لحق من له الخيار فإنه مسلط على فسخ العقد فيحتمل أن يفسخ هو ذلك العقد و يرجع الى ماله فمن الآن أى قبل الفسخ أن تلك العين المنتقله عن له الخيار متعلقه لحقه كما أن العين المرهونه متعلقه لحق الراهن بلحاظ أنه مع عدم إعطاء الراهن حق المرتهن يبيعها المرتهن و يستوفى منها حقه.

و الحاصل أن الفسخ انما يتعلق بالعقد و لكن بعد الفسخ و فرض العقد كالعدم أن المرجوع إلى ذى الخيار هو تلك العين التى كانت عند من عليه الخيار فتكون من الأول متعلقه لحقه فلا يجوز التصرف فيها و لا ينافى ذلك انتقال حق من له الخيار الى بدلها إذا فسخ العقد و وجد العين تالفه عند من عليه الخيار كما هو واضح و على هذا فلا وجه لما أجاب به المصنف عن دليل المانعين.

و الذى ينبغى أن يقال فى جوابهم هو أنه لا شبهه فى كون العين المنتقله الى من عليه الخيار متعلقه لحق من له الخيار، و لكن لا دليل على عدم جواز التصرف فى كل ما يكون هو متعلق حق الغير، فان ذلك ليس من الضروريات حتى لا يحتاج الى دليل، بل انما هو من الأمور النظرية فيحتاج الى دليل فلا يمكن إثباته بلا دليل، فان هذا التصرف انما هو

صدر من اهله لكونه مالكا و وقع فى محله، بل انما ثبت ذلك فى موارد عديده من جهه الدليل الخاص كعدم جواز التصرفات المتلفه فى العين مرهونه، بل مطلق التصرف إلا ياذن المرتهن فان ذلك من جهه النص و كذلك عدم جواز بيع ما تعلق به حق الاستيلاء كالأمه المستولده و كعدم جواز التصرف فى أموال من هو محجور بالفلس لكون أمواله متعلقه لحق الغرماء، و أما فى غير هذه الموارد فلا، فى المقام أيضا لم يرد دليل خاص على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل اليه تصرفا متلفا مع كون التصرف صادرا من اهله و هو المالك و واقعا فى محله، بل انما ذهب المشهور الى ذلك من جهه البرهان المتقدم من حرمة التصرف فى متعلق حق الغير، و الأ- لو كان هنا مدرك آخر من الاخبار و غيرها لوصل إلينا و كان فى مرأى من الناس و مسمع خصوصا من المانعين حيث يذكرونه فى مقام الاستدلال على مقصدهم فيعلم من عدم ذكرهم ذلك و تمسكهم بالدليل المذكور أنه ليس هنا دليل آخر يدل على الحرمة كما هو واضح.

و ما ذكروه من الدليل واضح المنع فان المقام شبيه بكون أموال كل شخص متعلقه لحق الورثه قبل الموت و هل يتوهم أحد أنه لا- يجوز للملا-ك التصرف المتلف فى أموالهم لكونها متعلقه لحق الورثه و لا- يجوز التصرف فى متعلق حق الغير و كذا فى المقام فان العين و ان كانت متعلقه لحق ذى الخيار فى زمن الخيار، بان يفسخ العقد و يرجع إليها فى زمان الخيار و لا دليل على حرمة مثل هذا التصرف كما هو واضح.

نعم، قامت القرينه القطعيه على عدم جواز تصرف من عليه الخيار تصرفا متلفا فى المبيع فى البيع الخيارى فيما إذا اشترط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع فى مده الخيار و لا يوهبه كك، كما إذا باع أحد داره التى تساوى ألف دينار بخمسائه دينار و اشترط على المشتري الخيار إلى سنه فان

جاء بالثمن فهو، و إلا يسقط خياره أو اشترط عليه أن لا يبيعه إلى سنه و لا يوهبها، فان تقليل الثمن فى ذلك لمكان جعل الخيار قرينه قطعيه على عدم جواز التصرف المتلف فى المبيع فى مده الخيار و قد أشرنا الى ذلك فى طى بعض المسائل السابقه قبيل هذا، بل قامت السيره القطعيه الارتكازيه على ذلك، حيث ان من احتاج الى نقد يبيع متاعه الذى مورد احتياجه و لا يريد أن يخرج من ملكه يبيعه بعنوان بيع الخيارى و يجمع بذلك بين دفع احتياجه بثمانه و بين عدم خروج متاعه عن ملكه بقدر الإمكان و إلا لو كان نظره الى إخراجها من ملكه جزما و لازما لباعه من الأول بثمانه كان ضعف الثمن الذى كان فى صورته اشتراط الخيار فيكون هذا المورد أيضا من جهه الموارد التى قام الدليل على عدم جواز التصرف فى متعلق حق الغير فى موارد وجود الخيار و لكن لا يقاس بذلك بقيه الموارد من البيوع الخياريه فإن ما انتقل الى من عليه الخيار و ان كان متعلقه لحق من له الخيار إلا أنه لا دليل على حرمة التصرف فى تلك العين.

ثم ان هنا كلاما بيننا و بين شيخنا الأستاذ فى تصرف من عليه الخيار فى المبيع فى البيع الخيارى من أنه هل يحرم التصرف فى ذلك وضعا و تكليفا أو تكليفا فقط، فبنى شيخنا الأستاذ فى ذلك و أمثاله على أن الممنوع شرعا كالممتنع عقلا فحكم بفساد المعامله بذلك و بهذا بنى فى باب النهى عن المعاملات هل يوجب الفساد أو لا؟ على فساد المعامله المنهى عنها، و ننقل ذلك فى المبحث المذكور قريبا فى بحث الأصول و نورد عليه بأنه لم يرد دليل على أن الممنوع الشرعى كالممنوع العقلى، بل المسلم من المنع الشرعى هو التحريم التكليفى فقط، و عليه فتصرف من عليه الخيار فى البيع الخيارى المشروط فيه الخيار أو عدم البيع و الهبه إلى مده خاصه يكون حراما فقط تكليفا من جهه مخالفه الشرط و أما من حيث الوضع فلا يترتب عليه فساد



المعاملة المشروط فيها هذا الشرط و اذن فإذا فسخ ذى الخيار و وجد العين تالفه أو ما هو فى حكم التلف يرجع الى بدلها من المثل أو قيمه و ان لم تكن العين تالفه يرجع الى نفسها كما هو واضح.

و كيف كان فلا شبهه فى جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من العوض، بل هذا مما قام عليه الإجماع و تسالم الفقهاء فى بعض الموارد كالثمن فى بيع الحيوان، فإنه هل سمعت من أحد يتوقف فى التصرف هذا الثمن تصرفا متلفا بدعوى أنه متعلق لحق الغير و كذا فى الثمن فى البيع الخيارى حتى مع وجود الخيار للمشتري أيضا من خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط فإنه لم يتوهم أحد فى جواز التصرف ح فى الثمن، بل بناء البيع الخيارى على التصرف فى الثمن إذ البائع إنما باع ذلك العين بثمان رخيص مع الخيار مده لاحتياجه الى التصرف فى الثمن كما هو واضح.

و السر فى جميع ذلك هو أن التصرف انما هو صدر من اهله و وقع فى محله، بل تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من الضروريات كما فى خيار الرويه و التأخير و الغبن، فان الغابن أو الذى يؤخر الثمن عن المده المعلومه فى المبيع المؤجل أو عن المده التى رضى البائع بالتأخير فى هذه المده فى بيع النقد و كذا فيما اشترى شيئا برؤيه قديمه ثم ظهرت العين على غير الوصف السابق فان فى جميع ذلك لا- شبهه فى جواز تصرف من عليه الخيار فى المبيع، بل هو أمر ارتكازى ضرورى فلا يحتاج إلى التأمل أصلا.

و توهم أن الخيار فى الموارد المذكوره ليس من الأول، بل من زمان ظهور الغبن أو الرؤيه أو تأخير الثمن عن المده المعينه توهم فاسد بداهه ثبوت الخيار فيها من الأول كما تقدم فى السابق و الوجه فى ذلك هو ما ذكرناه فى مبحث خيار الغبن و الرؤيه و العيب من وجود الشرط الضمنى من المتعاملين من حين المعامله على تساوى العوضين فى المعامله لثلا

يتحقق الغبن و ظهور كل من العوضين على الصفه المرثيه فى خيار الرؤيه و عدم تعيب المبيع فى خيار العيب، و إذا كان هذا الشرط الضمنى موجودا فيثبت من تخلفه الخيار أى خيار تخلف الشرط و حيث ان هذا الشرط موجود من الأول من المتعاملين فيكون الخيار أيضا ثابتا من الأول كما هو واضح.

نعم، زمان ظهور الغبن و تحقق تأخير الثمن و ظهور المبيع على غير الوصف السابق هو زمان ظهور الخيار لا زمان ثبوته كما هو واضح.

نعم، قد يوجد الخيار بعد تحقق العقد بزمان بحيث لم يكن هنا خيار من الأول كما إذا باع شيئا من شخص بثمان مؤجل أو نقد فرضى بتأخيره إلى مده فعرض الحجر لفلس على المشتري فى أثناء المده و صار مفلسا و محجورا بحكم الحاكم و تعلق حق الغرماء فإنه ح يثبت الخيار للبائع من زمان عروض الحجر فيكون مخيرا فى فسخ العقد و أخذ عين ماله لوجود النص الخاص فى المقام و هذا هو الذى ذكرناه سابقا و قلنا ان البائع أولى بالعين المبيعه من بقيه الديان و الغرماء و أما فى غير هذا المورد من الموارد لا نعرف موردا يكون الخيار موجودا بعد زمان من حين تحقق العقد بل هو موجود من الأول لوجود مقتضيه غايه الأمر لم يظهر من حين العقد و انما ظهر بعد مده كما هو واضح، فافهم.

ثم ان هذا كله فيما كان التصرف الصادر ممن عليه الخيار تصافا لازما فقد تحصل أنه لا مانع من تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من العوض وضعا و تكليفا و أنه لا- دليل على المنع عن ذلك و ان كانت العين متعلقه لحق ذى الخيار و أنه لا يزيد على تعلق حق الورثه بأموال الإنسان و لم يتوهم أحد حرمه تصرفه مراعاة لحق الورثه و لا دليل على وجوب إبقاء متعلق حق من له الخيار فيما نحن فيه كما أنه لم يرد دليل على وجوب إبقاء الإرث للورثه كما هو واضح.

**الأول: ان مورد البحث كما عرفت هو تصرف من عليه الخيار فيما انتقل**

اليه تصرفا متلفا للعين أو ما هو في حكم الإلتلاف

مع كون تصرفه في زمن الخيار وقد تقدم الكلام مفسّلا في جوازه و ان منعه جمع من الأكابر و انما الكلام في أن المراد من الخيار الذى يقع التصرف في زمانه هل هو الخيار الفعلى أو يعم الخيار إنشائي أيضا بمعنى أن مورد البحث ما يكون هنا خيار بالفعل أو يعم صورته وجود الخيار بعد ذلك، و ان لم يكن فعليا، و انما يكون سببه فعليا فنقول أن الخيار بحسب ثبوته بالفعل أو بالقوه على ثلاثه أقسام:- الأول: أن يكون ثابتا فعلا- كخيار المجلس و الحيوان و نحوهما فان الخيار في أمثال ذلك موجود بالفعل أى من أول العقد، و إذا تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه كان تصرفه في زمن الخيار فموضوع الخيار في هذا القسم انما هو العقد و ليس فيه تعليق على شىء بوجه فيكون حكمه و هو الخيار أيضا فعليا كما هو واضح.

الثانى: أن يكون الخيار فعليا حتى باعتبار سببه أيضا، بل منشئه كمنسه يكون ثابتا في زمان متأخر عن العقد كالخيار الناشئ من الفلس حيث انه لم يكن في زمان تحقق العقد، بل العقد حينما تحقق انما تحقق لازما و غير خيارى، بل انما نشأ الخيار من كون المشتري مفلسا و غير قادر على أداء الثمن، فإنه ورد النص هنا بكون البائع له الخيار بالنسبه إلى نفس المبيع ان كان باقيا فيكون هذا الخيار ناشئا من فلس المشتري مع كونه قادرا أولا و انما لم يترق الثمن اما لكون البيع مؤجلا أو لعذر في ذلك.

و بعبارة أخرى إذا باع شخص متاعه من عمرو مؤجلا أو نقدا مع رضائه بتأخير الثمن مع كون المشتري غير محجور بالفلس، بل واجدا للمال كثيرا و

قادرا لإعطاء الثمن ثم طراهه الفليس بعد زمان مع بقاء المبيع بعينه فإنه يثبت الخيار للبائع ح بالنسبه إلى إرجاع عين ماله و أنه لا يضرب مع الغرماء، و هذا الخيار سبيه هو الفليس و انما يحصل ذلك و نفس الخيار بعد زمان مضى من زمان العقد.

الثالث: أن يكون منشأ الخيار من زمان العقد و لكن يكون نفس الخيار متأخرا عن العقد بزمان، كما في الخيار الثابت بتخلف الشروط الضمنيه أو الصريحه أى المذكوره فى ضمن العقد حيث ان الخيار ليس بثابت من زمان العقد، و لا يكون فعليا من حينه بحيث لو تصرف من عليه الخيار انما يقع تصرف فى غير زمان الخيار الفعلى قبل ثبوت الخيار كما فى القسم الثانى أيضا كان كك و انما يثبت الخيار بعد التخلف.

و بعبارة أخرى الخيار مجعول من زمان العقد و لكن ظرفه متأخر حيث ان المتبايعين جعلوا خيارا للمشتري عليه عند إيجاد العقد و فى زمان تحققه و لكن مشروطا بتخلف الشرط فيكون ذلك نظير الواجب المشروط.

فهل هذه الأقسام الثلاثه مورد للبحث المذكور و هو جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه و عدم جوازه أو بعضها داخل و بعضها غير دخل، فنقول أما القسم الأول فلا شبهه فى دخوله فى محل النزاع فان الخيار فعلى و محقق عند تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه، فلو تم ما ذكر من وجه المنع من كون التصرف فى متعلق حق الغير فهو لا يجوز لجرى فى المقام فان المصداق الواضح لهذا البحث هو هذا القسم.

و أما القسم الثانى: فهو خارج عن محل الكلام جزما بداهه أنه لا يمكن أن يقال أن تصرف المشتري فى المبيع تصرف فى حق الغير باعتبار أنه يطرأه الفليس بعد ذلك فيثبت الخيار للبائع و تكون العين المبيعه متعلقه لحق البائع مع عدم وجود سبب الخيار و منشئه لا فى زمان العقد و لا فى زمان

التصرف، بل كان البيع لازماً من جميع الجهات و لم يكن فيه خيار حتى بنحو المشروط نظير الواجب المشروط و مع ذلك كيف يمكن أن يكون المبيع متعلقاً لحق الغير حتى يباحث في جواز التصرف فيه و عدمه و عليه فسواء قلنا بجواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه أم لم نقل فهذا القسم خارج عن حريم البحث جزماً كما هو واضح، و إنما المتصرف قد تصرف في ملكه اللانزم من جميع الجهات من غير أن يكون فيه شوب الجواز و صدر ذلك التصرف من أهله و وقع في محله كما هو واضح، لا يخفى فافهم.

و أما القسم الثالث من الخيار فهو مورد البحث و النزاع في أنه داخل في محل الكلام أولاً بحيث إذا قلنا بحرمه تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه كون تصرفه هنا غير جائز قبل فعلية الخيار أو أنه خارج عن مورد البحث بحيث انه مع القول بحرمه تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه لا يمكن القول به هنا ففيه كلام و اشكال، من حيث ان الخيار ليس بفعل عند التصرف لعدم ثبوته في زمان العقد فيكون التصرف جائزاً حتى مع القول بحرمه تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه بداهة أن هذا التصرف لم يكن في زمان الخيار و من حيث ان سبب الخيار كان موجوداً في زمان التصرف فمع تمامية البرهان المتقدم للمانعين فالعين هنا متعلق لحق الغير أيضاً غاية الأمر أن رجوعه أي ذى الخيار في القسم الأول كان على تقدير واحد و هو الفسخ و في هذا القسم على تقديرين أحدهما التخلف الموجب لثبوت الخيار، و الثانى الفسخ في فرض التخلف، و هذا هو الأقوى فإن كون رجوع العين إلى ذى الخيار بتقدير و تقديرين لا- يوجب الفرق بين كون العين متعلقاً لحق ذى الخيار، فيقع التصرف في متعلق حق الغير كما هو واضح فافهم.

### **الفرع الثانى أنه بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل**

إليه تصرفاً متلفاً للعين أو ما هو بحكم الإلتلاف

هل يجوز لمن عليه الخيار

ص: ٤٧٩

أن يتصرفه فيه بما هو المعرض لفوات العين أو لا يجوز ذلك كما لا يجوز التصرف المتلف في العين، فالمعروف هو الأول و لم يظهر من المصنف اختيار أحد الطرفين و جزم شيخنا الأستاذ على العدم، و مثال ذلك و طى الأمة، فإنه معرض لكونها مستولده و الاستيلاء مانع عن الرد و على هذا فيرد الأشكال على المشهور بأنه كيف يمكن الجمع بين الحكم بمانعيه الاستيلاء عن الرد و بين تجويز الوطى الموجب للاستيلاء و من هنا منع بعضهم عن ذلك و لكن تجويز الوطى مع الالتزام بمانعيه الاستيلاء عن الرد بأنه قد يعلم الواطى بعدم حصول الحمل بالوطى لكون الأمة يائسه و ح فلا فرق بين الوطى و التقبيل و غيره من التصرفات الغير المانعه عن الرد و ان قلنا بعدم جواز التصرف المانعه عن الرد من التصرفات الاعتباريه و الخارجيه و عليه فالوطى يلازم الاستيلاء احتمالا أيضا بحيث أن الواطى يحتمل حصول الاستيلاء و مع عدم العلم بذلك فالظاهر أن مراد من يجوز الوطى مع قوله بمانعيه الاستيلاء عن الرد هو أن الواطى لا يعلم بحصول الاستيلاء غايه الأمر أنه يحتمل ذلك فبناء على جريان الاستصحاب فى الأمور الاستقباليه كما هو كك يحكم بعدم حصول الاستيلاء بهذا الوطى و مع الإغماض عن هذا الاستصحاب فيمكن التمسك باستصحاب العدم الأزلئ.

و توضيح ذلك أنا نشك فى أن الوطى مفوت للعين و معرض لها الى التلف أم لا، نستصحب عدم ذلك و مع الغض عن ذلك فنتمسك بأصالة البراءه و الحلّ و نحكم بجواز الوطى لمن عليه الخيار و أن الترمنا بمانعيه الاستيلاء عن الردّ كما هو واضح.

و على هذا فلا وجه لما أفاده شيخنا الأستاذ من تقويه حرمة الوطى بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه.

و حاصل كلامه أن الاستيلاء أمر خارج عن اختيار المكلف فإنه أمر قهر

الحصول بعد تحقق الوطى و عليه فلا- يكون ذلك موردا لتعلق النهى به و انما متعلق النهى هنا هو الأمر الاختيارى من فعل المكلف الذى يكون وسيله للاستيلاء و هو الوطى فيكون الوطى فى نفسه ممنوعا عنه و عليه فنفس الوطى تفويت لحق ذى الخيار لا- فى معرض التفويت و لا- يقاس ذلك بعرض المبيع للبيع لأنه بنفسه ليس تفويتا بل المفوت هو البيع الذى هو أمر اختيارى للمكلف و هذا الوجه الذى ذكره الأستاذ قد يسر عليه فى عدة موارد خصوصا فى الأصول و بنى أن التكاليف قد يتعلق بالمسبب و قد يتعلق بالسبب و وجه الظهور أن مقتضى الاستصحاب هو عدم كونه مفوتا كما تقدم، و مقتضى أصالة البراءة هو جواز الوطى كما يجوز التقييل، فافهم.

### **الفرع الثالث: أنه إذا نقل من عليه الخيار العين الى غيره بعقد جائز**

فهل يفسخ العقد الثانى بفسخ ذى الخيار العقد الأول أو لا يفسخ،

و على تقدير عدم الانفساخ فهل لمن له الخيار إجبار البائع الثانى على فسخ العقد الثانى أو ليس له ذلك.

أقول: أما بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه فلا شبهه فى عدم جواز تصرفه فى ذلك سواء كان بالتصرف الخارجى أو الاعتبارى و سواء كان التصرف الاعتبارى من التصرفات اللازمه أو الجائزه كما هو واضح و قد تقدم الكلام فى ذلك.

و أما بناء على الجواز تصرف فان نقل من عليه الخيار العين الى غيره بعقد لازم فلا شبهه فى أن فسخ من له الخيار العقد لا يكون فسخا للعقد الثانى و لا أن له إجباره برد العين من المشتري الثانى فإن تصرف البائع الثانى تصرف صدر من أهله و وقع فى محله فإنه و ان كانت ملكيته محدوده إلا أن العين كان مملوكا له مطلقا لا مقيدا بزمان. و ان كان النقل بعقد جائز و فسخ البائع الأول الذى هو ذو الخيار العقد فهل يكون فسخه فسخا للعقد

الثانى أيضا أو لا؟ الظاهر أنه لا يكون فسخا بداهه أن المشتري الثانى لم يتلق البيع من البائع الأول حتى يكون البائع الأول مسلطا على فسخ العقد الثانى كما ذكره المصنف و لا أن سلطنه البائع الثانى من فروع سلطنه البائع الأول و فى طولها ليكون مسلطا على فسخ العقد الثانى من هذه الجبهه بل انما يتلقى المشتري الثانى البيع من البائع الثانى الذى كان مالكا للعين و قد نقلها اليه فيكون نافذا لكون الناس مسلطون على أموالهم، ثم هل لذى الخيار إجبار البائع الثانى على فسخ العقد الثانى بعد فسخه العقد الأول أو لا ذكر بعضهم و منهم السيد فى حاشيته أن له ذلك فان قانون الفسخ رجوع كل من العوضين الى مالكة الأول فإذا كان مقتضى قانون الفسخ هو ذلك فيكون من عليه الخيار ضامنا بالعين ابتداء ضمانا معاوضيا فان تمكن من أداء العين فلا بد له ذلك و الآ فيكون منتقل الى المثل أو القيمه و حيث ان البائع الثانى الذى هو من عليه الخيار متمكن عن رد العين إلى البائع الأول بفسخه العقد الثانى فلا بد له أن يفسخ هذا العقد الثانى و يرجع العين الى مالكة الأول و هو ذى الخيار كما فى ضمان الحيلولة.

أقول: تاره نقول أن سلطنه ذى الخيار لم تنقطع عن العين و اخرى نقول بانقطاعها عنها و انما يكون مالكا لها بالفسخ أى ترفع اليد عن العقد بالفسخ و ترجع العين الى ملك ذى الخيار من غير أن تكون سلطنه مستمره فى ذلك، فعلى الوجه الأول فلا شبهه فى أن له أن يجبر الثانى على إرجاع العين اليه كما فى موارد البديل الحيلولة و لكن لم يتوهم أحد أن سلطنه البائع الأول لم تنقطع عن العين كما هو واضح.

و أما الثانى كما هو كك فالظاهر أنه ليس لذى الخيار بعد فسخه العقد أن يجبر البائع الثانى و هو من عليه الخيار على فسخ العقد الثانى بداهه أن مقتضى قانون السلطنه انما هو رجوع كل من العوضين الى مالكة



الأول على تقدير بقاء كل منهما فى سلطنه من انتقل إليه بأنه إذا فرض العقد ح كالعدم بواسطة الفسخ يرجع كل من العوضين الى مالكة الأول كأنه لم يقع هنا عقد و أما إذا لم يكن باقيا فى ملك من انتقل اليه فقهرًا ينتقل العوض الى البدل فبقانون الفسخ يكون البائع الثانى مشغول الذمه ببديل العين من المثل أو القيمة و لا دليل على إجبار البائع الأول البائع الثانى على إرجاع العين بفسخ العقد الثانى.

و بعبارة أخرى أن العقد إذا انفسخ فيرجع كل عوض الى مالكة الأول كأن العقد لم يقع فيخرج كل من العوضين عن سلطنه من انتقل اليه و يدخل فى ملك من انتقل عنه.

و أما إذا لم يكن هنا سلطنه لأحد الطرفين على العين لخروجها عن ملكه و لو لعقد الجائر فقهرًا ينتقل الى البدل كما هو واضح.

و توهم أن الذمه ابتداء تشتغل بالعين كما هو مقتضى الضمان الخارجى بحسب اليد المضمنه و إذا لم يمكن من أداء العين تنتقل العين الى البدل و من الواضح أن أداء العين هنا ممكن بفسخ العقد الثانى توهم فاسد بداهه أن هذا غير الضمان الخارجى فإن الذمه هناك مشغوله بالعين ابتداء بخلاف المقام فان مقتضى قانون الفسخ رجوع كل من العوضين الى مالكة الأول بفرض العقد كأن لم يكن و لكن إذا فسخ العقد و لم تكن العين موجوده عند من انتقل إليه فإن مقتضى قانون الفسخ هنا ليس إلا إرجاع المالكه السابقه لكل من المتبايعين فحيث لم تكن العين موجوده فلا بدّ من أن تكون موجوده فى متعلق آخر كالبدل.

و بعبارة أخرى أن ذمه من نقل العين الى غيره لا تكون مشغوله ابتداء الا بالبدل لأن مقتضى قانون الفسخ ليس إلا إرجاع ملكيه الفاسخ بفسخ العقد فان كانت العين باقيه فترجع السلطنه فى ضمنها و الآ فى ضمن بدلها

لا أن الذمه تكون مشغوله بالعين ابتداء ثم مع التعذر تنتقل الى البدل فان العقد انما انفسخ في زمان لم تكن العين موجوده في ذمه من عليه الخيار حتى تكون ذمته مشغوله بها، بل كانت منتقله إلى الغير فلا ترجع بقانون الفسخ إلا الملكيه فقط في ضمن البدل و عليه فلا وجه لدعوى أن البائع في البيع الثاني متمكن من فسخ العقد لفرض كونه جائزا فما دام متمكن من إرجاع العين لا تنتقل الى العوض لما عرفت أن الذمه أصلا لا تشتغل بالعين، بل حينما تشتغل تشتغل بالبدل، فافهم.

لا يقال ان معنى الخيار هو تحديد الملكيه المنشئه ففي المقام أن الملكيه المنشئه لمن عليه الخيار انما هي محدوده بالفسخ و هو قد نقل العين الى غيره بالعقد الجائز بحيث له فسخه أى العقد الثاني، فيكون المنشأ هنا أيضا ملكيه محدوده ففي الحقيقه قد بقى هنا حصه من الملكيه في اختياره بان فسخ البائع الأول العقد الأول فله أن يرجع الى هذه الملكيه الباقيه أى لحصته بعد الفسخ فيجبره بذلك أى البائع الثاني بفسخ العقد الثاني فإنه يقال انما يرجع الى هذه السلطنه مع بقاء العين، و الفرض أنه منتقل الى غيره و ح لا يرجع بالفسخ إلا مطلق السلطنه فتكون متعلقه بالبدل على أن مقتضى ما ذكر هو انفساخ العقد الثاني بفسخ العقد الأول و قد عرفت ان المشتري الثاني لم يتلق البيع من البائع الأول، فلا معنى لانفساخ العقد بفسخ البائع الأول العقد الأول.

و بعبارة أخرى و ان كان مقتضى قانون الفسخ هو فرض العقد الأول كأن لم يكن بحيث يرجع كل من العوضين الى مالكة، و لكن إذا كانت العين تالفه كان مقتضى قانون الفسخ هو فرض العقد كالعدم، إلا أنه يارجع الملكيه السابقه متعلقه بالبدل و أما إرجاع السلطنه السابقه المتعلقه بالعين مع كون العين منتقله إلى الغير، فلا فإن السلطنه المتعلقه بالعين لا ترجع

الأ مع كون العين موجوده كما هو واضح.

## فرعان

### قوله الثانى: أنه هل يجوز اجاره العين فى زمان الخيار بدون إذن

#### ذى الخيار

فيه وجهان:- أقول:تحقيق هذه المسأله فى أنه إذا آجر من عليه الخيار العين المستأجره من غيره،فهل تبطل الإجاره بفسخ ذى الخيار لكون الإجاره بعد ذلك واقعه فى ملك الغير،أى بقاء و ان كانت واقعه فى ملك الموجر حدوثا أو لا يبطل لأنها واقعه فى ملك المؤجر الذى كان مالكا بالعين مطلقا و ان كانت ملكيته محدوده.

فذهب المحقق القمى إلى بطلان الإجاره بفسخ البيع بخيار رد مثل الثمن و علله بأنه يعلم بفسخ البيع أن المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ و أن الإجاره كانت مترزله و مراعاه بالنسبه فسخ البيع و ذهب المصنف إلى الصحه فغايه الأمر يأخذ ذى الخيار ممن عليه الخيار مثل منفعه العين أى أجره مثل فى المده الباقية.

و حاصل ما ذكره فى وجه ذلك أن من عليه الخيار انما ملك العين ملكيه مستعده للدوام من غير أن تقييد ملكيه بقيد و من نماء هذه الملكيه المطلقه المنفعه الدائمه فإذا استوفاهما المشتري بالإجاره فلا وجه لرجوع تلك المنفعه إلى الفاسخ و انما تعود العين اليه مسلوب المنفعه فى مده الإجاره كما إذا باع العين فى زمن الخيار فإنه لا- شبهه فى نفوذ البيع و كما إذا تفاسخ البائع و المشتري فإنه لم يحتمل أحد ببطلان الإجاره بالتفاسخ مع أنه لا فرق بين الفسخ و التفاسخ.

ثم ذكر الفارق بين المقام و اجاره العين الموقوفه للأولاد فإنه إذا آجرها البطن الأول إلى مده معينه فتبطل الإجاره بعد انقراضه و لا تنتقل العين الموقوفه إلى البطن الثانى الا مسلوبه المنفعه.

و حاصل ما ذكره من الفارق هو أن البطون المتأخره إنما يتلقون الوقف من المالك الأول لا البطن الأول فمالكيتهم أى البطون المتأخره للانتفاع من الوقف من شئون ملك الواقف دون البطن الأول و اذن فليس للبطن الأول أن يتصرف فى العين الموقوفه إلا بمقدار حقه فان حقه محدودا بموته و ليس له أن يوجر العين إلى خمسمائه سنه و يأخذ أجرتها فتبقى العين مسلوبه المنفعه بالنسبه إلى البطون المتأخره لعدم سلطنه على هذا المقدار من التصرف فى العين كما هو واضح.

و على الجملة فلب مرام المصنف أن من عليه الخيار انما ملك العين على نحو الإطلاق و ان كان لدى الخيار إرجاع ذلك الى ملكه و لكن قبل أن يرجعها الى ملكه فلمن عليه الخيار أن يتصرف فيها كيف يشاء بإعدام العين أو إعدام منافعها الى وقت خاص و هذا واضح جدا.

و لكن مضافا الى بعد ذلك فى نفسه و مخالفته للارتكاز حيث انه من البعيد أن يقال أن المشتري مثلا بمجرد أن اشترى شيئا مع البيع الخيارى إن أجر ذلك الى خمسين سنه أو أزيد فإذا فسخ ذى الخيار العقد فيقول أن العين كانت مملوكه لى و قد أجرتها للغير فأنت مستحق للعين مسلوبه المنفعه فإن ذلك خلاف الضروره قطعاً، فافهم.

و لكن هذا المطلب يتوقف على ما ذكرناه من معنى الخيار و حاصله أن معنى جعل الخيار فى العين ليس إلا- إنشاء الملكيه المحدوده بالفسخ بحيث تكون غايتها حاصله بالفسخ و تنتهى مدته لا- أن الفسخ رافع للملكيه و انما نقول بكونه رافعا لها بالمسامحه و المساهله و الأقفى الحقيقه أن المنشأ ليس أزيد من الملكيه الخاصه المحدوده و من الواضح أن الأمور المحدوده ينتهى أمدها بحصول الغايه كالصوم المغيبى بدخول الليل و جواز الأكل فى شهر رمضان المغيبى بدخول الفجر و إذا كانت الملكيه على

العين محدوده بالفسخ و بالتبع تكون الملكيه على المنافع أيضا مقيده بالفسخ تابعه للعين، و الملكيه عليها مترتبه على ملكيه العين فلا يعقل أن يكون ملكه للمنافع مطلقه و لكن ملكه للعين مقيده بالفسخ و عليه فإذا فسخ ذى الخيار العقد تنفسخ الإجاره أيضا لتمايمه أمد ملك من عليه الخيار أعنى موجر العين لغيره بالفسخ و حصول غايته بذلك، نعم المملوك و ان كان مملوكا لمن عليه الخيار مطلقا بحيث له أن يتصرف فيه كيف يشاء و ان كانت ملكيته لها مقيده بالفسخ كالسلطنه الموقت و الوزاره الموقته و غيرها من المناصب و الموقه و كرئيس الجمهور فى مده أربع سنوات مثلا- فإنه و ان كانت سلطنتهم موقته و لكن التصرفات الواقعه فى زمان هذه السلطنه الموقته يمكن ان تكون مطلقه، فإنهم مالكون للتصرف فى الأمور فى هذه المده على نحو الإطلاق و كذلك فى المقام حيث ان الملكيه و ان كانت مقيده بالفسخ مغيا به و لكن المملوك فى مده هذه السلطنه مملوكه مطلقه و عليه فينفذ فيه جميع التصرفات من الإتلاف حقيقه أو حكما كالنقل الى غيره ببيع و نحوه و لكن مع ذلك كله فإذا آجر العين من غيره فلا تكون الإجاره نافذه لما بعد الفسخ أيضا.

و السرّ فى ذلك أن العين فى فرض الإجاره لم تخرج من ملك الموجه بل انما ملك المنفعه للمستأجر فإذا فرضنا أن ملكيته للعين مقيده بالفسخ بمعنى أن العين إذا بقيت فى ملكه فملكته لها مقيده بالفسخ فتكون المنافع أيضا كك، و لسنا نقول ان ملكيه المنفعه لا تنفك عن ملكيه العين حتى يقال انه قد يبيع الإنسان العين مسلوبه المنفعه كما إذا آجرها لشخص ثم باعها من شخص آخر، بل نقول انه إذا ملك الإنسان العين بالملكيه المحدوده فلا يعقل أن يملك المنفعه بالملكيه المطلقه لأن الملكيه الثانيه مترتبه على الاولى كما هو واضح.

و على هذا فالوقف و ما ذكرناه شىء واحد و لا فارق بينهما أصلا فما

ذكره المصنف من الفارق ممنوع و من هنا لا وجه للقول بأنه كما يمكن لمن عليه الخيار أن يملك العين لشخص آخر ملكيه مطلقه في زمان الخيار كالبيع ونحوه، و لم يكن البيع باطلا بالفسخ، بل ينتقل العوض الى البدل فكذلك الحال في المنفعه أيضا و ذلك من جهه أن العين لمكان كونها من قبيل الجواهر لا- يتقيد بالزمان كما ذكره أهل المعقول فأن الزمان لا يكون مقدرًا للجواهر فلا- يقال دار اليوم و دار الغدو أن أحدهما غير الآخر و لكن المنافع تقدر بذلك لكونها من قبيل الأعراض و عليه فيمكن تمليك المنفعه بمقدار خاص من الزمان و لكن لا يمكن ذلك في تمليك العين بأن يملكها لشخص زمانا خاصا و عليه فلا- يمكن تمليك العين للغير مقيده بزمان و أما المنافع فلمكان كونها من قبيل الأعراض فيمكن أن تقدر بالزمان و ح فحيث كانت ملكيه المنافع يتبع ملكيه العين و المفروض أنها باقيه في ملك من عليه الخيار فإذا فسخ ذو الخيار العقد فيرجع الى العين فبتبع ذلك يرجع الى المنفعه أيضا لما عرفت أن تمليك المنفعه في زمان ممكن، نعم إذا ملك العين من شخص ببيع و نحوه و لا يمكن الرجوع إليها بعد الفسخ لما عرفت أن الملكيه العين لا تقطع بالزمان لكون العين من الجواهر، و الجواهر لا يقيد بالزمان كما ذكر أهل المعقول فافهم.

و ما ذكره المصنف من قياس المقام بالتفاسخ قياس مع الفارق بداهه أن معنى الفسخ هل هو حل العقد السابق و حصول أمد الملكيه الحاصله بالعقد و ليس هنا ملكيه جديده حاصله بالعقد و هذا بخلاف التفاسخ فإن الملكيه الحاصله به ملكيه جديده و حاصله بالمرضاه الجديده كما هو واضح.

و عليه فيكون اجاره العين للغير قبل التفاسخ نظير بيع العين المستأجره

فتكون منتقله إلى المشتري مسلوبه المنفعه و هذا بخلاف المقام فإن الملكيه ليست جديده كما عرفت فما ذكره المحقق القمى هو متين جدا و لعل غرضه هو ما ذكرناه من ذهابه الى كون الملكيه مقيده بالفسخ و ان لم يصرح به.

لا يقال انه لو آجر من عليه الخيار العين المنتقله إليه ثم فسخ ذى الخيار العقد لا تبطل الإجاره لعدم كون الملكيه على هذا مقيده بالفسخ فإنه يقال ان ملكيته لما انتقل إليه تابعه لملكيه ما انتقل عنه فإذا كانت الملكيه هناك مقيده فتكون هنا أيضا مقيده و عليه فإذا قلنا ببطلان الإجاره هناك فنقول ببطلانها هنا أيضا.

(أقول: قد أوردت على الأستاذ بهذا الاشكال و أجاب عنه بهذا الجواب و لكنه أيضا لا يتم فإن الملكيه فى هذا الطرف أيضا لو كانت مقيده لما أوجب زياده القيمه فى ناحيه من عليه الخيار و نقصانه فى ناحيه من له الخيار، فافهم).

لا- يقال أن الملكيه فى البيع الخيارى إذا كانت مقيده بالفسخ فيما ذا انتقل هذه الملكيه اعنى الحصه الباقية الى من عليه الخيار بالإجاره.

فإنه يقال انها تنتقل اليه بالفسخ مجانا و ليس بيعا ثانيا حتى يورد عليه بعدم ترتب آثار البيع عليه و ليس له الرجوع إليها ثانيا كما هو الحال فى الهبه المجانيه فإن الرجوع انما يكون إذا كانت الهبه متعلقه بالعين لا بنفس الملكيه.

و دعوى أنه لا معنى لإسقاط الملكيه لعدم شمول دليل السلطنه عليه مدفوعه بأن الإسقاط بدليل أدله إسقاط الخيار كقوله عليه السلام الله، و ذلك رضى منه بالبيع لا بدليل السلطنه ليورد بعدم شموله على رفع اليد عن السلطنه كما هو واضح، و ان شئت فقل ان معنى الخيار هو كون المنشأ هو الملكيه المحدوده بالفسخ على تقدير عدم إمضاء ذى الخيار ذلك، فح لا

نحتاج بذلك الطريق الاعوجاج من نقول أن دائره المنشأ مضيقه من الأول بعدم الإضاء لا أنه مضيق مع قطع النظر عنه حتى يرد الاشكال المذكور.

قوله: ثم انه لا إشكال في نفوذ التصرف بإذن ذى الخيار.

أقول: ذكر المصنف أنه إذا أذن من له الخيار لمن عليه الخيار في إجاره العين يسقط خياره بذلك لدلاله العرف على ذلك و منع بذلك عما ذهب اليه المحقق الأردبيلي من منع دلالة الاذن على سقوط الخيار ثم أبدل ذلك بأنه لا يكون الاذن في البيع أقل من التقييل الموجب لسقوط الخيار و كذلك أيده بروايه السكوني من كون العرض على البيع موجبا لسقوط و التزاما بالعقد فالإذن لا يقل عنه.

أقول: هذا المسأله أيضا متوقفه على ما ذكرناه في معنى الخيار فإنه إذا كان معنى الخيار هو تحديد الملكيه و أن ملكيه المنفعه تابعه لملكيه العين كما عرفت فتكون ملكيه المنفعه أيضا محدوده بالفسخ بالتبع فلا محال يكون الاذن موجبا بسقوط الخيار و ذلك إذ ليست ملكيه من عليه الخيار للعين مطلقه حتى لا تبقى خيار لذى الخيار بداهه أنه إذا آجر من عليه الخيار العين باذن من له الخيار إلى مدته و غير مقيده بالفسخ فقهرًا تكون الإجاره بالنسبه إلى الزائد عن زمان الفسخ بإذن ذى الخيار فيكون معناه ح أن ذى الخيار رفع اليد عن التحديد المذكور و مع ذلك القول ببقاء الخيار التزام بالتحديد و ليس هذا إلا خلفا و مناقضه كما هو واضح هذا إذا اذن من له الخيار لمن عليه الخيار أن يوجر العين لنفسه و أما لو اذن في الإيجار فقط من غير أن يقيده بكون الإجاره لمن عليه الخيار فلا وجه للبطلان لعدم دلالة ذلك الكلام على كون الإجاره لمن عليه الخيار حتى يكون ذلك دالا على إلغاء التحديد عن ملكيه من عليه الخيار فيحكم بسقوط الخيار، بل يمكن أن يكون إذنا في الإجاره لتكون أجرته للموخر و هو من



عليه الخيار في مده الإجاره و لمن له الخيار بعد الفسخ و اذن فلا دلالة لكلامه على سقوط خياره كما إذا صرح بذلك فإنه ليس فيه محذورا أصلا فافهم.

فما ذكره المصنف من دلالة الإذن عرفا على السقوط ممنوع على إطلاقه و انما هو يدل على ذلك في الصورة الأولى دون الثانية كما لا يخفى.

### و حاصل الكلام أن من جملة الفروع التي ذكرها المصنف أنه هل يجوز

إيجار العين في زمان الخيار أو لا،

و تحقيق هذه المسألة في ضمن جهات

### الأولى: فيما يرجع الى عبارته المصنف

حيث انه ذكر أولا- في مطلع كلامه أنه هل يجوز اجاره العين في زمان الخيار بدون إذن ذى الخيار فيه وجهان، من كونه ملكا له فيكون التصرف صادرا من أهله و واقعا في محله فيحكم بصحة الإجاره و من كون العين متعلقه لحق الغير فيحكم ببطلان هذا التصرف فان الفاسخ مسلط لأخذ العين و مع ذلك فلا وجه للحكم بصحة الإجاره فإنه بعد ما أخذ الفاسخ العين من المستأجر لا يبقى مجال لصحة الإجاره فإن صحتها متوقفه على أن يأخذ المستأجر العين لاستيفاء المنفعة منها ثم ذكر أنه لو آجر العين باذن من له الخيار أو من نفس ذى الخيار ثم فسخ ذى الخيار فلا تبطل الإجاره ثم بعد أسطر ذكر أنه لا شبهه في نفوذ التصرف إذا كان الإيجار بإذن من له الخيار و انما الكلام في أنه هل يكون ذلك الاذن موجبا لسقوط الخيار أو لا و على القول بعدم سقوطه بالاذن فهل تبطل الإجاره بنفس التصرف المتحقق في الخارج أولا، فيعلم من ذلك أن ما ذكره من أنه لو آجر العين باذن من له الخيار أو من نفس ذى الخيار ففسخ لا تبطل الإجاره أمر مسلم فلا شبهه فيه و كان هذا ليس موردا للإشكال بين الفقهاء، بل الظاهر أن كلام المحقق القمى أيضا ليس في هذه الصورة و انما مورد الخلاف و مورد كلام القمى هو الشق الأول أعني

ما إذا آجر من عليه الخيار العين من غير ذى الخيار بدون اذن من له الخيار، وح كيف ساغ للمصنف (ره) عن تعقيب ما هو ليس بمورد للخلاف بالتعليل بأن من عليه الخيار قد ملك العين ملكيه مطلقه إلخ، ثم نقل فيه خلاف المحقق القمى و الظاهر و الله العالم، أن فى العبارة سقطا فكأنه لما ذكر الوجهان، فى الشق الأول و هو فرض اجاره العين بغير إذن ذى الخيار ثم ذكر الشق الثانى و حكم فيه بعدم بطلان الإجاره بالفسخ ثم ذكر و أما الشق الأول فالأظهر و الأقوى هو صحه الإجاره و علله بما ذكره الى آخر كلامه، و الآ فالشق الثانى ليس مورد التكلم أصلا فضلا عن مخالفه القمى فى ذلك، و لذا لم يستشكل فيه فيما بعد أيضا من حيث بطلان الإجاره و عدمه و انما تكلم فيه من حيث كون الإذن إسقاطا للخيار و عدمه، و مع عدم كونه مسقطا فهل يسقط بالتصرف أو لا.

### **الجهه الثانيه: أنه ذكر المصنف (ره) وجهان فيما إذا آجر من عليه**

الخيار العين للأجنبى بدون اذن من له الخيار

ثم اختار صحه ذلك من جهه أن من عليه الخيار انما آجر العين فى زمان كان مالكا لها فى ذلك الزمان ملكيه مطلقه مستعده للدوام و من نماء تلك الملكيه المطلقه المنفعه الدائمه، فإذا استوفاه المشتري بالإجاره فلا وجه لرجوعها الى الفاسخ، بل يعود الملك اليه مسلوب المنفعه فى مده الإجاره نظير البيع بعد الإجاره فإن العين تكون ح ملكا للمشتري مسلوب المنفعه فى مده الإجاره ثم ذكر الفارق بين المقام و اجاره البطن الأول العين الموقوفه (على البطون على حساب البطن بعد البطن) أزيد من مده عمرهم فإنه تبطل الإجاره هنا بموت البطن الأول بخلاف ما نحن فيه، فان الفارق هو أن البطون المتأخره انما تلقوا العين الموقوفه من أصل السبب و هو الواقف دون البطن الأول فلا- يكون البطن الأول مالكا للانتفاع بالوقف أزيد من مده حياته لكونه أى البطن

الأول مالكا للمنفعة المحدوده بالموت فكأن الواقف صرح بذلك كما هو واضح بخلاف المقام فإن المشتري الأول قد ملك العين و منافعها مطلقه ما دام لم يفسخ فله التصرف فيها و فى منافعها كك، أى على وجه الإطلاق فيكون تصرفه نافذا لكونه صادرا من أهل و واقعا فى محله و اذن فلا- وجه لبطلان الإجاره بالفسخ، ثم ذكر أن المقام بعينه نظير اجاره العين إلى مده، ثم تفاسخا المتبايعان بالإقاله حيث انه لم يحتمل احد هنا بطلان الإجاره و كك إذا باع من عليه الخيار العين فى مده الخيار فان البيع يكون نافذا فلا يبطل بالفسخ، بل يرجع مالک العين فى الصوره الاولى الى عين ماله و لكن مسلوبه المنفعه و فى الثانيه يرجع الى بدل العين كما هو واضح، هذا ملخص كلامه فى المقام.

و لكنه لا يتم على مسلكنا الذى استثناءه فى معنى الخيار و قلنا ان حقيقته يرجع الى تحديد الملكيه المنشئه بالفسخ على تقدير عدم الإمضاء و على هذا فلا معنى لصحة الإجاره الواقعه بدون إذن ذى الخيار بعد فسخه العقد، و يكون عقد الإجاره بالنسبه إلى المده الباقيه من زمان الإجاره بعد الفسخ فضولي و موقوفه على اجازة المالك و هو ذو الخيار ذلك العقد أى عقد الإجاره، و الآ بطلت إذ ملكيه المنافع كانت تابعه لملكيه العين فبعد ما كانت ملكيه العين محدوده بالفسخ فكانت ملكيه المنافع أيضا كك فإذا فسخ العقد مع عدم خروج العين عن ملك من عليه الخيار فكما يتم أمد ملكيه العين فكذلك يتم أمد ملكيه المنفعه أيضا كما هو مقتضى التبعية.

نعم، لو كانت العين منتقله إلى شخص آخر بيع و نحوه و لم يكن له الرجوع إليها بعد الفسخ فإن ملكيه من عليه الخيار و ان كانت مطلقه و لكن المملوك كان مملوكا مطلقا كما مثلناه بمثل السلطنه و الوزاره و حيث ان العين من قبيل الجواهر و هى لا تتقيد بزمان فيكون الانتقال إلى المشتري الثاني

أبدىا و هذا بخلاف المنافع فإنها من قبيل الأغراض فتقدره بالزمان فيمكن أن تملك حصه منها دون الحصه الأخرى و عليه فبالإجاره تملك للمستأجر الى أن يتحقق الفسخ، و أما الحصه الباقيه بعد الفسخ فلا، كما هو واضح.

و أما قياس المصنف ذلك بالتفاسخ قياس مع الفارق بداهه أن معنى الفسخ هو إرجاع الملكيه السابقه و ان كان انحلال العقد انما هو من زمان الفسخ، و هذا بخلاف التفاسخ، فإنه تمليك جديد من الطرفين فلا بأس فى التمليك الجديد أن تمليك الإنسان العين مسلوبه المنفعه كما إذا أجرها من شخص ثم باعها من شخص آخر و كك الأمر بالتفاسخ، و اذن فالمقام بعينه مثل الوقف و لا فارق بينهما من هذه الجبهه أصلا فما ذكره المصنف من الفرق بينهما غير واضح.

قوله: ثم انه لا إشكال فى نفوذ التصرف بإذن ذى الخيار و أنه يسقط خياره.

أقول: قد عرفت أن المصنف (ره) قد أشار الى عدم بطلان الإجاره بالإذن فيها أو باستئجار نفسه العين ممن عليه الخيار و هذا لا شبهه فيه و لا أنه مورد الخلاف بين الفقهاء و لذا أرسله المصنف إرسال المسلم على النهج الذى ذكرناه من وقوع التصحيف فى العبارة و انما أشار الى جهتين أخيرتين فى المقام، إحداهما سقوط الخيار بالإذن فى الإيجار، و الثانیه مع قبول عدم سقوط بذلك لسقوطه بالتصرف بحيث أن الجبهه الثانیه فى طول الجبهه الاولى أما الجبهه الأولى فبناء على مسلكنا فى معنى الخيار من كونه عباره عن كون المنشأ مقيده بالفسخ على تقدير عدم الإمضاء، و عليه فما لم يأذن من له الخيار فى الإيجار أو لم يجر العقد بعد الإيجار، يكون العقد فضوليًا بالنسبه الى ما بعد الفسخ فتبطل الإجاره بالرد و بعدم الإمضاء و أما إذا اذن فيه أن يستأجر العين لنفسه بأن قال أجر هذه العين و لك

أجرتها.

أو بعبارة أخرى تدل على كون الأجره للموَجِر فلا شبهه ح في صحه الإجاره مطلق و سقوط الخيار بهذا الإذن بداهه أنه لا يعقل كون مجموع الأجره للموَجِر مع عدم الفسخ، فان من عليه الخيار الذى هو الموَجِر لم يكن مالكا للعين و المنفعه إلا بالملكيه المحدوده بحيث كان أمدها حاصلًا بعد الفسخ و صارت العين و منفعتها ملكا للمستأجر و إذا صرَّح ذى الخيار كون جميع أجره العين فى زمان الإجاره للموَجِر حتى بعد الفسخ فلا يعقل هذا إلا برفع اليد عن الفسخ و إمضاء العقد و جعل ملكيه من عليه الخيار مطلقه و إلا يلزم التناقض فان مقتضى كون مجموع الأجره له الملكيه مطلقه و إلا لم يكن الأجره بعد الفسخ له و مقتضى عدم سقوط الخيار أن الملكيه ليست بمطلقه و هما متناقضان، فافهم.

نعم، لو لم يدل الاذن على كون الأجره للموَجِر، بل يجتمع مع كونها لذى الخيار أيضا بعد الفسخ، فلا يسقط الخيار بالاذن المذكور، فإن الإذن بالإيجار لا يناف بقاء الخيار كما إذا صرَّح بذلك و يقول إذنك فى إيجار العين كيف شئت إلا أن الأجره لك ما لم تفسخ العقد و أما بعد الفسخ فهى ملكك لى و هذا واضح.

و أما على مسلك المصنف فإنه (ره) قد استدل على سقوط الخيار بوجهين، الأول: دلالة الإذن عرفا على سقوط الخيار، فإن أهل العرف يفهمون من مثل ذلك السقوط كما هو واضح.

ثم ناقش فى دلالة الاذن على السقوط فى آخر كلامه و شبهه باذن المرتهن للراهن ببيع العين المرهونه حيث ذكر أنه لا يسقط حق الرهانه بذلك عن العين المرهونه بحيث له الرجوع عن اذنه قبل البيع و كك فى المقام.

ثم تمسك بالوجه الثانى للقول بإسقاط الإذن ذلك و هو أن الاذن

تضمن للرضاء بالعقد بداهه أنه ليس بأدون من تقبيل الجاريه فكما أنه يدل على سقوط الخيار فيها و كك الاذن فى التصرف فإنه يكشف عن رضاء ذى الخيار بالعقد، فيحكم بالسقوط ثم أيده بروايه السكونى فى كون العرض على البيع موجبا لسقوط الخيار، فالإذن بالتصرف أولى بذلك منه كما هو واضح.

أما الوجه الأول: فيرد عليه أن المراد من دلالة الاذن فى التصرف من ذى الخيار أن كان هو الدلالة المطابقه أو التضمنيه فهو بديهى البطلان بداهه أنه ليس لسقوط الخيار من ذى الخيار باذن منه فى تصرف من عليه الخيار فى العين التى انتقلت اليه معنى مطابقا للاذن و لا معنى تضمينًا لذلك لعدم وضع هذه اللفظ فى لغه من اللغات على ذلك فلا يعقل معه دعوى الدلالة المطابقه أو التضمنيه.

و أما الدلالة الالتزاميه فهى أيضا منفيه و ذلك من جهه أن اذن ذى الخيار فى التصرف من عليه الخيار فى العين لا يزيد على ما يقتضيه طبع العقد شيئًا فإن مقتضى البيع هو أن كون من عليه الخيار مالكا للتصرف فيما انتقل اليه غايته ملكيه محدوده و لا شبهه أنه يجوز للملاك أن يتصرفوا فى أموالهم لكونهم مسلطين على ذلك سواء اذن لهم من له الخيار أو سكت، بل منع عن التصرف فإذا كان ذلك من مقتضيات طبع المعامله فلا يترتب على الاذن فى تصرفه فيها أثر أصلا، إذ لا يزيد على أصل مقتضى طبع المعامله شيئًا أصلا فحيث ان المصنف (ره) قد التزم بحصول الملكيه المطلقه لمن عليه الخيار من غير أن تكون مقيده بالفسخ فلا محاله فجاز له التصرف بحسب مقتضى طبع العقد كك، و اذن من له الخيار فى ذلك لا يوجب شيئًا وراء ما يقتضيه أصل طبع المعامله، فهل يتوهم أحد أنه لو اشترى شخص ثوبا و قال له صاحبه و هو البائع ألبسه أن هذا إسقاط لخيار المجلس و كذلك نظائره فإن العرف لا يشكون فى عدم دلالة قوله ألبسه على سقوط الخيار و أى فرق

بينه و بين المقام كما هو واضح، بل يمكن أن يتوهم أن دلالة اذن المرتهن للراهن ببيع العين المرهونه على سقوط حق الرهانه عن العين دلالة عرفيه موجوده و لكن لا- سييل لهذا التوهم هنا و ذلك لأن الراهن لم يكن له التصرف فى العين المرهونه قبل اذن المرتهن و هذا بخلاف المقام، فان من عليه الخيار له التصرف فى العين المنتقله إليه بحسب مقتضى طبع العقد بدون إذن ذى الخيار كما عرفت.

و بعبارة أخرى معنى الدلالة الالتزاميه أن يلزم العلم باللازم بتصوير الملزوم فى الالتزام البين بالأخص، و فى البين بالمعنى الأعم أن يلزم من تصور اللازم و الملزوم و النسبه بينهما العلم باللزوم و من الواضح أن كليهما منفى فى المقام، فإنه لا يلزم من تصور الاذن و سقوط الخيار و تصور الملازمه بينهما العلم بالملازمه بينهما فعلى مسلك المصنف فلا وجه لسقوط خيار ذى الخيار بإذنه فى التصرف من عليه الخيار فى التصرف فى العين المنتقله إليه كما هو واضح.

و من هنا ظهر أيضا أنه لو اذن ذى الخيار لمن عليه الخيار فى بيع العين من غيره فلا يسقط خياره، فان جواز نقل العين لمن عليه الخيار من مقتضيات نفس العقد فلا يكون الاذن فيه موجبا للزيادة الاذن فى التصرف ليكون التصرف مستندا اليه ليكون الاذن ح موجبا لسقوط الخيار.

و الحاصل: أن الاذن لا يوجب زياده التصرف الذى لم يكن قبل الاذن بحيث يكون مشروعيه ذلك التصرف مستندا الى الاذن لكى يحكم بدلاله الإذن ح على سقوط الخيار كما هو واضح، و من هنا التزمنا بسقوط الخيار بالإذن فى التصرف بناء على مسلكنا، فان جواز تملك من عليه الخيار منفعه العين بعد فسخ العقد أيضا مستند إلى إذن ذى الخيار لعدم وجوده قبل ذلك فيكون ح دالا على سقوط الخيار لتحقق الملازمه بينهما على

هذا، بل يمكن أن يكون مع اذنه بانبا على الفسخ، بل يصرح بذلك مع انه لو كان الاذن دالا على السقوط لكان ذلك منافيا لمفهوم الاذن.

و أيضا قد ظهر مما ذكرناه أنه لو آجر ذو الخيار العين المنتقلة الى من عليه الخيار من الغير لنفسه بان تكون الأجره له، فلا مناص عن كون ذلك فسخا للعقد مقابل ما ذكرناه من اذنه له أن يوجرها من غيرها لتكون الأجره له أى لمن عليه الخيار فإنه لا معنى لبقاء العين فى ملكه أى من عليه الخيار مع أن تكون المنافع ملكا لذى الخيار، بحيث تكون الأجره التى فى مقابل المنافع ملكا له كما هو واضح.

و أما الوجه الثانى: هو الالتزام بدلاله الاذن على كون ذى الخيار راضيا بالعقد كالتقيل، ففيه أنا ذكرناه فى خيار الحيوان أن أمثال هذه التصرفات كالتقيل و اللمس و النظر، بل الوطى على كون المتصرف راضيا بالعقد، بل يمكن ذلك مع بنائه على عدم الفسخ أصلا فضلا عن أن يكون خاليا عن البناء أيضا و كك الاذن فإنه يمكن أن يأذن فى التصرف على ما هو مقتضى طبع العقد و مع ذلك كان بنائه على الفسخ أو مسكوتا عنه من غير أن يكون ذلك منافيا لمفهوم الاذن كما عرفت، نعم التزمنا بكون الأمور المذكوره موجبه لسقوط الخيار لا- من جهه كشفها عن الرضا بالعقد، بل من جهه التعبد الشرعى و دلاله النص على السقوط بها كما هو واضح، فافهم.

(و من هنا ظهر عدم دلاله روايه السكونى أيضا على ذلك لكونها واردا على نحو التعبد على أنها ضعيفه السند) على الظاهر نعم إذا كانت هنا قرينه خارجيه دلت على سقوط الخيار بالاذن و أنه مصداق لذلك فلا بأس به.

لا- يقال على ما التزمهم من كون الخيار راجعا الى تحديد الملكيه يلزم الالتزام بصحة البيع إلى أمد خاص مع أنه لم يلتزم به أحد، و فيه أنه لم يكن نص على بطلان مثل ذلك البيع لم يكن محذور فيه، و لكن النص دل على



بطلانه لا يقال بناء على ما التزمتمهم من المبني المذكور يمكن لنا القول بجواز رجوع ذى الخيار الى من عليه الخيار، فيما إذا نقل العين الى غيره و أبقى المنفعة فى ملكه فإنه مع الفسخ يرجع الى المنفعة و يملكها بالفسخ و أن الفسخ إرجاع الملكية الاولى.

و فيه أن ملكيه المنفعة تابعه لملكيه العين فإذا أمكن إرجاع العين إلى الملكية السابقه فترجع معها المنفعة و الأ- فلا- كما هو واضح، و أما الرجوع الى المنفعة فقط دون العين على خلاف الارتكاز العرفى من تبعيه ملكيه المنفعة لملكيه العين، فافهم.

الوجه الثانى: (أعنى سقوط الخيار بوقوع التصرف فى الخارج بإذن ذى الخيار) أنه ذكر المصنف (ره) أن التصرف الواقع تفويت لمحل هذا الحق و هى العين باذن صاحبه فلا يفسخ التصرف و لا يتعلق الحق بالبدل لأن أخذ البدل بالفسخ فرع تلف العين فى حال حلول الحق فيه، لا مع سقوط الحق عنه.

أقول: ان كان مراد من هذه العبارة أنه يعتبر أن يكون التلف فى زمان وجود الحق لا- فى حال سقوطه، بمعنى أنه انما يبقى حق الفسخ لذى الخيار مع تصرف من على الخيار فى زمان وجود حق الفسخ لذى الخيار و حلوله فإنه ح يكون التصرف فى متعلق حق الغير فلا يكون مثل هذا التصرف موجبا لسقوط الخيار فان حين تحققه أى التصرف قل تحقق فى متعلق حق الغير و عليه فله أى لذى الخيار أن يفسخ العقد بعد التصرف المذكور فان كانت العين باقيه يرجع الى العين و الأ فإلى البدل و أما إذا كان التصرف واقعا على العين فى زمان ليس لذى الخيار حق، بل سقط ذلك بواسطة التصرف و لم يكن التصرف فى متعلق حق الغير فح لا يكون له خيار حتى يفسخ العقد و يرجع الى البدل و من المفروض أنه إذا أذن لمن عليه الخيار

أن يتصرف في العين فقد أسقط خياره بذلك، و وقع التصرف في زمان سقوط الخيار لا- في زمان وجوده و حلوله ليكون التصرف واقعا في متعلق حق الغير فلا يكون منافيا لثبوت الحق.

و ان كان مراده هو هذا، فلا نفهم معنى ذلك بوجه و لا يمكن تصحيحه بوجه إذ يرد عليه:

أولاً: أن كلامنا في سقوط الخيار بالتصرف بأنه هل يسقط بذلك أو لا يسقط، ففرض سقوط الخيار به بحيث يكون التصرف واقعا في زمان سقوط الخيار ليس إلا دورا واضحا، فان سقوط الخيار يتوقف على وقوع التصرف و كون التصرف مسقطا للخيار متوقف على سقوط الخيار ليكون واقعا في زمان سقوطه لا في زمان حلوله كما هو واضح.

و الحاصل: لو قلنا بان التصرف في مثل القرض يكون مسقطا يلزم الدور على أنه كيف يكون التصرف مسقطا للخيار مع أنه في زمان كان له الخيار ليس هنا التصرف و في زمان تحقق فيه التصرف ليس هناك خيار فلا ربط بالتصرف بسقوط الخيار أصلا كما لا يخفى.

و ثانيا: لا دليل على وقوع التصرف الذي يثبت منه الخيار أى لا يضر بوجوده في زمان وجود الحق ليكون التصرف في متعلق حق ذى الخيار، بل مع كونه واقعا في زمان عدم الخيار أيضا يمكن أن يبقى لدى الخيار حق الفسخ، فإذا أتلّف من عليه الخيار العين فبفسخ ذى الخيار العقد فيأخذ ممن عليه الخيار بدل العين كما إذا كان لأحد المتبايعين خيار منفصل ككون في رأس الشهر فقد تصرف الآخر في العين تصرفا متلفا أو ما هو في حكم الإتلاف كنقله الى غيره ببيع و نحوه فان ذلك يمنع عن ثبوت الخيار لدى الخيار في رأس شهر و لم يحتمل أحد سقوط الخيار بتصرف من عليه الخيار قبل وصول زمان الخيار و عليه فإذا وصل وقت الخيار و فسخ ذو الخيار العقد

ينتقل ضمان العين الى البدل فيأخذ ممن عليه الخيار بدل ماله من المثل أو قيمه فلا ملازمه بين فسخ العقد و الرجوع الى البدل و بين كون التلف أو ما هو في حكمه في زمان حلول الحق لا في زمان سقوطه كما هو واضح.

و أيضا لا شبهه في جواز تفاسخ المتبايعين بالإقاله مع تلف إحدى العينين أو كليهما فإنه بعد ذلك يرجع الى البدل مع أنه لم يكن حق لأحدهما كما فيما انتقل الى الآخر و بالعكس ليكون التلف في زمان وجود الحق كما هو واضح، فكيف مع عدم الدليل على ما ذكره المصنف على ما هو ظاهر كلامه فالدليل على خلافه كما عرفت فلا يمكن المساعدة على هذا الرأي بوجه.

و حيث كان هذا الاحتمال بعيدا عن المقام المصنف و لم يكن له معنى محصلا أصلا، فقد وجه شيخنا الأستاذ سقوط خيار من له الخيار بتصرف من عليه الخيار بإذن ذى الخيار بوجه آخر، و لعله هو مراد المصنف أيضا و قال أن الاولى أن يعلل لسقوط الخيار بالتصرف بما أشرنا إليه في خيار الغبن، و هو أن التصرف المأذون فيه مفوت لمحل الحق، حيث ان الغرض من الفسخ استرجاع الملك السابق اما بعينه أو ببديل و كل منهما متعذر أما العين فلخروجها عن ملك المشتري بالتصرف الناقل أو بالإتلاف، و أما البدل فلأنه فرع كون العين مضمونه عليه و بعد كونه مأذونا في التصرف لا- يمكن أن يكون ضمان العين عليه، فلا- موضوع لانتقال الضمان الى بدلها فإذا امتنع الضمان امتنع الفسخ فامتنع الخيار.

و هذا الذى ذكره الأستاذ له وجه، و قد ذكرنا أنه يمكن أن يكون مراد المصنف و لكن يرد عليه أنه كما أن اذن ذى الخيار فى تصرف من عليه الخيار لا- يوجب سقوط الخيار، و كذلك وقوع التصرف فى الخارج بإذن ذى الخيار أيضا، لا يوجب سقوط الخيار و ان كان التصرف واقعا فى متعلق حق الاذن

و السّرّ في ذلك هو ما تقدم من أن جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من العوض انما هو من مقتضيات طبع العقد سواء أذن له ذو الخيار أم لم يأذن، لأن العين كانت مملوكا له و لا شبهه في جواز تصرف الملاك في ملكهم بأي تصرف شائوا و على هذا فاذن ذى الخيار في التصرف فيها مع تحقق التصرف أيضا في الخارج لا يوجب سقوط حقه، و عدم كون التصرف في متعلق حقه بل يمكن أن يكون بنائه أى الأذن هو الفسخ، و لو بعد تلف العين أو يصرح بذلك و أنه يرجع الى البدل مع كون التصرف متلفا للعين، مع أنه لو كان بينهما منافاه لما جاز التصريح بذلك.

نعم، لو كانت العين مملوكه لذى الخيار لكان اذنه في التصرف فيها موجبا لسقوط الضمان، و ليس كك، فاذن لا شبهه في بقاء حق ذى الخيار مع تحقق التصرف في الخارج، و ح فإذا فسخ ذى الخيار العقد فان مقتضى قانون الفسخ هو رجوع كل من العوضين الى مالكة الأولى و مع عدم بقاء العين يرجع الى البدل.

و بعبارة أخرى أن مقتضى طبع العقد هو جواز تصرف من عليه الخيار في ما انتقل اليه من العين سواء اذن به ذو الخيار أم لا، و سواء تحقق التصرف في الخارج باذن من له الخيار أم لا، فان اذن من له الخيار في ذلك لا يزيد بالنسبة إلى أصل الجواز شيئا أصلا، و عليه فلا ينافى إذن ذى الخيار في ذلك ببقاء الخيار أصلا كما إذا صرح بذلك لعدم التنافى في ذلك أصلا.

و أما كون من عليه الخيار ضامنا بالبدل بعد فسخ العقد فإنما هو من جهة قاعده ضمان اليد أو ضمان الإلتلاف و ذلك فان مقتضى قانون الفسخ هو رجوع كل من العوضين الى مالكة الاولى بعد الفسخ، فإذا فسخ فمقتضى دليل اليد هو لزوم أداء العين فحيث لم تكن العين موجوده فمقتضاه لزوم

أداء البديل و هذا هو الذى تقتضيه قاعده الضمان بالإتلاف، فإن مقتضى من أتلف مال الغير فهو له ضامن الرجوع الى البديل من المثل أو قيمه فإنه بعد رجوع العوض الى مالكة الأول ان ما أتلفه من عليه الخيار انما أتلف مال غيره فهو له ضامن بأداء المثل أو قيمه فافهم، فلا يكون الاذن ممن له الخيار فى التصرف و وقوع التصرف فى الخارج سببا لسقوط خيار ذى الخيار أصلا، نعم إذا صدر الاذن فى التصرف من المالك و وقع التصرف المتلف أو ما هو فى حكم الإتلاف فى الخارج فلا شبهه فى كون هذا النحو من الاذن موجبا لعدم ضمان المتلف بذلك العين فإن الاذن قد صدر من أهله و لا بدّ من الالتزام بلوازمه و هذا غير من له الخيار فى التصرف فيما انتقل الى من عليه الخيار فان ذلك التصرف كان مقتضى طبع العقد بخلاف التصرف هنا فإنه لم يجز لمأذون له أن يتصرف فى مال غيره قبل الاذن، و انما جاز ذلك بعده كما هو واضح فلا يكون موجبا للضمان فكأن شيخنا الأستاذ خلط بين التصرف الواقع فى الخارج فى مال شخص آخر بإذنه فإنه لا- يوجب الضمان سقوط حقه عن ماله بإذنه بالإتلاف و بين المقام حيث أن وقوع هذا التصرف المتلف فى الخارج لا يوجب سقوط حق من له الخيار عن العين أعنى أنه لو فسخ لكانت العين له، فان وقوع التصرف المذكور بإذنه فى الخارج لا يوجب سقوط حقه عن الرجوع الى البديل بعد فسخ العقد لعدم كون اذنه فى هذا التصرف موجبا لشيء لم يكن لمن عليه الخيار كما هو واضح.

نعم، لو ثبت من القرائن الخارجيه أن أذن من له الخيار التصرف فى العين الخارجيه لمن عليه الخيار موجب لسقوطه لكونه قاصدا به سقوط خيار أو أنه قصد ذلك بوقوع التصرف فى الخارج و ان لم يكن قاصدا ذلك بالاذن لكان للقول بالسقوط مجالا واسعا و لكنه خلف الفرض فإنه الكلام فى دلالة نفس الاذن على سقوط الخيار كما فى الجبهه الأولى فى دلالة نفس

وقوع التصرف فى الخارج على سقوط الخيار كما فى الجهه الثانيه، فافهم ذلك.

### قوله:مسأله المشهور المبيع يملك بالعقد و اثر الخيار تزلزل الملك.

#### اشاره

أقول:الظاهر أن الاولى تقديم هذه المسأله على المسأله السابقه، كما أشرنا إليه فى أول المسأله السابقه بأن يتكلم أولاً فى توقف حصول الملكيه بانقضاء زمان الخيار أولاً- و عدمه ثم يتكلم فى أنه هل يجوز تصرف غير ذى الخيار فيما انتقل اليه أو لا فقد ذكرنا أنه لا- يجوز ذلك على قول الشيخ لكونه تصرفاً فى ملك الغير بدون اذنه فهو لا- يجوز و أما على قول غير الشيخ من المشهور القائلين بعدم توقف الملكيه على انقضاء زمان الخيار ففيه خلاف فالمقصود أن الاولى تقديم هذه المسأله السابقه لتوقفها عليها بخلاف العكس كما عرفت ثم ان المعروف و المشهور بين الفقهاء أن الملكيه حاصله من حين العقد فى البيع الخيارى غايته ملكيه مترزله.

و لكن الظاهر من الشيخ الطوسى و من تبعه انها تحصل بعد انقضاء زمان الخيار لكل من ذى الخيار و غيره إذ لا معنى لحصول الملكيه لطرف واحد دون الآخر فإن البيع مبادله مال بمال فلا معنى للانتقال من طرف دون الآخر فافهم.

و قد اضطربت كلمات الفقهاء فى فهم كلام الشيخ و بيان مراده فان ظاهر إطلاق المحكى عن المحقق و جماعه أن الشيخ التزم بعدم حصول الملكيه فى زمان الخيار المختص بالمشتري أيضاً.

بل صرح فى التحرير بشموله لذلك لكن ذكر الشهيد فى الدروس خلافاً فى حصول الملكيه من حين العقد أو بعد انقضاء الخيار ثم نسب الى الشيخ التزامه بحصول الملكيه من حين العقد فى الخيار المختص للمشتري و نقل عن ابن الجنيد توقف حصول الملكيه على انقضاء زمان الخيار ثم وقع الخلاف

بين الأعلام في أن الشيخ فيما يقول بتوقف الملكيه على انقضاء زمان الخيار هو من باب الكشف أو النقل و أيضا وقع الكلام في أنه يقول بذلك في الخيارات المتصله فقط أو مطلقا و ان كانت الخيارات منفصله عن العقد و أن مراده هو ذلك في صورته كون الخيار لكل من البائع و المشتري أو للبائع، و أما إذا اختص بالمشتري فلا يقول بذلك أو يقول به مطلقا كما عرفت بالإشاره إلى كون كلامه مطلقا بالنسبه إلى الخيار المختص بالمشتري أيضا على ما هو المحكى عن المحقق و جماعه، و ظاهر بعضهم عدم التوقف في صورته اختصاص الخيار بالمشتري كخيار الحيوان و نحوه.

و على الجملة اضطربت كلمات الفقهاء في نسبه القول بتوقف الملكيه على انقضاء زمان الخيار الى الشيخ، فان منهم من قال بان الشيخ التزم بذلك في مطلق زمان الخيار و ان كان مختصا بالمشتري أو يقول بذلك فيما كان الخيار ثابتا للمتبايعين معا أو لخصوص البائع و أيضا وقع الخلاف في أنه يقول بذلك في الخيار المتصل أو في الخيار المنفصل أيضا و قد نسب إليه في القول بعدم التوقف فيما إذا صار أحد المتبايعين مفلسا الى غير ذلك من الاختلافات و الاضطرابات كما ذكره المصنف في المتن، و لا يهمننا تحقيق هذا المطلب و انما المهم بيان مدرك الشيخ القائل بالتوقف مطلقا أو في الجملة و بيان مدرك المشهور القائلون بعدم التوقف، بل التزموا بحصول الملكيه من حين العقد.

الظاهر أنه لا شبهه في دلاله عمومات صحه العقود و المعاملات، و لزومها على كون الملكيه حاصله من الأول لا أنها متوقفه على شيء، فان الظاهر من قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**، أن ما ينتقل الى كل من المتبايعين بوسيله البيع يجوز له التصرف فيه بخلاف ما كان فيه الربا، فإنه لا يجوز فان معنى حليه البيع ملازم لحليه ما يحصل النقل و الانتقال بواسطه البيع و كك

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، خصوصاً قوله تعالى لا- تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا- أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ. فإن الأكل ليس هو الازدراء، بل هو كناية عن التملك فمحصل الآيه أنه لا تملكوا أموالكم بالباطل، و لكن تملكوا بالتجاره عن تراض، فالله تبارك و تعالی قد حصر أسباب التملك المشروع بمقتضى النفي و الإثبات بالتجاره عن تراض و جعلها سببا وحيدا لذلك مقابل التملك الباطل، فمقتضى ذلك أن الملكيه حاصله من حين العقد لصدق التجاره عن تراض على البيع من حين العقد، و قد فرضنا أن التجاره عن تراض هو السبب الوحيد لحصول الملكيه فتحصل الملكيه فى البيع من حين العقد من غير توقف على انقضاء زمان الخيار، بل هذا هو الذى قامت عليه السيره بين الناس فإنهم يعاملون مع المثلث معامله الملكيه من حين العقد من غير توقف فى ذلك على شىء و من الواضح أن الشارع قد أمضى ما هو المتعارف بين الناس من المعاملات و ليس له فى ذلك طريق خاص غايه الأمر قد منع عن بعض المصاديق تخطئه للعرف كما أضاف إليها بعض الشروط لذلك و مع الشك فى مورد أنه اعتبر الشارع هنا شرطا أو لم يعتبر فيتمسك بالإطلاقات و العمومات الداله على صحه المعاملات و نفوذها و يحكم بحصول الأثر من الأول و عدم توقفه على شىء آخر، بل هذا هو مقتضى ما إنشاء المتعاملان فان غرضهما جعل البيع سببا للملكيه و هو يقتضى حصولها من حين العقد إلا دل دليل خارجى على توقفها على شىء آخر كما فى بيع الصرف و السلم، فان الدليل الخاص دل على توقف حصول الملكيه بالتقابض فى المجلس و عدم حصولها بمجرد البيع كما هو واضح.

ثم انه لا يكفى مجرد وجود هذه العمومات و الإطلاقات فى بطلان مسلك الشيخ، بل لا بد و أن يلاحظ أن هنا روايه تدل على مسلكه أولا و على تقدير وجود الروايه على ذلك فهل هنا روايه أخرى تدل على مسلك



المشهور و روايه آخر تدل على مسلك الشيخ مع تماميه ميزان الحجيه فيهما فيقع المعارضه فاما يحكم بالتساقط فيرجع الى عمومات الكتاب و إطلاقاتها أو يؤخذ ما هو موافق للكتاب و هو ما دل على عدم توقف حصول الملكيه على انقضاء زمان الخيار فيثبت بذلك أيضا قول المشهور و اذن فلا بد من صرف عنان الكلام الى ما استدل به على كل واحد من القولين.

## و قد استدل على القول المشهور و هو عدم توقف حصول الملك على

### اشاره

انقضاء زمان الخيار بوجوه

مضافا الى اقتضاء العمومات ذلك.

## الأول: الاخبار الوارده في خيار المجلس

كقولهم عليهم السلام:

البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع، حيث ان الظاهر من لفظ الخيار الوارد فيها هو كون البيع مخيرا في فسخ العقد و عدمه بحيث قد فرض هنا بيع ثم حكم بثبوت الخيار له، و من الواضح جدا أن البيع انما يصدق على المتعامل بعد حصول الملكيه فالمتحصل من الروايه بقريته إطلاق البيع على المتبايعين هو حصول الملكيه في زمن الخيار إذ ما لم تتحقق الملكيه لم يتحقق البيع و إذا لم يتحقق البيع لا يصدق البيعان على المتعاملين فحيث أطلق البيعان عليهما فنكشف من ذلك حصول الملكيه في زمان الخيار كما لا يخفى.

و من هنا اتضح أنه لا يتوقف الاستدلال بهذه الروايات على المقصود على كون الخيار بمعنى الاختيار في استرجاع العين و كون المتبايعين مخيرين في بيع العوضين من شخص آخر مثلا، و إبقائها كذلك فإنه على هذا استكشف حصول الملكيه من الأول، و وجه الفساد انك قد عرفت وجه الاستدلال مع تعلق الخيار بالعقد.

و توهم أن إطلاق البيع باعتبار حصول صوره البيع و إيجادهما ما يكون مستعدا لذلك، أى لحصول النقل و الانتقال و الملكيه بعد ذلك كما في

الفضولى توهم فاسد فإنه خلاف الظاهر من الإطلاق و من هنا نفى البيع فى بيع الصرف و السلم قبل القبض الذى لم تحصل الملكيه مع أن صورته البيع قد حصلت كما لا يخفى، فلا بأس بدلائلها على المقصود، فافهم.

### الثانى: الأخبار الواردة فى جواز النظر إلى الجارية و تقبيلها،

بل و طيها فى زمان الخيار بعد شرائها بحيث لم يجر ذلك قبل الشراء فيدل ذلك على حصول الملكيه فى زمان الخيار فإنه لو لم تحصل الملكيه فى ذلك الزمان لكان زمان الخيار و قبله سيات فى ذلك، فلم يجر التصرف فى زمان الخيار أيضا كما لا يجوز التصرف قبل زمان الخيار أيضا.

و ناقش المصنف فى دلاله هذه الأخبار بأنه يمكن أن يكون التصرفات الواقعه على الجارية بعد العقد فى زمان الخيار إمضاء للعقد و إسقاطا للخيار كما يتحقق الرجوع بنفس الوطى فى زمان العده فى المطلقه الرجعيه فإنه إذا طلق الرجل زوجته ثم وطئها فى العده بغير أن يرجع إليها يكون رجوعا إليها و ان لم يقصد الرجوع بذلك، بل كان قاصدا عدمه كما هو واضح.

و لكنه توهم فاسد بداهه ان فى المطلقه الرجعيه ان علقه الزوجيه لم تنقطع بعد الطلاق و من هنا اشتهر فى السنه الفقهاء أن المطلقه رجعيه زوجه و عليه فلو وطئها الزوج انما وطئ زوجته حقيقه من غير أن تكون الزوجيه حاصله بنفس الوطى و انما الوطى يكون دليل على الرجوع و رافعا لأثر الطلاق فقط، سواء قصد به الرجوع أم لا، بل الأمر كك حتى لو قصد عدم الرجوع، بل قصد الزناء أيضا كأن كان جاهلا لحصول الرجوع بذلك الوطى و قصد الزناء فإنه لا يكون إلا تجزيا محضا و أما الحرام فلا بداهه أن الوطى انما صدر من اهله و وقع فى محله فيكون رافعا لأثر الطلاق لما أنه يوجد الزوجيه أيضا بحيث كانت الزوجيه منتفيه (فأوجب) الوطى رجوعها، بل الزوجيه كانت ثابتة فالوطى أوجب رفع أثر الطلاق فقط، كما هو واضح، هذا

بخلاف المقام، فإنه على القول بعدم حصول الملكية في زمن الخيار يكون التصرف واقعا في ملك الغير فيكون حراما و قد حكم الامام عليه السلام بحليه ذلك، فيكشف من ذلك أن الملكية قد حصل في زمان الخيار و الحلية مستنده إليها.

الآن يقال بما أشرنا إليه سابقا من كون الملكية حاصله في زمان التصرف و لم نعتبر التقدم الرتبي في جواز التصرف و نقول بذلك في كفايه جواز التصرف في ملك اليمين و نقول بان المستفاد من قوله تعالى أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ هو كون المملوك مملوكا للمتصرف في زمان التصرف و ان حصلت الملكية في زمان التصرف و لم تكن متقدمه عليه رتبه و ح يجوز التصرف في الأمه في زمان الخيار بما لا يجوز لغير المالك إذا قصد المتصرف لتصرفه، هذا إمضاء العقد كما هو ليس ببعيد، بان نقول بكفايه حصول الملكية في زمان التصرف في جوازه و لكنه لم نلتزم الفقهاء بذلك، فالظاهر أن من حكم بجواز التصرف فيها بالأمور المذكوره انما هو من جهة حصول الملكية بالعقد في زمان الخيار كما هو واضح، فإذا فتدل الروايه على مسلك المشهور.

الآن يقال أن غايه ما يستفاد من هذه الروايات هو حصول الملكية للمشتري في زمن خيار الحيوان، لأن المفروض أنه اشترى جاريه و تصرف فيها ما لا يجوز لغير المالك و أن جوازه يكشف عن حصول الملكية له بالعقد و لكن الشيخ لم يلتزم في فرض وجود الخيار للمشتري بخلاف مقاله المشهور و اذن فالروايه غريبه عن ما نحن فيه كما هو واضح.

### **الثالث: ما تقدم في أدله بيع الخيار أي البيع المشروط برد الثمن**

المسمى في العرف بالبيع شرط و البيع الخيارى و بيع الخيار فان في هذه الروايه ما يدل على أن نماء المبيع في زمن الخيار للمشتري و تلفه أيضا عليه فيكشف من ذلك أن المبيع ملك للمشتري من زمان العقد، و إلا لم يكن وجه

لكون الملك للبائع و النماء للمشتري فإن النماء تابع للملكيه.

و قد أورد عليه المصنف (ره) بوجهين:- الأول: أنه يمكن أن يكون هذه الروايات غريبه عما نحن فيه أعنى البيع بشرط الخيار ليكون ما ذكر فيها من كون النماء ملكا للمشتري شاهدا على حصول الملكيه فى زمان الخيار، بل انما هو من قبيل اشتراط الانفساخ فى البيع برد الثمن بأن يفسخ بنفسه متى رد البائع الثمن من غير احتياج الى الفسخ فلا يكون هذه الروايات مربوطه بالمقام.

و فيه أنه بعيد عن مساق هذه الروايات غايته كما أشار إليه المصنف و خلاف الظاهر منها، بل اشتراط انفساخ العقد بلا سبب أمر غير مشروع فى الشريعه فإنه لم يثبت جواز ذلك فى نفسه فلا يكون ما هو غير مشروع مشروعاً بالاشتراط كما هو واضح.

الوجه الثانى: ما ذكره من أنه يمكن أن يكون هذه الروايات خارجه عن مورد كلامنا فان محل الكلام انما هو عدم حصول الملكيه فى زمان الخيار و عليه فلو كان النماء فى هذه المده لمن انتقل اليه العين كان للتمسك بهذه الروايات على إثبات حصول الملكيه فى زمان الخيار وجه و لكن الأمر ليس كذلك فان النماءات انما حصلت فى زمان لزوم العقد فان الخيار انما يحصل للبائع بعد رد الثمن لا قبله فلا منشأ لهذه التوهم أصلاً إذ ما يتوهم كونه كاشفا عن حصول الملكيه به لم يكن حاصلًا فى زمان الخيار، بل فى زمان لزوم العقد كما هو واضح.

و فيه أولاً ان إطلاق الروايه يشمل صورته كون الخيار بشرط رد الثمن من أول العقد أيضاً و ثانياً أنه لم يعلم من مذهب الشيخ القائل بتوقف حصول الملكيه على انقضاء زمان الخيار إخراج الخيارات المنفصله عن مورد الكلام، بل ما ذكره أعم من خيارى المنفصل و المتصل أيضاً، فهذه الروايات

أيضاً لا بأس بدلالاتها على حصول الملكيه فى زمن الخيار.

#### الوجه الرابع:الأخبار الوارده فى خيار الحيوان

الداله على ثبوت الخيار للمشتري فى ضمن ثلاثه أيام، كقوله عليه السلام صاحب الحيوان المشتري،بالفتح أو الكسر،بالخيار إلى ثلاثه أيام،حيث ان الظاهر من إطلاق صاحب على المشتري ظاهر فى أن الملكيه إنما حصلت فى زمان الخيار و الآ لم يصح إطلاق صاحب عليه،و توهم أنه باعتبار أنه سيصير صاحباً خلاف الظاهر من الروايه جدا فالروايه ظاهره الدلاله على المقصود.

اللهم الآ أن يقال بأن غايه ما يدلّ هذه الروايات هو أن الملكيه حاصله للمشتري فى زمان خياره،و الشيخ لا ينكر ذلك،و انما لم يلتزم الشيخ بعدم حصول الملكيه فى زمان الخيار إذا كان الخيار للبائع فقط أو للبائع و المشتري معاً،فإنه يلتزم بعدم حصول الملكيه لذى الخيار و غيره إذا الملكيه إذا حصلت،حصلت للطرفين فلا- معنى لحصولها لغير ذى الخيار و عدم حصولها لذى الخيار فان البيع تبديل مال بمال و اذن فالروايه أجنيه عن المقام.

#### الوجه الخامس:الأخبار الوارده فى العينه

و هى أن يشتري الإنسان شيئاً نسيه ثم يبيعه بأقل منه فى ذلك المجلس نقداً،فان الظاهر من جمله منها ان البيع انما يكون فى مجلس الاثراء و بضميمه صحيحه يسار بن يسار يتم المطلوب و هو حصول الملكيه فى زمن الخيار،و هى أنه سئل عن الرجل يبيع و يشتريه عن صاحبه الذى يبيعه منه،قال:نعم لا بأس به،قلت:

اشترى متاعى،فقال عليه السلام:ليس هو متاعك و لا بقرك و لا غنمك،فان ظاهر الذيل،بل صريحها و هو قوله عليه السلام ليس هو متاعك و لا- غنمك أن المبيع قد انتقل إلى المشتري و لم يبق فى ملك البائع و قد عرفت عن جمله منها أن البيع الثانى قد وقع فى مجلس البيع الأول،و المفروض أن

هذا الزمان زمان خيار المجلس فتدل الروايه على ان الملكيه قد حصلت فى زمان خيار المجلس فإذا حصلت الملكيه للمشتري حصلت ملكيه الثمن للبائع أيضا، لأن البيع مبادله مال بمال، بل يمكن التمسك لإثبات أن الملكيه قد حصلت فى زمان الخيار بإطلاق الصحيحه مع قطع النظر عن ضميمه الطائفه الأولى كما لا يخفى.

وقد أشكل المصنف على الروايه بعدم دلالتها على حصول الملكيه فى زمان الخيار، إذ البيع عند القائل بالتوقف جائز، ولكن يكون لازما بالتواطى كما صرح الشيخ فى المبسوط فتحصل الملكيه قبل البيع الثانى و بهذا دفع الاشكال، وقد تقدم نظيره سابقا من أن الملك إذا حصل بنفس البيع الاشكال وقد تقدم نظيره سابقا من أن الملك إذا حصل بنفس البيع الثانى مع أنه موقوف على الملك للزم الدور وقد كان هذا الاشكال واردا على من صحح البيع الذى يتحقق به الفسخ، وعلى هذا حمل قول السائل اشترى غنمى على ركوز مذهب الشيخ فى أذهانهم فأجاب الإمام عليه السلام بأنه ليس غنمك لكون التواطى مسقطا للخيار.

وفيه أن مجرد التواطى على البيع مع عدم التصريح به لا يكون موجبا للزومه كما أن التبانى على الخيار لا يوجب أن يكون العقد خياريا و السر فى ذلك أن إسقاط الخيار أو الفسخ من الأمور التى يحتاج إلى الإنشاء و الإظهار على ما تقدم فى مبحث الخيارات فلا تحقق بمجرد القصد و البناء ما لم يبرزه فى الخارج بمرز و قول السائل اشترى غنمى ليس من جهه ركوز مذهب الشيخ فى أذهانهم إذ لا سبيل لنا الى هذه الدعوى، بل سئواله هذا من جهه استغرابه من صحه شرائه باعه قبل هذا الزمان بقليل لأن الغرض أن البيع الثانى قد تحقق فى مجلس البيع الأول و مع تسليم أن مسلك الشيخ كان مركوزا فى أذهانهم من أين يعلم أنه كان صحيحا و مسلما حتى عند الامام عليه السلام بحيث كان جواب الامام عليه السلام مبينا

على كون التواطى على البيع السابق موجبا لسقوط الخيار و يصير البيع به لازما كما هو واضح و كيف كان فظهور هذه الأخبار فى إثبات مسلك الشيخ واضح جدا.

### الوجه السادس: صحیحه محمد بن مسلم

عن رجل أتاه فقال اتبع لى متاعا لعلى أشتريه منك بنقد أو نسيئه فاتباعه الرجل من اجله قال ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه فإن إطلاق قوله عليه السلام ليس له بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه شامل لحصول الملكيه عن زمان العقد و من الواضح أن حصولها من زمان العقد يقتضى حصولها فى زمان خيار المجلس أيضا كما هو واضح، و اذن فتدل الروايه على مسلك المشهور.

و لكن يرد على هذا الاستدلال ان هذه الروايه ناظره الى أن هذه المعامله ليست من قبيل بيع ما ليس عنده لاستيجاب العقد الأول كما ذكره المصنف فى المتن فقوله ما يملكه إشاره الى هذا الاستيجاب فليست الروايه ناظره إلى حصول الملكيه من حين العقد و عدمه إذ ليس تلك الجبهه موردا للسؤال أصلا، و قد ورد فى جمله من الروايات لا توجب البيع قبل أن تستوجه و فى بعضها أنه قال عليه السلام أليس ان شاء فعل و ان شاء ترك، يعنى أن الأمر إذا كان كك بحيث أن من وعد لأحد أن يشتري شيئا و هو أيضا يشتري منه بنقد أو نسيئه أليس له أن يشتري بعد اشترا من كان بينهما تبا و تعاهد أو ترك ذلك و لم يشتري فإن كان كك فلا بأس لأنه ليس إيجابا قبل الاستيجاب، بل وعد محض و الآن ان كان مجبورا فى قبوله لتحقق البيع فى عقيدتهم فهو باطل لكونه إيجابا قبل الاستيجاب على أن وقوع الثانى فى مجلس البيع الأول نادر جدا فان الغالب، أن المشتري بعد استيجاب البيع الأول يتفرق من مجلس العقد و يذهب الى صاحبه لإنشاء البيع الثانى، بل على هذا سيره التجار فإنهم لا يبيعون

ما يشترون عند البائع، بل يخفون أمر المعامله الثانيه و على هذا فلا يبقى هنا خيار المجلس حتى يكون قوله عليه السلام ما يملكه دليلا على حصول الملكيه فى زمان الخيار كما هو واضح، ليكون التملك بنفس العقد فافهم.

و قد استدل على قول الشيخ بالروايات الداله على أن تلف المبيع فى ضمن ثلاثه أيام فى خيار الحيوان أو شرط أيام معدوده من مال البائع كصحيحه ابن سنان عن الرجل يشتري العبد أو الدابه بشرط الى يوم أو يومين، فيموت العبد أو الدابه أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟ فقال على البائع، حتى ينقض الشرط ثلاثه أيام و يصير المبيع للمشتري شرط له البائع أو لم يشترط، قال و ان كان بينهما شرط أيام معدوده فهلك فى يد المشتري فهو من مال البائع حيث استدلوا بهذه الروايه على أن المبيع فى زمان الخيار فى ملك مالكه الأول فهو البائع، و لذا يكون تلفه على البائع و انما تحصل الملكيه بعد مضى زمان الخيار و لذا قال عليه السلام حتى ينقضى ثلاثه أيام و يصير المبيع للمشتري.

أقول: الظاهر أنه لا ينكر ظهور الروايه فى قول الشيخ و ان التزم هو (ره) فى الخيار المختص بالمشتري حصول الملكيه بالعقد من حينه، و لكن حيث عرفت ظهور الروايات المتقدمه، بل صراحه بعضها فى حصول الملكيه بالعقد فيمكن حمل هذه الصحيحه على أن لزوم الملكيه و استقرارها انما هو من زمان انقضاء الخيار لا أصل تحققها، و يكون المراد من قوله عليه السلام و يصير المبيع له أن يثبت و يجب كما ورد فى أخبار خيار المجلس البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا و جب البيع أى يكون لازما و ثابتا، فان المراد من الكون و الثبوت و اللزوم و الصيروره المبيع للمشتري هو التحقق و الاستقرار و الثبوت لا الحدوث بعد ما لم يكن.

و على الجملة فالروايه قابله للحمل على هذا المعنى بعد كون ظهور



الروايات المتقدمه فى حصول الملكيه من حين العقد أقوى، و مع الإغماض عن ذلك فيقع التعارض و التكافؤ بين الروايات المتقدمه الظاهره فى حصول الملكيه من زمان العقد و بين صحيحه ابن سنان الظاهر فى حصولها من حين انقضاء الخيار، فذكر المصنف أن فى فرض المعارضه بينهما يرجع الى أصاله عدم حصول الملكيه من حين العقد، و لكن التعارض منتف فى المقام بداهه أن الطائفه الأولى معروفه و مشهوره، فلا- بدّ من الأخذ بها و رفع اليد عن الصحيحه لكونها غير معروفه فتكون الشهره المؤيده بالإجماع موجبا لترجيح تلك الطائفه الأولى و رفع اليد عن الصحيحه و ان كانت صحيحه.

أقول: كأن نظر المصنف من ترجيح الأولى من الروايات إلى الشهره الفتوائيه و الآفكلتا الطائفتين من حيث الناقل و الراوى فى مرتبه واحده فإن كليتهما خبر واحد، نعم المشهور من الفقهاء ذهبوا الى حصول الملكيه من زمان العقد، فتكون الشهره فتوائيه، فبناء على كون اعراض المشهور موجبا لوهن الخبر الصحيح تكون هذه الشهره موجبه لوهن الصحيحه و ترجيح لطائفه الأولى و لكن الأمر ليس كذلك، إذا المراد من الشهره الموجبه لترجيح فى مقام التكافؤ هو الشهره فى الروايه بمعنى كون الروايه فى نفسها ظاهره و بارزه كما ذكره المصنف فى الرسائل و استدل على ذلك بالإطلاقات العرفيه و اللغويه فيقال سيف شاهر أى ظاهر، و مقابل هذه الشهره هو النادر و الخفى أى تكون الروايه الأخرى فى مقلبها نادره و شاذه و هذا المعنى غير مربوط بالشهره الفتوائيه كما هو واضح.

و اذن فلا بد من معامله المعارضه بينهما بعد الإغماض عن الحمل المذكور فلا يكون هذه الشهره رافعه للمعارضه بكونها موجبه لترجيح الطائفه الأولى و مع التكافؤ فلا بدّ من الرجوع الى العمومات الداله على حصول الملكيه من الأول كما ذكرناه قبل ذكر أدله الطرفين و عليه فلا وجه لرجوع إلى أصاله

عدم حصول الملكيه من زمان العقد كما ذكر المصنف(ره).

و على الجملة مقتضى القاعده هو الأخذ بقول المشهور كما هو واضح لا يخفى، فافهم.

لا يقال ان غرض المصنف من دعوى كون الطائفة الأولى متقدمه على التائه لأجل الشهره و ان غرضه هو الشهره فى الفتوى و لكن مبنى المصنف أن الشهره الفتوائيه إذا قامت على خلاف الخبر الصحيح يكون موجبا لضعفه و وهنه و اذن فتكون الروايات الداله على حصول الملكيه من حين العقد متعينه و هذا لا ينافى لكون الشهره الموجهه لترجيح احدى الروايتين المتكافئتين هى الشهره فى الروايه دون الفتوى.

فإنه يقال نعم و لكنه على هذا لا تصل النوبه إلى التكافؤ أصلا، بل يكون ما هو موافق للشهره حجه و ما هو مخالف لها غير حجه لإعراض المشهور عنها، و قد فرض المصنف التكافؤ ثم رجح الطائفة الأولى بالشهره فى الفتوى كما لا يخفى.

و التحقيق أن يقال انه بناء على الإغماض عن الحمل المذكور فلا بدّ من ترجيح ما هو المدرك للمشهور بعد فرض التكافؤ فإنها موافقه لعموم الكتاب و إطلاقه الداله على حصول الملكيه من الأول كما هو واضح.

ثم استدل على كل من قولى المشهور و الشيخ بالنبوى المشهور الخراج بالضمان أما الاستدلال على قول المشهور فبتقريب أن المبيع فى زمان الخيار المشترك أو المختص بالبائع فى ضمان المشتري و خراجه له و بقاعده التلازم بين ملك المنفعه و ملك العين يثبت حصول الملك بنفس العقد.

و بعبارته أخرى أن يكون الضمان للمشتري فى زمن الخيار يكشف كون المنفعه له كشفا لميّا و يكون المنفعه له يكشف كون العين داخله فى ملكه بالعقد كشفا إتيّا.

و فيه أولا- أنه لم يعلم من القائلين بالتوقف كالشيخ و من تبعه التزامهم بكون التلف فى زمان خيار المشتري له و ضمانه عليه، و الذى هو المبدء لهذا الاستدلال هو إثبات ضمانه فى زمن الخيار للمشتري و هو ممنوع.

و ثانيا على القول بالضمان أن الملازمه بين ضمان العين و ملك المنافع انما يتم بناء على ما ذكره أبى حنيفة من القول بكون الخراج لمن عليه الضمان و ان كان ذلك الضمان بالغصب حيث ذكر فى الدابه المغصوبه أن الضمان للغاصب و المنافع أيضا له و لكنه على هذا المبنى أيضا لا يكون ملك المنافع كاشفا عن ملك العين أنا قد ذكرنا فى المقبوض بالعقد الفاسد، فساد هذا المبنى، و قلنا ان المراد من النبوى الخراج بالضمان هو الضمان المعاملى لا مطلق الضمان، يعنى أن من ضمن الشئ بالمعامله بحيث لو تلف لكان التلف من كيسه، فالمنافع أيضا له، و من المعلوم أن الضمان المعاملى فى المقام معدوم بناء على مسلك الشيخ لعدم تحققها فى الحقيقه الملك الى انقضاء زمان الخيار، فكيف يحكم بالضمان غايه الأمر يكون المقام من قبيل الضمان فى المقبوض بالسوم كما هو واضح، فلا دلالة فى الحديث على مسلك المشهور.

و ثالثا: قد عرفت أنه ليس المعروف من مسلك الشيخ أن تكون الملكيه متوقفه على انقضاء الخيار فى كون الخيار للمشتري أيضا، بل التزم فى هذا الفرض بعدم التوقف و اذن فلا يكشف من حصول الملكيه من زمان العقد فى فرض كون الخيار للمشتري بالحديث حصولها بنفس العقد مطلقا كما هو واضح.

و على الجملة فلم يتم الاستدلال بالنبوى على قول المشهور.

و أما الاستدلال به على قول الشيخ فان مقتضى النبوى الخراج بالضمان هو أن المنافع بإزاء الضمان و ينعكس بعكس النقيض الى أن من ليس

ضامنا ليس الخراج له، و بضميمه قاعده التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له ينتج عدم حصول الملك فى زمان الخيار، فان كون التلف على البائع فى زمان خيار المشتري يقتضى أن يكون منافع المبيع للبائع لأن الخراج بالضمان و مقتضى كون المنافع له أن يكون المبيع أيضا فى ملكه، و اذن فلم تحصل الملكيه للمشتري فى زمان الخيار، و هكذا العكس بأن كان الخيار للبائع دون المشتري كما هو واضح.

و لكن يرد عليه أنه مضافا الى اعتراف الشيخ بحصول الملكيه للمشتري فى زمان خياره و مقتضى النبوى هو عدم الحصول أنك قد عرفت أن المراد من النبوى هو الضمان المعاملى دون مطلق الضمان بمعنى أن الاستفادة منه أن الضمان العقدى فى مقابل الضمان الغصبى يقتضى كون المنافع للضامن و ح فالضمان فى المقام و إذا كان حاصلا لمن لا- خيار له و ليس المقام مثل الاستدلال السابق حتى نمنع عدم الضمان و لكن هذا الضمان ليس بضمان معاملى إذ المنافع لذى الخيار و لا ضمان غصب، بل هو ثابت بالتعبد، و عليه فكون التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له يكون خارجا عن القاعده بالنص، فان مقتضى القاعده كون تلف كل مال على مالكه، فهذا الضمان لا ضمان غصب و لا ضمان معاملى، بل ضمان تعبدى، و كك كون التلف قبل القبض من مال البائع أيضا خارج عن القاعده بالنص فان مقتضى القاعده هو كون تلف كل مال على مالكه و انما التخلف هنا بواسطه النص فالضمان هنا تعبدى كما هو واضح.

و على الجملة كون التلف فى زمن الخيار ممن لا- خيار له و كك كون التلف قبل القبض من مال البائع إنما خرج عن القاعده الكليه أعنى كون تلف كل مال على مالكه بواسطه النص فالضمان فيها لا معاملى و لا غصبى، بل هو تعبدى، فلا يكشف من هذا الضمان أن الملكيه لم تحصل قبل القبض أو فى

زمان الخيار كما هو واضح، بل الضمان حاصل و لكنه ضمان تعبدى بخلافه فى الاستدلال بالنبوى على القول المشهور فان الضمان أيضا هناك لم يكن حاصلًا.

و على الجملة فلا- دلالة فى النبوى على قول الشيخ أيضا و يضاف الى جميع ذلك أى الأجوبه المذكوره عن الاستدلالين أن النبوى ضعيف السند و غير منجر بشىء و لم ينقل فى كتب الخاصه إلا مرسلًا فلا يكون حجه لنا فى شىء أصلا.

### قوله مسأله: و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار

#### إشارة

فى الجملة،

بمعنى انفساخ العقد بالتلف لا أن يكون على من لا خيار له إعطاء بدل المبيع كما هو واضح،

#### و يتضح هذه المسأله فى ضمن جهات:

### الأولى: فى بيان أن هذا الحكم تختص بخيارى الحيوان و الشرط أو يجرى

فى غيرهما من الخيارات

كما ذهب اليه صاحب الرياض و غيره مدعيا له الاتفاق.

و بعبارة أخرى بعد ما قلنا بكون التلف بعد القبض فى زمن الخيار من مال لا خيار له فى خيارى الشرط و الحيوان يقع الكلام فى أن هذا الحكم من مختصات هذين الخيارين أم لا؟ بل يجرى فى غيرهما من الخيارات أيضا فنقول: أما ثبوت ذلك الحكم فى الخيارين المذكورين أعنى خيارى الشرط و الحيوان فمما لا شبهه فيه لروايه ابن سنان و ان كان بينهما شرط أياما معدوده فهلك فى يد المشتري فهو من مال بايعه حتى ينقضى شرطه، و يصير المبيع للمشتري و قد تقدم أن المراد من صيروره المبيع للمشتري كونه له مستقرا فإنه كان قبل انقضاء زمان الخيار له متزلزلا لا أنه لم يحصل الملك له أصلا على ما سلكه الشيخ الطوسى و قد تقدم الكلام فى ذلك مفصلا و كيف كان فلا شبهه فى صراحه هذه الروايه فى أن التلف فى زمان خيار الحيوان و الشرط ممن لا خيار له و ان كان ذلك أى التلف بعد القبض.

و انما الكلام فى جريان هذا الحكم فى غيرهما من الخيارات، وقد استدل على كونه من أحكام جميع الخيارات بوجه، منها الاتفاق، حيث انه قد ادعى صاحب الرياض وغيره كالمحقق آقا جمال فى حاشيه للمعه الاتفاق على جريان ذلك فى غير خيارى الحيوان و الشرط من بقيه الخيارات.

و فيه أولا: أن وجود الاتفاق أعم من وجود الإجماع إذ يمكن أن يكون هنا اتفاق العلماء على مسأله و لا يكون هنا إجماع تعبدى لوجود مخالف لم يصل الى مدعى الاتفاق فلا يلزم دعوى الاتفاق دعوى الإجماع التعبدى كما هو واضح.  
و ثانيا: على تقدير أن يكون الاتفاق إجماعا فيمكن أن يكون مستنده الوجهان الإتيان فلا يكون هنا إجماع تعبدى أصلا كما هو واضح.

و ثالثا: ليس هنا اتفاق كيف فإنه خالف فى المسأله جملة من الأكابر كالمحقق و أمثاله كما هو لا يخفى.

الوجه الثانى: أنه قد ثبت ضمان المبيع على البائع و ضمان الثمن على المشتري قبل القبض فنشكك فى ثبوت ذلك عليهما بعد القبض و فى زمن الخيار أى ثبوت الضمان على البائع فى زمان خيار المشتري و ثبوت الضمان على المشتري فى زمان خيار البائع و عدمه نستصحب ذلك حتى يصير العقد لازما.

و فيه أولا أن الاستصحاب لا يجرى فى الشبهات الحكيمه على ما ذكرناه فى محله للمعارضه الدائمه.

و ثانيا: أنه تعليق فلا- نقول بحجيه الاستصحاب التعليقى و فيه أن الاستصحاب التعليقى فيما إذا كان الحكم التعليقى ثابتا بعد الاستصحاب ففى المقام الحكم الثابت قبل القبض نستصحه بعده.

و ثالثا: أن الموضوع غير باق فى حاله بداهه أن الضمان انما ثبت

قبل القبض و كلامنا بعد القبض و قد تبدل موضوع القضييه المتيقنه إلى موضوع آخر فلا اتحاد بين موضوعى قضيتين المشكوكه و المتيقنه فلا يجرى الاستصحاب مع تبدل الموضوع.

و رابعا: أن المقام من صغريات المسأله المتقدمه فى محلها من دوران الأمر بين العمل بالعام أو استصحاب حكم المخصّص و قد قلنا انه يتمسك بالعموم، فان مقتضى العمومات هو حصول المبادله بين المالىن و صيروره كل منهما ملكا للآخر بحيث يكون تلف كل من ماله الفعلى و قد خرج من ذلك العموم زمان قبل القبض فيبقى الباقي تحت العام كما هو مقتضى العمل بالعمومات بحسب الأزمان كما هو واضح، و قد تقدم ذلك مفصلا فى بعض المباحث السابقه.

و خامسا: أن الدليل أخصّ من المدعى، فإنه قد لا يكون ضمان على البائع من أول الأمر حتى قبل القبض لكى يستصحب ذلك الضمان بعد القبض فى زمن الخيار الى أن ينقض ذلك كما إذا كان المبيع عند المشتري قبل البيع و ح فلا ضمان للبائع حتى يستصحب ذلك الى زمان لزوم العقد كما هو واضح.

و على الجملة فلا يمكن إثبات كون التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له بمثل هذه الوجوه، و اذن فلا بدّ من ملاحظه دليل أصل الحكم أعنى الروايه الوارده فى المقام ليلاحظ أنه هل تشمل هذه الروايه لغير خيارى الشرط و الحيوان أم لا، فان قلنا بأن المراد من قوله عليه السلام فى صحيحه ابن سنان حتى ينقضى شرطه أو الشرط باللام خاليا عن الضمير و كذا المراد من قوله عليه السلام فان كان بينهما شرط أياما معدوده ان كان المراد من كلمه الشرط فى هذه الروايه الطبيعه المطلقه الشامله لكل شرط سواء كان فى الحيوان أو فى غيره، و سواء كان مجعولا للمتعاقدين و ثابتا باشتراطهما

أم لا كخيار المجلس وغيره وكذلك خيار الرؤيه والعيب والغبن فلا شبهه في صدق الشرط على جميع ذلك و عليه فمقتضى الروايه أن يكون التلف في زمن أي خيار من مال من لا- خيار له، و ان كان غير خيارى الحيوان و الشرط و ان قلنا ان المراد من الشرط المذكور في الروايه هو العهد بأن يراد منه خصوص الشرط في خيار الحيوان المعجول للشارع أو خصوص الشرط الثابت في خيار الشرط الثابت بجعل المتعاقدين فلا تشمل الروايه لغير خيارى الحيوان و الشرط و لكن الظاهر هو الثانى، فإن الظاهر أن اللام في قوله عليه السلام حتى ينقض الشرط إشاره إلى الشرط المعهود في خيار الحيوان و هذا ظاهر لو كانت النسخه حتى ينقض شرطه، فان الضمير يرجع الى الحيوان، و من هنا يتضح الحال من قوله عليه السلام ان كان بينهما شرط أياما فإنه و ان لم يكن مصحوبا باللام و لا ملحوقا بالضمير إلا أن المراد منه هو الشرط الذى الشرط باللام الداخلى فيه أى الشرط المعهود كما تقدم فإنهما قد ورد في روايه واحده فيكون ما هو المراد من مصحوب اللام هو المراد من الخالى منه، و كيف كان فاراده الطبيعه منهما خلاف الظاهر من الروايه، فإن محط الكلام في الروايه هو الشرط في بيع الحيوان و الشرط الذى جعل بجعل المتعاقدين على أنه مع الغض عن ذلك أن قوله عليه السلام ان كان بينهما شرط أياما معدوده ظاهر في خيارى الحيوان، و الشرط بحيث يكون المراد من القيد أعنى أياما معدوده هو القيد الاحترازى فلا نريد أن نتمسك بالمفهوم حتى يستشكل فيه بعدم حجيته مفهوم الوصف بل نقول ان مقتضى الظاهر أن قيد الأيام قيد احترازى بمعنى ان الموضوع من الأول مضيق بما إذا كان الشرط أياما معدوده بحيث يكون محدودا من الأخير فالحكم ثابت على هذا الموضوع المضيق و لا شبهه أن الشرط أياما معدوده و محدودا من الآخر لا يكون إلا في خيار الحيوان الذى إلى ثلاثه



أيام و فى خيار الشرط فإنه أيضا يكون أياما بحسب الجعل و محدودا من الآخر.

و أما فى غيرهما و ان كان يمكن أن يكون أياما و لكنه لا يكون محدودا من الآخر ليكون أياما معدوده فإن الشرط فى غيرهما قد يكون قليلا و قد يكون كثيرا، كما إذا كان المتبايعين محبوسين فى مكان، فان خيار المجلس يبقى مده و قد يكون قليلا كما إذا تفرقا بعد دقيقه و كذا خيار العيب و الرويه و الغبن هذا إذا قلنا بأن الخيار فى موارد خيار الغبن و الرؤيه و العيب، انما ثبت من الأول حيث أنه يمكن أن يكون قليلا- و يمكن أن يكون كثيرا، إلا- أنه غير محدود بحد و ليس ذلك مثل خيار الحيوان ليكون ثلاثه أيام دائما و محدودا و لا مثل خيار الشرط ليكون أياما عديده أيضا و محدودا و من هنا يعلم أنه لا تشمل الروايه لغرض قبل خيار الشرط لازما مده العمر لعدم كونه محدودا و أما إذا قلنا بان الخيار فى أمثال ذلك، انما ثبت من زمان ظهور العيب فقط فشمول الروايه لها أشكل حتى مع القول بعدم اختصاص الحكم بخيارى الحيوان و الشرط بداهه أن الظاهر من قوله عليه السلام حتى ينقضى الشرط، و يصير المبيع للمشتري، أن الحكم مختص بمورد لم يتصف العقد باللزوم بعد بحيث يكون لازما و يكون المبيع للمشتري ملكيه مستقره بعد زوال زمن الخيار و أما إذا كان العقد لازما فى زمان و يكون الخيار طارئ عليه بعد اللزوم بحيث يكون الخيار خيارا منفصلا، فلا شبهه فى عدم شمول الروايه لهذه الصوره أصلا لعدم صدق قوله عليه السلام حتى يصير المبيع ملكا له كما هو واضح لا يخفى، فافهم، لان المبيع قد صار ملكا لازما له قبل ذلك و ظاهر الروايه أنه لم يصير ذلك ملكا له كك، بل انما يكون كك بانقضاء زمن الخيار لما عرفت أن المراد من صيروره المبيع ملكا له ليس هو كونه ملكا له حقيقه من ذلك الزمان، بل المراد أن يكون ملكا له

لازما و إلا كان ملكا له مترلزلا بنفس العقد.

و الحاصل: أنك قد عرفت الكلام فى الجهه الاولى و ملخصه أنه لا شبهه فى أن التلف فى زمان خيار الحيوان و الشرط من مال البائع للروايات الخاصه فتكون تلك الروايات موجه لرفع اليد عن مقتضى القاعده و هو كون تلف كل مال على مالكة، و أما التعدى من خيار الحيوان و الشرط الى غيرهما فإنما هو من وجوه، و هى الاتفاق و الاستصحاب و الاستفاده من الروايه و شىء من ذلك لم يتم دلالتها على المقصود و لا يمكن رفع اليد بها عن مقتضى القاعده و هو كون تلف مال كل مالك على مالكة هذا هى الجهه الأولى.

### الجهه الثانيه: أنك قد عرفت الكلام فى كون التلف فى زمان خيار

المشتري من مال البائع

و أن هذا الحكم مختص بخيارى الحيوان و الشرط و انما الكلام فى هذه الجهه فى أنه إذا كان الخيار للبائع و تلف المبيع فى زمان خياره، فهل يكون ذلك من المشتري أم لا؟ أقول: تاره يقع الكلام بعد قبض المشتري المبيع و أخرى قبله أما الكلام فى الأول فلا- شبهه فى كون التلف من المشتري لكونه موافقا للقاعده، إذ المفروض أنه مملوك له فيكون تلفه على مالكة و ليس ذلك مثل الجهه الأولى بأن يكون التلف على غير المالك حتى نحتاج الى الدليل الذى يكون مخرجا عن القاعده كما هو واضح، بل هو موافق للقاعده كما لا يخفى.

و أما إذا كان التلف قبل القبض فى المقام تظهر الثمره فإن قلنا بشمول قاعده أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له شامله لما قبل القبض أيضا فيكون التلف للمشتري مع أنه كان من البائع لكونه تلقا قبل القبض و ان قلنا بعدم الشمول كان التلف من البائع الظاهر أنه لا يكون من المشتري و أن القاعده لا تشمل لما قبل القبض و ذلك لأن الظاهر من الروايات الداله على هذه القاعده أى كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له أنها وارده

ص: ٥٢٤

فى مقام توسعه ضمان البائع حيث ان ضمان المبيع على البائع قبل القبض فقد أثبتت هذه القاعدة كونه على البائع بعد القبض أيضا توسعه لذلك وح لا معنى للالتزام بكونها تخصيصا لقاعده أن التلف قبل القبض من مال البائع بان لا يكون له فى زمان خياره للمشتري، بل كانت القاعدة حاكمه عليها و وارده فى مقام التوسع القاعدة الاولى، و عليه فلا- مورد لهذه القاعدة أصلا، أعنى قاعده كون التلف لمن لا- خيار له فيما لم يقبض البائع المبيع مع كون الخيار له فلا يكون هذه الصوره مشموله للروايات الداله على كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له على ان المذكور فى الروايات هو البائع و لم يذكر المشتري فى شىء منها بان يكون التلف من المشتري فى فرض كون الخيار للبائع كما هو واضح.

### **الجهه الثالثه: فى أن هذا الحكم مختص بالمبيع أو يشمل الثمن أيضا**

بأن تلف الثمن فى زمان خيار البائع و عليه فإذا تلف الثمن فى بيع الخيار كان على البائع دون المشتري، و ذلك من جهه أنا نعلم أن الضمان الثابت هنا عباره عن ضمان واحد ثابت من أول العقد الى انقضاء زمان الخيار و هو عدم كون عهده المبيع على ذى الخيار و كون عهده على غيره، و من الواضح أن الثابت من حين العقد الى زمان القبض ليس الضمان إلا انفساخ العقد بالتلف لا كون مثل المبيع أو قيمته على البائع فيكون معناه بعد القبض أيضا كك فقد حكم الامام عليه السلام فى هذه الروايات باستمرار ذلك الضمان الثابت قبل القبض الى بعد القبض أيضا، و عليه فلا يكون هذه القاعدة مخصّصه للضمان قبل القبض، بل حاكمه لها بمعنى توسعه دائرتها فلو كان ضمان المبيع على المشتري إذا تلف قبل القبض مع كون الخيار للبائع فلازمه أن يلتزم بضمان المثل أو قيمه و من هنا ظهر عدم شمول القاعدة مورد خيار تأخير التسليم كما هو واضح، فافهم.

وقد عرفت أن ما دل على تسريه الحكم الى غير خيار الحيوان و الشرط انما هو بأحد وجوه ثلاثه الاتفاق و الاستصحاب و الاستفادة من الروايات و قد عرفت الجواب عن جميع ذلك، و هل يمكن التمسك بشيء من تلك الوجوه هنا لتسريه الحكم الى الثمن أم لا؟ و الظاهر أنه لا يصح، أما دعوى الاتفاق فهي مجازفه لعدم تصريح أحد بذلك ممن يعتد بقوله من الأكابر، فكيف يمكن دعوى الإجماع هنا و على تقدير ثبوته، فالجواب هو الجواب الذى تقدم فى الجبهه الاولى.

و أما الاستصحاب فيقرب بأن الثمن قبل أن يقبضه المشتري من البائع كان ضمانه على المشتري دون البائع، فإذا أقبضه منه و كان الخيار للبائع فانا نشك فى بقاء الضمان عليه، و عدمه فنستصحب ضمان المشتري قبل الإقباض.

و لكن يرد عليه جميع ما ذكرناه فى الجبهه الاولى من عدم كون الاستصحاب حجه فى الشبهات الحكيمه و من تبدل الموضوع بداهه أن الضمان كان على المشتري قبل القبض، ففى المقام بعد القبض و من كون الدليل أخص من المدعى، فإنه قد لا يكون ضمان الثمن على المشتري من الأول فلا يكون هنا موضوع للاستصحاب و من أن مقتضى العمومات هو كون العقد ثابتا بعد التحقق فى جميع الأزمنه إلا- فيما كان التلف فى زمن خيار المشتري فى خيارى الشرط و الحيوان، فإنه يكون العقد ح منفسخا، ففى المقام لا دليل على الانفساخ لعدم الوجه لاستصحاب حكم المخصص.

و بعباره أخرى ان المقام من قبيل دوران الأمر بين الحكم بحكم العام و بين العمل بحكم المخصّص و قد ذكرنا مرارا هنا و فى الأصول أنه يتمسك بالعام فى غير زمان التخصيص دون استصحاب حكم المخصص كما هو واضح فما ذكره المصنف (ره) من التمسك بالاستصحاب ضمان المشتري قبل القبض

و قد بقى الكلام فى أن هذا الاستصحاب الذى يتوهم جريانه فى المقام و فى الجهه الأولى أيضا استصحاب تنجيزى أو استصحاب تعليقى، فنقول ان كان معنى الضمان هنا عباره عن كون مثل التالف أو قيمته ثابتا على عهده البائع الذى ليس له خيار، فالاستصحاب تنجيزى كما التزم به شيخنا الأستاذ مع كون مبناه أن الضمان بمعنى انفساخ العقد الذى مقتضاه أن يقول بكون الاستصحاب تعليقىا الذى لا يقول بحجيته بداهه أن ضمان الثمن كان على المشتري قبل الإقباض و عهده عليه و ثبوت المثل أو قيمه على تقدير التلف من أحكام ذلك، و من آثار ثبوت العهده على المشتري لا أن معنى الضمان عباره عن التعهد بالمثل أو قيمه على تقدير التلف لكى يقال ان الاستصحاب تعليقى بمعنى أنه لو تلف كان مثله أو قيمته على المشتري فان هذا الحكم كان ثابتا قبل القبض فنستصحب بعد القبض أيضا، و على هذا فالاستصحاب تنجيزى و لكنه لا يجرى فى المقام لأنه من القسم الثالث للاستصحاب الكلى لأن ثبوت العهده على المشتري قبل الإقباض موجود حيث لم يقبض الثمن، و أما بعده فنشك فى حدوث سبب آخر للضمان و فرد آخر يوجب ثبوت العهده على المشتري مقارنا لذهاب الفرد الأول من سبب الضمان و هو كون المال تحت يده قبل القبض فلا يجرى الاستصحاب فى ذلك.

و بعباره اخرى أن الضمان قبل القبض انما هو من جهه الشرط الضمنى فيرتفع موضوعه بالتسليم و ثبوته بعده انما هو سبب آخر مشكوك الحدوث فالمستصحب داخل فى القسم الثالث من استصحاب الكلى فلا يجرى الاستصحاب فى مثل ذلك، و أما إذا كان الضمان هنا بمعنى انفساخ العقد كما عليه المصنف و أن المبيع أو الثمن يدخل فى ملك الضامن أنا ما فيتلف

من ملكه فيكون الاستصحاب تعليقا لأن الانفساخ انما يثبت و يتحقق بعد التلف فالانفساخ على تقدير التلف حكم تعليقي فاستصحابه بعد التلف يتوقف على جريان الاستصحاب التعليقي، فلا نقول به كما لا يقول به شيخنا الأستاذ فيكون هذا اشكالا آخر للتمسك بالاستصحاب هنا و في الجبهه الأولى كما لا يخفى سيأتى الكلام فيه إنشاء الله تعالى.

و أما استفاده حكم ذلك من الأخبار سواء قلنا بالتعدى عن خيار الحيوان و الشرط أم لم نقل بذلك، فلا يمكن ذلك لأن المذكور فى الروايات انما هو تلف المبيع دون الثمن فيكون فرض تلفه خارجا عن حدود الروايات كما هو واضح، إلا أن تمسك بها من جهة تنقيح المناط بدعوى أن المناط فى كون تلف المبيع على البائع فى زمان الخيار انما هو تزلزل العقد و هذا المناط موجود فى صورته كون التالف هو الثمن فى زمان خيار البائع فيكون تلفه على المشتري و لكنه واضح البطلان لكونه مبنيًا على جواز العمل بالقياس و الاستحسان و نحن لا نقول به فلا يمكن تعديده الحكم الى الثمن سواء قلنا بتعديته الى غير خيار الحيوان و الشرط أم لا؟ و من هنا ظهر أنه لا وجه لتوهم كون التلف مَمَّن عليه الخيار فى بيع الخيار بان باع داره بثمن و جعل لنفسه الخيار إلى سنة ثم تلف الثمن فى ذلك زمان فإنه لا يكون على البائع.

### **الجبهه الرابعه: فى أن المراد من الضمان الذى نبحت فى ذلك أى**

شئ

هل المراد منه ثبوت عهده المبيع على البائع بالمثل و قيمه أو المراد من ذلك انفساخ العقد، و الذى يظهر من الشهيد و اختاره شيخنا الأستاذ هو الأول، و لكن المشهور المعروف بل المتسالم عليه هو الثانى كما اختاره فى المتن و الوجه فى ذلك أمران:-  
الأول: أن الظاهر من الضمان الذى ثبت فى المقام هو ضمان واحد

ص: ٥٢٨

ثابت من أول العقد و ابتدائه إلى انتهاء خيار الحيوان و الشرط أو خيار آخر أيضا بناء على التعدى من خيارى الحيوان و الشرط الى غيرهما.

و لا شبهه أن الضمان الثابت قبل القبض ليس الا هو انفساخ العقد على تقدير التلف و لم يتوهم أحد كون الضمان هنا هو التعهد بالمثل أو القيمة، بل معناه هو انفساخ العقد و فرضه كأن لم يكن إذ الشارع قد حكم بكونه أى التلف قبل القبض من البائع و كأنه لم يتحقق العقد و لم يخرج البائع من ضمان العين بالإقباض و إذا كان قبل القبض بهذا المعنى، فيكون كك بعد القبض أيضا فإن الظاهر أن الضمان الوارد فى الروايات الداله على أن التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له بمعنى واحد و على نهج فارد كما لا يخفى.

و دعوى ثبوت القاعده فى مورد خيار التأخير بلا وجه، و قد تقدم عدم ثبوت القاعده قبل القبض ليكون مقتضيا للضمان قبل القبض بأن يكون التلف من المشتري فى زمان خيار البائع.

الأمر الثانى: أن المذكور فى الروايات أن التلف فى زمن الخيار من مال البائع فى جواب السائل عن كون الضمان على من، و لا شبهه أنه انما يكون من مال البائع إذا كان الضمان هنا بمعنى انفساخ العقد فإنه يكون المبيع للبائع أنا ما قبل التلف ثم يتلف و أما إذا كان الضمان بمعنى التعهد بالمثل أو القيمة فلا- يكون التلف من مال البائع، بل يكون من مال شخص آخر إذ لا معنى لنسبه التلف الى مال البائع مع كون التالف مال شخص آخر فيعلم من ظاهر الروايه أن الضمان هنا بمعنى انفساخ العقد كما هو واضح.

### **الجهه الخامسه: من الكلام فى أن مورد هذه المسأله هل هو العين**

الشخصيه

بأن باع شيئا فتلف فى زمن الخيار سواء كان مختصا بالمبيع أو أعم منه، و من الثمن و سواء كان مختصا بخيارى الحيوان و الشرط أو أعم منهما

ص: ٥٢٩

أو يعم مورد البحث عين الكليه أيضا بأن باع كليًا و اقبض فردا منه ثم تلف ذلك الفرد في زمن الخيار،الظاهر هو الأول لوجهين:- الأول:أن ما وقع عليه العقد انما هو الكلى دون الفرد،و الفرد انما دفعه البائع إلى المشتري من جهة انطباق الكلى عليه لا- أنه هو المبيع و لذا لو ظهر فيه عيب أو غش أو تخلف وصف يبدله بشخص آخر غيره،لا- أنه يكون مخيرا بين الفسخ و الإمضاء مع الأرش أو مجانا كما كان الأمر كذلك لو ظهر المبيع الشخصى معيوبًا،و فى المقام أيضا كك فإنه إذا باع كليًا و سلم فردا منه و تلف ذلك فى زمان خيار الحيوان،أو الشرط،فإنه لا يكون ذلك من مال البائع لعدم كون المبيع تالفًا،فإنه هو الكلى و الكلى لا- يتلف و انما التالف هو ما انطبق عليه الكلى،و من الواضح أن الظاهر من الروايه هو أن يكون التالف هو المبيع بنفسه كما هو واضح لمن راجع إليها.

الوجه الثانى:انك قد عرفت أن الضمان هنا بمعنى انفساخ العقد و كون التالف على البائع كأن لم يكن هنا عقد أصلا،بحيث يكون المبيع داخلا- فى ملك البائع أنا ما قبل التلف فيكون تلفه عليه،و لا معنى لانفساخ العقد الواقع على الكلى،بإتلاف الفرد كما ذكره المصنف(ره).

### **الجهه السادسة:أنه هل مورد البحث مختص بما إذا كان التالف**

مجموع المبيع أو يعم

بما إذا كان التالف جزء منه أو وصفا من أوصافه الصحه، بل وصفا غير دخيل فى الصحه و أنه على تقدير عمومه لذلك فما هو معنى الضمان هنا،فقد ذكر المصنف أن معنى الضمان فى فرض كون التالف هو جزء المبيع انفساخ العقد فى الجزء كبيع ما يملك و ما لا يملك فى صفقه واحده فإنه يفسخ فى أحدهما دون الآخر لانحلاله الى بيعين و سكت عن كون التالف وصفا من أوصاف المبيع سواء كان ذلك وصف الصحه أم لا،و لكن الظاهر أن مورد البحث لا يعم بصوره كون التالف جزء من المبيع أو وصفا

ص: ٥٣٠



و الذى ينبغى أن يقال هو أن مورد البحث مختص بتلف المبيع بأجمعه، فلا يعم بما إذا كان التالف جزء منه أو وصفاً من أوصافه و ذلك لأن الظاهر من قول السائل إذا حدث فيه حدث على من يكون ضمانه و من قوله عليه السلام على البائع، و ان كان يشمل تلف الجزء و الوصف كليهما و هذا لا شبهه فيه، و لكن لا بدّ و أن يلاحظ أن المراد من الضمان هو التعهد بالعين و كون عهدها على الضمان، و هذا معنى واحد يشمل لصوره تلف العين قبل القبض و بعده فى زمان الخيار فيكون العقد منفسخاً و يكون المراد من كون عهده العين التالفه على البائع كون التلف فى ملكه كأنه لم يقع عليه العقد و فى صورته كون التالف هو الوصف كون العهده على البائع عبارته عن فرض هذا التلف قبل البيع، فلو كان البيع واقعا على مبيع بعنوان كونه واجداً لوصف الصحة أو الكمال الموجب لزيادته المالىة أو لوصف لا يكون دخيلاً فى زيادته المالىة ثم علم بذلك فإن المشتري يكون له الخيار أى خيار تخلف الوصف و فى فرض ظهور المبيع معيوباً يكون مخيراً بين الفسخ و الإمضاء مجاناً أو مع الأرش، و قد تقدم تفصيل ذلك و كون الأرش واقعا فى الطول أو العرض.

و إذ عرفت ذلك ففى المقام أيضاً كذلك حيث ان المبيع إذا حدث فيه حدث فى زمان الخيار، فمعنى كون التلف على البائع فرض ذلك الحدث فى المبيع قبل وقوع العقد عليه، فكما كان المشتري فى فرض ظهور المبيع معيوباً أو فاقداً للوصف مخيراً فى فسخ العقد و إمضائه، و فى صورته كونه معيوباً كان له أخذ الأرش أيضاً، و كذلك له ذلك إذا كان حدوث الحدث فيه فى زمان الخيار كما تقدم و من هنا اتضح أنه لا يفسخ العقد فى صورته تلف جزء المبيع كما ذهب إليه شيخنا الأستاذ بل يثبت للمشتري خيار الفسخ بداهه

أن الظاهر من الروايات الداله على كون التالف من مال البائع أن يكون مجموع المبيع تالفا لا بعضه و من جميع ما ذكرناه ظهر أنه لا يكون الضمان الوارد فى الروايات فى هذه المسأله مستعملا فى أكثر من معنى واحد لما عرفت أنه بمعنى كون التالف على عهده البائع و هذا المعنى تختلف بحسب اختلاف المصاديق و لا يشبهه أن اختلاف المصاديق بحسب الموارد أجنبى عن استعمال اللفظ فى أكثر من معنى واحد كما لا يخفى، و أيضا ظهر من ذلك أن ما ذكرناه سابقا من كون الاستصحاب تنجيزيا متوقف على كون الضمان بمعنى العهده و فى المقام بمعنى الانفساخ فيكون الاستصحاب تعليقا ليس كذلك، بل الضمان بمعنى انفساخ العقد فيكون الاستصحاب تنجيزيا كما هو واضح.

و أما ما دل على كون ضمانه على البائع فى زمان خيار المشتري إذا حدث فيه حدث فقد عرفت معناه و أن المراد من ذلك فرض الحدث حادثا قبل البيع كما لا يخفى.

و على الجملة فلا يستفاد من الروايات انفساخ العقد بالنسبه إلى الجزء الفائت فى زمان الخيار.

لا يقال ان البيع و ان كان بحسب الحدوث واحدا و لكنه منحل الى الاجزاء كما فى بيع ما يملك مع ما لا يملك، و عليه فلا بأس من الالتزام بانفساخ العقد فى الجزء الفائت كما ذهب اليه المصنف و اختراه شيخنا الأستاذ أيضا.

فإنه يقال ان الانحلال و ان كان صحيحا بحسب نفسه و لكن لا يمكن الالتزام به فى جميع الموارد، بل يختلف بحسب اختلاف الأحكام كما تقدم فى خيار المجلس فإنه إذا باع أحد شيئين بصفقه واحده و ان كان البيع منحلا إلى شيئين و لكن ليس له أن يفسخ العقد فى أحدهما بخيار المجلس

دون الآخر فان الانحلال لا- يجرى بالنسبه إلى مثل هذا الأحكام الثابته لمجموع المبيع بما هو مجموع و مقامنا أيضا من هذا القبيل حيث ان الظاهر من الدليل أن التلف انما يكون موجبا لانفساخ العقد إذا كان واقعا على مجموع المبيع لا على بعضها و ان كان البيع الواقع على كل جزء بحسب الانحلال و لكن بيعا مستقلا و الانحلال لا- يجرى بالنسبه الى هذا الحكم لكونه على خلاف الظاهر من الروايه كما هو واضح، فافهم.

### **الجهه السابعه: أنه لا شبهه في أنه إذا كان التلف بآفه سماويه أو**

نحوها

بان اقتترسه حيوان أو مات لمرض و نحوه كالسقوط من شاهق أن التلف يكون ح من مال البائع، فيما إذا كان التلف في زمان خيار المشتري، هذا هو مورد الروايات لقوله عليه السلام أو هلك، فان الظاهر من ذلك هو هلاكه بمعنى إتلاف متلف، و هل يعم الحكم بصوره الإتلاف بان يستند التلف الى فعل أحد الصادر عنه بالإراداه و الاختيار فيكون ح أيضا من مال لا خيار له.

أو لا- يعم الحكم بذلك، بل يكون التلف من المتلف فنقول ان الصور المعقوله المتصوره في المقام لا- يخلو عن ثلاثه:-  
الاولى: أن يكون المتلف هو الذى كان عليه الخيار كالبائع مثلا.

الثانيه: أن يكون هو المشتري الذى له الخيار.

الثالثه: أن يكون المتلف هو الشخص الأجنبى.

أما الصوره الاولى: فلا شبهه أن التلف يكون عليه لأنه هو السبب التام فى ذلك فمقتضى قاعده الضمان بالإتلاف يكون التلف محسوبا عليه من غير احتياج إلى قاعده كون التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له.

و أما الصوره الثانيه: فكك أيضا فإن الضمان انما على المشتري فلا يكون ذلك موجبا لانفساخ العقد، و إلا لا يتمكن أحد من شراء حيوان و ذبحه و أكله و ضيافته فى زمان الخيار، فإنه بالذبح المجرى يفسخ العقد و يفرض

كالعدم و يكون المذبوح راجعا الى ملك البائع كما هو واضح، وهذا على خلاف الضروره من الشرع و العقلاء، بل إتلاف ذى الخيار المبيع مع العلم بالحكم يكون إسقاطا للخيار و التزاما للعقد، و الحاصل أن اقدمه بإتلاف المبيع بإرادته و اختياره موجب لثبوت الضمان له و إسقاط خياره و إقرار للعقد فلا يكون مثل هذا الإتلاف وسيله لكون التلف ممن لا خيار له كما هو واضح.

و من هنا ظهر الحال فى الصورة الثالثه أيضا حيث ان ضمان ذلك المال على المتلف لا على من عليه الخيار كما لا يخفى.

### ثم ان هنا مسأله أخرى يوهم كلام المصنف الخلط بينها و بين المسأله

المتقدمه من تجزيه الإتلاف عن التلف

فيتخيل أن المسأله الثانيه من تتمه المسأله الاولى و من ذيلها و لكن الأمر ليس ككك، بل غرض المصنف مع غلق عبارته و اضطرابه أنه استند التلف إلى الإتلاف فماذا يصنع فى المقام فهل يبقى الخيار فى حاله أو لا، و مع فسخ ذى الخيار فى هذه الحاله الى من يرجع و ذكر أنه ان كان المتلف هو ذى الخيار فلا شبهه فى سقوط خياره فان العقد لازما بهذا التصرف كما عرفت فلا خيار له، و ان كان المتلف هو من عليه الخيار كان خيار المشتري باقيا فى حاله فإن أراد أن يفسخ العقد و يرجع الى الثمن الذى هو عين ماله السابق على العقد و ان أراد ان يمضى العقد فيرجع الى من عليه الخيار فهو البائع فى المقام و يأخذ منه بدل المبيع و هذا أيضا لا كلام فيه و انما الكلام فيما إذا كان المتلف هو الأجنبى فإنه ح لا شبهه فى بقاء خيار المشتري على حاله فإن أمضى العقد أو خرج زمان الخيار و لم يمض العقد فيرجع هو الى الأجنبى و يأخذ منه بدل ماله و هذا أيضا لا شبهه فيه و ان فسخ العقد فمقتضى قانون الفسخ أن يرجع كل من العوضين الى مالكة الأصل و ح فلا شبهه فى رجوع

الثلث إلى ملك المشتري فيرجع المشتري إلى البائع و يأخذ الثمن منه كما لا شبهة في رجوع بدل المبيع إلى البائع و لكن الكلام في أن البائع هل يرجع إلى المشتري أو لا.

و الحاصل: أن المتلف لا يخلو أما أن يكون هو البائع الذي عليه الخيار أو المشتري الذي له الخيار أو الأجنبي أما الأول فلا شبهة في كون ضمان التالف عليه لقاعده الضمان بالإتلاف. و ح لا- تصل النوبة إلى قاعده أن التالف في زمان الخيار ممن لا خيار بحيث يحكم بانفساخ العقد فإن القاعده في مورد لا يكون هنا ما يدل على ضمان شخص معين بالخصوص سواء كان هو من له الخيار أو من عليه الخيار، بل المشتري الذي له الخيار مخير بين إمضاء العقد و الرجوع إلى البائع بالمثل أو قيمه أو الفسخ و الرجوع إلى الثمن.

و ان كان المتلف هو المشتري فلا- شبهة أن ضمانه عليه، بل يسقط خياره أيضا فضلا عن أن يكون التالف من مال من لا خيار له، فان هذا النحو من التصرف كاشف عن رضاه بالعقد فيكون لازما و هذا مما لا ريب فيه.

و أما إذا كان المتلف هو الأجنبي فأیضا يكون الضمان هو الأجنبي لقاعده الضمان بالإتلاف فلا يتوهم في شيء في صور الإتلاف كون التالف ممن لا خيار له.

نعم، لو كان هنا أيضا دليل على كون التالف من مال من لا خيار له لأخذنا به و لكنه منتف فلا بدّ من الرجوع إلى دليل آخر و هو قاعده الضمان بالإتلاف.

ثم انه لا شبهة في بقاء خيار المشتري إذا كان المتلف هو الأجنبي كما أنه كان باقيا في فرض كون المتلف هو البائع و ح ان كان راضيا بالعقد و ممضيا له فلا شبهة في لزوم العقد و سقوط خياره فيتعين عليه الرجوع إلى

الأجنبي و ان فسخ العقد فإنه يرجع الى البائع الذى من عليه الخيار فيأخذ الثمن منه، و اما البائع فهل يرجع هو الى المشتري أو إلى الأجنبي أو يتخير في الرجوع الى أى منهما شاء، ووجه و قبل التعرض لبيان مدرك الوجوه و ترجيح المختار منها على غيره لا بدّ و ان يعلم أن مورد البحث فى كلام المصنف هو تلف المبيع و أن الفاسخ هو المشتري كما هو مسوق الكلام من الأول فما ذكره شيخنا الأستاذ من جعل مورد البحث هو تلف الثمن و أن الفاسخ هو البائع استنادا إلى أمور و قرائن استفادها من العبارة لا وجه له.

نعم، الظاهر ان كلمه الفاسخ فى الموارد الثلاثة و كلمه المفسوخ عليه فى آخر العبارة اما من سهو القلم أو من اشتباه النساخ فإنه لا بدّ و ان يكون المذكور مكان الفاسخ كلمه المفسوخ عليه و فى مكان كلمه المفسوخ عليه كلمه الفاسخ كما هو واضح.

أما الوجه فى رجوع البائع إلى المتلف فقد ذكر المصنف فيه وجهين:

الأول: أن بدل العين التالفه انما هو فى ذمه المتلف.

و الثانى: أن العين التالفه بعد الفسخ ملك للمالك السابق و هى فى عهده المتلف فتكون كما لو كانت موجوده عنده، فلا بدّ من الرجوع عليه و أجاب المصنف عن ذلك أن البدليه إنما هى بالنسبه إلى التلف من حيث وجوب دفعه الى المالك و أن ذمه المتلف غير فارغه عن ذلك لا أنه يترتب على هذا البدل جميع الآثار المترتبة على العين بحيث كما أن العين لو كانت موجوده فى يد الأجنبي كان البائع المفسوخ عليه يرجع اليه و كذلك البدل و ليس كك، بل البدل مثل العين فى اشتغال ذمه المتلف بذلك فقط لا فى جهه أخرى و ح فيرجع البائع إلى المشتري، فالمشتري يرجع الى الأجنبي، و أيضا أن مقتضى الفسخ و ان كان عود العين التالفه إلى المالك

السابق لكن تلك العين التالفه مضمونه ضمانا معاوضيا على المشتري الذى يفسخ العقد بحيث لا بد له أن يعطى البديل للبائع الذى هو المالك السابق للمبيع و عليه فلا بد و أن يخرج المشتري عن عهده ذلك و يعطى بدله للبائع و اذن فيرجع البائع اليه و أما الأجنبى فهو ضامن ضمانا غراميًا بالنسبه إلى المالك حين الفسخ، و هو من له الخيار و عليه فالوجه هو الرجوع الى المشتري.

و قد اختاره السيد فى حاشيته و أيده بأن الأمر كذلك فى الإقاله أيضا، فإن فيها أيضا يرجع البائع إلى الآخر و ان كان المتلف هو الأجنبى.

و على الجملة حكم الفسخ و الانفساخ مطالبه العوض من الطرف كما هو قانون الفسخ فإنه يقتضى أن يخرج كل من المتبايعين عن عهده العوض و يرجع ذلك الى ما انتقل عنه ذلك العوض اليه كما هو واضح.

و أما وجه التخير فقد ذكر المصنف أن يد الفاسخ يد ضمان بالعوض قبل الفسخ و بالقيمه بعده و إتلاف الأجنبى أيضا سبب للضمان فيتخير فى الرجوع ثم ذكر أن هذا أضعف الوجوه.

أقول: الظاهر أن القول بالتخير أصح الوجوه، و ذلك من جهة أن جواز الرجوع الى الفاسخ لأجل ضمان المعاوضه فإن مقتضى الضمان المعاوضى أن يرجع البائع إليه بالثمن فإذا فسخ المشتري العقد فيرجع البائع إليه بالمبيع كما هو مقتضى قانون الفسخ فحيث كانت العين تالفه فيرجع الى بدلها كما هو واضح.

و أما جواز رجوعه الى المتلف فمن جهة أن المتلف قد اشتغلت ذمته ببدل العين التالفه بمقتضى قاعده الضمان بالإتلاف و كان اللازم عليه أن يعطى ذلك الى المشتري حدودا الى زمان فسخ المشتري العقد، و إذا فسخ المشتري العقد كانت ذمته مشغوله ببدل العين التالفه بقاء بالنسبه

إلى البائع كما إذا كان مال أحد تحت يد أجنبي أما بعنوان الغصب أو بعنوان الامانه فمات المالك فإنه لا بد أن يعطى ذلك الى وارثه و هكذا لو كانت ذمته مشغوله لأحد لأجل إتلاف ماله ثم مات المالك فإنه يجب عليه أن يعطى بدله لو ارثه و المقام أيضا كك كما هو واضح.

و اذن فخير للمفسوخ عليه أن يتخير بين الرجوع الى الفاسخ أو المتلف ثم انه لا يفرق فى الحكم بالتخير بين القول بأن ضمان المتلف بقيمه يوم التلف أو أعلى القيم، أو قيمه يوم المطالبه، فإنه إذا قلنا بقيمه يوم التلف مع كونه زائدا عن قيمه يوم الفسخ، و المطالبه، يعتبر من حين الفسخ اشتغال ذمه المتلف بذلك القيمه و لا يلزم من ذلك أن نقول يتعين الرجوع الى الفاسخ و الأ لزم أن يكون الزائد عن قيمه يوم الفسخ للفاسخ كما هو واضح.

نعم، فرق بين الرجوع الى المتلف و الفاسخ فإنه ان رجع الى الفاسخ فيرجع الفاسخ الى المتلف و ان رجع الى المتلف فلا يرجع المتلف الى أحد لاستقرار الضمان عليه كما هو واضح، و من هنا ظهر أنه لا وجه لقياس المقام ببيع ذى الخيار المبيع من شخص آخر فى زمان الخيار فإنه بعد الفسخ لا يرجع البائع إلى المشتري الثانى لعدم اشتغال ذمته فعلا ببدل العين التالفه حتى ينتقل ذلك الى البائع بقاء، نعم يصح قياسه بباب تعاقب الأيدي فى الغصب مع تلف العين المغصوبه كما هو واضح.

**قوله: مسأله و من أحكام الخيار ما ذكره فى التذكرة فقال لا يجب على**

**إشاره**

البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن فى زمان الخيار.

أقول: أن هنا فرعان:-

**الأول: أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع فى زمان إذا لم يسلم**

المشتري الثمن

و ذلك من جهة الشرط الضمنى فإن العقلاء بانون على اشتراط

ص: ٥٣٨



تسليم المبيع بتسليم الثمن فبانتفاء الثاني لا يجب الأول و هذا واضح.

### الفرع الثاني: انه إذا سلم البائع المبيع لا يجب على المشتري تسليم

الثمن فى زمان خياره

بتوهم أنه من أحكام الخيار وقد استشكل عليه بأنه بأى دليل لا يجب ذلك فمجرد كون المشتري له الخيار لا يثبت جواز تأخير التسليم، بل لا بدّ و ان يكون له دليل و لذا ذكر المصنف أيضا أنه لا نعرف وجهها لهذا الحكم.

نعم، لو قلنا بمقاله الشيخ الطوسى (ره) على ما نسب اليه من القول بتوقف حصول الملك على انقضاء زمان الخيار، و أنه لم تحصل الملكيه قبل ذلك لتوجه ما ذكره العلامة من عدم وجوب التسليم على المشتري فى زمان خياره، و ان سلم البائع أيضا المبيع إليه إذ ليس الثمن ملكا للبائع حتى يجب تسليمه اليه كما أن المبيع ليس ملكا للمشتري و ان سلمه البائع اليه، و لكن قد تقدم الإشكال فى ذلك و عدم الدليل عليه و قلنا ان مقتضى العمومات حصول الملكيه لكل من البائع و المشتري من أول العقد غايه الأمر تكون الملكيه فى زمان الخيار متزلزله و انما تستقر بانقضاء زمان الخيار كما لا يخفى.

ثم ان شيخنا الأستاذ قد تعجب من قول المصنف حيث ذكر أنا لا نعرف وجهها للقول بعدم وجوب تسليم الثمن على المشتري مع تسليم البائع المبيع إياه، ثم ذكر الوجه فى ذلك و حاصله أن أدله الوفاء بالعقد قد خصّصت بمدلولاتها المطابقه و هى لزوم العقد بالأدله الداله على ثبوت الخيار للمتبايعين أو لأحدهما و كان العقد فى زمان الخيار جائز و متزلزلا، بحيث كان العقد بجميع مدلولاته المطابقه و الالتزاميه تحت يد ذى الخيار لا يجب عليه التسليم كما لا يجب عليه الوفاء بأصل العقد فلا يكون هذا مخالفا لقاعده السلطنه لأن من لا خيار له لو انتقل اليه المال على نحو كان لمالكه الأصلى التسلّط على عدم التسليم لم يثبت له السلطنه المطلقه.

و بالجمله ان قاعده السلطنه قابله للتضييق و كيف أن الوجه في عدم وجوب تسليم الثمن على المشتري في زمان خياره قدرته على فسخ العقد فحيث كان قادرا على ذلك فقادر على لوازمه و من جمله لوازمه عدم وجوب تسليم الثمن كما هو واضح.

و لكن هذا الكلام،الكلام عجيب منه من جهة أن دليل التخصيص انما ورد على العمومات من حيث دلالتها على لزوم العقد مطلقا و جعله جائزا في زمان الخيار و أما الملكيه الحاصله من أول العقد فهي باقيه على حالها و غير مخصّصه بأدله الخيار،و ح فلا يجوز لدى الخيار المنع من تسليم العوض فإنه تصرف في مال الغير بدون اذنه فهو حرام.

و دعوى تضييق دائره دليل السلطنه بأدله الخيار أو انصراف الأدله الداله على حرمه التصرف في مال الغير بدون اذنه عن موارد البيوع الخياريه كما عن بعض دعوى جزافيه بداهه أنه لا دليل على التضييق و لا موجب للانصراف،بل لا بدّ من الأخذ بمفادها و الحكم بوجوب تسليم مال الغير اليه إلا إذا رضى بالبقاء عنده.نعم يمكن توجيه عدم وجوب التسليم كما ذكره العلامة من جهة انه لا يتعين التسليم لعدم لزوم العقد،بل ان يفسخ العقد فمراد من التزم بعدم التسليم ان ذى الخيار له فسخ العقد لكى يكلف بالتسليم فيكون البيع لم يقع كما هو واضح و لكن هذا توجيه بعيد كما ذكره فى المتن و مع ذلك ذكرانا لا نعرف وجهها لذلك أى لعدم وجوب التسليم لدى الخيار.

#### **قوله:مسأله:قال فى عد لا يبطل الخيار بتلف العين.**

أقول:لا- شبهه أن موضوع هذا البحث انما هو صوره عدم انفساخ العقد و عليه فلا تراحمها قاعده التلف قبل القبض و قاعده التلف فى زمان خيار الحيوان أو خيار الشرط،فإنك قد عرفت أن مقتضى القاعده فى هذه الموارد هو انفساخ العقد كما هو واضح،و أيضا أن مورد البحث ما إذا لم يكن اعمال الخيار فيه متوقفا على بقاء العين كما فى مورد خيار العيب بداهه

أنه يتوقف على بقاء العين بحالها فلو تغيرت عما وقع العقد عليه و لم تكن العين قائمه بعينها سقط الخيار و يكون النزاع فى سقوطه بالتلف أو بقاءه لغوا كما هو واضح، بل يتعين عليه أخذ الأرض و السر فى ذلك أن المستفاد من روايات خيار العيب هو كون الخيار متوقفا على رد المعيوب و أيضا أن مورد البحث ما إذا لم يكن الخيار بحسب جعل المتعاقدين مختصا بصوره بقاء العين بأن يكون المجعول هو الحصه الخاصه من الفسخ فيكون المقتضى من الأول مضيقا كما إذا جعل لنفسه الخيار فى بيع مقيدا برد مثل الثمن كأن باع داره بثمن معين و اشتراط جواز رده برد مثل الثمن إلى مده خاصه و تلف الدار فى ضمن هذه المده فإنه يسقط الخيار بالتلف فلا يبقى خيار هنا فان المجعول انما كان هو الخيار الخاص و الفسخ الخاص اعنى الفسخ مع بقاء العين كما هو واضح.

و كذا الحال إذا كان الخيار متعلقا برد العينين كما فى المعاملات فإنه بناء على كونها جائزه فإنما يكون جواز الرد متعلقا بالعين و هذا انما يتحقق ما دام العين باقيه فى حالها و إذا تلفت سقط موضوع جواز الرد أصلا كما هو واضح، بل يحكم بلزوم العقد.

إذا عرفت ذلك فنقول انه وقع الكلام فى سقوط الخيار و عدمه فى جملة من موارد الخيارات كخيار الغبن فان المحقق الثانى تردد فى سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه و منها المراهجه فيما إذا ظهر كذب البائع فى رأس المال بأن أخبر بأنه اشتراه عشره دراهم و يأخذ منه الربح درهمين فيكون الثمن اثنا عشر درهما، فظهر أنه اشتراه بثمانيه دراهم فإنه قد تخلف الشرط فى المقام فقد وقع الخلاف فى سقوط الخيار هنا بتلف العين و عدمه.

و قد تردد العلامة فى ذلك، بل عن المبسوط الجزم بالعدم و علم ذلك بأن الرد انما يتحقق مع بقاء العين، و لكن قوى فى المسالك و جامع المقاصد ثبوته، و منها خيار الرؤيه فإن المحقق الثانى ألحقه بخيار الغبن فى سقوطه بتلف العين و كذلك تلف الثمن فى خيارى الحيوان و الشرط

المجوعول على نحو الإطلاق لا فى تلف المبيع، فإنك قد عرفت خروجه عن مورد البحث، و تعين انفساخ العقد هناك.

و الظاهر أن القائلين بسقوط الخيار فى الموارد المذكوره و غيرها انما توهموا أن الخيار انما تعلق برد العين و من الواضح أن هذا انما يكن فيما إذا كانت العين باقيه و أما إذا تلفت فلا يمكن الرد فيسقط الخيار كما هو واضح.

و لكن التحقيق فى المقام أن يقال: ان الخيار تاره يثبت بالأدله الخاصه و الروايات الداله على ذلك و أخرى بالشرط الضمنى.

أما الأول: كخيار المجلس مثلاً، فالظاهر بقاء الخيار بعد تلف العين أيضاً لإطلاق الأدله و عدم تقيدها بصوره تلف العين كما هو واضح، فان مقتضى قولهم عليهم السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا هو كون الخيار دائراً مدار الاجتماع فما دام المتبايعان فى المجلس كان الخيار باقياً، و إذا تفرقا يسقط الخيار و لا شبهه أن التفرق قد يكون بعد تلف العين و أخرى قبله، وإطلاق الروايه محكم و من هنا ظهر أنه لا- وجه لتوهم أنه لا- نجد فى أدله الخيارات كما فى كلام المصنف تكون مطلقه فى إثبات الخيار بالنسبه الى ما بعد تلف العين و كذلك إطلاق قوله عليه السلام: و هم بالخيار إذا دخلوا السوق، فإنه مطلق بالنسبه الى ما بعد التلف و ما قبله.

و أما إذا كان دليل الخيار هو الشرط الضمنى فقد مرّ مرارا أن معنى جعل الشرط فى العقد مرجعه الى جعل الخيار و من الواضح فى كون الإنسان مخيراً فى فسخ العقد و إمضائه، لا يفرق فيه بين تلف العين و بقائه كما هو واضح، كما أن الإقاله ليست بمقيده ببقاء العين فكك الفسخ إذ لا فرق بينهما إلا من أن الإقاله فسخ من الطرفين و الفسخ بالخيار، فسخ من طرف واحد، اذن فمقتضى القاعده هو الحكم بثبوت الخيار بتلف العين كما هو واضح، و من هنا ظهر أنه لا وجه للتمسك بالاستصحاب كما

فى المتن لعدم وصول النوبه إليه،حتى يستشكل فيه بما ذكرناه سابقا من عدم كون الاستصحاب جاريا فى الشبهات الحكيمه و غير ذلك من المناقشات.

### قوله:مسأله:لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه بلا خلاف.

أقول:إذا فسخ ذو الخيار العقد فلا شبهه فى كون العين مضمونه لصاحبها على الفاسخ إذا فُزط فى إعلان صاحبها و جعله متمكنا فى أخذ ماله عرفا فان يده ح يد ضمان من حيث البقاء و ان لم يكن كذلك من حيث الحدوث و بناء العقلاء أيضا على ذلك و أما إذا جعل صاحبه متمكنا من الأداء بإعلانه إياه و نحو ذلك لا يكون ذلك ضامنا عليه فان يده أمانه شرعيه كما هو واضح.

و أما المفسوخ عليه فهل يكون ضامنا لمال الفاسخ أو لا،فقد ذكر شيخنا الأستاذ أنه يكون ضمانه عليه لدليل اليد و ذلك فان المستفاد من من الدليل أن كون مال الغير تحت استيلاء شخص يقتضى أن يكون ضمانه عليه الأ أن يتحقق رافعه و لم يؤخذ مال الغير عنوانا للمأخوذ حتى يقال انه حين الأخذ لم يكن مال غيره فلا يشمل قوله على اليد ما أخذت،بل اعتبر بالقرينه العقليه موضوع الحكم يوجب الأداء و لا شبهه أنه حين الحكم بوجوب الأداء هذا العنوان موجود لأنه فى هذا الحين مال الغير و ان لم يكن حين الأخذ كك.

و بالجمله المال المقبوض إذا طرأ عليه عنوان مال الغير يترتب عليه الضمان كما أنه لو خرج عن هذا العنوان يرتفع عنه الضمان.

و لكن ير عليه:- أولا:أن على اليد ما أخذت حتى تؤدى روايه نبويه مرويه من طرق العامه فلا يمكن المساعدة على صحتها كما تقدم سابقا.

و ثانيا: أن شيخنا الأستاذ و قد اعتبر فى مفهوم الأخذ عنوان القادريه و الاستيلاء كما هو كذلك فى قوله تعالى لا تأخذهُ سِنَّهُ وَ لا نَوْمٌ، و من الواضح أنه ليس هنا كذلك، بل المدرك لهذه القاعده انما هو السيره القطعيه العقلائييه و لا شبهه أنها منتفيه فى المقام، بل هى على عكس ذلك فإن السيره قائمه على أنه لا ضمان فى مثل هذه الموارد.

## الكلام فى النقد و النسيه

### إشاره

قوله: القول فى النقد و النسيه.

أقول: أن البيع بحسب تقسّمه الى النقد و النسيه له أربعة أقسام لأنه اما يكون كل من العوضين نقدا فهو بيع النقد، و اما يكونا كلاهما نسيه، و هو الكالى بكالى، و اما يكون أحدهما نقدا و الآخر نسيه، فان النقد هو الثمن و النسيه هو المثلث، و هو بيع السلم، و اما بالعكس فهو بيع النسيه المعروف، ثم ان القسم الثانى أعنى بيع الكالى بكالى ثم ان المراد من بيع الكالى بكالى أن يكون كلّ من العوضين كليتا فى الذمه و دينا للآخر بأن باع أحد منا من الحنطه كليتا بدرهم كلى مع كون كل منهما مؤجلا و أما إذا كانا لشخصين فقد أجل فى التسليم من الطرفين فلا يكون من بيع الكالى بكالى فتقسيم البيع الى النقد و النسيه أمر آخر لا يكون مربوطا بتقسيمه الى الحاضر و غيره و الوجه فى اختصاص الكالى بكالى بالكلى هو روايه النهى عن الدين بالدين و الإجماع فإن الدين لا- يكون الا كليتا و المتيقن من الإجماع هو ذلك، فافهم، نعم المعنى اللغوى للكالى بكالى موجوده هنا فان العوضين من الطرفين فلو اشترط فيهما الأجل فإن التأخير هنا بحسب الشرط فما ذكره شيخنا الأنصارى من المراد بالمؤجل خصوص الكلى

إشاره

ص: ٥٤٤

الى ذلك.

ثم ان المراد من كون المضمن أو الثمن نسيه أى شيء و قد يكون المراد من ذلك كون التمليك فى أمثال ذلك تعليقا من ناحيه المؤجل بأن يملك البائع مثلا فعلا و لكن الملكيه تحصل بعد زمان بحيث يكون الإنشاء فعليا، و المنشأ استقباليا نظير الوصيه و لكنه باطل و صحته فى باب الوصيه لدليل خاص و بيان ذلك أن العلماء ذكروا فى بيان بطلان التعليق فى العقود مثلا تاره ينشئ تمليك ماله للمشتري على تقدير أن يكون هذا اليوم يوم جمعه مع ترده فى كونه يوم جمعه فإنه يملك على هذا التقدير.

و أخرى ينشئ ملكيه ماله لشخص فى مقابل العوض الخاص بعد عشره أيام بحيث يكون البيع حاصلًا بعد عشره أيام، كما إذا آجر داره بعد شهر و فى المقام من الآن يبيع المبيع الفلانى بعد سنه بحيث تكون الملكيه من الطرفين حاصله بعد سنه و ليس الموجود من الآن إلا إنشاء البيع فقط، ليس إلا و قد اتفقت كلمات الأصحاب على بطلان كلا هذين القسمين و لكن بطلان البيع هنا على تقدير كون إنشاء التمليك على التقدير المذكور بحيث يكون الإنشاء فعليا و المنشأ استقباليا لا يتوقف على بطلان التعليق، بل لو لم يتم الإجماع على بطلان التعليق فأیضا لا بدّ من الالتزام ببطلان ذلك من جهه أنا ذكرنا فى محله أن البيع مبادله مال بمال بحيث يدخل الثمن فعلا فى ملك من خرج المعوض من ملكه، و من الواضح أنه على التقدير المذكور قد صار الثمن ملكا للبائع فعلا، من غير أن يكون المبدل أى المبيع داخلا فى ملكه و لا شبهه أن هذا خارج عن مفهوم المبادله المفروض حصولها بالفعل فلا يكون مشمولًا لمفهوم المبادله كما هو واضح و أيضا يحكم ببطلانه من جهه عدم صدق البيع عليه سواء قلنا ببطلان التعليق أم لا.

و قد يقال أن معنى البيع النسيه عباره عن كون الإنشاء فعليا و المملوك

ص: ٥٤٥

متأخرا كالواجب المعلق و كبعض أقسام الإجاره كما إذا آجر الدار المعهوده فعلا بعد عشره أيام،ففى المقام أن البائع يملك المشتري ماله بعنوان أن يكون الإنشاء حاليًا و كك المنشأ و لكن المملوك يكون متأخرا كما فى الإجاره،حيث أن الموجر الآن يوجر الدار المعينه بعد شهر فإنه بذلك يملك منفعتها من الآن ملكيه فعليه و لكن المملوك متأخر و كك فى المقام،و هذا و ان كان معقولا- فى الإجاره و لكنه غير معقول فى البيع بداهه أن الإجاره تمليك المنفعه و هى من الاعراض و الاعراض تقدر بالزمان و لكن البيع ليس كذلك،فإنه تمليك الأعيان فهى لا تقدر بالزمان،فإن حنطه اليوم مثلا هى عين هذه الحنطه بعد عشره أيام و هكذا و عليه فلا- معنى أن يملك البائع للمشتري حنطه الشهر الآتى،بحيث تكون هذه الحنطه مبيعا كما هو واضح.

و على الجملة لا يعقل بيع الأعيان فعلا،و تمليكها بالملكه الفعلية بعد مده نظير تمليك الدار المعينه فعلا،لشخص بعد مده بحيث يكون مملوك المشتري متأخرا و ذلك لما عرفت فافهم،بل المناط فى النسيه هو كون كل من العوضين للآخر بالفعل و تكون ذمته مشغوله بذلك بحيث يجب لكل منهما الخروج عن العهده فعلا،و لكن يشترط أحدهما على الآخر تأخير الثمن الى وقت كما فى النسيه أو تأخير المثلثن كما فى السلم فيكون التأجيل من ناحيه الشرط لا من ناحيه كيفيه الإنشاء كالتعليق و نحوه ليلزم المحاذير المتقدمه و هذا الذى ذكرناه لا يحتاج الى التفتيش الذى ذكرناه،بل هو أمر عرفى و ثابت بحسب ارتكاز العقلاء أيضا كما هو واضح،و عليه فلا- يجب دفع الثمن المشترط تأخيره إلى مده حتى مع مطالبه الطرف إذ ليس له حق المطالبه قبل الوقت المعين.

**قوله:مسأله:إطلاق العقد يقتضى النقد.**

ص: ٥٤٦



أقول: قد ظهر مما ذكرناه أن إطلاق العقد يقتضى التعجيل و ذلك من جهة أنه إذا كان مقتضى البيع هو مبادله مال بمال بالفعل فمقتضى ذلك أن كل من العوضين ملك لكل من المتبايعين بالفعل و هذا يقتضى أن يعطى كل منهما العوض للآخر بغير تأخير عند المطالبة فإن جواز تأخير أداء مال الغير مع المطالبة يحتاج الى دليل، بل يجب ذلك بدون المطالبة أيضا، فإن كل من كانت ذمته مشغولة بمال الغير وجب عليه إفراغ ذمته و أداء مال الغير اليه سواء طالب أم لم يطالب، فان عدم المطالبة لا يكشف عن رضاه بذلك، فإنه ربما يكون من جهة الغفلة.

نعم، إذا انكشف بالقرائن الخارجيه جواز تأخير الأداء و رضى المالك بالبقاء عنده، لا يجب الأداء فورا و من هنا اتضح أنه لا يتوقف وجوب إيصال مال الغير اليه، على المطالبة، بل مقتضى اشتغال ذمه المديون أو من وضع يده على مال الغير، أن يوصله اليه، و ان لم يطالب ذلك لأنه لا يحل مال أمر مسلم إلا بطيب نفسه، فإنه شامل بإطلاقه لذلك أيضا راجع فى ذلك الى حاشيه السيد الامع العلم برضاه للبقاء عنده ما لم يطالب كما هو واضح.

و على هذا فلو اشترط أحد المتبايعين على الآخر التعجيل فى التسليم و عدم التأخير كان هذا تأكيدا للإطلاق لا تأسيسا إذ ما يستفاد من الشرط انما يستفاد من الإطلاق كما عرفت فلا يكون للاشترط فائده كما ذكره الشهيد فى الدروس من أن فائده الشرط ثبوت الخيار إذا عين زمان النقد فأحل المشتري، بل نفس هذه الفائده مترتبه على الإطلاق أيضا كما ذكره الشهيد الثانى مع الإطلاق أيضا يعين عدم تعيين الزمان إذا أخل به فى أول وقته.

نعم، للاشترط فائده إذا كان الإطلاق يقتضى وجوب التسليم و لكن بحسب العرف بأن يقضى العرف بلزوم التسليم فى سته أيام مثلا و هو يشترط

على صاحبه التسليم فوراً فان هذا المقدار من الفوريه لا- تستفاد من الإطلاق و أيضا تترتب القاعده على الاشتراط إذا كانت القرينه العرفيه قائمه على رضاء كل من المتبايعين ببقاء كل من العوضين عند الآخر فان بالاشتراط ترتفع هذه القرينه و تكون فائده الاشتراط هو لزوم التسليم فوراً و لا يجوز التأخير اعتماداً الى رضاء الطرف بمقتضى الاشتراط كما هو واضح.

ثم ان لصاحب الجواهر هنا كلاماً و هو أن الخيار هنا انما هو مع عدم التمكن من الإيجاب و انه واقع في طوله و الأ فلا يثبت الخيار و قد أشكل عليه المصنف بأن ذلك غير مربوط بالمقام، فان الكلام هنا في ثبوت خيار تخلف الشرط و عدمه في نفسه و الشرائط الآخر غير مربوطه بذلك فإنه يبحث في بقيه الشرائط في مواردنا فمن جملتها اشتراط ثبوت الخيار مع التمكن من الإيجاب أو بوجوبه معه و شيء منهما لا يرتبط بالمقام كما هو واضح هذا أولاً.

و ثانياً: أنه لا معنى لاعتبار عدم التمكن من الإيجاب أو وجوبه مع التمكن منه في ثبوت الخيار بداهه أن الخيار هنا من ناحيه تأخير التسليم في المده المعينه المضبوطه بحسب الاشتراط في ضمن العقد بحيث يكون الخيار هنا من ناحيه التأخير في الزمان الخاص و ح فما لم يصل ذلك الزمان فلا معنى للإيجاب إذ لا حق له في ذلك قبل وصول الوقت فضلاً عن وجوب الإيجاب و بعد وصوله فإذا كان وقت الأداء باقياً أيضاً لا وجه لجواز الإيجاب أو وجوبه لوسعه الوقت و إذا خرج الوقت فقد فات الوقت و ثبت الخيار فأيضاً لا يبقى مجال للإيجاب كما هو واضح.

و على الجملة بعد السبر و التقسيم و التفتيش لا نرى وجها لكون الخيار مشروطاً بعدم التمكن من الإيجاب أو وجوبه بعد التمكن منه، نعم إذا اشترط فعل في ضمن العقد كالخياطه و نحوها فأمكن اعتبار هذا الشرط فيه لعدم كون الخيار من حيث الزمان.

أما ما ذكره المصنف من الوجه الأول فهو متين، فإنه لا معنى لذكر جميع شرائط خيار تخلف الشرط في المقام، بل لها مورد آخر قد تقدم الكلام في ذلك فاعتبار عدم التمكن من الإيجاب أو وجوبه مع التمكن منه في ثبوت خيار التأخير الذي من مصاديق خيار تخلف الشرط لا وجه له يعني لا مورد له هنا، بل مورده محل آخر.

و أما ما ذكره صاحب الجواهر فهو أيضا حسن، فإنه بّنه على أن هذا الشرط موجود في موارد خيار تخلف الشرط و هذا المورد منها فيعتبر فيه ذلك أيضا و هو تنبيه حسن، و لكن الكلام في أصل اعتبار هذا الشرط و أن الخيار واقع في طوله.

و قد تقدم في مورده أنه لا دليل على هذا الشرط بداهه أن خيار تخلف الشرط ثابت على فرض التخلف بالشرط الضمني المعترف في العقد عند التحقق و لا شبهه أنه لم يقيد هذا الشرط من حيث كونه تخلفه موجبا للخيار لم يقيد بالتمكن من الإيجاب و وجوبه معه، بل بمجرد أن المشروط عليه تخلف عن العمل بالشرط ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط كما هو واضح.

و أما ما ذكره ثانيا فلا يمكن المساعدة عليه، فإنه لو صح لجرى في جميع الشروط أيضا حتى الخياطه و الكتابه و نحوهما فإنه يقال انه لا معنى لاشتراط هذا الشرط أصلا فإنه قبل زمان الشرط لا معنى للإيجاب و في زمانه فالوقت موسع و بعد خروج الوقت لا يبقى مجال لذلك، أي للإيجاب، بل يجرى ذلك في الواجبات التكليفية أيضا بعين ما ذكر.

و قد ذكر نظير ذلك الأيرواني في المحرمات و قد تقدم في البحث عن حرمة الإعانة على الإثم من انه لا- يتوجه النهي إلى المكلف قبل الاقدام بالحرام و بعده، قد فات محله فإنه بالنسبه إلى جرئه لم يشربها من الخمر

لم يتوجه اليه التكليف و بالنسبه إلى جرئه شربها قد مضى وقت النهى فأیضا يكون توجهه اليه غير مقدور كما لا يخفى فافهم.

و كيف كان فلا مجال لما ذكره المصنف من الإشكال الثانى، بل المراد من اعتبار عدم التمكن من الإيجار فى ثبوت الخيار، و أنه مع التمكن منه لا يثبت الخيار أنه إذا وصل وقت الشرط و علم من المشروط عليه علائم عدم الوفاء بالشرط مع مضى مده من الوقت إذا كان الوقت موسعا و فى أول الوقت إذا كان مضيقا فإنه ح يجبر على الوفاء به، و هذا هو مرادهم من التمكن من الإيجار، و لكن الكلام فى أصل وجود الدليل على اشتراط هذا الشرط و قد عرفت المناقشه فى ذلك و قد تقدم تفصيل ذلك فى محله.

### قوله: مسأله: يجوز اشتراط تأجيل الثمن مده معينه.

أقول: الكلام فى ضرب المده فى البيع المؤجل و كيفية ذلك لا شبهه فى انه لا بدّ من ضرب الأجل المعين فى البيع المؤجل و لو لم يعين الأجل كان ذلك موجبا لبطلانه للغرر المنفى بالنص و الإجماع بداهه أن الغرر بمعنى الخطر و من الواضح أن عدم تعيين المده فى البيع المؤجل موجب للخطر فى المال ضروره أن مالىه المبيع تختلف باختلاف زياده المده و نقصانها، حيث ان قيمه المبيع تزيد بزياده تأخير ثمنه و يقل نقصانه فلو باعه نسيه بقيمه رخيصه بزعم أنه يسلم المشتري الثمن بعد عشره أيام و لم يسلم إلى سنه فان ذلك من أوضح أفراد الغرر المنفى بالنص و الإجماع على تقدير تماميتهما.

و عليه فلا بدّ من ضرب المده المعينه فى البيع المؤجل و قد استدل المصنف على اعتبار تعيين الأجل هنا بما ورد فى السلم من لزوم تعيين المده فإن كان نظره من ذلك الى وجود الملازمه بينهما و تنقيح المناط القطعى بدعوى أنه نقطع بعدم الفرق بينهما، فإن الأجل فيهما على حد

سواء ولا نحتمل الخصوصيه فى السلم فهو، و الأ فلا وجه لذلك الاستدلال فان كل من السلم و البيع المؤجل أمر مستقل فى نفسه، فلا يرتبط أحدهما بالآخر كما هو واضح.

ثم ان هذه المده المعينه لا بدّ و أن لا يكون على مقدار كثير أوجب خروج الثمن عن المالىه و عدم اعتبار العقلاء المالىه لذلك كاشتراط تأجيل الثمن عشره آلاف مليون سنه فان العقلاء فى مثل ذلك لا يعتبرون المالىه للثمن، فمثل هذه التأجيلات خارج عن مورد البحث كما هو واضح.

و توهم صحه ذلك بدعوى أن الأجل و ان كان طويلا و لكن بالموت يكون الثمن حالا توهم فاسد، فان حلول الثمن بالموت من أحكام البيع المؤجل فهو مترتب بالبيع الصحيح فلا يمكن الحكم بصحه البيع بهذا اللحاظ و قد فرضنا أن البيع مع قطع النظر عن لحاظ الحكم الشرعى فاسد لعدم اعتبار المالىه على الثمن.

ثم انه لا فرق فى الأجل المعين بين القصير و الطويل ما لم ينجر الى خروج الثمن عن المالىه فى نظر العقلاء كالفرض المتقدم، و لكن عن الإسكافى أنه لا بدّ و أن لا يكون المده إلى ثلاث سنين، و قد يستشهد له بالنهى عنه فى بعض الأخبار حيث جوّز فيها الامام عليه السلام للسائل التأجيل فى المعامله مع أهل الجبل إلى سنه و سنتين و لم يجوّز ذلك الى ثلاث سنين، و لكن الظاهر أن النهى فى الروايتين ليس تحريما بحيث لا- يجوز التأخير إلى ثلاث سنين أو أكثر، بل إرشاد الى أن التأجيل مع أهل الجبل بمقدار ثلاث سنين ينجر الى تلف المال و إنكارهم الثمن و مسامحتهم فى الأداء بحيث يوجب ذلك ذهاب رأس المال أيضا فكأن السائل مشاور الامام عليه السلام فى ذلك فهو لم ير مصلحه فى معاملتهم التأجيل بهذا المقدار، كما لا يخفى.

ثم انه إذا ضرب الأجل بمقدار لا يبقى المتبايعان الى هذه المده فى ذلك الأجل عاده كألف سنه أو مائتين سنه مثلا فهل يصح ذلك أو لا- فذكر المصنف أن فى الصحه نظر من حيث خروج الثمن عن الانتفاع به و من الأجل المضبوط و حلوله بموت المشتري، ثم اختار الثانى و قربه بأن ما فى الذمه و لو كان مؤجل الأ- أنه مال يصح الانتفاع به فى حياته بالمعاوضه عليه بغير البيع، بل و بالبيع أيضا كما فى التذكره ثم أشكل عليه بوجهين:- الأول: أن هذا الاشتراط لغو محض بداهه أنه يكون حالا بالموت فأى فائده لذلك.

و الثانى: أن الاشتراط المذكور و هكذا الشرط كلاهما مخالف للمشروع و للسنة بداهه أنه قد ثبت فى السنه أن الأجل يحلّ بموت المشتري و مرجع الشرط إلى أنه لا- يحلّ هو باق بعد الموت أيضا فإن المفروض أن الأجل أكثر من مده عمر المشتري فيكون الاشتراط و الشرط مخالفين للسنة فيكون الشرط فاسدا بل ربما كان مفسدا بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد.

و الجواب عن ذلك، أن كون الشرط مخالفا للمشروع أو غير مخالف له انما يلاحظ بالنسبه إلى العقد الصحيح لا بلحاظ حكم العقد و بعد الفراغ عن العقد، و فرض تحققه فى الواقع صحيحا يترتب عليه الحكم كما هو واضح.

و على هذا فلا يكون اشتراط التأجيل بالمده المزبوره مخالفا للمشروع إذا لم تكن المده بحيث توجب عدم اعتبار العقلاء المالىه للثمن و أما مجرد كون التأجيل بمقدار يعلم عاده عدم بقاء المتبايعين الى هذه المده لا يوجب بطلان المعامله و كون الشرط مخالفا للمشروع، بل يعتبرون العقلاء المالىه للثمن، و يترتب عليه آثار المال و يعاملون عليه المعاملات و الأ فلازم ذلك أن يكون جل المعاملات المشروط فيها التأجيل باطلا و لو كانت المده

قليله إذا مات المشروط عليه قبل وصول الأجل و صار الثمن حالا فإنه يكشف بذلك أن الشرط المذكور كان مخالفا للشرع كما هو واضح.

و من هنا ظهر أن هذا الاشتراط ليس بلغوا أيضا، فإن اللغويه انما تكون إذا كان لحاظ الشرط باعتبار الحكم، وقد عرفت أنه يلاحظ مع قطع النظر عن الحكم و فى العقد الصحيح و بعد تحقق العقد صحيحا يترتب عليه الحكم كما هو واضح، و ذكرنا ان هذا الاشتراط فى نفسه ليس بلغوا أصلا ما لم يكن منجرا الى عدم اعتبار العقلاء المالىه للثمن و الأ فمجرد بعد الأجل و كونه زائدا عن وقت العمر لا يجعل الشرط لغوا.

و دعوى كون هذا الشرط مجهولا من حيث عدم العلم بوقت الموت ليكون حالا و موجبا لبطلان العقد من جهة الغرر كما توهم دعوى فاسده.

بداهه أن الشرط أمر مضبوط و أنه فى نفسه صحيح يعتبر العقلاء معه المالىه للثمن، فلا وجه للحاظه الى وقت الموت، ليكون مجهولا و موجبا لغرريه المعامله كما هو واضح، إلا إذا كانت المده المشروطه من أصلها مجهوله فهو أمر آخر قد تقدم الكلام فى ذلك، و كونه موجبا للغرر و بطلان المعامله آنفا.

ثم ان المناط فى تعيين المده هل هو تعيينها فى نفسها بحيث يكون معيننا فى الواقع و عند أهل العرف سواء علم بذلك المتعاقدان أم لا يعلما بذلك، أو لا بدّ من علم المتعاقدين بذلك، أو لا بدّ مع اشتراط علم المتعاقدين من اشتراط علم عادلين بالأجل من غيرهما و لكن الظاهر هو اشتراط علم المتعاقدين فى صحه العقد المؤجل إذ لا يرتفع الغرر بدونه فلو باع شيئا بمتن مؤجل إلى النيروز و هو عيد الفرس أو المهرجان و هو عيد آخر لهم، و لكن لا يعلم كل من المتعاقدين أن النيروز بعد شهر أو بعد سته أشهر، و كك المهرجان فان ذلك يوجب الغرر البين بداهه أن بعد

الأجل و قربه دخل فى زياده مالىه المبيع و نقصانه، فيكون ذلك خطرا فى مالىه المبيع، بلا شبهه كما هو واضح فيكون البيع باطلا و ان كان ذلك معلوما فى الواقع و عند الأشخاص الآخرين، فان ذلك لا يرفع الغرر، و قد يتوهم قياس المقام بأوزان البلد حيث انهم ذكروا كفايه الشراء و البيع بأوزان البلد المضبوط فى نفسها و ان لم يعرف المتعاقدين مقدار الوزن تفصيلا، و لكنه واضح البطلان بداهه أن الحكم غير مسلم فى المقيس عليه أيضا و تسليمه فيه أحيانا من جهه ارتفاع الغرر المشاهده و نحوه و الآ المقيس و المقيس عليه داخلان تحت أصل واحد و أن جهل المتعاقدين يوجب الغرر الموجب لبطلان البيع على أنه لو كان معلوميه العوضين أو الأجل فى الواقع كافيا فى صحه البيع و ارتفاع الغرر لزم الحكم بصحه كل ما هو مجهول عند المتعاقدين و معلوم عند الله من العوضين أو الأجل فى البيع أو الشروط الأخر غير شرط التأجيل مع أنه واضح البطلان على أنه يلزم أن يكون النهى الوارد عن بيع الغرر بلا مورد، فإنه ما من بيع مهول بالأجل إلا فهو معلوم كما عرفت، و من هنا ظهر بطلان توهم كفايه العلم فى صحه البيع المؤجل من غير المتعاقدين، و أما الاحتمال الثالث فهو محكى عن الشافعى و لعله من جهه قطع الترافع إذا وقع النزاع بين المتبايعين و لكنه أيضا واضح الفساد بداهه ان قطع الترافع لا ينحصر بذلك، بل يمكن بالحلف أيضا كما هو واضح.

**قوله: مسأله: لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا.**

**اشاره**

أقول: إذا باع أحد متاعه بثمنين على تقديرين بأن يكون ثمن عشره على تقدير كونه حالا و عشرون على تقدير كونه مؤجلا، فهل يصح ذلك أم لا تحقيق الكلام هنا يقع فى مقامين: - الأول: من حيث القواعد.

و الثانى: من حيث الروايات.

ص: ٥٥٤



إشاره

فلا بدّ من بيان المراد من هذا البيع و تصويره و أنه كيف يكون بيع واحد بثمانين فنقول أن هذا البيع يحتمل وجوها:-

**الأول: أن يكون المراد من ذلك أن البائع قد باع ماله على تقدير أن**

يكون البيع مؤجلا، يكون ثمنه عشرون

و على تقدير أن يكون حالا- يكون ثمنه عشره، و يقبل المشتري على هذا النحو و يقول قبلت كذلك، من غير أن يكون الثمن أحدهما المعين أو أحدهما المخير مع كون البيع منشأ جزما و هذا لا شبهه في بطلانه.

و وجه البطلان أن البيع مبادله مال بمال بحيث إذا خرج المثل من ملك البائع فيدخل المبيع في ملك المشتري، و يدخل الثمن في ملك البائع مكان المثل، و لا يمكن ذلك إلا بتملك كل من المتبايعين من الآخر بالمبيع بدل ما يملكه للآخر و لا شبهه أن البائع لم يملك في هذه الصورة أى مع كون الثمن مرددا بين أمرين مشيئا أصلا، إذ لا واقعيه للأمر المردد حتى في علم الله و حيث لا- واقعيه للأمر المردد الذى جعل ثمننا في البيع فبأى شىء يملك البائع حتى يكون ذلك مكان ماله و هو المبيع، و اذن فمفهوم البيع أصلا غير صادق على هذه الصورة.

و على الجملة هذه الصورة خارجه عن البيع بثمانين إذ لا معنى لاختلاف العلماء فى ذلك أصلا بعد كونها باطله قطعا.

**الثانى أن يراد من البيع بثمانين التعليق**

بأن يقول بعتك هذا المتاع ان كان الثمن نسيه بعشرين و ان كان نقدا بعشره، و يقبله المشتري كك بحيث بأن البائع ينشئ بإنشاء واحد بيعين و يكون الإنشاء واحدا و المنشأ و هو البيع اثنين، و المشتري أيضا يقبله كذلك و الفارق بين هذه الصورة و الصورة الاولى أن البيع فى الصورة الاولى قد أنشأ جزما و لكن التردد فى الثمن بخلاف هذه الصورة فإن البيع لم ينشأ منجزا و انما أنشأ معلقا، و

المشترى أيضا قبل ذلك، هكذا فبعد القبول ان أعطى الثمن نقدا يكون الثمن عشره و ان لم يعطى نقدا كان الثمن عشرون فيعطيه مؤجلا- و لا- شبهه أن التعليق في العقود ليس مستحيلا في نفسه ليكون باطلا- من هذه الجهة و انما هو باطل للإجماع، فإن قلنا بشمول الإجماع لذلك فيحكم بالبطلان و الآ فلا، كما هو المحتمل إذ بطلان البيع بثمانين مورد الخلاف للعلماء، فليس هنا إجماع و سيأتى الكلام في صحة الإجماع و بطلانه من جهة هذه المخالفة.

و يحتمل بعيدا أن يراد التخيّر بأن يبيع البائع المتاع بأحد الثمنين على التقديرين بحيث ينشئ البيع منجزا و يكون الترديد في الثمن لا- على نحو لا يكون له واقعيه كما في الصورة الأولى ليكون البيع باطلا، بل يملك الثمن للمشترى و يملك منه الثمن و هو أحد الثمنين و لا شبهه أن عنوان أحدهما له واقعيه كالواجب التخييري كما هو واضح، إلا أن هذا بعيد فلا يمكن حمل كلام الفقهاء و حمل الروايات الواردة في المقام على ذلك.

### **و الثالث: أنه يمكن أن يراد من هذا البيع الموعول، المنجز دون**

المعلق

و لكن يكون لتقدير الآ-خر و هو كون الثمن نقدا شرطا فيه بأن يبيع البائع المتاع من المشتري بعشرين إلى سنة أى يشترط المشتري على البائع فى ضمن العقد التأجيل و أيضا يشترط عليه شرطا آخر و هو أنه إذا أعطى الثمن نقدا أن يكون عشره بأن ينزل من العشرين إلى العشرة.

و بعبارة أخرى يشترط المشتري على البائع النزول على تقدير و لا شبهه فى جواز هذا الاشتراط و صحته فان النزول جائز بدون الاشتراط فلا بأس بإتيانه تحت الإلزام بالاشتراط و إذا أريد من البيع بثمانين هذه الصورة فلا شبهه فى صحته ذلك، و لكن ذلك مخالف لصراحة الروايات بدهاه أن موردها و كك مورد كلمات الفقهاء هو البيع بثمانين و هذا الشق ليس من البيع بثمانين

ص: ٥٥٦

بداهه أن الثمن هنا واحد و هو عشرون و أما كفايه إعطاء العشرة على تقدير أن يعطيه نقدا ليس من جهه كونه ثمنا آخر، بل هو من جهه اشتراط النزول، ولا شبهه أن باب الشروط خارج عن ما نحن فيه كما هو واضح.

و ان كان المراد عكس هذه الصوره بأن يبيع نقدا بعشره و لكن اشترط على المشتري أنه إذا لم يرد الثمن نقدا أن يعطى بعشرين و هذا مضافا الى كونه خارجا عن البيع بثمانين كما عرفت في عكسه أنه بيع ربوي فيكون محرما و لعل من أفتى بحرمه البيع مع التزامه بالصحة حمل الروايات على ذلك مراده هذه الشق كما هو واضح. و لكن قد عرفت خروج ذلك عن مورد المسألة.

ثم انه إذا كان اشتراط زياده الثمن على فرض التأخير كاشتراطا للرباء الذى هو شرط فاسد فهل يكون بعد فساده للبائع حق مطالبه الثمن قبل الأجل و معجلا- أو ليس له ذلك، ربما يقال بلزوم الأقل و يكون التأخير جائزا من طرف المشتري و لازما من طرف البائع لرضاه بالأقل، فالزياده ربا و لذا ورد النهى عنه، و هو غير مانع من صحة البيع، و قد ذهب الشهيد الى ذلك في الدروس و استقر به و أشكل عليه المصنف بان الزياده ليست في مقابل الأجل إسقاط البائع حقه من التعجيل الذى يقتضيه العقد لو خلى و طبعه و الزياده و ان كانت ربا كما سيجيء إلا أن فساد مقابلتها لا يقتضى فساد إسقاط البائع حق مطالبته الثمن إلى أجل خاص كما احتمل ذلك في حق القصاص بعبد يعلمان استحقاق الغير له أو حرمة، بل قال في التحرير بالرجوع إلى الديه و ح فلا- يستحق البائع الزياده و لا- المطالبه قبل الأجل لكن المشتري لو أعطاه و جب عليه القبول إذ لم يحث له بسبب المقابله الفاسده حق في التأجيل حتى يكون له الامتناع عن القبول قبل الأجل و انما سقط حقه فقط عن التعجيل.

أقول: يرد عليه أن جواز مطالبه البائع حقه من المشتري الثمن ليس

من قبيل الحقوق حتى يقبل الإسقاط بإسقاطه في مقابل العوض ليتوهم بقاء الإسقاط، و ان بطلت المقابله، بل هو حكم من الأحكام الشرعيه الغير القابله للإسقاط، و لا يقاس ذلك بحق القصاص فإنه حق قابل للإسقاط و عليه فيجوز للبائع مطالبه الثمن قبل وصول الأجل، بل يجب للمشتري أن يعطيه إياه أيضا و ان له يطالب إذا لم يعلم بكون البائع راضيا بالتأخير و ذلك لأن التصرف في مال الغير و إبقائه عنده بدون رضاه حرام فلا- يحل ذلك الآ- بطيب نفسه، و المفروض أنه لم يحرز طيب نفسه بالإبقاء، فيجب الأداء كما لا يخفى، فافهم.

إذا عرفت هذه الشقوق فعلمت أن مورد البحث و محط الروايات و محلها هو الشق الثاني بداهه أن الفرضين الأخيرين خارجان عن البيع بثمانين و الفرض الأول خارج عن مفهوم البيع و التأخير فيثبت الشق الثاني و هو التعليق و هو نفسه لا محذور فيه، و لكن الإجماع قائم على بطلانه في العقود، الآ أن يقال بعدم وجود الإجماع في المقام لوجود القول بالصحة و لا يضر خلافهم بالإجماع هذا كله بحسب القواعد.

### و أما بحسب الروايات

فالمستفاد من بعض الروايات صحه ذلك البيع و لكن على نحو خاص ففي روايه محمد بن قيس أنه قال أمير المؤمنين (عليه السلام) من باع سلعه و قال ثمنها كذا و كذا يدا بيد و ثمنها كذا و كذا نظره، فخذها بأى ثمن شئت. فإن الظاهر من هذه الروايه هو صحه ذلك البيع و أنه صفة واحده و لكن لا- تعرض في ذلك لكون البيع مؤجلا- على تقدير أن يعطيه المشتري بثمان نقد، بل حكم الامام عليه السلام على نحو الإطلاق بالأخذ بقوله فخذها من غير تعرض فيها لعدم جواز مطالبه البائع الثمن الى آخر الأجل، إلا بعد و عدم جوازه كما هو واضح، هذه هي الروايه الأولى.

الثانية:روايه السكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه أن عليًا عليه السلام قضى فى رجل باع بيعا و اشترط شرطين بالنقد كذا و بالنسيه كذا، فأخذ المتاع على هذا الشرط، فقال هو بأقل الثمنين و أبعد الأجلين فإن هذه الروايه أيضا تدل على صحة البيع بثمانين، و لكن مقيدا بكون الثمن هو الأقل و كون الأجل هو الأبعد فقد تعرضت هذه الروايه بالمده أيضا و أن البائع ليس له حق المطالبه الى أن يصل الأجل الأبعد و اذن فلا- مانع من الالتزام بصحة البيع بثمانين على هذا النحو الذى استفدناه من روايه السكونى فإن كانت الروايتين معتبرتين كما حكم الشيخ باعتبار الاولى و السيد باعتبار الثانية فيها و لا بدّ من الرجوع الى سند الروايتين خصوصا الأخيره، لأنها هى العمده فى المقام، و الآ فلا بد من الرجوع الى مقتضى القواعد و قد تقدم الكلام فى ذلك، و قلنا أنه لا إشكال فى هذا البيع من غير ناحيه التعليق و هو مجمع على بطلانه فى العقود و ان لم يكن فيه محذور فى نفسه.

و توهم عدم وجود الإجماع فى المقام لوجود القائل بالصحة توهم فاسد فانا نعلم قطعا أن القائل بالصحة قد اعتمد على الروايه و بعد ضعف الروايه فلا مدرك له فيكون الإجماع تماما و مخالفه القائلين بالصحة غير مضره كما هو واضح.

و أما الروايات الناحيه عن البيع بثمانين و الأمره بتعيين الثمن فهى محموله على الكراهه بقريته ما تقدم من الروايتين، روايتى محمد بن قيس و السكونى الدالتان على جواز البيع كذلك و تعين الثمن الأقل و الأجل البعيد كما هو واضح.

ثم انه بناء على العمل بروايتى السكونى و محمد بن قيس الدالتان على جواز المبيع المذكور و لكن على النحو الخاص يلزم أن لا يكون العقد تابعا للقصد فإن البائع قد أنشأ البيع بثمان خاص على تقدير و بثمان آخر على

تقدير آخر و روايه السكونى دلت على إمضائه بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين فهو غير مقصود للمتبايعين فما هو مقصود لم يقع و ما هو واقع غير مقصود.

و فيه أنه لا محذور فى الالتزام بذلك بعد دلالة الروايه عليه تعبدا كما وقع نظيره فى عقد المتعه فإنه مع عدم ذكر الأجل انقلب دائما بناء على عدم إفادتهما الملك فإنه مقتضى الجمع بين الدليلين هو حصول الإباحه الشرعيه كما ذهب اليه صاحب الجواهر و كيف كان بعد دلالة الروايه فى المقام على الحكم المذكور لا يكون تخلف العقد عن القصد فيه محذور أصلا انتهى كلامنا الى البيع شىء بثمانين معجلا بكذا و مؤجلا بكذا.

و قد وردت هنا روايات فطائفه منها تدل على المنع و أنه نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن البيع بثمانين معجلا بكذا و مؤجلا بكذا و طائفه أخرى تدل على الجواز كروايه السكونى، و لكن رموا روايه السكونى على الضعف و لأجل ذلك استشكلوا فى صحه ذلك البيع، و لكن ذكر فى الحدائق أن دليل الصحه ليس منحصرًا بروايه السكونى لترمى بالضعف و نحكم بعدم جواز مثل هذا البيع، بل هنا روايتان عن محمد بن قيس أحدهما صحيحه و هى ما روى عن طريق الفقيه و الثانيه حسنه كالصحيحه و هى ما روى عن طريق الكافى و هاتان الروايتان تدلان على أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى فى مثل هذا البيع بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين و لذا عبر الشيخ (ره) فى المتن عن روايه محمد بن قيس بالمعتبره.

و كيف كان فلا- إشكال فى الروايه من حيث السند و انما الكلام فى دلالة ذلك و المحتمل فى دلالتها و ان كان كثيرا و لكن القريب الى الذهن منها وجهان:- الأول: أن يكون غرض الامام عليه السلام من البيع بثمانين بيع متاع بثمان لعشره دنانير معجلا، و لكن يشترط البائع على المشتري كون الثمن

عشرون ديناراً على تقدير التخلف في الأداء عن المدة المؤجله فيكون الزائد في مقابل المده الزائده كما هو واضح، وحيث كان هذه الزيادة رباء و هو حرام، فحكم الامام عليه السلام بلزوم البيع بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين.

و لكن يرد على هذا الوجه أن شرط الربا من الشروط الفاسده المخالفه للكتاب و السنه فلا يكون نافذا و عليه فلا يكون البائع ملزماً بتأخير الثمن إلى أبعد الأجلين فحمل الروايه على هذا الوجه مشكل من هذه الجهه، بل مقتضى حملها على هذا أن لا يجوز للمشتري تأخير الثمن الى هذه المده المضروبه و يجوز للبائع أن يطالب الثمن معجلاً و قبل وصول المده المضروبه لأن التصرف في مال غيره بدون اذنه غير جائز و كيف يجوز للمشتري أن لا يعطى مال الغير بدون رضاه كما هو واضح. و لأجل هذا الاشكال قد وجه المصنف هذه الروايه بأن البائع قد أسقط حق مطالبته بهذا الاشرط و ان كان الشرط فاسداً و لكن فساد شرطه لا يضر بإسقاطه حقه كما يسقط حق القصاص بمصالحه ولى الدم حقه بعبد يعلمان استحقاق الغير له أو كونه حراً و فى المقام أيضاً كذلك فان فساد الشرط لا يضر بالإسقاط.

و لكن ما أفاده المصنف (ره) ليس بتمام من جهه أن حق القصاص و ان كان أيضاً حكماً شرعياً و لكنه حق من الحقوق المصطلحه لأنه يقبل لإسقاط بالكتاب و السنه و هذا بخلاف حق المطالبه، فإنه حكم شرعى غير قابل للإسقاط حتى لو أسقطه لم يسقط، بل له أن يطالب حقه بعد ذلك، نعم له أن لا يطالب حقه و يرضى بتأخير حقه، و ح فلا يجب للمشتري المبادره بالأداء، و أما مع عدم الرضاء فلا يجوز له التأخير لما عرفت من أن التصرف فى مال غيره بدون اذنه حرام.

و التحقيق أن تحمل الروايه على الوجه الثانى الذى هو مورد النقص

و الإبرام فى المقام حيث نفاه بعضهم و أثبتة آخر، و هو أن يقال أن المراد بالروايه هو التعليق حيث ان البائع قد أنشأ بإنشاء واحد بيعين على تقديرين يعنى على تقدير كون الثمن معجلا- أنشأ بيعا و على تقدير كونه مؤجلا- أنشأ بيعا آخر، فهنا بيعان معلقان بثمانين على تقديرين و لا- محذور للالتزام بذلك الأ- التعليق الذى باطل فى العقود إجماعا، الأ- أنه ليس هنا إجماع و ذلك لاختلاف العلماء و فى ذلك حيث حكم جمع بالبطلان و حكم جمع آخر بالصحة فلا يكون المقام مشمولا للإجماع، و عليه فلا بأس بحمل الروايه على إمضاء ذلك البيع التعليقى و لكن على نحو خاص بأن يكون الأجل من أحدهما و الثمن من الآخر، حيث قال يمضى بأقل الثمنين و أبعد الأجلين.

و لكن أشكل الأردبيلى على الروايه بأنها مخالفه للقواعد العقلية و الشرعية فإن مقتضى القواعد هو أن يكون البيع واقعا على النحو الذى إنشأه المتبايعان و المفروض أن الروايه تدل على صحته غير الشكل الذى أنشأه البائع، و قد دلت الأدله الشرعيه و القواعد العقلية على حرمه التصرف فى مال غيره بدون اذنه، و طيب نفسه و المفروض أن المنشئ اعنى البائع لا يرضى بالتصرف فى ماله بغير ما أنشأه و اذن فتكون الروايه مخالفه لتلك القواعد العقلية و الشرعية فتسقط عن الحجية و يرجع علمها إلى أهلها.

و ما ذكره الأردبيلى متين جدا، فإن القواعد العقلية و الشرعية تقتضى ذلك و لكن ليست تلك القواعد من القواعد التى تكون غير قابله للتخصيص و اذن فلا مانع بتخصيصها بهذه الروايه الصحيحه فإنها تدل على جواز التصرف فى مال غيره إذا أنشأ بيع ماله على هذا الشكل، فالشارع رغما لأنفه حكمه بإمضاء على غير الشكل الذى أنشأه و أخبر عنه أى إمضاء الشارع الامام عليه السلام، بل وقع نظيره كثيرا كإذن الشارع فى أكل مال غيره فى المخصصه



و حكم الشارع بعدم الملكيه فى بيع الصرف و السلم الى زمان القبض و غير ذلك من الموارد فان ذلك كله حكم بالتصرف فى مال الغير على خلاف قصد المالك و كك حكمه بدوام العقد مع قصد الانقطاع.

و على الجملة أن الروايه الصحيحه إذا دلت على حكم تعبدى يكون تخصيصا للقواعد و تبعيه العقود للقصد ليست من الاحكام التى تكون غير قابله للتخصيص كما هو واضح.

فما ذكره الأردبيلى لا يمكن المساعده عليه و ان كان متينا فى نفسه.

نعم، لا يعقل تخلف العقد عن القصد إذا أمضى الشارع غير المنشأ بحيث يكون حكمه بعنوان الإمضاء لا بعنوان الحكم المولى بحيث يكون إنشاء المنشئ موضوعا لحكم الشارع كما هو واضح.

ثم انه ان كانت الروايات الداله على المنع معتبره فلا بدّ من حملها على الكراهه لأنها ظاهره فى التحريم و ما يعارضها أعنى روايه محمد بن قيس صريحه فيه فيرفع اليد بنص هذه الروايه عن ظهور روايه المنع فتحمل على الكراهه كما هو واضح، و يمكن حملها على وجوه آخر غير الكراهه و قد ذكرها فى الحدائق.

ثم هل يمكن التعدى من مورد الروايه الى ما يكون البيع بثمانين على تقديرين بحيث يكون كل تقدير منهما مؤجلا لا أحدهما مؤجلا- و الآخر معجلا- غايه الأمر يكون الثمن بالنسبه إلى الأجل القليل أقل و بالنسبه إلى الأجل البعيد أكثر، و قد جعل فى الحدائق هذا الفرع ملازما للفرع الأول و موردا لحكم الفقهاء بالصحه ان حكموا بالصحه الفرع الأول و بالفساد ان حكموا بفساد الفرع الأول، و لكن الظاهر أن هذا الفرع بعيد عن الفرع الأول، و أن الامام عليه السلام قد حكم فى الفرع الأول بالصحه على خلاف القواعد تعبدا فلا بدّ من الاختصار بموردها و التعدى من ذلك الى غيره قياس فلا

نقول بحجتيه، و اذن فلا- بدّ اما من الحكم بالبطلان فى الفرع الثانى للإجماع على بطلان التعليق أو الحكم بالصحة على النحو الذى أنشأه المنشئ أعنى البيع بثمانين إلى أجلين إذا لم يكن هنا تعليق لا الحكم بصحة البيع بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين كما هو واضح.

و الظاهر هو البطلان لعدم وجود الاختلاف هنا و ان زعم صاحب الحدائق الملازمه بين الفرعين و نسبه إليهم ذلك و كيف كان فالميزان هو ما ذكرناه، فافهم.

### قوله: مسأله: لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول

#### اشاره

الأجل.

أقول: من جملة أحكام المؤجل أنه لا- يجب على المشتري أن يدفع الثمن إلى البائع قبل حلول الأجل، سواء طالب البائع أم لم يطالب و هذا إجماعى على أن ذلك فائده الاشتراط كما هو واضح.

ثم انه إذا تبرع المشتري بدفعه هل يجب على البائع قبوله أم لا؟ الظاهر هو الثانى، بل لا خلاف فيه بين الأصحاب، بل عن الرياض دعوى الإجماع عليه و فى باب السلم من جامع المقاصد نسبه الخلاف فى ذلك الى بعض العامه و لكن الظاهر أن المقام ليس مما يكون مورد الإجماع التبعدى فإن الأمر فى المقام يدور مدار الاشتراط و عدمه و على كل تقدير فيتبع حكمه و عليه فلعل القائل بعدم الوجوب قد لاحظ كون الشرط من البائع على المشتري أيضا بان لا يسلم الثمن قبل الأجل و الأفلو كان الاشتراط من خصوص المشتري على البائع فلا- مناص يجب للبائع أن يقبل الثمن لأنه ماله و لا يجب للمشتري حفظ مال شخص آخر، و من هنا ظهر فساد ما ذكره العلامة من تعليل عدم الوجوب بأن فى ذلك منه على البائع فإن التعجيل كالتبرع بالزيادة و وجه الظهور أن التعجيل انما هو بحسب القواعد و ليس

ص: ٥٦٤

فيه منه، بل إيصال حق الغير اليه بخلاف إعطاء الزيادة فإن فيه منه كما هو واضح.

(أقول: لعل كلام العلامة مبني على الفرع الثاني من الشرط لا يسقط بالإسقاط و ح يكون التعجيل تبرعا و تكون فيه منه على البائع إذ في التبرع منه مع وجود الحق للمشتري، نعم إذا قبل ذلك الإسقاط كما هو كذلك فلا منه مقرر) و عليه فلا بدّ من التكلم هنا في بيان ذلك من ناحيه مقامى الإثبات و الثبوت فنقول

### **أن الاشتراط التأخير بحسب مقام الثبوت يتصور على وجوه:**

#### **الأول: أن يكون الشرط لخصوص المشتري**

بأن يشترط المشتري على البائع أن لا- يكون للبائع حق المطالبة إلى أجل خاص و ح فلو تبرّع المشتري و أعطى الثمن قبل و حصول الأجل لوجب على البائع قبول ذلك لأنه ماله و ليس له حق أن لا يقبل لعدم اشتراطه على المشتري ذلك، بل الغرض من اشتراط التأخير هو التوسعه على المشتري فقط و على هذا يترتب فساد ما ذكره العلامة من أنه لا يجب للبائع قبول ذلك لأن فيه منه فإنه أى منه فيه في ذلك بعد ذلك بعد ما كان غرض المشتري إيصال مال البائع اليه.

#### **الثاني: أن يكون الشرط من ناحيه البائع على المشتري**

بأن يشترط البائع على المشتري أن لا يسلم الثمن إلا بعد مده خاصه كما إذا كان في بلد أخرى غير بلده و باع متاعا و يخاف من أخذ ثمنه أن يسرقه السارق فان الحق هنا للبائع فقط فليس للمشتري أن يسبق الى دفع الثمن و يدفعه إلى البائع قبل الأجل فإنه على خلاف اشتراط البائع على المشتري.

#### **الثالث: أن يكون الاشتراط من كل من الطرفين على الآخر**

و قد ظهر حكمه من القسمين المتقدمين هذا بحسب مقام الثبوت.

و أما في مقام الإثبات فالظاهر هو القسم الأول مع عدم القرينه على القسمين الأخيرين، فإن المرتكز بحسب عامه الناس و المتعارف عندهم أن

الغرض من الاشتراط انما هو التوسعه على المشتري للتهيئه إلى أداء الثمن و من هنا لو تبرع المشتري بأداء الثمن و أعطى الثمن للبائع وجب له القبول إذ لا- يجب للمشتري حفظ ماله و لا- أن للبائع أن يمتنع عن قبوله لما عرفت أنه ليس له حق في ضرب الأجل و من هنا ظهر الجواب عما احتمله المصنف من أن التأجيل كما هو حق للمشتري يتضمن حقا للبائع من حيث التزام المشتري لحفظ ماله في ذمته و جعله إياه كالودعي، فإن ذلك حق عرفا كما ظهر ما ذكره من ابطال توهم اختصاص الحق بالمشتري و أيضا عرفت جواب ما ذكره العلامة فيما تقدم، فإنه لا منة في إعطاء حق البائع له، إذ ليس هو إلا مجرد إعطاء الحق و عليه فلا يجوز للبائع عدم القبول و لا يقاس ذلك بإعطاء الزائد عن الثمن فان في ذلك منة فلا يجب عليه قبوله كما هو واضح.

و اذن فما ذكره بعض العامه هو الصحيح هذا كله في أصل ثبوت الحق و جعله و أنه بأى كيفية جعل.

### **ثم إذا أسقط المشتري حقه أى حق تأخير الثمن إلى أجل خاص فهل**

يسقط هذا أو لا يسقط؟

وقد ذكر في التذكرة أنه لو أسقط المديون أجل الدين مما عليه لم يسقط و ليس لصاحب الدين مطالبة في الحال و علله في جامع المقاصد بأن التأجيل انما ثبت بعقد لازم فلا يسقط بالإسقاط إلا بمثل الإقالة لارتباط الشرط بالطرفين.

و فيه أن الشرط و ان ثبت في عقد لازم و لكنه حق لخصوص المشتري فقط، فيسقط بإسقاطه مع أنه لو كان ذلك أى الثبوت في العقد اللازم و جها لعدم السقوط كان اللازم عليه أن لا يقبل سقوطه حتى مع الإقالة أيضا إلا أن تكون الإقالة في أصل العقد، ثم ذكر أن في الأجل حق لصاحب الدين

ص: ٥٦٦

أيضا و لذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل و لذا يجوز لهما التقايل.

و فيه أن الصغرى ممنوعه فإنه ليس هنا الآ- حق واحد مجعول للمشتري أعنى التأجيل و ليس فيه حق للبائع أصلا، بحيث يكون مشتركا بينهما لعدم الدليل عليه على أن وحده الحق الثابت للمجموع تتصور في مثل ارث الخيار كما تقدم، و لكن لا يعقل هنا لأن أطرافه متعددة من جميع الجهات كما في حاشيته بعض مشايخنا المحققين، فراجع و لعل المحقق الثاني لم يعتمد على الوجه الأول، بل على الوجه الثاني و لذا حكم بجواز الإقالة في الوجه الثاني، فإن مقتضى الوجه الأول كما عرفت عدم جواز الإقالة بخلاف مقتضى الوجه الثاني فإنه يجوز الإقالة لكون الحق واحدا و مشتركا بينهما كما لا يخفى.

و يمكن أن يكون مراد جامع المقاصد من الوجه الثاني أن يكون لكل من البائع و المشتري حق مستقل لا أن هنا حقا واحدا مشتركا بينهما و ح فيكون الجواب عنه هو المناقشه في الصغرى أيضا و أنه لا دليل على جعل الحق على البائع أيضا و ان ذلك ممكنا في مقام الثبوت كما لا يخفى، فافهم و ذكر العلامة (ره) هنا وجهها رابعا و هو أن الأجل صفة تابعه و الصفة لا تفرد بالإسقاط و لهذا لو أسقط مستحق الحنطة الجيده الدنانير الصحيح الجوده لصحه لم يسقط.

و فيه أن الشرط لا يقاس مما ذكره من عدم إسقاط صفة الجوده و الصحه من المستحق لذلك فان ذلك الوصف تقييد في المبيع فلا- يمكن الإسقاط إلا- بالتراضى الجديد بأن تكون هنا معامله أخرى غير المعاملة السابقه لأن ما وقع عليه البيع هو هذه الحصة الجيده أو الصحيحه و غيرهما ليس بمبيع أصلا، و معه كيف يمكن إسقاط صفة الجوده و الصحه بدون التراضى الجديد و المعاملة الجديده و هذا بخلاف المقام، فان اعتبار التأجيل من الاشتراط

فيجوز لمن له الشرط أن يسقط ذلك لكونه حقا كما عرفت، ويجوز التبعية لا تمنع عن الاسقاط.

نعم، لو كان اعتبار الجوده و الصحه فى المبيع من باب الاشتراط بأن وقع البيع على الحنطه المطلقه و على طبيعى الحنطه أو على طبيعى الدينار و اشترط المشتري الصحه فى ذلك، فان ذلك قابل للإسقاط فالمانع عن الإسقاط فى المقيس عليه هو كون الوصف قيذا فى المبيع و كون المبيع هو الحصه الخاصه لا أن التبعية مانعه عن ذلك، و الأ لم يقبل شىء من الشروط الاسقاط حتى بالتقاييل أيضا لوجود الملاك المذكور و هو التبعية كما هو واضح، مع أنه وقع الاتفاق على أنه يجوز الاسقاط بالتقاييل مع أنه لو كان ما ذكره العلامه تماما لا تصح الإقاله أيضا و أيضا لا شبهه أن بعض الشروط يقبل الاسقاط، بل لم يخالف فيه أحد ظاهرا كشرط الخياطه و نحوها، و لا شبهه أنه لا فارق بينما نحن فيه و بين شرط الخياطه كما هو واضح.

و قد انتهى الكلام إلى أنه

### لو أسقط المشتري أجل الدين فهل يسقط

#### اشاره

حق المشتري أو لا يسقط،

فالمشهور بين العلماء أنه لا يسقط

#### اشاره

و ذكروا فى وجه ذلك وجوها:

### الأول: ما ذكره فى جامع المقاصد أن التأجيل قد ثبت

فى العقد اللازم فلا يسقط بمجرد الاسقاط

و فيه أولا- أنه لا- حق هنا إلا لخصوص المشتري و هو يسقط بإسقاطه و بعده ليس للبائع حق بالنسبه إلى التأجيل حتى يسقط بالإسقاط، و ثانيا أنه لو كان ذلك غير قابل للإسقاط بإسقاط المشتري لم يكن قابلا له بالإقاله أيضا مع أنه كغيره يلزم سقوطه بالإقاله.

### الوجه الثانى: أن الحق لكل من البائع و المشتري بحيث يكون لكل

منهما حق مستقل

فإذا أسقط المشتري حقه لا- يسقط معه حق البائع، بل يبقى هو على حاله و هذا الوجه يمكن أن يكون مراد المحقق الثاني من  
الوجه

ص: ٥٦٨

الثانى فى كلامه من أن فى الأجل حقا لصاحب الدين، إلخ، و فيه أنه و ان يقبل الإقاله و لكن ذكرنا فيما سبق أنه لا دليل عليه فى مقام الإثبات و ان كان ممكنا فى مقام الثبوت على أن ثبوت حق للبائع أيضا لا يمنع عن سقوط حق المشتري كما هو واضح.

### **الثالث: أن الحق و ان كان واحدا و لكن قد ثبت ذلك الحق الواحد**

لكل من البائع و المشتري

و عليه فلا يسقط ذلك بإسقاط المشتري فقط و فيه أولا أن الصغرى ممنوعه إذ ليس هنا الآ حق واحدا ثابت لخصوص المشتري و ليس هنا حق للبائع أصلا لعدم الدليل عليه.

و بعبارة أخرى أن هذا الحق ثابت بالاشتراط و هو انما بالنسبه إلى خصوص المشتري فقط كما هو الظاهر من المعاملات المؤجله حيث ان الغرض هو تسهيل الأمر على المشتري بتأخير الثمن كما هو واضح.

نعم بناء على هذا أيضا يسقط ذلك بالإقاله كما التزم به المحقق الثانى أيضا، نعم يمكن الالتزام بذلك مع مساعده الدليل عليه كما التزمنا به فى ثبوت حق الخيار للورثه على القول به، فإنه ليس هنا الآ حق واحد ثابت لمجموع الورثه.

### **الرابعه: ما ذكره العلامة من أن الأجل صفة تابعه لا يفرد بالإسقاط**

إلخ، و قد تقدم جوابه فراجع.

### **الوجه الخامس: ما ذكره المصنف (ره)**

من أن الحق و ان كان واحدا و ثابتا لخصوص المشتري دون البائع و لكن مرجع التأجيل فى البيع الى أن البائع قد أسقط حق المطالبه و من الواضح أن الزائل لا يعود و عليه فإسقاط المشتري حق التأجيل و عدمه سياتى من هذه الجهه كما هو واضح ثم قاس ذلك بأنه لو شرط فى العقد التبرى من عيوب لم يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد بأن التزم بالصحه و لم تعد العيوب مضمونه كما كانت



مضمونه لو كانت بدون الشرط.

و فيه أولاً: أن جواز المطالبة ليس من الحقوق ليسقط بالإسقاط، بل هو حكم شرعى لا يقبل الإسقاط كما تقدم سابقاً و هل يتوهم أحد أنه إذا أسقط البائع حق مطالبه الثمن بعد البيع يسقط ذلك، بل له بعد إسقاطه أن يطلب الثمن أيضاً و السرّ فى ذلك هو أن جواز المطالبة ليس من الحقوق المصطلحه من الأحكام الشرعيه غير القابله للإسقاط كما هو واضح.

و ثانياً: أن لازم ذلك أن لا يقبل الإقالة أيضاً بأن لا يكون للبائع حق المطالبة حتى بعد الإقالة مع أن الفقهاء التزموا بجواز الإقالة كما هو واضح.

و ثالثاً: أن التأجيل ليس إلاّ- جعل الحق للمشتري على البائع فقط و أنه لا- يجوز له المطالبة فى ظرف هذه المده فإذا أسقط المشتري حقه فبمقتضى تسلط الناس على أموالهم أنه يجوز للبائع المطالبة، بل يجب للمشتري رد ماله إليه، فإن التصرف فى مال الغير بدون اذنه حرام.

و رابعاً: أنه لا- وجه لقياس المقام بالتبرى عن العيوب، فإن عدم سقوط التبرى بالإسقاط و التزام المتبرى بالصحة بعد العقد لا يستلزم عدم سقوط اشتراط التأجيل، فإن عدم لزوم الالتزام بالصحة بعد العقد انما هو من أحكام العقد اللازم، فإنه بعد ما صار لازماً لا يكون جائزاً و المفروض أن البائع لم يلتزم بالعيب و التزامه بعد العقد لا يكون لازماً إلاّ أن يكون هنا تراض جديد بين المتبايعين و هو أيضاً غير مربوط بالعقد الأول.

و بعباره أخرى أن العقد قد وقع على المبيع الغير المقيّد بكونه صحيحاً الذى يعتبر فى ضمن العقد بحسب الارتكاز و يكون شرطاً ضمناً لأن البائع قد أسقط هذا الشرط بالتبرى عن العيب و تحقق العقد اللازم خالياً عن الشرط و بعد ما صار هذا العقد لازماً فلا يمكن اشتراط شرط الصحة فى

ضمنه بعد لزومه و ان كان اشتراطه بالتراضى الجديد كما هو واضح، وهذا بخلاف المقام فإن المشتري، قد اشترط على البائع التأجيل و صار له حق عليه فله أن يبقى هذا الشرط و له إسقاطه و لذا تجوز فيه الإقالة و أما فى التبرى فلا- يجوز فيه الإقاله أيضا، فإنه هل يتوهم أحد أنه إذا تبرى البائع عن العيب ثم أقال البائع مع المشتري فى إسقاط التبرى يكون اشتراط الصحة فى المبيع لازما و هذا واضح لا شبهه فيه فتحصل أن ما ذهب اليه المشهور من انه لا يسقط التأجيل بالإسقاط غير صحيح و ما ذكره من الوجوه على ذلك غير تام

### و ما ذهب اليه غير المشهور

و نسب الى بعض العامه من أنه يسقط بالإسقاط صحيح كما هو واضح على ما عرفت.

### قوله:مسأله:إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حلّ وجب على مالكة

#### اشاره

قبوله عند دفعه إليه.

أقول:

قد أشار المصنف(ره) فى هذه المسأله الى جهات من الكلام:

الجهه الاولى:انه إذا كان الثمن مؤجلا و حلّ أجله أو كان معجلا

و أعطاه المشتري للبائع،

فهل يجب على البائع قبوله أم لا يجب عليه ذلك وجهان و لعل المشهور أنه يجب على البائع قبوله و قد اختار المصنف(ره) و استدل عليه بأن فى امتناع البائع عن القبول إضرارا و ظلما إذ لا حق له على من فى ذمته فى حفظ ماله فى ذمته.

أقول:الكلام هنا فى وجوب القبض مع الإقباض و لا كلام لنا فى أن القبض بأى شىء يتحقق فلا يرد أنه إذا لم يقبل فالتخليه بين الثمن و البائع اقباض.إذا عرفت ذلك فنقول أن المراد من الضرر تاره يكون الضرر الخارجى و أخرى يكون الضرر الاعتبارى أما الأول فهو عباره عن النقص فى المال أو الأعضاء أو الاعراض و لا شبهه أن عدم قبول البائع الثمن لا يستلزم شيئا من هذه الأمور فلا يكون هنا ضرر خارجى.

ص: ٥٧١

و أما الضرر الاعتبارى و الشؤنى فنعم فإنه لو لم يقبل البائع الثمن لم تفرغ ذمه المشتري و يكون مديونا و يعد بين الناس مديونا و يقل بذلك اعتباره بينهم و لا شبهه فى أن هذا ضرر عليه و لكن الكلام فى أن اندفاع هذا الضرر منحصر بالإقباض ليقع المشتري بعدم قبول البائع الثمن على الضرر الاعتبارى أو ليس بمنحصر بذلك، و الظاهر أنه غير منحصر به، بل يمكن دفعه أن يلقي بالطريق أو يدفعه الى الحاكم أو يكون عنده أمانه، نعم قبوله الثمن موضوع لرفع الضرر و من الواضح أن إيجاد هذا الموضوع ليس بواجب.

و بعبارة أخرى أن دليل الضرر انما يرفع الحكم الناشى منه الضرر و لا- شبهه أن الحكم الذى ينشأ منه الضرر انما هو حكم الشارع بلزوم دفع الثمن إلى البائع فإذا امتنع البائع عن القبول يكون بقاء هذا الحكم على حاله ضررًا على المشتري و من الواضح أن اندفاع هذا الضرر لا- ينحصر بقبول البائع ليحكم بوجوبه عليه، بل كما يدفع بوجوبه ككك يدفع ذلك بدفعه الى الحاكم أو بإلقائه فى الطريق أو بجعله عند نفسه أمانه شرعيه كما هو واضح.

و توهم أن قبض الحاكم لا- يدفع الإضرار و الظلم و هكذا بعزله و كون ضمانه على مالكة توهم فاسد كما عرفت و لا وجه لقياس ذلك بمن يجب عليه بيع ماله لنفقته عياله، فان الوجوب هنا باق على حاله حتى مع قيام الغير على بيع ماله و صرفه فى نفقه عياله، فإنه من جهة ما دل على وجوب الاتفاق لا لدليل الضرر كما هو واضح و كيف كان فإذا امتنع عن قبول حقه سقط وجوب الإعطاء له لا أنه يبقى على حاله و سقط اعتبار رضاه فى بيع ماله كما لا يخفى.

### **الجهه الثانيه: أنه إذا قلنا بوجوب الإقباض للبائع و امتنع هو عن**

قبوله

فربما يقال أن الحاكم يجبره بالقبض لأنه ولى الممتنع فله أن يجبره بذلك و لكنه واضح الدفع فإنه لا دليل على ثبوت الولاية للحاكم فقط فى

ص: ٥٧٢

أمثال الموارد لأنّه ليس الآ- من جهه الأمر بالمعروف و أنه يجب عليه أن يقبض و لا- يمتنع عن ذلك و لا- شبهه أن الأمر بالمعروف يشترك فيه الحاكم و غيره فإنه واجب لكل من يقدر عليه و لا يختص ذلك بالحاكم لإطلاق أدله الأمر بالمعروف بالنسبه إلى الحاكم و غيره و بالنسبه إلى العدول و غيرهم و عليه فالتخصيص بالحاكم أولاً ثم بعدول المؤمنين و هكذا بلا وجه.

و الحاصل: أن الكلام في هذه المسأله يقع في جهات: الأولى: أنه هل يجب على البائع قبول الثمن و قبضه مع حلول أجله إذا إعطاء المشتري أو لا يجب. فذكر المصنف أنه يجب على البائع قبوله إذا لم يرض المشتري ببقائه عنده لدليل نفي الضرر و لكن قد عرفت أن الضرر انما نشأ من حكم الشارع باشتغال ذمته و كونه مديوناً فإنه ضرر على اعتباره و لم ينشأ الضرر من عدم قبوله، نعم قبوله سبب لارتفاع الضرر و موضوع له و لكن لا يجب عليه إيجاد هذا الموضوع و بمقتضى دليل نفي الضرر يكون هذا الحكم الذى نشأ منه الضرر مرتفعاً و له أن يدفع حقه اليه و إذا لم يقبل و امتنع عن ذلك يدفعها الى الحاكم أو يطرحه فى الطريق ثم على القول بوجوب الإقباض و امتناعه عن قبوله فهل يجبره الحاكم بالقبول أو لا، و الظاهر هو عدم اختصاص الحاكم بذلك فإنه بناء على وجوب القبض و امتناعه عنه يكون المورد من موارد الأمر بالمعروف و من الواضح أن عدول المؤمنين، بل فساقهم فى عرض الحاكم فى ذلك لإطلاق أدله وجوب الأمر بالمعروف كما هو واضح و قد اعترف المصنف أيضاً بكون ذلك من باب الأمر بالمعروف فى أثناء كلامه.

### **الجهه الثالثه: أن البائع إذا امتنع عن القبض اما لعدم وجوبه، أو**

لعدم إمكان إجباره

فهل يتولى الحاكم بالقبض لكونه ولى الممتنع أو لا- يجب عليه ذلك و الظاهر أنه لا دليل على مباشره الحاكم بذلك إذا لا ولايه له على ذلك، غايه الأمر أنه ولى الممتنع عن أداء الحق فإنه يجبره على الأداء

بل يجبره عدول المؤمنين، بل فساقهم على ذلك فإنه من باب الأمر بالمعروف و مع عدم قبوله يتولاه الحاكم و غيره من المؤمنين و أما إذا كان الامتناع عن قبول حق نفسه فلا- دليل على ولايه الحاكم عليه بأن يقبل ماله و يقبضه ولايه عنه و ان قلنا للغائب و نحوه حسبه و كذا ليس للحاكم أن يطالب المديون بالدين مع حلول الأجل و رضاء المالك ببقائه في ذمته أى المديون و كيف كان فمباشرة الحاكم بالقبض في أمثال الموارد تصرف في مال الغير بدون اذنه فيحتاج الى دليل و مع رضا بذلك فيجوز للحاكم قبضه لا أنه يجب عليه بحيث يكون ذلك وظيفه له بما أنه حاكم و هذا واضح جدا.

و من هنا ظهر أن ما ذهب إليه في السرائر من الحكم بوجوب القبض للحاكم و عدم وجوب إجبار الدائن ليس في محله و كذلك لا وجه لما رجّحه جامع المقاصد من تولى الحاكم بالقبض مع عدم الإكراه للبائع.

### **الجهه الرابعه: أنه بعد ما كان اشتغال ذمه المديون ضرا عليه مع**

عدم قبول الدائن دينه

فلا بدّ من عزل حقه و تعيينه في شخص معيّن و هل المتصدى لهذا العزل هو المديون أو الحاكم أو شخص آخر، و الظاهر أنه هو الحاكم، فان ما يدفع به الضرر هو جواز العزل و أما أن يكون المتصدى هو المديون فلا يقتضيه دليل نفى الضرر لما ذكرنا في باب الولاية أنه و ان كان لا دليل على ولايه الحاكم و لكن مع ذلك نلتزم بثبوت الولاية له من باب القدر المتيقن و كذلك في المقام فإنه قد اقتضى دليل نفى الضرر ارتفاع حكم الشارع باشتغال ذمه المديون و أنه يعزل حقه مع امتناعه و لكن الأمر دائر بين أن المتصدى لذلك هو الحاكم أو غيره فالقدر المتيقن هو أن يكون المتصدى لذلك هو الحاكم.

ثم انه بعد العزل هل يدفع الى الحاكم أو يجعل أمانه عند المديون أو عند شخص آخر أو يلقي الى نفس المالك سواء أخذ أم لا، و قد يقال أنه

يعطى للحاكم لأنه ولى من لا ولى له و لكنه واضح الدفع فإنه إنما يدفع المال إليه إذا لم يكن مالكة حاضرا و لم يكن له ولى يحفظه فإنه يعطى للحاكم و هو يأخذه و يحفظه حسبه و أما فى المقام فالمالك حاضر فلا- حسبه لأخذه عنه و لا- دليل بالخصوص يدلنا عليه فلا دليل لوضعه عند الحاكم كما لا دليل على لزوم أن يأخذه الحاكم كما تقدم بحيث يكون وظيفه له و من هنا ظهر حكم غير الحاكم أيضا.

و أما المديون فذكر المصنف أنه يجعل عنده فان تلف فعلى ذى الحق لأن هذا فائده العزل و ثمره إلغاء قبض ذى الحق.

و مع ذلك لا يخرج بالعزل عن ملك مالكة لعدم الدليل عليه فان التملك كان مشروطا بالقبض فلا يسقط بدليل نفي الضرر، بل يسقط الضمان و نماء المعزول أيضا للمديون لما عرفت أنه ملكه فيكون المقام عكس قاعده الخراج بالضمان فلا تكون القاعده المذكوره جاريه هنا فان نفي الضرر ينفي الضمان و اعتبار القبض فى الملك يدل على عدم خروج المعزول عن الملك و يكون ذلك كتعلق حق المجنى عليه برقبه العبد الجانى.

و لكن يرد عليه أنه إذا كان المعزول باقيا فى ملك المديون و كانت ذمته أيضا فارغه عن الدين فأين ذهب ملك الدائن مع أنه كان مالكا لذمته قطعا فلا مناص عن تعيين ملكه بالمعزول و قد عرفت أن دليل نفي الضرر يقتضى أزيد ما يدفع به ضرر المديون إذا عزل حق الدائن لا- انعدام ملكه بالكليه و قد عرفت أنه يندفع بعزل الحاكم و إذا عزله الحاكم فيتعين حقه بذلك و عليه فيكون تلفه عن المالك فيكون نماءه أيضا له على ما تقتضيه قاعده الخراج بالضمان كما هو واضح.

### **الجهه الخامسة: أنه إذا عزل حق الدائن فهل حفظه على الدائن**

أو للحاكم أو ليس على أحد حفظه

أما الحاكم فقد عرفت الكلام فيه فإنه ولى

الغائب لا ولي الحاضر و ككك المديون، فإنه لا دليل على وجوب حفظه عليه بل حفظه كذلك أضر من بقائه في ذمته كما ذكره المصنف و عليه فللمديون أن يحفظ ذلك و له أن يطرحه عليه أو على الطريق فإنه بعد ما عرض ذلك على مالكة و امتنع مالكة عن القبض فلا- يكون حفظه على أحد حسبه، بل على مالكة و المفروض أن المالك لا- يأخذه فسقط احترام ماله من حيث وجوب الحفظ فيلقية المديون اين ما يريد كما هو واضح.

ثم انه بقى هنا شيء قد تعرض له المصنف و أن لم يكن مربوطا بالمقام و هو أن مورد حديث نفى الضرر هو أن النبي صلى الله عليه و آله قد أسقط ولاية سمره و أمر بقلع الشجره و رميها اليه، و لكن قد ذكرنا في البحث عن قاعده لا ضرر أن هذا و ان كان يدل على نفى الحكم الضررى فى الإسلام و لكن لا دلالة فيه على سقوط ولاية المالك عن ماله لأن حكم النبي صلى الله عليه و آله بقلع الشجره ليس من جهه الضرر لأن بقائها فى بستان الأنصارى لم يكن ضررا عليه، بل الضرر انما كان ناشئا عن دخول سمره على الأنصارى بلا استيذان منه و كان يندفع الضرر بمنعه عن الدخول عليه بدون الاستيذان و انما كان أمر النبي صلى الله عليه و آله بذلك من جهه التأديب حيث انه لم يقبل كلما وعده النبي صلى الله عليه و آله تأديبا له بقلع شجرته و رميها اليه و الآ فالحديث لا يقتضى رفع ولاية المالك عن ماله بعنوان لا ضرر.

**ثم انه بقى هنا فرعان قد تعرض لهما المصنف لأجل المناسبه**

#### **اشاره**

و ان لم يكونا مربوطين بالمقام:- الأول: أنه إذا كان مال مشترك عند شخص و أخذ الغاصب منه بقصد أنه من حصه شريكه لا ممن عنده مال، فهل يكون المأخوذ محسوبا من صاحبه أو يكون محسوبا منهما.

الثانى: أن يصدى الظالم بنفسه لذلك بأن أخذ من المال المشترك

وقد ذكر المحقق الثانى هذين الفرعين ثم ذكر أنا لم نجد تصريحاً بهما فى كلمات الأصحاب و تردد هو فيما بعد حكمه فيما نحن فيه بكون تلف المعزول من صاحب الدين، ولكن لا- وجه لتوهم أن الفرعين مما نحن فيه كما ذكره المصنف و حكم بخروجهما عن المقام بان يدعى أن دليل نفي الضرر ينفى كون الضرر ممن بيده المال لعدم توجه الضرر عليه، بل يكون من صاحبه بأن يكون دليل الضرر مقتضياً لكون المعزول ممن قصد الظالم وقوع الضرر عليه.

### أما الفرع الثانى فمن جهه أنا لا نسلم كون المأخوذ من صاحب الشريك

كما فيما نحن فيه

لأن دليل نفي الضرر بنفسه لا يقتضى تأثير نية الظالم فى التعيين، فإذا أخذ الظالم جزء خارجياً من المشاع فتوجيه الضرر الى من نواه الظالم دون الشريك لا وجه له فان نيته ليست موجه لتعيين المال لعدم كونها فارزه كما إذا أخذ الظالم من المديون مقدار مال الغريم بنيه أنه من المدائن أو أجبر أحداً أن يبيع ماله من شخص ثم أخذ الغاصب المال المعلوم فان دليل لا ضرر لا يثبت الولاية لأحد أن يبيع ماله من شخص أصاله عن نفس و ولاية عن غيره و هذا واضح جداً.

نعم، هنا كلام من جهه أخرى و هى أن الضرر المتوجه الى شخص هل يجب دفعه لغيره عنه مع تمكنه عن ذلك أو لا يجب دفعه عليه و قد تقدم ذلك فى الجزء الأول و قلنا انه لا يجب دفعه و لكنه غير مربوط بالمقام لما عرفت أن الضرر هنا انما توجه الى المال المشاع المشترك و نية الظالم لا يوجب توجهه الى خصوص ما قصده الغاصب فان نيته لا توجب تعيين حق أحدهما فإن أمر الافراز ليس بيده، و لا أن دليل نفي الضرر يقتضى ذلك بعد توجه الضرر الى المال المشاع.



## و أما الفرع الأول: فربما يتوهم أن الشريك لما كان في معرض الضرر

لأجل مشاركته شريكه جعل له ولايه القسمة بمقتضى دليل نفي الضرر،

ولكنه توهم فاسد كما ذكره المصنف، وفيه أن الضرر وان كان يجوز القسمة و لكن القسمة أيضا ضرر على الطرف الآخر فيكون دليل نفي الضرر بالنسبة إليهما متعارضا.

و بعبارة أخرى أن دليل نفي الضرر انما ورد في مقام الامتتان فكما أن الامتتان يقتضى جواز القسمة و هكذا ان الامتتان يقتضى عدم جواز القسمة فعدم كل منهما خلاف الامتتان فيتعارضان فلا يكون دليل نفي الضرر شاملا لما نحن فيه.

## قوله: مسأله: لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصريح به في غيره.

أقول: لما كان الكلام في البيع المؤجل فتعرض المصنف لأجل المناسبه لعدم جواز التأجيل في الثمن، بل في مطلق الدين بأزيد منه بأن يزداد في الأجل بزيادة الدين بحيث تكون زياده الثمن في مقابل الأجل الزائد و كيف كان فلا شبهه في حرمه ذلك و كونه ربوي محرما و لم تسمع خلاف أحد في ذلك ثم ان مورد الكلام ما إذا كانت الزيادة في مقابل الأجل ابتداء بأن يزداد الدين بمقدار من الأثمان فيزيد الدائن الأجل و لا يختص ذلك بمعامله دون معامله و لا بمعامله دون دين، بل يجرى في جميع ذلك فالميزان الكلى ازدياد الثمن في مقابل ازدياد الأجل من غير أن يكون ذلك في ضمن معامله.

و أما إذا صالح المديون بإبراء الدين الحال بأزيد منه مؤجلا، فلا بأس به و أنه خارج عن المقام، و كذلك ما إذا باع ما في ذمته من المتاع الربوي كالحنطه مثلا بأزيد منها مؤجلا فإنه باطل لا من جهة الربا و الزيادة العينيه، بل من جهة أن بيع الحال بمثله مؤجلا في الربويين باطل

كما هو المشهور لا- من جهة كون الزيادة فى مقابل الأجل فهذا أيضا خارج عن المقام. و أيضا ليس مربوطا بالمقام ما إذا باع الحال بما فى ذمته من الأثمان كالدينار و الدرهم بأزيد منه من غير جنسه معجلا كالمروءات و نحوه فلا بأس به أيضا.

و على الجملة فمورد الكلام ما إذا زاد المديون على الدين بعد حلوله أو فى وقت المدائنه فى مقابل الأجل بحيث تكون الزيادة فى مقابل الأجل الزائد، و قد اتفقت كلمات الأصحاب على حرمه ذلك من غير خلاف بينهم نصا و فتوى.

و قد استدلل المصنف (ره) على حرمه ذلك بوجوه الأول، الخبر الذى رواه فى مجمع البيان عن ابن عباس فى تفسير قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرِّبَا من أنه كان الرجل من أهل الجاهليه إذا حلّ دينه على غريمه فطالبه قال المطلوب منه زدنى فى الأجل أزيدك فى المال حتى إذا قيل لهم ربا، فيتعجبون من ذلك و يقولون هما سواء بمعنى أنه كزياده الثمن حال البيع فكما أنها ليست بحرام و كذلك الزيادة فى مقابل الأجل بعد البيع فذمّتهم الله و الحق بهم الوعيد و خطاهم فى ذلك بقوله أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا.

و فيه أن هذه الروايه و ان كانت دلالتها تامه و لكن لم تثبت حجيتها لعدم كونها منقوله من طرفنا.

الثانى: أنه استدلل على ذلك بروايات من طرفنا عن الأئمه عليهم السلام الله و هى على طائفتين.

الأولى: ما دل على جواز وضع البعض مع إعطاء البعض من الدين كصححه ابن ابى عمير قال سئل عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول له انقدنى كذا و كذا واضع عنك بقيته أو انقدنى بعضه و أمدّ لك فى الأجل فيما بقى عليك، قال عليه السلام: الله لا ارى به بأسا،

انه لم يزد على رأس ماله قال الله تعالى فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ، فإنه عليه السلام علل جواز التراضى على تأخير أجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس المال كما ذكره المصنف فيدل على أنه لو زاد ذلك على رأس ماله لم يجز التراضى على التأخير، فيكون ذلك رباء كما يقتضيه ذيل الآية أعنى قوله تعالى فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ، إلخ. فهذه الروايه تدل على عدم جواز الزيادة فى مقابل الأجل بعد الدين فتدل على حرمتها عند المدائنه أيضا إذ لا فرق فى ذلك بين الحدوث و البقاء.

و الطائفة الثانيه الأخبار الوارده عن تعليم طريق الحيله فى جواز تأخير الدين بزيادة باشرط التأخير فى ضمن معاملة أخرى للفرار عن الربا فلو جاز التأجيل بزيادة ابتداء و بقاء لم يكن داعى إلى التوصل بأمثال تلك الحيل حتى صاروا عليه السلام بذلك موردا لاعتراض العامه فى استعمال بعض هذه الحيل كما فى غير واحد من الأخبار الوارده فى ذلك و كيف فتدل هذه الروايه أيضا على حرمة الزيادة فى مقابل الأجل حدوثا و بقاء.

و على الجملة أن ما استدل به المصنف على مقصوده بهذه الروايات صحيحه و تامه.

**قوله: مسأله: إذا ابتاع عينا شخصيه بئمن مؤجل، جاز بيعه من بايعه**

**اشاره**

و غيره قبل حلول الأجل

و يعده بجنس الثمن و غيره مساويا له أو زائدا عليه أو ناقصا حالا أو مؤجلا.

أقول: الكلام فى بيع العين الشخصيه بعد شرائه مؤجلا من الشخص الذى اشتراه منه،

**فالكلام يقع هنا فى ثلاث مسائل:**

**اشاره**

الاولى فى أنه هل يجوز بيع العين الشخصيه من الشخص الذى اشتراه منه مؤجلا أو لا يجوز بيعه منه قبل حلول الأجل أو بعده بجنس الثمن الذى اشتراه منه أو بغيره مساويا له أو زائدا عليه أو ناقصا عنه حالا أو مؤجلا، ففى هنا مسائل

ص: ٥٨٠

الأولى: أنه يجوز بيع ما اشتراه الإنسان مؤجلا و قد منع الشيخ عن ذلك بعد حلول الأجل بنقصان من الثمن.

و المسألة الثانية: ما نسب الى الشيخ أيضا في خصوص الطعام بأنه بعد حلول الأجل، فإن كلام الشيخ و ان كان في بيع الطعام و لكن علله على نحو يفهم منه التعميم، فراجع المتن و لا- يجوز أخذ الطعام بدلا عن الثمن الا- بما يساويه المسألة الثالثة أن يبيع الشيء بشرط أن يبيعه منه بالمال كما نسب الى المشهور.

### أما المسألة الأولى في أنه هل يجوز بيع العين الشخصية من الشخص الذي اشتراه منه مؤجلا

فالظاهر أنه لا خلاف في جواز ذلك بين الأصحاب إلا عن النهاية للشيخ، فإنه حكم بعدم جواز أن يأخذ البائع من المشتري ما كان باعه إياه أن يأخذ منه بثمن ناقص فما باع منه و لزمه ثمنه الذي كان أعطاه به كما هو ظاهر عموم كلامه في بيع الطعام و عن الشهيد أنه تبع الشيخ في ذلك جماعه. و لكن الظاهر ما هو المشهور و يدل عليه مضافا على العمومات الداله على صحة المعاملات و لزومها صحيحه (1) بشار بن يسار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء مرابحه فيشتره من صاحبه الذي يبيعه منه، فقال: نعم لا بأس به، إلخ. فهذه الرواية و ان كانت خاصة من حيث اختصاصها بشراء البائع المتاع الذي باعه من المشتري مؤجلا و لكنها مطلقة من حيث كون الشراء ثانيا بأقل من الثمن الذي باعه أو أزيد أو مساوي، و كذلك مطلقة من حيث كون الشراء ثانيا بعين الثمن الذي باع به أولا- أو بغيره قبل حلول الأجل أو بعده، فهذه الرواية بإطلاقها من حيث ترك الاستفصال بين الحلول و عدمه تدل على المقصود.

ص: ٥٨١

و تدل على المقصود أيضا صحيحه (١) ابن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتريها منه، فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه، فقال له المطلوب أبيعك هذه الغنم بدراهمك التي لك عندي فرض قال لا بأس بذلك فهذه الرواية ليست مطلقة من حيث كون البيع الثاني قبل الأجل أو بعده بل الظاهر منها أن المطالبة إنما كانت بعد حلول الأجل و لذا قال السائل انه اتى الطالب المطلوب يتقاضاه فإنه لو كان ذلك قبل الأجل لم يكن له حق المطالبة و لكن الظاهر من الرواية أن للبائع حق المطالبة (الآ- أن يكون البيع حالا- فتكون الرواية على ذلك أجنبيه عن المقام) و لكن الرواية ليست فيها صراحة بالنسبة كون البيع الثاني واقعا على المبيع الأول، بل هي مطلقة من هذه الجهة فلا- دلالة لها على ذلك الآ- من حيث الإطلاق.

و يؤيد ذلك ما من كتاب (٢) على بن جعفر عن أخيه قال: سألت عن رجل باع ثوبا بعشره إلى أجل، ثم اشتراه بخمسه بنقده فهذه الرواية على تقدير صحة سندها ظاهره في المطلوب و لكن لا صراحة فيها أيضا في كون البيع قبل حلول الأجل أو بعده و كيف كان ففي هذه الروايات مع العمومات الواردة في صحة المعاملات غنى و كفايه.

و قد استدل الشيخ على مقصود بروايتين الأولى روايه خالد بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعته طعاما بتأخير إلى أجل مسمى فلما جاء الأجل أخذته بدراهمي فقال: ليس عندي دراهم و لكن عندي طعام فاشتره مني، فقال: لا تشتريه منه، فإنه لا خير فيه.

ص: ٥٨٢

---

١- (١) وسائل ج: ١٢، ص ٣٧٠.

٢- (٢) وسائل ج: ١٢، ص ٣٧١.

و فيه أنه على تقدير صحه الروايه فلا دلالة فيها على المقصود إذ ليس فيها أن المبيع ثانيا عين المبيع أولا، فإن المشتري قال ليس عندي طعام فاشتر منى طعاما فيمكن أن يكون هذا الطعام غير الطعام الذى وقع عليه البيع أولا، كما يقتضيه التعبير عنه بالنكره حيث انه طلب الثمن فأعطاه الطعام عنه، بل قيل أن تكرار النكره بالنكره يدل على التعدد كما فى قوله تعالى إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا، إلخ. و أما إذا كان تكرار النكره بالمعرفه فيدل التكرار على الاتحاد، نعم لا يعد شمولها للمبيع الأول بالإطلاق و ثانيا لا دلالة فيها على الحرمة، بل الظاهر منها الكراهه و لذا لم يقتصر الامام عليه السلام فى المنع بقوله لا تشتري، بل عقبه بالتعليل بقوله فإنه لا خير فيه فان الظاهر من كلمه لا خير هو الكراهه فإنها مثل كلمه لا ينبغي و لا يصلح و نحو ذلك.

و على الجملة فظهور الروايه فى المنع عن الاشتراء من حيث كون البيع ثانيا هو الطعام الأول، و من حيث الزيادة و النقيصه و المساواه، و الشيخ لا يقول بذلك فلا تنطبق الروايه على مسلكه.

الثانيه: روايه عبد الصمد بن بشر قال: سأله محمد بن قاسم الحنات، فقال: أصلحك الله أبيع الطعام من رجل الى أجل فيجئنى فقد تغير الطعام من سعره فيقول: ليس عندي دراهم، قال: خذ منه بسعر يومه، فقال أفهم أصلحك الله انه طعامى الذى اشتراه منى فقال لا- تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك، فهذه الروايه صريحه فى كون المبيع ثانيا هو المبيع أولا- فعلى تقدير صحتها فتدل على المقصود من هذه الجهه و لكن لا- دلالة فيها على خصوص مذهب الشيخ و هو عدم جواز البيع بثمن ناقص من الثمن الذى اشتراه المشتري به من البائع كما لا دلالة على ذلك فى الروايه الأولى أيضا على تقدير شمولها للمبيع الأول بإطلاقها و الوجه فى ذلك أنه لا شبهه فى أن هذه الروايه صريحه فى كون البيع مؤجلا كما أنها صريحه فى كون المبيع ثانيا عين

المبيع أولاً، وان دلت هذه الرواية على الجبهه الثالثه أيضاً، و هي أن يكون الثمن فى البيع الثانى أقل من الثمن فى البيع الأول فتكون هذه الروايه أخص من العمومات الداله على صحه هذا النحو من البيع و أيضاً تكون أخص من الروايتين المتقدمتين فبمقتضى الجمع العرفى كون هذه مخصصه لها إذ ليس فى المقام ما يعارض هذه الروايه، بل العمومات و الروايتين المتقدمتين كلها أعم من هذه الروايه.

و لكن الظاهر أن روايه عبد الصمد مع الغض عن سندها و الحكم باعتبارها من حيث السند فلا دلالة لها على المقصود فإنها إما مجمله، أو خارجه عن المقام جدا و الوجه فى ذلك أن الراوى حيث سأل الإمام عليه السلام عن جواز شراء الطعام ثانيا الذى باعه من شخص مؤجلا، و قد حلّ الأجل حيث يقول المشتري ليس عندى دراهم خذ طعامك فقد تغير سعره فقال الامام عليه السلام: الله خذ طعامك بسعر يومه الذى تطلب منه الثمن ثم كرر السائل السؤال، فقال هو طعامى فأجاب الإمام عليه السلام أنه لا يجوز أن تشتري منه، بل لا بدّ و أن يبيع لشخصا آخر فيعطيك ثمنه ثم ندم السائل عن سؤاله ثانيا حيث قال أرغم الله أنفى، إلخ. لا شبهه أن المبيع الثانى الذى سأل السائل عن حكمه ليس الثمن فيه مساويا للبيع الأول، بل اما زائد عنه أو ناقص و لذا قال الراوى فقد تغير سعره فان كان المراد هو الناقص فدلت الروايه على مقصود الشيخ فإنه تكون الروايه أخص من العمومات و الروايتين المتقدمتين فتكون هى مخصصه لهما، و لكن ليس فى الروايه ظهور فى ذلك، بل الظاهر منها أن السائل بعد ما سأل عن حكم البيع الثانى فجوزّه الامام عليه السلام فرأى أنه ليس على نفعه لكون الثمن فيه زائدا من ثمن بيع الأول فأراد الفرار عن ذلك فسأل ثانيا أنه طعامى فكيف أعطى الثمن أكثر مما أعطاه المشتري لى، بل لا بدّ و أن يعطيه المشتري لى بمثل

الثلث الذي أعطيه إياه فأجاب الإمام عليه السلام بأنه لا تأخذ منه إلخ، فتخيل السائل من ذلك أنه لا يجوز البيع بأزيد من الثلث الذي في البيع الأول، فقال أرغم الله انفي رخص لي فررت عليه و شدد عليّ فان الظاهر من هذه (و لكن الظاهر من ذيل الروايه أنه كان الثلث في البيع الثاني فمنع، الامام عليه السلام منه فتكلم هو بهذه الجملة فإنها أمس بصوره القله و الندامه بها اخرى و أما في الزائد فلا من المقرر) الجملة أنه فهم عدم الجواز من الشراء بالزائد فتندم لأنه كان حاضرا بالشراء الزائد، و لكن لا دلالة في قول عليه السلام لا تأخذ منه، إلخ. على عدم جواز الشراء ثانيا بالأكثر كما تخيله الراوي بل الامام عليه السلام أرشده إلى أنه إذا ثقل عليه أن تشتري متاعك بالثلث الزائد من الذي بايعته فلا تأخذ منه ذلك فخلي أن يبيعه من غيرك فيعطيك دراهمك و عليه فلا دلالة في الروايه على المنع عن البيع بأزيد من الثلث الذي كان في البيع الأول و على هذا فالروايه بالكلية أجنبيه عن رأى الشيخ الطوسى فإن الروايه لا تمنع عن البيع الثاني لا بالثلث الناقص من البيع الأول كما صرح به الشيخ الطوسى و قال انه لا يجوز بالناقص، و لا بالثلث الزائد كما هو ظاهر كلامه في مورد بيع الطعام، و ان أبيت عن ظهورها في ذلك فلا ظهور لها في المنع عن البيع بالثلث الناقص من الثلث الأول فلا أقل من الإجماع كما هو واضح.

ثم انه ربما يستدل على مذهب الشيخ بما نسب إليه في السلم من أنه لو باع أحد طعاما من غيره سلما فحل الأجل و لم تمكن البائع من تحويل الطعام، فإنه لا يجوز له أن يعطى درهما بدل الطعام إلا بنحو التساوى فإنه يرجع الى بيع الدرهم بدرهم فهو لا يجوز في غير صوره التساوى و عكس ذلك في البيع المؤجل فإنه إذا باع طعاما بدراهم مؤجلا- فحل الأجل و لم يتمكن المشتري من إعطاء الدراهم فإنه لا يجوز له أن يعطى الطعام بدل



الدراهم لرجوعه الى بيع الطعام بالطعام،فهو لا يجوز إلا بنحو التساوى و إلا يلزم منه الربا و الأصل فى ذلك ما ورد فى السلم من خبر على بن جعفر عليه السلام قال:سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطه يأخذ بقيمته دراهم قال عليه السلام:إذا قومه دراهم فسد لأن الأصل الذى يشتري به دراهم و لا يصلح دراهم بدراهم.

و فيه أولا أن الروايه ضعيفه السند.

و ثانيا:أنها معارض فى موردها بروايه أخرى،و ثالثا:أن مورد هذه الروايه هو البيعى الكلى،فإنه قال عليه السلام سألته عن رجل له على تمر و لا أقل من إطلاقه بالنسبه إلى الكلى و الشخصى و لا شبهه أن كلام الشيخ فى البيع الشخصى دون الكلى بداهه جواز ذلك فى الكلى و اذن فلا مانع من هذه الناحيه أيضا لأن البيع الثانى بأقل من الثمن الأول لا بأس به.

فتحصل ان مذهب الشيخ(ره)مبنى على وجوه ثلاثه كلها لا يرجع الى محصل كما هو واضح.

### **و أما المسأله الثالثه فهى أن يبيع شيئا و يشترط فى ضمنه أن يبيعه**

ثانيا،

فقد نسب الى المشهور بطلان ذلك و علله العلامة بأنه مستلزم للدور و هو محال،و ما يلزم منه المحال فهو محال،و لكنه لا يناسب مقام علامه، بل مقام من هو دونه و ذلك لأنه ان كان معنى الاشتراط هو تعليق البيع على الشرط بحيث أن يكون البيع على تقدير هذا الشرط و إلا فلا بيع، فلتوهم الدور مجال لأن حصول البيع الأول متوقف على البيع الثانى فالبيع الثانى متوقف على الملكيه الحاصله من البيع الأول فيتوقف البيع الثانى على البيع الأول فهو دور و لكن الأمر ليس كك،فإنك قد عرفت أن معنى الشرط ليس هو التعليق الذى قام الإجماع على بطلانه،بل الالتزام معلق على الشرط و العقد معلق

ص: ٥٨٦

على الالتزام بالشرط ولا يضّرّ مثل هذا التعليق لأنه إنما تعليق بأمر حاصل لتحقيق الالتزام حال العقد و التعليق بأمر حاصل لا تضرّ كما هو واضح، و إنما الذى هو غير حاصله هو الملتزم به دون نفي الالتزام كما هو كك في جميع الشروط غير شرط النتيجة كشرط الخياطه و البنايه و نحوهما و أما على ما هو المعروف من معنى الشرط من ارتباط الالتزام بالعقد مستمرا متوقف على الشرط و الارتباط انما هو بينهما فالملكيه حاصله بالبيع سواء حصل الشرط أعنى الملتزم به أم لم يحصل غايه الأمر أنه يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط، و أما توقف الملكيه على الشرط المتوقف حصوله على البيع الثانى، فلا، كما هو واضح. و حيث ان هذا المعنى من الشرط واضح فلا وجه للزوم الدور بوجه على أنه منقوض بالإجاره أيضا فإنه لو باع عينا من شخص و اشترط استجارها للبائع لزم الدور المذكور و كذلك ينتقض باشتراط بيعه من شخص آخر فان توهم الدور متوجه في جميع ذلك فلا وجه له للفرق بينهما.

ثم انه حيث ان الدور بظاهره الذى عرفت بشيع و القول بلزومه في صورته اشتراط البيع للبائع منقوض بالأمر المذكوره فقد وجهه المصنف بوجه آخر، و حاصله أن الشرط لا بدّ و أن يكون محرز الصحه قبل البيع و لا يكون ممتنعا قبله، فلو كانت صحه الشرط ناشئه من ناحيه الاشتراط في البيع بحيث يكون البيع موجبا لمعقوليته لزم الدور ففي المقام لا شبهه أن بيع مال الشخص من نفسه معقول فلو اشترط ذلك في ضمن البيع لكان صحه هذا الشرط متوقفه على البيع و المفروض أن صحه البيع أيضا متوقفه على هذا الشرط فيلزم الدور و لكن يرد عليه نقضا و حلا أما النقض فلأن النقوض المذكوره و ان لم تكن وارده فإن بيع المالك ماله من شخص آخر و كك إيجار له صحيح في نفسه فيمكن أن يكون ذلك شرطا في البيع أيضا و لكن ينقض ذلك بما إذا اشترط الإيجار لنفسه فان الظاهر أن العلامه لم يمنع في ذلك كما هو المتعارف

كثيراً، أو يشترط كون السكنى له إلى سنه و يشترط ان يرهن عنده و دعوى المصنف أن النقض بالرهن غير وارد لأنه من توابع البيع و مصالحه فيجوز اشتراطها نظير نقد الثمن أو عدم تأخيره عن وقت دعوى لا نفهمها، إذ الإشكال ليس من ناحيه جعل مال الغير وثيقه فإنه كثير، فإنه ربما يستعير مال شخص آخر و يجعله وثيقه عند شخص و يأخذ منه الدراهم، بل الاشكال من ناحيه أن مال شخص لا يمكن أن يجعل عنده رهنا و أنه إذ لا يعقل أن يجعل مقدار من مال شخص ثم يجعل رهنا عنده، فحيث كان هذا غير معقول، فلا بدّ و ان لا يكون اشتراط ممكنا في البيع أيضا على توجيه المصنف لكلام العلامة و أوضح من النقضين المذكورين أن يبيع أحد ماله و اشترط أن يقفه عليه مع أن وقف الإنسان ماله لنفسه غير معقول و الظاهر أن العلامة لم يلتزم بعدم الجواز في شيء مما ذكر، فالأمر يدور بين أن يلتزم بعدم صحة الشرط في الموارد المذكوره أيضا و هو بعيد أو لا يلتزم بعدم الصحة في اشتراط أن يبيع المشتري المبيع من البائع ثانيا فحيث لا يمكن الالتزام بالأول فلا بدّ من عدم الالتزام بذلك في الثاني أيضا.

و أما أن الشرط غير مقدور قبل البيع فكيف يمكن اشتراطه فيه، فواضح الاندفاع لأنه لا يعتبر في الشروط أن يكون مقدورا قبل العقد، بل يكفي في مقدوريته كونه مقدورا بالعقد أيضا كما في المقام، و تقدم نظيره سابقا في حصول جواز التصرف بنفس البيع كما هو واضح.

و أعجب من كلام العلامة ما استدل به الشهيد على بطلان البيع الأول أن البائع لا قصد له على البيع، و إلا لم يشترط بيعه من البائع ثانيا، و وجه العجب أن البائع قد قصد النقل إلى المشتري و دعوى أنه لم يقصد مكابره و أن أبيت عن ذلك فنفرض الكلام فيما إذا صرح البائع بذلك القصد غايه الأمر أنه مع هذا القصد قد اشترط بيعه ثانيا من البائع الأول و تعلق القصد به

أيضا على أنه لو كان اشتراط البيع من البائع الأول ثانيا مضرا لكان قصد المتبايعين النقل إلى البائع الأول، من دون اشتراطها إياه لفظا أيضا، مضرا و موجبا لعدم القصد إلى البائع الأول، بل قد يقصد رجوع المبيع إلى البائع كما في البيع بشرط ردّ الثمن، فان غرض البائع تسهيل أمره مع حفظ متاعه بذلك البيع فيبيعه كذلك و يجعل لنفسه الخيار إلى مده بحيث إذا أتاه الثمن أخذ المتاع.

و على الجملة فلا- نرى بأسا بما إذا باع أحد ماله و اشتراط في ضمن البيع أن يبيعه المشتري منه ثانيا لا من حيث الالتزام ليكون تعليقا و لا من حيث الملتزم به، بان يوجب الدور، بل قد يشترط رجوع البائع إلى المبيع إذا أتى بالثمن فضلا عن البيع له ثانيا كما عرفت.

و الحاصل أن الكلام في صحة البيع و اشتراط أن يبيع المشتري المبيع ثانيا من البائع، و قد تقدم أن المانع ذلك هو الدور الذي ذكره العلامة و قد عرفت جوابه و أنه ليس هنا دور، بل المقام كبقية اشتراط من غير فرق بينها فإذا لزم الدور من الاشتراط فيلزم في جميعها و إلا فلا فحيث لم نر محذورا في بقيه الشروط من حيث الالتزام و لا من حيث الملتزم به لكونه أمرا مقدورا و كانت مقدوريته بنفس العقد فلا محذور في صحة ذلك البيع الذي وقع فيه هذا الشرط، بل قد عرفت أن البيع المشروط برّد الثمن من البديهيّات صحته مع أن اشكال الدور لو تم لجري فيه أيضا بتوهم أن البيع متوقف على صحة الشرط و صحة الشرط متوقف على صحة البيع و كيف كان فاصل صحة البيع الأول غير متوقفه على شيء، بل هو يفيد الملكيه سواء عمال المشروط عليه بالشرط أم لا غايه الأمر أنه مع التخلف و عدم العمل بالشرط تثبت الخيار للمشروط له و هذا جار في جميع الشروط كما هو واضح.

و أما ما ذكره الشهيد (ره) من أنه لا قصد للبائع إلى البيع مع هذا

الشرط فقد عرفت جوابه و أنه قصد النقل بهذا البيع و اشتراط هذا الشرط لا ينافيه أى لا ينافى قصده هذا كما هو واضح.

ثم انه قد استدل صاحب الحدائق و بعض آخر على فساد البيع الذى وقع فيه هذا الشرط بروايه الحسين بن المنذر الداله على فساد البيع بهذا الشرط و بروايه على بن جعفر المرويه فى قرب الاسناد، و لكن الظاهر من الروايه كما ذكره المصنف هو بطلان البيع الثانى و يدلنا على ذلك اختلاف أهل المسجد فيه، و حكمهم بأنه لا يجوز البيع فى مكانه، بل بعد أشهر فإن هذا فى البيع الثانى دون الأول و الامام عليه السلام أيضا حكم بجواز البيع الثانى ان كان البيع الأول متحققا بحيث كان المشتري بعده له أن يبيع و له أن لا يبيع و من البديهي أن مورد البحث كان هو البيع الأول كما هو ظاهر كلام المشهور، بل صريح كلام بعضهم و اذن فالروايتين أجنبيتان عن مورد المسأله و تدلان على بطلان البيع الثانى.

و لكن الذى يسهل الخطب أنهما ضعيفتان السند أما الأولى فلحسين ابن المنذر و أما الثانى فلعبد الله ابن الحسن فلا تصلحان للمانعيه عن صحه البيع الثانى أيضا، و عليه فمقتضى القاعده المتصيده من العمومات الداله على صحه المعاملات هو صحه البيع الثانى أيضا كما هو واضح.

## القول فى القبض

### اشاره

قوله: و هو لغه الأخذ مطلقا، إلخ.

أقول:

## اختلفت الأقوال فى معنى القبض

على ما ذكره المصنف فى المتن و لكن الظاهر أن القبض بمعنى واحد فيكون بهذا العنوان شاملا لجميع الموارد و هو ما يكون به ضمان الغاصب و هذا المعنى الواحد عباره

ص: ٥٩٠

عن الاستعلاء على المال بحيث يكون اختياره تحت يده أو يد من يؤول إليه أمر المالك و هذا المعنى هو الذى يحكم به العرف و يوافق اللغه العربيه، بل كل لغه و ليس له حقيقه شرعيه أو متشريع حتى تكون متبعه و على هذا المعنى فيختلف القبض بحسب اختلاف الموارد فإنه فى مثل الدار عباره عن التخليه بين المالك و بينها فان استعلاء المالك يحصل بذلك و فى مثل الجواهر هو القبض بالكف و فى مثل الحيوان هو الأخذ باللجام أو السوق أو نحوهما و كيف كان فالقبض له معنى عرفى واضح ليس فيه اختلاف أصلا و انما الاختلاف فى مصاديقه و أفراده كما هو واضح.

نعم ربما يعبر عما قبضه بالتخليه بالإقباض مسامحه و لا يلزم من ذلك أن يكون المراد منه هو القبض بالكف كما يقال فى تسليم الثمن أو المثمن الى كل من المتبايعين بالإقباض و يقال: انه يجب الإقباض و لكن هذا تعبير مسامحى و المراد هو إقباضه بما يناسبه و اختلاف الحكم فى تحقق القبض هنا من ناحيه الاستناد إلى روايه عقبه الداله على تحققه بمطلق التخليه بقريته الإخراج من البيت أو النبوى كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه الظاهر فى تحقق الفعل من المشتري لا يرتبط بحقيقه القبض و يمكن أن الغرض من الروايتين واحدا.

و كذلك وقع الكلام فى أن إقباض الغاصب مال المغصوب بأى شىء يحصل بمعنى أنه بما ذا تفرغ ذمته و هذا أيضا ليس مربوطا بحقيقه القبض و ماهيته فان القبض كل شىء بحسبه كما عرفت و بحسب اختلاف المغصوب يختلف الحكم بفراغ ذمته أيضا و لعل هذا هو المقصود من النبوى على اليد ما أخذت حتى تؤدى نعم إذا كان المراد من الأداء، الأداء الخارجى فيعتبر فراغ من ذمه الغاصب الأداء لا مجرد التخليه بين المال و صاحبه و لكن فى المنقولات لا فى غيرها و أيضا وقع الكلام فى أنه إذا باع أحد ما

اشتره من المكييل و الموزون هل يكفى الوزن أو الكيل الأول فى البيع الثانى أم لا، بل لا بد من الوزن و الكيل ثانيا مع كون الكلام فى أن هذا الوزن أو الكيل ثانيا إقباض أم لا، و هذا أيضا غير مربوط باختلاف حقيقه القبض بل هو حكم آخر قد تقدم الكلام فيه عند البحث فى الشرائط البيع و أنه يكفى الوزن فى البيع الأول عن الوزن فى البيع الثانى أولا و أما أنه إذا أوجبا الوزن فى الثانى فهل أنه قبض أو يحتاج الى قبض آخر فسيأتى الكلام فيه و على الجملة فشىء من الأحكام المزبوره لا يرتبط بالقبض كما هو واضح.

## قوله:القول فى وجوب القبض.

### مسأله يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع

أقول:لا- شبهه فى وجوب الإقباض لكل من المتبايعين فإنه بعد تحقق البيع يكون الثمن مال للبائع و يكون المثلن مالا للمشتري فيحرم إمساكه لكل منهما لأنه تصرف فى مال الغير و إمساكه إياه بغير اذنه فهو حرام و انما الكلام فى أنه يجب ذلك على الإطلاق سواء سلم الآخر العوض أم لا؟ كما ذهب إليه الأردبيلى أو يجب على البائع فقط دون المشتري كما ذهب اليه بعضهم أو يجب على كل منهما مشروطا كما ذهب اليه المصنف، و أما ما ذهب إليه الأردبيلى ففيه ما ذكره المصنف من أن تسليم كل من البائع و المشتري العوض للآخر مشروط بتسليم الآخر العوض إياه بحسب بناء العقلاء و إذا امتنع أحدهما من التسليم فللاخر أيضا أن يمتنع من ذلك و عليه فلا وجه للقول بالوجوب على وجه الإطلاق كما هو واضح.

و أما توهم أنه واجب على البائع مطلقا دون المشتري فإنه يجب عليه التسليم مشروطا بدعوى أن الأصل فى البيع هو المعوض و الثمن عوض عنه فيجب ابتداء تسليم المعوض سواء سلم المشتري العوض أم لا، و لكنه واضح البطلان فان كون الثمن عوضا فى مقام الإنشاء لا يقتضى عدم وجوب التسليم مطلقا مثل المثلن، بل بعد تماميه البيع يصير كل منهما مالا للآخر فإذا أوجب

على البائع التسليم بأى كيفية وجب على المشتري التسليم على هذا النحو أيضا و حيث قلنا انه واجب على كل منهما مشروطا بحسب بناء العقلاء فيكون هذا التوهم فاسدا من أصله.

ثم انه ذكر المصنف انه يجبر الحاكم الممتنع عن التسليم بالتسليم أو غير الحاكم من باب النهي عن المنكر فان منع مال الغير عنه منكر فينهي عنه و لكنه واضح الدفع بداهه أنه بعد ما كان وجوب التسليم وجوبا مشروطا فلا يكون عدم تسليم كل منهما مع منع الآخر عن التسليم منكرا حتى يجب ذلك من باب النهي عن المنكر، نعم إذا لم يمتنع أحدهما عن التسليم و لكن امتنع الآخر عنه فلا بأس لكلام المصنف هنا من إجبار الممتنع من باب النهي عن المنكر.

ثم انه إذا كان كل منهما حاضرا للتسليم و وافقا لتسليم الآخر و لكن لا يبادره إلا أن يبادر الآخر بالتسليم لغرض في ذلك فهل تجرى الوجوه المتقدمه هنا أيضا أم لا؟ الظاهر أن هذه مسأله أخرى غير المسأله المتقدمه و الظاهر أن ما ذكره الأردبيلي متين هنا بداهه أنه لم يثبت بناء من العقلاء في المعاملات على وجوب التسليم فورا لعدم تعلق الغرض العقلاء بذلك حتى يجيء ذلك تحت الشرط الضمني، بل بناؤهم انما يثبت على اشتراط أصل تسليم كل من العوض و المعوض لتسليم الآخر و عليه فيكون المبادره لكل منهما واجبه كما هو واضح، و دعوى أن المبادره واجبه على البائع لقبح أن يطلب تبادر من المشتري بتسلم الثمن بخلاف العكس دعوى فاسد، بل الوجوب من كلا الطرفين.

ثم انه إذا كان البيع من ناحيه مؤجلا- أما الثمن كما في بيع النسيئه أو المثلثن كما في بيع السلم و لم يسلم البائع الى أن حلّ الأجل فهل يجب على المشتري التسليم بعد حلول الأجل أم لا؟ و هل يجب على البائع ذلك أم لا؟



أما المشتري فقد ظهر حكمه من المسألة السابقة حيث ان الشرط الضمني بحسب بناء العقلاء انما هو على وجوب التسلم مشروطا وقد أخرج المشتري مقداراً من الزمان عن تحت هذا الاشرط بالتصريح أى بشرط عدمه على خلاف بناء العقلاء فبقى الباقي تحت الشرط الضمنى و أما البائع فقد يقال انه يجب عليه التسليم سواء سلم المشتري أم امتنع عن ذلك فإنه أى غير مؤجل قد التزم بالتسليم بحسب الشرط الضمنى و ان لم يسلم الآخر من ناحيه مؤجل و لكنه أيضا واضح الدفع فإنه إنما التزم بالتأجيل برهه من الزمان لا- مطلقا فإذا خرج هذا الزمان الخاص فيكون حاله حال المشتري و حال كلاهما ما ذكرناه فى المسألة السابقة من كون تسليم كل منهما مشروطا بتسليم الآخر، كما لا يخفى، فافهم. فتحصل أن الإقباض انما يجب لكل من البائع و المشتري على تقدير تسليم الآخر و الآخر، حتى فى البيع المؤجل بعد خروج الأجل كما هو واضح.

ثم انه لو قبض المشتري الثمن بدون اذن من البائع فيما لو كان المبيع من الأعيان الشخصية فهل يحسب هذا قبضا أم لا، فنقول: تارة تكون المعاملة مما يتوقف الملكيه فيها على القبض كما فى بيع الصرف و السلم، و أخرى لا يتوقف على ذلك، و لكن كان البقاء المبيع للبائع عنده عن حق فعلى الأول فلا شبهه أن ما أخذه المشتري هو مال الغير فلا يحصل الملكيه بقبضه بل لا بدّ له أن يرده الى صاحبه، فان المفروض أن المعاملة ليست بوحدتها سببا وحيدا لحصول الملكيه و انما هى مع إقباض البائع دخيل فى ذلك فإذا انتفى الإقباض انتفى الملكيه إلا أن يرضى البائع ببقائه عند المشتري فهو و ان لم يكن عن قبض حدثا و لكنه يكون قبضا بقاء.

و على الجملة فمع عدم رضاء البائع بما أخذه المشتري و قبضه لا بدّ له أن يرده إلى البائع كما هو واضح.

و أما إذا لم تتوقف الملكية على القبض، بل كان للبائع حق الإبقاء المبيع عنده فقط فالظاهر أنه لا شبهه في جواز التصرف في المبيع للمشتري لأنه لم يتصرف إلا في ماله غايه الأمر أن القبض لم يكن عن حق.

و توهم أن التصرف في متعلق حق الغير كالتصرف في ماله فلا- يجوز و هو توهم باطل، فإنه بعد كون متعلق حق الغير مالا للمتصرف فلا معنى لحرمة التصرف فيه، نعم لا يترتب على المبيع الأحكام المترتبة على القبض كبيعته من شخص آخر، فإنه قبل قبض المبيع عن البائع اما حرام، أو مكروه فلا يرتفع ذلك إلا بالقبض من البائع كما هو واضح.

ثم انه إذا حصل القبض من جانب و امتنع الآخر من التسليم فهل يجوز للممتنع أن يتصرف فيه أو لا يجوز، الظاهر أنه لا مانع من التصرف فيه لأنه ماله غايه الأمر إذا لم يسلم العوض الى حدّ كان للآخر خيار تخلف الشرط الضمني فإذا فسخ العقد يسترجع المبيع من المشتري.

### قوله:مسأله:يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله مطلقا.

أقول:هذه المسأله غير المسأله السابقه أعني وجوب تسلم العوض على كل من البائع و المشتري،نعم وجوب كل منهما بالشرط الضمني بحسب بناء العقلاء فإنه كما أن العقلاء يحكمون بوجوب التسليم على كل منهما و كذلك يحكمون بوجوب التسليم مفرغا بمعنى أنه يجب على البائع مثلا- أن يسلم العوض للمشتري مفرغا عن ماله و غير مشغول به، وليس هذا عين المسأله السابقه، فإنه يمكن انفكاك إحداهما عن الآخر إذ يمكن أن يحصل التسليم و مع ذلك يكون المسلم به مشغوله بمال المسلم كما إذا باع زيد دارا و سلمها إلى المشتري و لكن كانت مشغوله بمال البائع بحيث لا يمكن إفراغه عاده الى شهر أو شهرين مثلا، أى لا يمكن افراغها في مده يتسامح فيها عرفا كيوم أو نصف يوم، بل لا بدّ و أن تبقى مشغوله في مده معتد بها كشهرا أو شهرين و ح

يثبت للمشتري خيار الفسخ كما يثبت ذلك مع عدم أصل التسليم على ما تقدم.

ثم انه ذكر المصنف أنه إذا لم يفرغ البائع المبيع إلى مده يتضرر فيها المشتري ثبت له خيار الفسخ، والظاهر أنه لا وجه لهذا التقييد بداهه أن الخيار لم يثبت بدليل نفي الضرر حتى يكون مقيدا بعدم الضرر، بل انما هو من جهة التخلف بالشرط الضمني و عليه فيثبت له الخيار بمجرد طول المده و ان لم يتضرر المشتري، بل كان عدم الفراغ على نفعه كما إذا كان في مسافره فلو حصل الفراغ لم يكن أحد حافظا للمبيع و هذا واضح لا شبهه فيه و يجب على البائع ح أن يعطى الأجره في المده التي اشغلها على تقدير عدم فسخ المشتري و عدم رضاه بالبقاء مجانا كما هو واضح، ولا يفرق في ذلك بين أن يكون عدم الإفراغ عن قصور أو عن تقصير فما ذكره المصنف من الجزم بالخيار في الثاني دون الأول لا وجه له فان التصرف في مال الغير لا يجوز على كل تقدير و معه يكون ضامنا له سواء فوت عينه أو منفعتة كما هو واضح، ففي المقام حيث فوت منفعة مال الغير فيكون عليه ضمانها.

ثم ان هذه الفروع في فرض جهل المشتري بالواقع و الأفع علمه يكون المبيع مشغوله و مع ذلك أقدم على الشراء مع علمه بأنه لا يحصل الفراغ الى شهر لا يكون له الخيار إلا مع تسامح البائع بأزيد من ذلك، وقد يقال انه إذا كان المشتري غافلا عن كون المبيع مشغولا و أقدم على الشراء ثم انكشف أنه كان مشغولا فإنه لا يكون له الأجره في ذلك لأنه مثل أن تكون العين مستأجره فكما ليس للمشتري مطالبه الأجره على ذلك في مده الإجاره و كذلك ليس له الأجره مع انكشاف كون المبيع مشغولا بمال البائع، نعم يثبت له الخيار فقط من ناحيه تخلف الشرط و لكنه واضح الفساد بداهه أن مقتضى كون العين و جميع منافعها مملوكة للمشتري بالمبيع، فلا بد للبائع أن يخرج من عده ماله مع إتلاف شيء منها، ولو كان هي المنفعه و لا يقاس ذلك بكون العين مستأجره

فإن المنفعة لم تكن داخله في ملك المشتري حتى يكون ضمان تفويتها على البائع، بل كانت حين البيع مملوكة لشخص آخر و هذا بخلاف المقام، فإن المنفعة هنا كأصل العين صارت مملوكة للمشتري بواسطة البيع فتفويتها يوجب الضمان كما لا يخفى.

و على الجملة فإذا كانت العين مشغولة بمال البائع مثلا مدة معتده بها لا بما يتسامح عرفا كان للمشتري خيار تخلف الشرط و على تقدير عدم الفسخ يستحق الأجره في مدة عدم الفراغ كما هو واضح.

ثم انه لو اشترى أحد أرضا و علم كونها مشغولة بالزرع و الأشجار فلا شيء على البائع كما في الفرع الأول.

و ان لم يعلم بذلك فهل يكون المشتري مخيرا بين قلعها و إبقائها، أو يتخير البائع في ذلك، و قد يقال ان قلع الأشجار أو الزرع ضرر على البائع فيكون مرفوعا بدليل نفي الضرر و يكون هو مخيرا بين القلع و الإبقاء و لكن يرد عليه أن دليل نفي الضرر لا يشمل المقام فإنه معارض بكون البقاء ضررا على المشتري فلا يشمل دليل نفي الضرر لمورد يكون فيه ضرر الغير لكونه في مقام الامتنان.

و دعوى أن ضرر المشتري متدارك بالخيار دون البائع دعوى فاسده، لأننا ذكرنا مرارا أن دليل نفي الضرر انما يرفع الضرر الحكم الضررى الذى يتوجه الضرر منه الى الشخص و لا نظر فيه الى كون الضرر متداركا بحكم آخر و الأ فيمكن أن يتدارك ضرر البائع من بيت المال بأن يلتزم بحديث نفي الضرر بوجوب إعطاء ضرر البائع من بيت المال.

و على الجملة أن حديث نفي الضرر وارد في مورد نفي الضرر الناشى من قبل الحكم الشرعى من غير ملاحظه أنه يتدارك بشيء آخر أم لا؟ فلا نظر له بوجه الى تداركه بشيء أصلا فالاختيار فى القلع و الإبقاء للمشتري لأنه

مسلط على ماله،فليس لأحد أن يزاحمه في تصرفاته السائغه بأى نحو من أنحاء المنع.

ثم انه لو رضى المشتري ببقاء الزرع و الأشجار فى الأرض فهل يستحق الأجره بذلك أم لا؟الظاهر هو الاستحقاق لأنه مالک لمنفعه الأرض فتفويتها موجب للضمان و لا يصح قياس المقام ببيع الدار و انكشاف كونها مستأجره فإن المنفعه هناك مملوكه لشخص آخر بخلاف المقام كما عرفت.

ثم انه إذا قلع البائع زرعه و أشجاءه فلا بدّ له أن يطم مواضعها و يصلح الأرض لأنه نشأ من قبله فلا بدّ له إصلاحه،و لكن هنا نزاع فى أن مثل هذه النواقص التى أوردها شخص على مال غيره هل هى من قبيل القيميات أو المثليات و من هذا القبيل كسر زجاجه الغير و نحو ذلك،الظاهر أنه يختلف ذلك باختلاف الموارد فلا يبعد أن يكون الزجاجه من قبيل المثليات لأنه يمكن عرّفه اعاده مثل الأول فلو كسر أحد زجاجه شباك أحد فعليه أن يعيد مثله،و فى مثل تخريب القبه و نحوها يحكم بوجود قيمه ظاهره،فان الظاهر أنها من القيميات لأنه لا- يمكن عاده إعاده مثل القبه الأولى لاختلافها اختلافا فاحشا من حيث الجدد و العتافه و جوده المواد و الأساس،و ردائها و غير ذلك من الجهات الموجبه للاختلاف كما هو واضح فافهم.

### قوله:لو امتنع البائع من التسلم.

أقول:يقع الكلام هنا فى مقامين:الأول أن يكون امتناع البائع من التسليم لحق و هذا على نحوين:-الأول:أن يكون البحث فى ذلك من حيث استحقاق المشتري الأجره و الثانى من حيث الآثار الوضعيه.

أما الأول:فقد يقال بأن المشتري يستحق الأجره للمبيع لأن البائع إنما فوّت عليه منافع العين و هى مملوكه للمشتري فيكون ضامنا لها فلا بدّ و

أن يعطى الأجر له و لكنه واضح البطالان بداهه أنه بعد كون الامتناع عن حق فلا يكون ضامنا للأجره أيضا و يكون اشتراط عدم التسليم وسيله لتقييد بناء العقلاء على الضمان كما هو واضح.

و أما الآثار الوضعيه فهو أن نفقه المبيع هل هي على البائع فى ضمن الحفظ أو على المشتري فذكر فى جامع المقاصد أنها فى المقام كنفقه الزوجه على الزوج فكما أن امتناع الزوجه عن الزوج لا تكون موجب لسقوط نفقه و هكذا فى المقام ثم احتمال العدم و الظاهر هو الأول و لكن ثبوت النفقه على المالك هنا بملاك المالكيه فإن نفقه المال على مالكه و فى الزوجيه بملاك الزوجيه و لم يرد للأول تخصيص إلا إذا كان الأخذ غاصبا و فى الثانى قد خرج عنه النفقه حال النشوز فإنه ليست نفقه الزوجه على الزوج ح و لكن فى غير حال النشوز لم يرد تخصيص كما هو واضح.

و أما المقام الثانى و هو أن يكون عدم التسليم لحق فلا شبهه هنا فى ثبوت الأجره على البائع فى زمان عدم التسليم كأن باع دارا من زيد و سلم زيد الثمن و البائع لم يسلم المبيع، فإنه يثبت له الأجره فى هذا الزمان على البائع.

و أما الحكم الوضعى فأیضا لا شبهه فى ترتيبه عليه ككون النفقه على البائع فإن الغاصب ملزم بحفظ مال المالك و رده اليه فكل ما يصرف فى طريق الحفظ فيكون عليه، و قد ذكر ذلك فى صحيحه أبى ولاد المتقدمه فى باب الضمان بالمثل أو القيمه و هو موافق للقواعد أيضا، لأنك عرفت أن حفظ مال المغصوب على الغاصب ما دام تحت يده بمقتضى دليل اليد و ما ذكره المصنف فى المتين من أن مقتضى القاعده ان نفقته على المشتري اما زائدا أصلا أو سقطت عنه كلمه ليست أى ان مقتضى القاعده أن نفقته ليست على المشتري و إلا فنفى المصنف، قد ذكر ذلك فى باب الضمان بالمثل و حكم هناك بأن

النفقه على الغاصب و ليست للمقام خصوصيه تقتضى كون النفقه على المشتري كما هو واضح،هذا كله فى فرض أن لا يكون البائع شاغلا للمبيع و الأفتوت الأجره عليه بلا شك و ريب كما هو واضح.

## الكلام فى أحكام القبض

قوله:مسأله من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله الى القابض.

أقول:ذكر الفقهاء أن من أحكام القبض اللاحق عليه أن يكون الضمان مع التلف على البائع بل لا-خلاف فى ذلك بينهم و الكلام فى مدرك ذلك،وقد استدل عليه بالنبوى المشهور التلف قبل القبض من البائع و فيه أن هذه الروايه نبويه غير منقوله من طرفنا فلا تكون حجه و على تقدير استناد المشهور بها قلنا ان الشهره لا توجب انجبار ضعف الروايه.وقد استدل أيضا بروايه عقبه بن خالد الداله على كون الضمان على البائع حتى يخرج المال من بيته،و يقبضه من المشتري،و لكن هذه الروايه أيضا ضعيفه السند و غير منجره بعمل المشهور صغرى و كبرى و قد يستدل على ذلك بالإجماع و لكنه أيضا ليس بحجه لأن مدركه هو القطع بقول الامام عليه السلام و منشأه اما دخوله بالمجمعين و هو غير معلوم أو قاعده اللطف و هى غير تامه أو الحدث القطعى و هو أيضا غير معلوم إذ لا نعلم ان الحكم الذى وصل إلينا يدا بيد أنه يامضاء الإمام عليه السلام و رضائه بذلك و لعل القائلين بذلك استندوا بعضهم بالنبوى كما فى كتب الاستدلاليه و بعضهم بروايه عقبه بن خالد و بعضهم بالشهره و بمجرد أنه رأى المسأله مشهوره بين الأصحاب ذهب اليه تبعا لهم فيكون الإجماع أيضا ساقطا فى المقام و العمده هو التمسك بالسيره التى نسميها بالدليل الرابع نوعا لا من جهه كونها فى المقام دليلا رابعا،بل من جهه الاصطلاح كالدليل الانسدادى المسمى بالدليل الرابع.

و توضيح ذلك أن الدائر بين الناس بل ما يجرى عليه بنائهم أن التسليم

و التسالم فى المعاملات من مكملات الملكيه بحيث أن العرف يرى إجمالاً عدم حصول الملكيه قبل التسليم و التسالم و لذا يعبر عن ذلك فى الفارسىه بلفظ «داد و ستد» و نعم التعبير هو و على هذا فإذا تلف المبيع قبل التسليم و التسلم يكون التلف من البائع فإن ملكيه المشتري لم تتم بعد على العين و ان كان مملوكاً له فى الجمله.

و بعباره أخرى ان البيع يفيد الملكيه و التسلم ليس شرطاً فيه و لكن السيره قائمه على كون التسليم من مكملات البيع بمعنى أنه ينحل بدون التسليم فيكون شأن السيره شأن النبوى الدال على أن التلف قبل القبض من مال بايعه لا أن الملكيه ناقصه بدون التسليم.

و بعباره ثالثه أن الملكيه مقيده بالانفساخ الحاصل بالتلف فيكون كتقيد الملكيه بالفسخ فى مورد الخيار و لا نقول أن التسليم و التسلم من شرائط حصول الملكيه، بل نقول أن السيره قائمه على أن المشتري لا يلزم بدفع الثمن قبل دفع البائع المثلث اليه، بل يقول ما أعطيت لى شيئاً حتى أعطيك الثمن و إلا فالملكيه حاصله حتى لو لم تكن هذه السيره لكان التلف من المشتري لأنه ماله و هذا ثمره واضحه فإنه بناء على كون المدرك هو السيره فلا يفرق فى كون التلف قبل القبض على المالك الأول بين أن يكون التالف هو الثمن أو المثلث فإن السيره موجوده فيهما و أما بناء على كون المدرك هو الروايه أو الإجماع فينحصر الحكم بالمبيع أما الروايه فلا ينال المذكور فيها هو المبيع فلا يتعدى الى الثمن، بل يقتصر فيما خالف الأصل على موضع النص و أما الإجماع فلان المتيقن منه هو ذلك و أيضاً تظهر الثمره فيما إذا خلى البائع بين المشتري و المبيع و لم يأخذ المشتري حتى تلف فإنه بناء على كون المدرك هو السيره يكون الضمان على المشتري لأن المتيقن منها هو صورته كون المال تحت يد البائع و قد رفع اليد عنه و ان لم يحصل القبض لما ذكرنا سابقاً



أن القبض عبارته عن الاستعلاء الذي يحصل به الغصب ولا شبهه أن مجرد التخليه لا يحقق القبض كما لا يخفى. وهذا بخلاف ما إذا كان المدرك هو الروايه فإن المذكور فيها هو القبض وهو لا يتحقق بالتخليه كما عرفت.

و أيضا تظهر الثمره فيما إذا قبض المشتري قهرا على البائع بحيث لم يصدق القبض و لم يتحقق فيكون التلف ح أيضا على المشتري بناء على كون المدرك هو السيره لأن المتيقن منها هو كون التلف تحت يد البائع و لم يتلف المال هنا تحت يده و هذا بخلاف ما إذا كان الدليل هو الروايه فإن الظاهر منها أن يكون التلف على البائع ما لم يتحقق القبض و المفروض أنه لم يتحقق هنا كما لا يخفى، فافهم.

و هذا كله إذا كان التلف سماويا و أما إذا كان ذلك بفعل متلف فهل يكون ذلك أيضا من البائع و يحسب عليه أو من المشتري أو من المتلف فنقول ان المتلف قد يكون هو المشتري نفسه و قد يكون هو البائع و قد يكون هو الأجنبي أما إذا كان المتلف هو المشتري نفسه فالظاهر أنه لا- خلافاً في ثبوت الضمان على المشتري فلا يحكم بانفساخ العقد ليكون التالف على البائع و ذلك من جهة أن المشتري قد أتلف مال نفسه فيكون ضمانه عليه على ما تقتضيه القاعده و النبوى و هكذا روايه عقبه منصرفات عن هذه الصوره قطعاً و الإجماع دليل لئبى لا يشمل المقام و السيره قائمه على ضمان المشتري فضلاً عن قيامها على ضمان البائع و لا- يفرق في ذلك بين علم المشتري يكون المبيع ماله و بين جهله بالحال فان العلم و الجهل في باب الضمانات غير مؤثر في الفرق.

نعم يفرق بين العلم و الجهل إذا كان المشتري مقدماً على الإتلاف بتغيير البائع بأن أقدم البائع الطعام المشتري على المشتري فأكله المشتري

فيكون المتلف هنا هو البائع بقاعده الغرر فان المتلف هو الغار الذي هو البائع و المشتري لم يقدم على إتلاف ماله، بل أقدم على إتلاف مال البائع مجانا هذا في غايه الوضوح مع علم البائع بالحال.

و أما مع جهله بالحال، فقد احتمل المصنف فيه وجهان و لكن الظاهر أن لا يفرق بين علم البائع بالحال و جهله بها فإنه على كل تقدير لم يقدم المشتري على إتلاف ماله، بل على إتلاف مال البائع مجانا و أن السبب في ذلك هو تقديم البائع ذلك اليه و على هذا فيكون ذلك من صغريات إتلاف البائع و سيأتي حكمه إنشاء الله تعالى.

و على الجملة فلا وجه لضمان المشتري مع كون البائع غارا له في الإتلاف كما هو كك، في غير المقام أيضا كما إذا أودع أحد وديعه عند شخص فقدم الودعي الأمانة على المستودع فأتلفه المستودع فإنه و ان أتلّف في الواقع مال نفسه، و لكن ذلك بإغراء الودعي فيكون الودعي ضامنا و هكذا و هكذا.

و أما لو كان المتلف هو البائع الذي من مصاديق إتلافه ما تقدم من كونه غارا للمشتري للإقدام بالإتلاف، فهل يكون يحكم بانفساخ العقد كما عن المبسوط و الشرائع و التحرير لعموم ان التلف قبل القبض من مال البائع بذلك أو يحكم بضمان البائع للقيمة لخروج المورد عن منصرف دليل الانفساخ فيدخل تحت قاعده من أتلّف مال الغير فهو له ضامن، أو تكون المشتري مخيرا بين مطالبه القيمة و مطالبه الثمن اما لتحقيق سبب الانفساخ و هو من جهه التلف قبل القبض المقتضى للانفساخ و سبب الضمان المقتضى للضمان فيتخير المشتري في اختيار أي منها أو يقال بالتخير بوجه آخر، بان يقال ان التلف على هذا الوجه إذا خرج عن منصرف دليل الانفساخ فيكون ذلك داخلا تحت حكم تعذر تسليم المبيع فيكون المشتري مخيرا بين أخذ عوض المبيع من المثل أو القيمة و بين أن يفسخ العقد و يرجع الى عين الثمن الذي أعطاه

للبيع و هذا ملخص ما ذكره المصنف و كل ذلك محتمل الا التخيير على الوجه الأول بأن يكون المشتري مخيرا بين الانفساخ و الأخذ بقيمه المبيع، بل هو غير معقول بداهه أن انفساخ العقد أمر عارض لطبع العقد من بعض العوارض فلا يكون هو مربوطا باختيار أحد المتبايعين و معه فكيف يعقل كون المشتري مخيرا بين الانفساخ و أخذ قيمه المبيع.

و بعبارة أخرى أنه مع انفساخ العقد لا يبقى مجال لاختيار المشتري كما هو واضح، بل يتعين ذلك، نعم القول بتخيير المشتري على النحو الثانى الذى ذكره المصنف ثانيا، و قواه متين فان المال التالف مال للمشتري فله أن يرجع الى البائع لكونه متلفا و من أتلف مال الغير فهو له ضامن و له أن يفسخ العقد لأنه ثبت له خيار تخلف الشرط الثابت بحسب بناء العقلاء ضمنا و هو تحقق التسليم و التسلم و من الواضح أنه لو تحقق التسليم من البائع بتعذر فيكون للمشتري خيار تعذر التسليم.

ثم انه على القول بثبوت الخيار للمشتري و اختياره أن يأخذ قيمه المبيع أو مع القول بثبوت الضمان من الأول لقاعده الضمان بالإتلاف و عدم شمول قاعده التلف قبل القبض له لانصرافه عن ذلك فرجع الى البائع فهل للبائع أن يمتنع عن الأداء قبل أخذ الثمن أو لا بد له من الأداء فذكر المصنف وجهين من أنها بدل عن العين و من أن دليل الحبس و هو الانفهام يختص بالبدل ثم ذكر أن أقواهما العدم، و لكن الظاهر أنه لا شبهه فى جواز حبس البدل ما لم يرد اليه الثمن فان مقتضى قانون الضمان بالبدل هو ذلك بداهه أن دليل الضمان يقتضى الضمان بالعين ابتداء و مع عدم التمكن من أداء العين فيقتضى الضمان بالمثل ثم الضمان بالقيمة و عليه فيثبت للبدل كلما ثبت للأصل لا أنه يحكم فى البدل بوجوب الدفع فورا، بل السيره أيضا تقتضى ذلك الحكم فإنها قائمه على أنه ليس للمشتري قبل أن يعطى الثمن

أن يطالب المثل من البائع، بل يضحك عليه لو فعل ذلك.

و أما لو كان المتلف هو الأجنبي فيكون المشتري مخيرا بين أن يرجع الى البائع أو الى المتلف، كما فى تعاقب الأيدى فى الغصب، أما الى البائع فلأنه لم يقبض ماله بعد و أما الى المتلف فلا أنه أتلف ماله، و أما التخير بين الانفساخ و الرجوع الى قيمه فقد تقدم أنه غير معقول كما هو واضح.

و قد اتضح لك مما ذكرناه من جعل الدليل على كون ضمان التالف على من تلف العوض عنده أنه لا يفرق فى ذلك بين الثمن و المثل و لا بين البيع و بقيه المعاملات المعاوضيه و ان ذكر المصنف انى لم أجد مصرحا بذلك فإن سيره جاريه فى كلها فان الغرض من المعاوضه هو الأخذ و الإعطاء الذى يعبر عنه بالفارسيه (به داد و ستد) و يقال فى العرف و بين أهل السوق أنك لم تعطى لى شيئا حتى تأخذ شيئا آخر فى مقابله.

و على الجملة فالتلف قبل القبض فى جميع ذلك على حين تلف التالف عنده كما ذهب اليه المشهور، بل ذكروا الضمان فى صداق النكاح و عوض الخلع و لكن وقع الكلام فيها فى أن الضمان فى بقيه المعاملات المعاوضيه هو انفساخ العقد و من الواضح أن النكاح و الخلع غير قابلين للانفساخ و لكن ذكر الفقهاء الضمان فى ذلك و الظاهر أنه وقع الخلط هنا بين الضمان فى التلف قبل القبض الذى هو كون التلف على المالك الأول و انفساخ العقد به أى بالتلف لأن معنى الضمان هو أن قيمه التالف أو مثله يثبت للمالك الأول و هذا بخلاف الضمان فى مثل الخلع و الصداق فان الضمان هنا ضمان يد أى كون التلف موجبا لثبوت الضمان على ذى اليد، اما من جهة قاعده الضمان باليد أو بدليل آخر، و عين ذلك ذكروا فى المقبوض بالسوم، إذا تلف فى يد من يريد الشراء ففى أمثال ذلك لا يمكن الحكم بالضمان بالدليل

الذى حكمنا بالضمان فى التلف قبل القبض فى المعاملات المعاوضيه لما عرفت، بل لا بد من طلب دليل آخر و حيث انه ليس هنا دليل غير قاعده اليد و قاعده الضمان بالإتلاف فيشكل الحكم بالضمان لأن قاعده اليد لا تشمل المقام، فان الظاهر منها أن يكون هنا أخذ من الغير و اعتداء عليه و ليس هنا كذلك، بل مقتضى القاعده هو أن يكون تلف مال كل شخص على ماله، ففى المقام أيضا كذلك و أما يد ذى اليد ليست الآ يد أمانه و كذلك قاعده الضمان بالإتلاف فإنها أيضا لا تشمل المقام لأن من يديه المال لم يتلف المال كما هو واضح، بل تلف المال بآفه سماويه.

### قوله: لو تلف بعض المبيع قبل قبضه.

أقول: لا شبهه أن البيع منحل الى البيوع المتعدده حسب تعدد المبيع و ان كان كل بيع يحسب جزء من مجموع المبيع و لكنه لا ينافى الانحلال فى الحقيقه و حسابان المجموع مبيعا واحدا من جهة المسامحه كما هو واضح و عليه فما ذكرناه من قيام السيره على كون التسليم من مكملات البيع جار فى أجزاء المبيع أيضا فإن العرف لا يرون البيع تماما ما دام لم يقع التسليم و التسالم فيه و هذا لا شبهه فيه.

نعم، يمكن المناقشه فيه بناء على ما ذكره المصنف من كون مدرك الحكم هو الإجماع أو الروايه أما الإجماع فإن تحصيل قول الامام عليه السلام فى أصل المسأله كان مشكلا فضلا فى المقام، و أما الروايه فلأن الظاهر منها تمام المبيع لا الجزء، ثم انه بعد انفساخ العقد فى الجزء يكون للمشتري خيار تبعض الصفقه، بل يمكن القول بثبوت الخيار للبائع أيضا (و لكنه يمكن دفعه بأنه بناء على الانحلال يكون الأبعاض أيضا مبيعا المقرر) هذا كله فى الاجزاء التى تلاحظ بعنوان المبيعه بحيث يكون ذلك مبيعا مستقلا بعد الانحلال و أما الاجزاء التى هى أجزاء لذات المبيع لا للمبيع بعنوان المبيعه بمعنى

أن الملحوظ في المقام كون ذات الشيء مبيعا مع قطع النظر عن اجزائه بحيث لا يسقط الثمن الى الأجزاء و الآ فلا معنى لكون الجزء جزء للمبيع و مع ذلك لا تقسط اليه الثمن و النكته في عدم التقسيط هذا كما لا يخفى و لا شبهه في عدم الانحلال هنا و عليه فلا نحكم بالانفساخ في صورته و ورود العيب به قبل القبض و ملحق بذلك فوت كل وصف يكون وصف الصحة للمبيع دون الأوصاف الكماليه و لكن هل يثبت الرد و الأرش للمشتري فيكون مخيرا بينهما أو الرد فقط دون الأرش، أو العكس، أو لا يثبت شيء منها، فالمقام كما ذكره المصنف من صغريات العيب الحادث بعد البيع و قبل القبض فان قلنا بأنه مثل العيب الحادث قبل البيع فيثبت الأرش و الآ فلا بدّ من طلب دليل آخر عليهما و لكن حيث لا دليل على كونه مثله فلا بدّ من مطالبه دليل آخر.

فنقول أما الأرش فهو على خلاف القاعده فإن التعيب انما كان في ملك نفسه فلا معنى لكون الغرامه على شخص آخر و الدليل الدال على ثبوته في مورده لا يدل على ثبوته في المقام فإنه دل على أن كل مبيع فيه عيب أو عوار فعهدته على البائع و من الواضح أن المبيع ليس فيه عيب أو عوار، و انما العيب في مملوك المشتري.

و أما الرد فقد يقال بأن الانفساخ قد ثبت في الكل فيكون ثابتا في فقدان الأوصاف الصحة أيضا، و لكن على نحو يناسب لها و فيه أنه قياس محض فلا نقول به (على أن أصل القياس هنا ليس بتمام فان القياس يقتضى الانفساخ فلا يمكن الانفساخ في أوصاف الصحة المقررة) و قد استدل المصنف على ثبوت الرد بقاعده نفى الضرر و لكنه فاسد فإنه كما يكون عدم ثبوت الرد ضررا على المشتري فيكون ثبوت الرد أيضا ضررا على البائع فقاعده لا ضرر خارجه عن أمثال المقام و دعوى انجبار ضرر المشتري بالخيار دون البائع

دعوى فاسده كما تقدم ذلك.

وقد استدلل بعين هذا العلامة على ثبوت الأرش أيضا وقد ظهر جوابه على أن مقتضى التمسك بدليل نفي الضرر هو أن يؤخذ الأرش من شخص آخر أيضا، فلا معنى لاختصاص الأخذ من البائع فإنه لا فرق بينه وبين شخص آخر، إلا مجرد أن البائع باع هذا المبيع و إلا فهو بالفعل أجنبي عنه كبقية الأشخاص و أيضا مقتضى التمسك بدليل نفي الضرر في إثبات الأرش أو الرد هو ثبوت ذلك بعد القبض أيضا، فإن كون المبيع معيوباً ضرر على المشتري و لو كان التعيب بعد القبض مع أنه لم يقل به أحد.

نعم هنا دليل ثالث يمكن إثبات جواز الرد به دون الأرش لأن ثبوت الأرش في مورده على خلاف القاعده فيقتصر فيه بمورده فلا يتعدى الى غيره و ليس هنا دليل آخر تثبت الأرش به كما تقدم.

و توضيح ذلك الدليل الثالث الدال على ثبوت الرد هو أن بناء العقلاء انما على كون تسليم كل من الثمن و المثلثن على نحو صحيح و غير معيوب و لا شبهه أن هذا معتبر في ضمن العقد بحسب بناء العقلاء فإذا تعيب ذلك و لو كان بعد البيع فلا يكون التسليم تسليماً صحيحاً فيثبت للمشتري في المقام خيار تعذر التسليم فله أن يفسخ العقد و له أن يرضى به بلا ثبوت أرش له كما هو واضح.

ثم ان هذا كله فيما إذا تعيب المبيع قبل القبض بأفه سماويه أو ما هو بحكمها كافتراس الأسد ذلك و نحوه.

و أما لو كان التعيب بواسطه إتلاف المتلف فان كان هو المشتري فلا يثبت له الأرش و لا الرد لأنه أورد العيب في ماله فلا يكون له شيء في ذلك و ان كان هو البائع أو شخص آخر، فذكر المصنف أنه يثبت للمشتري على البائع أرش الجنايه دون الخيار، ثم احتمال ثبوت الخيار أيضا، أما ثبوت

الأرش فلا شبهه فى ذلك لأن الجانى ضامن لما أحدثه من العيب فى مال الغير لبناء العقلاء على ذلك، و أما الخيار فهو من جهه أن بناء العقلاء فى المعاملات على التسليم الصحيح و المفروض أنه متعذر هنا لتعيب المبيع فيثبت له خيار تعذر التسليم.

و على الجملة الظاهر أنه لا- شبهه فى ثبوت الأرش و الخيار على نحو التخيير فى هذه الصورة ثم مع كون المتلف هو غير البائع فللمشترى أن يرجع فى أرش الجنايه إلى البائع أو الى شخص الجانى و إذا رجع الى البائع فهو يرجع الى الجانى، أما رجوعه أى المشتري الى البائع من جهه أنه الموظف بالتسليم و أما الى الجانى لأنه أورد النقص فى ماله.

و الحمد لله رب العالمين، قد وقع الفراغ من المكاسب صبيحه يوم الاثنين ٦-٤-١٣٧٧ هـ.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://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](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية  
اصبحان

# الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

