



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغفلة



الرأيا
عليكم يا صابغين

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

عَدَّةُ الْمَلَائِكَةِ

في التعليل على الحكايات

الجزء الثالث

أبيات آل عباد

المخرج السيد تقي الطباطبائي الأحمدي

من مئة

المطبعة الميمنية

بازار طهران - طهران - إيران

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب

كاتب:

آيت الله سيد تقى طباطبايى قمى

نشرت فى الطباعة:

محلاتى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٣٤	عمده المطالب فى التعليق على المكاسب [انصارى] المجلد ٣
٣٤	اشاره
٣٤	الجزء الثالث
٣٤	[اتمه كتاب البيع]
٣٤	اشاره
٣٥	فى شرائط العوضين
٣٥	[يشترط فى كل واحد منهما كونه متمولا]
٣٥	اشاره
٣٥	و ما يمكن أن يذكر فى تقريب المدعى وجوه:
٣٥	الوجه الأول: ما أفاده فى المصباح من أن البيع مبادله مال بمال.
٣٥	الوجه الثانى: قوله صلى الله عليه و آله «لا بيع الا فيما تملك»
٣٥	اشاره
٣٧	الملكيه على أقسام:
٣٧	القسم الأول: الملكيّه الحقيقيه المختصه بذاته تعالى و تقدرس
٣٧	القسم الثانى: الملكيّه المقوليه التى يعبر عنها بالجده
٣٧	القسم الثالث: الملكيّه الاعتياريه التى قيامها باعتبار المعبر
٣٨	الوجه الثالث: قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض
٣٨	الوجه الرابع: أنه لو لم يكن العوضان مالين تكون المعامله سفهيه
٣٩	أثم انهم احترزوا باعتبار الملكيّه فى العوضين من بيع ما يشترك فيه الناس
٣٩	اشاره
٣٩	المورد الأول: الكلام فى اشتراط الملكيّه فى المبيع
٤١	المورد الثانى: الكلام فى اشتراط الملكيّه فى الثمن
٤٢	أقسام الأرضين و أحكامها

- ٤٢ اشاره
- ٤٢ [الأول ما يكون مواتا بالأصالة بأن لم تكن مسبوقة بالعمارة]
- ٤٢ اشاره
- ٤٢ الجبهه الأولى: فى ان الارض الميته بالاصاله للامام عليه السلام
- ٤٥ [الجبهه الثانيه هى من الأنفال]
- ٤٦ [الجبهه الثالثه ابيح التصرف فيها بالاحياء بلا عوض]
- ٤٩ [الجبهه الرابعه فى وجوب أداء خراجها للإمام ع]
- ٥٣ الجبهه الخامسه انه هل يختص جواز الاحياء بالشيعة أم يعم غير الشيعة؟
- ٥٤ [الثانى ما كانت عامره بالأصاله]
- ٥٤ اشاره
- ٥٤ الجبهه الأولى: فى ان هذه الاراضى هل تكون مملوكه أيضا للامام عليه السلام أم لا؟
- ٥٤ الجبهه الثانيه: انها من الانفال
- ٥٥ الجبهه الثالثه: فى أنه هل يكون دليل على تقييد الارض المملوكه له عليه السلام بكونها ميته
- ٥٧ الجبهه الرابعه انه هل تملك الارض المحياه بالاصاله بالحيازه أم لا؟
- ٥٧ اشاره
- ٥٧ الموضوع الاول: فى مقتضى القاعده الاوليه
- ٥٧ الموضوع الثانى [فى مقتضى الأدله الثانويه]
- ٥٧ اشاره
- ٥٧ الوجه الأول: النصوص الخاصه
- ٥٨ الوجه الثانى السيره الجاريه بلا نكير
- ٥٨ الجبهه الخامسه فى ان جواز التملك بالحيازه هل يختص بالشيعة أم يعم غير الشيعة من العامه و الكفار؟
- ٥٨ [الثالث ما عرض له الحياه بعد الموت]
- ٥٩ [الرابع ما عرض له الموت بعد العمارة]
- ٥٩ اشاره
- ٦٤ الفرع الأول ان الارض المفتوحه عنوه مملوكه لكافه المسلمين
- ٦٨ الفرع الثانى: انه هل يجوز بيعها و لو تبعاً للآثر

- ٦٩ الفرع الثالث انه هل يجوز التصرف فيها بالزرع و نحوه
- ٧٠ الفرع الرابع: هل الشيعة مأذونون من قبله عليه السلام فى زمان الغيبه
- ٧٠ الفرع الخامس: انه لو بنى بناء فى الارض المفتوحه عنوه باذن من له الاذن أو بغير اذنه فهل يكون البناء تابعا للاصل
- ٧٢ الفرع السادس: هل يجب الخراج على المتصرف فى أرض الخراج؟
- ٧٣ الفرع السابع: فى انه ما حكم ما ينفصل عن الارض المفتوحه عنوه.
- ٧٣ اشاره
- ٧٣ القسم الأول: أن يكون من اجزاء و متعلقات الارض المملوكه للمسلمين
- ٧٣ القسم الثانى: الاعيان التى تعدّ منافع للارض كالاشجار و أمثالها
- ٧٣ القسم الثالث: ما يكون منفصلا عن الارض و يكون معدودا من المنقولات
- ٧٤ القسم الرابع ما يكون مدفونا فى الارض
- ٧٤ الفرع الثامن: انه هل يجوز بنايه سقايه أو مسجد او وقف و امثالها فى الارض المفتوحه عنوه أم لا؟
- ٧٤ الفرع التاسع: انه هل يجوز تملك اجزاء الارض التابعه لها من التراب و الجص و الأجر و نحوها؟
- ٧٦ [مسأله من شروط العوضين كونه طلقاً]
- ٧٦ اشاره
- ٧٧ [مسأله لا يجوز بيع الوقف إجماعا محققا فى الجملة و محكياً]
- ٧٧ اشاره
- ٧٨ [المقام الأول: فى بيان حقيقه الوقف
- ٧٨ المقام الثانى و هو عدم جواز بيع الوقف فيمكن الاستدلال عليه بوجه.
- ٧٨ الوجه الأول: ان الوقف بما له من المفهوم اشرب فيه التوقف و السكون و عدم الانتقال فى وعاء الاعتبار.
- ٧٨ الوجه الثانى: الاجماع
- ٧٨ الوجه الثالث: قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها
- ٧٩ الوجه الرابع: جملة من النصوص.
- ٨٦ [الكلام فى الوقف المؤبد و المنقطع]
- ٨٦ [أما المؤبد و هو على أقسام]
- ٨٦ اشاره
- ٨٦ القسم الأول: المسجد

- ٨٧ القسم الثاني: ما يكون وقفا على القسم الأول كالفرش
- ٨٧ القسم الثالث: ما يكون وقفا لطائفه خاصه لاجل انتفاعهم بنفس العين
- ٨٧ القسم الرابع: ما يكون وقفا لطائفه او جهه لاجل الانتفاع بمنافعها كالحمام
- ٨٧ القسم الخامس: ان يكون وقفا للجامع بين الانواع المختلفه كالقناطر
- ٨٩ ان الوقف اقسام
- ٨٩ القسم الأول: ما يكون محررا و غير مملوك لاحد
- ٩١ القسم الثاني من الوقف أن يكون وقفا للذريه
- ٩١ القسم الثالث: الاوقاف العامه كالمدارس و الخانات و الحمامات و هو على نحوين أيضا.
- ٩١ القسم الرابع: باعتبار
- ٩٢ و الخامس باعتبار آخر و هو الوقف على الوقف كالقناديل الموقوفه على الضرائح المقدسه
- ٩٦ [الكلام فى صور جواز بيع الوقف]
- ٩٦ اشاره
- ٩٦ الصورة الأولى: أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به كالحيوان المذبوح
- ٩٦ اشاره
- ٩٦ المقام الأول: فالحق ان مقتضى القاعده الاولى عدم جواز البيع
- ٩٧ المقام الثاني [فى أن ادله المنع هل تقتضى المنع عن البيع فى الصورة المفروضه أم لا؟]
- ٩٩ المقام الثالث [فى أنه على اى تقدير هل هناك دليل يقتضى جواز البيع أم لا؟]
- ٩٩ اشاره
- ٩٩ ما يمكن أن يستند إليه القائل بالجواز وجهان:
- ٩٩ الوجه الأول: التسالم و السيره الخارجيه على البيع
- ١٠٠ الوجه الثاني ان يقال ان غرض الواقف بقاء العين اصاله أو بدلا و انتفاع الموقوف عليهم و لا يحصل الفرض المذكور الا بالبيع
- ١٠١ و أفاد سيدنا الاستاد فى مقام تقريب جواز بيع الوقف بعد سقوطه عن الانتفاع وجوها.
- ١٠١ الوجه الأول: ان المستفاد من الادله ان الوقفيه باقيه الى أن يرث الله الارض
- ١٠٣ الوجه الثاني: ان ادله المنع عن البيع لا تشمل الصورة المفروضه
- ١٠٤ الوجه الثالث: العمومات الداله على صحه المعاملات
- ١١٣ [الصورة الثانيه أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به]

- ١١٣ [الصورة الثالثة أن يخرب بحيث تقل منفعتة لكن لا إلى حد يلحق بالمعدوم]
- ١١٣ [الصورة الرابعة أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف]
- ١١٦ [الصورة الخامسة أن يلحق الموقوف عليهم ضروره شديده]
- ١١٦ [الصورة السادسة أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة أو إذا كان فيه مصلحه]
- ١١٦ اشاره
- ١١٨ ما يمكن أن يقال في تقريب الجواز في هذه الصورة وجوه
- ١١٨ الوجه الاول الاجماع
- ١١٨ الوجه الثاني قوله عليه السلام الوقوف على حسب ما أوقفها اهلها
- ١١٨ الوجه الثالث: قوله تعالى «وَأَقُوا بِالْعُقُودِ»
- ١١٩ الوجه الرابع: قاعده نفوذ الشرط
- ١٢٠ الوجه الخامس: ما روى عن علي عليه السلام:
- ١٢٤ الصورة الثامنة ان يقع بين الموقوف عليهم اختلاف
- ١٣٣ و اما الوقف المنقطع]
- ١٣٣ اشاره
- ١٣٥ المقام الأول: في صحه الوقف المنقطع و عدمها.
- ١٣٥ اشاره
- ١٣٥ و ما يمكن ان يقال في تقريب البطلان وجوه
- ١٣٥ الوجه الأول الاجماع
- ١٣٥ الوجه الثاني: أن التأبيد معتبر في قوام الوقف.
- ١٣٥ الوجه الثالث: الوقوف الصادره عن الائمه عليهم السلام كانت مؤبده
- ١٣٦ الوجه الرابع: انه لا بدّ من الاقتصار على القدر المتقين و لا ندرى مشروعيه الوقف الموقت.
- ١٣٧ المقام الثاني و هو بيان حكم بيع الوقف المنقطع
- ١٤٠ [مسأله و من اسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا]
- ١٤٠ اشاره
- ١٤٠ المقام الأول: في مقتضى القاعده الأوليه
- ١٤١ المقام الثاني: في أنه هل قام دليل معتبر على المنع و ان يبيعه فاسد أم لا؟

- ١٤١ اشارة
- ١٤١ الوجه الأول: النبوى المشهور بين الاصحاب
- ١٤١ الوجه الثانى الاجماع المنقول فى المقام
- ١٤١ الوجه الثالث: تسالم الاصحاب عليه
- ١٤١ المقام الثالث فى انه على القول بالبطلان فهل يكون قابلا للصححه بالاجازة المتأخره أو بفك الرهن أم لا؟
- ١٤١ اشارة
- ١٤٢ الفرع الأول: انه لو باع الراهن العين المرهونه بلا اذن من المرتهن و بعد ذلك اجاز المرتهن البيع فهل يكون صحيحا بالاجازة
- ١٤٣ الفرع الثانى: انه لو لم يجز المرتهن العقد لكن المراهن بعد البيع فك الرهن فهل يصح البيع أم لا؟
- ١٤٣ الفرع الثالث: عين الفرض الثانى و لكن نفرض ان البائع بنفسه بعد فك الرهن يجيز العقد الصادر منه فهل يمكن الحكم بالصححه باجازته أم لا؟
- ١٤٣ المقام الرابع: ان المرتهن لو اجاز العقد الصادر عن الراهن فهل يكون ناقله أم تكون كاشفه؟
- ١٥٠ [مسأله: الثالث من شروط العوضين القدره على التسليم]
- ١٥٠ اشارة
- ١٥٠ المقام الأول: فى مقتضى القاعده الاوليه.
- ١٥٠ المقام الثانى [ما تقتضيه الأدله الثانويه]
- ١٥١ فما يمكن ان يذكر فى تقريب المدعى وجوه
- ١٥١ الوجه الأول: الاجماع بالجمله أو فى الجملة أى فيما يكون خديعه.
- ١٥١ الوجه الثانى: قوله صلى الله عليه و آله:
- ١٥٢ الوجه الثالث: ما اشتهر عن النبى صلى الله عليه و آله
- ١٥٣ الوجه الرابع: ان ما لا يكون مقدور التسليم لا يكون مالا و ما لا ماليه له لا يجوز بيعه
- ١٥٤ الوجه الخامس ان وجوب الوفاء بالعقد من لوازمه و لا ينفك عنه
- ١٥٤ الوجه السادس: ان الغرض من اشتراء شىء الانتفاع به و مع عدم امكان التسليم لا تترتب هذه الغايه فيكون العقد باطلا.
- ١٥٤ الوجه السابع: ان مثل هذه المعامله يكون سفهيا.
- ١٥٤ الوجه الثامن: ان مثل هذا العقد يكون داخلا فى اكل المال بالباطل
- ١٥٥ الوجه التاسع: ما أفاده سيدنا الاستاد قدس سره
- ١٦٨ [اهل العبره بقدره الموكل أو الوكيل]
- ١٦٨ اشارة

- الفرع الأول: انه لو كان البائع نفس المالك تعتبر قدره فيه ١٦٩
- الفرع الثاني: ان الوكيل في مجرد اجراء الصيغه لا يعتبر فيه الشرط المذكور ١٦٩
- الفرع الثالث ان الوكيل المفوض يكفى قدرته على العين ١٦٩
- الفرع الرابع: انه لو قلنا في هذه المسأله بكفايه قدره المالك فهل يكفى قدره المالك في بيع الفضولى أم لا ؟! ١٦٩
- الفرع الخامس: ان رضا المالك هل يخرج العقد الفضولى عن الفضوليه أم لا ؟! ١٧٠
- مسأله: المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا] ١٧٢
- اشاره ١٧٢
- المقام الأول فنقول القاعده الاوليه تقتضى صحه البيع ١٧٣
- المقام الثانى فما يمكن ان يذكر في تقريب المنع وجوه: ١٧٣
- اشاره ١٧٣
- الوجه الأول: الاجماع ١٧٣
- الوجه الثانى: حديث نفي الغرر ١٧٣
- الوجه الثالث جملة من النصوص ١٧٣
- مسأله: العلم بقدر المثلث كالمثلث شرط] ١٧٧
- اشاره ١٧٧
- المقام الأول: في مقتضى القاعده الاوليه ١٧٧
- المقام الثانى: [في ذكر الأدله الخاصه] ١٧٧
- فما يمكن ان يذكر في تقريب الاستدلال على المدعى وجوه. ١٧٧
- الوجه الأول: الاجماع ١٧٧
- الوجه الثانى: النبوى المشهور و هو نهيه عن الغرر ١٧٧
- الوجه الثالث: [في خصوص الكيل و الوزن خصوص الأخبار المعبره] ١٧٨
- اهل الحكم منوط بالغرر الشخصى أم لا] ١٨٢
- [وجوب معرفه العدد فى المعدود و الدليل عليه] ١٨٤
- مسأله فى التقدير بغير ما يتعارف التقدير به] ١٨٦
- اشاره ١٨٦
- [الكلام فى تعيين المناط فى كون الشىء مكيبلا أو موزونا] ١٩٠

- ١٩٠ اشارة
- ١٩٠ [المشهور أن ما كان موزونا أو مكيلا أو معدودا في زمنهم عليهم السلام يكون كذلك الى يوم القيامة]
- ١٩٠ اشارة
- ١٩٢ ما يمكن ان يذكر في تقريب مذهب المشهور وجوه.
- ١٩٢ الوجه الأول: الاجماع
- ١٩٢ الوجه الثاني: ان المراد بالعناوين المصاديق الموجوده في زمان المتكلم المشرع للاحكام
- ١٩٢ الوجه الثالث: ان الموضوع يلزم اخذه من الشارع كما ان الحكم كذلك
- ١٩٤ [مسأله لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور]
- ١٩٤ اشارة
- ١٩٥ المقام الأول [في مقتضى القاعده الأوليه]
- ١٩٥ المقام الثاني [في مقتضى الروايات]
- ٢٠١ [مسأله بيع بعض من جمله متساوى الأجزاء]
- ٢٠١ [الأول أن يريد بذلك البعض كسرا واقعيا من جمله مقدرًا بذلك العنوان]
- ٢٠١ اشارة
- ٢٠٣ [الاستدلال على أن مجموع الشريكين او الشركاء مالک للعین]
- ٢٠٣ اشارة
- ٢٠٣ الوجه الأول: انه قد ثبت في الفلسفه عدم وصول الجسم الى حد لا يكون قابلا للقسمه.
- ٢٠٥ الوجه الثاني: انه لو بقى شئ من الميت و انتهى عدد الوراث الى حد لا يكون نصيب كل واحد منهم ذا مالیه
- ٢٠٥ الوجه الثالث: ان الاشاعه بالمعنى المشهور لا تتصور في البسائط
- ٢٠٦ [الثاني أن يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه]
- ٢٠٦ اشارة
- ٢٠٦ المقام الأول: [في تصوير القسم المذكور]
- ٢٠٦ المقام الثاني [في إمكان وقوع العقد عليه]
- ٢٠٦ اشارة
- ٢٠٨ ما يمكن ان يذكر في تقريب المنع وجوه.
- ٢٠٨ الوجه الأول ان المبيع مجهول و بيع المجهول باطل اجماعا.

- الوجه الثانى انه مبهم و الابهام فى المبيع يوجب فساد البيع ٢٠٨
- الوجه الثالث انه غررى و الغرر يوجب الفساد. ٢٠٨
- الوجه الرابع: ان الملكيه امر وجودى يلزم تعلقها بامر موجود فى الخارج و عنوان احدهما امر انتزاعى غير قابل لذلك ٢٠٩
- [الثالث من وجوه بيع البعض من الكل أن يكون المبيع طبيعه كليه منحصره المصاديق] ٢١١
- [مسأله لو باع صاعا من صبره فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه الثلاثه المتقدمه] ٢١٢
- اشاره ٢١٢
- [الاستدلال على انه لو باع صاعا من صبره يحمل على الكلى فى المعين بوجوه] ٢١٢
- اشاره ٢١٢
- الوجه الأول التبادر العرفى ٢١٢
- الوجه الثانى ان لفظ الصاع مثلا الواقع فى كلام البائع حين البيع عنوان للمبيع لا انه عنوان للكسر المشاع. ٢١٢
- الوجه الثالث النص الوارد فى المقام ٢١٣
- [مسأله إذا شاهد عينا فى زمان سابق على العقد عليها] ٢٢٨
- اشاره ٢٢٨
- [الاستدلال فى تقديم قول المشتري لو اختلفا فى تغير العين عن صفتها و عدمه] ٢٣٢
- اشاره ٢٣٢
- الوجه الأول: ان المشتري هو الذى ينتزع عن يده الثمن ٢٣٢
- [الوجه الثانى لأن البائع يدعى علمه بالمبيع] ٢٣٢
- [الوجه الثالث لأن الأصل عدم وصول حقه إليه] ٢٣٤
- [مسأله لا بد من اختبار الطعم و اللون و الرائحه فيما تختلف قيمته باعتبار ذلك] ٢٣٩
- [مسأله يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار بدون الاختبار] ٢٤٢
- اشاره ٢٤٢
- الفرع الأول: ان الماتن أفاد ان ما يفسده الاختبار يجوز بيعه بلا اختبار اجماعا ٢٤٢
- الفرع الثانى: انه افاد الماتن بانه يكفى الاعتماد على اصاله السلامه. ٢٤٢
- الفرع الثالث: انه لو تبين كون المبيع فاسدا قبل التصرف فيه بالكسر و نحوه ٢٤٢
- الفرع الرابع: ان الفساد ان كان الى مرتبه لا يعد المعيب من مصاديق المبيع ٢٤٣
- الفرع الخامس: انه لو لم يكن لفاسده ماله و قيمه ٢٤٣

- الفرع السادس: انه لو كان انكشاف العيب بالاختبار و كانت لفاسته ماليه و قيمه يجوز للمشتري أن يأخذ الارش ----- ٢٤٣
- الفرع السابع: ان الارش الذى يؤخذ من البائع ما به التفاوت بين الصحيح و المعيب غير المكسور ----- ٢٤٣
- الفرع الثامن: انه لو لم يكن لفاسد المبيع ماليه ففيه قولان ----- ٢٤٣
- الفرع التاسع انه لم يكن للمعيب قيمه فأفاد الماتن انه لا ارش و لا رد ----- ٢٤٤
- الفرع العاشر: انه هل يمكن ان يقال ان العين لو كانت لها قيمه و سقطت عن المايه بالاختبار انها كانت ذا ماليه ----- ٢٤٤
- الفرع الحادى عشر: ان الاثر بين القول بالبطلان من اول الامر و بين الانفساخ من زمان الانكشاف يظهر فى الثمن ----- ٢٤٦
- الفرع الثانى عشر: وقع الكلام بينهم فى ان مؤونه النقل من مكان الاختبار ----- ٢٤٦
- الفرع الثالث عشر: ان البائع لو تبرأ عن العيب بالنسبه الى العين التى لا قيمه لها فهل يصح البيع أم لا؟ ----- ٢٤٧
- مسأله المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك فى فأره] ----- ٢٤٨
- اشاره ----- ٢٤٨
- المقام الأول فيما هو مقتضى القاعده الاوليه ----- ٢٤٨
- المقام الثانى فما يتصور أن يكون مانعا عن الصحه احد امرين ----- ٢٤٨
- مسأله لا فرق فى عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه] ----- ٢٥٠
- اشاره ----- ٢٥٠
- المقام الأول [فى القاعده الأوليه] ----- ٢٥٠
- [المقام الثانى فى اقتضاء النصوص الخاصه] ----- ٢٥١
- مسأله: يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزياده و النقيصه] ----- ٢٥٦
- اشاره ----- ٢٥٦
- المقام الأول: فيما تقتضيه القاعده الاوليه. ----- ٢٥٦
- المقام الثانى: [فى اقتضاء النصوص] ----- ٢٥٦
- مسأله يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و إن لم يعلم إلا بوزن المجموع] ----- ٢٦٠
- [تنبيهات البيع] ----- ٢٦٣
- مسأله المعروف استحباب التفقه فى أحكام التجارات] ----- ٢٦٣
- اشاره ----- ٢٦٣
- المقام الأول [فى أنه هل يجب تعلم الاحكام أم لا] ----- ٢٦٣
- المقام الثانى [فى الكلام بالنسبه إلى تعلم احكام التجاره] ----- ٢٦٣

٢٧٦----- [مسأله لا خلاف فى مرجوحه تلقى الركبان بالشروط الآتية و اختلفوا فى حرمة و كراهته]

٢٧٦----- اشارة

٢٧٦----- المقام الأول: فمقتضى القاعدة عدم حرمة التلقى و عدم كراهته من حيث التكليف

٢٧٦----- المقام الثانى [فى ما يستفاد من النصوص الخاصة]

٢٧٨----- [مسأله إذا دفع إنسان إلى غيره مالا ليصرفه فى قبيل يكون المدفوع إليه منهم]

٢٧٨----- اشارة

٢٧٩----- المقام الأول [مقتضى القاعدة الاوليه]

٢٨٠----- المقام الثانى [فى ما يستفاد من النصوص الخاصة]

٢٨٢----- [مسأله احتكار الطعام]

٢٨٢----- اشارة

٢٨٢----- الجبهه الأولى فى تفسير الاحتكار

٢٨٣----- الجبهه الثانيه: فى حكمه و انه حرام أو مكروه أو مباح

٢٨٤----- الجبهه الثالثه فى بيان ما يجرى فيه الاحتكار

٢٨٤----- الجبهه الرابعه ان حرمة الاحتكار تختص بمورد يكون البيع منحصرًا فى المحتكر

٢٨٧----- الجبهه الخامسه ان الاحتكار الحرام هل يكون فيه تحديد من حيث الزمان أم لا ؟

٢٨٧----- الجبهه السادسه: انه هل يجوز اجبار المحتكر على البيع أم لا ؟

٢٨٩----- الجبهه السابعه هل يجوز تسعير ما احتكره المحتكر أم لا ؟

٢٩٠----- الجبهه الثامنه: انه هل يختص الاحتكار بحبس الطعام الذى اشتراه أو يكون اعم

٢٩٠----- [خاتمته و من أهم آداب التجاره الإجمال فى الطلب و الاقتصاد فيه]

٢٩٢----- [الخيارات]

٢٩٢----- [مقدمتان]

٢٩٢----- [الأولى فى معنى الخيار لغه و اصطلاحاً]

٢٩٢----- اشارة

٢٩٤----- الأمر الأول: ان لفظ الخيار اسم مصدر من الاختيار

٢٩٤----- الأمر الثانى: انه غلب فى كلمات جماعه من المتأخرين فى ملك فسخ العقد فنقل عن معناه اللغوى الى معنى جديد

٢٩٤----- الأمر الثالث: انه قدس سره فرق بين الحكم و الحق

- الأمر الرابع: ان الماتن قد ذكر انه قد عرف الخيار بملك اقرار العقد و ازالته ٢٩٥
- الأمر الخامس: ان المتبادر من الخيار المعنى الاصطلاحي ٢٩٥
- الثانيه الأصل في البيع للزوم] ٢٩٥
- القول في أقسام الخيار] ٣١٢
- الأول خيار المجلس] ٣١٢
- اشاره ٣١٢
- مسأله لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا أصيلين و لا في ثبوته للوكيلين في الجملة] ٣١٥
- اشاره ٣١٥
- أقسام الوكيل] ٣١٥
- اشاره ٣١٥
- القسم الأول: ما يكون وكيلا مفوضا في امر المعامله احداثا و ابقاء كالعامل في باب المضاربه ٣١٥
- القسم الثاني ما يكون وكيلا في مجرد اجراء الصيغه ٣١٦
- اشاره ٣١٦
- المقام الأول أفي ما يقتضيه ظاهر دليل الخيار بدوا] ٣١٦
- المقام الثاني فقد ذكرت للمنع وجوه ٣١٦
- الوجه الأول الانصراف ٣١٦
- الوجه الثاني ان جعل الخيار لمصلحه ذى الخيار بان يتروى و يختار ما هو اصلح له ٣١٨
- الوجه الثالث: انه قد اقترن في بعض ادله الخيار خيار المجلس بخيار الحيوان، ٣١٨
- الوجه الرابع ان المستفاد من دليل خيار المجلس ان صاحب الخيار له ان يتصرف فيما انتقل عنه ٣١٩
- الوجه الخامس ان الخيار يتحقق لمن يكون له حق الاقاله ٣٢٠
- الوجه السادس ان خيار الفسخ ثابت في حق من يكون مخاطبا بخطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ٣٢٠
- الوجه السابع ان خيار المجلس لو كان ثابتا للوكيل في مجرد اجراء الصيغه لكان ثابتا للفضولى ٣٢٠
- الوجه الثامن ان الوجوه المذكوره و ان كانت باطله و غير تامه لاثبات المدعى لكن تكون مانعه عن تحقق الاطلاق ٣٢٢
- الوجه التاسع ان ادله سائر الخيارات لا تشمل الوكيل في اجراء الصيغه ٣٢٢
- الوجه العاشر ان النسبه بين دليل الخيار و دليل سلطنه المالك على ماله عموم من وجه و يقع التعارض بينهما ٣٢٢
- القسم الثالث من الوكيل من يكون وكيلا في البيع فقط أو الشراء فقط ٣٢٣

- ثم ان الماتن قدس سره تعرض في هذه المسأله لعدده فروع ----- ٣٢٤
- اشاره ----- ٣٢٤
- الفرع الأول ان المالك الذى وكل غيره فى اجراء الصيغه هل يثبت له الخيار أم لا؟ ----- ٣٢٤
- الفرع الثانى انه على القول بثبوته للموكلين هل يشترط حضورهما فى مجلس العقد أم لا؟ ----- ٣٢٩
- الفرع الثالث انه على فرض الخيار للوكيلين و الموكلين ففارق احد الموكلين و احد الوكيلين المجلس ----- ٣٢٩
- الفرع الرابع انه لو كان الوكيل وكيلا مفوضا فى جميع الجهات حتى الاقاله و الفسخ فهل يثبت له الخيار ----- ٣٢٩
- الفرع الخامس انه لو ثبت الخيار لعدده اشخاص من طرف فكل واحد منهم سبق الى اعمال الخيار بالاسقاط أو بالانفاذ هل يسقط خيار الباقيين أم لا؟ ----- ٣٣٠
- الفرع السابع: انه هل يثبت الخيار للوكيل فى مجرد البيع فقط ----- ٣٣١
- الفرع الثامن: انه هل يكون للموكل على تقدير اختصاص الخيار به تفويض الامر الى الوكيل بحيث يصير ذا حق أم لا؟ ----- ٣٣١
- الفرع التاسع: انه هل يثبت الخيار للفضوليين أم لا؟ ----- ٣٣٢
- الفرع العاشر: انه هل يثبت الخيار فى الصرف و السلم قبل القبض أم لا؟ ----- ٣٣٢
- الفرع الحادى عشر انه على القول بالنقل هل يكون دخل لمجلس الاجازه أم لا؟ ----- ٣٣٢
- الفرع الثانى عشر ان الفضولى قبل الاجازه لو رد و فسخ و رفع اليد عن التزامه فهل يكون قابلا للاجازه بعده أم لا؟ ----- ٣٣٢
- [مسأله لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره هل له الخيار أم لا] ----- ٣٣٣
- اشاره ----- ٣٣٣
- ما يمكن ان يذكر فى تقريب العدم وجوه. ----- ٣٣٣
- اشاره ----- ٣٣٣
- الوجه الأول: ان الخيار ثابت فى الدليل لعنوان بيعين و متبايعين ----- ٣٣٣
- الوجه الثانى انه لا يمكن جعل غايه الحكم امرا مستحيلا ----- ٣٣٤
- الوجه الثالث: الظهور العرفى ----- ٣٣٥
- الوجه الرابع: احتمال كون الخيار مشروطا بكون ذى الخيار معنونا باحد العنوانين من البائع و المشتري ----- ٣٣٥
- الوجه الخامس: ان الافتراق غايه الحكم فلا بد من التعدد ----- ٣٣٥
- [مسأله قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار] ----- ٣٣٦
- [منها من ينعقد على احد المتبايعين] ----- ٣٣٦
- اشاره ----- ٣٣٦
- الأمر الأول: انه اذا كان المبيع من ينعقد على المشتري فهل يتحقق خيار المجلس أم لا؟ ----- ٣٣٦

- الأمـر الثاني ان الفسخ الصادر عن ذى الخيار من الحين لا من الاصل ٣٣٦
- الأمـر الثالث انه ربما يقال ان الخيار ثابت للبائع دون المشتري ٣٣٦
- الأمـر الرابع: ان ملكيه العمودين بالاشترء تقديره أو تحقيقيه ٣٣٨
- الأمـر الخامس: انه قدس سره تعرض لكلام صاحب المقابيس ٣٣٨
- الأمـر السادس ان الشيخ قدس سره جعل كلام صاحب المقابيس مورد النظر و بين ما هو الحق عنده ٣٤٠
- الأمـر السابع انه أفاد الشيخ قدس سره بان المتبايعين اذا كانا عالمين بالحكم الشرعى ٣٤١
- [أو منها العبد المسلم المشتري من الكافر] ٣٤٢
- [أو منها شراء العبد نفسه] ٣٤٤
- [مسأله لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى البيع عند علمائنا] ٣٤٤
- [مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد] ٣٤٦
- اشاره ٣٤٦
- المقام الأول انه هل يجب التقاض أم لا؟ ٣٤٦
- اشاره ٣٤٦
- ما يمكن أن يذكر فى تقريب الوجوب وجوه: ٣٤٦
- الوجه الأول: انه قد دل النص على النهى عن المفارقه حتى يحصل التقاض ٣٤٦
- الوجه الثانى: انه مع عدم حصول التقاض يلزم الربا ٣٤٧
- الوجه الثالث: ان الاقباض شرط ارتكازى بين الطرفين ٣٤٧
- الوجه الرابع: ان المستفاد من دليل وجوب الوفاء وجوب الاقباض ٣٤٧
- المقام الثانى: و هو انه على القول بوجوب الاقباض هل يترتب عليه الخيار أم لا؟ ٣٤٨
- [القول فى مسقطات الخيار] ٣٤٩
- اشاره ٣٤٩
- مسأله لا خلاف ظاهرا فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد» ٣٤٩
- مسأله و من المسقطات، إسقاط هذا الخيار بعد العقد» ٣٥٦
- اشاره ٣٥٦
- ما يمكن ان يذكر فى تقريب جواز اسقاط الخيار بعد العقد وجوه. ٣٥٦
- الوجه الأول عدم الخلاف المدعى فى المقام ٣٥٦

- الوجه الثاني انه قد دل الدليل على سقوط خيار الحيوان بتصرف المشتري فيه ----- ٣٥٦
- الوجه الثالث ان الفرق بين الخيار الحكمي و الخيار الحقي و المائز بينهما ----- ٣٥٧
- الوجه الرابع فحوى دليل السلطنة على الاموال ----- ٣٥٧
- الوجه الخامس التمسك بدليل وجوب الوفاء بالشرط ----- ٣٥٧
- الشيخ قدس سره تعرض لفروع ----- ٣٦٠
- الفرع الأول: انه لو اسقط احد المتعاقدين خياره لا يكون اسقاطه موجبا لسقوط خيار الآخر ----- ٣٦٠
- الفرع الثاني: انه لو اجاز احدهما و فسخ الآخر فينفسخ العقد ----- ٣٦٢
- الفرع الثالث: ان الخيار من طرف واحد لو كان لمتعدد فاجاز بعضهم و فسخ الآخر يقع التعارض ----- ٣٦٢
- مسأله من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين» ----- ٣٦٢
- قد تعرض الماتن في هذه المسأله لجمله من الفروع ----- ٣٦٢
- الفرع الأول ان الخيار يسقط بافتراق المتعاقدين ----- ٣٦٣
- الفرع الثاني: انه ربما يقال انه يستفاد من بعض النصوص ان التفرق بما هو لا يكون موجبا لسقوط الخيار ----- ٣٦٣
- الفرع الثالث انه يكفى في سقوط الخيار صدق عنوان الافتراق ----- ٣٦٣
- الفرع الرابع انه لا يلزم في تحقق الافتراق صدور الحركه من كل واحد من المتعاقدين ----- ٣٦٤
- مسأله المعروف انه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التخايير أيضا» ----- ٣٦٤
- اشاره ----- ٣٦٤
- المقام الأول في القاعده الأوليه] ----- ٣٦٤
- المقام الثاني في القاعده الثانويه] ----- ٣٦٤
- اشاره ----- ٣٦٤
- الوجه الأول استصحاب الخيار ----- ٣٦٥
- الوجه الثاني انصراف الدليل عن الافتراق الاكراهي ----- ٣٦٥
- الوجه الثالث: ما رواه فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام ----- ٣٦٥
- الوجه الرابع: حديث الرفع ----- ٣٦٥
- مسأله لو أكره أحدهما على التفرق» ----- ٣٧٠
- اشاره ----- ٣٧٠
- الفرع الأول: انه لو اكره احدهما على الافتراق و منع عن التخايير و منع الآخر عن المصاحبه مع المكره ----- ٣٧٠

- الفرع الثاني: انه لو اكره احدهما على ترك المجلس و يكون الاخر مختارا ٣٧٠
- الفرع الثالث: عكس الصورة الأولى ٣٧١
- [مسأله] لو زال الإكراه فالمحكي عن الشيخ و جماعه» ٣٧١
- مسأله و من مسقطات هذا الخيار التصرف» ٣٧١
- اشاره ٣٧٢
- الوجه الأول: النصوص الواردة في خيار الحيوان ٣٧٢
- الوجه الثاني: عموم التعليل الوارد و هو قوله عليه السلام «فذلك رضا منه فلا شرط له» ٣٧٣
- الوجه الثالث: ان التصرف في المبيع كاشف نوعي عن الرضا ببقاء العقد على حاله فيكون مسقطا للخيار. ٣٧٤
- [الثاني خيار الحيوان] ٣٧٤
- اشاره ٣٧٤
- في المقام فروع ٣٧٤
- الفرع الأول انه لا اشكال في ثبوت خيار الحيوان للمشتري ٣٧٤
- الفرع الثاني: انه هل يختص خيار الحيوان بنوع خاص من الحيوانات أم لا يختص؟ ٣٧٥
- الفرع الثالث انه هل يختص هذا الخيار بالحيوان المقصود حياته ٣٧٦
- الفرع الرابع انه لو قلنا بالاختصاص فهل يسرى الحكم و هو عدم الخيار فيما لا يبقى لعارض ٣٧٦
- الفرع الخامس انه على تقدير تلف المجروح أو المصاب بالسهم قبل القبض أو في زمان الخيار هل يعد تلفه من البائع أم لا؟ ٣٧٦
- اشاره ٣٧٦
- و الذي يمكن أن يذكر في تقريب المدعى وجهان ٣٧٦
- الوجه: الأول انصراف الدليل عنه ٣٧٦
- الوجه الثاني ان البائع مع العلم بالحال، يكون مشترطاً على المشتري بكون الضمان عليه و يبرأ عن الضمان بالشرط ٣٧٧
- الفرع السادس انه ان قلنا بجريان الخيار في مثله فلو فرض موته قبل الثلاثه فهل يكون الى الثلاثه أو الى زمان الموت او لا هذا و لا ذاك بل الخيار فوري. ٣٧٧
- الفرع السابع: في انه هل يختص خيار الحيوان بالمبيع الشخصي أو يعم الكلى ٣٧٧
- اشاره ٣٧٧
- و ما يمكن أن يذكر في تقريب الاختصاص بالمبيع الشخصي وجهان: ٣٧٧
- الوجه الأول: الانصراف ٣٧٧
- الوجه الثاني ان حكمه جعل خيار الحيوان التروى ٣٧٨

مسأله المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري» - ٣٧٨

اشاره ٣٧٨

الوجه الأول الاجماع ٣٧٩

الوجه الثاني استصحاب الخيار الثابت حال بقاء المجلس. ٣٧٩

الوجه الثالث ما رواه محمد بن مسلم ٣٧٩

مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد». ٣٨١

اشاره ٣٨١

[الاستدلال على أن مبدأه من حين انقضاء المجلس] ٣٨١

الوجه الأول: ان الخيار يتحقق في زمان ثبوت العقد و مع خيار المجلس لا يكون العقد ثابتا بل يكون متزلزلا. ٣٨١

الوجه الثاني: انه لو كان مبدأ الخيار زمان العقد يلزم اجتماع المثلين ٣٨٢

الوجه الثالث: استصحاب عدم خيار الحيوان الى زمان انقضاء المجلس. ٣٨٢

الوجه الرابع: استصحاب بقاء الخيار بعد انقضاء المجلس الى انقضاء الثلاثه من ذلك الوقت. ٣٨٢

الوجه الخامس: انه لو لم نقل بالتفكيك يلزم اجتماع سببين على مسبب واحد. ٣٨٢

الوجه السادس: انه قد دلت جمله من النصوص ان التلف في اثناء الثلاثه من البائع ٣٨٢

الوجه السابع: انه قد قوبل في جمله من الروايات بين خيار الحيوان و خيار المجلس ٣٨٤

مسأله لا إشكال في دخول الليلتين المتوسطتين» ٣٨٦

[مسأله يسقط هذا الخيار بأمور] ٣٨٧

[الأول و الثاني اشتراط سقوطه في العقد و إسقاطه بعد العقد] ٣٨٧

و الثالث التصرف» ٣٨٧

اشاره ٣٨٧

المقام الأول: [في مقتضى القاعده الأوليه] ٣٨٧

المقام الثاني [في مقتضى النصوص الخاصه] ٣٨٨

[الثالث خيار الشرط] ٣٩٠

اشاره ٣٩٠

[الاستدلال على جواز خيار الشرط في العقد] ٣٩١

اشاره ٣٩١

- الوجه الأول الاجماع. ٣٩١
- الوجه الثاني: ما افاده سيدنا الاستاد قدس سره و هو ان الاهمال غير معقول في الواقع ٣٩١
- الوجه الثالث: ما عن سيدنا الاستاد أيضا - ٣٩٣
- الوجه الرابع: ما عن سيدنا الاستاد أيضا - ٣٩٣
- الوجه الخامس النصوص الداله على جواز الشرط في ضمن العقد ٣٩٤
- الوجه السادس النصوص الخاصه الوارده في الموارد المخصوصه ٣٩٤
- الوجه السابع: ما يستفاد من بعض الروايات من ان جواز جعل الخيار كان مرتكزا في ذهن السائل ٣٩٧
- الوجه الثامن السيره الجاريه بين المتشترعه و العقلاء بلا نكير ٣٩٧
- مسأله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه» ٣٩٧
- مسأله لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المده المجهوله» ٣٩٩
- مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد» ٤٠٠
- مسأله يصح جعل الخيار لأجنبي] ٤٠١
- مسأله يجوز لهما اشتراط الاستيمار» ٤٠٣
- مسأله من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع و يقال به بيع الخيار] ٤٠٣
- اشاره ٤٠٣
- قد تعرض الشيخ قدس سره في المقام لامور. ٤٠٥
- الأمر الأول ان اعتبار رد الثمن يتصور على وجوه: ٤٠٥
- الوجه الأول ان يؤخذ قيذا للخيار على وجه التعليق أو التوقيت ٤٠٥
- الوجه الثاني ان يكون رد الثمن قيذا للفسخ لا قيذا للخيار ٤٠٧
- الوجه الثالث أن يكون الفسخ بالرد أي يتحقق الفسخ بالرد ٤٠٧
- الوجه الرابع: ان يكون رد الثمن موضوعا للاقاله ٤٠٧
- الوجه الخامس: ان يشترط البائع على المشتري انه لو رد الثمن يبيع العين منه ٤٠٧
- الوجه السادس: ان يعلق الانفساخ على رد الثمن ٤٠٨
- الأمر الثاني قال الشيخ قدس سره: الثمن المشروط رده اما ان يكون في الذمه الى آخر كلامه ٤١٠
- اشاره ٤١٠
- الفرع الأول: ان الثمن اعم من ان يكون كلياً أو شخصياً اذا لم يقبضه البائع يكون له الخيار ٤١٠

- الفرع الثاني: ان البائع لو لم يفسخ حتى انقضت المده فهل يسقط خياره أم لا؟ ٤١٠
- الفرع الثالث انه لو كان الثمن شخصيا و قبضه البائع ٤١٠
- الفرع الرابع: انه لو قبض الثمن و شرط و علق الخيار على رد العين أو بدلها في فرض عدمها ٤١٠
- الفرع الخامس: انه هل يجوز اشتراط الخيار بشرط رد بدل الثمن و لو مع بقائه أم لا؟ ٤١٠
- الفرع السادس: ان الثمن اذا كان كليا فان كان في ذمه البائع فرده برد فرد من ذلك الكلى يتحقق الخيار ٤١١
- الفرع السابع: انه لو كان الثمن كليا في ذمه غير البائع و صار شخصيا بالقبض فاللازم رعايه الشرط المجعول بينهما ٤١١
- الأمر الثالث قيل ظاهر الاصحاب بناء على ما تقدم من ان رد الثمن في هذا البيع عندهم مقدمه لفسخ البائع» ٤١١
- اشاره ٤١١
- أما الموضوع الاول فنقول ما يمكن ان يقال في تقريب المنع وجوه ٤١١
- الوجه الأول ان الرد بما هو رد لا يكون دليلا على الفسخ. ٤١١
- الوجه الثاني: ان الرد دليل إرادته الفسخ و الإراده غير المراد. ٤١٢
- الوجه الثالث ان المفروض ان الرد موضوع لتحقق الخيار فما دام لم يتحقق الرد لا يتحقق الخيار ٤١٢
- و أما الموضوع الثاني فيمكن أن يقال انه يستفاد من النص ان مجرد الرد يكفى في الفسخ ٤١٢
- الأمر الرابع يسقط هذا الخيار باسقاطه بعد العقد» ٤١٣
- الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري» ٤١٦
- الأمر السادس لا اشكال في قدره على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري» ٤١٨
- اشاره ٤١٨
- الفرع الأول: لو صرح بجعل الخيار في فرض رد الثمن الى المشتري أو وكيله أو وليه يتحقق الموضوع برده كذلك ٤١٨
- الفرع الثاني: انه لو صرح بكون الموضوع خصوص الرد الى المشتري لا اثر لرده الى غيره ٤١٨
- الفرع الثالث: لو لم يصرح باحد الطرفين فهل يتحقق الخيار برده الى احد المذكورين أم لا؟ ٤١٨
- الفرع الرابع: انه هل يشترط في نفوذ الفسخ حضور المفسوخ عليه أم لا؟ ٤١٩
- الفرع الخامس: انه هل يكفى لثبوت الخيار و جواز الفسخ رد الثمن الى وارث المشتري؟ ٤١٩
- الفرع السادس: انه هل يجوز لو ارث البائع ان يرد الثمن أم لا؟ ٤١٩
- الفرع السابع انه هل يجوز الرد الى الولى ٤١٩
- الفرع الثامن: انه لو اشترى الأب شيئا للصغير بالخيار برد الثمن فهل يجوز للجد ان يأخذ المردود؟ ٤١٩
- الفرع التاسع انه لو اشترى احد حكام الشرع للصغير شيئا ببيع الخيار فهل يجوز رد الثمن الى الحاكم الثاني ٤٢٠

- الأمر السابع اذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك الا برد الجميع فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ» ٤٢٠
- اشاره ٤٢٠
- الفرع الأول: انه لو اطلق ليس له الفسخ و الامر ٤٢٠
- الفرع الثاني: انه ليس للمشتري التصرف في المقدار المدفوع ٤٢٠
- الفرع الثالث: انه لو تلف يكون المشتري ضامنا ٤٢٠
- الفرع الرابع: انه لو اشترط الخيار في كل جزء دفع الى المشتري فهل يكون الشرط المذكور جائزا كما قال به الشيخ أم لا؟ ٤٢١
- الفرع الخامس: انه لو قلنا بجواز التبويض و بعض البائع هل يحصل للمشتري خيار تبعض الصفقة أم لا؟ ٤٢١
- الفرع السادس: انه يجوز جعل الخيار برد جزء معين ٤٢١
- الفرع السابع: انه يجوز جعل الخيار في الكل برد جزء غير معين ٤٢١
- الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد المثل» ٤٢١
- اشاره ٤٢١
- الفرع الأول انه يجوز للمشتري جعل الخيار لنفسه اذا رد المثل ٤٢٢
- الفرع الثاني: انه لو اطلق ينصرف الاطلاق الى رد نفس العين ٤٢٢
- الفرع الثالث: انه هل يجوز جعل الخيار بردّ العوض مع وجود العين بحيث يرد بدل العين الى الطرف المقابل بعد الفسخ أم لا؟ ٤٢٢
- الفرع الرابع: انه هل يجوز اشتراط ايفاء المثل بالقيمة أو ايفاء القيمي بالمثل أم لا؟ ٤٢٢
- الفرع الخامس: انه يجوز جعل الخيار لكل من الطرفين على الاخر ٤٢٢
- مسأله لا اشكال و لا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع» ٤٢٣
- [الرابع خيار الغبن] ٤٢٤
- اشاره ٤٢٤
- ما يمكن ان يذكر في تقريب الاستدلال عليه وجوه. ٤٢٥
- الوجه الأول: الاجماع ٤٢٥
- الوجه الثاني: قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ * ٤٢٥
- الوجه الثالث قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ ٤٢٦
- الوجه الرابع: قاعده نفى الضرر ٤٢٦
- الوجه الخامس: الروايات الواردة في تلقي الركبان ٤٢٧
- الوجه السادس النصوص الواردة في غبن المسترسل ٤٢٧

- الوجه السابع: الاشتراط الضمني الارتكازى ٤٣٠
- مسأله يشترط فى هذا الخيار امران ٤٣١
- الأول عدم علم المغبون بالقيمه فلو علم بالقيمه فلا خيار» ٤٣١
- الأمر الثانى كون التفاوت فاحشا» ٤٣٩
- مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى». ٤٤١
- اشاره ٤٤١
- المقام الأول [فى مقام الثبوت] ٤٤١
- المقام الثانى [فى مقام الإثبات] ٤٤٢
- مسأله يسقط هذا الخيار بأمور ٤٤٣
- أحدها إسقاطه بعد العقد» ٤٤٣
- الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد» ٤٤٤
- الثالث تصرف المغبون» ٤٤٨
- الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق» ٤٤٩
- اشاره ٤٤٩
- الوجه الأول: الإجماع ٤٤٩
- الوجه الثانى: ان المدرك لخيار الغبن قاعده لا ضرر و المفروض ان المغبون بنفسه اخرج العين عن ملكه و اقدم على الضرر. ٤٤٩
- الوجه الثالث ان الغابن يتضرر باخذ البديل فلا يجوز الفسخ ٤٥٠
- الوجه الرابع: انه لا يمكن التراد فلا خيار ٤٥٠
- [فروع] ٤٥١
- الفرع الأول: انه لا فرق فى الحكم المذكور بين المشتري و بين البائع ٤٥١
- الفرع الثانى: انه لا فرق فى الحكم المذكور بين كون التصرف موجبا لتلف العين تكوينيا و بين النقل اللازم أو الجائز ٤٥١
- الفرع الثالث: انه لو فرض انتقال العين الى المشتري بسبب من الاسباب أو ارتفع المانع عن النقل كما لو مات ولد أم الولد فهل يجوز الفسخ أم لا؟ ٤٥١
- الفرع الرابع انه هل تلحق الاجازه بالبيع فى تأثيرها فى سقوط الخيار أم لا ٤٥٢
- الفرع الخامس: ان المغبون لو أجر مورد معامله و بعد انقضاء الاجاره علم بالغبن يمكنه الفسخ و لا يسقط خياره ٤٥٣
- الفرع السادس: انه لو امتزج المبيع بغيره فهل يوجب سقوط الخيار أم لا؟ ٤٥٣
- الفرع السابع: انه لو تغيرت العين بالنقيصه يسقط الخيار ٤٥٣

- ٤٥٥ ----- الفرع الثامن انه لو تصرف الغابن فى العين التى انتقلت إليه فلا وجه لسقوط خيار المغبون بتصرفه
- ٤٥٧ ----- الفرع التاسع: انه لو تصرف الغابن فى العين تصرفا مغيرا لها ..
- ٤٥٧ ----- اشاره
- ٤٥٧ ----- الصورة الأولى: ما لو كان التغيير بالنقيصه و كان النقصان موجبا للارش
- ٤٥٧ ----- الصورة الثانيه: ما لو تغيرت العين بالنقيصه بأن تلف جزء منها و فى هذه الصورة يلزم تداركه بالعوض
- ٤٥٧ ----- الصورة الثالثه: ما لم يوجب التغيير شيئا
- ٤٥٧ ----- الصورة الرابعه: ما لو كان التصرف موجبا للزياده الحكميه و لكن بحيث لا تكون تلك الزياده موجبه لتفاوت القيمه
- ٤٥٨ ----- الصورة الخامسه: ما لو زيدت زياده حكميه و زادت قيمه العين بتلك الزياده لكن كانت الزياده بفعل غير الغابن
- ٤٥٨ ----- الصورة السادسه: ما لو زيدت زياده حكميه موجبه لازدياد القيمه و كانت الزياده بفعل الغابن
- ٤٥٨ ----- الصورة السابعه: ان تكون الزياده عينا محضا كالغرس
- ٤٦٠ ----- الفرع العاشر: انه لو قلنا بجواز القلع مع الارش أو مطلقا فهل للمغبون وجوب الرجوع الى المالك او لا
- ٤٦٠ ----- الفرع الحادى عشر: انه لو اختار الغابن الابقاء فلا بد من المراضاه مع المالك
- ٤٦١ ----- الفرع الثانى عشر: انه لو طلب الغابن قلع غرسه فهل للمغبون منعه
- ٤٦١ ----- الفرع الثالث عشر: ان التغيير لو كان بالامتزاج فيتصور فيه اقسام
- ٤٦١ ----- القسم الأول: ان ينعدم احدهما فى الآخر
- ٤٦١ ----- القسم الثانى ان لا ينعدم بالامتزاج و كان امتزاجه بغير الجنس و صار المجموع طبيعه ثالثه
- ٤٦١ ----- القسم الثالث أن يمتزج بالجنس كالسمن مع السمن
- ٤٦٣ ----- ثم ان الشيخ قدس سره تعرض لتلف العوضين و للفروع المتفرعه عليه
- ٤٦٣ ----- الفرع الأول لو تلفت العين عند المغبون باتلاف متلف
- ٤٦٤ ----- الفرع الثانى انه لو تلف ما فى يد المغبون باتلافه أو بأفه سماويه و بعد التلف فسخ العقد
- ٤٦٤ ----- الفرع الثالث انه ان تلف ما فى يد المغبون باتلاف الغابن فان لم يفسخ يأخذ المغبون بدله منه
- ٤٦٤ ----- مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه»
- ٤٦٥ ----- مسأله اختلف اصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى على قولين»
- ٤٦٥ ----- اشاره
- ٤٦٥ ----- الجبهه الأولى: فى انه لو لم يكن دليل لا على الفور و لا على التراخى
- ٤٦٥ ----- الجبهه الثانيه فى انه هل تستفاد الفوريه أو الاستمرار من الدليل الذى يدل على الخيار أم لا

- الجهة الثالثة: في انه لو شك في بقاء الخيار و عدمه فهل القاعده تقتضى الاخذ بعموم دليل اللزوم أو تقتضى جريان استصحاب الحكم المخصص. ----- ٤٦٦
- الخامس خيار التأخير] ----- ٤٦٨
- اشاره ----- ٤٦٨
- ما يمكن أن يذكر في تقريب المدعى وجوه: ----- ٤٦٩
- الوجه الأول الاجماع ----- ٤٦٩
- الوجه الثاني قاعده لا ضرر ----- ٤٦٩
- الوجه الثالث النصوص الخاصه ----- ٤٦٩
- ثم انه يشترط في هذا الخيار امور ----- ٤٧٢
- أحدها عدم قبض المبيع» ----- ٤٧٢
- الشرط الثاني عدم قبض مجموع الثمن» ----- ٤٧٤
- الشرط الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم احد العوضين» ----- ٤٧٥
- الشرط الرابع ان يكون المبيع عيناً» ----- ٤٧٦
- اشاره ----- ٤٧٦
- الوجه الأول الاجماع ----- ٤٧٦
- الوجه الثاني ان مستند الخيار المذكور حديث لا ضرر و في الكلى في الذمه لا يتصور ضرر للبائع ----- ٤٧٦
- الوجه الثالث ان الشرط المذكور مستفاد من نصوص الباب ----- ٤٧٧
- ثم ان هنا امورا قيل باعتبارها في هذا الخيار ----- ٤٧٧
- منها عدم الخيار لاحدهما او لهما» ----- ٤٧٧
- اشاره ----- ٤٧٧
- الوجه الأول ان الميزان في تحقق خيار التأخير، التأخير من غير حق ----- ٤٧٧
- و منها تعدد المتعاقدين» ----- ٤٧٩
- اشاره ----- ٤٧٩
- الوجه الأول ان النصوص الواردة في المقام تختص بصوره التعدد ----- ٤٧٩
- الوجه الثاني ان خيار التأخير ثابت بعد تماميه المجلس ----- ٤٧٩
- و منها ان لا يكون المبيع حيواناً» ----- ٤٧٩
- مسأله يسقط هذا الخيار بأمر ----- ٤٨١

- ٤٨١ أحدها إسقاطه بعد الثلاثه» -
- ٤٨١ اشاره
- ٤٨١ الوجه الأول ان العقد سبب للخيار و المفروض انه وجد فيجوز اسقاط الخيار الذى يوجد بعد.
- ٤٨٢ الوجه الثانى ان اشتراط سقوطه فى ضمن العقد جائز فالاسقاط بعد العقد جائز أيضا بالاولويه
- ٤٨٢ الوجه الثالث ان الخيار و ان كان بعد الثلاثه لكن مبدأ تحققه من حين العقد
- ٤٨٢ الوجه الرابع ان الخيار المذكور مستند الى الشرط الضمنى غايه الامر الشارع الاقدس قد تصرف فيه و جعل له حدودا
- ٤٨٣ الثانى اشتراط سقوطه فى متن العقد»
- ٤٨٤ الثالث بذل المشتري للثمن بعد الثلاثه»
- ٤٨٤ [مسأله فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى]
- ٤٨٤ [مسأله] لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع اجماعا»
- ٤٨٤ اشاره
- ٤٨٥ المقام الأول [فى المقتضى لهذه الدعوى]
- ٤٨٥ اشاره
- ٤٨٥ الأمر الأول الاجماع
- ٤٨٥ الأمر الثانى النبوى المشهور
- ٤٨٥ المقام الثانى فرما يقال انه يقع التعارض بين هذه القاعده و قاعدتين اخريين.
- ٤٨٧ مسأله لو اشترى ما يفسد من يومه»
- ٤٨٧ اشاره
- ٤٨٧ المقام الأول: فورد فى المسأله حديثان.
- ٤٨٩ المقام الثانى و هو ما تقتضيه القاعده الاوليه
- ٤٨٩ [السادس خيار الرؤيه]
- ٤٨٩ اشاره
- ٤٨٩ ما يمكن ان يقال فى تقريب المدعى وجوه.
- ٤٨٩ الوجه الأول: الاجماع
- ٤٨٩ الوجه الثانى: قاعده لا ضرر
- ٤٩٠ الوجه الثالث: طائفه من النصوص

- الوجه الرابع الاشتراط الضمنى الارتكازى ٤٩١
- مسأله مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه الغائبه» ٤٩٢
- مسأله الاكثر على ان الخيار عند الرؤيه فورى» ٤٩٦
- مسأله يسقط هذا الخيار بترك المبادره» ٤٩٧
- مسأله لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت» ٥٠١
- مسأله الظاهر ثبوت خيار الرؤيه فى كل عقد واقع على عين شخصيه» ٥٠٢
- مسأله لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه و قال المشتري قد اختلف» ٥٠٣
- مسئله لو نسج بعض الثوب فاشتره على ان ينسج الباقي كالأول بطل» ٥٠٤
- اشاره ٥٠٤
- الصوره الاولى ان يبيع مقدارا منسوجا حاضرا مع مقدار منسوج شخصى ٥٠٥
- الصوره الثانيه: ان يبيع المنسوج مع غيره الموجود فى الخارج على ان ينسجه يكون البيع صحيحا ٥٠٥
- الصوره الثالثه: ان يبيع المنسوج مع غيره فى الذمه متصفا بكونه منسوجا ٥٠٥
- السابع خيار العيب] ٥٠٦
- اشاره ٥٠٦
- مسأله ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و اخذ الارش» ٥١٠
- اشاره ٥١٠
- الفرع الأول انه بما ذا يمكن اثبات خيار العيب ٥١٠
- اشاره ٥١٠
- الوجه الأول: قاعده لا ضرر ٥١١
- الوجه الثانى: جملة من النصوص ٥١١
- الوجه الثالث: تسالم الاصحاب عليه ٥١٣
- الفرع الثانى: انه هل الارش فى رتبه الرد أم لا؟ ٥١٣
- اشاره ٥١٣
- الوجه الأول ان ما يدل على الخيار و امكان فسخ العقد يدل على الارش أيضا ٥١٣
- الوجه الثانى ان الخيار بين الامرين ثابت بالعيب و لكن حيث ان حق الرد ضعيف يسقط بالتصرف و يبقى حق اخذ الارش. ٥١٤
- الوجه الثالث انه يبعد ان يكون الوطى موجبا لثبوت حق آخر غير الرد ٥١٤

- الوجه الرابع حديث الفقه الرضوي ٥١٤
- الفرع الثالث: ان ظهور العيب كاشف عن ثبوت الخيار من اول الامر أو مثبت و موجد له ٥١٧
- الفرع الرابع: انه هل يختص خيار العيب بالمشتري أو يعم البائع ٥١٧
- اشاره ٥١٧
- الوجه الاول ان العنوان المأخوذ في الدليل عنوان الاشتراء ٥١٨
- الوجه الثاني ان عنوان الاشتراء ليس لاجل خصوصيه فيه ٥١٨
- الوجه الثالث ان ظهور الادله و ان كان يقتضى الاختصاص بالمشتري و لكن نقطع بعدم الفرق ٥١٨
- أفي مسقطات هذا الخيار] ٥١٨
- مسأله يسقط الرد خاصه بأمور - ٥١٨
- أحدها التصريح بالتزام العقد و اسقاط الرد» ٥١٨
- الثاني التصرف في المعيب عند علمائنا» ٥١٩
- اشاره ٥١٩
- الوجه الأول الاجماع ٥١٩
- الوجه الثاني ما عن العلامه ٥١٩
- الوجه الثالث النص الخاص ٥١٩
- الثالث تلف العين» ٥٢١
- اشاره ٥٢١
- الوجه الأول: الاجماع ٥٢١
- الوجه الثاني مرسل جميل ٥٢١
- الوجه الثالث ما رواه ميسر ٥٢١
- الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشتري» ٥٢٣
- اشاره ٥٢٣
- و الذى يمكن أن يذكر في تقريب المدعى وجوه. ٥٢٣
- الوجه الأول: الاجماع ٥٢٣
- الوجه الثاني: مرسل جميل ٥٢٤
- الوجه الثالث: ما عن العلامه ٥٢٤

- ٥٢٥ [هل تبعض الصفقه مانع من الرد]
- ٥٢٥ اشاره
- ٥٢٦ الفرع الأول: ان يشتري كتابا و قلما بعنوان المجموع المركب بثمان واحد كئلايه دراهم مثلا
- ٥٢٨ الفرع الثاني: ان يشتري احد كتابا بدينار و درهم فظهر ان الدرهم معيوب
- ٥٢٨ الفرع الثالث: انه لو اشترى شخصان دارا بالف درهم فظهر ان الدار معيوبه
- ٥٢٨ الفرع الرابع: انه لو اشترى زيد دارا من بكر و خالد فظهر ان الدار معيوبه
- ٥٣٠ مسأله يسقط الارش دون الرد في موضعين
- ٥٣٠ احدهما اذا اشترى ربويا بجنسه فظهر عيب في احدهما
- ٥٣٠ اشاره
- ٥٣٠ الوجه الأول: ان الشارع الاقدس اعتبر وصف الصحه في الاجناس الربويه كالمعدوم
- ٥٣٠ الوجه الثاني: انه قد استفيد من الادله انه كما لا يجوز اخذ الزياده في مورد الربا حدوثا كذلك لا يجوز بقاء
- ٥٣١ الثاني ما لو لم يوجب العيب نقضا في قيمه
- ٥٣١ مسأله يسقط الرد و الارش معا بامور
- ٥٣١ أحدها العلم بالعيب قبل العقد
- ٥٣١ الثاني تبرى البائع عن العيوب
- ٥٣١ اشاره
- ٥٣٢ الوجه الأول الاجماع
- ٥٣٢ الوجه الثاني حديثا زراره عن أبي جعفر عليه السلام
- ٥٣٢ الوجه الثالث ان خيار العيب ثابت بالاشتراط الارتكازي
- ٥٣٢ الوجه الرابع ان النصوص الخاصه منصرفه عن الصوره المفروضه
- ٥٣٦ ثم انه قدس سره تعرض لجملة من الامور التي يمكن القول بسقوط الرد و الارش بها
- ٥٣٦ الأمر الأول زوال العيب قبل الرد
- ٥٣٦ الأمر الثاني التصرف في العين بعد العلم بالعيب
- ٥٣٦ اشاره
- ٥٣٦ الوجه الأول ان التصرف دليل على الرضا
- ٥٣٦ الوجه الثاني ان النص الدال على الارش بعد التصرف يختص بصوره عدم العلم بالعيب

- الأمر الثالث: التصرف في المعيب بالعيب الذي لا يوجب نقصا في القيمة ٥٣٧
- الأمر الرابع: حدوث عيب في المعيب بالعيب الذي لا يكون موجبا لنقصان القيمة ٥٣٧
- اشاره ٥٣٧
- و يمكن رد الدعوى المذكوره بوجوه. ٥٣٨
- الوجه الأول انه لو كان الامر كذلك لشاع و ذاع ٥٣٨
- الوجه الثاني النصوص الواردة الداله على تنجس السمن و الزيت و غيرهما ٥٣٨
- الوجه الثالث ما ورد في باب الزوجه المبتلاه ٥٣٨
- الأمر الخامس ثبوت احد مانعي الرد اى التصرف فيه و حدوث عيب جديد في المعيب الذي لا يجوز اخذ ارش العيب ٥٣٨
- الأمر السادس: تأخير الاخذ بمقتضى الخيار مع العلم بالعيب ٥٤٢
- [مسأله هل يجب الإعلام بالعيب] ٥٤٢
- [مسائل في اختلاف المتبايعين] ٥٤٤
- [الأول الاختلاف في موجب الخيار] ٥٤٤
- اشاره ٥٤٤
- [أو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع أو تأخره عن ذلك] ٥٤٤
- اشاره ٥٤٤
- قرب ما افاده ابن الجنيده بوجوه ثلاثه. ٥٤٤
- الوجه الأول: اصله عدم تسليم البائع العين الى المشتري على الوجه المقصود. ٥٤٤
- الوجه الثاني اصله عدم استحقاق البائع الثمن بتمامه ٥٤٤
- الوجه الثالث: اصله عدم لزوم العقد ٥٤٤
- [المشهور على أن اقامه البينه بالمدعى و يختص اليمين بالمنكر] ٥٤٧
- الوجه الأول: ما رواه جميل و هشام ٥٤٧
- الوجه الثاني: الاجماع ٥٤٧
- الوجه الثالث: السيره العقلانيه الجاريه عليه ٥٤٧
- الوجه الرابع: ان هذه المسأله محل الابتلاء ٥٤٧
- و استدل على القول الآخر أيضا بوجوه. ٥٤٧
- الوجه الأول: حجيه البينه على الاطلاق ٥٤٨

- الوجه الثاني: ما رواه أبو ضميره ٥٤٨
- الوجه الثالث: ما ورد في بعض النصوص ٥٤٨
- الوجه الرابع: مطالبه أبي بكر الملعون البيه من فاطمه عليها السلام ٥٥٠
- الوجه الخامس: جملة من النصوص ٥٥٠
- الوجه السادس ما رواه حفص بن غياث ٥٥١
- [الثاني الاختلاف في المسقط] ٥٥٥
- القول في الارش» ٥٦٥
- يقع الكلام في الارش في جهات ٥٦٥
- الجهة الأولى في تعريفه ٥٦٥
- الجهة الثانية ان الارش الذى يبحث عنه في المقام هل يكون على طبق القاعده أم لا ٥٦٦
- الجهة الثالثة في ان ضمان الارش ضمان يد أو ضمان معاوضه أو ضمان التزام أو ضمان تعبدى ٥٦٦
- الجهة الرابعة في انه هل يلزم ان يكون الارش من عين الثمن ٥٦٦
- مسأله يعرف الارش بمعرفه قيمتى الصحيح و المعيب» ٥٧٢
- مسئله لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بينه الاقل» ٥٧٣
- اشاره ٥٧٣
- الوجه الأول تقديم بينه الاقل للاصل ٥٧٣
- الوجه الثاني تقديم بينه الاكثر لانها مثبتة ٥٧٤
- الوجه الثالث القرعه ٥٧٤
- الوجه الرابع الرجوع الى الصلح لتثبت كل من المتبايعين بحجه شرعيه ظاهريه ٥٧٤
- الوجه الخامس تخير الحاكم لامتناع الجمع و فقد المرجح ٥٧٤
- الوجه السادس الجمع بين الدليلين بان يعمل على طبق كل واحد منهما فى الجملة ٥٧٤
- تعريف مركز ٥٧٨

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب [انصارى] المجلد ٣

اشاره

سرشناسه : طباطبائى قمى، تقى، ١٣٠١ -

عنوان قراردادى : المكاسب. شرح

عنوان و نام پديدآور : عمده المطالب فى التعليق على المكاسب [انصارى] / تاليف تقى الطباطبائى القمى.

مشخصات نشر : قم: محلاتى، ١٤١٣ق. = ١٣٧١.

مشخصات ظاهرى : ج.

شابك : ٣٠٠٠ ريال (ج. ١) ؛ ٤٥٠٠ ريال (ج. ٢) ؛ ٦٠٠٠ ريال (ج. ٣)

يادداشت : ج. ٢ (چاپ اول: ١٤١٤ق. = ١٣٧٢).

يادداشت : کتابنامه.

موضوع : انصارى، مرتضى بن محمدامين، ١٢١٤-١٢٨١ق. المكاسب -- نقد و تفسير

موضوع : معاملات (فقه)

شناسه افزوده : انصارى، مرتضى بن محمدامين، ١٢١٤-١٢٨١ق. المكاسب . شرح

رده بندى كنگره : BP190/1 / الف م ٧٠٣٧ ١٣٧١

رده بندى ديويى : ٢٩٧/٣٧٢

شماره كتابشناسى ملى : م ٧٥-٣٥٥

الجزء الثالث

[تمه كتاب البيع]

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[يشترط فى كل واحد منهما كونه متمولا]

اشاره

قوله قدس سره: «يشترط فى كل واحد منهما كونه متمولا» ادعى قدس سره اشتراط البيع بكون كل واحد من العوضين مالا

و ما يمكن أن يذكر فى تقريب المدعى وجوه:

الوجه الأول: ما أفاده فى المصباح من أن البيع مبادله مال بمال.

و يرد عليه: انه تاره نشك فى مفهوم البيع و فى هذا الفرض لا بدّ من التحفظ على كل قيد يحتمل دخله فى صدق المفهوم اذ مع الشك فى الصدق لا مجال لترتيب الاحكام فان التمسك بالعموم أو الاطلاق غير جائز فى مورد الشبهه المصدقيه و لكن الأمر ليس كذلك فى المقام فان سلب عنوان البيع عن بيع ما لا مالیه له غير صحيح و عدم صحه السلب علامه الحقيقه كما ان صحه حمل البيع أيضا علامه الحقيقه.

و أيضا المتبادر من لفظ البيع تمليك العين بشىء و هذا أعم من كون المبادله بين مالين و كونها بين ما لا مالیه له بمثله و كونها بين المال و ما لا مالیه له و التبادر علامه الحقيقه و بعد ما ثبت و تحقق مفهوم البيع و انه ليس الاشرط المذكور معتبرا فى مفهومه يستصحب بالاستصحاب القهقرى الى زمان المعصوم عليه السلام

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ۳، ص: ۴

و يحكم بأن مفهوم البيع أيضا كذلك فى ذلك الزمان فان الاستصحاب القهقرى الذى هو عبارته عن اصاله عدم النقل من الاصول اللفظيه الجاريه بين العقلاء فهذا الوجه لا يرجع الى محصل صحيح.

الوجه الثانى: قوله صلى الله عليه و آله «لا بيع الا فيما تملك»

اشاره

و قوله صلى الله عليه و آله «لا طلاق الا فيما تملكه و لا بيع الا فيما تملكه» «۱»

بتقريب ان المستفاد من الحديث انه يشترط فى المبيع كونه مملوكا فلا يصح بيع ما لا مالیه له كحبه حنطه.

و فيه مضافا الى عدم الاعتبار بسند الحديث المذكوران النسبه بين الملكيه و الماليه عموم من وجه فانه ربما يكون شىء ذا مالیه

بيدل يا زائنه الشىء كجوهر نفيس لا مالك له و ربما يكون شىء مملوكا لا مالیه له

كحبه حنطه مملوكه لاحد فانها مملوكه و لا مالیه لها و ثالثه يجتمعان كدار زيد.

و لما انجر الكلام الى هنا لا بأس ببيان حقيقه المملكه فنقول:

الملكيه على أقسام:

القسم الأول: الملكيه الحقيقيه المختصه بذاته تعالى و قدس

لِمَنِ الْمُلْكُ الْيَوْمَ لِلَّهِ الْوَاحِدِ الْقَهَّارِ «٢» و المراد من هذه الملكيه القيويميه المطلقه.

ازمه الامور طرا بيده و الكل مستمده من مدده

و مثاله فى عالم الخلق قيويميه الانسان للصور الذهنيه فان هويه

(١) مستدرك الوسائل الباب ١ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ٣ و ٤.

(٢) المؤمن، الآيه ١٦

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥

تلك الصور و قوامها بالتصور و بمجرد الذهول و قطع النظر عنها تنهدم و تزول.

القسم الثانى: الملكيه المقوليه التى يعبر عنها بالجده

كهيهه الراكب على المركوب و امثالها.

القسم الثالث: الملكيه الاعتباريه التى قيامها باعتبار المعبر

و هذا القسم اضعف انحاء المملكه و التى تكون محلا للكلام فى المقام هو القسم الثالث فالنتيجه ان الحديث الشريف لا يكون دليلا على المدعى.

بالإضافه الى أن النبوى على فرض تماميه سندها و دلالتها انما يتم بالنسبه الى المثلث و أما بالنسبه الى الثمن فلا دلالة فى الروايه كما هو ظاهر.

الوجه الثالث: قوله تعالى **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**

«١» بتقريب ان المستفاد من الآية الشريفه المنع عن المقابله بين المال و الباطل و ما لا ماليه له فلا يجوز أن يجعل بدل المال ما لا ماليه له فيلزم أن يكون الثمن و المثلن كليهما مالا.

و فيه أولا: ان الجار للسببيه لا للمقابله و يكون المراد النهى عن البيع بالاسباب الباطله و التجاره بها فلا ترتبط الآية بما نحن فيه. و ثانيا: انه سلمنا المدعى لكن أيضا لا تدل على المقصود اذ غايه ما يستفاد منها على التقدير المذكور النهى عن المبادله و البيع بين عوضين لا ماليه لهما و الحال ان الكلام فى اشتراط البيع بكون العوضين مالين و المستفاد من الآية النهى عن البيع الخاص

(١) النساء الآية ٢٩.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦

و اشتراطه بالشرط المذكور فى اطار مخصوص و دائره خاصه.

و بعباره واضحه المستفاد من الآية فى الفرض المذكور المنع عن تملك مال الغير بما لا ماليه له و اما تملك ما ليس بمال بما لا ماليه له فلا تشمله الآية الشريفه و الحال ان مقتضى اطلاق نفوذ البيع جوازه فلاحظ.

الوجه الرابع: **أنه لو لم يكن العوضان مالين تكون المعامله سفهيه**

و فيه، أولا: أنه يمكن تصوير جهه عقلايه كما لو فرض ان زيدا أقدم على شراء صورته والده او على شراء خطه او على شراء الشريط الذى سجل فيه صوت والده أو احدا عزته و ثانيا: انا نفرض ان المعامله سفهائيه و لكن اى دليل دل على كون المعامله السفهائيه باطله فان الدليل قائم على بطلان معاملة السفهيه و اما المعامله السفهائيه فلا دليل على بطلانها فالنتيجه انه لا يشترط فى العوضين الشرط المذكور فلاحظ.

«قوله قدس سره: و اعترضه غير واحد ممن تأخر عنه بوجوب رد المثل»

اثبات وجوب

رد المثل فى مفروض الكلام مشكل اذ لا دليل على الضمان فان عمده دليل الضمان السيره الجاربه بين العقلاء الممضاه عند الشارع و لم يحرز مثل هذه السيره من العقلاء و مقتضى الشك فى السيره جريان البراءه من الضمان فلاحظ.

«قوله قدس سره: فلا يخفى وجوب الرجوع الى عمومات صحه البيع و التجاره»

كيف يمكن التمسك بالعموم اذ الشك فى المصداق مع انه حقق فى محله عدم جواز الأخذ بالدليل فيما يشك فى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧

المصداق بل ذكرنا مرارا انه فى موارد الشبهه المفهوميه يمكن احراز عدم كونه مصداقا بالاستصحاب.

و اما حديث تحف العقول فقد مرّ فى أوّل الكتاب انه ضعيف سندا و لا جابر له.

[ثم انهم احترزوا باعتبار الملكيه فى العوضين من بيع ما يشترك فيه الناس]

اشاره

«قوله قدس سره: ثم انهم احترزوا باعتبار الملكيه فى العوضين من بيع ما يشترك فيه الناس»

الخ قد تقدم منا انه لا دليل على اشتراط المالىه فى العوضين و اما اشتراط الملكيه فيهما فتاره يقع الكلام فى المبيع و اخرى فى الثمن فيقع الكلام فى موردين:

أما

المورد الأول: [الكلام فى اشتراط الملكيه فى المبيع]

فيمكن الاستدلال على الاشتراط بقوله عليه السلام فى حديث الصفار انه كتب الى أبى محمد الحسن بن على العسكرى عليهما السلام فى رجل باع قطاع ارضين فيحضره الخروج الى مكه و القرية على مراحل من منزله و لم يكن له من المقام ما يأتى بحدود ارضه و عرف حدود القرية الاربعه فقال للشهود اشهدوا انى قد بعت فلانا- يعنى المشتري- جميع القرية التى حدّ منها كذا و الثانى و الثالث و الرابع و انما له فى هذه القرية قطاع ارضين فهل يصلح للمشتري ذلك و انما له بعض هذه القرية و قد اقر له بكلها؟ فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك «١».

فاذا لم يكن البائع مالكا للمبيع لا يجوز بيعه هذا فيما يكون البائع اصيلا و اما اذا كان وكيلا من البائع او كان وليا فأيضا يلزم

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨

ان يكون الموكل او المولى عليه مالكا للمبيع اذ لو لم يكن مالكا لا يجوز له ان يبيع بنفسه فكيف يمكنه ان يوكل غيره فى البيع كما انه لا يجوز للمولى التصرف الذى لا يكون جائزا للمولى عليه بنفسه فتحصل انه يشترط فى المبيع ان يكون مملوكا للبائع او لموكله او لمن له

الولاية عليه.

و أما

المورد الثاني: [الكلام فى اشتراط الملكيه فى الثمن]

فان قلنا انه اخذ فى مفهوم البيع ان يدخل كل من العوضين فى كيس من خرج عنه العوض الاخر فلا بد من كون الثمن مملوكا للمشتري كى يحصل العنوان المذكور و يتحقق.

و لكن انا قد انكرنا هذا المدعى و قلنا انه لا دليل عليه و قلنا انه يجوز بمقتضى السيره اشتراء شىء لشخص آخر كما لو اشترى احد قرصه خبز من الخباز لغيره و أيضا لا يبعد ان تكون السيره جاريه على ان يأذن احد لغيره ان يبيع المأذون مال الاذن لنفسه فيدخل المبيع فى كيس من اشترى له و يخرج الثمن من كيس المشتري كما انه يخرج المبيع فى القسم الثانى عن الاذن و يدخل الثمن فى كيس المأذون فلا يشترط فى الثمن الشرط المذكور.

و لكن مع ذلك فى صدق البيع على مورد لا يكون الثمن مملوكا للمشتري تأمل بل لعله أمر مستنكر فى نظر العرف فلو شك فى صدق عنوان البيع لا يجوز التمسك بدليل صحته لعدم جواز الاخذ بالدليل فى مورد الشبهه المصداقيه بل يمكن احراز عدم الصدق بالاستصحاب. و اما لو لم يشك فى الصدق بان احرز عنوان موضوع الدليل و انّ عنوان البيع صادق على مورد عدم كون الثمن مملوكا كما لو جعل الثمن من المباحات الاصليه، فلا مانع عن الاخذ بدليل الصحه كقوله تعالى احل الله البيع.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩

«قوله قدس سره: و احترزوا به أيضا عن الارض المفتوحه عنوه»

السخ بعد فرض كون الارض مفتوحه عنوه مملوكه للمسلمين كيف يحترز عنها فانها داخله فى الكبرى الكليه فالحق ان يقال ان الشرط و لو كان حاصلًا لكن قد دل الدليل على عدم جواز

بيع بعض الاملاك كالوقف و الحبس و منذور الصدقه على قول و غيرها من الموارد و منها الارض المفتوحه عنوه و تخصيص العام او تقييد المطلق ليس امرا عزيزا بل امر شائع بعد قيام الدليل فلاحظ.

[أقسام الأرضين و أحكامها]

اشاره

«قوله قدس سره: الارض اما موات و اما عامره»

الخ تعرض قدس سره لاقسام الارضين و احكامها و نحن تبعا له نتعرض لكل قسم و نذكر ما يخلج ببالنا القاصر ان شاء الله تعالى.

[الأول ما يكون مواتا بالأصالة بأن لم تكن مسبوقة بالعماره]

اشاره

«قوله قدس سره: و لا اشكال و لا خلاف منا فى كونها للامام عليه السلام»

الخ هذا هو القسم الأول و هى الارض الميته بالأصالة و يقع البحث فى هذا المقام فى جهات:

الجهه الأولى: فى ان الارض الميته بالأصالة للامام عليه السلام

و ادعى المصنف قدس سره انها للامام عليه السلام بلا خلاف بين الاماميه و نقل الاجماع عليه.

و قد حقق فى محله عدم اعتبار الاجماع المنقول و ادعى سيدنا الاستاد قدس سره تحقق الاجماع المحصل.

لكن يرد عليه انه على فرض حصوله محتمل المدرك. فالعمده النصوص الوارده فى المقام. و تدل على المدعى جمله من الروايات:

منها ما عن حفص بن البختري عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠

الانفال ما لم يوجب عليه بخيل و لا ركاب او قوم صالحوا او قوم اعطوا بايديهم و كل ارض خربه و بطون الاوديه فهو لرسول الله صلى الله عليه و آله و هو للامام من بعده يضعه حيث يشاء «١».

و منها ما عن حماد بن عيسى عن بعض اصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام في حديث قال: و للامام صفو المال.

الى ان قال: و له بعد الخمس الانفال و الانفال كل ارض خربه قد باد اهلها و كل ارض لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب و لكن صالحوا صلحا و اعطوا بايديهم على غير قتال و له رءوس الجبال و بطون الاوديه و الآجام و كل ارض ميتة لا رب لها الحديث «٢».

و منها ما عن احمد بن محمد عن بعض اصحابنا رفع الحديث الى ان قال: قال: و ما كان من فتح لم يقاتل عليه الى ان قال: و الموات كلها هي له - الحديث «٣».

و منها ما عن

اسحاق بن عمار قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الانفال فقال هي القرى التي قد خربت الى ان قال. و كل ارض لا رب لها الحديث «٤»

و منها ما عن أبي اسامه زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الانفال فقال: هو كل ارض خربه و كل ارض لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب «٥». و منها ما عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: لنا الانفال. قلت و ما الانفال قال: منها المعادن و الآجام

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب الانفال الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب الانفال الحديث ٤.

(٣) الوسائل الباب ١ من ابواب الانفال الحديث ١٧.

(٤) نفس المصدر الحديث ٢٠.

(٥) نفس المصدر الحديث ٢٧.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١

و كل ارض لا رب لها و كل ارض باد اهلها فهو لنا «١».

و الانصاف ان الاستفاضه لا تتحقق بهذا المقدار فكيف بالتواتر و في المقام جمله من الروايات قد عدّ فيها من الانفال الارض الخربه و لكن الاشكال في انه هل يصدق عنوان الخربه على الموات بالاصل و الّذى يهون الخطب ان الحكم ظاهرا مسلم عند القوم كما صرح به سيدنا الاستاد على ما في تقرير درسه الشريف.

و الظاهر انه لا يترتب على البحث المذكور اثر عملي فان الدليل قائم على ان احياء الارض الميته يوجب صيروره المحياه مملوكه للمحيى فلا فرق بين كون تلك الارض له عليه السلام او لم تكن.

و يدل على كون الموات بالاصاله مملوكا للامام عليه السلام ما رواه الكابلي عن أبي جعفر عليه السلام قال: وجدنا في كتاب على عليه السلام «ان الارض لله يورثها من

يشاء من عباده و العاقبه للمتقين» انا و اهل بيتى الذين اورثنا الارض و نحن المتقون و الارض كلها لنا فمن احببى ارضا من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها الى الامام من اهل بيتى و له ما اكل منها فان تركها و أخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها و أحيها فهو احق بها من الذى تركها فليؤد خراجها الى الامام من اهل بيتى و له من أكل منها حتى يظهر القائم عليه السلام من اهل بيتى بالسيف فيحويها و يمنعها و يخرجهم منها كما حواها رسول الله صلى الله عليه و آله و منعها الا ما كان فى ايدي شيعتنا فانه يقاطعهم على ما فى ايديهم و يترك الارض فى ايديهم «٢».

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب الانفال الحديث ٢٨.

(٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب احياء الموات الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢

فان صريح الروايه ان كل ارض مملوكه للامام عليه السلام و عليه تكون الارض الميته بالاصاله مملوكه له عليه السلام.

و لقائل ان يقول: ان المستفاد من قوله فى جمله من الروايات و كل ارض خربه يدل على ان الميته بالعارض مملوكه له عليه السلام فالميته بالاصاله مملوكه له عليه السلام بالاولويه.

[الجهه الثانيه هى من الأنفال]

«قوله قدس سره: و هى من الانفال»

الخ لاحظ ما رواه ابن عمار «١» و لاحظ حديث احمد بن محمد «٢».

و حديث داود بن فرقد عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال:

قلت: و ما الانفال؟ قال: بطون الاوديه و رءوس الجبال و الاجسام و المعادن و كل ارض لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب و كل ارض ميته قد جلا اهلها و قطائع الملوک

هذه هي الجهة الثانيه فان المستفاد من جمله من النصوص كونها من الانفال.

[الجهة الثالثه ابيح التصرف فيها بالاحياء بلا عوض]

«قوله قدس سره: نعم ابيح التصرف فيها بالاحياء بلا عوض» الخ

هذه هي الجهة الثالثه و هي صيروره الارض للمحيى بالاحياء فان السيره جاريه عليه بلا نكير و تدل على المدعى طائفه من النصوص.

منها ما عن محمد بن مسلم قال: سألته عن الشراء من أرض اليهود

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٠.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٠.

(٣) الوسائل الباب ١ من ابواب الانفال الحديث ٣٢.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣

و النصارى قال: ليس به بأس الى ان قال: و ايما قوم احيوا شيئا من الارض أو عملوه فهم احق بها و هي لهم «١».

و منها ما عن محمد بن مسلم أيضا قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: ايما قوم احيوا شيئا من الارض و عمروها فهم أحق بها و هي لهم «٢».

و منها ما عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام قالوا: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: من أحيى أرضا مواتا فهي له «٣».

و منها ما عن زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: من احيى مواتا فهو له «٤».

و منها ما عن محمد بن علي بن الحسين قال: قد ظهر رسول الله صلى الله عليه و آله على خير فخارجهم على ان يكون الارض في ايديهم يعملون فيها و يعمرونها و ما بأس لو اشتريت منها شيئا و ايما قوم احيوا شيئا من الارض فعمروا فهم احق به و هو لهم «٥».

النصوص ان الاحياء يوجب صيروره المحيى مالكا للارض.

«قوله قدس سره: و عليه يحمل ما فى النبوين»

الخ لاحظ المرسلين عن النبى صلى الله عليه و آله قال: موتان الارض

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب احياء الموات الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٤.

(٣) نفس المصدر الحديث ٥.

(٤) الوسائل الباب ١ من ابواب احياء الموات الحديث ٦.

(٥) نفس المصدر الحديث ٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤

لله و رسوله فمن احياء منها شيئا فهو له «١».

و عنه صلى الله عليه و آله انه قال: عادى الارض لله و لرسوله ثم هى لكم منى فمن احيى مواتا فهى له «٢».

ان قلت قد فرض ان الارض الميته مملوكة للامام عليه السلام و من ناحيه اخرى لا يجوز التصرف فى مال الغير الا باذنه و كون التصرف موجبا للملكيه لا يستلزم جواز التصرف تكليفا و بعبارة اخرى الكلام فى الجبهه التكليفية لا فى الجبهه الوضعيه.

قلت لا- اشكال فى أن العرف يفهم من قوله عليه السلام من احيى ارضا فهى له الاذن فى التصرف و الظهور العرفى حجه بلا اشكال.

فانقذ بما ذكرنا ان ما افاده فى الجواهر «٣» «من ان الاحياء يحتاج الى الاذن و بلا اذن لا يجوز» مضافا الى قيام الدليل على عدم جواز التصرف فى مال الغير، لا- يرجع الى محصل صحيح اذ ان الحرمة التكليفية لا تنافى الجبهه الوضعيه مضافا الى ان العرف يفهم من دليل كون الاحياء سببا، الاذن فى الاحياء.

و صفوه القول ان مقتضى الاطلاق كون الاحياء سببا لحصول الملكيه الا- ان يقال ان الاجماع قائم على الاشتراط بالاذن كما صرح به صاحب الجواهر و نقل عن المسالك انه لا شبهه فى اشتراط اذن

الامام عليه السلام فى احياء الموات و لكن لا اعتبار بالاجماع المنقول.

(١) مستدرک الوسائل ج ١٧ الباب ١ من ابواب احياء الموات الحديث ٢.

(٢) نفس المصدر الحديث ٥.

(٣) ج ٣٨ ص ١١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥

[الجهه الرابعه فى وجوب أداء خراجها للإمام ع]

«قوله قدس سره: و ربما يكون فى بعض الاخبار وجوب أداء خراجها الى الامام عليه السلام»

الخ.

هذه هى الجهه الرابعه و هى انه هل يجب شىء على المتصرف فى الارض بعنوان الخراج أم لا؟ و النصوص الوارده فى المقام طائفتان. الطائفه الاولى: ما يدل على وجوب الخراج.

و من هذه الطائفه ما رواه الكابلى «١» و المستفاد من هذه الروايه وجوب أداء الخراج لكن سند الحديث مخدوش بالكابلى فان الرجل لم يوثق.

و سيدنا الاستاد بنى على وثاقته و استدل على مدعاه بكون الرجل واقعا فى اسناد كامل الزيارات.

و قد أوردنا عليه بما لا مزيد عليه و رجع فى اواخر حياته عن القول المذكور و عدل عن مسلكه.

و منها ما رواه عمر بن يزيد قال: سمعت رجلا من أهل الجبل يسأل أبا عبد الله عليه السلام، من رجل اخذ ارضا مواتا تركها أهلها فعمرها و كرى انهارها و بنى فيها بيوتا و غرس فيها نخلا و شجرا قال: فقال أبو عبد الله عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول من احيى ارضا من المؤمنين فهى له و عليه طسقتها يؤدّيه الى الامام فى حال الهدنه فاذا ظهر القائم فليوطن نفسه على ان تؤخذ منه «٢».

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١١.

(٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب الانفال الحديث ١٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦

و يستفاد من هذه الروايه وجوب الخراج و وجوب ادائه

على المحيى و الروايه مخدوشه سندا فان عمر بن يزيد مشترك بين بيع السابرى و الصيقل و لم تثبت وثاقه الثانى و انما ذكر ابن داود توثيقه عن النجاشى.

و سيدنا الاستاد قدس سره يقول: ليس تعرض لتوثيق الرجل فى كتاب النجاشى و لعلّ نسخه ابن داود كان فيها التوثيق و لكن الاشكال تمام الاشكال ان ابن داود بنفسه لم يوثق كما يظهر من كلام الحر فى رجاله و الله العالم.

و لم اجد فى هذه العجالة دليلا معتبرا على وجوب الخراج على المحيى و قد ورد فى بعض النصوص وجوب الصدقه على المحيى لاحظ حديث معاويه بن وهب قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول ائما رجل اتى خربه باثره فاستخرجها و كرى انهارها و عمرها فان عليه فيها الصدقه فان كانت ارض لرجل قبله فغاب عنها و تركها فآخربها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض لله و لمن عمرها «١».

و لاحظ حديث سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتى الارض الخربه فيستخرجها و يجرى انهارها و يعمرها و يزرعها ما ذا عليه قال: الصدقه قلت: فان كان يعرف صاحبها قال: فليؤد إليه حقه «٢».

و لكن الظاهر ان المراد من الصدقه الزكاه كما يدل عليه ما رواه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سئل و انا حاضر عن رجل احبب ارضا مواتا فكرى فيها نهرا و بنى بيوتا و غرس نخلا

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب احياء الموات الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧

و شجرا فقال: هى له و له اجر بيوتها و عليه فيها العشر فيما

سقت السماء أو سيل واد أو عين و عليه فيما سقت الدوالي و الغرب نصف العشر «١».

و مقتضى القاعده الاولى عدم الوجوب فان الارض بالاحياء تصير مملوكة للمحيى و مقتضى الاستصحاب عدم اشتغال الذمه بشىء كما ان مقتضى البراءه عدمه وضعا و تكليفا و السيره الجاريه تقتضى جواز الاحياء و صيروره الارض مملوكة بالاحياء للمحيى و عدم وجوب شىء على من أحيها.

و يمكن ان يقال فى تقريب المدعى انه لو كان الخراج واجبا لكان واضحا و شايعا فان مثل هذا الحكم غير قابل لان يبقى تحت الستار و لا يكون معلوما فى الشرع الاقدس.

و لكن لو اغمض عن جميع ما ذكرنا و فرض تماميه الدليل على الوجوب فهل هناك دليل على عدم وجوب الاداء و على التحليل أم لا؟

فقول: يستفاد من جمله من النصوص التحليل.

منها ما عن أبى جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين على بن أبى طالب عليه السلام: هلك الناس فى بطونهم و فروجهم لانهم لم يؤدوا إلينا حقنا الا و ان شيعتنا من ذلك و آباءهم فى حل «٢».

فان مقتضى هذه الروايه انه لا- يجب شىء على الشيعه فيمكن ان يقال ان العرف لا يرى معارضه بين الروايتين لكن الجزم به مشكل فان المستفاد من حديث عمر بن يزيد و وجوب الاداء و مقتضى حديث

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب احياء الموات الحديث ٨.

(٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب الانفال الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨

التحليل عدم الوجوب و الترجيح بالاحديثه مع حديث عمر بن يزيد «١».

فلا بد من الالتزام بالوجوب و لكن حديث عمر بن يزيد ضعيف سندا كما تقدم فلا يعتد به مضافا الى قيام السيره

على عدم الوجوب اضعف الى ذلك انه يمكن الجمع بين الجانبين بحمل ما يدل على الوجوب على غير الشيعه و حمل ما يدل على التحليل على الشيعه فعلى جميع التقادير تكون النتيجة عدم الوجوب بالنسبه الى الشيعه لكن التقاريب تختلف بل الحق عدم الوجوب بالنسبه الى غير الشيعه من العامه و الكفار و الله العالم.

الجهه الخامسه انه هل يختص جواز الاحياء بالشيعه أم يعمّ غير الشيعه؟

المستفاد من جمله من الروايات الاطلاق و عدم الاختصاص منها ما عن محمد بن مسلم «٢».

و منها ما عن محمد بن مسلم أيضا «٣» و منها ما عن عبد الرحمن ابن أبي عبد الله «٤» و التقييد يحتاج الى الدليل.

و استفاد التقييد من حديث أبي سيار مسمع بن عبد الملك فى حديث قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: انى كنت و لى الغوص فاصبت أربعمائى الف درهم و قد جئت بخمسها ثمانين ألف درهم و كرهت ان احبسها عنك و أعرض لها و هى حقك الذى جعل الله تعالى لك فى أموالنا فقال: و ما لنا من الارض و ما اخرج الله منها الا الخمس يا أبا سيار الارض كلها لنا فما اخرج الله منها من شىء فهو لنا قال:

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ص ١٥.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٢.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٣.

(٤) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩

قلت له: انا احمل إليك المال كله فقال لى: يا أبا سيار قد طيناه لك و حللناك منه فضمّ إليك مالك و كل ما كان فى أيدى شيعتنا من الارض فهم فيه محللون و محلل لهم ذلك الى ان يقوم قائمنا فيجيبهم طسق

ما كان فى أيدى سواهم فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فياخذ الارض من أيديهم و يخرجهم منها صغره
«١».

و هذه الروايه ضعيفه سندا فلا يعتد بها.

و ربما يقال انه يستفاد من حديث ابن مسلم «٢» ان غير الشيعه حتى اليهود يجوز لهم التصرف فى الارض و لكن التقريب
المذكور فاسد لان ملكيه الارض لا تنحصر بالاحياء بل لها اسباب مقرره فى الشريعه لكن الاطلاقات الاوليه كافيه للعموم مضافا
الى السيره الجاريه و الارتكاز المتشرعى فلاحظ.

[الثانى ما كانت عامره بالأصالة]

إشارة

«قوله قدس سره: الثانى ما كانت عامره بالأصالة أى لا من معمر»

الخ.

قال سيدنا الاستاد قدس سره على ما فى التقرير ان الصحيح ان يقال أى لا من عامر فان صيغه اسم فاعل لم تستعمل من باب
التفعيل نعم صيغه المعمر من التفعيل لاسم المفعول استعملت فى الشخص الذى عمره كثير فيقال فلان معمر.

و كيف كان هذا هو القسم الثانى من الارضين و يقع البحث فى هذا القسم أيضا من جهات.

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب الانفال الحديث ١٢.

(٢) لاحظ ص ١٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠

الجهه الأولى: فى ان هذه الاراضى هل تكون مملوكه أيضا للامام عليه السلام أم لا؟

نقل عن التذكرة دعوى الاجماع على كونها مملوكه للامام عليه السلام.

و تدل على المدعى جملة من النصوص. منها ما رواه اسحاق بن عمار «١» و منها ما رواه أبو بصير «٢» و منها ما رواه الكابلى «٣».

و يدل عليه حديث ابن عمار «٤».

الجهه الثالثه: فى أنه هل يكون دليل على تقييد الارض المملوكه له عليه السلام بكونها ميته

ربما يقال بان الاطلاق الوارد فى بعض النصوص يقيّد بكون الارض ميته فان جمله من النصوص قد قيدت بهذا القيد و الاطلاق يقيّد بالتقييد.

و من تلك النصوص ما ارسله حماد بن عيسى «٥» و المرسل لا اعتبار به مضافا الى انه لا وجه للتقييد فانه قد حقق فى الاصول ان الوصف و ان كان معتمدا لا مفهوم له.

ان قلت: المعروف بينهم ان المولى اذا كان فى مقام بيان الضابطه و التحديد ينعقد لكلامه المفهوم و المقام كذلك.

قلت هذا لا يرجع الى محصل صحيح مثلا لو قال المولى فى دليل جعل الله الماء طهورا و قال فى دليل آخر جعل الله ماء البحر طهورا و لم يدل دليل من الخارج على وحده المطلوب نحكم بكون الماء

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٠.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٠.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١١.

(٤) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٠.

(٥) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٠.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١

طهورا على الاطلاق و الحال انه لقائل ان يقول ان قوله ماء البحر بمفهومه يقتضى نفى الطهوريه عن غير ماء البحر فانه فى مقام التحديد.

و مرجع هذه الدعوى الى اثبات المفهوم للوصف و الحل ان كل قضيه متكفله لبيان خصوصيه لا بدّ من ذكر القيود المعبره فى تلك الخصوصيه لكن هذا لا ينافى اثبات نسخ ذلك الحكم لموضوع آخر و لذا اشتهر فى الالسن ان اثبات شىء لا ينفى الحكم عمّا عداه و أيضا المعروف بين القوم انه لا تنافى بين الاثباتين.

نعم لو علم من الخارج ان المتكلم فى مقام بيان

قصر الحكم فى موضوع خاص يكون لكلامه نفى الحكم عن غير الموضوع المذكور و لكن هذا بىركة العلم الخارجى و نلتزم بالمفهوم حتى فى اللقب فلا- تغفل فالنتيجه انه لا- وجه للتقييد بل القاعده تقتضى كون الارض المحياه بالاصاله للامام عليه السلام.

الجهه الرابعه انه هل تملك الارض المحياه بالاصاله بالحيازه أم لا؟

اشاره

و يقع البحث فى هذه الجهه فى موضعين.

الموضع الاول: فى مقتضى القاعده الاولى

الموضع الثانى فى مقتضى الادله الثانويه.

أما الموضع الاول فنقول مقتضى القاعده الاولى عدم صيرورتها مملوكه للحائز اذ المفروض كونها مملوكه للامام عليه السلام و لا وجه لصيروره مال الغير ملكا لآخر بل مقتضى الاستصحاب عدم الانتقال هذا بالنسبه الى الموضع الاول.

و أما

الموضع الثانى [فى مقتضى الأدله الثانويه]

اشاره

فما يمكن ان يستدل به على المدعى أى صيرورتها مملوكه بالحيازه وجهان.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢

الوجه الأول: النصوص الخاصه

منها ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله قال: من سبق الى ما لا يسبقه إليه المسلم فهو احق به «١».

و هذه الروايه مخدوشه سندا و غير قابله للاستناد إليها مضافا الى النقاش فى دلالتها فان الظاهر من الحديث ان الحكم المذكور حكم ما لا يكون ملكا لاحد و المفروض انه مملوك للغير اى الامام عليه السلام.

و منها ما رواه يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام فى امرأه تموت قبل الرجل او رجل قبل المرأه قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأه و ما كان من متاع الرجال و النساء فهو بينهما و من استولى على شىء منه فهو له «٢».

و الحديث ضعيف سندا و قاصر دلالة فانه وارد فى مورد خاص و اطار مخصوص.

و منها ما عن على عليه السلام انه سئل عن رجل ابصر طيرا فتبعه حتى وقع على شجره فجاء رجل آخر فأخذه قال: للعين ما رأت و لليد ما أخذت «٣».

و الحديث ضعيف سندا و قاصر دلالة فان الظاهر من الحديث ان اخذ المباحات يوجب الملكيه، و المفروض فى المقام ان الارض للامام عليه السلام فلا مقتضى لتملكها، فالوجه الاول غير تام.

الوجه الثانى السيره الجاربه بلا نكير

فان السيره جاربه على

(١) مستدرک الوسائل ج ١٧ الباب ١ من ابواب احياء الموات الحديث ٤.

(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب ميراث الازواج الحديث ٣.

(٣) الوسائل الباب ١٥ من ابواب القظه الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣

تملك الاراضى المحياه بالاصاله بلا نكير فلاحظ.

الجهه الخامسه فى ان جواز التملك بالحيازه هل يختص بالشيعة أم بعم غير الشيعة من العامه و الكفار؟

الظاهر انه لا فرق فى جريان السيره بالنسبه الى الشيعة و غيرهم. و ان شئت قلت: انه لا اشكال بحسب السيره الجاربه الخارجيه ان الحيازه من الامور المملكه للحائز و لا فرق فى هذه الجهه بين الناس فلاحظ.

[الثالث ما عرض له الحياه بعد الموت]

«قوله قدس سره: الثالث ما عرض له الحياه بعد الموت»

الخ هذا هو القسم الثالث من الارضين و لا فرق بين هذا القسم و القسم الاول الا بانه فرض فى القسم الأول كون الارض مواتا

بالاصاله و فرض فى هذا القسم اى القسم الثالث العماره بعد الموت فلا- فرق بين القسمين الا بملاحظه الموت قبل الاحياء و ملاحظه الاحياء بعد الموت و قد مر الكلام فى القسم الأول و يظهر مما ذكرناه هناك حكم هذا القسم كما هو ظاهر فلا وجه للاعاده.

«قوله قدس سره: و هو ملك للمحيى»

الخ كما تقدم و قلنا ان المستفاد من النصوص صيروره الميته مملوكه للمحيى بالاحياء.

«قوله قدس سره: بالشروط المذكوره فى باب الاحياء»

الخ و الكلام من هذه الجبهه موكول الى محله.

«قوله قدس سره: يملك التصرف لا نفس الرقبه»

الخ بل يملك نفس الرقبه بصريح النصوص كما تعرضنا لجمله من النصوص الناصه او الظاهره فى المدعى فراجع ما ذكرناه حول القسم الأول.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤

[الرابع ما عرض له الموت بعد العماره]

اشاره

«قوله قدس سره: الرابع ما عرض له الموت بعد العماره»

الخ هذا هو القسم الرابع من اقسام الارضين.

«قوله قدس سره: فان كانت العماره اصليه فهى مال الامام عليه السلام»

الخ لاحظ ما رواه اسحاق بن عمار «١» فان المستفاد من الحديث ان كل ارض لا رب لها له عليه السلام فالارض العامره بالاصاله و الميته كذلك و الميته بالعرض كلها له عليه السلام لصدق عنوان الموضوع الذى حكم عليه بكونه للامام عليه السلام.

«قوله قدس سره: منشأ اختلاف الاخبار»

الخ الكلام تاره يقع فى مقتضى الاصل العملى و اخرى فى مقتضى الدليل الاجتهادى اما مقتضى الاصل العملى فربما يقال ان مقتضى الاستصحاب بقاء الارض فى ملك المحيى

بعد الخراب و لكن قد ذكرنا مرارا ان الاستصحاب الجارى فى الحكم الكلى معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد فالعمده ملاحظه النصوص الوارده فى المقام.

و النصوص الوارده فى المقام على طوائف. الطائفة الاولى: ما يدل على ان الارض تصير مملوكه بالاحياء للمحيى و من تلك الطائفة ما رواه محمد بن مسلم «٢» و منها ما رواه محمد بن مسلم أيضا «٣» و منها

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٠.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٢.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥

ما رواه عبد الرحمن بن أبى عبد الله «١» و منها ما رواه زراره «٢».

و مقتضى هذه الطائفة بقاء الارض فى ملك المحيى الى ان يتحقق ما يخرجها عن ملكه و بعبارة اخرى المستفاد من دليل الاحياء بقاء الارض فى ملك المحيى حتى بعد عروض الخراب عليها.

ان قلت: مقتضى اطلاق قوله عليه السلام من احيى ارضا فهي له ان الاحياء مملك على الاطلاق حتى فى محل الكلام.

قلت: يرد على التقريب المذكور أولا النقض بالحيازه فهل يتوهم أحد أن زيادا لو حاز عينا و صار مالكا لها فهل يجوز لغيره ان يحوزها و تصير مملوكه له و ثانيا انه يرد عليه بالحل و هو ان الظاهر بحسب الفهم العرفى ان الشارع فى مقام بيان الاسباب المملكه بالنسبه الى ما لا يكون مملوكا للغير فلا يجوز تملك املاك الناس بالحيازه او الاحياء.

اضف الى ذلك انه لو التزم بالإطلاق يلزم التعارض فى مدلول نفس الدليل الواحد بالنسبه الى موردين منه و بالتعارض يسقط عن الاعتبار.

توضيح المدعى ان مقتضى دليل الاحياء بقاء الملك حتى بعد عروض الخراب و أيضا

مقتضاه على الفرض صيروره المحياه مملوكه للمحيى الثانى و لا يمكن الجمع بين الضدين فيسقط الدليل بالمعارضه فتصل
النوبه الى الاصل العملى و هو عدم جعل الشارع الاحياء الثانى مملكا و يترتب على الاصل المذكور بقاء الارض فى

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٣.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦

ملك المحيى الاول اذ نعلم بعدم خروجها عن ملكه الا فى صورته كون الاحياء الثانى مملكا.

لكن لقائل أن يقول: من الممكن خروجها عن ملك الاول بالخراب فلاحظ. ان قلت: على هذا الاساس فلا يجوز الاحياء و لا
يوجب الملكيه اذ المفروض ان الموات مملوكه للامام عليه السلام فلا يجوز تملكها بالاحياء.

قلت لا مجال لهذا الاشكال اذ لو لم يجز يكون جعل الاحياء مملكا لغوا اذ فرض ان كل ارض ميته مملوكه له عليه السلام.

و بعبارة واضحه لا- اشكال فى كون الموات مملوكه له عليه السلام كما انه لا- اشكال فى ان الاحياء مملك فلا يكون كونها
مملوكه له مانعا عن التملك فلاحظ.

الطائفة الثانية: ما يدل على ان الارض الخربه ترد الى صاحبها ان كان لها صاحب و لا اثر لحيائها لاحظ حديث سليمان بن خالد
«١».

فان الاستفادة من الحديث المذكور ان الارض الخربه المملوكه للغير اذا زرع فيها آخر تجب عليه الزكاه و أيضا يجب عليها اجره
الزراعه الواقعه فى ارض الغير ان قلنا بأن قوله عليه السلام يؤدى إليه حقه يكون المراد منه دفع اجره الارض و ان قلنا بان المراد
دفع رقبه الارض فلا تعرض فى الروايه لدفع الاجره و اما نفس الزرع فللزراع كما هو مقتضى القاعده فان الزرع للزراع و ان كان

غاصبا و على كلا التقديرين تدل الروايه على بقاء الارض فى ملك مالکها الاول.

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧

و مقتضى اطلاق الروايه عدم الفرق بين كون ملكيه الاول بالاحياء او بغيره.

الطائفه الثالثه: ما يدل على ان الخراب ان كان مستندا الى مالکها يكون الاحياء موجبا للملكيه للمحبي الثانى و الا فلا لاحظ ما رواه معاويه بن وهب «١».

فان المستفاد من الحديث التفصيل بين الصورتين.

الطائفه الرابعه ما يدل على ان الاحياء موجب لكونه مملوكا على نحو الاطلاق و يدل بالخصوص بالنسبه الى الارض التى خربت بترك اهلها جمله من النصوص لاحظ ما رواه الكابلى «٢».

و هذه الروايه مخدوشه سندا و لاحظ حديث عمر بن يزيد «٣» فنقول مقتضى الجمع بين الطوائف الاربع ان يفصل بان يقال ان كان الخراب مستندا الى المالك الاول يكون الاحياء الثانى موجبا لصيروره الارض مملوكه للمحبي الثانى و ان لم يكن خرابها مستندا إليه بل كان مستندا الى آفه سماويه مثلا تبقى الارض فى ملك مالکها الاول و لا فرق فى ذلك بين كون سبب الملكيه الاولى هو الاحياء او غيره اذ حديث الكابلى مورده ما يكون سبب الملكيه الاحياء او غيره اذ حديث الكابلى مورده ما يكون سبب الملكيه الاحياء و لا مفهوم له فعلى تقدير الاخذ به و اعتباره لا تختلف النتيجة.

و بعبارة اخرى لا تنافى بين حديث الكابلى و حديث ابن وهب و بعبارة واضحه ان مقتضى الطائفه الاولى بقاء الارض فى ملك

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١١.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٥.

عمده المطالب فى التعليق على

المحيى حتى بعد الخراب بلا فرق بين كون الخراب مستندا إليه او لم يكن بفعله و مقتضى الطائفة الثانية بقاء الارض الخربه فى ملك مالكةها الاول بلا فرق بين كون الخراب مستندا إليه و بين ما لم يكن مستندا إليه و مقتضى الطائفة الثالثة التفصيل بين كون الخراب مستندا إليه و بين ما لم يكن كذلك فبالطائفة الثالثة نقيده الطائفة الاولى و الثانية هذا على ما فهمنا من حديث ابن وهب.

و يظهر من صاحب الجواهر «١» انه يمكن ان يستفاد من حديث ابن وهب كون الارض لملكها الاول بتقريب ان المراد من العامر فى قوله عليه السلام و لمن عمرها العامر الاول لا الثانى فلا وجه للتفصيل بل الامر كذلك حتى على القول بالاجمال فى حديث ابن وهب اذ مع اجماله يكون المرجع الطائفة الاولى و الثانية من الاخبار و المفروض ان المستفاد منهما بقاء الارض فى ملك مالكةها الاول حتى بعد الخراب و مقتضى الاستصحاب بقائها فى ملك المالك الاول.

و يرد عليه ان المستفاد من حديث ابن وهب ان الارض للعامر الثانى و اما الاستصحاب فلا يجرى فى الشبهات الحكميه لسقوطه بالتعارض.

«قوله قدس سره: فملكهم لا يزول الا بناقل»

الخ فانه لا وجه لزوالها مع فرض دخول الارض فى ملك المحيى بالاحياء.

«قوله قدس سره: او بطرو الخراب على احد القولين»

الخ الظاهر انه لا وجه لزوال الملكيه بالخراب فانه قد تقدم منا

(١) جواهر ج ٣٨ ص ٢٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٩

التفصيل بين كون الخراب مستندا الى المحيى و غيره و قلنا ان لم يكن الخراب مستندا إليه تبقى الارض فى ملكه و لا حق لغيره ان يتصرف فيها بالاحياء

و اما اذا كان مستندا إليه فيجوز لغيره احيائها و يصير الاحياء الثانى سببا لدخولها فى ملك المحيى الثانى.

«قوله قدس سره: و قلنا بعدم اعتبار الاسلام»

الخ مع عدم اعتبار الاسلام لا- يكون فرق بين الكافر و المسلم فالامر كما افاده و اما مع اعتباره فلا تدخل فى ملكه و تبقى مملوكه للامام عليه السلام اذ المفروض عدم تحقق ما يوجب خروجه عن ملكه عليه السلام.

«قوله قدس سره: فملكها يزول بما يزول به ملك المسلم»

الخ ما افاده ظاهر واضح اذ تكون كبقية امواله فيجوز اخذها بعنوان الغنيمه كما انه تزول ملكيته عنها بما يزول به ملك المسلم.

«قوله قدس سره: فيبقى على ملكه كسائر املاكه»

الخ على ما هو المقرر.

«قوله قدس سره: فهى أيضا كسائر املاكه تحت يده»

الخ اذ لا وجه للفرق.

«قوله قدس سره: فيصير ملكا للامام عليه السلام»

الخ اما مع عدم الوارث فالامر ظاهر فانه عليه السلام وارث من لا وارث له و اما فى فرض الانجلاء بحيث يتحقق الاعراض فان قلنا ان الاعراض يوجب خروج الملك عن ملك المعرض تخرج الارض باعراض الكافر عن ملكه و من ناحيه اخرى كل ارض مملوكه للامام عليه السلام.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٠

«قوله قدس سره: للمسلمين كافه»

الخ فى المقام فروع.

الفرع الأول ان الارض المفتوحه عنوه مملوكه لكافه المسلمين

و هذا هو المشهور فيما بين القوم بل الظاهر ان الحكم المذكور من المسلمات و تدل على المدعى جملة من النصوص.

«قوله قدس سره: ففى روايه أبى برده بن رجاء»

الخ عن أبى برده بن رجاء قال قلت لابي عبد الله عليه السلام: كيف ترى فى شراء ارض الخراج؟ قال: و من يبيع ذلك هى

ارض المسلمين قال: قلت: يبيعهما الذى هى فى يده قال: و يصنع بخراج

المسلمين ما ذا؟ ثم قال: لا بأس اشترى حقه منها و يحول حق المسلمين عليه و لعله يكون اقوى عليها و أملاً بخراجهم منه «١» و الروايه ضعيفه بأبى برده.

«قوله قدس سره: و فى مرسله حماد الطويله»

الخ لاحظ ما رواه حماد بن عيسى عن بعض اصحابه عن أبى الحسن عليه السلام فى حديث قال: يؤخذ الخمس من الغنائم الى أن قال:

و ليس لمن قاتل شىء من الارضين و لا ما غلبوا عليه الا ما احتوى عليه العسكر الى أن قال: و الارضون التى أخذت عنوه بخيل او ركاب فهى موقوفه متروكه فى يدى من يعمرها و يحييها الحديث «٢». و المرسل لا اعتبار به.

«قوله قدس سره: و فى صحيحه الحلبى»

الخ عن محمد الحلبى قال: سئل ابو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن يدخل فى

(١) الوسائل الباب ٧١ من ابواب جهاد العدو الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ٤١ من ابواب جهاد العدو الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣١

الاسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد الحديث «١». و الحديث تام سنداً.

(قوله قدس سره: و روايه ابن شريح)

الخ.

عن محمد بن شريح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الارض من أرض الخراج فكرهه و قال: انما ارض الخراج للمسلمين فقالوا له: فانه يشتريها الرجل و عليه خراجها فقال: لا بأس الا ان يستحيى من عيب ذلك «٢» و الحديث ساقط سنداً.

«قوله قدس سره: و روايه اسماعيل بن الفضل الهاشمى»

الخ.

عن اسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ارضا من ارض أهل الذمه من الخراج و
أهلها

كارهون و انما يقبلها من السلطان لعجز أهلها عنها أو غير عجز فقال: اذا عجز أربابها عنها فلك ان تأخذها الا ان يضاروا و ان اعطيتهم شيئا فسخت أنفس أهلها لكم فخذوها، قال: و سألته عن رجل اشترى أرضا من ارض الخراج فبنى بها او لم يبن غير ان أناسا من أهل الذمه نزلوها له ان يأخذ منهم اجره البيوت اذا أدوا جزية رءوسهم قال:

يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال «٣» و السند ضعيف.

«قوله قدس سره: و فى خبر أبى الربيع الشامى»

الخ.

عن أبى الربيع الشامى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: لا- تشتتر من أرض السواد شيئا الا- من كانت له ذمه فانما هو فى ء للمسلمين «٤»

(١) الوسائل الباب ٢١ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ٤.

(٢) نفس المصدر الحديث ٩.

(٣) نفس المصدر الحديث ١٠.

(٤) نفس المصدر الحديث ٥.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٢

و السند غير معتبر و فى المعتبر من النصوص الداله على المدعى كفايه.

«قوله قدس سره: و ظاهره كما ترى عدم جواز بيعها»

الخ.

الفرع الثانى: انه هل يجوز بيعها و لو تبعا للآثر

و يبحث فى هذه الجهة تاره من حيث الاصل الاولى و القاعده الاولى و اخرى من حيث ما يستفاد من النص الخاص اما من حيث القاعده الاولى فالظاهر انه يجوز بيعها اذ المفروض انها مملوكة للمسلمين فيجوز لولى امور المسلمين أى للامام عليه السلام و من يكون نائبا عنه ان يتصدى لبيعها.

و أما من حيث النص الخاص فلا يجوز لاحظ ما رواه الحلبي المتقدم ذكره آنفا فانه قد صرح في تلك الروايه لقوله عليه السلام لا يصلح في جواب السؤال عن جواز البيع.

«قوله قدس سره: باذن الامام عليه السلام»

الخ.

الفرع الثالث انه هل يجوز التصرف فيها بالزرع ونحوه

الظاهر انه لا بدّ من التفصيل بان يقال لا يجوز التصرف فيها الا باذن الامام عليه السلام من باب كونه ولى الامر و يكون اختيار اموال المسلمين بيده حيث انه ولى لهم و أيضا يجوز التصرف باذن السلطان الجائر فانه علم من الشريعة المقدسه ان تصرفات الجائر مورد الامضاء الشرعى و لو لم يكن جائزا و لم يكن تصرفه نافذا لذاع و شاع.

و أما اذن الفقيه الجامع للشرائط فهل هو كاف في زمان الغيبه أم لا؟ فان قلنا: بولايته و كونه نائبا عاما للامام عليه السلام في زمان الغيبه يكون تصرفه كتصرف الامام عليه السلام.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٣

و أما لو لم نقل بذلك - كما لا نقول به - فلا اثر لاذنه و مقتضى القاعده الاولى عدم ترتب أثر على اذنه فانه تصرف في مال الغير و مقتضى الاصل الاولى عدم نفوذ التصرف فيه فلاحظ. و لكن هل يمكن الالتزام به فانه مع عدم جواز تصرفاته ربما يلزم تعطيل الارض عن الانتفاع بها.

و بعباره اخرى يمكن ان يقال ان التصرف فيها ربما يدخل

فى الامور الحسىبه التى بنوا على جواز تصدى المجتهد الجامع للشرايط لها.

«قوله قدس سره: او باجازه و لو لعموم الشيعه»

الخ.

الفرع الرابع: هل الشيعه مأذونون من قبله عليه السلام فى زمان الغيبه

الظاهر انه لا- دليل عليه فان أخبار التحليل ناظره الى ما يكون متعلقا بهم عليهم السلام من الاخماس و امثالها مما يكون مملوكا لهم و اما الاراضى المفتوحه عنوه التى تكون مملوكه لكافه المسلمين فلا تشملها تلك النصوص الداله على التحليل فلاحظ.

«قوله قدس سره: و هو على حكم الاصل»

الخ.

الفرع الخامس: انه لو بنى بناء فى الارض المفتوحه عنوه باذن من له الاذن أو بغير اذنه فهل يكون البناء تابعا للاصل

فى كونه مملوكا للمسلمين أم يبقى فى ملك مالكة؟ عن شيخ الطائفة فى المبسوط هو الاول و لكن الظاهر عدم تماميه الدعوى المذكوره اما مع الاذن فظاهر اذ لا- وجه لخروج البناء عن ملك البانى و اما على الثانى فغايبه حرمة التصرف فى الارض و اما خروج البناء عن ملكه فلا- وجه له أيضا فالحق انه يبقى البناء الحادث فى الارض على ملك مالكة الاول نعم لو كان البناء الحادث من اجزاء الارض يكون البناء

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٤

تابعا للاصل الارض فى كونه مملوكا للمسلمين اذ لا وجه لخروجه عن ملكهم فلا بد من التفصيل.

«قوله قدس سره: فى بعض اخبار حل الخراج»

الخ.

لاحظ ما رواه الحضرمى قال دخلت على أبى عبد الله عليه السلام و عنده اسماعيل ابنه فقال: ما يمنع ابن أبى السمال ان يخرج شباب الشيعه فيكفونه ما يكفيه الناس و يعطيهم ما يعطى الناس ثم قال لى: لم تركت عطاءك قال: مخافه على دينى قال: ما منع ابن أبى السمال ان يبعث إليك بعطائك أ ما علم ان لك فى بيت المال نصيبا «١» و الحديث ضعيف سنداً.

«قوله قدس سره: او فقها بالقواعد الاحتمال الثالث»

الخ.

بتقريب ان الحاكم الشرعى فى زمن الغيبه ولى امور المسلمين فلا بد من اجازته لكن قد ذكرنا بان المستفاد من الائمة عليهم السلام امضاء تصرفات السلاطين

و حكام الجور و انما تصل النوبه الى الحاكم الشرعى من باب كونه وليا فى الامور الحسينيه.

فلقائل ان يقول بان تصرف الحاكم الشرعى انما يكون معتبرا فيما يلزم تعطيل الارض و أما مع وجود سلطان الجور و امكان الاستيذان منه فلا تصل النوبه الى الحاكم.

فالحق أن يقال: ان الاستيذان عن السلطان يكفى لما علم من الاثمه عليهم السلام و مع عدم الامكان تصل النوبه الى الاستيذان من الحاكم الشرعى و مع عدم امكانه تصل النوبه الى العدول و مع عدم امكانه تصل النوبه الى الاستيذان من الفساق كبقية الامور الحسينيه

(١) الوسائل الباب ٥١ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٥

و أما الوجه الرابع فلا دليل عليه و الحديث المشار إليه ضعيف سنداً كما مرّ و اما الاخذ بدليل الاحياء فقد تقدم منا أنه ناظر الى غير مملوك الناس و المفروض ان المفتوحه عنوه ملك للمسلمين.

و أما حديث سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتى الارض الخربه فيستخرجها و يجرى انهارها و يعمرها و يزرعها ما ذا عليه قال: عليه الصدقه «١».

فلا يبعد ان يقال انه فى مقام بيان ما على المتصرف و انه عليه الزكاه و ليس فى مقام بيان التصرف فى املاك الناس الا ان يقال يفهم من جوابه عليه السلام جواز أصل التصرف.

الفرع السادس: هل يجب الخراج على المتصرف فى أرض الخراج؟

الحق أنه يقال يجب اذ المفروض ان الارض مملوكه للمسلمين و لا وجه للتصرف المجانى فيه، و عليه اما ان يتصرف فيها باذن من الحاكم الشرعى أو بموافقه السلطان و اما يتصرف فيها بلا اذن من أحد.

أما على الاول فاما تجعل الاجاره بالموافقه بين الطرفين، و

إما يحصل الاذن فى مقابل أجره المثل و إما يحصل الاذن بلا عوض. اما على تقدير جعل مقدار معين أو الاحاله الى أجره المثل فظاهر.

و أما على تقدير الاذن من السلطان مجاناً، فالظاهر جواز التصرف كذلك لامضائهم عليهم السلام التصرفات العدوانيه التى تصدر من السلاطين و حكام الجور.

و أما على تقدير التصرف بلا اذن و بلا مجوز فيكون التصرف حراماً تكليفاً و موجبا للضمان وضعاً على ما هو المقرر من كون

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب احياء الموات الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٦

التصرف العدوانى فى مال الناس موجبا للضمان فلاحظ.

الفرع السابع: فى انه ما حكم ما ينفصل عن الارض المفتوحه عنوه.

اشاره

و الحق ان يفصل بان يقال اذا كان حادثاً بفعل المتقبل فهو له كالشجر الذى غرسه فى الارض أو الزرع الذى زرعه فيها.

و أما اذا لم يكن بفعل المستأجر فهو على أقسام:

القسم الأول: أن يكون من اجزاء و متعلقات الارض المملوكه للمسلمين

و لا اشكال فى كون مثله لهم.

القسم الثانى: الاعيان التى تعدّ منافع للارض كالاشجار و أمثالها

و لا اشكال أيضاً فى صيرورتها مملوكه للمسلمين.

القسم الثالث: ما يكون منفصلاً عن الارض و يكون معدوداً من المنقولات

و هذا القسم يكون للمقاتلين.

القسم الرابع ما يكون مدفونا فى الارض

و هذا القسم لا يكون ملحقا بالارض لعدم الدليل عليه، و يحتمل كونه للمقاتلين لكونه من المنقولات ان لم يكن الدليل منصرفا عنه.

الفرع الثامن: انه هل يجوز بنايه سقايه أو مسجد او وقف و امثالها فى الارض المفتوحه عنوه أم لا؟

أما اذا كان باذن الامام عليه السلام فالامر ظاهر فان نفس اذنه دليل على الجواز كما انه لا يبعد الجواز اذا كان باذن السلطان الجائر فان تصرفاته ممضاه عند الشارع الاقدس.

و أما اذا كان بدون الاستيذان فالتصرف باطل و فى غير محله اذا لا يجوز التصرف فى مال الغير بدون اذن من بيده الامر و هل يجوز باذن الحاكم الشرعى فيما يكون بيده أمر الارض؟

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٧

الذى يختلج ببالى القاصر هو الجواز فان المذكورات لا تنافى منافع المسلمين بل على طبق مصالحهم كما انه لا نرى تنافيا بين كون الارض مملوكة للمسلمين و الدار الحادثه فيها موقوفه و قس على الدار بقيه الامور.

الفرع التاسع: انه هل يجوز تملك اجزاء الارض التابعه لها من التراب و الجص و الآجر و نحوها؟

مقتضى القاعده الاولى عدم الجواز، اذ المفروض انها كالاصل مملوكة للمسلمين.

و ما افاده الماتن من احتمال كونها من المباحات الاصلية فيجوز تملكها بالحيازه مدفوع بفساد الاحتمال المذكور فان السبق أو الحيازه انما يؤثر بالنسبه الى ما لا ملك له لا بالنسبه الى مملوك الغير و قد فرض كونها مملوكة للمسلمين كما ان الاخذ من الحاكم لا وجه له فان الحاكم ليس له تمليك اموال المسلمين.

نعم لا يبعد القول بالجواز اذا أخذها من السلطان الجائر فان تصرفاته ممضاه عند الشارع الاقدس.

و أما الاستدلال على الجواز باستمرار السيريه على بيع الامور المعموله من ترابه ارض العراق من الآجر و الكوز و الاوانى و ما يعمل من التربه الحسينيه.

ففيه أولا- ان كون أرض العراق كلها مفتوحه عنوه أول الكلام و الاشكال و مع الشك فى صدق الموضوع يحكم بعدمه

بالاستصحاب.

و ثانياً: ان استمرار السيره من المشرعه المباليين بالدين الى زمان المعصوم عليه السلام و كونها بمنظر و مسمع منه

عليه السلام أول الكلام و الاشكال.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٨

[مسأله من شروط العوضين كونه طلقا]

اشاره

«قوله قدس سره: و اعلم انه ذكر الفاضلان و جمع ممن تأخر عنهما فى شروط العوضين بعد الملكيه كونه طلقا»

الخ.

لا يخفى ان التعبير بالسبب و الشرط و المانع فى الاحكام الشرعيه تكليفيه كانت أم وضعيه مسامحه اذ لا تأثير و لا تأثر و لا عليه و لا- معلوليه هناك بل الصحيح فى الاحكام الشرعيه أن يعبر بالمتعلقات و بالموضوعات فان الوجوب مثلا يتعلق بالمركب الفلانى و بالفعل الكذائى و الملكيه تتعلق بالعقد الفلانى و الزوجيه تترتب على الموضوع الكذائى و هكذا.

هذا من ناحيه، و من ناحيه اخرى الاهمال فى الواقع أمر غير معقول فاذا رتب الشارع الملكيه على البيع مثلا فلا بد اما ان يكون متعلق باعتباره مطلقا و بلا قيد و اما يكون مقيدا بقيد و على هذا الاساس لا مانع عن القول بانه يشترط فى العوضين ان يكونا طلقا أى مطلق العنان أى يشترط فيه ان لا- يكون مانع عن البيع و يتفرع عليه عدم الجواز فى الموارد المشار إليها و على كل تقدير الامر سهل.

«قوله قدس سره: النذر المتعلق بالعين»

الخ.

الحق ان النذر لا يكون مانعا عن صحه البيع فان الامر بالشىء لا يقتضى النهى عن الضد و على فرض القول به أيضا لا يكون مانعا اذ النهى التكليفى لا يستلزم الفساد الوضعى بل عن أبى حنيفه ان النهى يدل على الصحه و ان كان ما قاله فاسد بلا طائل.

«قوله قدس سره: و الخيار المتعلق به».

الخيار متعلق بالعقد و لا يرتبط بالعين و الحق ان الخيار لا يكون

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٩

مانعا عن صحه البيع

و التفصيل موكول الى مجال آخر.

«قوله قدس سره: و الارتداد»

بتقريب انه فى معرض القتل فلا مالیه له و فيه أولا انه لا يشترط فى المبيع المالىه و ثانيا انه لا اشكال فى عدم سقوطه عن المالىه بالارتداد اذ هو باق على ملك مالکة و يمكن عتقه.

«قوله قدس سره: و الحلف على عدم بيعه»

ان تم شرائط الحلف يكون بيعه حراما بعد الحلف و لكن قد مرّ آنفا عدم التلازم بين الجهه الوضعيه و التكليفيه.

«قوله قدس سره: و تعيين الهدى للذبح»

تعيين الهدى للذبح لا يخرج الذبيحه عن ملك مالکة و لا وجه لفساد بيعه الا ان يقوم دليل معتبر عليه.

«قوله قدس سره: و اشتراط عتق العبد فى عقد لازم»

اشتراط العتق لا يقتضى فساد البيع و قد تقدم ان الامر بالشىء لا يقتضى النهى عن الضد مضافا الى انه لا تلازم بين الحكمين.

«قوله قدس سره: و الكتابه المشروطه»

الكلام فيها هو الكلام فلا وجه للاعاده.

«قوله قدس سره: على جواز ذلك»

و بناء على عدم جواز بيعه من قبل الوارث وضعا.

«قوله قدس سره: فانه مانع من لزوم»

فعليه يكون البيع جائزا غايه الامر لا يكون لازما فلاحظ.

[مسأله لا يجوز بيع الوقف إجماعا محققا فى الجملة و محكيا]

اشاره

«قوله قدس سره: لا يجوز بيع الوقف»

الخ.

يقع البحث فى مقامين:

[المقام الأول: فى بيان حقيقه الوقف

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٠

و بيان مفهومه. المقام الثانى: فى الوجوه التى يمكن الاستدلال بها على عدم جواز بيعه.

أما المقام الأول: فالمستفاد من موارد الاستعمال و كلمات اهل اللغة ان الوقف عباره عن جعل الشىء ساكنا كما يقال وقفت سفينه المساكين. قال فى مجمع البحرين: تكرر ذكر الوقف فى الحديث و هو تحييس الاصل و اطلاق المنفعه و عن النبى صلى الله عليه و آله انه قال: حبس الاصل و سبّل الثمره «١».

فيمكن ان يقال ان الوقف الخارجى جعل الشىء ساكنا و الوقف الاعتبارى عباره عن جعل الشىء ساكنا و غير متحرك فى ظرف الاعتبار.

و عليه نقول: الوقف بماله من المعنى ينافى البيع و مع ذلك لا ينافى جواز بيعه فى بعض الموارد اذ التخصيص امر جائز فجواز البيع فى موارد الجواز من باب التخصيص لا من باب التخصيص فلاحظ.

و أما

المقام الثانى و هو عدم جواز بيع الوقف فىمكن الاستدلال عليه بوجوه.

الوجه الأول: ان الوقف بما له من المفهوم اشرب فيه التوقف و السكون و عدم الانتقال فى وعاء الاعتبار.

الوجه الثانى: الاجماع

و الظاهر ان الامر فوق الاجماع اى عدم جواز بيع الوقف من الواضحات عند عامه المتشرعه فضلا عن الفقهاء.

الوجه الثالث: قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها

(١) المستدرک الباب ٢ من ابواب الوقوف الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤١

اهلها» فعن محمد بن الحسن الصفار أنه كتب الى أبي محمد الحسن ابن علي عليهما السلام في الوقف و ما روى فيه عن آباءه عليهم السلام. فوقع عليه السلام الوقوف تكون على حسب ما يوقفها اهلها ان شاء الله «١».

و عن محمد بن يحيى قال: كتب بعض اصحابنا الى أبي محمد عليه السلام في الوقوف و ما روى فيها فوقع الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها ان شاء الله «٢».

فان الاستفادة من النص ان الشارع الاقدس امضى الوقف على طبق ما جعله الواقف و من الظاهر ان الواقف يوقف الموقوفه عن الحركة الاعتباريه و يسكنه فلا مجال لحركته اى انتقاله من ملك الى ملك آخر.

الوجه الرابع: جملة من النصوص.

منها ما رواه ربعي بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال تصدق امير المؤمنين عليه السلام بدار له في المدينة في بنى زريق فكتب:

بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به على بن أبي طالب و هو حى سوى تصدق بداره التي في بنى زريق صدقه لاتباع و لا توهب حتى يرثها الله الذى يرث السموات و الارض و اسكن هذه الصدقه خالاته ما عشن و عاش عقبهن فاذا انقرضوا فهى لذى الحاجه من المسلمين «٣».

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب الوقوف و الصدقات الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

(٣) الوسائل الباب ٦ من ابواب الوقوف و الصدقات الحديث ٤.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٢

فان الاستفادة من الحديث ان قوام الوقف بسكونه و عدم انتقاله بالبيع و نحوه من النواقل.

و تقريب الاستدلال على المدعى بالروايه ان قوله لاتباع

و لا توهب يدل على ان الصدقه على نوعين احدهما صدقه قابله للانتقال كالصدقات المستحبه و كالكراه الواجبه ثانيهما صدقه غير قابله للنقل كالوقف و الدليل على كونهما صفتين للنوع فتدلان على تنوع الصدقه بنوع قابل فى ذاته للانتقال و نوع غير قابل ذاتا له امور:

منها ان الظاهر من كلامه عليه السلام صدقه لاتباع و لا توهب مفعول مطلق لقوله تصدق فيكون كلامه دليلا على المدعى كما هو ظاهر.

و منها انه لو كان وصفا للشخص كان المناسب ان يتأخر فى الذكر عن الموقوف عليه و بعباره اخرى القانون الادبى يقتضى تأخر الشرط عن المشروط عليه.

و منها انه لو كان وصفا للشخص و شرطا فى خصوص الوقف المذكور لكان حقه ان يصدر بقوله بشرط ان يكون كذا كما هو المعمول فى باب الاشتراط.

و منها ان شرط الفعل لا يقتضى المنع الوضعى بل يقتضى المنع التكليفى فقط فلو باع احد داره من آخر و اشترط عليه ان لا يتزوج بفلان فان المشروط عليه لو تزوج بفلان يكون ازدواجه صحيحا نعم يكون حراما تكليفا و عليه لو باع الموقوف عليه الوقف و لو مع شرط عدم البيع يكون بيعه صحيحا.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٣

الا ان يقال ان التزم بكون الوصف و صفا للشخص يلتزم باللازم المذكور لكن لا وجه له فلاحظ.

و صفوه القول انه لا اشكال فى ان الظاهر من الحديث المذكور ان الوقف بذاته متصف بالوصف المذكور و متقوم بكونه غير قابل للانتقال.

«قوله قدس سره: كان اشتراط عدمه على الاطلاق فاسدا»

الخ اشتراط عدم التصدى للامر الجائز لا يكون مخالفا للشرع فانه تاره يشترط على الموقوف عليه ان لا يكون البيع جائزا و اخرى

يشترط عليه انه لا يبيع. أما على الاول فالشرط فاسد.

و أما على الثانى فلا وجه للفساد مثلا تاره يشترط البائع على المشتري أن لا يشرب الماء شهريين و اخرى يشترط عليه أن يكون شرب الماء حراما عليه مده شهريين فان الشرط الاول جائز و يجب على المشتري أن يعمل به و يكون الشرب حراما عليه مده شهريين فان الشرط يوجب صيروره الحلال حراما بالاشترط و أما الاشرط يكون مخالفا مع الشرع فلاحظ.

الثانى فلا يصح لانه مخالف مع الشرع و أما عدم شرب الماء فلا و منها ما رواه ابو على ابن راشد قال: سألت أبا الحسن عليه السلام قلت: جعلت فداك اشتريت ارضا الى جنب ضيعتى بألفى درهم فلما و فرت المال خبرت ان الارض وقف فقال: لا يجوز شراء الوقوف و لا تدخل الغله فى ملكك ادفعها الى من اوقفت عليه قلت: لا اعرف لها ربا قال: تصدق بغلتها «١».

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب الوقوف و الصدقات الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٤

فان الروايه بصراحتها تدل على عدم جواز بيع الوقف.

و منها ما رواه عجلان ابو صالح قال: أملى ابو عبد الله عليه السلام:

بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدق به فلان بن فلان و هو حىّ سوى بداره التى فى بنى فلان بحدودها صدقه لاتباع و لا توهب حتى يرثها وارث السماوات و الارض و انه قد اسكن صدقته هذه فلانا و عقبه فاذا انقضوا فهى على ذى الحاجه من المسلمين «١».

و تقريب الاستدلال بالروايه يظهر مما ذكرنا فى تقريب الاستدلال بحديث ابن راشد فلا وجه للاعاده.

و منها ما رواه أيوب بن عطيه قال: سمعت أبا عبد الله

عليه السلام يقول: قسم رسول الله صلى الله عليه وآله الفىء فأصاب عليا عليه السلام ارض فاحتفر فيها عينا فخرج منها ماء ينبع فى السماء كهيئته عنق البعير فسامها عين ينبع فجاء البشير يبشره فقال:

بشر الوارث بشر الوارث هى صدقه بتيا بتلا- فى حجيج بيت الله و عابر سبيله لاتباع و لا توهب و لا تورث فمن باعها او وهبها فعليه لعنة الله و الملائكة و الناس اجمعين لا يقبل الله منه صرفا و لا عدلا «٢».

فان الاستفادة من الحديث ان الوقف لا يباع و لا يوهب.

و منها ما رواه ابن الحجاج قال: بعث إلى بهذه الوصيه ابو ابراهيم عليه السلام هذا ما اوصى به و قضى فى ماله عبد الله على ابتغاء وجه الله ليولجنى به الجنة و يصرفنى به عن النار و يصرف النار عنى يوم تبيض وجوه و تسود وجوه ان ما كان لى من مال يبيع من مال

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب الوقوف و الصدقات الحديث ٣.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٥

يعرف لى فيها و ما حولها صدقه و رقيقها الى ان قال: لا يباع منه و لا يوهب و لا يورث الحديث «١».

فانه يستفاد من الحديث ان الوقف نوع صدقه لا يباع و لا يوهب و لا مجال لان يتوهم انه قد شرط على الموقوف عليه عدم البيع لان الاستفادة من الحديث انه لا يجوز بيعه و لا شرائه و من الظاهران الشرط على الموقوف عليه يقتضى عدم جواز بيعه و اما حرمة الاشراف فلا وجه لها اذ المشتري لا يكون مشروطا عليه فيعلم ان بيع الوقف ممنوع و ضعا فلا فرق

بين البائع و المشتري فلاحظ.

«قوله قدس سره: و مما ذكرنا ظهران المانع عن بيع الوقف امور ثلاثه»

الخ

يرد عليه أولاً انه كيف ظهر مما ذكر اذ لم يظهر شىء مما ذكر و ثانيا ان ما افاده ليس تاما اما الواقف فبعد الوقف اجنبى عن العين الموقوفه فإى حق له بعد كى يكون مانعا.

مضافا الى أنه اى تناف بين بيع العين الموقوفه و جعل عوضها صدقه جاريه و أما البطون المتأخره فعلى فرض كونهم ذوى الحقوق بالنسبه الى العين الموقوفه فالامر بالنسبه إليهم كما ذكرناه فى الواقف اذ اى تناف بين الامرين بان نقول يجوز البيع و يجعل بدل العين موقوفا.

اضف إليه انه أى دليل دل على ثبوت حق مانع عن البيع و اما التعبد الشرعى فليس الا حكم الشارع بعدم الجواز و لا مجال لان يقال ان المانع التعبد الشرعى المكشوف عنه بالروايات،

(١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب الوقوف و الصدقات الحديث ٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٦

فان النهى الشرعى يقتضى عدم الجواز لا ان النهى كاشف عن مانع موجود فى الرتبة السابقه.

و على الجملة لا مانع عن بيع الوقف الا حكم الشارع بعدم الجواز و اما كونه له و عليه عوضه فلا ينافى جواز بيعه فان الصدقات المستحبه و كذا الواجب له تعالى و عليه عوضه و مع ذلك يجوز بيعها و لا تنافى بين الامرين.

«قوله قدس سره: و سيجىء التفصيل»

و يظهر ان شاء الله تعالى انه لا مانع الا النهى الشرعى فانتظر.

«قوله قدس سره: ثم ان جواز البيع لا ينافى بقاء الوقف الى ان يباع».

وقع الكلام بينهم فى أن الوقف هل يبطل بعروض مجوز البيع أو يبطل بالبيع خارجا اختار الاول

الشيخ الكبير و تلميذه صاحب الجواهر و ذهب الى القول الثانى الماتن قدس سره.

و تقريب الاستدلال على القول الاول ان بقاء الوقف بحاله و جواز بيعه متنافيان فلا بد من الالتزام بزوال عنوان الوقف بعد عروض مجوز بيعه.

و يرد عليه أولا: ان الكلام فى موارد بيع الوقف فلا بد من التحفظ على الموضوع.

و ثانيا: انه لو بطل الوقف بعروض مجوز البيع فهل تكون العين بعد بطلان الوقف من المباحات الاصلية او ترجع الى ملك الواقف او تصير مملوكة للموقوف عليهم ملكا طلقا الظاهر بطلان جميع المذكورات فلا بد من الالتزام ببقاء الوقف بحاله و عدم خروجه عن

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٧

الوقفية الا بالبيع.

و ثالثا ان التقريب المذكور للاستدلال على مدعى كاشف الغطاء فاسد من اصله و اساسه اذ لا تنافى بين الامرين لانه يمكن إنشاء الوقف و اعتبار عدم الحركة من الواقف و الشارع الاقدس يحكم بالجواز فى المورد الفلانى.

و يمكن أيضا ان الواقف من اول الامر يعتبر عدم حركة العين الا مع عروض المجوز و يرفع اليد عن اعتباره عند تحقق البيع مع اجتماع الشرائط المقرره فما دام لم يتحقق البيع يكون الوقف بحاله و بعد تحقق البيع ينتقل و يبطل الوقف فما افاده الماتن هو الصحيح و لا اشكال فيه.

«قوله قدس سره: فتأمل»

يمكن أن يكون أمره بالتأمل اشاره انه لا وجه للمقايسه بين المقامين فان جواز الهبه لا ينافى حقيقه الهبه اذ الهبه عباره عن التملك المطلق و لا تنافى بين التملك على الاطلاق و ثبوت حق اللواهب فى رفع العقد و حله بل الجواز قوامه بتحقيق الملكيه المطلقه فان الجواز مترتب على تحقق العقد و ثبوته و اما

الوقف فمتقوم بعدم الحركة و بقاء السكون فلا يجتمع السكون مع الحركة فلاحظ. و لكن قد ظهر مما ذكرنا عدم التنافي في المقام أيضا.

«قوله قدس سره: ان المنع عن البيع ليس مأخوذا في مفهومه»

كيف يمكن الازعان بما افاده اذ نسأل ان الواقف هل يعتبر الوقوف و السكون حتى مع عروض البيع على العين او يكون اعتباره للسكون مقيدا بعدم عروض البيع او مهمل؟

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٨

اما الاهمال فغير معقول و اما التقييد فلا يكون متعرضا لصوره البيع و اما الاطلاق فمرجهه الى المنع عن البيع اى باعتباره السكون على الاطلاق يلغى اثر البيع فالحق ان الوقف متقوم بالمنع عن البيع لكن لا على نحو الاشتراط بل بلحاظ اعتبار السكون و عدم الحركة على الاطلاق الا فيما يباع مع مجوز البيع.

«قوله قدس سره: بل هو في غير المساجد و شبهها قسم من التمليك»

الظاهر ان الامر كما افاده فان الوقف في غير المسجد تمليك للعين للموقوف عليه.

و بعبارة اخرى: الوقف في غير المسجد قبل الوقف ملك للواقف و بعده ملك للموقوف عليه و اما المسجد فأیضا وقف لكن ليس مملوكا لجهه من الجهات بل المسجد تحرير للعين عن الملكيه و جعل العين معنونا بعنوان المسجديه الذى يترتب عليه احكام خاصه و صفوه القول ان المسجد نوع من الوقف غايه الامر لا يكون له موقوف عليه.

و لذا قال سيدنا الاستاد في منهاجه في المسأله الثانيه من كتاب الوقف «الوقف تاره يكون له موقوف عليه يقصد عود المنفعه إليه و تاره لا يكون كذلك و الثانى وقف المسجد» انتهى موضع الحاجه من كلامه.

فلا يصح ما ربما يتوهم من ان المسجد لا يكون وقفا بل

هو تحرير فانه خلاف المرتكز المتشرعى و خلاف المشتهر بين المسلمين من كون المسجد من مصاديق الوقف و لذا السيره جاريه على اجراء إنشاء وقفه بصيغه الوقف فالحق ان يقال اذا لوحظ فى الوقف الموقوف

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٩

عليه تكون العين مملوكه له و اما المسجد فهو وقف بلا لحاظ موقوف عليه.

فالوقف عباره عن اعتبار السكون و عدم الحركه الاعتباريه فتاره يعتبر انتقاله الى جهه و اخرى اخراج عن الملك و تحرير له عن قيد المملوكيه بلا ادخاله فى مملوكيه اخرى فلاحظ هذا تمام الكلام بالنسبه الى المساجد.

و أما غير المساجد فالظاهر انه ليس كالمسجد فان التحرير يختص بالمسجد و اما غيره فهو كبقية الاوقاف مملوك للموقوف عليه حتى ان الامر كذلك بالنسبه الى موقوفات المسجد فان فرش المسجد مثلا مملوك للمسجد.

و يظهر الفرق بين القول بكون الموقوف ملكا للجبهه الخاصه و كونه محررا فى الضمان و عدمه فانه لو اتلف احد شيئا من الوقف فعلى تقدير الالتزام بكونه مملوكا يتحقق الضمان و على تقدير عدم الالتزام بالملكه لا مقتضى للضمان.

[الكلام فى الوقف المؤبد و المنقطع]

[أما المؤبد و هو على أقسام]

اشاره

«قوله قدس سره: اذا عرفت ما ذكرنا فيقع الكلام تاره فى الوقف المؤبد»

الخ الوقف اما مؤبد و اما غير مؤبد و المراد بالمؤبد ما لا يتصور فيه الانقضاء كالاوقاف العامه و المراد بغير المؤبد الاوقاف الخاصه التى يتصور فيها انقراض الموقوف عليهم كالوقف للذريه طبقه بعد طبقه و الظاهر انه ليس المراد من غير المؤبد الموقت فانه مستنكر عند ارتكاز المتشرعه اذ التأييد مقوم للوقف.

و المؤبد على اقسام:

القسم الأول: المسجد

فانه تحرير و قسم من الوقف المؤبد و عدم جواز بيعه من الواضحات الاوليه مضافا الى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٠

انه لا يكون مملوكا و لا بيع الا فى ملك.

القسم الثانى: ما يكون وقفا على القسم الأول كالفرش

و السراج و امثالهما مما يكون وقفا للمسجد فان هذه الاشياء مملوكه للمسجد لاجل انتفاع المسجد بها.

القسم الثالث: ما يكون وقفا لطائفه خاصه لاجل انتفاعهم بنفس العين

كالمدارس الموقوفه على الطلاب فانها مملوكه لهم لاجل ان ينتفعوا بها.

القسم الرابع: ما يكون وقفا لطائفه او جهه لاجل الانتفاع بمنافعها كالحمام

الموقوف على زوار الحسين عليه السلام فانه مملوك لكلى الزائر لاجل انتفاعه بمنافعه و تكون منفعتها مملوكه لذلك الكلى.

القسم الخامس: ان يكون وقفا للجامع بين الانواع المختلفه كالقناطر

و الجسور و امثالهما فانها وقف على كلى المار عليها و مملوكه له لاجل الانتفاع بها بالعبور عليها و قس عليها بقيه الموارد.

و فى بعض هذه الاقسام تكون المنفعه مملوكه للموقوف عليه كالحمام الموقوف و نحوه و فى بعض الاقسام يكون المملوك للموقوف عليه الجبهه الخاصه كالسكنى فى المدارس و العبور على القناطر و هكذا.

و الدليل على المدعى المذكور قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها» فان مقتضى الجملة المذكوره ان الواقف باى نحو اعتبر و انشأ يكون نافذا شرعا مضافا الى انه لا يبعدان ما

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥١

ذكرنا موافق للارتكاز المتشرعى فان التأمل فى موارد الاوقاف يقتضى ان الامر كما ذكرنا.

و الانصاف ان ما قلناه و حققناه امر مطابق للارتكاز و تقتضيه القاعده المستفاده من الشرع الاقدس فلاحظ و اغتتم.

«قوله قدس سره: فان الموقوف عليهم انما يملكون الانتفاع دون المنفعه»

الخ قد ظهر مما ذكرنا ان الوجه المذكور لا يكون دليلا على المدعى فانه لا تنافى بين كون العين الموقوفه مملوكه للموقوف عليه و بين عدم كونه مالكا للمنفعه فانا قد ذكرنا ان اعتبار الواقف يختلف و الجامع بين الكل أن يجعل العين ملكا للموقوف

عليه الا في المسجد فانه تحرير لا تملك فالتملك جامع بين جميع الاقسام.

غايه الامر التملك تاره لاجل تملك المنفعه و اخرى لاجل تملك الانتفاع و يمكن ان يقال انه ليس في القسم الثاني تملك للانتفاع بل الموقوف عليه له ان ينتفع بالمدرسه او بالخان او بالجسر و القنطره و هكذا.

و لا يخفى انه لا

يجوز البيع في جميع هذه الموارد لعدم جواز بيع الوقف و ليعلم ان المالك ليس هو الشخص الخارجى بل المالك الجامع
العنوانى ككون الخمس ملكا للسيد و الزكاه للفقير.

«قوله قدس سره: يوجر للزراعه و نحوها»

قمى، سيد تقى طباطبايى، عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، كتابفروشى محلاتى، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق
عمده المطالب فى التعليق على المكاسب؛ ج ٣، ص: ٥١

الخ باى مستند يمكن الاستناد فى جواز اجاره المسجد مثلا فان امر الاجاره بيد من بيده الاختيار بان يكون المؤجر مالكا للعين او
وكيلا عن المالك او وليا على المالك اوله الولايه على التصرف فى العين.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٢

و فى المقام لا اشكال فى عدم تحقق العناوين الثلاثه الاوليه و أما الولايه على التصرف فى العين فلا دليل عليها و مقتضى الاصل
الاولى الفساد فى المعاملات و الامور الوضعيه.

و صفوه القول انه لا فرق بين البيع و الاجاره بالنسبه الى عدم الجواز لعدم الدليل عليه نعم مقتضى القاعده الاوليه فى صورته عدم
المزاحمه و عدم ترتب محذور يكون الانتفاع من المسجد جائزا للسيره و لا يوجب الضمان لعدم كون المسجد مملوكا بل عنوانه
التحرير.

و لذا قلنا

ان الوقف اقسام

القسم الأول: ما يكون محررا و غير مملوك لاحد

و لا لعنوان كلى و لا لمجموع من الاشخاص و لا لجهه من الجهات بل المسجد محرر عن المملوكيه.

ان قلت: قوله تعالى «وَ أَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا» (١)، يدل على ان المساجد له تعالى فكيف لا يكون المسجد
مملوكا بل هو مملوك له تعالى.

قلت: لا دليل على كون المراد من المساجد المذكوره فى الآيه ما نحن بصدده فانه يمكن ان يكون المراد بها مواضع السجود فى

بدن

كما يظهر من كلام عن أبي جعفر محمد بن علي الجواد عليه السلام في جواب الخليفة العباسي الملعون حين سأله عن موضع قطع يد السارق و القضييه مشهوره، و هي سؤال المعتصم له قال: قال رسول الله ﷺ صلى الله عليه و آله: السجود على سبعة اعضاء الوجه و اليدين و الركبتين و الرجلين و قال الله تبارك و تعالى «وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ» يعنى بهذه

(١) الجن / ١٨.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٣

الاعضاء السبعة التي يسجد عليها، فلا تدعوا مع الله احدا و ما كان لله لم يقطع يعنى لم يقطع في السرقة من غير مفصل الاصابع من اليد و يبقى الكف للسجود عليه «١».

و قال في مجمع البيان و قيل المساجد مواضع السجود من الانسان و هي الجبهة و الكفان و اصابع الرجلين و عينا الركبتين و هي له تعالى اذ خلقها و انعم بها فلا ينبغي ان يسجد بها لاحد سوى الله تعالى الى ان قال:

و قيل ان المراد بالمساجد البقاع كلها و ذلك لان الارض كلها جعلت للنبي صلى الله عليه و آله مسجدا الخ فلا تدل الآيه الشريفة على كون المسجد مملوكا له تعالى.

و الذي يؤيد بل يدل على ما ندعى ان الواقف للمسجد لا يقول في مقام الانشاء اني وقفت هذا المسجد للصلاة أو غيرها بل يقول اني وقفت هذا المكان للمسجد أو يقول اني جعلت هذا المكان مسجدا فالمسجد نوع خاص من الوقف في قبال بقيه الاقسام.

و يترتب على ما ذكرنا انه لا يجوز بيعه اذ لا يبيع الا في ملك و يشترط في البيع كون المبيع مملوكا فعدم جواز بيع المسجد لا يحتاج الى دليل خارجي

بل عدم جواز مقتضى القاعده الاولى و أيضا لا يجوز اجارته لعدم المقتضى للجواز نعم كما تقدم لا مانع عن الانتفاع به فيما لا يكون مزاحما مع العابدين و الراكعين و الساجدين و لا يوجب الانتفاع منه الضمان لعدم كونه مملوكا فلاحظ.

القسم الثانى من الوقف أن يكون وقفا للذريه

كما هو المتعارف و هذا يتصور على نحوين.

(١) البرهان ج ٤ ص ٣٩٥ الحديث ٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٤

احدهما: أن تكون منفعة الوقف لهم كالدائر الموقوفه فانها توجر و يكون مال الاجاره للذريه كلهم يقسم بينهم بالسويه اذ لا وجه لترجيح بعضهم على غيره و التصرف فى العين فى هذه الصوره يوجب الضمان.

ثانيهما: ان يكون الموقوف عليه مالكا للانتفاع بالسكنى فيها و الظاهر ان التصرف فى العين و الانتفاع منها يوجب الضمان اذ المفروض ان العين و الانتفاع منهما كليهما مملوكان للموقوف عليه و لا يجوز بيع هذا القسم من الوقف أيضا الا مع تحقق ما يقتضى الجواز و لا وجه للتفصيل فى عدم الجواز بين الوقف الدائم و المنقطع بالالتزام بعدم الجواز فى الاول و الجواز فى الثانى.

القسم الثالث: الاوقاف العامه كالمدارس و الخانات و الحمامات و هو على نحوين أيضا.

احدهما ان تجعل العين وقفا للطلبه بحيث ترجع منفعة العين إليهم و يكون الموقوف عليه مالكا لمنفعه الدار.

ثانيهما: ان يكون الموقوف عليه مالكا للانتفاع اى مالكا للسكونه مثلا و الظاهر ان الانتفاع من العين لغير الموقوف عليه يوجب الضمان لقاعده الاتلاف.

و لا يخفى ان التعبير بملكه الانتفاع فى مقابل ملكه المنفعه يكون المراد منه ان الموقوف عليه تاره يكون مالكا للمنفعه على الاطلاق و اخرى يكون مالكا للحصه الخاصه من المنفعه اى السكنى مثلا، و الا كيف يكون الانسان مالكا لفعل نفسه فالمقصود من الانتفاع المنفعه الخاصه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٥

القسم الرابع: باعتبار

و الخامس باعتبار آخر و هو الوقف على الوقف كالتناديل الموقوفه على الضرائح المقدسه

و الفرش و امثاله الموقوفه على المساجد و أمثالها فانها أيضا مملوكه للوقف و لا مانع منه فان الاعتبار خفيف المثونه و موافق مع الارتكاز العقلاني المتشرعى.

و بيان واضح لا مانع عن كون الجبهه الخاصه مالكه فيقال هذا فرش المسجد و هذا سراج و هذا منبره و هكذا و اتلافه يوجب الضمان.

بقى الكلام فى المشاهد المشرفه و ما يتعلق بها فالكلام يقع فى موضعين احدهما، فيما يتعلق بها من الفرش و امثاله. ثانيهما فى نفس الارض.

أما الموضع الاول: فلا اشكال فى كون الآلات المتعلقة موقوفه لهذه الناحيه كالألات المتعلقة بالمسجد.

و أما الموضع الثانى اى نفس اراضى المشاهد المشرفه فقال سيدنا الاستاد قدس سره: انها كالمسجد فى كونها تحريرا و ليس وقفا و تمليكا و يترتب عليه ما يترتب على المسجد من الاحكام.

و يرد عليه انه لا دليل على ما افاده اذ لا وجه للمقايسه بين المقامين فان المشاهد المشرفه موقوفه و مملوكه للناحيه الخاصه و هى الناحيه المقدسه كما هو المرتكز فى الارتكاز المتشرعى و لا دليل على كونها تحريرا.

أوضح اشكالا ما أفاده من ترتب أحكام المسجد عليها اذ لا دليل لهذه الدعوى مثلا الحكم بحرمة تنجيسها و وجوب تطهيرها أو الحكم بحرمة دخول الجنب و الحائض فيها أو الحكم بكون الصلاه فيها

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٦

مستحبا مع قطع النظر عن الروايات الواردة الداله على فضائلها قول بغير علم و لا مجال لتوهمه و الله العالم.

«قوله قدس سره: فالمدار على الراجح»

كيف يمكن تحقق الرجحان مع فرض التعارض و التساوى فى الجهات المذكوره فان مرجعه الخلف فلاحظ.

«قوله قدس سره: و الا جعلت فى المماثل و الا فى غيره»

الخ بتقريب ان ارتكاز الواقف هكذا يقتضى و الانصاف ان الجزم بهذه مقاله مشكل.

و الذى يختلج بالبال أن يقال ان كان الارتكاز المذكور بحيث يكون فى نظر العقلاء و العرف كالمذكور كالشروط الارتكازيه و يرويه فى المتفاهم العرفى نحو إنشاء فهو فان المحاورات العرفيه العقلانيه معتبره و الا فيشكل الالتزام به.

و لا- يبعد أن يقال: برجوع العين الى ملك الواقف بل يمكن أن يقال ان العين لم تخرج عن ملك الواقف الا مده من الزمان فالتعبير بالرجوع ليس فى محله.

«قوله قدس سره: اشبهت الملك بعد اعراض المالك»

الخ قياس المقام على مقام الاعراض مع الفارق فان الواقف لا يعرض عن الملك كى يقال ان الاعراض يوجب خروج المعرض عنه عن ملك المعرض بل الواقف يدخل العين فى ملك الموقوف عليه.

و لانزم ادخال العين فى ملك الغير خروجها عن ملكه فيلزم ان يكون الخروج عن ملك المالك بالمقدار الذى دخل فى ملك الغير لا ازيد فتكون النتيجة بقاء العين فى ملك مالكاها الا فى مقدار من الزمان فلا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٧

مجال

لجعل العين من المباحات.

«قوله قدس سره: و العود ملكا للمسلمين»

السخ لا- وجه لهذا الاحتمال اذ لا مقتضى له و بعبارة واضحة: دخول عين في ملك احد او جماعه او كلى او غيرها يحتاج الى الدليل و مع عدمه محكوم بالعدم ببركه اصاله عدم الانتقال فلاحظ.

«قوله قدس سره: و العود الى المالك»

قد تقدم آنفا ان الحق عدم خروجها عن ملك مالکها الا فى مقدار من الزمان

«قوله قدس سره: و يحتمل بقائها على الوقف»

ان لم يكن المصرف للموقوف عليه باقيا كيف يمكن بقاء العين على الوقفيه و ان شئت قلت مع فرض انتفاء الموقوف عليه يكون الوقف من المنقطع الاخر فلا مجال لبقاء الوقفيه و عليه لا تصل النوبه الى ما رتب عليه من اللوازم.

«قوله قدس سره: خروجه عن ملك مالک»

قد تقدم منا انه لا دليل على خروج العين عن ملك مالکها على الاطلاق و عليه تكون باقيه فى ملك مالکها و التصرف فى مال الغير لا يجوز تكليفا و يوجب الضمان وضعاً.

«قوله قدس سره: ما ورد فى بيع ثوب الكعبه»

الخ هذه النصوص كلها ضعيفه سندا فلا تكون قابله للاستناد إليها نعم الظاهران ما رواه الصدوق باسناده الى عبد الملك بن عتبه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يصل إلينا من ثياب الكعبه هل يصلح لنا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٨

ان نلبس منها شيئا قال: يصلح للصبيان و المصاحف و المخده يتغى بذلك البركه ان شاء الله «١» تام سندا.

و لكن لا يستفاد منه عدم جواز البيع بل المستفاد منه انه متبرك به مضافا الى انه حكم خاص فى مورد مخصوص فلا تستفاد منه الكبرى الكليه فلاحظ.

«قوله قدس سره: فمثل هذا يكون

لا وجه لكونه ملكا للمسلمين بل ملك للموقوف عليه اعنى المسجد والكعبه و امثالهما.

«قوله قدس سره: فتأمل»

الظاهر أن الامر بالتأمل اشاره الى ان بنيان المسجد كارضه و لا فرق بينهما و لذا يترتب على البنيان ما يترتب على الارض من الاحكام من حرمة التنجيس و وجوب التطهير و غيرها.

«قوله قدس سره: و فيه نظر»

يمكن أن يكون وجه النظر أن المفروض ان جزء المسجد فى حكم نفس المسجد و من ناحيه اخرى ان المسجد محرر عن الملكيه و بعد تحريره و امضاء حرите من قبل الشارع كيف يمكن تمليكه فمقتضى القاعده بقاءه على التحرير نعم لا يبعد ان يقال مقتضى اصاله البراءه جواز التصرف فيه فتأمل.

«قوله قدس سره: و قد الحق بالمساجد المشاهد»

الخ قد تقدم منا انه لا وجه للمقايسه بين المقامين فان المساجد

(١) الوسائل الباب ٢٦ من ابواب مقدمات الطواف و ما يتبعها الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٩

محركات و المشاهد موقوفات و مملوكات للنواحي المقدسه ارواح العالمين لها الفداء.

«قوله قدس سره: هذا كله حسن على تقدير كون الوقف فيها»

لا- اشكال فى أن القضييه بشرط المحمول ضروريه انما الكلام فى اصل المبنى و قلنا ان الامر فيها ليس كذلك فان جميع المذكورات موقوفات و يترتب عليها احكام الاوقاف فلاحظ.

«قوله قدس سره: من عموم على اليد»

القاعده ضعيفه من حيث المدرك و العمده فى تحقق الضمان السيره الجاريه العقلانيه و لا يبعد ان لا يكون فرق فيها فى تحقق الضمان عند تحقق سببه بين كون المورد مملوكا لشخص من الاشخاص او كونه مملوكا لجهه و عنوان ففى كل مورد تحقق عنوان المملوكيه يترتب على التصرف فى ذلك المملوك الضمان بشرط تحقق

[الكلام فى صور جواز بيع الوقف]

اشاره

«قوله قدس سره: الاولى ان يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع»

لما فرغ من عدم جواز بيع الوقف تعرض لجملة من الصور التى يجوز بيعه فيها على مقتضى مذهب الاصحاب.

الصورة الأولى: أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به كالحیوان المذبوح

اشاره

فان الحيوان اذا ذبح و مات لا يمكن الانتفاع المقصود منه و الكلام يقع فى مقامات.

المقام الأول: فيما تقتضيه القاعده الاولى و انه لو خلى و طبعه هل يجوز بيعه أم لا؟

المقام الثانى: فى أن ادله المنع هل تقتضى المنع عن البيع فى الصورة المفروضه أم لا؟

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦٠

المقام الثالث: فى أنه على اى تقدير هل هناك دليل يقتضى جواز البيع أم لا؟ فنقول:

اما

المقام الأول: فالحق ان مقتضى القاعده الاولى عدم جواز البيع

اذ قد قام الدليل على عدم جواز بيع غير المملوك و انه لا يجوز بيع ما لا يملك البائع هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى ان الوقف و لو كان خاصا ليس مملوكا لشخص خاص او اشخاص مخصوصين فلا يجوز بيعه.

و بعبارة واضحة: ان الوقف و ان كان خاصا لا يكون مملوكا للموقوف عليهم على نحو الشركه كى يقال ان المملوك المشترك يجوز بيعه للشركاء فان الوقف الذرى وقف للعنوان الجامع بين مصاديقه و لذا لو مات واحد منهم لا ينتقل شىء الى وارثه.

و ان شئت قلت: البائع يلزم اما يكون مالكا للمبيع و اما يكون وكيلا عن المالك و اما يكون وليا عليه و فى بيع الوقف لا يتحقق

احد هذه العناوين و متولى الوقف لا يكون مالكا شرعا كى يقال يجوز البيع للمتولى فان المتولى انما يجوز له التصرف بمقدار ثبت جوازه فى الشرع الاقدس و لذا لا يجوز له ان يهب الوقف من احد هذا هو المقام الأول.

و أما

المقام الثانى [فى أن ادله المنع هل تقتضى المنع عن البيع فى الصورة المفروضه أم لا؟]

فأفاد الشيخ قدس سره ان الوقف اذا خرب بحيث لا يمكن الانتفاع به لا تجرى فيه ادله المنع، اما الاجماع فواضح. و الامر كما افاده فان كثيرا من الفقهاء قائلون بجواز بيع الوقف فى الصورة المذكوره فلا- اجماع مضافا الى ان الاجماع على فرض

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦١

تحقيقه و حصوله لا يكون حجه اذ يحتمل كونه مدر كيا فلا يكون حجه.

قال: و أما قوله عليه السلام فيما رواه محمد بن عيسى عن أبى على بن راشد قال: سألت أبا الحسن عليه السلام قلت: جعلت فداك اشتريت أرضا الى جنب ضيعتى بألفى درهم فلما وفيت المال خبرت ان الارض وقف فقال:

لا- يجوز شراء الوقف و لا- تدخل الغله فى مالک و ادفعها الى من وقفت عليه قلت: لا- اعرف لها ربا قال: تصدق بغلتها «١». فلانصرافه الى غير هذه الحالة.

و يرد عليه انه لا وجه للانصراف و ان شئت قلت ان الوقف بعد خرابه اما باق على كونه وقفا و اما يخرج عن كونه وقفا. اما على الاول فلا وجه لانصراف دليل المنع عنه و اما على الثانى فيلزم دخوله فى ملك الواقف أو صيرورته من المباحات الاصلية و لا وجه لجواز بيعه فلاحظ.

و اما قوله عليه السلام: الوقوف تكون على حسب ما اوقفها أهلها ان شاء الله «٢» فلا- يدل على المنع فى مفروض الكلام اذ الجملة المذكوره مسوقه لوجوب مراعاة الكيفية المرسومه فى الوقف و عدم جواز بيعه ليس منها و لذا لا فرق فى عدم الجواز بين ذكره فى متن العقد و عدمه.

و بعبارة واضحة عدم جواز بيع الوقف من احكام الوقف لا من كفياته فلا تنافى بين جواز بيعه و بقائه موقوفا فلا يبطل بعروض جواز بيعه.

و يرد عليه أولا ان ما أفاده فى المقام يناقض ما أفاده سابقا

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب عقد البيع و شروطه.

(٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب احكام الوقوف و الصدقات الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦٢

فانه استدل لعدم جواز بيع الوقف بقوله عليه السلام الوقوف على حسب الخ و فى المقام يقول لا تكون الجملة المذكوره مانعه عن البيع.

و ثانيا: انا نسأل ان العين الموقوفة بعد الخراب هل تكون باقيه على كونها موقوفة أو تخرج عن تحت العنوان المذكور و لا ثالث.

أما على الاول فلا يجوز بيعها اذ المفروض انها

اعتبرت موقوفه و ساكنه فكيف يجوز بيعها.

و ان شئت قلت بقائها على الوقفيه و جواز بيعها متنافيان. و أما على الثانى فمرجه الى انقضاء امد الوقف و انتفاء العنوان فلا موضوع للبحث.

و ربما يقال فى تقريب وجه الجواز فى الصوره المفروضه ان قوام الوقفيه بالصوره النوعيه و مع زوالها يزول العنوان فلا مانع عن البيع.

و يرد عليه أولا- انه على هذا التقريب لو تبدلت الصوره النوعيه الى صوره نوعيه اخرى يلزم بطلان الوقف و هل يمكن الالتزام به؟

و ثانيا انه لا وجه للبطلان فان الوقف كالبيع فكما ان بيع الدار لا يبطل بخرابها كذلك لا يبطل الوقف بخرابه.

و ثالثا ان بطلان عنوان الوقف على القول به لا يستلزم جواز بيعه بل لازمه اما انتقال العين الى ملك الواقف و ما صيرورته ملكا للبطن الموجود و اما صيرورته من المباحات الاصليه و على جميع التقادير لا يترتب عليه جواز البيع هذا تمام الكلام فى المقام الثانى.

و أما

المقام الثالث [فى أنه على أى تقدير هل هناك دليل يقتضى جواز البيع أم لا؟]

اشاره

فنعول الظاهر ان

ما يمكن أن يستند إليه القائل بالجواز وجهان:

الوجه الأول: التسالم و السيره الخارجيه على البيع

فى الصوره

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦٣

المفروضه فان ثبت التسالم أو السيره الجاربه بين المتشرعه على البيع فى الصوره المفروضه يتم الامر و لا يبقى اشكال فى البين.

الوجه الثانى ان يقال ان غرض الواقف بقاء العين اصله أو بدلا و انتفاع الموقوف عليهم و لا يحصل الفرض المذكور الا بالبيع

و التبديل هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى الوقوف على حسب ما أوقفها أهلها الخ. فالجمع بين الادله يقتضى جواز بيعه و تبديله بما يكون قابلا للانتفاع.

و يمكن أن يرد على التقريب المذكور ان الوقف متقوم بالسكون و عدم الحركة فما دام العنوان باقيا لا مجال لبيعه و مع زوال العنوان يكون الموضوع زائلا و مع انتفاء الموضوع لا مجال للبحث فتأمل.

و مع عدم تماميه الوجهين المذكورين يلزم ان يقال بان العين بعد خرابها تنتقل الى الواقف و تدخل فيما تركه و تورث.

«قوله قدس سره: و تضعيف قول من قال ببطلان العقد اذا حكم بجواز بيعه»

بل هذا القول قوى اذ المفروض انه اخذ فى قوام الوقف السكون فاذا فرض انه لا مجال لسكونه لعدم امكان الانتفاع به يلزم بطلانه.

و بعبارته اخرى: يكون الوقف موقتا بهذا الوقت فلا يكون قابلا لان يبقى على صفه الوقفيه لانهدام ركنه اذ قد فرض ان قوامه بكونه قابلا للانتفاع بعينه و المفروض عدمه.

و لا مجال لان يقال ان الوقوف على حسب ما اوقفها أهلها الخ يقتضى جواز بيعه. بمقتضى جعل الواقف اذ بعد الخراب و عدم القابليه للانتفاع اما وقف و اما ملك أما على الاول فلا يجوز بيعه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦٤

بمقتضى دليل المنع و جعل الواقف جواز بيعه خلاف المقرر الشرعى.

و أما على الثانى فلا موضوع للبحث فالحق أن يقال: ان العين بعد خرابها و عدم قابليتها للانتفاع تكون مملوكة للواقف بالملك

الأولى أى لا تخرج عن ملكه الا هذا المقدار.

«قوله قدس سره: ان جواز بيعه هنا غير مناف لما قصده الواقف».

بما ذكرنا علم التنافى بين الامرين اذ مع بقاء كونه وقفا لا يجوز بيعه و مع انتفاء العنوان لا موضوع للبحث.

«قوله قدس سره: و الحاصل ان الامر دائر بين تعطيله»

الخ.

أقول: نلتزم بكونه باقيا فى ملك الواقف لعدم المقتضى للخروج عن ملكه الا هذا المقدار فيكون كبقية املاكه و لا يضيع حق أحد.

ان قلت: الوقف قد اشرب فيه التأييد و بقاءه بعد خرابه فى ملك الواقف ينافى التأييد.

قلت: لا دليل على هذه الدعوى بل مقتضى القاعدة ان الامر بيد الواقف و لذا يجوز الوقف الموقت مضافا الى ان المفروض عدم كون العين قابله لبقائها موقوفه.

«قوله قدس سره: فلا يبقى ما كان فى ضمنه».

كون المنع مقيدا بهذا القيد لا دليل عليه فان الدليل قائم على حرمة بيع الوقف فلا مانع عن الاستصحاب من هذه الجهة نعم لا تصل النوبة الى الاستصحاب اذ قد فرضنا انتهاء امد الوقف فلا موضوع للحرمة مضافا الى ان جريان الاستصحاب فى الحكم الكلى ممنوع عندنا.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦٥

«قوله قدس سره: فتأمل».

لعل الامر بالتأمل اشاره الى أنه لا وجه لصيروره العين مملوكة للطبقه الموجوده لعدم المقتضى بل القاعدة تقتضى رجوعها أو بقاءها فى ملك الواقف كما قلنا و الله العالم.

و أفاد سيدنا الاستاد فى مقام تقريب جواز بيع الوقف بعد سقوطه عن الانتفاع وجوها.

الوجه الأول: ان المستفاد من الادله ان الوقفيه باقيه الى أن يرث الله الارض

فاذا سقط الموقوف عن قابليه الانتفاع به و قلنا بعدم جواز بيعه و تبديله بما يكون بدلا له فى الوقفيه لا يصدق العنوان المذكور.

و یرد علیه اولاً انه لو فرض انعدام الموقوف أو سقوطه عن المالیة بالکلیة بحيث لا یباع أو صار بحيث لا یمکن بیعه من جهة
اخری

فما ذا يترتب عليه و هل يكون الوقف صحيحا أم يكون باطلا؟

و العين المفروضه بهذا الوصف يكون لمن؟ هل يمكن الالتزام ببقائه وقفا؟ أم يلزم القول بانتهاء امد الوقف.

و ثانيا انه يستفاد من النص الخاص صحه الوقف على نحو الاطلاق و لا يختص بقسم خاص.

و بعبارة اخرى لا يلاحظ فيه التأييد بهذا النحو للاحظ ما رواه محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت الى أبي محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذى يصح كيف هو فقد روى ان الوقف اذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثه و اذا كان موقتا فهو صحيح ممضى، قال قوم: ان الموقت هو الذى يذكر فيه انه وقف على فلان و عقبه فاذا انقرضوا فهو للفقراء و المساكين الى ان يرث الله الارض و من

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦٦

عليها، و قال آخرون: هذا موقت اذا ذكر انه لفلان و عقبه ما بقوا و لم يذكر فى آخره للفقراء و المساكين الى ان يرث الله الارض و من عليها و الذى هو غير موقت ان يقول هذا وقف و لم يذكر احدا فما الذى يصح من ذلك و ما الذى يبطل؟ فوقع عليه السلام: الوقوف بحسب ما يوقفها ان شاء الله «١».

الوجه الثانى: ان ادله المنع عن البيع لا تشمل الصورة المفروضه

فان تلك الادله امضائيه لا تأسيسيه و المفروض ان غرض الواقف ابقاء الوقفيه و لو بالبدل و بعبارة اخرى الوقوف على حسب الخ فان الواقف هكذا وقف و الشارع امضى إنشاء الواقف فيجوز بيعه.

و يرد عليه: أولا انه لو فرض ان العين الموقوفه لا يمكن الانتفاع بها كالحیوان المذبوح و لا يمكن بيعه فهل الوقفيه باقيه أم لا؟

و ثانيا: ان ما ادعاه من كون

المنع امضائي بلا دليل اذ المستفاد من الدليل الشرعى عدم جواز بيع الوقف فنسأل ان العين بعد سقوطها و خرابها هل تكون وقفا أم لا؟ أما على الاول فلا يجوز بيعها و أما على الثانى فلا موضوع.

و ان شئت قلت: الحكم الشرعى أى عدم الجواز تابع للموضوع لا ان الموضوع تابع للحكم الشرعى و بعبارة واضحة: الحكم الشرعى متأخر عن الموضوع رتبه فلا بد من التحفظ على الموضوع فى الرتبه المتقدمه.

و ثالثا: ان جواز البيع ينافى اطلاق المنع المستفاد من كلامه عليه السلام فان قوله عليه السلام فى حديث ابن الراشد لا يجوز شراء

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب الوقوف و الصدقات الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦٧

الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك (١). يقتضى عدم الجواز حتى مع اعتبار الواقف البيع فان الحكم الشرعى لا يكون تابعا لجعل المكلف.

و رابعا انه بعد فرض المنع الشرعى كيف يمكن للواقف ان يعتبر بيعه.

و خامسا ان بيع الوقف تحريكه فعنوان الوقف يضاد عنوان البيع و عليه نقول اعتبار الواقف بيعه مع بقاء الوقفيه أو مع انتفاء العنوان؟ أما على الاول فجمع بين الضدين و اما على الثانى فالموضوع منتف فلا مجال للبحث.

الوجه الثالث: العمومات الداله على صحة المعاملات

و هى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و تِجَارَةٌ عَنِ تِرَاضٍ.

بتقريب انه بعد عدم المانع عن البيع و عدم شمول دليل المنع يكون مقتضى هذه الادله جواز بيعه بعد سقوطه عن درجه الاعتبار.

و يرد عليه أولا: انه قد مرّ آنفا ان دليل المنع بإطلاقه يقتضى المنع مع التحفظ على عنوان الوقفيه.

و ثانيا: ان الاستدلال بها للجواز مخدوش اما آيه وجوب الوفاء فقد ذكرنا مرارا انها لا تكون

دليلاً- على الصحة بل هي دليل اللزوم بتقريب ان الاهمال غير ممكن في الواقع فالعقد الموضوع للحكم اما خصوص الفاسد أو الاعم منه أو خصوص الصحيح.

أما الاول و الثاني فغير ممكن و أما الثالث فقد فرض فيه الصحة فالآيه دليل اللزوم لا الصحة و اما قوله «احل الله البيع» فقد قيد بقوله لا تبع ما ليس عندك فان المفروض ان الوقف لا يكون ملكاً طلقاً

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٣.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦٨

و ليس لاحد بيعه و الا جاز بيعه و لو بدون عروض الخراب و الحال انه مقطوع البطلان.

و أما قوله تعالى «تِجَارَةٌ عَنِ تِجَارَةٍ» فان قلنا بان التجاره عباره عن البيع فعدم الجواز ظاهر لما قلنا في تقريب المنع عن الاخذ بدليل حليه البيع و ان قلنا بكونها اعم من البيع فأيضاً لا- يجوز الاخذ به اذ منع عن بيعه ما ليس عنده و أيضاً مقتضى الوقف السكون و عدم الحركة فلاحظ.

«قوله قدس سره: و مما ذكرنا يظهر ان الثمن على تقدير البيع لا يخص به البطن الموجود»

الخ.

قد وقع الخلاف بين الاصحاب في انه اذا بيع الموقوف فهل يختص البطن الموجود بالثمن او لا يختص؟ بل هو للبطن الموجود و المعدوم ذهب الى القول الاول المحقق في الشرائع و اختار القول الثاني جمله من الاعاظم منهم العلامة و الشهيدان و غيرهم.

و اختار الماتن القول الثاني لاقتضاء البدليه ذلك اذ المفروض ان العين مملوكة للموجودين بالفعل و للمعدومين.

ان قلت: كيف يمكن اعتبار الملكيه للمعدوم؟ قلت الاعتبار خفيف المثونه فلا مانع عن الاعتبار هكذا، نعم يمكن اعتبار الملك الفعلى للموجود و المعدوم.

ان قلت: الملك الانشائي ليس شيئاً قلت:

يكذبه الوجدان فان الوجدان شاهد على صحته أو فقل ادل الدليل على امكان الشىء و وقوعه و نحن نشاهد أن الواقف هكذا يقف العين الموقوفه فلو جاز خروج العين عن الملك و عدم دخول عوضها فى الملك بذلك النحو من الملكيه جاز خروجها عن الملك و عدم دخول عوضها

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦٩

فى ملك الموقدين أيضا و لا- يمكن الالتزام به أى لا- يمكن الالتزام بدخوله فى ملك الموقدين فقط فان قانون العوضيه يقتضى المبادله على نحو ما كان قبل ذلك.

و لا- وجه لما أفاد بعضهم من اختصاص البطن الموجود بالثمن اذ ما ينتقل الى المشتري اما اختصاص خاص و اما مطلق الاختصاص اما على الاول فيكون ملكه للعين موقتا و بعد انقراض البطن الموجود ترجع العين الى البطن اللاحق و اما على الثانى فلا بد من الالتزام بعدم الاختصاص.

اذا عرفت ما تقدم فاعلم ان الاشكال كل الاشكال فى اثبات جواز البيع بالدليل الشرعى فان لم يثبت و لم يقم الدليل عليه لا بد من الالتزام بزوال الوقفيه و كون العين مملوكة للواقف ان كان حيا و لو ارثه ان فرض مماته و ان تم الدليل على بيع الوقف.

فالقاعده تقتضى تعنون البديل بعنوان المبدل اذ المفروض وقوع البيع على المعنون بعنوان الوقفيه فما دام لا يتصرف فيه بتصرف خارجى يكون مقتضى المعاوضه المبادله فى طرفى الاضافه فما أفاده الماتن قدس سره تام لا غبار عليه.

و يمكن أن يقال: ان النتيجة تفترق بمقتضى الدليل فان كان الدليل على جواز البيع اطلاق قوله عليه السلام الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها فلا بد من ملاحظه إنشاء الواقف و انه باى نحو انشأ الوقف.

و ان كان

الدليل الاجماع و التسالم لا بدّ من العمل بالمقدار المعلوم منه.

و ان كان الدليل النص الخاص فأیضا لا بدّ من ملاحظته بخصوصياته

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧٠

فلا يمكن الحكم على نحو واحد فلاحظ.

«قوله قدس سره: و مما ذكرنا تعرف ان اشتراك البطون فى الثمن اولى من اشتراكهم فى ديه العبد المقتول»

الامر كما أفاده فان الديه بحكم الشرع المترتبة على القتل فيمكن فيها الاختصاص و اما فى المقام فالمبادله امر قهرى و خلافه يحتاج الى قيام الدليل عليه.

«قوله قدس سره: و من هنا اتضح أيضا ان هذا اولى بالحكم من بدل الرهن». الخ

الامر كما افاده فان الاختصاص المتعلق بالبطن اللاحق فى عرض الاختصاص المتعلق بالبطن الموجود من حيث إنشاء الواقف غايه الامر تحقق الملكيه اللاحقه متأخره عن الملكيه الفعلية فى الوجود بخلاف الرهن فانه قائم بالعين من حيث كونها مملوكه للراهن و مع زوال الملكيه ينتفى حق الرهانه و لا مقتضى لثبوتها فى البذل.

و أما فى المقام فان المبيع مملوك لجميع الطبقات و المبادله تقتضى ان كل واحد من العوضين يدخل مكان الاخر.

«قوله قدس سره: و الا ابدل مكانه ما هو اصلح»

يرد عليه ان البذل اما وقف و اما لا- أما على الاول فلا وجه لجواز تبديله مع قيام الدليل على المنع عن بيع الوقف و أما على الثانى فلا موضوع للبحث

مضافا الى انه ما الفرق بين الاصل و البذل فان تبديل الوقف ان كان اصلح للموقوف عليه فهل يجوز و هل يمكن أن يقال ان التبديل أقرب الى غرض الواقف.

و مخلص الكلام انه ان قلنا بان الوقف على حسب إنشاء الواقف

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧١

فيجوز كل شىء و

يجوز أيضا تبديل اصل الوقف ببديل و ان لم نقل به فما هو المجوز فى تبديل البديل بالاصلح و بيان واضح ان مقتضى التقريب المذكور جواز التبديل بالاصلح على الاطلاق و هل يمكن الالتزام به.

«قوله قدس سره: و ليس مثل الاصل ممنوعا»

الخ قد ظهر مما ذكرنا ان حكم البديل حكم الاصل فان الامر دائر بين كون البديل وقفا و عدمه فعلى الاول يكون كالمبديل فى جميع الاحكام و على الثانى يكون خارجا عن محور البحث.

«قوله قدس سره: و مما ذكرنا أيضا يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف»

الخ الذى يخطر بالبال ان يقال اذا قلنا الامر ببسبب الوقف و يلزم رعايه انشائه فلا بد من ملاحظته و ان انشائه باى شىء تعلق نعم غرض الوقف لا-مدخله له بل المدخل لانشائه الا أن يكون الغرض بحيث يكون متعلق الانشاء و لو بالارتكاز الذى يرتب عليه الاثر و على اى تقدير لا وجه لرعايه مصلحه البطون بل لا بد من رعايه جعل الوقف.

«قوله قدس سره: و الا صرف الثمن الى الموقوف عليه يعمل فيه ما شاء»

الخ الظاهر انه لا-وجه له فان الوقف متقوم بحبس العين و تسبيل المنفعه فلا وجه لكون العين للموجودين بل مقتضى القاعده كون العين للواقف بعد عدم امكان بقائها وقفا و الله العالم.

«قوله قدس سره: ثم ان المتولى للبيع هو البطن الموجود»

الخ وقع الخلاف بينهم فى تعيين من يتصدى للبيع و افاد سيدنا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧٢

الاستاد قدس سره بانه لو لم يكن للوقف متول شرعى تكون ولايه البيع للبطن الموجود إذ هم المالكون بالفعل فالولايه لهم.

و يرد عليه ان ملكيه البطن الموجود محدوده الى زمان بقائهم و

عليه البطن الموجود اما يملك العين ملكيه موقته بحيث تنتقل العين بعد انقراضهم الى الطبقة اللاحقه و اما يملك الملكيه المطلقه اما على الثانى فالظاهر ان سيدنا الاستاد لا يلتزم به و اما على الاول فليس لهم هذه الولايه و لا مقتضى لها.

و الذى يختلج بالبال ان يقال الوقف اما له متول و اما لا أما على الاول فالامر منحصر فيه و هو الذى يكون له الولايه ليس الا، اذ مع وجود المتولى ليس لغيره حق الدخاله فى امر الوقف و أما على الثانى فلا بد من أن يتصدى الحاكم الشرعى لانه قد مر آنفا ان ملكيه البطن الموجود موقته و لا- بدّ فى صحه البيع من كون البائع مالكا بمقتضى قوله عليه السلام لا- تبع ما ليس عندك فالحق أن يفصل فى المقام بهذا النحو فلاحظ و اغتتم.

«قوله قدس سره: و الظاهر سقوط نظارته عز بدل الوقف».

لا- أدرى ما الوجه فى الظهور المدعى و قال سيدنا الاستاد قدس سره لو جعل الواقف النظاره له على البديل كما كانت له فى الاصل تكون النظاره له و الا يكون الامر بيد البطن الموجود بمقتضى قاعده تسلط الناس على اموالهم.

و الذى يمكن ان يقال فى المقام انه ان قلنا ان مقتضى القاعده ان جميع الآثار المترتبه على المبدل تترتب على البديل لا بدّ من الالتزام بكون الولايه بيد المتولى كما كانت له فى المبدل و اما ان

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧٣

لم نقل بهذه المقاله و قلنا المتبع جعل الواقف فلا بد من ملاحظه مقدار جعله فعلى تقدير جعل الولايه و النظاره للناظر على الاطلاق نلتزم بكون الولايه له فى البديل كما كانت فى الاصل

و اما ان لم يكن كذلك فلا بد من تصدى الحاكم الشرعى فانه هو المرجع فى الامور العامه و لا وجه لما افاده سيدنا الاستاد قدس سره اذا البطن الموجود ليس مالكا على الاطلاق بل ملكيته موقته كما مر الكلام حوله قريبا و الله العالم.

«قوله قدس سره: ثم انه لو لم يمكن شراء بدله و لم يكن الثمن مما ينتفع به»

الخ الامر كما افاده اذ لا وجه لدفعه الى البطن الموجود فانه لا مقتضى للاختصاص لكن يتوجه هذا السؤال و هو انه كيف يجوز بيع الوقف مع قيام الدليل على عدم جواز بيعه و قيام الدليل على أن الوقف متقوم بالسكون و عدم الحركة فانه مقتضى قوله عليه السلام فى تلك الروايه صدقه لا تباع و لا توهب.

مضافا الى انه بعد البيع و تبديل العين الموقوفه بالثمن نسأل ان الثمن قد فرض عدم كونه وقفا بل ثمن الوقف و الوقف قد ابدل بثمانه فيلزم زوال الوقفيه مده من الزمان و الحال ان الوقف اذا زالت عنه الوقفيه فما المقتضى لرجوعها بعد ذلك و باى دليل يلتزم بهذه الامور.

ان قلت: كل هذه الفروع ناشيه و متفرعه على قاعده الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها قلت: نسأل ان هذه القاعده اما مشرعه للاحكام الشرعيه و اما ناظره الى جعل الوقف للموقوف عليه باى نحو من

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧٤

الانحاء المتعارفه

أما على الاول فيلزم ان يكون للواقف كل اعتبار و كل جعل حتى لو قال و يوهب الوقف لغير الموقوف عليه و هذا بديهى البطلان و اما على الثانى فما الوجه فى الالتزام بجواز هذه الخصوصيات.

ان قلت: يمكن اتمام الامر فى جمله من هذه

الفروع بقاعده نفوذ الشرط و المؤمنون عند شروطهم.

قلت: الوقف من الايقاعات و لا مجال لتصور الاشتراط فيه فان الشرط ربط بين الامرين فلا بد من تعليق احد الالتزامين بالالتزام الاخر الا أن يقال بأنه لا تنافى بين الامرين مضافا الى ان الشرط المخالف للشرع فاسد و لا مجال له و المفروض ان بيع الوقف غير مشروع.

«قوله قدس سره: و لو طلب ذلك البطن الموجود فلا يبعد وجوب اجابته»

الخ بل يبعد فان طلب البطن الموجود و عدم طلبه و رضاه و عدمه لا دخل له فى الجواز و عدمه و كذا فى الوجوب و عدمه فان امر الوقف راجع الى المتولى ان كان و الا- فالى الحاكم الشرعى اذ الموقوف عليه لا- يكون مالكا ملكا طلقا كى يتصور فيه ما ذكر بل المتبع مقدار دلالة الادله الواردة فى الوقف فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم لا فرق فى جميع ما ذكرنا من جواز البيع»

الخ لوحده الملاك و انه لو كان الخراب مقتضيا لجواز البيع فيجوز فى البعض و الكل بلا فرق.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧٥

«قوله قدس سره: جاز مع رضا الكل»

الخ الظاهر انه لا دخل لرضا الموقوف عليه كما سبق بل الامر بيد المتولى ان كان و الا فالامر موكول الى نظر الحاكم الشرعى.

«قوله قدس سره: فلا ينبغى الاشكال فى عدم الجواز»

اذا كان المدار فى الجواز و عدمه مقدار جعل الواقف و ان المتبع انشائه فلا وجه للجزم بالبطلان بل لا بد من ملاحظه انشائه و ان كان الميزان ملاحظه مقدار دلالة النصوص فلا بد من الالتزام بفساد بيع الوقف على الاطلاق و ان كان الميزان تحقق الاجماع على الجواز او على المنع فلا

بد من ملاحظه معاقده فلاحظ.

«قوله قدس سره: من عدم دليل على الجواز»

الخ تاره نقول الدليل على الجواز الاجماع فيمكن ان يقال ان معقده لا يشمل مفروض الكلام و اخرى يكون الدليل على الجواز النص الخاص فيمكن ان يقال ان ظاهره لا يشمل المقام.

و ثالثه نقول ان الدليل على الجواز ان الواقف هكذا اوقف و الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها و ليس المنع الشرعى عن البيع منعا تأسيسيا بل المنع الشرعى امضائى فلا بد من ملاحظه ما يفهم عرفا من كلام الواقف.

و الانصاف ان كلمات القوم فى المقام مضطربه و نعم ما قال صاحب الجواهر من ان جواز البيع يستلزم بطلان الوقف فان الوقف بحسب الانشاء و الجعل ينافى جواز البيع اذ الوقوف و السكون

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧٦

يضادان الحركة و من ناحيه اخرى الوقف عباره عن جعل العين ساكنه و غير محترکه بالحركه الاعتباريه.

«قوله قدس سره: ثم انك عرفت فيما سبق انه ذكر بعض ان جواز بيع الوقف لا يكون إلا مع بطلان الوقف و عرفت وجه النظر فيه»

المراد من البعض المذكور فى كلامه صاحب الجواهر قدس سره و الحق ان ما أفاده تام و لم نعرف وجهها صحيحا للنظر فيه.

«قوله قدس سره: مع انه لا دليل عليه».

كيف لا- دليل عليه مع ان الوقف بذاته يقتضى البقاء و السكون و من ناحيه اخرى قد دل النص الخاص على عدم جواز بيعه فالمقتضى لعدم البيع و المانع كلاهما تامان فلاحظ.

«قوله قدس سره: يكفى وجود حين النقل»

الخ القياس مع الفارق فان الوقف بذاته يقتضى الوقوف فلا يعقل كونه باقيا على الوقفيه و مع ذلك يجرى فيه النقل و الحركة مثلا هل يمكن

ان يقال ان الزوجيه الدائميّه لا تنافى عدم الزوجيه بعد سنه؟ كلا.

«قوله قدس سره: لا يوجب الحكم بالبطلان».

بل يوجب كما بيناه تفصيلا فلا نعيد.

«قوله قدس سره: ثم ذكران في عود الوقف الى ملك الواقف او وارثه بعد البطلان أو الموقوف عليه وجهين»

الخ الظاهر انه لصيروره العين مملوكه للموقوف عليهم لان جعل الوقف

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧٧

اما شامل لصوره الخراب و اما غير شامل اما على الاول فالوقف باق بحاله و اما على الثانى فتكون العين باقيه فى ملك الواقف فمع حياته تكون له و مع وفاته تكون لورثته فلاحظ.

[الصورة الثانية أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به]

«قوله قدس سره: فلا شك انه ليس الا كقوله بعث»

الخ لا اشكال فى ان البائع يعتبر ملكيه المبيع للمشتري كما تكون لنفسه مثلا لو باع زيد داره من عمرو يكون بيعه للدار عباره عن تمليك الدار ملكيه كامله نفس البائع للدار اى يملك الدار من المشتري كما كانت لنفسه فلا مجال لتوهم كون بقاء الملكيه دائر مدار بقاء عنوان الدار و اما فى الوقف فلا بد من ملاحظه نظر الواقف و ان وقفه دائر مدار العنوان أم لا فعلى فرض الدوران فلا مقتضى لبقاء الوقف بعد زوال الدار به فلاحظ.

«قوله قدس سره: على عدم عوده إليه ابدا».

لا تنافى بين الامرين فان الوقف ما دام باقيا لا يعود الى الواقف لكن الكلام فى انه بعد زوال العنوان هل يكون الوقف باقيا أم لا.

[الصورة الثالثة أن يخرب بحيث تقل منفعة لكن لا إلى حد يلحق بالمعدوم]

«قوله قدس سره: و الاقوى هنا المنع»

الخ قد ذكرنا سابقا انه لا بدّ من ملاحظه مدرك الحكم و الحكم على طبقه.

[الصورة الرابعة أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف]

«قوله قدس سره: لوجود مقتضى المنع و هو وجوب العمل على طبق إنشاء الواقف».

إذا كان المنع من حيث إنشاء الواقف يلزم القول بالجواز فى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧٨

صوره إنشاء الواقف بهذا النحو بان يشترط و يقيد البيع بصوره كونه اعود و هل يمكن الالتزام بالجواز على الاطلاق تبعاً لانشاء الواقف مع المنع الشرعى عن بيع الوقف.

مضافاً الى أن الواقف هل يمكن له اعتبار العين موقوفه و ساكنه عن الحركة و مع ذلك يرخص فى البيع فى تقدير خاص و على الجملة لا يمكن بقاء عنوان الوقفية مع تحقق الحركة الاعتبارية و الانتقال فانه جمع بين المتنافيين فلا اشكال فى عدم جواز البيع لما ذكرنا و لما دل النص على عدم جواز بيع الوقف على الاطلاق و الخروج عن هذه الكلية يحتاج الى قيام دليل على الخلاف.

و ربما يتوهم امكان الاستدلال على الجواز بحديثين احدهما ما رواه جعفر بن حنان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غله له على قرابته من ابيه و قرابته من أمه و اوصى لرجل و لعقبه ليس بينه و بينه قرابه بثلاثمائة درهم فى كل سنه و يقسم الباقي على قرابته من ابيه و قرابته من أمه فقال جاز للذى اوصى له بذلك.

قلت أ رأيت ان لم يخرج من غله الارض التى وقفها الا خمسمائه درهم فقال أ ليس فى وصيته ان يعطى الذى اوصى له من الغله ثلاثمائة درهم و يقسم الباقي على قرابته من ابيه و قرابته من أمه قلت:

نعم قال ليس لقرابته ان يأخذوا من الغله شيئاً حتى يوفوا الموصى له ثلاثمائة درهم ثم لهم ما يبقى بعد ذلك.

قلت: أ رأيت ان مات الّمدى اوصى له قال ان مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم فاما اذا انقطع ورثته فلم يبق منهم احد كانت الثلاثمائة درهم لقرابه الميت يرد ما يخرج من

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧٩

الوقف ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغله قلت فللورثه من قرابه الميت ان يبيعوا الارض ان احتاجوا و لم يكفهم ما يخرج من الغله قال نعم اذ ارضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم باعوا «١».

بتقريب ان المستفاد من الحديث جواز البيع فى صورته كون البيع اعود.

و يرد عليه ان الروايه ضعيفه سنداً فان جعفر بن حنان راوى الحديث لم يوثق فالحديث ساقط عن الاعتبار و عمل المشهور به على تقدير تحققه و ثبوته لا اثر له كما ذكرنا مرارا.

مضافا الى الاشكالات الوارده فى متن الحديث و لا تخفى تلك الاشكالات على الخير.

ثانيهما ما رواه فى الاحتجاج مرسلان عن محمد بن عبد الله بن جعفر الحميرى عن صاحب الزمان عليه السلام انه كتب إليه روى عن الصادق عليه السلام خبر مأثور اذا كان الوقف على قوم باعياهم و اعقابهم فاجتمع اهل الوقف على بيعه و كان ذلك اصلح لهم ان يبيعه فهل يجوز ان يشتري من بعضهم ان لم يجتمعوا كلهم على البيع أم لا يجوز الا ان يجتمعوا كلهم على ذلك و عن الوقف الّمدى لا- يجوز بيعه و اذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرقين ان شاء الله «٢».

الباب ٦ من ابواب الوقوف و الصدقات الحديث ٨.

(٢) الوسائل الباب ٦ من أبواب الوقوف و الصدقات الحديث ٩ و احتجاج الطبرسى ص ٢٧٤.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨٠

و المرسل لا- اعتبار به و لا- جابر لضعفه فالنتيجه انه لا دليل على المدعى و لكن يمكن القول باعتبار السند اذ الطبرسى ينقل الحديث عن كتاب الحميرى و الظاهر من الاخبار كونه حسيا فيكون الخبر حجه و قابلا للاعتماد و عليه لا بأس بالالتزام بجواز البيع فى الصورة المفروضه.

[الصورة الخامسة أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديده]

«قوله قدس سره: لمن يقدر على مثونه سنته».

الظاهر ان مرجعه الى الخلف اذ مع تحقق الحاجه الشديده يصدق انه لا يكون قادرا على مثونه سنته فى هذه السنه فلاحظ.

[الصورة السادسة أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجه أو إذا كان فيه مصلحة]

اشاره

«قوله قدس سره: فاولى بالجواز انتهى».

قد مرّ منا ان اعتبار الوقف من قبل الواقف مع تجويز البيع متنافيان مضافا الى انه لا وجه للاولويه اذ مع عدم قيام دليل على الجواز يكون اشتراط البيع فاسدا و مع قيام الدليل عليه يكون البيع جائزا بلا دخل لشرط الواقف فشرط الواقف و عدمه سياتى.

«قوله قدس سره: اقول و يمكن ان يقال بعد التمسك فى الجواز بعموم»

الخ قد تكرر منا ان الوقف يضاد البيع فلا بد من رفع اليد عن الوقف عند اعتبار وقوع البيع فيه فلا مجال للاخذ بعموم قوله عليه السلام الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها على جواز بيع الوقف مع كونه وقفا.

و أما الاستدلال على الجواز بعموم وجوب الوفاء بالشرط فيرد عليه أولا انا ذكرنا ان الشرط و هو التعليق و الارتباط يستلزم التعدد فلا يتحقق فى الايقاع اللهم الا ان يقال عنوان الشرط

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨١

لا- يتحقق الا- مع ارتباط احد الامرين بالآخر و فى المقام يمكن ارتباط البيع بالحاجه مثلا فلا تنافى بين كون الوقف ايقاعا و

تحقق الشرط فيه.

و ثانيا ان الشرط المخالف للشرع غير مشروع و المفروض انه قد ثبت بالدليل عدم جواز بيع الوقف الا- فى بعض الصور المنصوص عليه.

«قوله قدس سره: فان التحقيق كما عرفت سابقا»

الخ بل عرفنا خلافه و قلنا ان الوقف ينافى الانتقال فلا يصح بيعه.

«قوله قدس سره: ثم انه لو سلم المنافاه فانما يبيعه للبطن الموجود»

الخ بل الوقف ينافى البيع على

الاطلاق نعم لو قام دليل شرعى على جواز بيعه كما هو كذلك فى الجملة نأخذ بذلك الدليل فان حكم الشارع فى كل مورد متبع

«قوله قدس سره: فتأمل».

لعله بامرہ بالتأمل يشير الى فساد اصل المبنى و هو عدم التنافى بين الوقف و البيع و الله العالم.

«قوله قدس سره: ثم انه روى صحيحا فى الكافى»

الخ

ما يمكن أن يقال فى تقريب الجواز فى هذه الصورة وجوه

الوجه الاول الاجماع.

و فيه انه كيف يمكن تحصيل الاجماع مع هذا الاختلاف الواقع بين الاصحاب و على فرض تحصيله محتمل المدرك ان لم يكن مقطوعا به و اما الاجماع المنقول فلا اعتبار به.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨٢

الوجه الثانى قوله عليه السلام الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها

بتقريب ان مقتضى الجملة المذكوره امضاء الشارع إنشاء الوقف بائى نحو وقع فالامر بيد الوقف.

و يرد عليه أولا: انه قد سبق منا ان اعتبار الوقف و السكون و مع ذلك تجوز البيع جمع بين المتنافيين.

و ثانيا ان قاعده ان الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها اما فى مقام تشريع الحكم الشرعى و ان امر التشريع بيد الوقف و اما لا يكون كذلك أما على الاول فيلزم جواز كل فعل محرم بانشاء الوقف و هل يمكن الالتزام به.

و أما على الثانى و هو الصحيح فلا يجوز اعتبار الوقف جواز البيع اذ قد ثبت فى الشرع الاقدس عدم جوازه فليس له ذلك.

الوجه الثالث: قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

بتقريب ان الاستفادة من الآيه صحه كل عقد فيجوز إنشاء الوقف بائى نحو.

و يرد عليه انا قد ذكرنا مرارا ان الآيه الشريفه ناظره الى لزوم العقد و لا تكون دليلا على الصحه.

الوجه الرابع: قاعده نفوذ الشرط

بمقتضى قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم فكل شرط جائز بحكم الشارع.

و يرد عليه أولا ان القاعده المذكوره لا تكون مشرعه و الا كان اللازم تجويز كل محرم بالشرط و هو كما ترى فلا بد ان يكون الشرط فى الرتبه السابقه جائزا و بالشرط يصير واجبا و حيث ان بيع الوقف حرام فلا مجال لان يقع مورد الشرط.

و ثانيا ان شرط البيع ينافى الوقف و مرجع الاشتراط الى الجمع بين المتنافيين.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨٣

و ثالثا انا لا نتصور الاشتراط و التعليق فى الوقف و نحوه من الايقاعيات فان الاشتراط المبحوث عنه فى المقام يتصور بين شخصين مثلا يمكن أن يبيع زيد داره من بكر بشرط ان يخيط له ثوبا فان البائع يعلق بيعه على الالتزام بالخياطه فيتحقق الشرط و يلزم.

و أما فيما لا يكون كذلك كالوقف فتاره يعلق وقفه على قدوم زيد من السفر فهو ممكن لكن خارج عن محل الكلام و اخرى يعلق وقفه على التزام شخص بامر فهو ممكن لكن أيضا خارج عن محل البحث و ثالثه يعلق وقفه على التزام نفسه بامر فهل يكون معقولا.

و ان شئت قلت ان الاشتراط يتوقف على وجود شارط و مشروط عليه فلا بد من التعدد و الاثنيني و اما الشخص الواحد فلا يتصور فيه ان يكون شارطا و أيضا يكون مشروطا عليه فلا يتحقق الاشتراط لكن الظاهر انه يمكن فانه لا مانع عن التزام شخص بامر على فرض امر

آخر مثلا- يمكن ان يلتزم شخص بأن يزور الامام الرضا عليه السلام على تقدير ان يبرأ ولده من المرض الكذائي و عليه لعله يمكن تصوير الشرط فلاحظ.

الوجه الخامس: ما روى عن علي عليه السلام:

عن عبد الرحمن ابن الحجاج قال: بعث إليّ بهذه الوصيه ابو ابراهيم عليه السلام:

هذا ما اوصى به و قضى فى ماله عبد الله على ابتغاء وجه الله ليولجنى به الجنه و يصرفنى به عن النار و يصرف النار عني يوم تبيض وجوه و تسودّ وجوه ان ما كان لى من مال بينع من مال يعرف لى فيها و ما حولها صدقه و رقيقها غير أبى رباح و ابى نيزر و جبير

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨٤

عتقاء ليس لاحد عليهم سبيل فهم موالى يعملون فى المال خمس حجج و منه نفقتهم و رزقهم و رزق اهاليهم.

و مع ذلك ما كان لى بوادى القرى كله مال بنى فاطمه و رقيقها صدقه و ما كان لى بذعه و اهلها صدقه غيران رقيقها لهم مثل ما كتبت لاصحابهم و ما كان لى بأذينه و اهلها صدقه و القصيره كما قد علمتهم صدقه فى سبيل الله و ان الذى كتبت من اموالى هذه صدقه واجبه بتله حيا انا او ميتا ينفق فى كل نفقه ابتغى بها وجه الله فى سبيل الله و وجهه و ذوى الرحم من بنى هاشم و بنى المطلب و القريب و انه يقوم على ذلك الحسن بن على يأكل منه بالمعروف و ينفقه حيث يريد الله فى حل محلل لا حرج عليه فيه.

فان أراد يبيع نصيبا من المال فيقضى به الدين فليفعل ان شاء لا حرج عليه فيه و ان شاء جعله شروى الملك و ان

ولد علي و اموالهم الى الحسن بن علي و ان كان دار الحسن غير دار الصدقه فبدا له ان يبيعه فليبعها ان شاء لا حرج عليه فيه و ان باع فانه يقسمها ثلاثه اثلاث فيجعل ثلثا في سبيل الله و يجعل ثلثا في بني هاشم و بني المطلب و يجعل ثلثا في آل أبي طالب و انه يضعهم حيث يريد الله.

و ان حدث بحسن بن علي حدث و حسين حيّ فانه الى حسين بن علي و ان حسين يفعل فيه مثل الذي امرت به حسنا له مثل الذي كتبت للحسن و عليه مثل الذي علي الحسن و ان الذي لبني ابني فاطمه من صدقه علي مثل الذي لبني علي و انما جعلت الذي جعلت لا بني فاطمه ابتغاء وجه الله و تكريم حرمه رسول الله صلى الله عليه و آله و تعظيمها و تشريفها و رضاهما بهما و ان حدث بحسن و حسين

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨٥

حدث فان الاخر منهما ينظر في بني علي فان وجد فيهم من يرضى بهداه و اسلامه و امانته فانه يجعله إليه ان شاء.

فان لم ير منهم بعض الذي يريد فانه في بني ابني فاطمه فان وجد فيهم من يرضى بهداه و اسلامه و امانته فانه يجعله إليه ان شاء فان لم ير فيهم بعض الذي يريد فانه يجعله الى رجل من آل أبي طالب يرضى به فان وجد آل أبي طالب قد ذهب كبرائهم و ذوو آرائهم فانه يجعله في رجل يرضاه من بني هاشم و انه شرط على الذي يجعله إليه ان يترك المال على اصوله و ينفق الثمره حيث امره به من

سبيل الله و وجوهه و ذوى الرحم من بنى هاشم و بنى المطلب و القريب و البعيد لا- يباع منه و لا- يوهب و لا يورث و ان مال محمد بن على ناحيه و هو الى ابني فاطمه و ان رقيقى الذين فى الصحيفه الصغيره التى كتبت عتقاء هذا ما قضى به على بن أبى طالب فى أمواله هذه الغد من يوم قد الحديث «١».

و هذه الروايه من حيث السند لا اشكال فيها و اما من حيث المتن فمضطربه من جهات.

منها قوله عليه السلام «فهم موالى يعملون فى المال خمس حجج» الخ فان الظاهران المراد من المال فى هذه الجملة المال الموقوف و عليه ما معنى عملهم فى الوقف و ما المراد من عملهم فيه و الحال ان امر الوقف بيد المتولى و ليس للواقف اختيار بعد اتمام الوقف اللهم الا أن يكون المراد انهم يتولون امر الوقف خمس سنوات.

(١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب الوقوف و الصدقات الحديث ٣ فروع كافى ج ٧ ص ٤٩ الحديث ٧ مرآت العقول ج ٢٣ ص ٨٣ الحديث ٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨٦

و منها قوله عليه السلام «فان اراد أن يبيع نصيبا من المال» الخ و لم يلتزم الاصحاب بجواز بيع الوقف بهذا النحو.

ان قلت: اعراض المشهور عن الروايه المعتبره لا يوجب سقوطها عن الاعتبار قلت: عدم الجواز بهذا النحو من الواضحات بحيث لا يمكن الالتزام به اذ لا يجوز بيع الوقف عندهم الا فى موارد خاصه.

مضافا الى أنه ما الوجه فى قضاء الدين بثمان ما يباع و الحال ان بيع الوقف يقتضى صيروره الثمن ملكا للموقوف عليه لا انه يقضى به الدين الا

ان يكون المراد ان امد الوقف يقضى عند بيعه فيكون الامر بقضاء الدين من باب الوصيه و هذا امر آخر خلاف ما ارادوا اثباته بالحديث..

اضف الى ذلك انه ما المراد من قوله عليه السلام «و ان شاء جعله شروى الملك» فان المراد من هذه الكلمه فى اللغه عباره عن النفيس و جعله نفيسا من الملك ما معناه.

و منها قوله عليه السلام: «و ان كانت دار حسن بن على غير دار الصدقه» الخ فان دار حسن بن على عليه السلام ان كانت غير الصدقه و بيعت فباى ميزان يأمره عليه السلام بالثليلت أ ليس أمر داره عليه السلام بيده و باختياره و نعم ما قال الشيخ قدس سره ان التأويل مشكل و العمل اشكل فالنتيجه انه لم يقم دليل على جواز البيع فى هذه الصوره أيضا.

لكن قد تقدم انه يستفاد من الحديث الصادر عن الناحيه المقدسه جواز بيع الوقف الخاص على الاطلاق و حيث لا- يمكن الالتزام به

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨٧

نرفع اليد عن الاطلاق و نلتزم بالجواز فى الجملة، نعم يبقى الاشكال فى الاوقاف العامه و الموقوفات للجهات كالوقف للمسجد او للمشاهد المشرفه.

«قوله قدس سره: و قد عرفت ضعفه»

أى عرفت ضعف قول صاحب الجواهر و هو ان تغير عنوان الوقف قد يوجب بطلان الوقف فيجوز بيعه كما لو تغير عنوان الدار و صارت الدار حماما.

اقول: ما عرفنا بطلان القول المذكور اذ لو فرض ان الوقف تعلق بهذا العنوان الخاص بحيث يفهم من كلام الواقف انه جعل المقوم للوقف العنوان الكذائى كالداريه مثلا فيكون مقتضى القاعده بطلان الوقف بتغير العنوان و هذا ظاهر واضح اذ خلافه خلف و محال و قد تقدم

منا ان قياس الوقف بالبيع مع الفارق فان البيع لا توقف فيه بخلاف الوقف فان التوقيف يتصور فيه فلو قصد الواقف وقف العنوان بما هو كذلك لا بدّ من الالتزام باحد الامرين:

بأن نقول اما يلزم بطلان الوقف من الاول و اما بطلانه بعد تغير العنوان و اما بقاءه بعد التغير وقفا فلا وجه له اذ بقاءه يتوقف على قصد الواقف بقاءه و المفروض عدمه و الاجماع المدعى فى المقام لا اعتبار به فان المنقول منه غير حجه و المحصل منه غير حاصل فالنتيجة عدم الجواز فى الصورة السابعة أيضا فلاحظ.

«قوله قدس سره:

الصورة الثامنة ان يقع بين الموقوف عليهم اختلاف»

الخ وقع الكلام فى انه لو فرض ان الوقف لو لم يبيع يكون بقاءه موجبا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨٨

للخلاف بين الموقوف عليهم و ربما يؤدي الى قتل النفس أو هتك الحرمه فهل يجوز بيعه أم لا؟ فتاره يتكلم فى هذا المقام من حيث القاعده الاولى و اخرى من حيث المستفاد من القواعد الثانويه فيقع الكلام فى موضعين.

أما الموضوع الاول فنقول: لا وجه لجواز بيع الوقف و لا مجال لرفع اليد عن الدليل الدال على فساد البيع و هذا واضح ظاهر.

و أما الموضوع الثانى فربما يقال بأن الدليل الدال على رفع الحكم التكليفي يقتضى الجواز فلا يحرم بيع الوقف اذا كان بقاءه و عدم بيعه موجبا لقتل نفس محترمه مثلا.

و لما انجر الكلام الى هنا ينبغى بل يلزم ارسال عنان الكلام و البحث الى جوانب الامر كى لا يتوهم كما توهم بعض الحاضرين من حلقة البحث ان الجواز مقتضى دليل الرفع.

فنقول: المراد من الادله الثانويه اما قاعده لا ضرر و اما قاعده لا حرج و اما حديث الرفع.

أما قاعده لا

ضرر فاما على مسلك الشيخ الاصفهاني أى شيخ الشريعة فلا مجال للاستدلال بها على المدعى اذ مفاد القاعده على ذلك المسلك النهى لا النفى.

و أما على مسلك المشهور فى مفاد القاعده فالمستفاد منها ان الحكم الشرعى المجعول على المكلف اذا كان موجبا للضرر عليه يرتفع ذلك الحكم مثلا لو كان الموضوع ضروريا على المكلف لا يجب عليه بل تصل النوبه الى التيمم.

و بعبارة اخرى يستفاد من دليل لا ضرر ان الحكم الشرعى المجعول من قبل الشارع اذا كان ضروريا على المكلف يرتفع عنه و اما اذا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨٩

لم يكن كذلك فلا يستفاد من القاعده شىء مثلا لو كان حرمة التزويج فى مورد و عدم صحته ضروريا بالنسبه الى شخص كالتزويج بالاخت الرضاعيه فلا يستفاد من القاعده صحته لان القاعده لا تتكفل للاثبات بل القاعده متكلفه للنفى.

و أيضا لو كان جعل الحكم على النحو الكلى ضروريا بالنسبه الى شخص كما لو كان جعل الديه موجبا للضرر بالنسبه الى زيد مثلا فانه يتأذى من الحكم المذكور بحيث يمرض و ربما يموت فهل يمكن ان يقال بأن الحكم المذكور يرتفع فلا تجب الديه و هل التزم بهذا اللازم احد من الفقهاء؟ كلا ثم كلا.

و أما قاعده لا حرج فمدرك القاعده عبارته عن قوله تعالى «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» و قوله «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ».

فان المستفاد من الجملتين ان الفعل الحرجى لا يجعل على المكلف فلا يجب عليه الموضوع الحرجى مثلا و لا يجب عليه الصوم الحرجى و هكذا و لا يستفاد منه جعل ما ليس صحيحا فى الشريعة صحيحا فيها و جعل ما لا

يكون طاهرا فيها طاهرا فيها وهكذا.

و أما حديث الرفع فالامر فيه اظهر اذ المستفاد من قوله عليه السلام رفع ما اضطرروا إليه أو ما استكروهوا عليه و نحوهما ان الفعل الحرام اذا اضطر المكلف الى فعله يسقط عنه المنع الشرعى و أيضا اذا اضطر المكلف الى ترك واجب شرعى يسقط عنه الوجوب و أيضا لو استكره على نكاح أو طلاق يكون مورد الاكراه فاسدا شرعا و اما لو اضطر المكلف الى العقد الفاسد كتزويج مرأه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩٠

محرمه عليه فهل يكون تزويجه صحيحا؟ كلا ثم كلا.

و الوجه فيه ان التزويج الباطل لا يكون محكوما بحكم كى يرتفع بالاكراه أو الاضطرار و عليه لو اضطر المكلف الى بيع الوقف لا يكون بيعه حراما تكليفا لكن المفروض ان بيع الوقف فاسد شرعا فلا مجال لان يقع صحيحا بالاضطرار أو الاكراه و ان شئت قلت الحكم الشرعى يرتفع بالاضطرار او الاكراه لا عدم الحكم الشرعى مثلا لو اضطر احد فى تزويج اخته أو أمه فهل يمكن ان يقال ان التزويج المحرم يصير حلالا و جائزا بالاضطرار او الاكراه؟ كلا.

و الوجه فى جميع هذه الموارد ان حديث الرفع يرفع الحكم المجعول من قبل الشارع عند الاكراه أو الاضطرار و بعبارة واضحة ان الشارع الاقدس لا يحكم بالوجوب أو الحرمة أو الصحة عند الاضطرار أو الاكراه و هذا لا يقتضى ان يحكم الشارع بالصحة عند الاضطرار الى عقد فاسد اذ حديث الرفع يقتضى الرفع لا الاثبات.

فتحصل مما تقدم انه لا دليل على صحة بيع الوقف فى شىء من هذه الموارد و ان القاعده الاولى تقتضى عدم الجواز فان الوقف بمقتضى جعل الواقف ساكن غير

متحرك كما ان مقتضى المنع الشرعى فساد بيعه الا ان يقوم دليل معتبر على الجواز فترفع اليد عن القاعده الاولى بسبب ذلك الدليل.

و أما بحسب القاعده الثانويه ففى المقام حديث رواه على بن مهزيار قال: و كتبت إليه ان الرجل ذكر ان بين من وقف عليهم هذه الضيعه اختلافا شديدا و انه ليس يأمن ان يتفاهم ذلك بينهم بعده فان كان ترى ان يبيع هذا الوقف و يدفع الى كل انسان منهم ما وقف

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩١

له من ذلك أمرته فكتب إليه بخطه و اعلمه ان رأى له ان كان قد علم الاختلاف ما بين اصحاب الوقف ان يبيع الوقف امثل فانه ربما جاء فى الاختلاف تلف الاموال و النفوس «١».

و هذه الروايه يستفاد منها جواز بيع الوقف فى الجملة و لا بدّ من ملاحظتها سندا و دلالة فنقول أما من حيث السند فقد ناقش فيها سيدنا الاستاد على ما فى تقريره الشريف و ضعف السند.

و لكن الظاهر انه لا اشكال فيها فان سندها تام لا غبار عليه.

و أما من حيث المتن فيشكل الالتزام بمضمونها فانه ذكر فى صدر الحديث ان خمس العين وقف له عليه السلام و امر ببيع حصته و الحال انه لم يحصل القبض بعد.

مضافا الى أنه كيف أمر عليه السلام ببيعه و الحال انه لا يجوز بيع الوقف لكن كون المصدر مورد الاشكال لا- يوجب سقوط الذيل عن الاعتبار اذا لم يكن فيه اشكال و قد ذكر فى ذيل الحديث ما يظهر منه ان الوقف الذى يكون مورد السؤال وقف موقت اذ لولاه يكون الثمن متعلقا لجميع البطون و الحال ان الظاهر من الحديث بل نصه

ان الثمن يختص بالموجودين فلا يمكن الاستدلال به على جواز بيع الوقف المؤبد.

اضف الى ذلك انه لو كان الوقف موقتا يلزم ان تكون العين فى غير زمان الوقف باقيا فى ملك الواقف و لا- وجه لكونه للموجودين ان قلت الامر بيد الواقف و له أن يجعل الوقف هكذا اى يجعل الوقف

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب الوقوف و الصدقات الحديث ٦، مرآت العقول ج ٢٣ ص ٦٠ الحديث ٣٠ فروع الكافي ج ٧ ص ٣٦ الحديث ٣٠.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩٢

بعد انتهاء امده للموجودين قلت لا دليل على صحه الاعتبار المذكور و الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها لا يكون مشرعا كى يلتزم بهذا اللازم.

اللهم الا- ان يقال ان الروايه تدل على كون الثمن للموجودين فيعلم ان الحكم الشرعى كذلك لكن لازمه الالتزام بكون العين بعد انتهاء الوقف للموجودين بلا- فرق بين جعل الواقف كذلك و عدم جعله فان مقتضى الاطلاق المقامى عدم الفرق بين الصورتين و هل يمكن الالتزام به.

و مما يوجب الاشكال فى الحديث ان المستفاد من قوله عليه السلام ان كان قد علم الاختلاف ما بين اصحاب الوقف الخ ان مجرد الاختلاف بين الموقوف عليهم يقتضى جواز البيع و لم يلتزم به الاصحاب.

و صفوه القول ان الحديث بماله من المفاد متروك مهجور فلا يكون دليلا على الجواز فى مورد فتوى الاصحاب بالجواز فيكون الالتزام بالجواز على خلاف القواعد الاولى و الثانويه فلاحظ.

«قوله قدس سره: اما الجواز فى الاول فلما مرّ من الدليل»

الخ و قد عرفت الاشكال فى الاستدلال على الجواز بما استدل قدس سره و قلنا لا دليل على الجواز بل الدليل قائم على المنع.

«قوله قدس سره: فان

الغرض من عدم البيع»

الخ لا- دليل على مراعاة غرض الواقف بل اللازم مراعاة ما جعله و اعتبره و المفروض انه اعتبر السكن و التوقف و قلنا الحركة تنافى السكن مضافا الى قيام الدليل على فساد بيع الوقف لاحظ

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩٣

النصوص التى تدل على ان قوام الوقف بالبقاء و عدم البيع.

«قوله قدس سره: و انصراف النصوص الى غير هذه الصورة»

لا- وجه للانصراف المدعى فان الحكم بعدم الجواز مترتب على الوقف و المفروض تحقق العنوان فى مورد الكلام فإى وجه للانصراف مضافا الى انا ذكرنا ان الواقف اعتبر كون العين ساكنه فنسأل ان البيع يقع على العين الموقوفه أم يقع على العين غير الموقوفه اما على الاول فيلزم اجتماع الضدين و اما على الثانى فيما ذا زال عنوان الوقفيه و صار ملكا طلقا.

اضعف الى ذلك ان بقاء الملكيه بعد زوال عنوان الوقف بما ذا ثبت فان التمليك له اسباب خاصه و هذه الملكيه الثابته فى العين غير الموقوفه باى سبب تحققت اذ من الظاهر ان قوله عليه السلام الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها لا- يكون مشرعا فالانصاف ان اتمام الامر بالصناعه مشكل.

«قوله قدس سره: نعم قد يشكل الامر فيما لو فرض تضرر البطن الموجود»

الخ.

هذا على فرض تماميته انما يتم على مسلک المشهور فى مفاد القاعده و اما على المسلک المنصور فلا.

«قوله قدس سره: اشكال»

يمكن أن يكون وجه الاشكال معارضه ضرر البطن الموجود مع ضرر البطن اللاحق و بعد التعارض و التساقت تصل النوبه الى حرمه بيع الوقف لكن قد مر منه قريبا ان دليل المنع منصرف عن الصوره الا ان يقال لا ينصرف عن صورته التعارض.

عمده المطالب فى التعليق على

«قوله قدس سره: او حق الواقف و ساير البطون المتأخره»

الخ اذا كان المدار غرض الواقف و انشائه فما معنى تردد الامر بين الطرفين و اذا كان المدار امر آخر فلا بد من بيانه كى نرى ما يترتب عليه و الانصاف ان كلمات الماتن كغيره مضطربه.

«قوله قدس سره: اضاعه و اتلاف للمال»

اذا كان كذلك فلا بد من الالتزام بانتهاء الوقف فان حرمة اتلاف المال لا تقتضى صحه ما لا يكون صحيحا فلاحظ.

«قوله قدس سره: و اما المنع فى غير هذا القسم»

هذه الوجوه كلها ناهضه للمنع عن البيع فى غير هذا القسم و قلنا لا وجه للانصراف و على فرض التنزل و عدم الشمول قلنا لا وجه لكون العين مملوكة للبطن الموجود اوله و للبطون اللاحقه و عليه لا- وجه لجواز بيعها فانه لا- بيع الا- فى ملكك و تحقق الملكيه اول الكلام و الاشكال بل مقتضى القاعده عدم حصولها فانه لو أغمض عن الدليل الاجتهادى فلا اقل من الاصل فان مقتضى الاستصحاب عدم صيرورتها مملوكة للموقوف عليه فلاحظ.

«قوله قدس سره: هذا كله مضافا الى الاستصحاب فى جميع هذه الصور»

لا- مجال للاستصحاب فى الحكم الكلى لمعارضه مع استصحاب عدم الجعل الزائد مضافا الى انه لا مجال للاصل مع الدليل الاجتهادى و المفروض ان الدليل على حرمة بيع الوقف تام.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩٥

«قوله قدس سره: و ان المراد بالمال هو الوقف»

لا يظهر ما افاده من الحديث بل الظاهر من المال مطلقه بلا اختصاص بالعين الموقوفه.

«قوله قدس سره: فيكون حاصل التعليل»

الخ بل حاصل التعليل ان الاختلاف بين الموقوف عليهم يقتضى جواز البيع اذ ربما يتحقق تلف الاموال و النفوس.

و صفوه القول

ان الاستفادة من الحديث انه لو وقع خلاف بين اصحاب الوقف يرتفع بيعه يجوز البيع و ملاك الجواز امكان تلف المال أو النفس و بعبارة واضحة المذكور في الحديث بحسب الظهور العرفي حكمه يجعل لا علتة فلا يدور الحكم وجودا و عدما مداره.

«قوله قدس سره: بل كلما خيف تلف مال جاز بيع الوقف»

بل لا يشترط خوف التلف بل و لا يشترط حتى احتمال تلف المال أو النفس اذ قد ذكرنا ان الاستفادة من الحديث ان تلف المال و النفس حكمه يجعل فيكون المقام نظير وجوب العده على المرأه المدخول بها فان العده واجبه و لو مع العلم بعدم اختلاط المياه.

و في المقام يكفي للجواز الاختلاف بين اصحاب الوقف و الحكمه في الجواز انه ربما يؤدي الاختلاف الى تلف المال أو النفس و الشاهد على ما ذكرنا قوله عليه السلام تلف الاموال و النفوس و الاتيان بصيغه الجمع في المال و النفس و الحال انه لا يشترط في تحقق موضوع الجواز تلف الاموال و النفوس.

و بعبارة واضحة الظاهر من كلامه عليه السلام ان حكمه الجواز انه ربما يتفق تلف المال أو النفس فيجوز البيع مع الاختلاف حتى

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩٦

فيما لا يحتمل تلف المال و النفس اذ الحكمه للجعل امكان وقوع تلف المال أو النفس و الظاهر من كلمه ربما انه قد يتفق ذلك و العرف ببابك.

«قوله قدس سره: و ان لم يكن لها دخل في الوقف»

الانصاف ان الظاهر من الحديث ان الموضوع الاختلاف الناشى من الوقف لا الاختلاف على الاطلاق.

«قوله قدس سره: عموما من وجه»

فماده الاجتماع من الطرفين ما لو علم بكون بقاء الوقف مؤديا الى الخراب و عدم البيع

يوجب تلف الاموال و النفوس و مادتا الافتراق العلم بتحقيق خراب الوقف بلا- ترتب تلف الاموال و النفوس و تلف الاموال و النفوس بلا ترتب خراب الموقوفه.

و لكن الحق ان النسبه بين فتوى المشهور و مفاد الحديث عموم مطلق اذ يشمل الحديث كل مورد يعلم بكون الخلاف مؤديا الى خراب الوقف و لكن يفترق الحديث من قول المشهور فيما يكون الاختلاف موجودا بين اصحاب الوقف و لا علم بتحقيق خراب العين فلاحظ.

«قوله قدس سره: لا يوجب ظهور السؤال فى الوقف المنقطع»

كيف لا يوجب مع ان الظاهر من الحديث كون الوقف منقطعاً و عليه لا دليل على جريان الحكم فى الوقف الدائم و جواز البيع فى الوقف المنقطع على القاعده اذ لا تخرج العين عن ملك الواقف ازيد من المقدار الذى تعلق به اعتبار السكون و وقوف العين عن الحركة.

و الانصاف انه لا مانع عن الاخذ بإطلاق الحديث فان قوله

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩٧

عليه السلام ان كان قد علم الاختلاف بين اصحاب الوقف مطلق و الميزان فى باب الظهور بإطلاق الجواب لا بخصوص السؤال فيمكن ان يقال ان السؤال عن الوقف الموقت و لكن الجواب عن حكم مطلق الوقف و انه يجوز بيعه عند بروز الخلاف بين الاصحاب.

و هل يمكن الالتزام بمفاد الحديث؟ فان مقتضاه جواز بيع الوقف بمجرد ظهور الخلاف بين الموقوف عليهم و ان شئت قلت لا ارتباط بين فتوى المشهور و التزامهم بالجواز فى فرض العلم أو الظن لصيروره الوقف خراباً و بين ترتب الجواز عند ظهور الخلاف بين اصحاب الوقف.

«قوله قدس سره: اعنى الحبس»

لا وجه لحمل الوقف على الحبس فان الوقف المنقطع اذا كان صحيحاً فلا ملزم لحمل

قوله عليه السلام على الحبس بل كلامه عليه السلام نص في الوقف المنقطع.

«قوله قدس سره: بفهم الاصحاب الوقف المؤبد التام»

قد ذكرنا ان الميزان بإطلاق الجواب و جوابه عليه السلام مطلق يشمل كلا القسمين فلا تنافى بين ظهور السؤال فى المنقطع و ظهور الجواب فى الاطلاق

«قوله قدس سره: و يبقى الكلام فى تعيين المحتملات»

الخ.

اذا تعدد الاحتمال فى لفظ يكون مرجعه الى اجمال ذلك اللفظ فلا بد من الاقتصار على القدر المتيقن منه و لا وجه لترجيح احد احتمالات الا ان يقوم دليل معتبر مفسر و مبيّن لذلك الاحتمال.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩٨

«قوله قدس سره: و قد عرفت الاظهر منها»

أين عرفنا المدعى؟

«قوله قدس سره: كان اولى»

مرجعه الى رفع اليد عن الاطلاق و الاخذ بالمقدار المتيقن لكن ما افاده مبنى على ما استفادوا من الحديث من ان الموضوع للجواز تلف الأموال و النفوس و على هذا لا بدّ من فرض تلف الاموال و النفوس أى يلزم ان يتحقق تلف الاموال بصوره الجمع كالنفوس.

و يرد عليه أولاً ان الظاهر من الحديث ليس ما فهموا منه و ثانياً انه على هذا التقدير لا خصوصيه لتلف خصوص الوقف.

اذا عرفت ما ذكرنا فاعلم ان الظاهر من الحديث كما قلنا كفايه الاختلاف فى جواز بيع الوقف و الاطلاق محكم و انما نرفع اليد عنه بالمقدار الذى يقطع بكونه مخالفاً مع الواقع و الله العالم.

و قد ذكرنا ان المتفاهم من كلامه عليه السلام ان الموضوع للجواز انه قد يتفق ترتب تلف المال أو النفس على الاختلاف بين الموقوف عليهم فلاحظ.

و اما الوقف المنقطع

اشاره

«قوله قدس سره: و اما الوقف المنقطع و هو ما اذا وقف على من ينقرض بناء على صحته كما هو

المعروف»

يقع الكلام فى هذا المورد فى مقامين:

المقام الأول: فى صحة الوقف المنقطع و عدمها.

إشاره

المقام الثانى:

فى حكمه من حيث جواز البيع و عدمه.

أما المقام الأول: فنقول: تاره يطلق الوقف المنقطع و يراد به الوقف الموقت بوقت كعشر سنوات مثلا و اخرى يطلق و يراد به

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩٩

الوقف على من ينقرض و هو الوقف المنقطع الاخر.

اما الواقف الموقت فقال سيدنا الاستاد فى منهاجه فى كتاب الوقف فى المسأله ١٣ لا يجوز فى الوقف توقيته بمره فاذا قال دارى وقف على اولادى سنه أو عشر سنين بطل.

و ما يمكن ان يقال فى تقريب البطلان وجوه

الوجه الأول الاجماع

وفيه ما فيه.

الوجه الثانى: أن التأيد معتبر فى قوام الوقف.

وفيه انه اول الكلام و لذا نرى ان الشيخ قدس سره صرح بان الوقف على المنقرض صحيح على ما هو المعروف بين الاصحاب و مرجع المنقطع الى الموقت.

الوجه الثالث: الوقوف الصادره عن الائمه عليهم السلام كانت مؤبده

لاحظ خبرى عجلائن «١» و ربيعى بن عبد الله «٢».

و لاحظ حديث عبد الرحمن بن الحجاج قال: اوصى ابو الحسن عليه السلام بهذه الصدقه هذا ما تصدق به موسى بن جعفر تصدق بارضه فى مكان كذا و كذا كلها و حدّ الارض كذا و كذا تصدق بها كلها و نخلها و ارضها و قناتها و مائها و ارحابها و حقوقها و شربها من الماء و كل حق هو لها فى مرفع أو مظهر أو عرض أو طول أو مرفق أو ساحه أو اسقيه أو متشعب أو مسيل أو عامر أو غامر تصدق بجمع حقوقه من ذلك على ولد صلبه من الرجال و النساء الى ان قال: لا يحل لمؤمن يؤمن بالله و اليوم الاخر ان يبيعها و لا

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٤.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ص ٤١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠٠

يتاعها و لا يهبها و لا ينخلها و لا يغير شيئا مما و صفته عليها حتى يرث الله الارض و من عليها الحديث «١».

و فيه ان فعلهم لا يدل على الحصر.

الوجه الرابع: انه لا بدّ من الاقتصار على القدر المتقين و لا ندرى مشروعيه الوقف الموقت.

و فيه انه يكفى للقول بالصحة قولهم عليهم السلام فى عده روايات الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها اذ لو صدق عنوان الوقف على الموقت يترتب عليه الامضاء الشرعى بمقتضى القول المذكور الصادر عنهم عليهم السلام.

اضف الى ذلك ان ما رواه الصفار «٢» يدل على الجواز بوضوح فانه يفهم من اطلاق هذه الروايه ان الامر بيد الواقف و عليه يجوز التوقيت اللهم الا ان يقوم اجماع كاشف عن البطلان الشرعى هذا بالنسبه الى الوقف الموقت.

و أما الوقف على من ينقرض الذى يكون المعروف عندهم

جوازه، فقال سيدنا الاستاد في منهاجه في المسأله ١٤ اذا وقف على من ينقرض كما اذا وقف على اولاده و اولاد اولاده صح وقفا

و يمكن الاستدلال على الصحه في الفرض المذكور مضافا الى ما تقدم بما رواه على بن مهزيار «٣».

فانه يفهم من صدر الحديث و من ذيله جواز الوقف على من ينقرض فان الصدر يدل على جواز الوقف لخصوص الامام عليه السلام و الذيل يدل على جواز الوقف لطائفه خاصه فان قول الراوى

(١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب الوقوف و الصدقات الحديث ٥.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤١.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٩٠.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠١

فان كان ترى ان يبيع هذا الوقف و يدفع الى كل انسان منهم ما وقف له من ذلك امرته يدل على ان الوقف يختص بالموجودين و العرف ببابك فلا اشكال فى جوازه ظاهرا هذا كله بالنسبه الى المقام الأول.

و أما

المقام الثانى و هو بيان حكم بيع الوقف المنقطع

فنتعرض له ان شاء الله تعالى عند تعرض الشيخ فانتظر.

«قوله قدس سره: فاما ان نقول ببقائه على ملك الواقف»

الظاهر من كلامه انحصار الصور فى المذكورات و الحال انه تتصور فى المقام صورته اخرى و هى عدم خروج العين من ملك الواقف الا- فى مقدار خاص من الزمان اذ المفروض ان الوقف منقطع و لا- مقتضى لخروج العين عن ملك الواقف ازيد من المقدار الخاص.

و بما ذكرنا يظهر بطلان بقيه الوجوه اما بقاء العين فى ملك الواقف فلا وجه له مع فرض كون الوقف للموقوف عليهم و الوقف اخراج عن الملك و ادخال للعين فى ملك الموقوف عليه.

و أما القول الثانى فأیضا لا وجه له اذ باى ميزان تدخل العين فى

ملك الموقوف عليهم ازيد من زمان الوقف و لا مقتضى له و لا دليل على صحه تملك العين من الغير بغير الاسباب المعروفة فى الشريعه المقدسه.

و منه يظهر فساد القولين الآخرين اذ على فرض دخول العين فى ملك الموقوف عليهم لا وجه لرجوعها الى ملك الواقف كما لا وجه لصيرورتها فى سبيل الله.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠٢

«قوله قدس سره: من حيث لزوم الغرر»

الخ يرد عليه أولا انه لا دليل معتبر على بطلان الغرر. و ثانيا ان الغرر عبارته عن الخطر و يمكن تصوير المسأله على نحو لا يصدق عليها عنوان الغرر فى نظر العرف.

«قوله قدس سره: لان معرفه المجموع المركب من ملك البائع و حق المشتري لا توجب معرفه المبيع»

الجهل بالمبيع لا- يستلزم تحقق الغرر فلا- وجه للاستدلال به على المنع لكن يمكن ان يمنع عن البيع بتقريب آخر و هو انه قام الدليل على عدم جواز بيع الوقف و ان بيعه غير صحيح فلا- مجال لتقريب الجواز و منعه بلزوم الغرر ثم منع الغرر أولا- و عدم الدليل على ابطاله ثانيا فانه لا تصل النوبه الى هذه المرحله اذ المفروض عدم جواز بيع العين الموقوفه بالنصوص فلاحظ.

«قوله قدس سره: نعم لو انتقل الى الواقف ثم باع صح جزما»

اذ المقتضى موجود و لا مانع فان المفروض انقضاء مده الوقف فله البيع.

«قوله قدس سره: اللهم الا ان يكون على وجه الاسقاط»

الخ لا مجال للتقريب المذكور اذ قلنا ان الدليل قائم على عدم جواز بيع الوقف فما دام وقفا لا يمكن البيع شرعا.

«قوله قدس سره: كما يدل عليه كلامه»

القياس مع الفارق فان بيع المحبوس لا مانع منه و اما الوقف فلا يجوز بيعه

فلا وجه جامع بين الطرفين.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠٣

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعله يشير بامرہ بالتأمل الى انه لا فرق بين كونه مالكا للمنفعه و كونه مالكا للانتفاع فان مالک الانتفاع ليس له الاسقاط و الحق انه لا مجال لهذه الابحاث فى المقام مع قيام الدليل على المنع.

«قوله قدس سره: و لا للموقوف عليه»

المتعين ان يستدل على عدم الجواز بالنصوص الداله على المنع عن بيع الوقف.

«قوله قدس سره: الا اذا جوزنا بيع ملك الغير»

الخ قد ظهر مما تقدم انه لا مجال لما افاده فان مقتضى قوله لا يجوز بيع الوقف ان البيع الواقع على الوقف باطل و لا يكون قابلا للصحح بالاجازة المتأخره اذ الشىء لا ينقلب عما هو عليه و بعبارة واضحة بيع الوقف خلاف حق الله فلا يصح بالاجازة المتأخره كما حقق فى بحث الفضولى فلا موضوع للبحث.

«قوله قدس سره: لزم البيع»

ما افاده نظير ان يقال اذا بيع شىء غررا و بعد يوم ارتفع الغرر لزم البيع و هل يمكن القول به؟ كلا ثم كلا.

«قوله قدس سره: ثم ان ما ذكرنا فى حكم الوقف المنقطع»

الخ لا افهم معنى محصلا لما افاده من التفصيل فى المقام فان الوقف المنقطع باى نحو يتصور تجرى فيه الاقوال بلا فرق و لعله ناظر الى دقيقه لم افهمها.

و محصل الكلام فى المقام ان مقتضى القاعده الاولى عدم جواز بيع الوقف الا فى مورد الاجماع و التسالم بحيث يقطع بالجواز أو

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠٤

يشمله التوقيع الشريف الصادر من الناحيه المقدسه.

و صفوه القول انّ المستفاد من الحديث المشار إليه انه يكفى لجواز البيع كونه مقدورا و بعبارة واضحة يستفاد من التوقيع الشريف

جواز بيع الوقف على الاطلاق، نعم الحديث الشريف، لا يشمل الاوقاف العامه بل يختص الحكم فيه بالاوقاف الخاصه كالوقف الذرى فما دام لم يقم دليل على المنع نلتزم بالجواز

و اما حديث ابن مهزيار فيدل على جواز البيع فى صورته بروز الخلاف بين اصحاب الوقف فان قلنا بأن جواب الامام عليه السلام مطلق يشمل مطلق الوقف و يكون اللام للجنس فيكون الحكم المذكور حكما لمطلق الوقف بلا فرق بين الموقت و الدائم.

و ان قلنا بكون للكلام للعهد كما ليس ببعيد او قلنا بالاجمال يختص الحكم بخصوص الوقف المنقطع و يبقى غيره تحت دليل المنع عن البيع مع قطع النظر عن التوقيع ثم انه لا- يخفى ان هذه الروايه يختص بالوقف الخاص بلا اشكال و لا كلام و العرف ببابك و لا- تشمل الوقف العام و عليه يبقى الوقف العام تحت قانون المنع عن البيع و الله العالم بحقائق الاشياء و هو المستعان هذا تمام الكلام فى بيع الوقف.

و حيث ان البحث عن أحكام العبيد و الاماء بلا فائده فى هذه الأزمنه فلا موجب للدخول فيه و عليه يقع الكلام فى بيع الرهن ان شاء الله تعالى.

[مسأله و من اسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا]

اشاره

«قوله قدس سره: مسأله و من اسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا»

يقع الكلام فى هذه المسأله فى مقامات.

المقام الأول: فى مقتضى القاعده الأوليه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠٥

و انه هل يجوز بيع العين المرهونه أم لا؟

فنقول القاعده الاوليه تقتضى جواز بيعه اذ المفروض ان الرهن لا يخرج العين المرهونه عن ملك مالکها فيجوز بيعها بمقتضى اطلاق قوله تعالى «احل الله البيع» و قوله تعالى أيضا «الا ان تكون تجاره عن تراض».

غايه الامر تكون العين ناقصه من حيث تعلق حق المرتهن و فى معرض الخطر فاذا كان المشتري جاهلا يثبت له الخيار بمقتضى الشرط الارتكازى الضمنى و اما مع علمه بالحال فلا وجه للخيار.

و اما ما افاده الشيخ قدس سره فى اثناء كلامه من تنافى جواز البيع و الرهن فلا يكون تاما اذ لا تنافى بين الامرين.

و بعبارة واضحه: لا نرى معانده بين الامرين فيصح البيع على طبق القاعده الاوليه.

المقام الثاني: في أنه هل قام دليل معتبر على المنع و ان بيعه فاسد أم لا؟

اشاره

فنقول ما يمكن أن يذكر في تقريب المنع وجوه.

الوجه الأول: النبوي المشهور بين الاصحاب

عن النبي صلى الله عليه وآله: الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن «١» فان قوله صلى الله عليه وآله الراهن والمرتهن الخ يقتضى فساد بيعه على الاطلاق فان الجمود على الاطلاق يقتضى ان بيعه من قبل الراهن باطل حتى مع الاذن من المرتهن لكن الحديث ساقط عن الاعتبار سندا ولا جابر له فلا يعتد به.

الوجه الثاني الاجماع المنقول في المقام

كما في كلام الشيخ

(١) مستدرک الوسائل ج ١٣ الباب ١٧ من ابواب كتاب الرهن الحديث ٦.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠٦

قدس سره و قد ذكرنا كرارا عدم اعتبار الاجماع المنقول فلا اثر له.

الوجه الثالث: تسالم الاصحاب عليه

و كون البطلان ارتكازيا في اذهان اهل الشرع و الشريعة بل يمكن أن يقال ان عليه السيره العقلائييه فلا مجال للاشكال و التأمل غايه الامر لا اشكال في جوازه مع توافق الطرفين عليه فانه لا دليل معتبر على بطلانه في الفرض.

المقام الثالث في انه على القول بالبطلان فهل يكون قابلا للصحح بالاجازه المتأخره أو بفك الرهن أم لا؟

اشاره

فلا بد من بسط الكلام و تحقيق الحال في ضمن فروع ثلاثه.

الفرع الأول: انه لو باع الراهن العين المرهونه بلا اذن من المرتهن و بعد ذلك اجاز المرتهن البيع فهل يكون صحيحا بالاجازه

فقول مقتضى القاعده الاولى عدم صحته بالاجازه المتأخره اذ المفروض ان العقد وقع باطلا و الشىء لا ينقلب عما هو عليه فالمانع الحدوثى مانع بقاء

و لكن لا بد من رفع اليد عن القاعده الاولى بالنص الخاص الوارد فى هذا المورد و هو ما رواه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده فقال: ذاك الى سيده ان شاء اجازته و ان شاء فرق بينهما قلت: اصلحك الله ان الحكم بن عتيبه و ابراهيم النخعى و اصحابهما يقولون: ان اصل النكاح فاسد و لا تحل اجازته السيد له فقال ابو جعفر عليه السلام: انه لم يعص الله و انما عصى سيده فاذا اجازته فهو له جائز «١».

فان مقتضى هذه الروايه التفصيل فى شروط العقود فان كان

(١) الوسائل الباب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠٧

الشرط من حقوق الله كان فقدانه موجبا للفساد و لا يكون قابلا لعروض الصحه بعد ذلك و ان كان من حقوق الناس يكون قابلا للصحه بالاجازه المتأخره.

و لا- يضر بالاستدلال ورود الحديث فى مورد خاص اذ مقتضى التعليل التعميم و عليه لو باع الراهن العين بلا اجازته المرتهن و بعد ذلك اجاز المرتهن العقد الصادر من الراهن يصح العقد بالاجازه

و فى المقام يتفرع فروع الفرع الأول انه بعد اجازته المرتهن العقد الصادر عن الراهن أو اذا فرضنا ان البيع وقع باجازه من المرتهن فهل تبقى العين المرهونه مرهونه على ما كانت أم ينفك الرهن و تصير العين مرسله؟

فتاره نقول بالتنافى بين البيع و الرهن

كما يظهر من كلام الشيخ فلا اشكال في الانفكاك و ارتفاع الرهنه و اخرى نقول بعدم التنافي كما قلنا و عليه يكون مقتضى القاعده بقاء الرهن بحاله و لا مقتضى لارتفاع عنوانه الا ان يقوم دليل عليه.

الفرع الثاني: انه لو لم يجز المرتهن العقد لكن المرأه بعد البيع فك الرهن فهل يصح البيع أم لا؟

الظاهر انه لا وجه للجواز و الصحه اذ المفروض ان العقد صدر باطلا و المفروض انه لم يجز من قبل المرتهن فلا وجه لعروض الصحه عليه.

الفرع الثالث: عين الفرض الثاني و لكن نفرض ان البائع بنفسه بعد فك الرهن يجيز العقد الصادر منه فهل يمكن الحكم بالصحه باجازه أم لا؟

الظاهر انه لا يمكن اذ المفروض ان المؤثر حين العقد اجازه المرتهن و انه لم يتحقق.

قَمِي، سيد تقى طباطبائي، عمدہ المطالب في التعليق على المكاسب، ٤ جلد، كتابفروشى محلاتى، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق
عمده المطالب في التعليق على المكاسب؛ ج ٣، ص: ١٠٨

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠٨

و المستفاد من حديث زراره ان اجازه من بيده الامر تؤثر في الصحه و لم يكن البائع بعد البيع مصداقا لعنوان من بيده الامر بل من بيده الامر هو المرتهن و المفروض عدم اجازته فمن يكون اجازته مؤثره لم يجز و من اجاز ليس بيده الامر فلاحظ و تأمل.

و ان شئت قلت انه عليه السلام علل الحكم بالجواز بقوله انه لم يعص الله و انما عصى سيده فاذا اجاز جاز فيلزم ان تصدر الاجازه ممن عصى و من عصى هو المرتهن.

المقام الرابع: ان المرتهن لو اجاز العقد الصادر عن الراهن فهل يكون ناقله أم تكون كاشفه؟

الحق انه لا فرق في الاجازه في المقام و الاجازه في العقد الفضولى و قد اخترنا هناك ان القاعده تقتضى كون الاجازه كاشفه كاشفا انقلابيا أى يحكم بتحقيق الملكيه بالاجازه من زمان العقد و لا محذور فيه كما مرّ في بحث الفضولى.

«قوله قدس سره: و ثانيا ان المتيقن من الاجماع و الاخبار»

الخ.

فيكون المنع عن الاستقلال و أما التصرف الممضى من قبل المالك أو من بيده الامر فلا يكون مشمولا للمنع و لا يكون داخلا

فى معقد الازماع فعليه كما ان تصرف المرتهن فى العين مع اجازه المالك لا يكون ممنوعا كذلك تصرف المالك مع اجازه المرتهن لا يكون مورد المنع هذا حاصل كلامه فى المقام.

لكن نسال انه لو تصرف احدهما بلا اذن من الاخر فما دام لا تتحقق اجازه من الاخر هل

يكون العقد صحيحا و مؤثرا أم لا؟

لا سبيل الى الاول اذ لا اشكال فى أن العقد الموقوف على الاجازة المتأخره لا يكون مؤثرا و لذا انكرنا الكشف الحقيقى و قلنا لا بدّ من القول بالنقل غايه الامر الاقوال فى النقل مختلفه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠٩

و عليه فما الدليل على تأثير الاجازة المتأخره و دليل اثبات الصحه بالاجازة منحصر فى حديث زراره و ما افاده قدس سره من الرجوع الى العموم فى غير المقدار المعلوم و مقتضاه الصحه غير تام فان قوله تعالى «احل الله البيع» لم يشمل العقد الصادر عن الفضولى و بعد الاجازة نساء هل ينقلب العقد الفضولى عن عنوانه أم لا؟ لا سبيل الى الاول فان الشىء لا ينقلب عما هو عليه.

و أما على الثانى فالمفروض ان عقده صدر باطلا. ان قلت:

الاجازة توجب صحه انتساب العقد الى المجيز فكان المجيز باجازته باع فى ذلك الزمان.

قلت: لا- مجال لهذه المقاله فان العقد عباره عن الاعتبار النفسانى و ابراز ذلك الاعتبار بمبرز من فعل أو قول و من الظاهر ان الاعتبار أمر تكوينى كما ان الابرار كذلك و هل يمكن اسناد امر تكوينى الى غير الفاعل بالاجازة و الرضا؟ كلا ثم كلا.

و على هذا الاساس قلنا فى بحث الفضولى بان الفضولى باطل على مقتضى القاعده الاولى نعم نرفع اليد عن القاعده بالنص الخاص و هو حديث زراره.

أضف الى ذلك ان البيان المذكور لا- يجرى فيما نحن فيه اذ المفروض ان العقد صدر عن المالك غايه الامر بلا اذن من المرتهن فالمقتضى تام انما الكلام فى أنه مقرون بالمانع فلا سبيل الى الصحه غير النص الخاص الوارد فى الباب المشار إليه و

بعبارة واضحة لو فرضنا تماميه التقريب المذكور فى باب الفضولى لا يتم فى المقام لان العقد صدر عن المالك فلا تكون اجازته المرتهن مؤثره فى الانتساب فانه تحصيل للحاصل.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١٠

«قوله قدس سره: و قد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع»

الخ.

حاصل الاشكال انه لا يمكن اجتماع الرهن و البيع فكيف يمكن القول بصحة بيع الراهن مع اجازته المرتهن و اجاب عن الاشكال بأن القائل بالصحة يلتزم ببطلان الرهن فلا- مجمع لهما و يرد عليه انه ما المانع من الاجتماع و أى دليل دل على عدم امكان اجتماع البيع و الرهن.

و الذى يدل على الامكان جواز رهن مال الغير مثلا لو استدان أحد و جعل دار صديقه رهنا عند الدائن يجوز فأى مانع من انتقال المبيع الى الغير معنونا بعنوان كونه مرهونا و على هذا الاساس لا- وجه للمقايسه بين المقام و البيع الفضولى فعلى فرض توجه الاشكال فى البيع الفضولى لا يتوجه الاشكال فى المقام لعدم التنافى بين الامرين و يمكن اجتماع كون العين مرهونه و مع ذلك يقع عليها البيع هذا ما يرتبط بالمقام.

و أما فى مسأله البيع الفضولى فلا اشكال اذ لو قلنا بأن الاجازة ناقله بتمام معنى الكلمه فالامر ظاهر و ان قلنا بالكشف الحكمى أو الانقلابى فأیضا لا اشكال اذ زمان الاعتبار مختلف و ان كان زمان المعتبر متحدا ففى يوم السبت يعتبر كون الدار لزيد و اما فى يوم الاحد فيعتبر كونها فى يوم السبت لبكر و لا تنافى بين الامرين.

«قوله قدس سره: الا ان الظاهر من بعض الاخبار»

الخ.

لا يبعد أن يكون ناظرا الى حديث العروه البارقي فان الاستفادة من ذلك الحديث ان الاجازة كاشفه

اذ لو لم تكن كاشفه كان تصرف العروه حراما هذا ما يرجع الى كلامه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١١

لكن يرد عليه أولا- ان الحديث ضعيف سندا و ثانيا ان القول بالكشف مرجعه الى النقل فلا- فرق بين القولين من هذه الجبهه الا-على القول بالكشف الحقيقى الذى لا- نقول به و لا- يمكن القول به و الحق ان القاعده الاولييه تقتضى القول بالكشف الانقلابى.

«قوله قدس سره: و هل ينفع الاجازه بعد الرد وجهان»

الخ.

الحق ان الاجازه بعد الرد تؤثر فى المقام كما تؤثر فى باب العقد الفضولى اذ لا وجه للسقوط و بعبارة اخرى لا دليل على ان الرد قبل الاجازه موجبا لسقوط الاجازه عن التأثير فلاحظ.

«قوله قدس سره: و يحتمل عدم لزوم العقد»

الخ هذا هو الصحيح فانه لا دليل على تحقق الصحه بالابراء أو الاسقاط أو الاداء و قياس السقوط بالاجازه فى زمان الحق مع الفارق فان اجازه المرتهن انما تؤثر بمقتضى التعليق المذكور فى حديث زراره و أما سقوط الحق فلا دليل على كونه سببا للصحه و ان شئت قلت حين صدور العقد كان المانع للتأثير موجودا و فى زمان انتفاء المانع لا مقتضى و لا سبب لحصول المطلوب.

«قوله قدس سره: مضافا الى استصحاب عدم اللزوم»

الخ.

الاولى ان يقال مضافا الى استصحاب عدم الملكيه فان بيع الراهن لم يؤثر فى حصول الملكيه و اذا شك فى حصولها بعد سقوط الحق يكون مقتضى الاستصحاب عدمها.

«قوله قدس سره: اذ ليس فى اللفظ عموم زمانى»

الخ.

اذا كان المدرك دليل وجوب الوفاء بالعقد كما رامه فلما ذا يحكم بعدم العموم الزمانى فيه و الحال ان مقتضى دليل وجوب الوفاء العموم

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١٢

فان وجوب الوفاء لا يختص بزمان دون آخر بل مقتضى الاطلاق وجوبه فى كل زمان لكن اصل المبني فاسد فانا ذكرنا مرارا ان دليل وجوب الوفاء دليل اللزوم لا دليل الصحة و لا يمكن ان يكون دليلا على الصحة فلاحظ.

«قوله قدس سره: بعض الروايات»

لاحظ ما رواه معاويه بن وهب قال: جاء رجل الى أبى عبد الله عليه السلام فقال انى كنت مملوكا لقوم و انى تزوجت امرأه حره بغير اذن موالى ثم اعتقونى بعد ذلك فاجدد نكاحى اياها حين اعتقت فقال له أ كانوا علموا انك تزوجت امرأه و انت مملوك لهم فقال نعم و سكتوا عنى و لم يغيروا علىّ قال فقال سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم اثبت على نكاحك الاول «١».

«قوله قدس سره: فالمقام من باب وجوب العمل بالعام»

قد تقدم منا انه لو لا النص أى حديث زراره لم يكن وجه للصحة اذ بعد عدم شمول الدليل للعقد المقرون بالمانع لا يشملته بعده لما ذكرنا من ان الشىء لا ينقلب عما هو عليه و المفروض انه حين حدوثه كان مقرونا بالمانع و العقد المقرون بالمانع باطل و لا يعقل ان يشملته دليل الصحة.

«قوله قدس سره: فافهم».

لعل الامر بالفهم اشاره الى ما ذكرنا.

«قوله قدس سره: ثم ان لازم الكشف كما عرفت فى مسأله الفضولى»

و قد ذكرنا كرارا ان الكشف الحقيقى لا دليل عليه فعلى جميع

(١) الوسائل الباب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١٣

التقدير تكون الاجازة ناقله و عليه لا مجال للقول بلزوم العقد اذ قبل الاجازة لا يتحقق شىء كى يكون لازما أو جائزا.

و بعبارة اخرى قبل الاجازة لا موضوع للجواز و

اللزوم فلا- يجب على العاقد شىء قبل الاجازة أو قبل الفك أو الابرء على القول بكونهما مؤثرين فى صحه العقد السابق و لا مجال للابحاث المذكوره فى المقام كما هو ظاهر بالتأمل فيما ذكرنا.

«قوله قدس سره: وجهان».

بل الحق تعين بيع العين المرهونه و لا- يوجب بيعها ابطال البيع الصادر عن المالك اذ قد مرّ منا انه لا تنافى بين الامرين فيجبر المشتري على البيع و على فرض امتناعه يقدم الحاكم بنفسه فانه ولى الممتنع فلاحظ.

[مسأله: الثالث من شروط العوضين القدره على التسليم]

اشاره

«قوله قدس سره: مسأله: الثالث من شروط العوضين القدره على التسليم»

يقع الكلام فى هذه المسأله فى مقامين.

المقام الأول: فى مقتضى القاعده الاولى.

المقام الثانى فيما تقتضيه الادله الثانويه.

أما المقام الأول فنقول: القاعده الاولى تقتضى الجواز و عدم الاشتراط فان مقتضى اطلاق دليل حليه البيع و تجاره عن تراض جواز البيع مع عدم القدره على تسليم المبيع و تسلمه و هذا لا غبار عليه.

ان قلت: مع عدم القدره على التسليم يكون العقد سفهيا فيكون باطلا. قلت: يرد على التقريب المذكور، أولا: انه يمكن تصوير الامر بنحو لا يكون سفهيا كما لو كان مصلحه فيه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١٤

و ثانيا: انه لا دليل على بطلان العقد السفهى و انما الدليل قائم على بطلان بيع السفهيه و عقده على ما هو المشهور و كم فرق بين الامرين.

هذا ما يرجع الى المقام الأول.

و أما

المقام الثانى [ما تقتضيه الأدله الثانويه]

الوجه الأول: الاجماع بالجملة أو فى الجملة أى فيما يكون خديعه.

و حال الاجماع المنقول فى الاشكال ظاهر و الاجماع المحصل على فرض حصوله غير حجه لاحتمال استناد المجمعين الى بعض الوجوه المذكوره فى المقام.

الوجه الثانى: قوله صلى الله عليه و آله:

رواه الصدوق عن الرضا عن آباءه عن على عليه السلام و قد نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن بيع المضطر و عن بيع الغرر «١».

و هذه الروايه تاره يبحث فيها من حيث السند و اخرى من حيث الدلاله، اما من حيث السند فلا اعتبار بها اذ ليس لها سند فان الصدوق ذكر الروايه بسند ضعيف و الطريحي ذكر الروايه فى مجمع البحرين فى ماده غرر و قال:

و فى الخبر نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر و قال بعد ذلك و فسر بما يكون له ظاهر يغرر المشتري و باطن مجهول مثل بيع السمك بالماء و الطير فى الهواء و قال أيضا ما غرك بربك الكريم أى اى شىء غرك بخالقك و خدعك و سول لك الباطن حتى عصيته و خالفته و الروايه مرسله و لا جابر لها فتكون ساقطه عن درجه الاعتبار.

و أما من حيث الدلاله فأیضا لا مجال للاستدلال بها على المدعى

(١) الوسائل الباب ٤٠ من ابواب آداب التجاره الحديث: ٣ و المستدرک الباب ٣٣ من هذه الابواب الحديث: ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١٥

اذ من الظاهر ان عدم القدره على التسليم لا يستلزم الخديعه و التغيرير فلا تكون الروايه دليلا على المدعى مضافا الى انه لو فرض ان الخديعه لم تشرب فى مفهوم الغرر لكن الاستدلال بالروايه متوقف على ان يكون الغرر عباره عن الخطر و يمكن تصوير الامر على نحو لا يكون خطريا كما لو كان المشتري

قادرا على تسليم المبيع.

الا- أن يقال لا- يكفي قدره احد المتعاملين و كما لو اشترط المشتري على البائع امرا يكون العقد مأمونا من الضرر و الخطر فالنتيجة ان الحديث غير تام سندا و دلالة فلاحظ.

الوجه الثالث: ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه و آله

و هو قوله صلى الله عليه و آله لا- تبع ما ليس عندك لاحظ ما رواه سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن سلف و بيع و عن بيعين في بيع و عن بيع ما ليس عندك و عن ربح ما لم يضمن «١».

و هذه الرواية من حيث السند تامه ظاهرا فلا اشكال فيها من هذه الجهة.

و أما من ناحيه الدلالة فتقريب المدعى بها ان المراد من كلمه عندك ليس الحضور الخارجى اذ لا اشكال فى صحه بيع العين الغائبه فالمراد بهذه الكلمه السلطنه الخارجيه و القدره على تسليم المبيع.

و فيه ان الظاهر من الجمله كون العين مملوكه للبائع و لا مجال للاشكال بانه يعبر عن المملوك بكلمه (لك) لا بكلمه (عندك) اذ انه كثيرا ما يطلق هذا اللفظ و يراد منه الملك كقول الناس عندك دار ما عندى شىء عند الف دينار و هكذا و لا شبهه فيه.

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب احكام العقود الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١٦

و يؤيد المدعى بل يدل عليه الحديث الاخر لاحظ ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج قال قلت لابي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني يطلب المتاع فاقله على الربح ثم اشتره فابيعه منه فقال أ ليس ان شاء اخذ و ان شاء ترك قلت بلى قال فلا بأس به قلت فان من عندنا

يفسده قال و لم قلت قد باع ما ليس عنده قال فما يقول فى السلم قد باع صاحبه ما ليس عنده قلت بلى قال فانما صلح من اجل انهم يسمونه سلما ان ابى كان يقول لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذى بعته فيه «١».

فانه قد صرح فيه بان المراد من الجملة المملوكيه فلا اشكال من هذه الجبهه و على فرض الاغماض فلا اقل من الاجمال و مع الاجمال لا يكون قابلا للاستدلال.

ان قلت على فرض الاجمال يتشكل علم اجمالى و قد حقق فى الاصول ان العلم الاجمالى منجز بالنسبه الى الاطراف و المفروض ان احد اطراف الاحتمال احتمال كون المراد من الكلمه قدره على التسليم.

قلت العلم الاجمالى فى المقام لا- ينجز لعدم معارضه الاصول فان بيع غير المملوك باطل فيؤخذ بالنسبه الى الاحتمال الاخر بإطلاق دليل الصحه و بعباره واضحه ان العلم الاجمالى انما يكون منجزا فيما لا يكون احد الطرفين او الاطراف مورد الحكم و اما مع كون البعض مورد الحكم قطعاً فلا يجرى فيه الاصل فلا مانع عن جريان الاصل أو الاطلاق فى الطرف الاخر.

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب احكام العقود الحديث ٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١٧

الوجه الرابع: ان ما لا يكون مقدور التسليم لا يكون مالا و ما لا ماله له لا يجوز بيعه

و فيه أولا انه لا دليل على الشرط المذكور و ثانيا ان المال ما يبذل بإزائه الشىء و من الواضح ان قدره و عدمها لا يكونان دخيلين فى هذه الجبهه.

و بعباره واضحه لا اشكال و لا ريب فى أن المالىه للشىء لا تسقط بعدم امكان الوصول إليه و لذا يصح أن يقال كميه كثيره من الاموال تحت البحار أو تحت الارض من الكنوز و غيرها فهذا الوجه

أيضاً ساقط.

الوجه الخامس ان وجوب الوفاء بالعقد من لوازمه و لا ينفك عنه

و مع عدم قدره على التسليم اما لا يكون التسليم واجبا فيلزم الخلف اذ فرضنا ان وجوب الوفاء لازم للعقد و لا ينفك عنه و اما يلزم و لازمه تعلق الامر و الوجوب بامر غير مقدور و هو محال فيلزم ان يكون المبيع مقدور التسليم.

و فيه: أولا ان الوجوب المتعلق بالوفاء وجوب ارشادي و ارشاد الى لزوم العقد و لا يكون تكليفيا. و ثانيا: انه على فرض القول به و فرض تماميه التقريب انما يختص بمورد يمكن الوفاء و اما مع عدم امكانه فلا يجب الوفاء و لا دليل على الملازمه المطلقه.

الوجه السادس: ان الغرض من اشتراء شيء الانتفاع به و مع عدم امكان التسليم لا تترتب هذه الغايه فيكون العقد باطلا.

و يرد عليه: أولا ان تخلف الداعي لا يوجب الفساد و كونه مفسدا للعقد لا دليل عليه.

و ثانيا: انه يمكن ان يكون الغرض من المعامله استفاده البائع و هذه الفائده تترتب بتسلم الثمن.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١٨

و ثالثا: انه يمكن ان الغرض الانتفاع الاعتباري و هو كونه مالكا للطير الكذائي.

و رابعا: انه يمكن ان يكون المتعاقدان غافلين و تعاقدوا على البيع الا ان يقال انه يكفي الارتكاز.

و خامسا: انه يمكن ان لا يكون البائع قادرا على اخذ المبيع كالطير في الهواء و كذا المشتري لا يكون قادرا على اخذه و لكن المشتري يمكنه ان يبيعه من ثالث يكون قادرا على اخذه.

الوجه السابع: ان مثل هذه المعامله يكون سفهيا.

و هو باطل.

و فيه أولا: انه يمكن ان يكون فيه غرض عقلائي و به يخرج العقد عن كونه سفهائيا.

و ثانيا: انه لا دليل على بطلان العقد السفهائي و انما الدليل قائم على بطلان عقد السفهيه كما تقدم.

الوجه الثامن: ان مثل هذا العقد يكون داخلا في اكل المال بالباطل

والمستفاد من قوله تعالى «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» * بطلان ما قوبل المال بالباطل.

و فيه أولا: انه قد ظهر مما ذكرنا امكان الخروج عن الاكل بالباطل.

و ثانيا: ان المستفاد من الآيه النهى عن الاكل بالسبب الباطل و بعبارته اخرى الجار لا يكون للمقابله بل للسببيه فلا ترتبط الآيه بالمقام فلاحظ.

الوجه التاسع: ما أفاده سيدنا الاستاد قدس سره

و هو انه يستفاد من حديث رفاعه النخاس قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١٩

قلت له: أ يصلح لى ان اشترى من القوم الجاربه الآبقه و أعطيهن الثمن و اطلبها انا قال: لا يصلح شراؤها الا ان تشتري منهم معها ثوبا أو متاعا فتقول لهم: اشترى منكم جاريتكم فلانه و هذا المتاع بكذا و كذا درهما فان ذلك جائز «١».

و من حديث سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام: فى الرجل يشتري العبد و هو آبق عن اهله قال لا يصلح الا ان يشتري معه شيئا آخر و يقول: اشترى منك هذا الشىء و عبدك بكذا و كذا فان لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشترى منه «٢».

انه لا- يجوز بيع العبد الآبق و الجاربه الآبقه الا مع الضميمه و لا يجوز بيعهما بلا ضميمه فيدل الحديثان على عدم الجواز فى المقام بالاولويه فان العبد الآبق أو الامه الآبقه يمكن الانتفاع منهما بالعتق و مع ذلك حكم الشارع بعدم جواز بيعهما الا مع الضميمه فبطريق اولى لا يجوز بيع ما لا يكون مقدورا و لا ينتفع به هذا ما افاده سيدنا الاستاد قدس سره فى المقام.

و يرد عليه ان المستفاد من الحديثين عدم جواز البيع فى الآبق و الآبقه و أما وجه عدم

الجواز فيهما و ملاكه فغير معلوم فلا يمكن التعدى الى بقية الامتعه و الاعيان القابله للبيع.

و بعباره واضحه: انا لا ندرى انه ما الوجه فى عدم الجواز مضافا الى انا نفرض عبدا غير آبق و لكن لا يمكن الوصول إليه لعله خارجيه ككونه محبوسا فى حبس ظالم فنسأل هل يجوز بيعه بلا ضميمه أم لا

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢٠

فان الاولويه لا يتحقق فيه كما هو واضح فلا يمكن ان يستفاد من الحديث كبرى كليه.

و أما قوله عليه السلام فان لم يقدر على العبد الى آخر كلامه عليه السلام فلا يكون عله للحكم كى يقال يستفاد من التعليل ان الوجه فى عدم الجواز عدم القدره على تسلم المبيع بل كلامه عليه السلام دليل على أن الثمن يقع بتمامه فى مقابل تلك الضميمه و لا يقسط عليها و على الآبق.

و ان شئت قلت: الفاء فاء التفریع لا العليه و بعباره واضحه هذا الذيل تنمى للكلام لا عله للحكم اى يبيع البائع مع الضميمه فان قدر المشتري على الآبق فهو و ان لم يقدر يكون تمام الثمن فى مقابل تلك الضميمه شرعا و ان كان على خلاف القاعده فان مقتضى القاعده التقسيط اذ المفروض ان الثمن واقع فى مقابل الآبق و الضميمه فعلى القاعده لا بدّ من ان يقسط الثمن على كليهما.

«قوله قدس سره: و قد يعترض باصالة عدم تقييد الوجوب»

الخ الظاهر ان المراد من المعترض صاحب الجواهر و حاصل ما افاده ان مقتضى عدم التقييد فى طرف الحكم اى لزوم الوفاء عمومه لكن يعارض الاصل الجارى فيه بجريان

الأصل في الموضوع فإن مقتضاه عدم التقييد أيضا و حيث انه لا يمكن الاخذ بكلا الاصلين يسقطان بالمعارضه.

و يمكن أن يكون وجه نظر الشيخ في الاعتراض بأنه لا مجال للأصل في طرف الحكم اذ لا اشكال في تقيده بالقدره و اما وجه نظره في المعارضه فيمكن ان يكون ناظرا الى ان اطلاق الحكم مقدم

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢١

على اطلاق الموضوع.

و لعله بقوله «فافهم» يشير الى انه ليس لتقديم احدهما على الاخر ميزان كلي بل ربما يتقدم الظهور في طرف الحكم على الموضوع و ربما ينعكس الامر فلاحظ.

«قوله قدس سره: كون القدره شرطا»

الخ وقع الكلام في أن القدره على تسليم المبيع على القول بها شرط أو ان العجز مانع. و استفاد الشيخ قدس سره من كلمات القوم ان القدره شرط و لا مجال لكون العجز مانعا اذ المانع عباره عن امر وجودى يمنع المقتضى عن التأثير في وجود المعلول و العجز امر عدمى و الامر العدمى لا يمكن كونه مانعا.

و نقل عن صاحب الجواهر انه استظهر من كلمات القوم ان العجز مانع عندهم لا ان القدره شرط و تظهر الثمره بين القولين في جريان الاصل فانه لو شك في القدره و ان البائع قادر على التسليم أو انه عاجز عنه فلو قلنا بان القدره شرط لا يمكن احرازه بالاصل.

و أما لو قلنا ان العجز مانع فيمكن احراز عدمه بالاصل و اورد عليه الشيخ قدس سره بانه لا فرق بين القولين من هذه الجبهه اذ مع احراز الحاله السابقه يجرى الاصل في بقائها و مع عدم احرازها لا يجرى. و بعباره اخرى مع احراز القدره أو العجز سابقا يجرى الاصل في بقائها و

مع احراز عدمهما يجرى الاصل فى العدم فلا تظهر الثمره بين القولين.

نعم اذا كان الامر دائرا بين كون احد الضدين شرطا أو كون الضد الاخر مانعا مثل الفسق و العداله تظهر الثمره بين القولين اذ على القول بكون العداله شرطا لا اثر لعدم الفسق و على تقدير

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢٢

كون الفسق مانعا لا اثر للعداله بل الاثر يترتب على عدم الفسق.

اقول: يمكن أن يكون صاحب الجواهر ناظرا الى مورد لا- تكون الحاله السابقه معلومه أو يكون المورد من موارد توارد حالتين ففى مثله تظهر النتيجة اذ على القول بكون القدره شرطا لا- مجرى للاصل فلا- يحرز الشرط و مع عدم احرازه لا مجال للاخذ بالدليل فان الاخذ بالعام أو المطلق مع كون الشبهه مصداقيه لا يجوز.

و أما لو قلنا ان المانع العجز فيمكن احراز عدمه باصاله عدم المانع.

و يرد عليه: انه ان كان المراد من الاصل الاستصحاب فقد مرّ انه لا مجال له لعدم احراز الحاله السابقه و ان كان المراد منه قاعده المقتضى و المانع فقد حقق فى محله انه لا دليل عليها.

و لما انجر الكلام الى هنا لا بدّ من بيان نكته و هى انه هل يجرى استصحاب القدره المحرزه سابقا أم لا؟ ربما يقال بان الاثر يترتب على الا-حراز لا على الواقع فلا اثر لاستصحاب القدره السابقه و يمكن ان يقال: انه لو قلنا بقيام الاستصحاب مقام القطع الطريقي و لو لم يكن اثر للواقع كما عليه الشيخ يجرى الاستصحاب و ان قلنا بعدم قيامه مقام القطع الطريقي الذى لا اثر للواقع كما عليه صاحب الكفايه فلا يجرى.

و لقائل أن يقول: ان الاستصحاب لا يجرى حتى على

قول الشيخ اذ الغرر متقوم بالاحتمال و المفروض ان الاحتمال موجود فلا- اثر للاصل نعم لو قامت الاماره على القدره تؤثر اذ الاماره حجه بالنسبه الى لوازم المؤدى فلاحظ.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢٣

«قوله قدس سره: لانه عدم القدره عمن من شأنه صنفاً أو نوعاً أو جنساً ان يقدر»

الخ لفظ أو للتنويع و لا يكون للترديد اى عدم القدره من شأن صنفه أو نوعه أو جنسه القدره و الاول كالبائع مباشره و الثانى كالعاقده المعاوض لماله مباشره بغير البيع كالصلح و الثالث مطلق العاقده فيعم المباشر و الوكيل.

«قوله قدس سره: ثم لو سلم صحه اطلاق المانع عليه لا ثمره فيه لا فى صورته الشك الموضوعى»

الخ تاره يكون الشك موضوعياً و اخرى مفهوماً و ثالثه حكيمياً. اما الشك الموضوعى فكما لو علم حدود مفهوم القدره و العجز و لكن يشك فى ان ما هو شرط أو مانع موجود فى الخارج أم لا-؟ و اما الشك المفهومى فهو عبارته عن الشك فى أن القدره التى تكون شرطاً عدم التعذر فقط أو الاعم منه و من التعسر.

و أما الشبهه الحكميه فكما لو شك فى أن القدره التى تكون شرطاً هل تكفى فى الجملة أو يلزم وجودها بالجملة، فلو شك فى تحقق القدره بنحو الشبهه المصداقيه يلزم أن يلاحظ الحاله السابقه و اذا شك فى القدره على نحو الشبهه المفهوميه أو على نحو الشبهه الحكميه يلزم الاخذ بإطلاق دليل صحه البيع و العقد أو عمومه لان الاطلاق قد تحقق و الشك فى التقييد الزائد و الاصل عدمه فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم ان العبره فى الشرط المذكور انما هو فى زمان استحقاق التسليم»

الخ ان كان المدرک للشرط

المذكور حديث نفى الغرر فالامر كما

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢٤

افاده اذ لا- غرر بالنسبه الى المشتري و اما ان كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك فيشكل الامر اذ المفروض ان البائع حين البيع غير قادر و من ناحيه اخرى يشترط فى صحه البيع كون البائع قادرا.

و افاد سيدنا الاستاد ان العرف يفهم من الدليل اعتبار القدره حين وجوب الاقباض فلا يضر عدمها قبل ذلك الزمان و يرد عليه انه لا- دليل على هذه الدعوى فان مقتضى الظهور اعتبارها حين البيع كما هو كذلك بالنسبه الى اشتراط كون المبيع مملوكا للبائع.

«قوله قدس سره: و يتفرع على ذلك عدم اعتبارها اصلا»

الخ.

قد ظهر مما ذكرنا فساد ما أفاده فان الحكم يختلف باختلاف المدرك فعلى تقدير كون المدرك حديث نفى الغرر فالامر كما افاده و اما على تقدير كون المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك فعلى تقدير عدم تسلط المالك على اخذ العين من المشتري يشكل الحكم بالصحة كما ان الامر كذلك لو كان مدرك الحكم حديث الآبق فلاحظ.

«قوله قدس سره: كما اذا اشترى من ينعق عليه»

الخ الذى يخلج بالبال ان يقال ان قلنا ان المدرك للحكم حديث نفى الغرر فلا يمكن الحكم بالصحة اذ المفروض ان البيع فى نفسه غررى و يتوقف عدم غرره بصحة البيع و هذا دور اذ الانعتاق متفرع على صحة البيع و صحة البيع تتوقف على عدم الغرر و عدم الغرر يتوقف على الانعتاق.

و بعباره واضحه: لا بدّ من كون البيع فى حد نفسه صحيحا كى يترتب عليه الانعتاق و الحال ان الصحة تتوقف عليه و هذا دور مصرح و اما اذا كان المدرك حديث لا تبع

ما ليس عندك فالامر اوضح اذ

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢٥

المفروض انه لا يكون مسلطا على العين فلا يجوز بيعها و مع عدم الجواز لا مجال للاعتاق.

و افاد سيدنا الاستاد ان البيع صحيح على كلا التقديرين اما على الاول فلان الاحكام الشرعيه تترتب على الموضوعات الفعلية لا الموضوعات التقديرية و المفروض ان الغرر مرتفع بلحاظ الحكم الشرعى فلا وجه للفساد.

و يرد عليه انه لا مجال للحكم الشرعى اذ ترتب الحكم الشرعى كما ذكرنا يتوقف على صحه البيع فى حد نفسه و المفروض ان الصحه متقومه بالحكم و الدور باطل.

و افاد أيضا ان المدرك لو كان حديث لا تبع ما ليس عندك يكون البيع صحيحا لان العبد بعد الاعتاق غير قابل للتسليم فلا مجال لاشتراط قدره على التسليم.

و يرد عليه ان الاعتاق حكم العقد الصحيح و المفروض ان العقد باطل فلا تصل النوبه الى التقريب المذكور.

و أما ان كان المدرك حديث الآبق فالامر أوضح لان المستفاد من الدليل انه لا يصح بيع العبد الآبق الا مع الضميمة و أيضا لا يجوز بيع ما لا يكون مسلطا عليه الا مع شىء آخر.

«قوله قدس سره: اما لاشتراط تأخيره مده»

الخ.

يظهر الحال مما تقدم فان المدرك لو كان حديث نفى الغرر يصح البيع اذ لا غرر على الفرض و اما ان كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك فيكون العقد باطلا اذ المفروض ان البائع لا يكون عنده المبيع فى زمان البيع فلا يصح و أما ان كان المدرك حديث بيع الآبق فيكون البيع صحيحا اذ المفروض ان العين تصير

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢٦

مورد السلطنة فيما بعد.

«قوله قدس سره: لكن يشكل على

الكشف من حيث انه لازم من طرف الاصيل»

الخ.

قد ذكرنا مرارا ان الاجازه ناقله على جميع الاقوال و الكشف الحقيقى باطل و عليه لا موضوع لتحقق اللزوم بالنسبه الى الاصيل فان العقد قبل الاجازه باطل و غير صحيح و مع عدم الصحه لا تصل النوبه الى اللزوم و الجواز.

ثم ان الفضولى لو لم يكن قادرا على التسليم فهل يكون العقد صحيحا أم لا؟ مقتضى التحقيق ان يقال ان كان المدرك للشرط المذكور حديث لا تبع ما ليس عندك يكون العقد باطلا، اذ المفروض ان البائع غير قادر على تسليم العين فيكون البيع باطلا و مع فرض البطلان لا يكون قابلا للاجازه كما ان الامر كذلك لو كان المدرك حديث الآبق.

و أما ان كان المدرك حديث نفى الغرر فلا يكون عقدا الفضولى باطلا لعدم الغرر مع فرض كون المجيز قادرا على العين بل الحق أن يقال انه لا- موضوع و لا- مجال للاستدلال على اصل اشتراط القدره بحديث نفى الغرر اذ تسليم كل من العوض و المعوض مشروط باقباض الطرف فما دام المشتري لم يقبض العين لا يقبض الثمن من البائع فاين الغرر.

«قوله قدس سره: و مثله بيع الرهن قبل اجازه المرتهن أو فكه»

الخ ان كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك يكون بيع الراهن باطلا فلا يكون قابلا للاجازه من قبل المرتهن اذ البائع لا يكون

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢٧

مسلطا على العين المرهونه فان العين فى يد المرتهن بعنوان الرهن الا ان يقوم دليل على الجواز و أما ان كان الدليل حديث نفى الغرر فيصح البيع باجازه المرتهن اذ لا غرر على الفرض الا ان يقال ان كون العين رهنا فى

معرض البيع فيكون العقد غرريا و ان كان المدرك حديث الآبق فلا يصح على تقدير و يصح على التقدير الاخر كما سبق قريبا فلاحظ.

«قوله قدس سره: و كذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم»

الخ الظاهر ان قوله قدس سره ثمن السلم من سهو القلم فان المبيع سلما كلى و خارج عن محل الكلام نعم يمكن تصويره فى بيع الصرف حيث انه يشترط فيه تسليم المبيع فى مجلس العقد.

و يدل على ما ذكرنا قوله قدس سره بعد اسطر و المفروض ان المبيع بعد تحقق الجزء الاخير من الناقل و هو القبض حاصل فى يد المشتري الخ فانه يستفاد من هذه العبارة ان الكلام فى اشتراط قباض المبيع فى المجلس و هو ينطبق على بيع الصرف لا بيع السلم فان الشرط فى السلم تسليم الثمن و لا ينطبق على ما نحن فيه فان الكلام فى اشتراط القدره على المبيع هذا ما يرجع الى كلامه.

و عليه ان الحكم بالصحة و عدمه يدوران مدار دليل الاشتراط فان قلنا ان المدرك حديث الغرر فالامر كما افاده لانه لا غرر بالنسبه الى المشتري فان العين قبل قبضه من قبله لا- تنتقل و البيع لا يكون تاما و بعد قبضه من قبله و تماميه العقد لا غرر و لا خطر كما هو واضح.

و اما ان كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك فيلزم ان يكون

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢٨

البائع مسلطا على العين حين العقد و القدره الحاصله بعد العقد لا- اثر لها و لا توجب انقلاب الشىء عمّا وقع عليه و بعبارة واضحة لو لم يكن البائع حين العقد قادرا على التسليم لا يكون حصول العين

فى يد المشتري مؤثرا.

«قوله قدس سره: فالقبض مثل الاجازه بناء على النقل و اولى منها بناء على الكشف»

الخ.

اذ على النقل تكون الاجازه الجزء الاخير من العله التامه لحصول النقل فيكون القبض فى الصرّف مثله و اما لو قلنا بالكشف فيكون القبض اولى من الاجازه اذ على الكشف لا- تكون الاجازه مؤثره بل مجرد علامه و أماره و المؤثر نفس العقد المتحقق سابقا فضولا- و مع ذلك لا- يكون تماما و اتمامه بالاجازه فلا الزام فيكون القبض اولى منها من هذه الجّهه اذ ما دام لا يتحقق القبض فى الخارج لا يتحقق الانتقال على الفرض فلاحظ.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لا- يبعد ان يكون الامر بالتأمل اشاره الى ان الحكم الشرعى لا يمكن ان يكون مؤثرا فى الموضوع العرفى الا على نحو الدور المحال لان ترتب الحكم الشرعى متوقف على عدم الغرر فاذا توقف رفع الغرر على الحكم الشرعى يدور.

نعم اصل اشكال الغرر لا اساس له اذ قد ذكرنا انه لا خطر فان اقباض كل من المتابعين مشروط باقباض الاخر فلا خطر فلا يتم تقريب الغرر لفساد البيع الا فى فرض اشتراط الاقباض من طرف و لو مع عدمه من طرف آخر.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢٩

و يمكن القول بفساد الشرط المذكور لكونه خلاف السنه للنهى عن الغرر فلاحظ.

و للمحقق النائىنى كلام فى المقام و هو انه لا مجال لقياس ما نحن فيه بباب الفضولى فانه لا الزام فى باب الفضولى قبل الاجازه لعدم تماميه العقد بخلاف المقام فان العقد تام و لذا ورد فى النص عن منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: اذا اشترى ذهباً بفضه أو فضه بذهب فلا

تفارقه حتى تأخذ منه و ان نزا حائطا فانز معه «١».

و يرد عليه انه لا- فرق بين المقام و الفضولى فانه كما لا- يتم العقد فى الفضولى الا بالاجازه كذلك لا يتم الامر فى المقام الا بالقبض و اما الالتزام بالوفاء المستفاد من قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فهو ليس حكما تكليفيا بل ارشاد الى اللزوم كما قلنا مرارا.

و أما النص المشار إليه فهو لاجل لزوم حصول القبض قبل التفرق فهو أيضا ارشاد الى شرطيه القبض قبل التفرق فيأمره بان لا يفارق طرف العقد كى يحصل الاقباض و القبض و لا يبطل العقد بالتفرق قبل القبض فلاحظ.

«قوله قدس سره: فلو قدر على التسلم صح البيع»

الخ ان كان المدرك حديث لا غرر فالامر كما افاده اذ لا غرر على الفرض و اما ان كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك فلا اثر لقدره المشتري على تسلّم المبيع فان المستفاد من الدليل على الفرض اشتراط قدره البائع على العين و المفروض انتفائها و ملاك

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب الصرف الحديث ٨.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣٠

الاشتراط رعايه مصلحه المشتري و مع كونه قادرا لا يلزم ان يكون البائع قادرا لا دليل عليه و القول به بلا بينه.

و ان كان المدرك حديث الآبق و الآبقه يصح البيع اذ المفروض ان المشتري قادر على القبض و مما ذكرنا علم ان ما افاده من الصحه فى صورته رضى المشتري غير تام فان ملاكات الاحكام غير معلومه لنا فلاحظ.

«قوله قدس سره: فيصح بيع المغضوب و نحوه»

الخ.

هذا رجم بالغيب فانه قد علم من الشرع الاقدس بطلان بيع غير المملوك فلا مجال للصحه بل الحق انه غير معقول اذ

الغاصب مثلاً في يوم الجمعة يبيع و في يوم السبت يشتري العين من مالکها و يسلمها أو يجيز البائع في يوم السبت.

فنسأل انه في هذا الفاصل الزماني تكون العين مملوکه لمالکين أو لملاکک ثلاثة أو لمالکک واحد فعلى التقدير الاول و الثانى فهو غير معقول و على الثالث فمن هو؟ فهل الغاصب مالکک أو المشتري أو المالك الاصلی؟ مقضى القاعده ان المالك الاصلی مالکک و لا مجال لملكيه العين لغيره.

«قوله قدس سره: لانه في معنى أكل مال بالباطل»

الخ قد ذكرنا مرارا ان الجارّ في الآيه الكريمة للسببيه لا للمقابله فلا مجال للقول بان الاكل بالباطل يوجب البطلان فان السبب على الفرض التجاره عن الرضا و لا يكون اكلا بالباطل و السبب الباطل غير التجاره كالقمار مثلاً.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ۳، ص: ۱۳۱

«قوله قدس سره: انما هو مع عدم رضاء المشتري»

الخ ما افاده على خلاف القواعد المقرره فانه لا دليل على هذه الدعاوى اذ المحکم ظواهر الادله و ظاهر دليل النهی عن بيع الآبق الارشاد الى فسادہ بلا فرق بين كون المشتري راضيا و عدمه.

«قوله قدس سره: و فيه ما فيه»

الخ قد ظهر مما تقدم انه لا يبعد بل يقرب ان يكون المراد من الغرر الخديعه.

«قوله قدس سره: نعم عن نهايه الاحكام احتمال العدم»

الخ لا بدّ ان يلاحظ المدرك للحکم فان قلنا ان المدرك للاشتراط حديث الغرر فالامر كما اعيد من الصحه اذ لا غرر على الفرض و ان كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك يكون العقد فاسدا فيما لا يكون البائع قادرا على التسليم.

«قوله قدس سره: وجهان بل قولان»

الخ لا بدّ من ملاحظه دليل الاشتراط فان الدليل ان كان حديث لا

غرر فلا وجه للبطلان اذ مع العلم بمدته التأخير و وصوله بعد انتهائها لا غرر و اما ان كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك فالقاعده تقتضى البطلان اذ المفروض ان البائع غير قادر على العين فيكون العقد باطلا.

«قوله قدس سره: نعم للمشتري الخيار مع جهله»

الخ اذا كان العقد فاسدا لا تصل النوبه الى الخيار كما هو واضح و ان كان العقد صحيحا يمكن القول بثبوت الخيار للمشتري بمقتضى الشرط الارتكازى.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣٢

«قوله قدس سره: ففى الصحه اشكال»

الخ الظاهر انه لا يمكن الالتزام بالصحه فان دليل اعتبار القدره على التسليم ان كان حديث لا تبع ما ليس عندك فالبائع غير قادر على تسليم العين فى تلك المده فالعقد باطل، و ان كان المدرك حديث الغرر فأیضا كذلك اذ زمان امکان الانتفاع بالعين مجهول نعم اذا كان المدرك حديث الأبق و الأبقه يمكن القول بالجواز اذ المفروض رجوع العبد المنفذ الى حاجه.

«قوله قدس سره: ثم ان الشرط هى القدره المعلومه للمتبايعين»

الخ تتصور فى المقام صور: الصوره الأولى: ان تكون القدره موجوده فى الواقع و تكون معلومه للمتعاقدین.

الصوره الثانيه: عكس الصوره الأولى. الصوره الثالثه أن تكون القدره موجوده فى الواقع و مجهوله عندهما.

الصوره الرابعه: عكس الصوره الثالثه. أما الصوره الأولى فلا اشكال فى صحه العقد فان شرط الصحه موجود على الفرض فلا وجه للفساد.

و أما الصوره الثانيه فلا اشكال فى الفساد لانتهاء الشرط و مع انتفائه ينتفى المشروط. و أما الصوره الثالثه فلا بد من التفصيل بان نقول ان كان المدرك للاشترط حديث لا غرر يكون العقد فاسدا لتحقق الغرر مع الجهل و ان كان المدرك حديث لا تبع ما

ليس عندك يكون العقد صحيحا لتمامه اركانه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣٣

و أما الصورة الرابعه فنقول ان كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك يكون العقد باطلا اذ المفروض انتفاء القدره و ان كان المدرك حديث لا غرر فالعقد صحيح لعدم الغرر.

«قوله قدس سره: و لو باع ما يعتقد التمكن فتيين عجزه فى زمان البيع»

الخ ان كان المدرك للاشترط حديث لا تبع ما ليس عندك فالصحة دائره مدار التمكن الواقعى فعلى تقدير تحققه فى الواقع يكون العقد صحيحا و ان لم يكن معلوما عند المتعاقدين و تجدده بعد العقد لا- يفيد لان الشىء لا ينقلب عما هو عليه و المفروض ان وجوده شرط عند حدوث العقد.

و أما لو كان المدرك للاشترط حديث لا غرر فاللازم رعايه حال المشتري فان كان واثقا بوصول العين فى يده فلا غرر و الا يكون العقد غرريا على الفرض و يكون باطلا على المبني و كلا الامرين باطلان كما مر منا.

«قوله قدس سره: فلا يكفى مطلق الظن»

الخ.

لعدم اغناؤه عن الحق شيئا.

«قوله قدس سره: و لا يعتبر اليقين»

الخ لعدم دليل عليه فان الميزان رفع الغرر و هو مرتفع بالوثوق بل يرتفع بقيام اليينه المعتمره كشهاده عدلين بل بشهاده عدل واحد بل بشهاده ثقه واحد.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣٤

[هل العبره بقدره الموكل أو الوكيل]

اشاره

«قوله قدس سره: ثم لا اشكال فى اعتبار قدره العاقد اذا كان مالكا»

الخ تعرض الماتن قدس سره لعهده فروع.

و الحق أن يقال: ان كان المدرك للشرط حديث لا غرر و فرضنا ان المشتري يمكنه قبض العين أو كانت في يده لا تعتبر قدره البائع المالك لعدم الغرر.

و أما ان كان دليل الشرط قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك فلا بد من اعتبار القدره على العين في البائع.

الفرع الثاني: ان الوكيل في مجرد اجراء الصيغه لا يعتبر فيه الشرط المذكور

و انه آله محضه و لا دليل على لزوم كونه قادرا على التسليم.

و يختلف بالبال ان يقال ان الوكيل في اجراء الصيغه هل يصدق عليه عنوان البائع أم لا؟ لا مجال للثاني فلو فرض كونه بايعا فبأى دليل نرفع اليد عن ظهور قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك.

و بعبارة واضحة بيع الوكيل في مجرد اجراء الصيغه هل يكون مورد النهي الوارد في قوله تعالى «و ذروا البيع» فاذا نودى لصلاه الجمعه فهل يجوز البيع للوكيل في مجرد اجراء الصيغه أم لا؟

ان قلت يجوز فقد كذبت و ان قلت لا- يجوز. اقول: ما الفرق بين الموردين و صفوه القول ان الجزم بعدم الاعتبار كما اختاره الماتن و صرح به سيدنا الاستاد مشكل و ان كان الجزم بخلافه أيضا لا يخلو عن شىء .

الفرع الثالث ان الوكيل المفوض يكفى قدرته على العين

و هل

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣٥

تكفى قدره الموكل أم لا-؟ ربما يقال بالكفايه اذا رضى المشتري و رضى المالك بالرجوع إليه و الحق ان يقال اذا كان المدرك للاشتراط حديث نفى الغرر فالميزان ارتفاعه و اما ان كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك فاللازم تحققها في الوكيل المفوض و لا- اثر لقدره المالك و لا- فرق فيه بين رضى المشتري و عدمه فان موضوع الصحه كون البائع قادرا و المفروض ان البائع هو الوكيل.

الفرع الرابع: انه لو قلنا في هذه المسأله بكفايه قدره المالك فهل يكفى قدره المالك في بيع الفضولى أم لا؟

و هل يمكن قياس الفضولى في المقام بأن نقول يكفى التراضى الواقع بين الفضولى و الاصيل؟

الحق انه لا- مورد للقياس فان الفضولى لا دخل له فى الحكم بالصحة و عدمها و رضاه لا يكون دخيلا و عقده باطل من جهه عدم كونه مالكا نعم لو كان قادرا على العين تكون اجازة المالك مؤثره و الا فلا تؤثر لان الاجازة انما تؤثر فيما يكون العقد الفضولى الصادر عنه قابلا و صالحا للاجازة.

الفرع الخامس: ان رضا المالك هل يخرج العقد الفضولى عن الفضوليه أم لا؟

المشهور هو الثانى فان المستفاد من الادله ان البيع لا بدّ اما ان يصدر عن المالك و اما ان يصدر عن وكيله و اما ان يصدر عن وليه و اما مجرد الرضا فلا اثر له و اما قوله عليه السلام فى روايه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث قال:

سأله رجل من اهل النيل عن ارض اشتراها بقم النيل و اهل الارض يقولون هى ارضهم و اهل الأستان يقولون هى من ارضنا فقال:

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣٦

لا تشتريها الا برضا اهلها «١» فيدل على لزوم رضا المالك لا ان الشرط لصحة العقد رضا المالك فقط.

و بعبارة اخرى يكون المقام مثل قوله عليه السلام لا- صلاه الا بفاتحه الكتاب أو لا صلاه الا بطهور اى لا بدّ فى الصلاه من الطهور و من الفاتحه لا ان الصلاه تتم بالفاتحه فقط.

و اما حديث الحميرى فى كتاب «الاحتجاج» عن محمد بن عبد الله بن جعفر الحميرى انه كتب الى صاحب الزمان عليه السلام ان بعض اصحابنا له ضيعه جديده بجنب ضيعه خراب للسلطان فيها حصه و اكرته ربما زرعا تنازعوا فى حدودها و تؤذيهم عمال السلطان و تتعرض فى الكل

من غلات ضيعته و ليس لها قيمه لخرابها و أنما هي بآثره منذ عشرين سنه و هو يتخرج من شرائها لانه يقال ان هذه الحصه من هذه الضيعه كانت قبضت من الوقف قديما للسلطان فان جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صونا و صلاحا له و عماره لضيعة و انه يزرع هذه الحصه من القرية البائره بفضل ماء ضيعته العامره و ينحسم عن طمع اولياء السلطان و ان لم يجز ذلك عمل بما تأمره به ان شاء الله فاجابه عليه السلام الضيعه لا يجوز ابتياعها الا من مالکها أو بآمره أو رضا منه «٢».

فالظاهر انه لا بأس بسنده فان الطبرسى يقول فى كتابه المسمى بالاحتجاج و فى كتاب آخر لمحمد بن عبد الله الحميرى الى ان يقول و سئل ان بعض اخواننا ممن نعرفه له ضيعه الخ.

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ٣.

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ٨.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣٧

فان الظاهر من الجملة الشهاده الحسيه و المقرر فى محله اعتبار شهاده الثقه اذا كانت حسيه فيجوز بيع مملوك الغير برضاه و هذا امر مهم و تترتب عليه فوائد مهمه.

«قوله قدس سره: و ربما قيد الحكم بالكفايه بما اذا رضى المشتري بتسليم الموكل»

الخ بتقريب ان الاصيل هو المالك و الوكيل وجود تنزيلي له فاذا كان المالك قادرا على التسليم و كان راضيا برجوع المشتري عليه و كان المشتري أيضا راضيا بالرجوع على المالك يصح العقد.

و فرع على ما افيد ان بيع الفضولى لا يصح اذ قدره البائع على التسليم لا تتصور فى الفضولى مع فرض الفضولىه و قدره المالك

لا

اثر لها بوجودها الواقعي بل انما تؤثر اذا كانت معلومه و يكون العقد الفضولي مبني عليها و يكون المشتري راضيا بها.

و في هذه الصوره يخرج العقد الفضولي عن كونه فضوليا بل يكون عقدا للمالك و على فرض بقاء العقد على الفضوليه لا يكون القائلون بصحة الفضولي مقتصرين في حكمهم بالصحة بهذه الصوره بل هم قائلون بصحة الفضولي في غير هذه الصوره أيضا فيكون وجه الصحة غير التقريب المذكور.

و أورد الشيخ قدس سره أولا- على جعل هذه المسأله مبني لمسأله الفضولي اذ مناط الجواز في المقام عدم الغرر و أما رضا المشتري برجوعه الى المالك و رضا المالك برجوع المشتري إليه فلا دخل لهما.

و أورد ثانيا على التفريع المذكور و هو ان العقد الفضولي خارج

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣٨

عن العقد لذى هو محل الكلام اذ المفروض ان العقد فاسد و لا مجال للبحث في قدرته على التسليم اذ الفضولي اجنبي.

و أورد ثالثا على الاعتراض فان الفضولي اجنبي عن العقد و مجرد كونه قادرا على الارضاء لا يجعله قادرا.

و أورد رابعا على الجواب الاول بان مجرد رضا المالك لا يقتضى خروج العقد عن الفضوليه.

و أورد خامسا بان عدم الاقتصار لا يضر بالمدعى اذ يمكن الالتزام في العقد الفضولي الخاص بالصحة بملاك و في بقيه افراد الفضولي بملاك آخر.

«قوله قدس سره: مسئله لا يجوز بيع العبد الآبق»

الخ حيث ان الفروع الراجعه الى العبيد و الاماء لا موضوع لها في زماننا لا وجه للتعرض لاحكامها.

[مسأله: المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا]

اشاره

«قوله قدس سره: مسئله: المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدرا»

الخ تاره يقع الكلام في هذه المسأله من حيث القواعد الاوليه و اخرى يتكلم فيها من حيث النصوص الخاصه فيقع الكلام

فى مقامين:

أما

المقام الأول فنقول القاعده الاولى تقتضى صحه البيع

اذ لا اشكال فى صدق عنوان البيع عليه و أيضا يصدق عليه عنوان التجاره فيشملة قوله تعالى «احل الله البيع» و يشمله أيضا قوله تعالى «الا ان تكون تجاره عن تراض» هذا بالنسبه الى المقام الأول.

و أما

المقام الثانى فما يمكن ان يذكر فى تقريب المنع وجوه:

اشاره

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣٩

الوجه الأول: الاجماع

و فيه ان الاجماع المنقول غير حجه و الاجماع المحصل على فرض حصوله يكون محتمل المدرك فلا يكون اجماعا تعبديا كاشفا.

الوجه الثانى: حديث نفى الغرر

بتقريب ان البيع بحكم احدهما غرر. و فيه أولا- ان الغرر لا دليل على اعتبار عدمه اذ قلنا لم يقم دليل معتبر على اعتبار عدمه، و ثانيا انه يمكن ان لا يتحقق غرر أى خطر مثلا لو عين المشتري ثمنا يناسب المثلن لا يكون خطرا.

الوجه الثالث جمله من النصوص.

منها ما رواه حماد عن أبى عبد الله عليه السلام قال يكره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم لانه لا يدري كم الدينار من الدرهم «١».

و هذه الروايه ضعيفه سندا بالارسال فلا يعتد بها مضافا الى عدم دلالتها على المدعى فان المستفاد منها كون البيع المذكور مكروها تكليفا و اما الحرمة الوضعيه فلا يستفاد منها و ما اشتهر بين القوم بان النهى فى باب المعاملات ارشاد الى الفساد غير تام بل النواهى بحسب الظهور الاولى ظاهره فى الحرمة التكليفيه.

و منها ما رواه السكونى عن جعفر عن ابيه عن على عليهم السلام فى رجل يشتري السلعه بدينار غير درهم الى اجل قال فاسد

فلعل الدينار يصير بدرهم «٢» و هذه الروايه ضعيفه سندا بينان بن محمد و لعله بغيره أيضا.

و منها ما رواه وهب عن جعفر عن ابيه عليهما السلام انه كره

(١) الوسائل الباب ٢٣ من ابواب احكام العقود الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ٢٣ من ابواب احكام العقود الحديث ٢.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤٠

ان يشتري الرجل بدينار الا درهم و الا درهمين نسيئه و لكن يجعل ذلك بدينار الا ثلثا و الا ربعا و الا سدسا أو شيئا يكون جزءا من الدينار «١».

و هذه الروايه على فرض تماميتها سندا لا يدل على المدعى بل تدل على المنع عن نحو خاص من البيع مضافا الى ان الظاهر

من الحديث الكراهه التكليفية و لا تعرض في الروايه للحكم الوضعي.

و منها ما رواه حماد بن ميسر عن جعفر عن ابيه عليهما السلام انه كره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم لانه لا يدري كم الدينار من الدرهم «٢».

و هذه الروايه ضعيفه سندا بالضرير. و في المقام حديث آخر رواه رفاعه النخاس قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: ساومت رجلا- بجاريه فباعنيها بحكمي فقبضتها منه على ذلك ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت هذه الف درهم حكمي عليك ان تقبلها فابي ان يقبلها مني و قد كنت مسستها قبل ان ابعث إليه بالثمن فقال: ارى ان تقوم الجاريه قيمه عادله فان كان قيمتها اكثر مما بعثت إليه كان عليك ان ترد عليه ما نقص من قيمه و ان كان ثمنها اقل مما بعثت إليه فهو له قلت: جعلت فداك ان وجدت بها عيبا بعد ما مسستها قال: ليس لك ان تردها و لك ان تأخذ قيمه ما بين الصحه و العيب منه «٣».

(١) الوسائل الباب ٢٣ من ابواب احكام العقود الحديث ٣.

(٢) نفس المصدر الحديث ٤.

(٣) الوسائل الباب ١٨ من ابواب عقد البيع و شروطه.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤١

و ربما يقال انه يستفاد منه جواز البيع بحكم المشتري و يقع الكلام في هذه الروايه من نواح ثلاث:

الناحية الاولى انه هل يستفاد من الحديث جواز البيع بحكم المشتري أم لا؟

الناحية الثانيه انه على فرض الاستفاده المذكوره من الحديث هل يستفاد منه الميزان الكلي الجارى في جميع الموارد أم لا؟

الناحية الثالثه هل يحتاج الحديث الى التأويل فيه أم لا؟ فنقول:

أما الناحية الاولى فالحق انه يستفاد من الحديث جواز البيع بحكم المشتري.

ان قلت:

عليه فما الوجه في اختيار البائع في القبول و عدمه قلت: الاحكام الشرعيه تعبيديه لا مجال للقييل و القال فيها.

و أما الناحيه الثالثه فنقول: مقتضى القاعده اى مقتضى حجه الظهور ان يعمل على طبق الحديث و لا يتصرف فيه و المستفاد منه كما قلنا صحه بيع الجارويه بحكم المشتري و لكن اذا لم يقبل البائع يلزم ارضائه بما ذكر في الحديث. و صفوه القول انه لا يستفاد من الحديث جواز الفسخ كى يقال الخيار المجعول اما خيار الغبن و أما خيار الحيوان بل المستفاد من الحديث صحه البيع و لزومه غايه الامر بهذا النحو من التفصيل و لا اشكال من هذه الجهه.

فالنتيجه انه نقول بان الحديث يدل على صحه البيع بحكم المشتري لكن لا- على النحو الكلى بل فى خصوص بيع الجارويه مع الخصوصيات المذكوره فى الحديث فنلتزم بصحه البيع فى المورد الخاص و لا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤٢

نتعدى عنه و نلتزم أيضا بلزوم العقد لكن فى صوره عدم رضا البائع نرضيه بما فى الحديث.

و مما ذكرنا ظهر ان الحق ما سلكناه لا ما ذهب إليه المشهور من رفع اليد عن الحديث ورد علمه الى اهله و لا ما سلكه صاحب الحدائق من الالتزام بانصراف الثمن الى القيمه المتعارفه و الالتزام بسريان الحكم الى بقيه الموارد و الحكم بالجواز على النحو الكلى العام. فانه قد ظهر مما ذكرنا ان الروايه تدل على الصحه لكن فى اطار خاص و دائره مخصوصه.

و أيضا لا وجه لما أفاد من الانصراف بل يجوز بحكمه على الاطلاق و لذا نلتزم بانه لو لم يعترض البائع و رضى بما عين يكون البيع صحيحا و لو مع كون

ما عينه اقل من قيمه السوقيه بكثير و الحال انه يلزم فساد العقد على مسلك صاحب الحقائق. فانقدح بما ذكرنا ان الحق تماميه الحديث و عدم لزوم التأويل فيه بلا- فرق بين القول بالصحة فى البيع بحكم المشتري و القول بالفساد فيه على عكس ما افاده الشيخ قدس سره فلاحظ.

[مسأله: العلم بقدر المثلن كالمثلن شرط]

اشاره

«قوله قدس سره: مسأله: العلم بقدر المثلن كالمثلن شرط»

الخ أيضا يتكلم فى هذه المسأله فى مقامين:

المقام الأول: فى مقتضى القاعده الاولى

المقام الثانى فى مقتضى الادله الخاصه.

اما المقام الأول: فنقول مقتضى القاعده الاولى عدم الاشتراط فان اطلاق قوله تعالى «احل الله البيع» و كذا اطلاق قوله تعالى «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» يقتضى الصحة بلا تحقق الشرط المذكور.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤٣

و أما

المقام الثانى: [فى ذكر الأدله الخاصه]

فما يمكن ان يذكر فى تقريب الاستدلال على المدعى وجوه.

الوجه الأول: الاجماع

و اشكال الاجماع منقولاً و محصلاً ظاهر فلا يعتد به.

الوجه الثانى: النبوى المشهور و هو نهي عن الغرر

. و فيه أولاً ان السند مخدوش و غير معتبر.

و ثانيا انه على فرض تسليم السند قد مرّ ان الغرر بمعنى الخديعه فلا يرتبط بالخطر.

و ثالثا انه سلمنا تاميه السند و الدلاله لكن نقول ظاهر النبوى النهى التكليفى فغايه ما فى الباب كون الغرر حراما أو مكروها و اما الفساد الوضعى فلا يستفاد منه.

الوجه الثالث: [فى خصوص الكيل و الوزن خصوص الأخبار المعتبره]

النصوص الخاصه الوارده فى المقام منها ما رواه الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام انه قال فى رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم و ان صاحبه قال للمشتري ابتع منى من هذا العدل الاخر بغير كيل فان فيه مثل ما فى الاخر الذى ابتعت قال: لا يصلح الا بكيل و قال: و ما كان من طعام سميت فيه كيلا فانه لا يصلح مجازفه هذا مما يكره من بيع الطعام «١».

فان المستفاد من الحديث ان المبيع اذا كان مكيلا لا يجوز بيعه مجازفه و قد اورد فى الحديث ايراد ان احدهما ان الحديث مجمل اذ قد فرض لحاظ الكيل فى المبيع و مع ذلك قال عليه السلام لا يصلح مجازفه و الحال انه لا مجازفه فى البيع بالكيل.

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤٤

و بعباره اخرى: كيف يمكن الجمع بين الكيل و الجزاف فالحديث مجمل.

و ثانيهما: ان المشهور بينهم ان البائع يصدق فى اخباره بمقدار المبيع و الحال انه منع عنه فى الحديث و حكم بعدم الصلاح و يمكن ان يجاب عن الايراد الاول بانه لا اجمال فى كلامه عليه السلام اذ المراد من قوله عليه السلام ما كان من طعام سميت فيه كيلا كون الامام

عليه السلام ناظرا الى نوع خاص من الطعام اى اذا كان نوع خاص من الطعام يباع كيلا لا يباع جنسه جزافا ان قلت الطعام يباع اما بالكيل و اما بالوزن و لا يباع جزافا فلا مجال للقيد قلت يمكن ان يكون القيد توضيحيا لا احترازيا كى يتوجه الاشكال.

و بعبارته واضحه: ان قوام الايراد بكون القيد احترازيا و لم لا يكون توضيحيا و لعل الماتن يشير الى هذه الجبهه بقوله فتأمل و الانصاف ان كون القيد توضيحيا بنفسه خلاف الظاهر لكن حيث ان الحمل على الاحتراز لا يمكن يحتمل على التوضيحيه فلا اجمال فى الحديث و يمكن ان الوجه فى ذكر القيد الاشاره الى عله الحكم اى الوجه فى المنع عن الجزاف كون المبيع مما يكال لكن يرد عليه ان العله المذكوره تعبدية الا ان يقال ان العله خارجيه عرفيه فان بناء العرف كذلك فى امثاله.

و يجاب عن الايراد الثانى ان الحديث ليس ناظرا الى صورته كون اخبار البائع طريقا الى الواقع بل ناظر الى صورته كون اخباره موضوعا خصوصا مع عدم حصول الاطمينان بالمخبر به.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤٥

و فى المقام ايراد ثالث و هو انه كيف يجمع بين قوله يكره فى ذيل الحديث و قوله لا- يصلح فى صدره و الحال ان الكراهه تقابل الحرمة.

و يمكن ان يجاب عن الايراد المذكور أولا- ان الكراهه اعم من الحرمة فلا- تكون مقابله و ثانيا ان الكراهه التكليفيه لا- تنافى الحرمة الوضعيه فان الجبهه الوضعيه فى باب المعاملات لا- ترتبط بالتكليف اذ الى ذلك انه لا معنى للكراهه فى الحكم الوضعى.

و منها ما رواه الحلبي أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام قال

ما كان من طعام سميت فيه كيلا فلا يصلح بيعه مجازفه و هذا مما يكره من بيع الطعام «١».

و المستفاد من هذه الروايه عين ما يستفاد من تلك الروايه.

و منها ما رواه الحلبي أيضا قال: قال أبو عبد الله عليه السلام ما كان من طعام سميت فيه كيلا فلا يصلح مجازفه «٢» و يستفاد من هذه الروايه ما يستفاد منهما.

و منها ما رواه سماعه قال: سألته عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن هل يصلح شراؤه بغير كيل و لا وزن فقال اما ان تأتي رجلا في طعام قد كيل و وزن تشتري منه مرابحه فلا بأس ان اشتريته منه و لم تكله و لم تنزه اذا كان المشتري الاول قد اخذه بكيل أو وزن و قلت له عند البيع اني اربحك كذا و كذا و قد رضيت بكيالك و وزنك فلا بأس «٣».

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٣.

(٣) الوسائل الباب ٥ من هذه الابواب الحديث ٧.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤٦

و هذه الروايه يستفاد منها اشتراط بيع الطعام بالكيل أو الوزن و اما من حيث السند فللنقاش فيها مجال كما ناقش سيدنا الاستاد قدس سره في مضمرة سماعه اذ سماعه من الواقفه و لا دليل على انه لا يضمرا الا عن المعصوم عليه السلام.

و منها ما رواه أبو العطار قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام اشتري الطعام فاضع في اوله و اربح في آخره فاسأل صاحبي ان يحط عني في كل كتر كذا و كذا قال: هذا لا خير فيه و لكن يحط عنك حملة قلت: ان حط عني

أكثر ممّا وضعت قال: لا بأس به قلت فاخرج الكثر و الكرين فيقول الرجل اعطنيه بكيكك قال اذا ائتمنك فلا بأس «١».

و هذه الروايه من حيث الدلاله على المطلوب تامه و لكن من حيث السند مخدوشه بابى العطارده فان الظاهر ان الرجل لم يوثق.

و منها ما ارسله ابن بكير عن رجل من اصحابنا قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجص فيكييل بعضه و يأخذ البقيه بغير كيل فقال اما أن يأخذ كله بتصديقه و اما يكييله كله «٢» و هذه الروايه من حيث الدلاله تامه و لكن من حيث السند مخدوشه بالارسال.

و منها ما رواه محمد بن حمران قال قلت لابي عبد الله عليه السلام اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله فصدقناه و اخذناه بكييله فقال:

لا- بأس فقلت: أ يجوز ان ابيعه كما اشتريته بغير كيل قال: لا أما انت فلا تبعه حتى تكييله «٣» و الظاهر ان الحديث تام سندا و دلاله.

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ٦.

(٢) نفس المصدر الحديث ٣.

(٣) نفس المصدر الحديث ٤.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤٧

«قوله قدس سره: و فحوى مفهوم روايه ابى العطارده»

الظاهر ان الوجه فى الاولويه ان المستفاد من حديث أبى العطارده عدم الجواز فى صورته عدم الاعتماد باخبار البائع فتدل الروايه على عدم الجواز فى صورته كون البيع جزافا محضا بالاولويه.

و يستفاد من الحديث التفصيل فى الاعتماد على اخبار البائع بالمقدار بين الوثوق بقوله و عدمه لكن الحديث ضعيف و الماتن يتعرض لجواز الاعتماد على اخبار البائع و نتعرض هناك للمسأله تبعا له فانتظر.

«قوله قدس سره: كما فى روايه كيل»

الخ و هى ما عن

أبى عبد الله عليه السلام انه سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعدده فيكالم بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقى على حساب ذلك العدد قال: لا بأس به «١» فانه يستفاد من الحديث لزوم العدد فى المعدود و ان لم يمكن يجوز بيعه بالكيل فلا- يجوز البيع الجزافى.

[هل الحكم منوط بالغرر الشخصى أم لا]

«قوله قدس سره: ثم ان ظاهر اطلاق جميع ما ذكر»

الخ الشيخ فى مقام بيان ان حكمه اشتراط الوزن و الكيل و العدد عدم تحقق الغرر و ليس هذا عله كى يدور الحكم مدارها و عليه لا- يجوز بيع الموزون بلا وزن و لا كيل و بعباره واضحه المستفاد من نصوص البات اشتراط بيع الطعام بالوزن أو الكيل أو العدد.

و يرد عليه ان المستفاد من بعض نصوص الباب ان الميزان الكلى عدم جواز المجارفة لاحظ ما رواه الحلبي «٢» فانه عليه السلام

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب عقد البيع و شروطه.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٤٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤٨

بعد ما اجاب عن سؤال الراوى بقوله لا- يصلح الا بكيل بين روحى فدهاه ضابطا كليا و ميزانا عاما حيث قال و ما كان من طعام سميت فيه كيلا فانه لا يصلح مجازفه فيعلم ان الميزان فى الفساد و الصحه كون البيع جزافيا و عدم كونه كذلك.

و بيان اوضح انه تاره يترتب حكم فى الشريعة المقدسه على موضوع كوجوب العده عند تحقق التقاء الختانيين و لا ندرى ان وجوب العده دائر مدار الحمل أم لا.

و بعباره اخرى: لا- ندرى ان عدم اختلاط المياه ملحوظ فى موضوع الحكم على نحو الحكمه أو العله اى الحكم مترتب عند احتمال اختلاط المياه أو

ليس كذلك و اخرى يترتب الحكم على موضوع على نحو الاطلاق بمقتضى الصنائه و مقدمات الحكمه فلا مجال للترديد و الامر فى المقام كذلك لان الميزان الذى اخذ فى موضوع الحكم صريحا عنوان الجزاف فالحكم يدور مداره وجودا و عدما

ان قلت الجزاف كما يظهر من بعض كلمات اللغويين البيع بلا- كيل و لا- وزن فاذا لم يكل و لم يزن و لم يعد يصدق عليه الجزاف و ان لم يكن البيع غرريا كما لو وضع مقدار من الحنطه فى احدى كفتى الميزان و وضع مقدار مجهول من العدس فى الاخرى و يكون قيمه كل منهما مساويا مع قيمه الاخر و بيع احدهما بالآخر يكون العقد باطلا لكونه جزافا.

قلت يظهر من بعض كلماتهم أيضا انه اشرب فى مفهوم الجزاف عدم البصيره و الاقدام بامر بلا رويه و بالحدس و التخمين و بعد التعارض يسقط اخبارهم و لا بدّ من طريق آخر فى فهم معنى الكلمه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤٩

فقول مقتضى التبادر ان هذا اللفظ موضوع بإزاء ما يكون مرادفا مع عدم البصيره.

و ان شئت قلت يفهم من هذا اللفظ فى المحاورات عدم انطباق الامر مع الموازين و لذا يقال فلان مجازف فى قوله أو زيد اقدم فى الامر الفلانى مجازفه و هكذا و التبادر آيه الحقيقه كما حقق فى محله و كذلك صحه الحمل و صحه السلب آيه المجاز و اذا شككنا ان هذا اللفظ لهذا المعنى هل كان فى زمان المعصوم كذلك أم لا نحكم بمقتضى الاستصحاب القهقرى انه كان كذلك من ذلك الزمان فان الاستصحاب المذكور من الاصول اللفظيه العقلائيه و عليه يدور رحى الاستنباط فى كثير من الموارد فتكون

النتيجة جواز العقد اذا لم يكن جزافا و ان كان المقدار مجهولا فالميزان فى عدم الصحه بالجزاف لا بالجهل المقدار.

«قوله قدس سره: كما اذا كان للمتبايعين حدس قوى»

الخ اذا كان الامر كذلك لا- يكون المقدار مجهولا و بعبارة اخرى الكيل الخارجى أو الوزن كذلك و هكذا العدّ ليس لها موضوعيه بل المناط العلم بالمقدار و المفروض انهما بالحدس يعلمان بالمقدار فالاستثناء منقطع.

«قوله قدس سره: قليلا لم يتعارف»

الخ مع عدم التعارف اما لقلته أو لكثرتة كزبره من حديد لا- يكون المبيع داخلا- فى المكيل و الموزون فهذا الاستثناء أيضا منقطع.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥٠

«قوله قدس سره: اشير فى صحيحه عبد الرحمن»

فعن عبد الرحمن بن الحجاج قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام:

اشترى الشىء بالدراهم فاعطى الناقص الحبه و الحبتين قال: لا حتى تبينه ثم قال: الا ان يكون نحو هذه الدراهم الاوضاحيه التى تكون عندنا عددا «١»

و لا- يبعد أن يكون المراد من الدراهم الاوضاحيه هى الدراهم التى تكون مركبه من النحاس و الفضة و كانت رائجه مثل الدراهم الصحيحه.

[وجوب معرفه العدد فى المعدود و الدليل عليه]

«قوله قدس سره: ثم ان الحكم فى المعدود و وجوب معرفه العدد فيه»

الخ الامر فى المعدود كما افاده فانه يستفاد الاشتراط فيه من حديث الجوز الذى تعرضنا له قريبا فالنتيجة ان الامر بالنسبه الى الطعام و المعدود واضح اذ الدليل المعتبر دال على الاشتراط فيهما.

انما الكلام فى بقيه الاشياء فهل يجب العلم بالمقدار فى جميع الموزونات و المكيلات أم يختص الحكم بخصوص الطعام؟ فنقول:

ان كان المدرك للاشتراط حديث نفى الغرر يلزم العلم بالمقدار فى جميع الموارد كى لا- يلزم الغرر ففى كل مورد يصدق عنوان الغرر يكون العقد باطلا.

انه لا مجال للاستدلال على المدعى بحديث لا غرر فان حديثه مخدوش سنداً و دلاله اما سنداً فلعدم تماميته و عدم انجباره بجابر و اما دلاله فلما ذكرنا من ان الغرر بمعنى الخديعه

(١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب الصرف الحديث ٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥١

لا بمعنى الجهل مضافا الى ان حمل النهى على الوضعى خلاف الظهور اللفظى.

و ان كان المدرك للحكم النصوص الخاصه التى تعرضنا لها فلا يستفاد منها الا اشتراط العلم بمقدار فى خصوص الطعام و لا يستفاد منها ازيد من هذا المقدار كما انه لا يستفاد الا اشتراط من حديث الجوز الا فى خصوصه و اما الزائد عليه فلا فتحصل ان الاشتراط مخصوص بالطعام و اما فى غيره فان تم اجماع على الاشتراط فهو و الا يكون مقتضى القاعده عدمه.

«قوله قدس سره: بخلاف مثل الشاه»

الخ حيث ان المذكورات تعرف بالمشاهده لا بالعدد و لا بالوزن و الكيل.

[مسأله فى التقدير بغير ما يتعارف التقدير به]

اشاره

«قوله قدس سره: مسئله لو قلنا بان المناط فى اعتبار تقدير المبيع فى المكيل و الموزون».

وقع الكلام بين القوم فى أنه هل يجوز بيع المكيل بالوزن و بالعكس أم لا و الذى يمكن أن يقال ان الحكم يختلف باختلاف مدركه و لذا افاد الشيخ قدس سره بأنه ان كان المناط الفرار عن الغرر يجوز بيع كل من المكيل و الموزون بالآخر اذا فرض عدم عروض الغرر فان المفروض انه المانع.

و اما ان كان المدرك النصوص الخاصه فقد تقدم ان مقتضى اطلاق الروايات لزوم تقدير كل من القسمين بما يكون متعارفا فالموزون بالوزن و المكيل بالكيل و بعد ذلك ذكر الاقوال الوارده فى المقام هذا ملخص كلامه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص:

اقول قد تقدم منا ان المستفاد من جمله من نصوص الباب وجوب الاجتناب عن المجازفه فيصح البيع اذا لم يكن جزافيا فهذا هو الميزان و عليه يجوز بيع كل منهما بالآخر اذا لم يصدق عنوان الجزاف.

و اما الاستدلال على الجواز بحديث وهب عن جعفر عن ابيه عن ابي علي عليهم السلام قال لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن «١».

بتقريب ان المستفاد منه جواز تقدير كل من القسمين بالآخر فيرد عليه أولا ان الحديث ضعيف سنداً بوهب بن وهب فانه لم يوثق.

و ثانيا انه يمكن ان يكون المراد من الحديث جواز جعل احد العوضين من الموزون و جعل العوض الاخر من المكيل لا تقدير احدهما بالتقدير الاخر.

«قوله قدس سره: فالظاهر جوازه»

الامر كما افاده اذ على هذا التقدير يكون الموزون بالوزن غايه الامر يكون الكيل أماره على الوزن و ما به التفاوت مما يتسامح فيه مضافا الى انه في مفروض الكلام لا يكون العقد جزافا.

«قوله قدس سره: و يؤيده روايه عبد الملك بن عمرو»

الخ لاحظ ما رواه عبد الملك بن عمرو قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام اشترى مائه راويه من زيت فاعترض راويه أو اثنتين فأترنهما ثم أخذ سائره على قدر ذلك قال: لا بأس «٢».

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب السلف الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ٥ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ١.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥٣

و الظاهر ان الحديث دليل على المطلوب و لا وجه لان يعتبر بالتأييد فان الروايه تدل على الجواز بالصراحه و صفوه القول ان المستفاد من جمله من النصوص ان المانع عن الصحه الجزاف و عليه لا يجوز بيع

المكييل بالوزن و لا الموزون بالكيل اذ لكل واحد منهما قيمه و ماليه خاصه.

«قوله قدس سره: نعم ربما ينافى ذلك التقرير المستفاد من الصحيحه الآتیه»

السخ و هي ما روى عن ابي عبد الله عليه السلام «١» وجه التنافى ان المستفاد من هذه الروايه عدم جواز الكيل طريقا الى العد و يرد عليه ان الامر بالعكس فانه يستفاد من هذه الروايه جواز جعل الكيل طريقا الى العد و العجب من الشيخ قدس سره كيف تعرض لقولهم و لم يرده و الحال ان الامر اوضح من ان يخفى فلاحظ.

«قوله قدس سره: و ما تقدم من صحيحه الحلبي»

السخ و هي ما رواه الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام «٢» فانه لا يستفاد من الروايه لزوم بيع المكييل بالكيل و الموزون بالوزن بل المستفاد منه انه لا يجوز الجزاف.

«قوله قدس سره: فالظاهر جواز بيع الكيل وزنا»

السخ ان تحقق اجماع تعبدى على الجواز فهو و الا- يشكل الامر فان المستفاد من النصوص لزوم بيع الموزون بالوزن و المكييل بالكيل اذ لولاه يلزم الجزاف و بعباره اخرى لكل مقدر ماليه خاصه و قيمه

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٤٧.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٤٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥٤

سوقيه و يكون التجاوز عنها عمل بلا رويه و بلا بصيره.

و قد نهى عنه فى جمله من النصوص بل يدل على النهى عنه احاديث الحلبي «١» فانه صرح فى الحديث الثانى بعدم جواز بيع ما يكال الا بالكيل و لم يستثن التقدير بالوزن و الحديثان الآخران اى الاول و الثالث كالحديث الثانى فان كلها فى مقام بيان امر واحد و أيضا يدل على المدعى ما رواه

«قوله قدس سره: اذ ليس هنا كيل واحد يقاس المكايل عليه»

الخ لا فرق بين الوزن و الكيل من هذه الجبهه فان كل واحد منهما امر جعلى اعتبارى و لا واقع ثابت لشيء منهما فلا فرق.

«قوله قدس سره: غير جائز لان مجرد ذكر احد هذه العنوانات عليه»

الخ لا اشكال فى انه لا يشترط المعرفه التفصيليه بالاوزان و المكايل بل المعرفه الاجماليه كافيه و السيره جاريه عليها فان كل مسافر اجنبى اذا ورد الى بلد من البلاد النائية يشتري الموزون و المكيل و المعدود بحسب ما هو المتعارف عند اهل ذلك البلد مع ان الغريب الوارد فى ذلك البلد لا يعرف خصوصيات المقادير و الاوزان.

و بعباره واضحه انه يصدق انه اشترى الشيء الفلانى بالوزن الكذائى أو بالمكيال الفلانى و لا يكون بحكم المشاهده فيصدق عليه ما ورد فى النص من ان الموزون و المكيل يلزم ان يباع بالوزن

(١) قد تقدم ذكر الاحاديث فى ص ١٤٣ و ١٤٥.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٤٥.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥٥

و الكيل و لا يصدق عليه عنوان الجزاف.

«قوله قدس سره: لكن التقرير غير واضح»

الخ بل اعتقاد السائل عدم الجواز غير واضح فان مجرد الجهل بالحكم يقتضى السؤال بحسب ما يرتكز عند عامه الناس فان رجوع الجاهل الى العالم فى الامور المبتلى بها امر ارتكازى عادى.

نعم جواب الامام عليه السلام لا يشمل مورد غير الضروره لان قوله عليه السلام لا بأس به وارد فى خصوص مفروض السائل و لا مفهوم له ينفى عن غير ذلك المورد لكن الجواز امر على طبق القاعده الاولييه اذ الوزن أو الكيل أو العد كلها طريق الى الواقع فطبعا يقوم مقامها

طريق آخر و هذا واضح ظاهر.

«قوله قدس سره: و اما الوزن فالظاهر كفايته»

الخ لا فرق بين الكيل و الوزن من هذه الجبهه كما مرّ في جواز بيع المكيل بالوزن.

«قوله قدس سره: بل ظاهر قولهم في السلم انه لا يكفي العد في المعدودات»

الخ لا وجه لعدم الجواز و جمله من كلماتهم تدل على الجواز فلا حظ.

«قوله قدس سره: فافهم»

لعله بقوله فافهم يشير الى ان ما نحن فيه قوامه بالتعارف و الجعل و لا تكون له حقيقه و واقعيه فلا مجال لهذا الكلام.

[الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكيفا أو موزونا]

اشاره

«قوله قدس سره: بقى الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكيفا أو موزونا»

الخ

[المشهور أن ما كان موزونا أو مكيفا أو معدودا في زمنهم عليهم السلام يكون كذلك الى يوم القيامة]

اشاره

قال سيدنا الاستاد قدس سره ذكر المشهور ان ما كان موزونا أو

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥٦

مكيفا أو معدودا في زمنهم عليهم السلام يكون كذلك الى يوم القيامة.

و اما غيره من بقيه الاشياء فان كان فيه عرف عام يعامل معه كذلك و الافقى كل بلد يكون الحكم تابعا لما تعارف فيه.

ثم أورد على هذه مقاله و قال ما ذهب إليه المشهور يستلزم المحال و لا يمكن اجتماع الامرين في إنشاء واحد و السرّ فيه ان لحاظ ما في زمنهم موزونا أو مكيفا أو معدودا يكون على نحو القضية الخارجيه المحفوظ فيه جميع الخصوصيات و لا يتصور فيه الاطلاق و ما يلاحظ في غيره يلاحظ على نحو القضية الحقيقه و على نحو فرض الموضوع على نحو الاطلاق و لا يمكن

الجمع بين نحوين فى إنشاء واحد هذا ملخص كلامه.

و یرد علیه ان المانع عن إنشاء الامرین بانشاء واحد اما ثبوتى و اما اثباتى. اما الاول فلا نرى فيه مانعا و أى مانع فى جعل الحكم نحوين و ابرازه و اما المانع الاثباتى فغايه ما يمكن ان يقال فى وجه المنع انه يلزم استعمال اللفظ فى اكثر من معنى واحد و هذا غير معقول اذ استعمال اللفظ فى المعنى جعل اللفظ فانیا و مندكا فى المعنى و علیه يلزم من استعمال لفظ واحد فى اكثر من معنى واحد اما وحده المعنى و اما تعدد اللفظ و كلاهما خلاف الواقع فيلزم ان يكون الواحد متعددا و هذا خلف و محال.

و یرد علیه ان المعنى المذكور باطل و فاسد و عاطل

ليس تحته شىء فان الانشاء عبارته عن النشو و ابراز، ما فى النفس الى الخارج و الاستعمال عبارته عن جعل اللفظ بحسب التعهد
الوضعى علامه لاراده المعنى و عليه يمكن الاتيان بلفظ واحد و إرادته آلاف من المعانى.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥٧

مضافا الى أنه لا يلزم إنشاء الحكمين بانشاء واحد كى يتوهم الاستحاله بل يمكن ابراز كل واحد منهما بانشاء غير الانشاء الاخر
فلاحظ. اذا عرفت ما ذكرنا نقول

ما يمكن ان يذكر فى تقريب مذهب المشهور وجوه.

الوجه الأول: الاجماع

و فيه ما فيه فان المنقول منه غير حجه و المحصل منه غير حاصل و على فرض حصوله محتمل المدرك فلا يعتد به.

الوجه الثانى: ان المراد بالعناوين المصاديق الموجوده فى زمان المتكلم المشرع للاحكام

و فيه انه انما يكون كذلك فيما يكون القضية على نحو القضية الخارجيه و الا فلا.

الوجه الثالث: ان الموضوع يلزم اخذه من الشارع كما ان الحكم كذلك

فعليه يلزم حمل اللفظ على ما هو المتعارف عنده.

و يرد عليه ان الموضوع ان كان مخترعا من مخترعات الشارع يلزم اخذه منه و اما ان كان الموضوع عرفيا يلزم اخذه منه مضافا
الى انه على هذا فما الوجه فى التفصيل بين ما كان موزونا فى ذلك الزمان و غيره فانقده بما ذكرنا انه لا وجه لما ذهب إليه
المشهور و الحق ان يقال ان هذا الحكم كبقية الاحكام ثابت لموضوعه على نحو القضية الحقيقه ففى كل مورد تحقق الموضوع
يترتب عليه الحكم اذ الحكم بالنسبه الى الموضوع كالمشروط بالنسبه الى شرطه فكما ان تحقق المشروط تابع لتحقيق الشرط
كذلك الحكم بالنسبه الى موضوعه و لذا يمكن ان يختلف شىء واحد بحسب اختلاف الازمنه او الامكنه و البلدان.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥٨

نعم اذا كان عرف عام يحمل اللفظ عليه كما يستفاد من حديث على بن ابراهيم عن رجاله ذكره فى حديث طويل قال و لا ينظر
فيما يكال و يوزن الا الى العامه و لا يؤخذ فيه بالخاصه فان كان قوم يكيلون اللحم و يكيلون الجوز فلا يعتبر بهم لان اصل اللحم
ان يوزن و اصل الجوز ان يعد «١».

فان الحديث يدل بالصراحه على تقديم العرف العام على العرف الخاص لكن الروايه ضعيفه سندا فلا يعتد بها.

و لعله قدس سره بامرہ بالتأمل يشير الى الاختلاف فى ان المقدم العرف العام أو الخاص، و حيث ان الروايه غير معتبره لا يمكن اثبات احد الطرفين بها و الذى يخلج بالبال ان يقال اذا ثبت من الشارع اعتبار خاص

يرجع إليه و الا- فان كان عرف عام بحيث يتبادر الى الذهن يكون هو المرجع و الا يكون المتبع فى كل مكان و بلده المتعارف عند اهل تلك البلده و عليه تتفرع فى المقام فروع.

الفرع الأول: انه لو كان من الشارع الاقدس تعبد خاص يتبع بلا اشكال و لا كلام.

الفرع الثانى انه لو كان هناك عرف عام بحيث يتبادر الى الذهن يكون متبعا بلا كلام.

الفرع الثالث: انه لو كان الامر مختلفا بحسب البلدان يكون الحكم تابعا لعرف كل بلد.

الفرع الرابع: ان الميزان ببلد فيه المبيع.

الفرع الخامس: انه لو تعاقدوا فى الصحراء فان كانا متفقين فهو

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب الربا الحديث ٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥٩

و ان كانا مختلفين فرما يقال بالتخير و ربما يقال بان كل واحد يعمل على طبق رأيه و ربما يقال يقرع و ربما يقال يؤخذ بما هو اقرب الى بلده و ربما يقال المناط البلد الاعظم و الظاهر انه ليس لها مدرك صحيح اما التخير فلا دليل عليه و اما القرع فأیضا لا دليل عليها و اما العمل على طبق الرأى فأیضا غير صحيح فان البيع مجموع من الايجاب و القبول فالجمع بين الرأیین هو القدر المقطوع من الفاسد و أيضا لا دليل على الترجيح بالاقربيه و لا بالاعظميه.

اذا عرفت ما ذكرنا نقول لا- يبعد أن يكون الحق ان دليل الاشتراط لا يشمل مثله اذ شموله لكلا الطرفين غير معقول و ترجيح احدهما على الاخر بلا مرجع و التخير لا دليل عليه فاللدليل غير شامل و يكون مقتضى القاعده الاوليه عدم الاشتراط فانه مقتضى قوله تعالى «احل الله البيع» و «تجاره عن تراض» فلاحظ.

[مسأله لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور]

اشاره

«قوله

قدس سره: مسئله لو اخبار البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه»

الخ وقع الكلام بين القوم في جواز الاعتماد على اخبار البائع بمقدار المبيع و عدمه و انعقاد هذه المسأله بعد فرض اشتراط البيع بالعلم بمقدار و الا فلا مجال له كما هو ظاهر.

فبقول تاره يقع البحث في مقتضى القاعده الاولى و اخرى في مقتضى النص الخاص فهنا مقامان.

اما

المقام الأول [في مقتضى القاعده الأوليه]

فلا بد من التفصيل بين حصول العلم أو الاطمينان من اخباره و عدمه فعلى الاول يجوز و على الثانى لا يجوز.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦٠

و اما

المقام الثانى [في مقتضى الروايات]

فمقتضى بعض الروايات جواز الاعتماد لاحظ ما رواه محمد بن حمران «١».

فان هذه الروايه صدرت و ذيلا تدل على جواز الاعتماد على اخبار البائع بمقدار المبيع اما الصدر فدلالته على المدعى ظاهره اذ السائل فرض تصديق البائع فى اخباره و الامام عليه السلام صرح فى الجواب بقوله لا بأس و اما الذيل فالامام عليه السلام انما جوز بيعه بعد الكيل فيعلم انه يكفى لجواز البيع كيل البائع فيكفى اخباره.

الا أن يقال انه لا ملازمه بين جواز البيع بعد الكيل و اعتبار قول البائع فى اخباره بالمقدار و ربما يتوهم وقوع التعارض بين هذه الروايه و ما رواه الحلبي «٢».

فان الاستفادة من هذه الروايه عدم الجواز الا مع الكيل و لكن يمكن أن يقال ان روايه الحلبي مطلقه من حيث كون الاشتراء على طبق اخبار البائع و عدمه و اطلاقه يقيده بروايه ابن حمران و الدليل على الاطلاق ان الامام عليه السلام علل الحكم بعدم الجواز بقوله ان الطعام الذى يباع بالكيل لا يجوز بيعه جزافا فالمنهى البيع الجزافى و من الظاهر ان البيع المبنى على اخبار البائع و على حسب تقديره لا يكون جزافا فلا حظ.

و يمكن الجمع بين الحديثين بنحو آخر بان نقول روايه الحلبي مطلقه من حيث كون الاخبار حدسيا أو حسيا و حديث ابن حمران ظاهر فى الاخبار الحسى فيقيد الاطلاق بالمقيد اللهم الا أن يقال

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٤٦.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٤٣.

عمده المطالب في التعليق

انه لا وجه لحمل الاخبار فى حديث الحلبى على الاعم و حمل الاخبار فى الحديث الاخر على الحسى فتحصل انه يجوز الاعتماد باخبار البائع.

ثم انه هل يشترط اعتبار قوله بكونه ثقه أو بشرط حصول الظن من اخباره؟ مقتضى اطلاق حديث ابن حمران عدم الاشتراط و مثله ما رواه عبد الرحمن بن أبى عبد الله انه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام اشتريه منه بكيله و اصدقه فقال لا بأس و لكن لا تبعه حتى تكيله «١».

و ربما يقال: بأنه لا بدّ من تقييد الاطلاق بحديث أبى العطار «٢» فان مقتضاه الجواز مع الائتمان فلا بد من تقييد الاطلاق بهذا القيد لكن حديث أبى العطار ضعيف سندا حيث انه لم يوثق فلا يرفع اليد عن الاطلاق.

و يمكن الاستشهاد على الاطلاق و عدم تقييد الاعتماد بشىء بوجهين:

احدهما قول السائل فى مقام السؤال صدقناه و لو كان اخباره موجبا لحصول العلم لم يكن مجال للتصديق و بعبارة اخرى الظاهر من التصديق التصديق العملى مع الشك.

ثانيهما: قوله عليه السلام اما انت فلا- تبع الا- مع الكيل و الحال انه لو كان عالما بصدق الخبر لم يكن وجه للكيل اذا لكيل لا موضوعه له قطعاً فلاحظ.

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ٨.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٤٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦٢

«قوله قدس سره: و يندفع الغرر ببناء المتعاملين على ذلك المقدار»

الخ المراد من هذه الجملة غير واضح فان كان المراد التعليق على المقدار الخاص يلزم البطلان من جهة التعليق مضافا الى ان مقتضى التعليق بطلان البيع عند التخلف و الحال ان

بنائهم على الصحة و ثبوت الخيار. و ان كان المراد بيع العين بلا تعليق و لكن يشترط الخيار في فرض عدم كونه ذلك المقدار فانه مع شرط الخيار لا يكون البيع جزافا تتوجه شبهه و هي ان اشتراط الخيار في العقد يتوقف على تماميه ذلك العقد و صحته فاشترط الخيار يتوقف على تماميه العقد و الحال ان تماميته تتوقف على الشرط فيلزم الدور المحال.

مضافا الى انه لا يمكن الالتزام به اذ على تقدير التخلف لا يقع الثمن في مقابل جميع المبيع فانه على تقدير الزيادة يكون الزائد للبائع و تتحقق الشركه بين المتعاقدين و على تقدير النقيصه يتحقق تبعض الصفقه فيكون المراد من البناء ان العقد يقع على العين بعنوان كل رطل مثلا بكذا مقدار أو كل من فاذا قال البائع هذا السمن عشره امنان فاشتراه المشتري بعشره توأمين يكون معناه كل من بتومان فلا غرر.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعله بالامر بالتأمل يشير الى ان الجزء و الكل و صفان لا- يوجبان الاختلاف في الحقيقه بل الاختلاف في الوصف فان جنس الجزء عين جنس الكل فالحق ان الجزء و الكل و صفان عرضيان لا ذاتيان.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦٣

«قوله قدس سره: تخير المغبون منهما»

الخ لا- ارتباط بين هذا الخيار و خيار الغبن فان خيار الغبن على القول به ناش من الضرر الوارد على المغبون و المفروض انه لا ضرر في المقام لان الثمن يقابل بما هو موجود في المبيع فعلى تقدير النقصان يتحقق خيار تبعض الصفقه للمشتري و على تقدير الزيادة يتحقق خيار العيب الناشى من الشركه فان الشركه مع الغير بنفسه عيب في المتاع كما هو ظاهر و هل يثبت الخيار للبائع

كما يثبت للمشتري؟

يظهر من كلام العلامة انه يثبت الخيار للبائع فى صورته الزيادة و لكن سيدنا الاستاد قدس سره فصل بين البائع و المشتري و قال:
يثبت الخيار للمشتري للعيب الذى فى المبيع بلحاظ الشركه و اما بالنسبه الى البائع فلا خيار لعدم المقتضى.

و اظن ان الوجه فى التفصيل الذى ذكره ان خيار العيب انما يثبت للمشتري للنص الخاص الوارد فى خيار العيب و أما بالنسبه الى البائع فلا.

و يرد عليه أولا بالنقض بصوره ما لو باع عبدا بعنوان كونه مريضا فاصبح صحيحا فانه يثبت للبائع الخيار بواسطه تخلف الوصف كما هو قدس سره صرح به و ثانيا ان حكم الامثال واحد و الشرط الارتكازى العقلائى يقتضى ثبوت الخيار للبائع كما يثبت للمشتري فلا وجه لتفصيله الذى ذكره بلا تقريب برهان و اقامه دليل عليه.

«قوله قدس سره: و انما الاشكال فى ان المتخلف فى الحقيقه هل جزء المبيع الخ»

لا اشكال فى ان التخلف فى المقام تخلف الجزء و هذا واضح

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦٤

غير محتاج الى البحث و ربما يتضرر و يتخيل ان العقد باطل من اصله لانه وقع على المقدار الكذائى فانكشف خلافه فكما لو باع حمارا و حشيا فاصبح المبيع عبدا حشيا يكون البيع باطلا كذلك الحكم فى المقام.

و يرد عليه ان القياس مع الفارق فان المبيع متعلق بصور نوعيه عقليه كانت أو عرفيه و مع التخلف يكون العقد باطلا اذ ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد و بعبارة واضحة ان العقد لا- يتعلق بالهيولى بل يتعلق بالصوره و مع التخلف ينكشف الخلاف و البطلان و اما لو لم يكن العنوان المأخوذ فى العقد كذلك لا يكون

وجه للبطلان عند التخلف بل غايته ثبوت الخيار و المقام كذلك.

«قوله قدس سره: فلذلك اختلف فى ان الامضاء هل هو بجميع الثمن أو بحصه منه»

الخ قد ظهر مما ذكرنا ان الاختلاف بالجزء و الكل و لهذا يقسط الثمن على المبيع بالمقدار فيكون الخيار من باب تبعض الصفقه فمع زياده المبيع تكون الزيادة للبائع و على تقدير النقيصه يرجع الثمن بالمقدار المقابل لما نقص الى المشتري و هذا ظاهر.

«قوله قدس سره: يشكل الحكم بالجواز فى كثير من هذه الموارد لثبوت الغرر»

الخ تاره يقع البيع على طبق التخمين و لكن مبني على المقدار الكذائى بحيث يقسط الثمن على اجزاء المبيع. و اخرى يقع العقد على طبق التخمين بلا ملاحظه التقسيط.

أما الصورة الأولى فلا وجه لبطلان العقد لعدم الغرر فلا وجه للفساد.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦٥

و أما الصورة الثانية فما يمكن ان يذكر فى تقريب البطلان وجهان. الوجه الأول لزوم الغرر و هو منهى عنه. و فيه انه مرّ مرارا ان الحديث لا مدرك معتبر له.

الوجه الثانى ما ورد من النصوص الداله على ان البيع جزافا غير صحيح. و فيه ان النصوص المشار إليها تختص بالمكيل و الموزون و المعدود فلا وجه لاسراء الحكم من ذلك المقام الى مقامنا هذا.

فالتتيجه ان بيع غير ما دل الدليل فيه على الاشتراط يجوز و لو مع الجهل بمقدار المبيع اضعف الى ذلك كله ان الجهل بمقدار المبيع اعم من الغرر.

و يضاف الى ذلك كله انه قد تقدم منا احتمال كون الغرر عباره عن الخديعه فلا يرتبط بما نحن بصدده.

«قوله قدس سره: فافهم»

لعله يشير بالامر بالفهم الى انه لا خصوصيه للوزن و الكيل و العد فانها طريق الى

[مسأله بیع بعض من جمله متساوی الأجزاء]

[الأول أن يريد بذلك البعض كسرا واقعا من الجملة مقدرا بذلك العنوان]

اشاره

«قوله قدس سره: و لا اشكال في صحه ذلك»

الخ الامر كما افاده فان المقتضى للصحه موجود و لا مانع عن التأثير و بعبارة واضحه ان جواز تعلق البيع بالكسر المشاع من الامور الواضحه و السيره جاريه عليه فلا وجه للاشكال.

«قوله قدس سره: و لم يعلم وجه الفرق الا منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد و الشاه.»

حيث انه لا يطلق العبد بماله من المفهوم على نصفين من عبيد

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦٦

و كذلك لا- يطلق لفظ الشاه على نصفين من شاتين بخلاف لفظ الحنطه حيث يطلق على كل جزء من اجزاء الصبره و هذا الاختلاف راجع الى مقام الاثبات و الدلاله. و الكلام في مقام الثبوت.

فالتتيجه انه لا- اشكال في القسم الأول انما الكلام في ان ملكيه المشاع باى نحو فر بما يقال بان كل واحد من الشريكين أو الشركاء مالک لمقدار من العين بنحو الكلى في المعين و هذا القول باطل اذ يلزم ان لا تكون الخصوصيات مملوکه لاحد و الحال انه لا شبهه في ان الخصوصيات مملوکه و مشترکه بين الشريكين أو الشركاء و ربما يقال ان كل واحد من الشريكين أو الشركاء مالک للكل لكن بملكيه ضعيفه.

و هذا القول في غايه الفساد اذ يرد عليه أولا انه لا مقتضى لكون كل واحد من الشريكين مالکا لتمام العين.

قمی، سيد تقی طباطبای، عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ٤ جلد، كتابفروشى محلاتی، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق

عمده المطالب في التعليق على المكاسب؛ ج ٣، ص: ١٦٦

و ثانيا انه كيف يمكن ان تكون عين واحده مملوکه لمالکين.

و ثالثه ان احد المالکين لدار لو باع نصف الدار بلا اذن

شريكة نسال هل يكون بيعه صحيحا أم لا؟ أما على الاول فنقول اذا كانت الملكيه الضعيفه مقتضيه لجواز البيع يلزم ان يكون بيع الكل أيضا صحيحا و الحال انه ليس كذلك.

و أما على الثانى فيكون خلاف الضروره و يستلزم لغويه خيار الشفعه و ربما يقال ان كل واحد من الشريكين أو الشركاء مالك لحصه خاصه من العين.

و يرد عليه ان اختصاص تلك الحصه الخاصه باحدهما و اختصاص الحصه الخاصه الاخر بالآخر تخصيص و ترجيح بلا مخصص و مرجح.

[الاستدلال على أن مجموع الشريكين أو الشركاء مالك للعين]

إشاره

و ربما يقال ان مجموع الشريكين أو الشركاء مالك للعين ذهب

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦٧

إليه سيدنا الاستاد قدس سره و استدلل على مدعاه بوجوه:

الوجه الأول: انه قد ثبت فى الفلسفه عدم وصول الجسم الى حد لا يكون قابلا للقسمه.

و بعباره اخرى: انكروا امكان الجزء الذى لا يكون قابلا للتجزيه و على هذا الاساس انكروا الجوهر الفرد فكل جزء قابل للتجزيه و لا- يصل الجسم الى حد لا- يكون قابلا- للقسمه و لكن بالنظر العرفى ليس كذلك فانه يصل الجسم الى حد لا يكون قابلا للقسمه و عليه اذا وصل الى هذا الحد إما يكون مملوكا لكلا الشريكين و إما يكون ملكا لاحدهما دون الاخر و اما لا يكون مملوكا.

أما على الاول فيحصل المطلوب و هذا هو المدعى و اما على الثانى فيلزم الترجيح بلا مرجح و اما على الثالث فيلزم امر خلاف الضروره الفقهييه.

و يرد عليه أولا النقض بمملوك لشخص واحد فانه لو فرض وصول جسم مملوك لمالك واحد الى حد غير قابل للقسمه فلو فرض قسمته نسال ان ذلك الجزء الفرضى مملوك للمالك أم لا-؟ اما على الاول يعود المحذور و اما على الثانى فلا يمكن الالتزام به.

ان قلت: هذا فرض و خيال و الاحكام الشرعيه لا تبتنى على الفروض و الخيالات.

قلت: هذا صحيح و لذا اصل الاشكال غير وارد اذ يكون توجه الاشكال مبني على الفرض و الخيال.

و ثانيا انا نلتزم بكون الجسم و لو لم يكن قابلا للتقسيم مشتركا بين شريكين اذ يكفي لاعتبار الملكيه الفرض.

و ثالثا: انه يمكن ان يقال بانه اذا وصل الى هذا الحد لا يكون مملوكا بل يكون جزء المملوك فالنتيجه ان الوجه الأول المذكور

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦٨

في كلامه غير تام.

و لكن يمكن

ان يقال ان الذى افيد غير مفيد اذ لو سلم ان الجزء الفرضى غير قابل لان يكون مملوكا لاحد فلا اثر لكونه جزء للمملوك اذ لو قلنا ان العين مملوكه لكلا المالكين و الشريكين يتم مدعى سيدنا الاستاد و ان لم نقل به يلزم ان يكون بلا مالك فلا تغفل.

الوجه الثانى: انه لو بقى شىء من الميت و انتهى عدد الوراث الى حد لا يكون نصيب كل واحد منهم ذا مالیه

و فرضنا ان شخصا اتلف تلك العين لا- يتحقق الضمان اما لو كان المالك مجموع الورثه يصدق اتلاف المال و هل يمكن الالتزام بعدم الضمان؟ كلا.

و يرد عليه أولا: انه مجرد فرض و خيال و لا واقع له. و ثانيا انه على هذا الفرض ان المالك شخص واحد و لكن الغاصب اتلف ماله بالتدريج كما لو اتلف صبره من الحنطه و لكن بالتدريج بان اتلف الصبره حبه حبه فانه يلزم على البيان المذكور عدم الضمان فكل ما يجاب عنه هناك يجاب به عن مورد كلام سيدنا الاستاد.

و ثالثا: انه لا اشكال فى صدق انه اتلف المال و فى السيره العقلائيه الممضاه عند الشارع لا فرق بين اقسام اتلاف المال من جهه تحقق الضمان و بعبارة اخرى لا اشكال فى ان الورثه شركاء فى هذه العين فأیضا هم شركاء فى بدله و بعبارة واضحة يصح ان يقال ان الغاصب اتلف مملوكا لتلك الجماعه فيكون ضامنا لهم فهذا الوجه أيضا غير صالح لاثبات المدعى.

الوجه الثالث: ان الاشاعه بالمعنى المشهور لا تتصور فى البسائط

كحق التحجير مثلا و أيضا لا تتصور بالنسبه الى الافعال و اما بالمعنى الذى ذكر فامر قابل فانه لا مانع عن كون الحق الفلانى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦٩

أو الفعل الفلانى مملوكا لمالكين أو ملاك ثلاثه. اذ لا يلزم عليه القسمة و اما على القول الاخر فتلزم فيه القسمة و البسائط غير قابل للقسمة.

و يرد عليه ان البسائط لا تكون قابله للقسمة الخارجيه و اما القسمة الاعتباريه فلا مانع فيها فالوجه المذكوره كلها باطله.

و يمكن الاستدلال على بطلان الدعوى المذكوره بانه لو فرض شخصان مالكان و شريكان فى دار على نحو الاشاعه فنسأل انه لو باع احدهما نصيبه بلا اذن

شريكة فاما يكون بيعه صحيحا أم لا؟

أما على الاول فيلزم نفوذ تصرف من لا يكون مالكا فان كل واحد من الشريكين نصف المالك لا تمامه و نفوذ تصرف غير المالك خلاف القاعده.

و أما على الثانى فيلزم خلاف الضروره و يلزم انسداد باب حق الشفعه و لغويه جعله الا ان يقال انه قد ثبت فى الشرع الاقدس نفوذ تصرف كل شريك بالنسبه الى نصيبه فلا اشكال من هذه الجبهه.

[الثانى أن يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه]

اشاره

«قوله قدس سره: الثانى ان يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه»

الخ يقع الكلام تاره فى تصوير القسم المذكور و اخرى فى امكان وقوع العقد عليه فهنا مقامان. اما

المقام الأول: [فى تصوير القسم المذكور]

فنقول اذا كان المراد من الفرد المنتشر المبهم بحسب الواقع و نفس الامر فهذا امر غير معقول اذ كل موجود فى العالم له تميز و تشخص غايه ما يمكن ان يقال اختصاص معرفته بعلام الغيوب و الذى يعلم الغيب بعنايه الله تعالى.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧٠

و بعباره اخرى المبهم و غير المشخص غير موجود و غير مخلوق له تعالى. و ان كان المراد بالفرد المنتشر الجامع الانتزاعى كقول المولى جننى بواحد من هؤلاء العشره الجالسين فهذا امر معقول و يمكن تعلق التكليف به كما فى المثال المذكور و كما فى خصال الكفارته متعلق الحكم مردد بين امور لكن ليس هذا فردا منتشرا بل يعبر عنه بالكلى و بالجامع الانتزاعى و ان كان المراد من المردد و المبهم المعلوم عند الله المجهول عندنا كما لو قال بعتك العبد الذى يزورنا قبل كل زائر أو بعتك العبد الاكبر سنا الى غير ذلك من الاوصاف المعينه المفرده فهذا امر معقول و له واقع و معلوم عنده تعالى.

و أما

المقام الثانى [فى إمكان وقوع العقد عليه]

اشاره

فنقول لا كلام فى بطلان العقد اذا كان متعلقه القسم الأول كما هو ظاهر فان المفروض انه لا واقع له فكيف يتعلق به البيع.

و أما القسم الثانى فىمكن ان يتعلق به البيع و يدل على المدعى بيع الكلى فى المعين اذ يجوز تعلق البيع بالكلى فى المعين كما لو باع صاعا من الصبره فلو كان البيع جامعا للشرائط المقرره لا مانع عن تعلقه بالكلى فى المعين.

و بعباره واضحه انه لا اشكال فى صحه بيع الكلى فى المعين و السيره الخارجيه العقلائيه جاريه عليه و ممضى عند الشارع الاقدس.

مضافا الى النص الخاص الوارد فيه. لاحظ ما رواه

بريد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن قصب في انبار بعضه على بعض من اجمه واحده و الانبار

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧١

فيه ثلاثون الف طن فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن فقال المشتري: قد قبلت و اشتريت و رضيت فاعطاه من ثمنه الف درهم و وكل المشتري من يقبضه فاصبحوا و قد وقع النار في القصب فاحترق منه عشرون الف طن و بقي عشرة آلاف طن فقال:

العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري و العشرون التي احترقت من مال البائع «١».

و الظاهر ان هذا ليس محل الكلام و الاشكال فان ما وقع محل الاشكال الجزئي الخارجى الذى يعبرون عنه بالفرد المنتشر و هو القسم الثالث المذكور فى كلامنا فى مقام تعداد الاقسام. فنقول

ما يمكن ان يذكر فى تقريب المنع وجوه.

الوجه الأول ان المبيع مجهول و بيع المجهول باطل اجماعا.

و يرد عليه انه لا- دليل على كون مجرد الجهل موجبا للفساد و الاجماع المدعى فى المقام لا اثر له فان المنقول منه غير حجة و المحصل منه على تقدير حصوله محتمل المدرك فلا يكون تعديا كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام.

الوجه الثانى انه مبهم و الابهام فى المبيع يوجب فساد البيع

و يرد عليه انه ما المراد من المبهم فان المراد به ان كان ما لا واقع له فهو لا يجوز بيعه، و لكن الكلام ليس فيه. و ان كان المراد به ماله واقع و لكن مجهول فلا وجه لكونه مفسدا للبيع.

الوجه الثالث انه غررى و الغرر يوجب الفساد.

و فيه أولا- انه لا- دليل على كون الغرر مفسدا و ثانيا انه يمكن تصويره على نحو لا يكون غرريا كما لو علم المشتري بان المبيع يسوى

(١) الوسائل الباب ١٩ من ابواب عقد البيع و شروطه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧٢

مقدار الثمن و البائع أيضا يعلم به. و ثالثا انه لا مجال لتحقق الغرر اذ المفروض ان البائع يملك ما يسوى الثمن من المشتري فلا غرر فيه و لا خطر يتصور فلا تغفل.

الوجه الرابع: ان الملكيه امر وجودى يلزم تعلقها بامر موجود فى الخارج و عنوان احدهما امر انتزاعى غير قابل لذلك

و يرد عليه ان المفروض فى كلامنا تعلق البيع بفرد معين موجود فى الخارج.

فتحصل ان شيئا من الوجوه المذكوره لا يكون وجهها وجيها لاثبات المدعى فالنتيجه ان البيع فى هذا القسم صحيح فلاحظ. هذا فيما يكون جميع الافراد متساويه من حيث القيمه.

و أما لو فرض تفاوت القيمه فيمكن ان يقال ان البيع باطل اذ المشتري لا يعلم بان اى فرد من الافراد يصير نصيبا له و يرد عليه ان الجهل لا يكون مانعا اذ لو علم المشتري بان الجامع فى اى فرد من الافراد تحقق يساوى ثمنه لا يكون العقد غرريا.

«قوله قدس سره: روى اصحابنا انه اذا اشترى عبدا من عبيد على ان للمشتري ان يختار ايهما شاء انه جائز»

الخ.

تاره يقع البيع على مختار المشتري اى يكون اختياره اشاره الى الفرد الذى وقع عليه البيع و اخرى يكون معلقا على اختياره و مشروطا به.

و ثالثه لا- هذا و لا- ذاك بل البيع واقع على الكلى فى المعين غايته انه يشترط للمشتري ان يكون مختارا فى تعيين ذلك الكلى فى فرد.

اما الصوره الأولى فالظاهر جواز البيع اذ المفروض وقوع البيع على الفرد الخارجى الذى تكون علامته اختيار المشتري و

اما الصورة الثانية فالظاهر بطلان البيع للتعليق و عدم معهوديه مثله

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧٣

فان لازمه تحقق الانتقال من زمان الاختيار و يكون على نحو الوجوب المشروط و لا دليل على جوازه.

و اما الصورة الثالثة فان كان بنحو اشتراط كون المشتري ذا حق يكون الشرط باطلا لانه خلاف الشرع الاقدس فان التعيين مع البائع لا مع المشتري و ان كان بنحو التوكيل فى التعيين فهو جائز و صحيح اى البائع فى ضمن العقد يوكل المشتري فى تعيين المبيع يكون الشرط صحيحا اذ التوكيل مشروع و هذا الامر المشروع يتحقق بالاشتراط فى ضمن العقد و ان كان مرجع الاشتراط الى ان البائع يشترط على نفسه ان يعين الكلى فى مختار المشتري فأیضا يصح الاشتراط و يلزم عليه العمل به بمقتضى وجوب الوفاء بالشرط.

«قوله قدس سره: فيرده منع لزوم الغرر مع فرض اتفاق الافراد فى الصفات»

الخ بل يمكن منعه حتى مع فرض اختلاف الافراد كما لو علم المشتري بان المبيع يسوى هذا المقدار من الثمن فلا غرر و لا خطر.

«قوله قدس سره: ان الغرر الشرعى لا يستلزم الغرر العرفى و بالعكس»

الخ.

كما لو باع مقدارا مجهولا من الموزون بمثله فانه لا غرر عرفا و لكن الغرر الشرعى موجود للجهالة و ربما لا يوجد غرر شرعى و الحال ان الغرر العرفى موجود كما لو باع الآبق مع الضميمة.

«قوله قدس سره: مع حصولها فى اصل الماهية»

الخ كما لو باع منا من الموزون المجهول بمثله فان المقدار معلوم و لا جهل فيه و لكن اصل ماهية المبيع مجهول.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧٤

«قوله قدس سره: و هذا حسن لو لم يتسالما على صيغته ظاهره

فى احد المعننين»

الخ قد فصل الماتن قدس سره بين الاتفاق على لفظ ظاهر فى احد الطرفين و عدم اتفاقهما و قال الظهور حجه و مرجع عند الشك و مع عدمه تكون اصاله الصحه محكمه.

اقول: اما ما افاده من لزوم الاخذ بظهور كليهما فصحيح فان الظواهر حجه، و اصاله الصحه لا تصرف الظهور و لا تمنع عن العمل به.

و أما ما افاده من الاخذ باصاله الصحه عند عدم الظهور فيرد عليه انه لم يرد دليل عام أو مطلق على لزوم الاخذ باصاله الصحه كى نلتزم بها فى مورد الشك و فى كل مورد انما نأخذ بها بمقدار قيام السيره العقلانيه الممضاه من قبل الشارع و الظاهر انه لو شك فى عقد متسالم عليه عند المترافعين و اختلفا فى صحته و فساده كما لو توافقا على البيع و اختلفا فى صحته و فساده تجرى اصاله الصحه و يحكم بصحته.

و أما لو دار الامر بين الصلح الفاسد و البيع الصحيح فلا دليل على الحكم بكون ما وقع هو البيع الصحيح.

«قوله قدس سره: و إما اصاله عدم التعيين فلم اتحققها»

الخ اذ يرد عليها أولا ان اصاله عدم احد الضدين لا يثبت تحقق الضد الاخر. و ثانيا انه على فرض جريان الاصل يعارضه اصل عدم تحقق الاشاعه فلاحظ.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧٥

«قوله قدس سره: و فيه نظر»

اذ الاصل العملى لا يعارض الدليل الاجتهادى كما حقق فى محله.

[الثالث من وجوه بيع البعض من الكل أن يكون المبيع طبيعه كليه منحصره المصاديق]

«قوله قدس سره: الثالث من وجوه بيع البعض من الكل»

الخ الظاهر انه قدس سره اراد من الصوره الثانيه الفرد الخارجى المبهم المردد بين الافراد و عليه تصوير الاقسام ثلاثه:

القسم الأول: الاشاعه القسم الثانى: الفرد المنتشر. القسم الثالث: الكلى فى

المعين.

لكن قد ذكرنا آنفا ان الفرد المبهم غير معقول و لا-واقف له و ان كان المراد منه الفرد المعلوم واقعا فهذا ليس مبهما بل يكون معينا مشخصا و مميزا و قد ظهر مما ذكرنا صحه بيعه و أيضا ظهر مما ذكرنا صحه بيع الكلى فى المعين و لا وجه للاطاله.

[مسأله لو باع صاعا من صبره فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المتقدمه]

اشاره

«قوله قدس سره: مسأله لو باع صاعا من صبره فهل ينزل على الوجه الأول»

الخ وقع الخلاف بين القوم فى انه لو باع صاعا من صبره فهل يحمل على الكلى فى المعين أو يحمل على الاشاعه؟ قد ذهب الى القول الاول جمله من الاساطين.

[الاستدلال على انه لو باع صاعا من صبره يحمل على الكلى فى المعين بوجوه]

اشاره

و يمكن الاستدلال عليه بوجوه.

الوجه الأول التبادر العرفى

كما قال فى جامع المقاصد بقوله انه السابق الى الفهم و لا اشكال فى أن الظهور حجه.

الوجه الثانى ان لفظ الصاع مثلا الواقع فى كلام البائع حين البيع عنوان للمبيع لا انه عنوان للكسر المشاع.

و بعباره واضحه اذا كان لفظ الصاع مثلا عنوانا و اشاره الى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧٦

الكسر المشاع لا يكون بنفسه موضوعا للحكم بل يكون طريقا الى شىء آخر اى ذلك الكسر و اما ان كان عنوانا للمبيع يكون موضوعا للحكم بنفسه. و عند دوران الامر بين الطريقيه و الموضوعيه تتقدم الموضوعيه فان كون العنوان المأخوذ فى الموضوع طريقا الى امر آخر خلاف الظاهر و يحتاج الى مئونه فلاحظ.

«١» فان الامام عليه السلام اجاب بلا تفصيل بان الباقي من القصب مملوك للمشتري و المقدار الذى احترق يحسب على البائع و الحال انه لو كان المبيع مشاعا كان لازمه احتساب المقدار المحترق عليهما معا.

«قوله قدس سره: احدها كون التخيير فى تعيينه بيد البائع»

الخ الامر كما افاده اذ المفروض ان المشتري بالاشراء يصير مالكا للكلى و لا يكون مالكا للشخص فالخصوصيات الشخصيه باقيه فى ملك البائع و تحت اختياره و لذا لو امكن للبائع تسليم الكلّى مجردا عن الخصوصيات كان جائزا.

و عليه لا مجال لما افاده القمى قدس سره و نعم ما صنع الماتن من المقايسه بين التكليف المتعلق بالجامع و الوضع فان المولى لو أمر بطبيعته كالصلاه مثلا يصير طالبا للطبيعه من المأمور به و لا حق له بالنسبه الى الخصوصيات فكذلك الحال فى بيع الكلّى فى المعين فلاحظ.

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٧٠

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧٧

«قوله قدس سره: و منها انه لو تلف بعض الجملة و بقى مصداق الطبيعه انحصر حق المشتري فيه»

الخ اذ المفروض ان المشتري مالكا للطبيعه و المفروض ان حقه باق فيكون الباقي له و لا يبعد ان تكون السيره العقلانيه

جارىه على هذا المنوال اصف الى ذلك حديث بريد «١» فان الامام عليه السلام صرح فى تلك الروايه فى مقام الجواب بان باقى الاطنان مملوك للمشتري.

ومع هذه الروايه لا يبقى مجال للبحث و التريديد كما هو ظاهر و عليه لا مورد لان يقال ان الخصوصيه مملوكه للبائع و بأى ميزان صارت مملوكه للمشتري فانه لا- موقع لهذا البحث مع النص الدال على ان الباقي مملوك للمشتري مضافا الى ان وجود الفرد الخارجى مركب مع وجود الطبيعى بالتركيب الاتحادي و لا- تعدد فكيف يمكن ان يقال ان البائع أيضا مالك و الحال ان الموجود الواحد لا يمكن ان يكون له مالك متعدد بالاستقلال فلاحظ.

«قوله قدس سره: فالظاهر انه اذا بقى صاع واحد كان للاول»

الخ قد ذكر هذا الفرق فارقا بين القول بالاشاعه و الكللى فى المعين و قد وقع الفرع المذكور محل النظر و فيه احتمالات أو اقوال:

الاحتمال الاول ذهب إليه الماتن و هو ان الباقي مملوك للمشتري الاول بتقريب ان ما باعه ثانيا من المشتري الثانى سار فى مملوكه و قد فرض ان مملوكه تلف.

و يرد عليه أولا- النقض بما لو باع صاعين من مشتريين دفعه واحده فهل يمكن ترجيح احدهما على الاخر؟ كلا ثم كلا. فما الفرق بين الدفعه و الدفعات.

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٧٠

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧٨

و ثانيا انه يجب عنه بالحل و هو ان البائع للكللى فى المعين مالك للخصوصيات و انما الخارج عن ملكه الجامع بين الافراد و لا تميز له و لا تشخص فاذا باع صاعا آخر من مشتريين ثان يكون المشتري الثانى فى عرض المشتري الاول بلا فرق و لا

مرجح للاول على الثانى.

ان قلت: التقدم الزمانى اذا لم يكن مرجحا فما الوجه فى تقديم الواجب المقدم زمانا فى باب التزاحم كما لو اضطر المكلف الى ترك صوم يوم واحد من ايام شهر رمضان و يجب ان يصوم اليوم الاول و الثانى الى ان يحصل الاضطرار الى الترك.

قلت: قد ذكرنا فى بحث التزاحم ان الاطلاق يقتضى وجوب الصوم فى الزمان المتقدم فان مقتضى اطلاق دليل وجوبه لزومه على المكلف و لو مع الاتيان بالصوم فى الزمان المتأخر.

و أما بالنسبه الى صوم الزمان المتأخر فلا اطلاق اذ لا يعقل الاطلاق و أما فى المقام فلا وجه للترجيح لتساوى النسبه بينهما فكما ان المتقدم مالک للكلى كذلك المتأخر مالک بلا فرق فالاحتمال الاول ضعيف.

الاحتمال الثانى ان يفسخ كلا البيعين بتقريب انه لو وقع التعارض بين عقدين كما باع زيد داره من بكر و فى تلك الساعه باع و كيله المدار من خالد يقع التعارض بين بيع المالك و بيع و كيله و لا ترجيح لاحدهما على الاخر بالتعارض يتساقطان و المقام كذلك بقاء.

و فيه ان التقريب المذكور فاسد اذ المفروض ان بيع المالك لكل من المشتري الاول و الثانى صحيح فلا وجه للتعارض بقاء بل يلزم

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧٩

العمل على طبق القاعده المستفاده من الشرع.

الاحتمال الثالث ان يكون البائع مخيرا فى دفع الباقي الى كل من يريد و يرجح بحسب ارادته و هذا الاحتمال فاسد اذ لا وجه لاختيار البائع فان البائع لا يملك شيئا لا الكلى و لا الخصوصيات المفرده و المشخصه اما عدم ملكه للكلى فظاهر بمقتضى السيره و النص و اما الخصوصيه المفرده فأیضا يستفاد كونها للمشتري من النص.

مضافا

الى انه لا تعدد فى الوجود كى يكون بعضه للمشتري و بعضه للبائع فان الوجود واحد و هذا الوجود الواحد وجود للشخص و للطبيعى الكلى أو الجامع الانتزاعى.

الاحتمال الرابع ان يكون البائع ذا حق فى تنصيف المقدار الباقى و هذا القول كسابقه بالتقريب الذى ذكرنا.

الاحتمال الخامس ان يكون الباقى مشتركا بين المشتريين بنحو التنصيف و هذا هو الحق فان المرجح لاحدهما قد فرض عدمه و خروج العين عن ملك مالكها مسلم فالاشتراك امر طبيعى.

و لتوضيح المدعى نقول لو بقى صاعان لا شك فى كونهما مشتركين بين المشتري الاول و الثانى فالصاع الواحد الباقى أيضا كذلك غايه الامر يمكن ان يقال بثبوت خيار تبعض الصفقه لكل من المشتريين.

«قوله قدس سره: حصلت الشركه لحصول ماله فى يده»

الخ تعرض الماتن قدس سره لفرعين الفرع الأول انه لو قبض المبيع الكلى فى ضمن اقباض مجموع الصبره فتلف مجموع الصبره يكون من تلف المبيع بعد القبض و يترتب عليه حكمه. الفرع الثانى:

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨٠

انه بعد القبض يصير الكلى كسرا مشاعا فى المجموع و تتحقق الشركه بين البائع و المشتري.

أقول لا بدّ من التفصيل بين ما افاده بالنسبه الى الفرع الأول و ما افاده بالنسبه الى الفرع الثانى فنقول أما ما افاده بالنسبه الى الفرع الأول فتام اذ المفروض ان المشتري مالك للكلى فى المعين و أيضا فرض ان المبيع و هو الكلى قد قبض.

و بعباره واضحه القبض تحقق فى الخارج فيترتب عليه حكمه طبعاً فلا اشكال فيه. و اما الفرع الثانى فما افاده من تحقق الشركه بالقبض لا وجه له اذ المفروض ان البائع لم يعين الكلى فى الشخص الخارجى و الاختيار بيده فتبدل

الكلى بالكسر المشاع لا وجه له فالحق بقاء مملوك المشتري على كليته.

ثم ان الماتن افاد بان البائع اذا قبض تمام الصبره من المشتري بعنوان كونها امانه عنده كى يعين الكلى فى الفرد بعد ذلك أو و كل المشتري فى التعيين فتلفت الصبره قبل تعيين البائع و قبل عمل المشتري بالوكالة يكون حكم الامانه حكم ما قبل القبض.

و صرح به سيدنا الاستاد و صفوه القول ان الاقباض لو لم يكن بعنوان اقباض المبيع لا يترتب عليه حكم القبض و يكون تلف المبيع من البائع.

أقول لا يخفى ان هذا الحكم على خلاف القاعده الاولى كما هو ظاهر لمن تكون له خبره بالصناعه و لا دليل عليه الا الاجماع المدعى فى المقام.

و حديثان احدهما ما رواه عقبه بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى متاعا من رجل و اوجه غير انه ترك المتاع عنده

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨١

و لم يقبضه قال آتيك غدا ان شاء الله فسرق المتاع من مال من يكون قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته فاذا اخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه «١» ثانيهما ما ارسل عن النبى صلى الله عليه و آله «٢».

و كلا- الحديثين ضعيفان سنداً. اما الاول فبعبد الله بن هلال و اما الثانى فبارسال مضافا الى ان الخروج عن الضمان رتب فى الحديثين على القبض و مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين اقسام القبض.

و أما الاجماع المدعى فيرد عليه أولا- بعدم الاعتبار فان المنقول منه غير حجه و المحصل منه على فرض حصوله محتمل المدرك فلا يعتد به. و ثانيا

انه على فرض الاعتماد عليه لا بدّ من الاقتصار على القدر المتيقن منه فلا وجه للالتزام بالضمان في مفروض الكلام فلاحظ.

«قوله قدس سره: و انما الاشكال في انهم ذكروا فيما لو باع ثمره شجرات و استثنى منها اوطالا معلومه انه لو خاست الثمره سقط من المستثنى بحسابه»

الخ.

ثم انه وقع في المقام نقض و اشكال و هو انه ما الفارق بين المقام و مسئله بيع ثمره اشجار مع استثناء اوطال حيث انهم حكموا في تلك المسأله بانه لو خاست الثمره يحسب على كل من المشتري و البائع و الحال ان البائع في تلك المسأله كالمشتري في هذه المسأله فكما ان المشتري في المقام مالک للكلی في المعین و لا- يحسب التالف عليه بل يختص التالف بالبائع كذلك البائع في تلك المسأله

(١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب الخيار.

(٢) مستدرک الوسائل الباب ٩ من ابواب الخيار.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨٢

مالک للكلی في المعین فلا بد ان يختص التلف بالمشتري فيلزم بيان الفارق بين الموردین.

و أيضا يشكل تصرف المشتري في مسئله استثناء اوطال في الثمره بدون اذن البائع و الحال ان لازم الاشتراك عدم جواز تصرف أحد الشريكين في المال المشترك بدون اذن شريكه و قد ذكرت في مقام حل الاشكال اجوبه.

الجواب الاول: الاجماع فانه الفارق بين المقامين و فيه ان المنقول منه غير حجه و المحصل منه على فرض حصوله محتمل المدرك اذ يحتمل استناد المجمعين الى أحد الامور المذكوره في المقام و صفوه القول انه لم يتحقق اجماع تعبدی كاشف عن رأى المعصوم فهذا الوجه غير وجيه.

الجواب الثاني: ان القاعده الاولى تقتضى الحمل على الاشاعه و انما خرجنا عنها في المقام للنص الخاص

أى حديث بريد «١».

و يرد عليه أولا: انا ذكرنا ان مقتضى الظهور العرفى الكلى فى المعين و قلنا ان الظاهر من لفظ الصاع عنوان المبيع لا الاشاره الى الكسر و بعباره اخرى الظاهر من العنوان المذكور الموضوعيه لا الطريقيه.

و ثانيا: انه لو كان الاشاعه على طبق القاعده فما وجه جواز تصرف المشتري فى الثمره فى ذلك الباب و الحال ان الشريك لا يجوز له التصرف فى المال المشترك بلا اذن الشريك الاخر.

و ثالثا: ان ما حكم به الامام عليه السلام اما حكم كلى سار فى جميع الموارد التى من هذا القبيل و اما حكم خاص فى موردته اما

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٧٠.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨٣

على الاول فلا بد من الالتزام به فى ذلك الباب أيضا و لا وجه للتفصيل بين الموردین، اذ لا فارق بين المقامين.

و أما على الثانى فلا بد من اختصاصه بخصوص موردته و لا يجوز التعدى الى غيره اذ المفروض انه حكم تعبدى على خلاف الميزان الاولى.

و رابعا: ان لازم القول بالاشاعه ان المشتري فى مسئله بيع الثمره لو اتلف مقدارا منها يكون ضامنا للبائع بالنسبه الى نصيبه و الحال انهم قائلون ان التالف يحسب على المشتري و يعطى نصيب البائع من الباقي.

و خامسا: انه لو كان الاشاعه مقتضى الظهور اللفظى و انها مقتضى القاعده الاوليه العقلانيه يلزم ان يكون حكم الامام عليه السلام فى مسئله بيع صاع من الصبره على خلاف ما قصده المتعاقدان و الحال ان العقود تابعه للقصد.

و بعباره واضحه مرجع هذا الكلام الى انه لو سئل السائل الامام عليه السلام عن بيع كسر من الصاع كالعشر أو الربع أو الخمس

يجب الامام عليه السلام عن حكم بيع الكلى فى المعين و هذا بعيد فى حد نفسه.

الجواب الثالث: ما عن مفتاح الكرامه و هو ان التلف فى المقام قبل القبض فيلزم على البائع تسليم المبيع ما دام ممكنا فلو لم يبق من الصبره إلا صاع واحد يجب اقباضه من المشتري و هذا بخلاف ذلك المقام فان التلف بعد القبض فلا يحسب الا عليهما لان مال المشتري وصل إليه و مال البائع امانه فى يده فيلزم ان يحسب عليهما لعدم وجه للاختصاص.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨٤

و يرد عليه أولا: ان وجوب اقباض البائع فى مسئله بيع صاع من الصبره ما دام ممكنا يتوقف على عدم الاشاعه و اثبات عدم الاشاعه بوجوب الاقباض تقريبا دورى محال.

و بعبارة واضحة الاشكال فى الفرق بين الالتزام بالاشاعه هناك و عدمها هنا و اثبات عدم الاشاعه بوجوب الاقباض ما دام ممكنا دورى.

و ثانيا: انه ان اراد من القبض فى مسئله الارطال ان المشتري قبض حقه و ماله فلا كلام فيه و يترتب عليه آثار القبض من كون تلفه عليه و لكن نسأل عن وجه الفرق بين المقامين و ما الموجب للاشتراك هناك و عدمه هنا، و ان كان المراد من القبض قبض البائع ماله و لذا حصلت الشركه فيرد عليه انه ما الوجه فى التفريق بين المقامين فان البائع فى تلك المسأله كالمشتري فى هذه المسأله و تمام الاشكال فى الفرق بين المقامين.

الجواب الرابع: ما افاده بعض المعلقين على المتن من ان الوجه فى الفرق بين المقامين ناش من ان اللفظ فى باب بيع صاع من الصبره ظاهر فى الكلى فى المعين و اما فى باب الارطال فالاشاعه

مقتضى الاستثناء فان الظاهر من اللفظ ان المستثنى من سنخ المستثنى منه.

و بعبارة اخرى يكون الاستثناء ظاهرا فى الاشاعه و ان شئت قلت حمل الكلام فى الكلى فى المعين يتوقف على عدم ظهوره فى الاشاعه و الحال ان الاستثناء يوجب ظهوره فى الاشاعه.

و اورد عليه سيدنا الاستاد بأن الاستثناء المتصل يقتضى دخول المستثنى فى المستثنى منه لو لا الاستثناء لا ازيد من هذا المقدار و من الظاهر انه لو لا الاستثناء لكانت الارطال داخله فى المبيع فهذا الجواب

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨٥

أيضا غير تام.

و يمكن الايراد على سيدنا الاستاد بأن الظاهر من الاستثناء المتصل ما افاده المعلق فلا يرد ايراده عليه لكن يبقى الاشكال فى انه ما الوجه فى جواز تصرف المشتري فى الثمره بلا اذن من البائع مع ان المال المشترك لا يجوز التصرف فيه لاحد الشريكين بلا اذن من الشريك الاخر.

الجواب الخامس: للايروانى قدس سره و هو ان المستثنى منه فى بيع الارطال بمثابة صاع من الصبره و بعبارة اخرى ما عدا الارطال مبيع بنحو الكلى فى المعين و مقتضى القاعده ان يكون التالف محسوبا على البائع كما هو كذلك فى تلك المسأله و انما نلتزم بانه يحسب عليهما من جهه كون التلف بعد القبض و حيث ان نصيب البائع منتشر فى الثمره يحسب التالف عليهما.

و يرد عليه أولا: انه خلاف الظاهر من الجملة فان الظاهر من بيع جملة الا-المقدار الكذائى تمليك الشخص الخارجى من المشتري لا تمليك الكلى.

و ثانيا انه باى مجوز يتصرف المشتري فى المبيع بلا اذن من البائع.

و ثالثا: انه يلزم الاحتساب عليهما فى التالف و فى الباقي حتى فى صوره كون التلف باتلاف المشتري

غايه الامر يصير المشتري ضامنا للبائع بمقدار حصته فهذا الجواب أيضا لا يرفع الاشكال و لا يغنى عن الحق شيئا.

الجواب السادس: ما أجاب به الشيخ قدس سره و هو ان بناء الاصحاب فى مسئله الارطال اما على عدم الاشاعه و اما عليها أما

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨٦

على الاول فيكون الاشتراك عندهم يختص بالتالف الذى تلف بتلف سماوى و اما الموجود فلا اشتراك فيه و يدل عليه انهم قالوا لو اتلف المشتري شيئا من المال لا يحسب على البائع بل يدفع نصيبه من الباقي.

و أيضا يدل على المدعى انهم جوزوا تصرف المشتري فى المال بلا استيدان من شريكه فلا فرق بين المقامين الا فى احتساب التالف بالتلف السماوى عليهما و الحال ان لازم عدم الاشاعه ان يختص التلف بالمشتري و الوجه لهذه المدعى ان ما يملكه البائع هو الكلى الشائع فيما يبقى للمشتري لا مطلق العين وقت البيع.

و لا- يخفى ان الوجه الذى ذكره يكون وجها لعدم الاحتساب لا له و قال سيدنا الاستاد على ما فى التقرير لعل شيئا سقط فى العبارة و أما على الثانى فنقول الوجه فى الاشاعه ان كل واحد من البائع و المشتري مالك للكلى فالبائع مالك لكلى المستثنى و المشتري مالك لكلى المستثنى منه و حيث ان نسبه كل واحد منهما بالمال على حد سواء لا وجه لترجيح احدهما على الاخر فيحسب التلف عليهما.

و يرد عليه أولا- انه لا- وجه لكون المشتري مالكا للكلى فان البائع كان مالكا للخصوصيات و المفروض انه باعها من المشتري فالمشتري يصير مالكا للخصوصيات و المالك للكلى البائع.

و ثانيا انه لو لم تكن الخصوصية مملوكة لا للبائع و لا للمشتري يلزم

إما تكون بلا مالک و إما تكون مملوکه لثالث و هل يمكن الالتزام به؟

و ثالثا: انه لا وجه لجواز تصرف المشتري في المال بلا اذن من الشريك.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨٧

و رابعا: ان التلف يلزم ان يحسب عليهما و لو باتلاف المشتري غايه الامر يصير المشتري ضامنا بالاتلاف فهذا الجواب أيضا لا يرفع الاشكال.

و لعله قدس سره اشار الى الاشكال بقوله فتأمل. و لقد اجاد قدس سره حيث اعترف بالحق و عدم اتيانه بما يكون وافيا لدفع الاشكال و او كل الامر الى غيره.

الجواب السابع ما افاده الميرزا النائيني و هو ان المستثنى في مسئلة الارطال كلى كما ان الصاع في مسئلة بيع صاع من الصيره كلى و لا وجه للاشاعه في كلا المقامين غايه الامر ان المشتري في بيع الصاع مالک لنفس الكلى و لا يملك الخصوصيه.

و أما البائع في مسئلة الارطال مالک للكلى مع الخصوصيه فلا وجه لاحتساب التالف على خصوص المشتري بل يحسب عليهما و حيث ان البائع مالک للكلى ان المشتري لو اتلف مقدارا من الثمره يدفع حق البائع من الباقي لان حقه لا يكون مشاعا مع حق المشتري فيرتفع اشكال جواز التصرف في المال من ناحيه المشتري لعدم الاشاعه و على فرض تحقق الاشاعه بعد العقد بلحاظ كون جميع المال بيد البائع نقول جواز تصرف المشتري في المال بلحاظ الشرط الضمنى المقتضى للتصرف.

و بعباره اخرى اختيار تعيين المستثنى في مسئلة الارطال بيد المشتري فان المشتري في تلك المسأله كالبائع في مسئلة بيع الصاع فاذا اتلف من الثمره شيئا فمثل ان يبيع منها شيئا فتصرفه يعين حق البائع في غير التالف.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣،

و يرد عليه ان البائع الذى يكون مالكا للخصوصيات اما مالك لجميع الخصوصيات و اما مالك لبعضها اما على الاول فيلزم ان يكون المشتري مالكا كالمشتري فى مسئلة بيع الصاع فلا- وجه لاحتساب التالف عليهما و لا وجه لجواز تصرف المشتري فى الثمره اعم من أن تحقق الاشاعه بالقبض او لا تحقق و جواز تصرفه بالشرط الضمنى كما فى كلامه باى وجه و باى دليل و ما الفرق بين الموردین و باى مستند فصل بين الموردین بالتفصيل المذكور.

و أما ان لم يكن مالكا لجميع الخصوصيات بل مالك لبعضها فنسأل الخصوصيات التى لا تكون مملوكة للبائع هل تكون لثالث أو بلا- مالك و الحال انه لا- يمكن الالتزام بما ذكر و ان كانت مملوكة للمشتري فاما على نحو الاشاعه و اما لا، اما على الاول فيلزم الاحتساب عليهما.

و أما على الثانى فباى نحو و عليه ما المائز بين المملوكين مضافا الى انه باى دليل ان التالف اذا كان باتلاف المشتري يحسب عليه لا عليهما و الحال ان مقتضى الاشاعه الاحتساب عليهما.

الجواب الثامن: ما أفاده سيدنا الاستاد قدس سره و هو ان العقد تاره يتعلق بالكسر المشاع كما لو تعلق البيع بثلاث الدار و اخرى يتعلق بالكسر بنحو الكلى فى المعين و هذا يتصور بنحوين:

احدهما: الكلى المضاف الى الخارج على نحو القضييه الخارجيه.

ثانيهما: الكلى المضاف الى الخارج على نحو القضييه الحقيقيه.

فتاره يوصى زيد بثلاث داره لبكر فيكون البكر شريكا مع الورثه فى الثلث و تكون النتيجة الاشاعه و الاشتراك فى كل جزء و اخرى يوصى بالثلث على نحو الكلى فى المعين كما لو اوصى بالثلث الكلى من

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨٩

ففى الصورة الأولى يكون التلف محسوبا عليهما بالنسبه و فى الصورة الثانيه يحسب التالف على الوارث فقط.

و ثالثه يوصى بالثلث على نحو القضييه الحقيقيه اى اى مقدار بقى للورثه يكون ثلثه لفلا-ن ففى هذه الصورة يحسب التالف عليهما بالنسبه.

اذا عرفت هذه المقدمه نقول: اذا قال البائع للمشتري بعتك ثمره هذه الشجرات إلا عشره ارطال يكون لفظ ارطال اشاره و عنوانا للعشر مثلا فيما يكون الثمره مائه رطل مثلا فيكون البائع مالكا للكسر الكلى فى المعين و لكن على نحو القضييه الحقيقيه و يترتب عليه ان المشتري يجوز له التصرف فى الثمره لانها مملوكه له بشخصها.

و أيضا يترتب عليه ان التلف لو كان بآفه سماويه او باتلاف غاصب يحسب عليهما بالنسبه و اما لو كان التلف باتلاف المشتري لا يحسب على البائع لان اتلاف المشتري بمنزله تعيين حصه البائع فى الباقي.

و يرد عليه أولا: ان ما افاده خلاف ظاهر اللفظ فان إرادته الكسر من لفظ الرطل يحتاج الى القرينه و لا قرينه على هذه الإراده فلا وجه لهذه الدعوى.

و ثانيا ان الظاهر من الاستثناء الاشاعه و الحمل على الكلى فى المعين خلاف الظاهر.

و ثالثا ان اتلاف المشتري بمنزله تعيين حق البائع فى الباقي يحتاج الى توجه المشتري الى هذه الجهه و اما لو اتلف غفله او جهلا بالموضوع و امثالهما فلا وجه لما افاد فلا يرتفع الاشكال بجوابه أيضا.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩٠

اذا عرفت ما تقدم فاعلم انه لا- وجه للقياس بين المقام و مسئله الارطال فان الظاهر من اللفظ فى المقام الكلى فى المعين و أما الظاهر من اللفظ فى تلك المسأله الاشاعه فانها مقتضى الاستثناء و يترتب عليه عدم جواز

تصرف المشتري في الثمره و التالف على كليهما و نلتزم بهذا اللازم الا ان يقوم اجماع تعبدى كاشف عن الحكم الشرعى و لكن هذا مجرد فرض و خيال و الله العالم بحقائق الامور و عليه التوكل و التكلان.

«قوله قدس سره: فان كانت معلومه صح بيعها اجمع»

اذ لا وجه للفساد فانه لا جهل و لا غرر و لا جزاف فالمقتضى للصحة موجود و المانع عنها مفقود فيصح البيع فى الصورة الأولى بلا اشكال.

«قوله قدس سره: و بيع جزء منها معلوم مشاع»

الكلام فيه هو الكلام طابق النعل بالنعل فلاحظ.

«قوله قدس سره: و بيع مقدار كقفيز تشمل عليه»

الخ بعين التقريب المتقدم فى القسم الأول و الثانى.

«قوله قدس سره: و بيعها كل قفيز بكذا»

الخ بعين البيان الذى تقدم فى الصورة المتقدمه بلا فرق.

«قوله قدس سره: لا بيع كل قفيز منها بكذا»

الخ.

لعل الوجه فى البطلان فى الصورة المفروضه ان المشتري لا يعلم ان البائع أى مقدار يبيع و أى مقدار يبقى لنفسه فالمبيع مجهول و بيع المجهول غير جائز و الظاهر انه لا وجه للبطلان اذ لا يكون مثله معنونا بعنوان الجزاف فلا يكون فاسدا.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩١

و بيان واضح انه لا دليل على كون مجرد الجهل بمقدار المبيع موجبا للبطلان و بتعبير اوضح ان البطلان اما من ناحيه الغرر كما يقولون و لا غرر فى المقام و لا خطر و اما من ناحيه الجزاف و لا جزاف كما هو المفروض و اما من ناحيه ان المكييل و الموزون لا بد من ان يكال أو يوزن و الحال ان الامر كذلك فلا وجه لعدم الصحة.

«قوله قدس سره: و المجهوله كلها باطله الا الثالث»

الخ أما الصورة

الأولى فالوجه للفساد كون المقدار مجهولا و بنائهم على الفساد فى مورد الجهل بالمقدار فى المكيل و الموزون و من هذا البيان ظهر وجه الفساد فى الصورة الثانىة.

و اما الصورة الثالثه فلا- وجه للفساد اذ مقدار المبيع معلوم فلا مانع عن الصحه بوجه هذا فيما يعلم كون الصبره مشتمله على المقدار المبيع.

و أما مع الجهل بالاشتمال فوق الكلام بينهم فى الصحه و الفساد و الحق انه صحيح لعدم ما يوجب الغرر و الجزاف.

و ان شئت قلت تاره يبيع البائع قفيزين من الصبره مع الشك فى الاشتمال بمعنى انه يقع البيع فى مقابل العين الخارجيه على الاطلاق و اخرى يبيع كل قفيز بدينار مثلا و نصف القفيز بنصف دينار و هكذا اما على الاول فربما يكون غرريا و خطريا و اما على الثانى فلا غرر و لا جزاف غايه ما فى الباب ان يتحقق خيار تبعض الصفقه.

و لا يخفى انا لا ندعى ان الخيار يرفع الغرر كى يقال الخيار انما يترتب على العقد الصحيح فلو توقف صحه العقد على الخيار

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩٢

لزم الدور بل ندعى ان العقد بالنحو الذى ذكرنا لا يكون غرريا.

و حيث انجر الكلام الى هنا ننبه بنكته و هى ان الخيار على قسمين فان الخيار تاره خيار عقلائى أمضاه الشرع و اخرى يكون الخيار خيارا شرعيا و بحكم الشارع. اما اذا كان بحكم الشارع فلا يمكن ان يكون رافعا للغرر لاشكال الدور الذى ذكرناه و اما ان كان عقلائيا فيمكن ان يقال ان البيع الخيارى العقلائى لا- غرر فيه و حيث انه لا- غرر فيه يكون صحيحا شرعا بلا اشكال فلاحظ و اغتتم.

«قوله قدس سره: ان الغرر

ان ثبت حال البيع لم ينفع تبين الاشتمال»

الخ فان الشىء لا ينقلب عمّا هو عليه و بعباره واضحه اذا لم يكن البيع عند حدوثه غرريا فلا وجه لتعين فساده و ان كان غرريا فلا- مقتضى لصحته من اول الامر اللهم الا- ان يكون المراد ان المبيع اذا كان مجهول الوجود يمكن ايقاع العقد عليه على نحو التعليق فان التعليق على الوجود لا يفسد العقد لانه تعليق على ما يتوقف صحه العقد عليه مثلا لو قال زيد بعتك هذا الكتاب ان كان مملوكا لى لا يبطل البيع بالتعليق اذ يتوقف صحه البيع على كون المبيع مملوكا للمالك.

«قوله قدس سره: و فيه نظر»

الظاهر ان وجه النظر الجهل بالمقدار و قد ذكرنا انه لا دليل على كون مجرد الجهل بالمقدار موجبا للفساد بعد فرض عدم الغرر و الجراف فالحق هى الصحه فى الصوره المفروضه و عليه يكون القسم الرابع يصح بيعه لتماميه المقتضى و عدم المانع فلاحظ.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩٣

[مسأله إذا شاهد عينا فى زمان سابق على العقد عليها]

اشاره

«قوله قدس سره: اذا شاهد عينا فى زمان سابق على العقد عليها»

الخ.

تاره يكون بقاء الصفات معلوما أو موثوقا به و اخرى تغير تلك الصفات معلوم أو موثوق به و ثالثه يشك فى بقائها و عدمه اما الصوره الأولى فلا اشكال فى جواز البيع لوجود المقتضى و عدم المانع.

و أما الصوره الثانيه فلا- يجوز البيع لاجل الغرر على ما هو المقرر عندهم و اما الصوره الثالثه و هى صوره الشك فهل يجوز جريان استصحاب بقاء العين على تلك الصفات المشاهده سابقا أم لا؟

ربما يقال كما فى كلام الشيخ قدس سره بان الاستصحاب يجرى بتقريب انه قد ثبت فى الاصول قيام الاستصحاب مقام القطع الطريقي

المحض و القطع المأخوذ فى الموضوع على نحو الطريقيه و عليه لا- مانع عن جريانه لان العلم بالواقع فى المقام مأخوذ بالنسبه الى جواز البيع على نحو الطريقيه.

و يرد عليه ان التقريب المذكور و ان كان تاما لكن يشكل جريان الاستصحاب من ناحيه اخرى و هى ان المانع على مسلك القوم لزوم الغرر و الخطر و لا- يترتب عدم الغرر على الاستصحاب الا- على التقريب الاثباتى الذى لا- نقول به و عليه يشكل جريانه.

و بعبارة واضحة تارة نقول الموضوع لفساد البيع الشك فى بقاء الصفه و اخرى نقول بان الموضوع للفساد كون العقد غرريا اما على التقدير الاول فيجربى الاستصحاب اذ الاستصحاب يقوم مقام القطع الطريقي و المأخوذ فى الموضوع على نحو الطريقيه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩٤

و أما على التقدير الثانى فلا يجرى اذ لا يترتب على جريانه ارتفاع الخطر و الغرر تكويننا الا على القول بالاثبات.

و بيان اوضح نقول اذا كان الموضوع للصححة احراز كون العين واجده للصفه الكذائيه يجرى الاستصحاب بلا اشكال و اما اذا كان المانع عن الصححة كون العقد خطريا فلا يجرى و لا اشكال فى ان مجرد طريق تعبدى الى كون العين واجده للصفه لا يرفع الغرر فان الغرر عبارة عن الخطر و هو وجدانى.

«قوله قدس سره: فان بلغت قوه الظن»

الظاهر أنه يصير التغير مورد الاطمينان فيكون كالقسم الاول فى عدم جواز بيعه

«قوله قدس سره: و الاجاز مع ذكر تلك الصفات»

الخ لا ادري ما المراد من الجملة المذكوره فان الاصل اذا كان جاريا فى حد نفسه كما هو كذلك على مسلكه فلا تكون الاماره على الخلاف مانعه عن جريانه اذ غايه ما فى الباب ان

يحصل الظن بخلاف الحاله السابقه و قد قرر فى محله جريان الاستصحاب و لو مع الظن بخلاف الحاله السابقه.

«قوله قدس سره: لانه لا ينقص عن الغائب الموصوف»

الخ اى يجوز بيع الغائب الموصوف بالوصف المذكور و الامر كما افاده لان البيع مع ذكر الوصف تاره يكون بعنوان الاشاره الى ذلك الفرد بلا- دخل للصفه و اخرى بعنوان التعليق على تلك الصفه و ثالثه بعنوان البناء على الوصف و الالتزام بالخيار عند التخلف.

أما الصوره الأولى فباطله لفرض الغرر على ما هو المقرر عندهم و اما الصوره الثانيه فأیضا باطله لبطلان العقد التعليقى و اما

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩٥

الصوره الثالثه فلا وجه لبطلانها بل مقتضى القاعده الصحه لا يقال تصحيح العقد بالخيار دورى.

قلت: قد مرّ الاشكال المذكور مع جوابه و قلنا الخيار على قسمين عقلائى و شرعى و رفع الغرر بالخيار العقلائى و الحكم عليه بالصحه شرعا لا يكون دوريا.

ان قلت: الشرط ما دام لم يذكر فى متن العقد لا اثر له فلا وجه للصحه و البناء على بقاء تلك الصفات لا اثر له.

قلت قد يكون المقدر كالمذكور فى المحاورات العرفيه العقلائيه و بعبارة اخرى الشرط قد لا يكون مقوما للعقد كالشروط الخارجيه كما لو اشترط خياطه ثوب و امثالها و اخرى يكون مقوما لصحه العقد كما فيما نحن فيه.

أما القسم الأول فلا بد من ذكره اذ بدوننه يصح العقد و لا يكون مقوما له و اما القسم الثانى فلا يحتاج الى ذكره فان بناء العقد عليه و بدوننه لا يكون العقد صحيحا فيكون فى قوه الذكر ان قلت اذا تخلف الوصف المبني عليه العقد فاما يكون عدم نقضه وفاء بالعقد و اما لا

يكون اما على الاول فلا خيار و اما على الثاني فيكون العقد باطلا لانتفاء المشروط بانتفاء شرطه. قلت لا يكون الثمن واقعا في مقابل الوصف كى يكون تخلف الوصف موجبا للبطلان بل الثمن واقع في مقابل العين و الوفاء معلق على الوصف و الخيار معلق على تخلفه فالعقد صحيح مع ثبوت الخيار.

«قوله قدس سره: لقاعده الضرر»

الخ الصحيح الاستدلال على الخيار بتخلف الشرط و اما الاستدلال

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩٦

بقاعده لا ضرر على الخيار فليس تاما اذ الضرر يتحقق بنفس العقد و الخيار لا يوجب نفى الضرر بل اعمال الخيار جبران للضرر الوارد بالعقد و دليل لا ضرر غير متكفل للجبران.

و ان شئت قلت مفاده النفي لا الاثبات فلا مجال للاستدلال على الخيار بالقاعده مضافا الى ان قاعده لا ضرر على مسلكنا تدل على النهي لا النفي كما هو المشهور بين القوم.

و حيث انجر الكلام الى هنا ننبه بنكته و هى ان قاعده لا ضرر على مسلكنا نهى عن الاضرار لا نفى للضرر فلا يتوجه علينا اشكال و اما على مسلك القوم من ان مفادها نفى الحكم الضررى فى الشريعة فيلزم عليهم الالتزام بجمله من اللوازم التى لا يلتزمون بها.

منها: ان البيع اذا كان ضرريا لاحد المتعاقدين يلزم القول ببطلان العقد للضرر و هل يلتزمون به و منها: انه لو وقعت قطره بول فى حوض مملو من الزيت المائع يلزم ان نقول بعدم انفعاله اذ لو تنجس يتضرر مالكة.

و منها: انه لو فرض ان امرأه تزوجت جاهله مع رجل شارب الخمر قطاع الطريق متجاهر بانواع الفسق و الفجور بحيث يكون الازدواج معه ضررا بالنسبه الى الزوجه يلزم ان نقول بفساد الازدواج المذكور

و هكذا و هل يمكن الالتزام بهذه اللوازم و اما نحن فلا ترد علينا هذه النقوض و الايرادات.

ان قلت: فى قاعده لا- ضرر فرق بين مسلك المشهور و المسلك الاخر و اما فى قاعده لا حرج فلا اختلاف فى مفادها و هل تسلم تلك القاعده من الايرادات المذكوره.

قلت: نعم لا مجال لهذه الايرادات فى مفاد تلك القاعده فان مفاد

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩٧

قاعده لا- حرج رفع التكاليف الحرجيه فكل تكليف حرجى يرتفع عن المكلف بالحرج و لا تشمل القاعده الاحكام الوضعيه ففرق بين القاعدتين.

و بعبارة واضحه: المستفاد من قاعده لا حرج رفع كل حكم تكليفى حرجى فاذا كان حكم الشارع بمشروعيه الازدواج الموقت حرجيا بالنسبه الى شخص لا يستفاد من القاعده رفع الحكم المذكور و هكذا و تفصيل الكلام موكول الى مجال آخر.

«قوله قدس سره: تقديم قول المشتري»

الخ

[الاستدلال فى تقديم قول المشتري لو اختلفا فى تغير العين عن صفتها و عدمه]

اشاره

وقع الخلاف بين القوم فى انه لو اختلف البائع و المشتري فى تغير العين عن صفتها و عدمه بان ادعى المشتري التغير و انكره البائع، ان قول ايهما يقدم و قد ذكرت وجوه لتقديم قول المشتري.

الوجه الأول: ان المشتري هو الذى ينتزع عن يده الثمن

و لا وجه للانتزاع الا مع اعترافه و مع عدم اعترافه تكون يده أماره كون ما فى يده مملوكا له فلا بد من قيام بينه على الخلاف.

و يرد عليه ان المشتري معترف بتحقيق العقد و صيروره العين مملوكه للبائع و ان الثمن له غايه الامر يدعى الخيار و الاصل عدمه فان الخيار مسبب عن تغير العين و الاصل عدم التغير بل ليس للمشتري حبس الثمن حتى مع الخيار اذ المفروض ان الثمن مملوك للبائع و لا وجه لحبس مال الغير.

[الوجه الثانى لأن البائع يدعى علمه بالمبيع]

«قوله قدس سره: و لان البائع يدعى علمه بالمبيع»

الخ هذا هو الوجه الثاني العذى ذكر فى وجه تقديم قول المشتري فان البائع يدعى ان المشتري كان عالما بكون العين موصوفه بهذا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩٨

الوصف الموجود، فلا خيار له و الاصل عدم علم المشتري به.

و أورد الشيخ أولا بان الاصل المذكور معارض باصالة عدم علمه بوصف آخر كى يثبت له الخيار عند التخلف.

و ثانيا: بان الشك فى كون تعلق علم المشتري بالوصف الموجود أو بغيره مسيب عن تغير وصف العين و الاصل عدم تغيره فلا خيار له و فى كلا الجوابين اشكال.

أما جوابه الاول فيرد عليه ان عدم علمه بالوصف الا-خر لا- يترتب عليه عدم الخيار فان الخيار مترتب على الاشتراط و عدمه مترتب على عدم التخلف و ترتب عدم تخلف الوصف على الاصل المذكور عقلى لا شرعى فالاصل المذكور مثبت فلا اعتبار به. و اما جوابه الثانى فيرد عليه ان تقدم الاصل السببى على الاصل المسببى متوقف على كون التسبب شرعيا و الا فلا اثر له و ترتب عدم تعلق علم المشتري بغير الوصف الموجود على عدم التغير لا يكون

شرعياً بل عقلياً.

فالحق في الجواب عن الوجه الثاني أن يقال إن المشتري يدعي أن له الخيار و الأصل عدمه فإن الخيار امر حادث و قد شك فيه و الأصل عدم حدوثه.

[الوجه الثالث لأن الأصل عدم وصول حقه إليه]

«قوله قدس سره: و لان الأصل عدم وصول حقه إليه»

الخ هذا هو الوجه الثالث الذي ذكر في مقام الاستدلال على أن القول قول المشتري و يرد عليه: انه ما المراد من الحق فإن العين صارت مملوكة له بالعقد و المفروض وصولها بيده و اما الخيار فمشكوك و الأصل عدمه.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩٩

«قوله قدس سره: أو انها مأخوذة في نفس المعقود عليه بحيث يكون المعقود عليه هو الشيء المقيد»

الخ المبني فاسد فانه يستلزم التعليق الذي يبطل العقد نعم العناوين الذاتيه التي تكون صور نوعيه للاعيان و ان كانت كذلك بحسب نظر العرف تكون معلقا عليها و اذا تبين الخلاف يكون العقد فاسدا و لذا لو باع جسما بعنوان كونه عبدا حبشيا فبان انه حمار وحشى يكون البيع باطلا.

و أما العناوين العرضيه و الاوصاف الطارويه فلا يجوز تعليق العقد عليها بل غايته ثبوت الخيار عند تخلفها.

و بعبارة واضحة ان البيع اما يقع على الكلى و اما يقع على الجزئى الخارجى كما هو ظاهر عنوان الفرع اما على الاول فيكون تقييد المبيع بالوصف الفلانى قابلا- فاذا ادعى المشتري ان المبيع الحنطه العراقيه و قال البائع بل كان حنطه شاميه يكون النزاع داخلا تحت عنوان التداعى اذ كل من القولين خلاف الاصل و اما اذا قال المشتري كان حنطه عراقيه و انكر البائع و قال لم يكن مقيدا بقيد بل كان مطلقا فربما يقال ان النزاع داخل في التداعى اذ كما ان التقييد

يحتاج الى اللحاظ كذلك الاطلاق يحتاج إليه غايه الامر الملحوظ في التقييد لحاظ الموضوع مقيدا و في الاطلاق يكون الموضوع ملحوظا مطلقا.

و لكن الحق ان النزاع داخل في عنوان المدعى و المنكر اذ الاطلاق و ان كان عباره في مقام الثبوت عن رفض القيد فيكون تقابله مع التقييد تقابل الضدين لكن تقابلها في مقام الاثبات تقابل العدم و الملكه فان المولى لو كان في مقام البيان و لم يذكر قرينه على

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠٠

التقييد يستفاد من كلامه الاطلاق فالنزاع يرجع الى دعوى ذكر القيد في مقام الاثبات و انكاره هذا تمام الكلام فيما يكون المبيع كليا.

و أما اذا كان شخصا فلا مجال للتعليق و لا للتقييد اذ التعليق مبطل للعقد و التقييد محال في الجزئي الخارجى بل الامر منحصر في اشتراط الخيار عند تخلف الوصف و الاصل عدم جعله و عدم تحققه اى مقتضى الاصل الموضوعى و الحكمى عدم الخيار.

و لا- يخفى ان الخيار انما ينشأ من الاشتراط الضمنى بتقريب ان البيع اذا وقع على عين بشرط الوصف الفلانى كما لو باع عبدا بشرط الكتابه معناه ان المشتري يشترط على البائع الخيار فى صورته التخلف و ظاهر ان جعل الخيار امر جائز فى الشريعة و السيره جاريه عليه و تفصيل الكلام فى باب الخيار و الشرط فانتظر.

«قوله قدس سره: لكنه ليس شيئا مستقلا»

الخ بل الحق انه شىء مستقل اذ كما مر قريبا لا يعقل تقييد الجزئي الخارجى فمرجع الاشتراط و التقييد فى الجزئي الخارجى الى اشتراط الخيار بان يجعل الشارط لنفسه الخيار عند التخلف و الاصل عدمه فالقول قول البائع.

«قوله قدس سره: فحيثئذ يرجع النزاع الى وقوع العقد على ما

ينطبق على الشئ ء الموجود»

الخ لا مجال لهذا البيان لان وقوع العقد على العين الخارجيه مفروض الوجود و لا ريب فيه انما الكلام فى ثبوت الخيار و عدمه مضافا الى ان التقييد فى الجزئى الخارجى غير معقول و الكلام فى بيع عين شخصيه لا فى بيع الكلى.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠١

«قوله قدس سره: و دعوى معارضته باصالة عدم وقوع العقد على العين المقيده»

الخ بعد بيان تقريب كون الاصل مع المشتري يقول لا يعارض الاصل المذكور عدم جريان اصالة عدم وقوع العقد على المقيده اذ اثبات الاطلاق باصالة عدم التقييد يتوقف على القول بالمثبت الذى لا نقول به.

«قوله قدس سره: ليثبت الجواز»

الخ الظاهر ان مراده من الجواز الذى تكرر ذكره مضى العقد و تماميته لا الجواز فى مقابل اللزوم اذ الاصل المفيد للبائع اصالة اللزوم بحيث لا يمكن للمشتري الفسخ فلاحظ.

«قوله قدس سره: و بما ذكرنا ظهر فساد التمسك باصالة اللزوم»

الخ فان مقتضى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لزوم كل عقد الا ما جعل فيه الخيار و حيث ان الخيار ثابت على ما رامه لا تصل النوبه الى اصالة اللزوم. و فيه انه قد ظهر مما ذكرنا ان مقتضى الاصل عدم الخيار و عدم الا-اشتراط فالمرجع اصالة اللزوم المستفاده من دليل وجوب الوفاء.

و لا يخفى ان دليل اللزوم منحصر بقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و لا يستفاد اللزوم من غيره و تحقيق الكلام من هذه الجهة موكول الى مجال آخر.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠٢

«قوله قدس سره: فانا نقول الاصل عدم تعلق العقد بهذا الموجود»

الخ قد ظهر مما تقدم انه لا مجال لهذا الاصل اذ المفروض ان المبيع جزئى لا كلى و

من ناحيه اخرى قلنا ان التعليق يوجب بطلان العقد و من ناحيه ثالثه ذكرنا ان الجزئى الخارجى غير قابل للتقييد فلا اشكال فى تعلق العقد بهذا الموجود و انما الشك فى جعل الخيار على فرض فقدان المبيع للوصف الفلانى و الاصل عدمه فالاصل موافق مع البائع المنكر للخيار فلاحظ.

«قوله قدس سره: لكنه غير جار»

الخ بل جار فانه قد ثبت فى الاصول جريان الاصل فى الاعدام الازليه فنقول البائع قبل العقد على هذا الموجود لم يقيد أو لم يجعل الخيار فى بيعه للمشتري و الاصل بقاءه فلا يكون خيار للمشتري كما انه بهذا التقريب يجرى الاصل فى عدم الكريه للماء الذى وجد فى الحوض دفعه فانه يجرى فيه اصل عدم الكريه.

بتقريب ان الماء الموجود دفعه فى الحوض قبل وجوده لم يكن كرا و الآذن كما كان و بعبارة واضحة نقول الاصل عدم كون الماء الموجود كرا فانه قبل أن يوجد لم يكن كرا و الاصل بقاءه على العدم المذكور.

«قوله قدس سره: فالاصل عدم دفع العوض»

الخ لا- مجال لهذا الاصل كما تقدم منا اذ لا اشكال فى ان مملوك المشتري وصل إليه انما الشك فى شرط الخيار و الاصل عدمه فالقول قول البائع.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠٣

«قوله قدس سره: هو عدم كون العين الخارجيه منطبقه على ما وقع العقد عليه»

الخ هذا مجرد فرض و خيال و لا- يتصور فى المقام اذ المفروض انه لا خلاف و لا نزاع فى ان العقد وقع على العين الخارجيه الواصله الى يد المشتري و انما النزاع فى الاشتراط و عدمه.

«قوله قدس سره: فمقتضى ما ذكرنا فى طرف المشتري تقديم قول البائع»

الخ بل الحق انه فى هذه الصورة

ينعكس الامر و يكون القول قول المشتري اذ لا اشكال فى وقوع العقد على العين الخارجيه و الاصل عدم الخيار للبائع.

«قوله قدس سره: تعارض كل من اصاله عدم تقدم البيع و التغير»

الخ الظاهر انه لا- يترتب على الاصلين المذكورين اثر الا- على القول بالاثبات الذى لا نقول به فان الخيار مترتب على تخلف الوصف لا- على تأخر البيع عن التغير و كذلك عدم الخيار لا يترتب على تقدم البيع على التغير و بعباره اخرى النزاع فى وجود الخيار و عدمه أو فى سبب الخيار و عدمه و القول قول منكره فهذا الفرع عين الفرع الاول من حيث النتيجة.

و لقائل ان يقول ان الخيار يترتب على تغير المبيع بالنسبه الى ما قبل البيع اذ الخيار المبحوث عنه فى المقام خيار تخلف الوصف مثلا لو كان المبيع سميئا يترتب الخيار على تبدل سمنه بهزاله فاستصحاب بقاءه على سمنه و عدم طرو الهزال عليه موضوع للزوم العقد فهذا الاصل يجرى و لا يعارضه استصحاب عدم تحقق البيع

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠٤

الى زمان الهزال فان الاصل المذكور لا يثبت وقوع العقد على المهزول و فى زمان الهزال الاعلى القول بالاثبات.

«قوله قدس سره: و مقتضى الاصل فى المقامين عدم اللزوم»

الخ بل مقتضاه فى كلا المقامين اللزوم فان الخيار خلاف الاصل فالقول قول منكره و قد تقدم ان اصاله عدم وصول الحق الى المشتري لا- مجال لها اذ لا اشكال فى وقوع العقد على العين و من ناحيه اخرى المفروض وصول العين الى يد المشتري و قس عليه حال البائع اذا كان مدعيا للخيار على المشتري فان كل من يدعى الخيار لا بد له من اقامه الدليل

عليه.

«قوله قدس سره: و قد يتوهم جريان اصاله صحه البيع هنا»

الخ تاره نتمسك بالاستصحاب فى الحكم بالصحه اى استصحاب بقاء العين الى زمان البيع و اخرى نتمسك باصاله الصحه كما تعرض لها الماتن قدس سره اما استصحاب بقاء العين الى زمان البيع فهو معارض باستصحاب عدم تحقق البيع الى زمان التلف.

و اما اصاله الصحه فالظاهر عدم جريانها فان مدرکها منحصر فى السيره و حيث انها دليل لثبى لا اطلاق فيه فلا بد من احراز كون البائع له ان يبيع و مع الشك فى وجود المبيع نشك فى هذه الشأنيه فلا تجرى اصاله الصحه فتصل النوبه الى استصحاب بقاء المثلثن فى ملك المشتري.

«قوله قدس سره: حيث تمسك باصاله صحه الرجوع»

الخ الظاهر انه لا- مجال للاصل المذكور اذ الرجوع بعد البيع لغو و انما تجرى اصاله الصحه فيما يمكن للشخص ايقاع الامر الفلاننى و يشك

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠٥

فى صحته و فساده و اما مع الشك فى اصل الامكان فلا مجال لها لعدم الدليل عليه.

«قوله قدس سره: اذا باع بلا ثمن»

الخ الظاهر انه لا يتصور البيع بلا ثمن بلا فرق بين الشرع و العرف فلاحظ.

[مسأله لا بد من اختبار الطعم و اللون و الرائحه فيما تختلف قيمته باعتبار ذلك]

«قوله قدس سره: مسأله لا بد من اختبار الطعم و اللون و الرائحه» الخ

لو قلنا بان الغرر لا يفسد البيع لا يكون مجال لهذا البحث اذ غايه ما فى الباب لزوم الغرر بدون الاختبار و المفروض عدم كون الغرر موجبا للفساد و اما على القول بالاشتراط فتاره لا دخل للصفه فى زياده قيمه العين و اخرى لها دخل فيها.

اما على الاول فلا يضر الجهل بوجود الصفه اذ المفروض انه لا دخل لها و اما على الثانى فيكفى لرفع

الغرر و الخطر توصيف العين بوصف كذائى و بناء البيع عليه و اشتراط الخيار عند التخلف فانه يرتفع الخطر و اشكال الدور قد اجبنا عنه سابقا فراجع.

و لكن هذا التقريب انما يتم فيما يكون للوصف انضباط قابل للبيان و اما ما لا انضباط فيه كالعطور و امثالها فانه لا انضباط لكيفيه الرائحه فلا بد من الاختيار.

و لكن فى المقام شبهه و هو انه ما المانع عن الصحه لو بيع مع اشتراط الخيار اذا انكشف عدم كون العين على الوصف الفلانى اذ المانع المتصور هو الغرر و هو يرتفع بالخيار فالظاهر عدم وجه للمنع و صفوه القول ان الخيار يرفع الغرر و الخطر.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠٦

«قوله قدس سره: بناء على اصاله الصحه»

الظاهر انه لا اساس للاصل المذكور الا الاستصحاب و عدم كون المبيع معيبا على نحو استصحاب العدم الازلى بان نقول هذه العين قبل وجودها لم تكن معيوبه و الآن كما كانت و اما استصحاب السلامه فلا مجال لجريانه الا فيما كانت العين بعد وجودها سالمه و صحيحه فيجرى استصحاب الصحه فيها.

و كيف كان لا اثر للاستصحاب اذ قد مر منا ان استصحاب الصحه أو عدم العيب أو غيرهما لا يرفع الغرر فلا مصحح للبيع مع الشك فى الصحه الا اشتراط الخيار عند انكشاف كون العين معيبه.

فالتتيجه انه لا دليل على وجوب الاختبار و اما حديث محمد بن العيص قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ما يذاق يذوقه قبل ان يشتري؟ قال: نعم فليذوقه و لا يذوقن ما لا يشتري «١».

فلا يكون فى مقام بيان هذه الجبهه بل فى مقام بيان جواز الذوق تكليفا عند إرادته الاثراء

و عدم جوازه عند عدمه مضافا الى عدم اعتبار سنده.

و اما حديث عبد الاعلى بن اعين قال نبئت عن أبى جعفر عليه السلام انه كره شراء ما لم تره «٢». فلا اعتبار بسنده مضافا الى الخدش فى دلالة فلاحظ.

فانقدح بما تقدم ان المبيع اعم من ان يكون غائبا أو حاضرا و يمكن مشاهدته يجوز ان يباع بالمشاهدة و بالوصف بل و لو مع عدم

(١) الوسائل الباب ٢٥ من ابواب عقد البيع و شروط الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠٧

الوصف و عدم ذكره فى زمان البيع و لكن القرينه قائمه على ان المشتري فى مقام اشتراء العبد الكاتب مثلا فان اشتراط الخيار الارتكازى يكفى للصحة و رفع الغرر.

«قوله قدس سره: كان البيع باطلا و المتبايعان فيها بالخيار»

الخ يرد عليه أولا: انه لا- وجه للبطلان بل البيع صحيح غايه الامر عند انكشاف الواقع و كون المبيع على ما اشترط فيه و لو ارتكازا يقتضى الخيار و ثانيا ان ما افاده جمع بين المتنافيين فان البيع اذا كان فاسدا كيف يتصور فيه الخيار.

«قوله قدس سره: الا بشرط الصحة و البراءة من العيب»

الظاهر ان العطف تفسيرى اى البائع يبرأ العين من العيب لا- انه يبرأ نفسه عن الالتزام بكونها سليمة عن العيب فان البراءة بهذا المعنى لا يكون شرطا للصحة و لا تكون رافعه للغرر ان لم تكن مؤكده له و اذا فرض البراءة بمعنى عدم الالتزام و عدم اشتراط الخيار و جعل البيع لازما فهل يكون البيع صحيحا أم لا؟

لا بد من التفصيل بان نقول: تاره لا يكون فى الاقدام فى مثل العقد المذكور غرر بان يعلم المشتري انه يصل

إليه ما يقابل بما يدفعه فإذا كان كذلك يكون العقد جائزا إذ لا يكون العقد غرريا و لا جزافا و اخرى يكون العقد غرريا فيكون باطلا على ما قرر عندهم من كون الغرر يوجب الفساد.

«قوله قدس سره: سواء شرط احدهما أو خلى عنهما أو شرط العيب»

الخ قد ظهر مما ذكرنا ان العطف تفسيري كما هو مقتضى العطف

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠٨

بالواو و أما اشتراط العيب فالظاهر جعل عنوان المبيع معييا و الظاهر صحه العقد في هذه الصورة إذ لا غرر و الظاهر انه يثبت الخيار للبائع عند انكشاف كون المبيع سالما عن العيب.

«قوله قدس سره: الا فيما اذا كان الشك في طرو المفسد»

الخ قد تقدم منا ان الاستصحاب لا اثر له و لا يرفع الغرر بلا فرق بين احراز السلامه سابقا و يكون الشك في عروض الفساد و ان يكون الشك في سلامته فانا قلنا ان الاستصحاب يجرى و مقتضاه عدم كون العين معييه لكن بالاستصحاب لا- يرتفع الخطر فيكون البيع باطلا.

[مسأله يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار بدون الاختبار]

اشاره

«قوله قدس سره: مسأله يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار بدون الاختبار»

الخ في هذه المسأله فروع:

الفرع الأول: ان الماتن أفاد ان ما يفسده الاختبار يجوز بيعه بلا اختبار اجماعا

و هذا الاجماع هل يمكن الاستناد إليه مع احتمال كونه مدركيا و الذى يهون الخطب ان جواز البيع مع التوصيف جائز لارتفاع الخطر لاجل الخيار المشروط فيه صريحا أو ضمنيا فلا اشكال.

الفرع الثاني: انه افاد الماتن بانه يكفى الاعتماد على اصاله السلامه.

و فيه انه قد تقدم منه و منا ان اصاله السلامه لا دليل عليها و قلنا ان استصحاب عدم العيب أو استصحاب السلامه لا يفيد في ارتفاع الغرر الاعلى القول بالاثبات.

الفرع الثالث: انه لو تبين كون المبيع فاسدا قبل التصرف فيه بالكسر و نحوه

و بعبارة اخرى قبل الاختبار ان كان لفاسده قيمه دون قيمه الصحيح تخير المشتري بين الابقاء و اخذ الارش و بين

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠٩

الرد على ما قرر فى باب خيار العيب من الاختيار بين الامرين.

الفرع الرابع: ان الفساد ان كان الى مرتبه لا يعد المعيب من مصاديق المبيع

فأفاد الشيخ قدس سره بانه يحتمل فساد المبيع.

اقول اذا كان كذلك لا بدّ من الالتزام بالبطلان فان المبيع معلق على الصورة النوعيه الكذائيه و بعد انكشاف الخلاف ينكشف بطلان المبيع و لذا قلنا انه لو باع جسما بعنوان غلام حبشى فانكشف انه حمار وحشى يكون المبيع باطلا.

الفرع الخامس: انه لو لم يكن لفاسده مالیه و قيمه

فأفاد الماتن ان المبيع فاسد لانه وقع على ما لا مالیه له.

و فيه انا قد ذكرنا فى محله انه لا دليل على اعتبار المالىه فى المبيع فلا وجه للبطلان فمقتضى القاعده جواز الرد و اما الارش فلا لانتفاء موضوعه.

الفرع السادس: انه لو كان انكشاف العيب بالاختبار و كانت لفاسده مالیه و قيمه يجوز للمشتري أن يأخذ الارش

و اما الرد فلا يجوز اذ قد فرض انه تصرف فى العين و احدث فيها حدثا و تفصيل الكلام من هذه الجبهه موكول الى بحث خيار العيب.

و هل يفرق بين التصرف بمقدار الاستعلام فقط و بين الزائد عن هذا المقدار؟ ربما يقال كما عن المبسوط بعدم سقوط الرد بالاول و سقوطه بالثانى.

و لكن الظاهر انه لا وجه لهذا التفصيل فان مقتضى اطلاق دليل سقوط خيار الرد بالتصرف عدم الفرق الا ان يشترط المشتري على البائع خيار الرد حتى بعد التصرف فان الشرط المذكور جائز.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١٠

الفرع السابع: ان الارش الذى يؤخذ من البائع ما به التفاوت بين الصحيح و المعيب غير المكسور

لان الكسر نقص حصل بفعل المشتري و منه يظهر ثبوت الارش حتى فيما لا يكون لمكسوره قيمه اذ الميزان بما قبل الكسر.

الفرع الثامن: انه لو لم يكن لفاسد المبيع مالیه ففيه قولان

احدهما فساد البيع من الاول ذهب إليه جماعه من الاعلام ثانيهما انفساخ البيع من حين الانكشاف ذهب إليه الشهيد في الدروس.

و الظاهر ان ما أفاده الشهيد غير تام اذ اشتراط الماليه على فرض القول به واقعى لا ذكرى بل الحق هو القول الثالث و هو صحه البيع اذ قلنا لا دليل على الاشتراط المذكور.

الفرع التاسع انه لم يكن للمعيب قيمه فأفاد الماتن انه لا ارش و لا رد

أما الأرش فلعدم موضوعه و أما الرد فلانه تلف بعد القبض فلا مجال للرد.

و أورد عليه الايروانى قدس سره بأن الخيار مقتضى الاشتراط صريحا أو ارتكازا و يرد عليه ان المستفاد من النص الخاص ان الرد يسقط بالتصرف فى العين نعم يمكن رده بعد التصرف أيضا فيما يشترط الخيار حتى بعد التصرف فيجوز فى الفرض فلاحظ.

الفرع العاشر: انه هل يمكن ان يقال ان العين لو كانت لها قيمه و سقطت عن الماليه بالاختبار انها كانت ذا ماليه

الى زمان تبين الفساد فاذا سقط عن الماليه لامر سابق على العقد و هو فساد واقعا كان فى ضمان البائع و حيث ان كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه نلتزم بانفساخ العقد؟ الظاهر انه لا وجه له اذ المفروض ان سقوطها عن الماليه بالكليه بفعل المشتري و لا دليل على كون حدوث

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١١

سبب التلف فى يد البائع موجبا لكون الضمان عليه.

مضافا الى أن دليل قاعده التلف قبل القبض عليل فلا وجه للانفساخ بل العقد على حاله و ليس للمشتري الرد حيث تصرف فى العين فاذا فرض ماليه للعين قبل التصرف اقل من قيمه العين الصحيحه يكون له اخذ الارش و الا فلا.

و لا- وجه لما أفاده الماتن من انه على البائع أن يدفع تمام الثمن اذ بعد عدم الالتزام بالفسخ لا وجه لما أفاده بل الامر منحصر بالارش.

لكن فى المقام نكته و هى ان مثل هذه العين الفاسده التى تسقط عن الماليه بتمام معنى الكلمه بواسطه الاختبار هل يعدّ مالا؟

و هل تكون له قيمه؟

الظاهر انها لا تكون مالا فى الصوره المفروضه و يدل على ما ذكرنا ما أفاده الشيخ بقوله «و فيه وضوح كون ماليته عرفا و شرعا من حيث الظاهر» و أما اذا انكشف الفساد حكم بعدم الماليه

من أول الامر فعلى هذا يكون البيع باطلا- من اصله على مسلك من يرى صحه البيع متوقفه على كون العين ذا مالیه كما هو كذلك على مذهب الشيخ.

و أما على مسلك من يرى صحه البيع و لو مع عدم مالیه المبيع كما نرى ان الامر كذلك فلا وجه للبطلان و لذا لا نلتزم بالفساد حتى لو قلنا بانكشاف كون المبيع ساقطا عن المالیه عند البيع خلافا للشيخ حيث التزم بالفساد فى الصوره المفروضه.

ثم ان الماتن افاد بان العلم بالعيب يوجب سقوط المعيب عن

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١٢

المالیه و المفروض ان العلم بالعيب تحقق بعد قبض المشتري العين و بعبارة اخرى لا- يكون العلم كاشفا بل له موضوعيه فى تحقق العيب فليس هذا عيبا مجهولا و لو سلم فهو عيب حادث فى يد المشتري كالعمرى الحادث بعد القبض مستندا الى الرمد السابق و المريض يموت فان الموت حادث فى يد المشتري مع استناده الى المرض السابق.

ثم قال ان فوات المالیه يعد تلفا لا عيبا فلا موضوع للانفاسخ و لا للرد و لا للارش.

و ما افاده يرتكز على عده امور. الأمر الأول: العلم بالعيب موضوع و بنفسه له موضوعيه و لا يكون كاشفا.

و ليس على ما أفاده دليل فان العلم كاشف عن العيب لا انه بنفسه عيب و بعبارة اخرى لا يسقط العين عن المالیه بالعلم.

الأمر الثانى: انه عيب حادث فى يد المشتري كالعمرى الناشى عن الرمد و ما أفاده تام و الامر كذلك.

الأمر الثالث: ان فوات المنفعه يوجب صدق التالف على العين.

وفيه: انه نفرض انه يصدق التالف على العين كما يتصور هذا المعنى فى الشاى فانه بعد الطبخ و زوال لونه

و طعمه يعد تالفا.

و فى هذه الصورة قد يكون بحيث لا- يصدق عليه عنوان المبيع كما هو كذلك فى الشاى بعد الطبخ فان الظاهر عدم عنوان الشاى عليه بل يصدق عليه عنوان آخر فيكون البيع باطلا لقوامه بالصورة النوعيه و أما ان لم يكن كذلك فلا وجه لبطلان البيع.

الفرع الحادى عشر: ان الأثر بين القول بالبطلان من أوّل الأمر و بين الانفساخ من زمان الانكشاف يظهر فى الثمن

فان تصرف البائع فيه على الاول باطل و فضولى.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١٣

و اما على القول الثانى فيكون صحيحا اذ صدر من اهله و وقع فى محله و أيضا يظهر فى المبيع بالنسبه الى مئونه نقله من مكان البيع الى مكان الاختبار فانه على القول الثانى يكون على المشتري لانه ملكه فعليه مئونه نقله.

و أما على القول الاول فربما يقال بأنه ان كان مغرورا من قبل البائع يكون على البائع فان المغرور يرجع الى من غره و اذا لم يكن مغرورا يكون عليه لعدم المقتضى لجعله على البائع.

و ربما يقال انه لا يصدق الغرور لان البائع كالمشتري و يشترط فى الغار كونه عالما و ان البائع جاهل كالمشتري.

و يرد عليه أولا انه يمكن أن يكون عالما بواسطة سبب مادي أو غير مادي.

و ثانيا: ان التغرير لا يختص بالعالم بل يمكن صدوره عن الجاهل.

الفرع الثانى عشر: وقع الكلام بينهم فى ان مئونه النقل من مكان الاختبار

فى صورته لزوم التفريغ كما لو وضعه فى المسجد مثلا أو فى ملك الغير و طالب المالك التفريغ، على البائع أو المشتري.

أفاد الماتن انه لو كانت العين المفروض عدم المالىه لها مملوكة تكون المئونه على البائع اذ المفروض انفساخ العقد بعد انكشاف الواقع و يجب على المالك تفريغ ملك الغير عن مملوكة و اما لو لم تكن قابله لكونها مملوكة فلا يبعد ان تكون مئونه النقل على المشتري و فى رجوعه على المالك ما تقدم.

اقول فيما افاد موارد للنظر. المورد الأول: ان العين يتصور فيها ان تسقط عن المالىه و اما السقوط عن الملكيه فلا يتصور فيها فانه لو دخل شىء فى ملك الغير يكون باقيا فى ملكه الى ان يندم الامع

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب،

المخرج الخارجى فانه لا يشترط فى المملوكيه شىء و عليه لا وجه للتقسيم الذى ذكره.

المورد الثانى: انه لا وجه لانفساخ العقد و دخول العين فى ملك البائع بل العين باقيه فى ملك المشتري اذ قلنا ان بيع ما لا مالىه له جائز فلا مجال لما افيد.

المورد الثالث: انه لو لم تكن مملوكه فلا وجه لالزام المشتري بالاعراج و لا دليل عليه بل على المتولى على المسجد ان يستأجر احدا للاعراج فانه من شئون المسجد نعم لو كان المكان ملك احد كما لو وضع العين فى دار شخص فلا يبعد ان يكون المرتكز فى اذهان العقلاء الزام الواضع بالاعراج و عليه فيفرق من هذه الجهه بين دار زيد و المسجد فلاحظ.

الفرع الثالث عشر: ان البائع لو تبرأ عن العيب بالنسبه الى العين التى لا قيمه لها فهل يصح البيع أم لا؟

ربما يقال بالبطلان من باب انه اكل للمال بالباطل.

و يرد عليه اولاً: انا ذكرنا مرارا ان الجار فى قوله تعالى فى آيه النهى عن الاكل بالباطل لا يكون للمقابل بل الجار للسببيه فلا وجه للبطلان من هذه الجهه.

و ثانياً: انه على فرض كونه اكلا بالباطل و فرض بطلان العقد فلا فرق بين التبرى و عدمه فان ملاك البطلان مشترك.

و ثالثاً: ان المراد بالتبرى اذا كان عدم الالتزام بشىء كما هو ظاهر اللفظ فهذا يوجب الغرر للمشتري و المقرر عندهم كون الغرر مبطلا للعقد فالنتيجه ان العقد مع الاشتراط المذكور يكون باطلا من حيث الغرر.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١٥

لا-الفسخ و لا اخذ الارش اذ المفروض ان البائع تبرأ من العيب و لم يلتزم بشىء و اما لو لم يتبرأ و كانت العين بلا مالىه بتمام معنى الكلمه و قلنا بكون البيع صحيحا كما قلنا فلا اشكال فى ان المشتري

ليس له ان يرد العين اذ المفروض انه تصرف فيها بالاختبار.

و أما الارش فهل يمكن له أن يأخذ بمقتضى دليله أم لا؟ و الارش فى المقام عباره عن تمام الثمن اذ المفروض ان لا مالىه للعين فربما يقال بعدم الجواز لانه يرجع الى الجمع بين العوض و المعوض.

و لكن الاشكال المذكور مدفوع بان الارش غرامه و لذا لا يجب على البائع ردّ عين الثمن و يظهر المدعى فيما لا يكون الثمن من النقود و الاوراق النقدية بل كان من الاعيان كالمبيع فيرد البائع من النقود أو الاوراق فلا اشكال من هذه الجهه.

نعم يتوجه الاشكال من ناحيه اخرى و هى انه لا- دليل على الارش فى مفروض الكلام فان الارش عباره عمّا به التفاوت بين الصحيح و المعيب و قد فرض ان المعيب لا- قيمه له فلا- موضوع للارش و تنقيح المناط خارج عن اطار العبوديه و التعبديات امرها بيد الشارع الاقدس و ليس لنا التصرف فيها و الله العالم.

[مسأله المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك فى فأره]

اشاره

«قوله قدس سره: مسأله المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك فى فأره»

الخ يقع الكلام فى مقامين

المقام الأول فيما هو مقتضى القاعده الاولى

المقام الثانى: فى مقتضى الدليل الثانوى. أما المقام الأول فمقتضى دليل صحه البيع جوازه و صحته و لا اشكال فى ذلك.

و أما

المقام الثانى فما يتصور أن يكون مانعا عن الصحه احد امرين

احدهما نجاسته ثانيهما جهالته أما النجاسه فلا دليل على

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١٦

و مع الاغماض عن هذه الجهه و الالتزام بالصحه لا يكون للمشتري فساد بيع النجس بما هو نجس كما حقق فى محله.

و أما الجهاله فان قلنا بعدم كون الغرر موجبا للفساد فالامر ظاهر و اما على تقدير كون الغرر مفسدا للعقد فلو كان المشتري عالما بان ما يدفعه من الثمن يصل إليه مقابله فلا غرر كما هو ظاهر و اما لو لم يعلم فممنشأ الجهاله تاره عدم العلم بالصحه و الفساد و اخرى الخصوصيات الموجهه لزياده المالىه و قلتها كمراتب الرائحه.

أما الاول فيتم الامر باجراء اتصاله السلامه و بعبارة اخرى يرتفع الغرر بجعل الخيار كما مر.

و أما الثانى فان لم يمكن الاستعلام ما دام لم يفتق فيمكن فتقه بادخال ابره فيه و شمها و على التقدير المذكور هل يكون ضامنا أم لا؟

فنقول تاره يتحقق الاختبار بفعل البائع فلا- اشكال فى عدم الضمان فانه لا وجه له و اخرى يتحقق بفعل المشتري و فى هذه الصورة تاره يكون التصرف باذن المالك بلا ضمان و اخرى يكون باذنه مع شرط الضمان و ثالثه بلا اذن منه.

أما الشق الاول فلا ضمان كما هو ظاهر و أما الشق الثانى فالضمان متحقق بلا اشكال.

و ملخص الكلام: انه لا- وجه للمقايسه بين المقام و المأخوذ بالسوم بل اللازم لحاظ انه هل يكون وجه للضمان أم لا؟ فان كان الفتق بفعل البائع أو باذنه فى الفتق بلا شرط الضمان فلا اشكال و اما لو

كان بلا اذن من البائع ففيه الضمان و اما المأخوذ بالسوم فيمكن أن يكون الوجه في ضمانه انه عاريه مضمونه.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١٧

«قوله قدس سره: ثم ان الظاهر من العلامه عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف»

الخ تاره يشك في وجود اللؤلؤ في الصدف و اخرى يشك في صحته و عيبه و ثالثه في الخصوصيات التي توجب الاختلاف في القيمه فهنا صور ثلاث:

اما الصوره الأولى: فلا اشكال في جواز بيعه معلقا على وجوده فان التعليق على وجود المبيع لا يفسد البيع مضافا الى انه لو فرض عدم التعليق لا يكون البيع محققا اذ المفروض عدمه فلا اشكال على اي تقدير.

و أما الصوره الثانيه فلا مانع عن الصحه مع جعل الخيار عنده التخلف كما تقدم و ان شئت قلت المشهور الاعتماد على اصاله الصحه و ان قلنا بانه لا اساس لهذا الاصل.

و أما الصوره الثالثه فتاره يعلم المشتري بوصول مقابل ما دفعه من الثمن و اخرى لا يعلم اما الشق الاول فلا مانع عن الصحه أيضا اذ المفروض انه لا غرر.

و أما الشق الثاني فأیضا يمكن تصحيحه باشتراط الخيار عند تخلف تلك الخصوصيه غير القابله للوصف فلا مانع عن البيع على جميع التقادير.

[مسأله لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه]

اشاره

«قوله قدس سره: مسأله لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه»

الخ اختلفت الآراء في هذه المسأله فجمله قائلون بعدم الفرق بين ضم المعلوم الى المجهول و جمله قائلون بالجواز مع الضم و يقع البحث

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١٨

في هذه المسأله تاره من حيث القاعده الاولى و اخرى من حيث اقتضاء النصوص الخاصه فهنا مقامان:

أما

المقام الأول [في القاعده الأولى]

فتاره يكون المجهول تابعا و لا يكون مستقلا بوقوع العقد عليه و اخرى يكون مستقلا باللحاظ و على الثانى تاره يكون الاتحاد فى الانشاء فقط اى يكون هناك بيعان. احدهما متعلق بالمعلوم ثانيهما متعلق بالمجهول و الاتحاد بالجمع بينهما فى مقام الاثبات و الدلاله و اخرى يكون المجموع امرا واحدا و عقدا فاردا.

و أما القسم الأول و هو كون المجهول تابعا فتتکلم فيه إن شاء الله فى ذيل المسأله عند تعرض الماتن.

و أما القسم الثانى فلا اشكال فى صحه بيع المعلوم و بطلان بيع المجهول اذ لا اشكال فى عدم ارتباط احد الامرين بالآخر و هذا واضح ظاهر.

و أما القسم الثالث فالظاهر بطلان البيع و الوجه فيه ان المفروض فساد بيع المجهول و من ناحيه اخرى ان ضم المعلوم الى المجهول لا- يوجب ارتفاع الجهل عن المجهول فيدور الامر بين فساد بيع المجهول و صحه بيع المعلوم و فساد المجموع و صحته.

اما الاحتمال الاول فلا وجه له لعدم تعدد البيع فرضا و اما الاحتمال الثالث فلا وجه له أيضا فالمتعين الاحتمال الثانى هذا على حسب القاعده الاولى.

[المقام الثانى فى اقتضاء النصوص الخاصه]

و ذهب جمله من الاساطين الى الصحه أيضا بلحاظ النصوص الخاصه الوارده فى هذا المورد و هو المقام الثانى من المقامين فنقول قد وردت جمله من النصوص فى المقام و من تلك النصوص ما ارسله محمد بن أبى نصر عن بعض اصحابه عن أبى عبد الله عليه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١٩

السلام قال: اذا كانت اجمه ليس فيها قصب اخرج شىء من السمك فيباع و ما فى الاجمه «١». و هذه الروايه ضعيفه بالارسال و بغيره.

و منها ما رواه أبو بصير عن أبى عبد الله

عليه السلام في شراء الاجمه ليس فيها قصب انما هي ماء قال يصيد كفا من سمك تقول اشترى منك هذا السمك و ما في هذه الاجمه بكذا و كذا «٢» و الحديث ضعيف بالارسال.

و منها ما رواه ابراهيم الكرخي قال قلت لابي عبد الله عليه السلام ما تقول في رجل اشترى من رجل اصواف مائه نعجه و ما في بطونها من حمل بكذا و كذا درهما قال لا بأس بذلك ان لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف «٣».

و هذه الروايه مخدوشه فان الكرخي بهذا العنوان لم يوثق و على فرض العمل بالروايه لا بدّ من الاقتصار على موردها و لا وجه للتعدى فان الحكم المذكور في الحديث خلاف القواعد الاولى اذ مع تبعض الصفقه يقسط الثمن و الحال ان مقتضى الروايه لا يكون كذلك.

و منها ما رواه الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يتقبل بجزيه رءوس الرجال و بخراج النخل و الآجام و الطير و هو لا يدري لعله لا يكون من هذا شيء ابدأ أو يكون أ يشتره و في أي زمان يشتره و يتقبل منه قال: اذا علمت ان من ذلك شيئاً واحداً انه

(١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ٢.

(٢) نفس المصدر الحديث ٦.

(٣) الوسائل الباب ١٠ من هذه الابواب الحديث ١.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢٠

قد ادرك فاشتره و تقبل به «١» و الحديث ضعيف سنداً بالهاشمي.

و منها ما رواه معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

لا بأس ان يشتري الآجام اذا كانت فيها قصب «٢».

و هذه الروايه وارده في مورد خاص و مورده

ضم المجهول الى مجهول آخر فلا تكون الروايه دليلا على المقصود.

فتحصل انه لا- دليل على الدعوى. ان قلت: يستفاد المدعى من النص الوارد فى المملوك الآبق حيث يدل على جواز بيعه مع الضميمة لاحظ حديثى رفاعه «٣» و سماعه «٤».

قلت: لا وجه لاستفاده المدعى من النص المشار إليه فانه حكم خاص وارد فى اطار مخصوص و الحال ان الحكم المذكور على خلاف القاعده الاولى اذ ذكر فيه ان المشتري لو لم يقدر على الآبق يكون ما دفعه فى مقابل تلك الضميمة و الحال ان القاعده تقتضى التقسيط فلاحظ.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعله قدس سره يشير بالامر بالتأمل الى ان السمك قبل موته و ما دام يكون حيا لا يكون من الموزونات كى يشترط بيعه بالوزن بل يكفى فى جواز بيعه المشاهده فلاحظ.

(١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ٤.

(٢) نفس المصدر الحديث ٥.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١١٨.

(٤) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١١٩.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢١

«قوله قدس سره: و الّذى يظهر من مواضع من القواعد و التذكرة ان مراده بالتابع ما يشترط دخوله فى البيع و بالمقصود ما كان جزء»

الخ مقتضى القواعد عدم تماميه ما افاده قدس سره فان الشرط المذكور خلاف المشروع و بيان واضح كيف يمكن ان يدخل مال احد فى ملك الغير بالاشتراط؟ فان الشرط لا يكون مشرعا.

و ان شئت قلت دخول مملوك احد فى ملك الغير يتوقف على تحقق سببه و الا- يكون خلاف المقرر الشرعى و لا- يمكن اشتراط ما يخالف المقرر شرعا.

«قوله قدس سره: كاساس الحيطان»

الخ لا وجه للمقايسه بين المقامين فان اساس الحيطان جزء من المبيع

بلا اشكال لكن لا يبعد ان يقال ان الاساس تابع لا جزء و لذا لا يقسط عليه الثمن فلاحظ.

«قوله قدس سره: و ان أحلنا ملكه اشترط»

الخ الظاهر انه لا فرق بين القولين اذ لو جاز الاشتراط يجوز على كلا التقديرين و ان لم يكن جائزا لم يكن أيضا على الاطلاق.

«قوله قدس سره: ثم التابع فى كلام هؤلاء»

الخ الظاهر ان المراد بالتابع فى كلماتهم ما يكون ملحقا بالمبيع فى نظر العرف و العقلاء و لو كان حين العقد مغفولا عنه كالبيض فى الدجاجه و كالمسمار الثابت فى الجدار و مثل الكهرباء و وسائل الماء و الغاز و الهاتف و امثالها فانها تابعه للعين و لذا تدخل فى المبيع و تكون تابعه له الا ان تخرج بالاشترط.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢٢

«قوله قدس سره: و الباغ فى الدار»

فسر لفظ الباع فى بعض الكلمات بالكرم و الله العالم

«قوله قدس سره: و فى التمثيل نظر لخروج زخرفه الجدران»

الخ لا يبعد ان يكون الوجه فى خروجه ان مثل زخرفه الجدران و المسمار الثابت فيه و امثالهما داخله و تابعه للمبيع بلا اشكال فلا بد ان يقع البحث فيما يكون محل الكلام.

اقول الظاهر ان التابع هو الّذى لا- يحتاج الى الذكر بل يدخل فى المبيع و ان كان مغفولا- عنه بالكلية كالمسمار الثابت فى الجدران و اما ان لم يكن كذلك فلا وجه لدخوله فى المبيع و لا وجه لكونه تابعا و لا يدخل فى المبيع الا مع الاشتراط و قد مرّ منا الاشكال فى الاشتراط.

«قوله قدس سره: و ان فرض تعلق الغرض الشخصى»

الخ لا دخل لتعلق الغرض الشخصى به و عدمه فان الميزان فى التبعية العرف و

السيره العقلانيه الممضاه عند الشارع و ملخص الكلام ان التبعيه تحتاج الى الدليل ففى كل مورد تحققت السيره العقلانيه على التبعيه نلتزم بها و الا فلا وجه للالتزام بها فلاحظ.

«قوله قدس سره: ان اطلاق العبارة يشمل ما اذا شرط حمل دابه فى بيع دابه اخرى»

الخ قد ظهر مما ذكرنا فساد ما ذكر فان التابعيه لا تكون بالقصد و لا بالجعل بل أمر عقلائي و لا بدّ من الاقتصار فيها على القدر المعلوم و من الظاهر ان حمل دابه لا- يكون تابعا لدابه اخرى و لا- اثر للشرط اذ الشرط لا- يكون مشرعا و مما ذكرنا يظهر الاشكال فى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢٣

جملة من الكلمات المذكوره فى عبارته الماتن فان الميزان فى التبعيه حكم العقلاء و العرف و لا- اثر للقصد و لا للذكر و لا للشرط فلا تغفل.

«قوله قدس سره: فهذا لا بأس به»

قد ظهر مما ذكرنا ان الميزان فى الصحه كون التابع امرا عقلائيا و اما فى غيره فلا وجه للالتزام بالصحه.

«قوله قدس سره: و اما قصد المتبايعين بحسب الشخص»

الخ الظاهر ان المراد من العبارة ان ارتفاع الغرر الشخصى لا- يؤثر فى الصحه بل الميزان بالنوع و يرد عليه ان كل حكم تابع لموضوعه فى القضايا الحقيقيه و عليه يكون الميزان الغرر الشخصى و لا وجه لجعل الميزان النوعى فلاحظ.

«قوله قدس سره: و اما التابع للمبيع الذى يندرج فى المبيع»

الخ الظاهر ان التابع منحصر فى هذا القسم كما ذكرنا و اما غيره فلا دليل على صحته بل مقتضى القاعده ان يقال اذا لوحظ بعنوان الجزء يصح مع رعايه الشرائط و اما لو لم يلاحظ على هذا النحو و لوحظ على نحو

الاشتراط لا يصح لان الشرط المخالف فاسد.

[مسأله: يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقصه]

اشاره

«قوله قدس سره: مسأله: يجوز ان يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار»

الخ الظاهر ان بحث الاندار يرتبط بالاندار وقت البيع لا الاندار موقع تسليم المبيع و عليه يلاحظ الاندار تاره بالنسبه الى زمان البيع و اخرى الى زمان تسليم المبيع و الكلام الآن فى القسم الأول.

و يقع البحث فيه فى مقامين.

المقام الأول: فيما تقتضيه القاعده الاولى.

المقام الثانى: فيما تقتضيه النصوص الخاصه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢٤

أما المقام الأول فتاره نتكلم على فرض عدم اشتراط البيع بعدم الغرر و بعدم الاشتراط بالعلم بمقدار المبيع و اخرى على القول بكون الغرر مفسداً أما على الاول فلا اشكال فى البيع لوجود المقتضى و هو دليل صحه البيع و التجاره و فقد المانع.

و أما على الثانى فلو لم يكن غرر و لم يصدق الجزاف فالبيع صحيح كما لو علم المشتري بان ما يدفعه من الثمن يصل إليه ما يقابله و أما مع صدق الغرر أو الجزاف فلا يكون العقد صحيحاً.

و أما

المقام الثانى: [فى اقتضاء النصوص]

فمن النصوص الوارده فى المقام ما رواه حنان قال: كنت جالسا عند أبى عبد الله عليه السلام فقال له معمر الزيات: انا نشترى الزيت فى زقاقه و يحسب لنا فيه نقصان لمكان الزقاق فقال ان كان يزيد و ينقص فلا بأس و ان كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه

(١)

و مقتضى الحديث التفصيل بين أن يزيد و ينقص و بين أن يزيد و لا ينقص بالحكم بالصحه فى الاول و البطلان فى الثانى و لم يتعرض عليه السلام لصوره النقصان و عدم الزيادة فلا بد فيها من العمل بالقاعده الاولى كما تقدم.

و هذا الذى ذكرنا ميزان عام لجميع الموارد و المستفاد من الحديث جواز بيع المظروف بعد اندار مقدار الظرف كما ان الظاهر

من معقد الاجماع كذلك و لا يجوز بيع مجموع الظرف و المظروف بوزن واحد.

(١) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ٤.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢٥

«قوله قدس سره: فلا يحتاج الى الانذار»

الخ كيف لا يحتاج الى الانذار و الحال

ان مقدار المظروف مجهول و من ناحيه اخرى ان المكييل و الموزون يشترط فيهما العلم بمقدار هما و انما الاجماع قائم على صحه بيع المظروف باندار الظرف فعليه ما أفاده في هذه الصوره غير تام لكن الماتن فرض البيع صحيحا و جعل الاندار في مقام دفع الثمن و عليه لا- يحتاج الى الاندار كما أفاد اذ المفروض ان الثمن جعل في مقابل المظروف اي مقدار كان فلا مجال و لا موضوع للاندار.

و الحاصل ان الموزون يشترط في بيعه بمقتضى النص كون وزنه معلوما الا- أن يقال: ان مقتضى النص و الاجماع جواز بيع المظروف منفردا فلا احتياج الى الاندار.

قمي، سيد تقى طباطبائي، عمدته المطالب في التعليق على المكاسب، ٤ جلد، كتابفروشى محلاتي، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق عمدته المطالب في التعليق على المكاسب؛ ج ٣، ص: ٢٢٥

و يرد عليه انه كيف يجوز بيع المظروف منفردا بدون الاندار في زمان العقد؟ نعم لو صح بيعه لا- يحتاج الى الاندار في مقام تسليم الثمن لان الثمن بتمامه واقع في مقابل المظروف فقط.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعله بالامر بالتأمل يشير الى عدم الفرق فانه يحتاج الى الاندار على كل حال و بعبارة اخرى يمكن ان يكون الامر بالتأمل اشاره الى ان الاندار في مقام دفع الثمن يتوقف على جواز بيع المظروف مع الجهل بوزنه.

«قوله قدس سره: فيكون دخول هذه المسأله في فروع مسئله تعيين العوضين»

الظاهر ان مقصوده بيان ان عنوان مسئله الاندار في المقام من باب انه يجوز بيع المظروف مع الجهل بمقدار وزنه و اما الاندار

عمدته المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢٦

فهو راجع الى مقام تعيين الثمن الذي يجب دفعه بعد تماميه البيع.

و بعبارة واضحه الكلام

فى المقام فى اشتراط العلم بمقدار الثمن و حىث انه يجوز بىع المظروف بدون ظرفه المجهول عنونت المسأله، فالاندار لا ىرتبظ بالمقام هذا ما ىرجع الى كلامه قدس سره.

اقول: قد ذكرنا ان المستفاد من حدىث حنان بحسب الظهور العرفى جواز بىع المظروف بعد الاندار بالشروط المذكور فى الحدىث فالامر لىس كما افاده فلاحظ.

«قوله قدس سره: فالذى يقوى فى النظر هو المشهور بىن المتأخرىن من جواز اندار ما ىحتمل الزىاده و النقىصه»

الخ الاندار اما لتصحىح البىع و اما لتعین الحق بعد تمامیه العقد و فرض وجوده فىقع الكلام فى مقامین. اما المقام الأول: فلا بد من الاقتصار على العمل بمفاد حدىث حنان و المستفاد منه انه حکم واقعى فلا مجال لكشف الخلاف و أما مع قطع النظر عن الحدىث فلا يجوز البىع لمكان الجهل بمقدار المبیع.

و أما المقام الثانى: فلا مانع عن العمل بالاصل ما دام لم ىنكشف الخلاف و اما مع انكشافه فلا مجال للعمل اذ حجیه الاصل ما دام الشك باقىا و اما مع كشف الواقع فلا مجال للعمل بالاصل كما هو ظاهر.

«قوله قدس سره: فان كان هنا عاده تقتضیه كان العقد واقعا علیها»

الخ الظاهر ان مراده قدس سره انه مع العاده و العلم بها ىكون العقد مشروطا بها فلا ىحتاج الى تراض جدىد بعد العقد.

لكن ىرد علیه ان الشرط المذكور ان كان شرط الفعل فلا بد

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ۳، ص: ۲۲۷

من تحققه بعد العقد و الا فلا اثر لمجرد الشرط حین العقد و ان كان على نحو شرط النىجه فلا ىكون نافذا لكونه مخالفا مع المقرر الشرعى اذ بالشرط لا ىنتقل ملك احد الى ملك الاخر اللهم الا ان ىتحقق

الانشاء بنفس الشرط كما لو شرط على الزوج فى ضمن عقد النكاح كون الزوجه ذات و كاله عن الزوج فى طلاق نفسها لكن يختص هذا بما يكون قابلا للانشاء بهذا النحو فلا بد من ملاحظه الشرط و انه هل يمكن فيه ذلك أم لا؟

«قوله قدس سره: على أن يسقط لكل ظرف كذا فهو هبه له»

الخ يتوقف جواز هذا على جواز إنشاء الهبه فى ضمن العقد و لو بنحو الشرط.

«قوله قدس سره: لان هذا ليس من افراد المطلق»

الخ مثلا لو باع السمن كل رطل منه بدينار و كان وزن مجموع الظرف و المظروف عشره ارطال و كانت العاده جاريه على اندار رطل للظرف لا يجوز الانداز لعدم تسعه ارطال من افراد كل رطل فلا بد من ان تكون العاده الى حد توجب الاشتراط الضمنى هذا تفسير كلامه و يرد عليه ان الموجب للاشتراط المذكور العاده مع العلم بها فلا فرق بين الموارد.

«قوله قدس سره: غير مختص بظروف السمن و الزيت»

حيث ان الحكم المذكور على خلاف القاعده الاولى لا يمكن التعدى عن مورد الروايه الا مع القطع بعدم الفرق و ائى لنا بذلك و الله العالم.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢٨

[مسأله يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و إن لم يعلم إلا بوزن المجموع]

«قوله قدس سره: مسئله يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و ان لم يعلم الا بوزن المجموع»

الخ اذا فرض ان المبيع من الموزونات أو المكيالات لا يجوز بيعه كذلك اذ المفروض انه استفيد من الدليل الشرعى اشتراط العلم بالمقدار و المفروض عدمه الا- ان يقوم على الجواز اجماع تعبدى كاشف عن رأى المعصوم أو قلنا بان المستفاد من نصوص اشتراط العلم بالوزن النهى عن ارتكاب الجراف و اما ان لم يكن جزافا

فيصح العقد و ان كان مقدار المبيع مجهولا.

و لما انجر الكلام الى هنا يناسب أن نشير الى نكته و هي ان المعروف بين الاصحاب فساد البيع الغررى و الحال انه لو بيع شىء بثمان مع شرط الخيار لا يصدق الغرر كما انه لا يصدق الجزاف و لو لا هذه الجبهه كان الاثراء مع احتمال الغبن غرريا و خطريا و جزافا و هل يمكن الالتزام بهذا اللازم؟ كلا فالذى يكون موجبا لعدم صدق الغرر و الجزاف اشتراط الخيار و لو ارتكازا.

«قوله قدس سره: مع جهاله وزن كل واحد»

الخ كيف يجوز و كيف يكون مجهولا و الحال ان المستفاد من النص و الاجماع جواز بيع المظروف باندار ما تعارف انداره و انكشاف مقدار المبيع و وزنه و بعبارة اخرى المستفاد من النص الجواز بشرط الاندار و انكشاف وزن المظروف بعد الاندار فاذا فرض توزيع المجموع و اندار الظرف كان وزن المظروف معلوما و اما قبل الاندار فلا يجوز.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢٩

«قوله قدس سره: فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصى»

الخ كيف يلزم الغرر مع فرض اشتراط الخيار كما تقدم منا نعم مع عدم جعل الخيار يلزم الغرر و الجزاف الا فيما يعلم المشتري بانه يصل إليه ما يقابل ما دفعه اللهم الا- ان يكون المبيع من الموزون و قلنا ان المستفاد من النص اشتراط صحه البيع بالعلم بالمقدار فى الموزون و المكيل.

«قوله قدس سره: لا كل جزء منه»

الخ تاره يكون المركب له صورته نوعيه و لو عرفا و اخرى يكون كل جزء له صورته مغايره مع صورته الجزء الاخر فاذا كان من القسم الاول كسقمونيا مثلا يجوز بيع المركب و الميزان هو عنوان

المركب اذ هو شىء واحد و اما اذا كان من القسم الثانى فالظاهر انه لا- أثر للعلم بوزن المجموع اذ المفروض كون الجزء مجهولا من حيث الوزن.

«قوله قدس سره: فان فرضنا الشمع تابعا»

الخ قد ذكرنا سابقا ان التابع فى المقام عبارته عما يكون داخلا فى المبيع و لو مع الغفلة عنه كالمسمار الثابت فى الجدار و فى غير هذه الصوره لا اثر للتابعيه و عدمها فلاحظ.

«قوله قدس سره: احدهما ان يبيعه من ظرفه»

الخ بتقريب انه يشترط فى بيع الموزون ان يوزن و بالنحو المذكور يحصل الشرط و فيه انه يتوقف على ان يكون الظرف مما يباع بالوزن و الا فلا أثر له و أيضا لا بدّ من القول بكفايه وزن شيئين بوزن واحد و الا يلزم وزن كل واحد منهما و فى النفس شىء.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣٠

«قوله قدس سره: فيقسط الثمن على قيمتى كل من المظروف و الظرف»

الخ و لا مدخلية للوزن بل الدخل للقيمه فان المفروض ان الثمن جعل فى مقابل المجموع المركب بلا لحاظ الوزن بل الملحوظ القيمه و مما ذكر يظهر الوجه فيما افاده فى الصوره الثانيه فان الملحوظ فيها أيضا القيمه و لكن لا يلاحظ المبيع شيئا واحدا بل الوحده فى مجرد الانشاء و فى الحقيقه يتحقق بيعان احدهما متعلق بالمظروف و ثانيهما متعلق بالظرف.

«قوله قدس سره: على ان يكون التسعير للظرف و المظروف»

الخ اى يكون الملحوظ الوزن الخاص فى مقابل ثمن خاص بلا- خصوصيه للظرف أو المظروف ففى هذا الفرض لا- بدّ من ملاحظه نسبه وزن الظرف بالنسبه الى وزن المظروف و اما اذا لوحظ الظرف و المظروف شيئا واحدا و يباع بهذا اللحاظ فلا

بد من ملاحظه نسبه القيمه مثلا لو بيع فرش مركب من ديباج و قطن فاحتيج الى تقسيط الثمن و تعيين قسط القطن لا يمكن ان يلاحظ القيمه بالنسبه الى المساحه بل لا بد من لحاظ قيمه القطن الى قيمه الديباج فلاحظ.

[تنبيهات البيع]

[مسأله المعروف استحباب التفقه فى أحكام التجارات]

اشاره

«قوله قدس سره: مسأله المعروف بين الاصحاب تبعا لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغى استحباب التفقه»

الخ الكلام تاره فى انه هل يجب تعلم الاحكام أم لا و اخرى يقع الكلام بالنسبه الى تعلم احكام التجاره لمن يريد ان يتصدى لها فالكلام فى مقامين.

أما

المقام الأول [فى أنه هل يجب تعلم الاحكام أم لا]

فقد تعرضنا فى بعض المباحث الاصوليه ان

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣١

المستفاد من بعض النصوص وجوب تعلم الحكم الشرعى مقدمه للعمل. لاحظ ما ورد فى تفسير قوله تعالى «فله الحجه البالغه» عن مسعده بن زياد قال: سمعت جعفر بن محمد عليهما السلام و قد سئل عن قوله تعالى «فله الحجه البالغه» فقال ان الله تعالى يقول للعبد يوم القيمه: عبدى كنت عالما؟ فان قال نعم قال له أ فلا عملت بما علمت و ان قال كنت جاهلا قال أ فلا تعلمت حتى تعمل فيخصمه فتلك الحجه البالغه «١».

فان المستفاد من هذه الروايه انه يلزم تعلم الحكم الشرعى مقدمه للعمل به فيكون وجوبه عقليا ارشاديا و لا يكون واجبا بنفسه.

و أما

المقام الثانى [فى الكلام بالنسبه إلى تعلم احكام التجاره]

فتاره نبحت فيه من حيث مقتضى القاعده و اخرى من حيث مقتضى النصوص الوارده فى المقام فيقع الكلام فى موضعين:

أما الموضوع الاول فنقول لا وجه للالتزام بوجوب تعلم مسائل التجاره و لا لاستجاباه و مقتضى القاعده عدم الوجوب اذا شك فيه فان البراءه عن الوجوب تقتضى عدمه كما ان مقتضى الاستصحاب عدم استجاباه نعم اذا احتمل المكلف حرمه فرد من افراد التجاره يجب عليه الفحص و لا يجوز له الارتكاب قبله و هذا ميزان عام جار فى جميع الشبهات الحكيمه.

و أما الموضوع الثانى فقد وردت فى المقام جمله من النصوص فلا بد من ملاحظتها كى نرى انها هل تقتضى الوجوب أم لا؟ فنقول من تلك النصوص ما رواه الاصبغ بن نباته قال: سمعت امير المؤمنين عليه السلام يقول على المنبر يا معشر التجار الفقه ثم المتجر الفقه

(١) تفسير البرهان ج ١ ص ٥٦٠ الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص:

ثم المتجر الفقه ثم المتجر و الله للربا في هذه الامه اخفى من ديب النمل على الصفا شوبوا ايمانكم بالصدق التاجر فاجر و الفاجر في النار الا من اخذ الحق و اعطى الحق «١».

و هذه الروايه مخدوشه سندا مضافا الى انه لا يستفاد منه وجوب التعلم أو استحبابه شرعا بل المستفاد منه الارشاد الى طريق يسلم المكلف الذى يتصدى للتجاره عن الوقوع فى الربا و الحرام.

و منها ما رواه طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: من اتجر بغير علم ارتطم فى الربا ثم ارتطم «٢».

و هذه الروايه أيضا مخدوشه سندا و غير داله على المدعى لما ذكرناه فى الحديث الاول و قس عليهما الحديث الثالث و الرابع من الباب المشار إليه فانهما ضعيفان سندا و غير دالين على المقصود فلاحظ.

فتحصل انه ليس فى النصوص ما يدل على الوجوب أو الاستحباب نعم لا اشكال فى استحباب طلب العلم فان الروايات الوارده فى فضيله طلبه كثيره جدا و الحاصل انه لا اشكال فى محبويه طلب العلم لاحظ الاخبار الوارده فى هذا الباب فى كتاب بحار المجلسى قدس سره و غيره.

«قوله قدس سره: فمن لم يعرف فرق ما بين الحلال من المكتسب و الحرام»

الخ هذا التقريب لا يقتضى الوجوب أو الاستحباب شرعا بل هذا حكم

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب آداب التجاره الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣٣

عقلى فانه بعد ما تنجز على المكلف حكم الزامى يلزم ان يخرج عن عهده فىجب عليه عقلا القيام بمقدماته مضافا الى انه قد مرّ منا قريبا ان تعلم الاحكام يجب مقدمه.

«قوله قدس سره: فان

معرفه الحلال و الحرام واجبه على كل احد»

الخ لا دليل على هذه الكليه و لا على الجزئيه الا ان يراد من الوجوب العقبى أو الارشادى الشرعى كما تقدم.

«قوله قدس سره: و لذا اجمعنا على ان الكفار يعاقبون على الفروع».

المسأله مورد الاختلاف و لا تكون اجماعيه نعم انا نرى ان الامر كذلك فان المستفاد من الادله الاوليه كونهم مكلفين كما انه يدل على المدعى بعض الآيات لاحظ قوله تعالى فى سورة المدثر «قالوا لم نك من المصلين و لم نك نطعم المسكين» «١» فان المستفاد من الآيه انهم مؤاخذون فى الآخره لترك الصلاه و الزكاه.

«قوله قدس سره: فى غير واحد من الاخبار»

لعله اراد بقوله الحديث الذى تقدم ذكره «٢» فى تفسير قوله تعالى «فله الحجه البالغه» و الاحاديث الوارده فى التيمم منها ما رواه محمد بن سكين و غيره عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قيل له ان فلانا اصابته جنابه و هو مجدور فغسلوه فمات فقال قتلوه الا سألوا الا يّمموه ان شفاء العى السؤال «٣».

(١) المدثر / ٤٣.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٣١.

(٣) الوسائل الباب ٥ من ابواب التيمم الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣٤

و منها: مرسل الكلينى قال و روى ذلك فى الكسير و المبطون يتيمم و لا يغتسل «١».

و منها مرسله ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

سألته عن مجدور اصابته جنابه فغسلوه فمات فقال: قتلوه ألا سألوا فان دواء العى السؤال «٢».

و لا يخفى على الخبير ان هذه الطائفه من النصوص أيضا لا تدل على وجوب التعلم نفسا بل المستفاد منها انه لا عذر للجاهل فى تقصيره فانه كان عليه بمقتضى

وظيفته السؤال.

«قوله قدس سره: ثم ان المقام يزيد على غيره»

الخ الامر كما افاده فان مقتضى الاصل عدم الانتقال فيحرم التصرف في العين لكن حرمه التصرف بمقتضى الاصل العملي لا تقتضى وجوب تعلم الاحكام كما هو ظاهر.

«قوله قدس سره: ويمكن أن يكون في قوله عليه السلام التاجر فاجر»

لاحظ ما روى مرسلًا قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله التاجر فاجر و الفاجر في النار الا من اخذ الحق و اعطى الحق «٣» و ما رواه الاصبغ بن نباته «٤» بتقريب ان كل تاجر فاجر و هو في النار الا- من يعلم جواز المعامله و صحتها و يرد عليه أولا ان الحديث الاول مرسل و لا اعتبار به و اما الحديث الثاني فقد مرّ انه غير تام سندًا و ثانياً انه هل يمكن ان يلتزم بان المكلف اذا احتاط و لم يدخل في

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب التيمم الحديث ٢.

(٢) نفس المصدر الحديث ٣.

(٣) الوسائل الباب ٢ من ابواب آداب التجاره الحديث ٥.

(٤) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٢٣١

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣٥

معامله الا مع العلم بجوازها و صحتها يدخل النار لاجل جهله و هل الماتن يلتزم بهذا اللازم الفاسد.

«قوله قدس سره: بل الاولى وجوبه عليه عقلا و شرعا»

قد ظهر مما تقدم انه لا وجه للوجوب الشرعي فلاحظ ما تقدم منا.

«قوله قدس سره: قوله عليه السلام»

الخ لاحظ ما رواه الاصبغ بن نباته «١».

«قوله قدس سره: قول الصادق عليه السلام»

لا حظ ما ارسله المفيد قال: قال الصادق عليه السلام من اراد التجاره فليتفقه في دينه ليعلم بذلك ما يحل له مما يحرم عليه و من لم يتفقه في دينه

ثم اتجر تورط الشبهات «٢».

«قوله قدس سره: ثم ان التفقه فى مسائل التجاره»

لا اشكال فى كفايه التقليد كما انه لا اشكال فى العمل بالاحتياط و صفوه القول المطلوب الاجتناب عن الحرام لا تعلم الاحكام و الاجتناب عن الحرام يتحقق بواحد من الامور الاربعة الاول الاجتهاد. الثانى: التقليد. الثالث: الاحتياط. الرابع: ترك العمل و عدم التصدى للتجاره.

«قوله قدس سره: التعارض بين ادله طلب مطلق العلم»

الخ ينبغى قبل الخوض فى المعركه بيان الفرق بين التعارض و التزاحم فان التعارض عباره عن التكاذب فى مقام الجعل مع تفصيل مذکور فى محله من بحث التعادل و الترجيح كما لو قام دليل على وجوب صلاه

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٣١

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب آداب التجاره الحديث ٤.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣٦

الجمعه و قام دليل آخر على نفيه فان الدليلين متعارضان.

و أما التزاحم فهو عباره عن التعاند فى مرحله الامثال بلا ارتباط بمرحله الجعل فان المولى يجعل وجوب انقاذ كل غريق مسلم مثلا- على كل مكلف فلو غرق شخصان و المكلف لا- يمكنه انقاذ كليهما يقع التزاحم بين الوجوبين المتعلقين بالنسبه الى الغريقين فمع الترجيح يرجح احد الطرفين و مع عدمه يخير بينهما.

اذا عرفت ما ذكرنا نقول: المقام لا يرتبط بباب التعارض فان التكاذب ليس فى مقام الجعل بل التعاند فى مقام الامثال احيانا و ليس هذا مختصا بالمقام بل سار و جار فى كثير من المستحبات مثلا يستحب لكل مكلف أن يزور الرضا عليه السلام و أيضا يستحب ان يبنى المسجد و أيضا يستحب أن يصل رحمه فى قرية فلانيه فلانيه الى غيرها من المستحبات.

و من الظاهر انه لا يمكن الجمع بين

جميع هذه الامور فتصل النوبه الى ملاحظه انه هل يكون مرجح فى بعض الاطراف أم لا؟ فعلى تقدير وجوده يرجح و الا يتخير هذا هو الميزان الكلى و المقام كذلك فان طلب العلم مطلوب و محبوب على الفرض و الاكتساب أيضا محبوب و مطلوب على الفرض.

فلو امكن الجمع بين الامرين يتوجه كلا الامرين و ان لم يمكن لا بدّ من رعايه المرجحات المذكوره فى باب التراحم فلو كان احد الطرفين واجبا بسبب من الاسباب وجهه من الجهات يقدم اذ الاستحباب لا- يزاحم الوجوب كما انه لو كان مرجع فى احدهما يقدم و يرجح و الا يخير فالمقام غير مرتبط بباب التعارض.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣٧

«قوله قدس سره: يكفى فى طرف الاكتساب ما ورد»

الخ لاحظ ما رواه الفضل بن أبى قره عن أبى عبد الله عليه السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام قال: اوحى الله عز و جل الى داود عليه السلام انك نعم العبد لو لا انك تأكل من بيت المال و لا تعمل بيدك شيئا قال فبكى داود عليه السلام اربعين صباحا فاوحى الله عز و جل الى الحديد ان لن لعبدى داود فألان الله عز و جل له الحديد فكان يعمل كل يوم درعا فيبيعها بالف درهم فعمل ثلاثمائة و ستين درعا فباعها بثلاثمائة و ستين الفا و استغنى «١».

«قوله قدس سره: و ما ارسله فى الفقيه»

محمد بن الحسين قال: قال عليه السلام: ليس منا من ترك دنياه لآخرته و لا آخرته لدنياه «٢».

«قوله قدس سره: و ذكر فى الحدائق»

ان الجمع بينهما باحد الوجهين: الاول و لعله الاظهر كما هو بين علمائنا اشهر تخصيص الاخبار الداله على وجوب طلب

الرزق بهذه الاخبار الداله على وجوب طلب العلم بان يقال بوجوب ذلك على غير طالب العلم المشتمل بتحصيله و استفادته أو تعليمه و افادته الخ «٣».

«قوله قدس سره: تخصيص اخبار وجوب طلب الرزق»

على فرض التعارض لا- وجه لهذا التخصيص فانه جمع تبرعى لا- صناعى و بهذا القسم من الجمع يمكن أن يجمع بين المتعارضات

(١) الكافي ج ٥ ص ٧٤ الحديث ٥.

(٢) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب مقدمات التجاره الحديث ١.

(٣) الحدائق ج ١٨ ص ١٠.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣٨

فانه لو قال المولى يجب اكرام العلماء و فى دليل آخر قال لا يجب اكرام العلماء يمكن أن يجمع بين الطرفين بان يحمل الدليل الاول على العدول من العلماء و يحمل الدليل الثانى على فساقهم فاين التعارض.

«قوله قدس سره: و قد ورد فى الحديث عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم»

ما وجدت الروايه فى مظانها فانها ان كانت تامه من حيث السند امكن ان يستفاد منها الفرق بين طالب العلم و غيره و لكننا نرى أمير المؤمنين و مولى الكونين عليه السلام كان يكسب الا ان يقال انه عليه السلام و اضراجه لا يتصور فى حقهم طلب العلم فان تحصيل الحاصل محال و علومهم بافاضه خاصه إلهيه.

«قوله قدس سره: و روى شيخنا المقدم»

لاحظ ما رواه الكليني: عن الحسين بن علوان قال: كنا فى مجلس نطلب فيه العلم و قد نفدت نفقتى فى بعض الاسفار فقال لى بعض اصحابنا: من تؤمل لما قد نزل بك؟ فقلت: فلانا فقال: اذا و الله لا تسعف حاجتك و لا يبلغك املك و لا تنجح طلبتك قلت و ما علمك رحمك الله؟

قال: ان أبا عبد الله

عليه السلام حدثني انه قرأ في بعض الكتب ان الله تبارك و تعالی يقول «و عزتی و جلالی و مجدی و ارتفاعی علی عرشی لاقطعن امل كل مؤمل (من الناس) غیرى و لأكسوئه ثوب المذله عند الناس و لانحینه من قری و لأبعدنه من فضلی أ يؤمل غیرى فی الشدائد و الشدائد بیدى و یرجو غیرى و یقرع بالفکر باب

عمده المطالب فی التعليق علی المكاسب، ج ۳، ص: ۲۳۹

غیری و بیدى مفاتیح الابواب و هی مغلقه و بابی مفتوح لمن دعانى فمن ذا الذى املنى لنوائبه فقطعته دونها؟ و من ذا الذى رجانى لعظیمه فقطعت رجاءه منى؟ جعلت آمال عبادى عندى محفوظه فلم یرضوا بحفظی و ملأت سماواتى ممن لا یمل من تسبیحی و أمرتهم ان لا یغلقوا الابواب بینى و بین عبادى فلم یثقوا بقولی الم یعلم (ان) من طرقته نائبه من نوائبى انه لا یملك كشفها احد غیرى الا من بعد اذنى فمالی اراه لاهیا عنى اعطیته بجدوى ما لم یسألنى ثم انتزعتة عنه فلم یسألنى رده و سأل غیرى أ فیرانى ابدأ بالعطاء قبل المسأله ثم اسأل فلا اجیب سائلی أ بخیل انا فیبخلنى عبدى أو لیس الجود و الکرّم لى أو لیس العفو و الرحمه بیدى أو لیس انا محل الامال فمن یقطعها دونى أ فلا یخشى المؤمنون ان یؤملوا غیرى فلو ان اهل سماواتى و اهل ارضی املوا جميعا ثم اعطیت كل واحد منهم مثل ما أمل الجميع ما انتقص من ملكى مثل عضو ذره و کیف ینقص ملكك انا قیّمه فیا بؤسا للقانطین من رحمتى و یا بؤسا لمن عصانى و لم یراقبنى «(۱)».

«قوله قدس سره: و انت خیر بان

الخ بل الامر بالعكس فان كلام الشهيد يرتبط بما افاده كمال الربط فانه صرح بالتقسيم بين الطالب وغيره كما ان الحديث المذكور في كلامه يدل على التفصيل و العجب من الشيخ و كذا من سيدنا الاستاد كيف لم يتوجها.

(١) الاصول من الكافي ج ٢ ص ٦٦ الحديث ٧.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤٠

«قوله قدس سره: و لذا كان أمير المؤمنين صلوات الله عليه»

الخ هذا ليس مورد النقض فان أمير المؤمنين و اولاده كانوا كرسول الله صلى الله عليه و آله في ان علومهم مفاضه من قبل الله بلا تعلم و مقدمه.

«كار نيكان را قياس از خود مگير» و لما انجر الكلام الى هنا لا بأس بذكر فائده مهمه و هي انه اذا كان الشخص طالبا للعلم فهل يجوز له ان يأخذ من الحقوق الشرعيه فنقول تاره يكون طالب العلم فقيرا و لا- يقدر على الكسب و اخرى يكون فقيرا و قادرا على الكسب و ثالثه يكون غنيا فهنا اقسام ثلاثه.

أما القسم الأول: فلا اشكال في جواز اخذه للوجوه الشرعيه ان كانت الشروط فيه موجوده كما لو كان سيدا جاز له اخذ سهم الساده و أيضا يجوز له اخذ سهم الامام عليه السلام و اذا كان غير سيد جاز له اخذ الزكاه و هكذا.

و أما القسم الثاني: فتاره يكون اشتغاله بطلب العلم واجبا و لا يمكنه الجمع بين الامرين فأیضا يكون الاخذ جائزا له و أما اذا لم يكن طلب العلم في حقه واجبا أو امكنه الجمع بين الامرين فهل يجوز أن يأخذ الوجوه التي لا بدّ ان تدفع الى الفقراء أم لا؟ و هل يجوز له ان يأخذ سهم الامام

عليه السلام؟

الحق ان يقال تاره نبحت فى مقتضى القاعده الاوليه و اخرى فى مقتضى النص الخاص. أما مقتضى القاعده الاوليه فهو الجواز اذ المفروض انه فقير فيجوز له ان يأخذ سهم السادات ان كان سيدا.

و أيضا يجوز له اخذ المظالم و الكفارات و الصدقات غير الزكوات

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤١

كما انه يجوز له اخذ السهم المبارك فان مصرفه مورد رضا الامام عليه السلام و لا اشكال فى انه مورد و عليه من لا يكون سيدا فانه يجوز له اخذ جميع ما ذكر و الزكوات نعم لا يجوز له اخذ سهم الساده فتحصل ان مقتضى القاعده الاوليه هو الجواز.

ان قلت: الذى يقدر على الكسب و يمكنه تحصيل المعاش لا يكون فقيرا.

قلت: الظاهر ان الدعوى المذكوره باطله فان مجرد القدره على تحصيل المال لا يوجب صدق عنوان الغنى عليه و لا يخرج عن عنوان الفقير و أما بلحاظ النص الخاص فى المقام طائفتان من النصوص.

الطائفه الاولى ما يدل على عدم الجواز لمن يقدر على الاكتساب.

لاحظ ما رواه زراره بن أعين عن أبى جعفر عليه السلام قال:

سمعتة يقول: انّ الصدقه لا تحل لمحترف و لا لذى مره سوى قوى فتتزهوا عنها «١».

و ما رواه أيضا عن أبى جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: لا تحل الصدقه لغنى و لا لذى مره سوى و لا لمحترف و لا لقوى قلنا: ما معنى هذا؟ قال: لا يحل له ان يأخذها و هو يقدر على ان يكف نفسه عنها «٢».

فان المستفاد من الحديثين عدم الجواز لكن يعارضهما ما رواه معاويه بن وهب قال: قلت لابی عبد الله عليه السلام: يروون عن

النبي صلى الله عليه وآله ان الصدقه لا تحل لغنى و لا لذى مره سوى

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب المستحقين للزكاه الحديث ٢.

(٢) نفس المصدر الحديث ٨.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤٢

فقال أبو عبد الله عليه السلام: لا تصلح لغنى «١».

فان المستفاد من حديث معاويه ان المانع عن الاخذ تحقق الغناء و حيث ان المرجح منحصر فى الاحديثه يرجح حديث معاويه حيث انه مروى عن أبى عبد الله عليه السلام و الحديثان الاخر ان مرويان عن أبى جعفر عليه السلام.

مضافا الى ان حديث معاويه موافق مع اطلاق الكتاب فالنتيجه انه لا دليل على المدعى فى الزكاه فكيف بغيرها و على فرض تسلم الامر فى الزكاه لا وجه لاسراء الحكم الى باب الخمس فعليه يجوز اخذ سهم الساده لهم و لو مع التمكن من الاكتساب و تحصيل المال فيحل له ما يكون جائزا اخذه للفقير و اما سهم الامام عليه السلام فالظاهر انه يجوز للفقير الذى يكون مشتغلا بامر مفيد للشريعه و الدين.

و أما القسم الثالث و هو الذى يكون غنيا فلا اشكال فى عدم جواز اخذ حقوق الفقراء لانتفاء الموضوع فلا يجوز له اخذ سهم الساده ان كان سيدا كما انه لا يجوز له اخذ الزكاه ان كان غير سيد.

و اما سهم الامام عليه السلام فهل يجوز له ان يأخذه أم لا؟ الذى يختلج بالبال ان يفصل بان يقال ان كان اشتغاله مفيدا للشرع و خدمه للامام عليه السلام و لا يشتغل الاعلى تقدير الاخذ يجوز ان يأخذ اذ المفروض ان وجوده مفيد و حصول الفائده منه متوقف على اخذه و اما ان لم يكن وجوده مفيدا أو كان مفيدا

لكن يشتغل بشغله و لا يكون متوقفا على الاخذ فلا يجوز لعدم العلم برضاه عليه السلام فلاحظ.

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب المستحقين للزكاه الحديث ٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤٣

[مسأله لا خلاف فى مرجوحه تلقى الركبان بالشروط الآتية و اختلفوا فى حرمة و كراهته]

اشاره

«قوله قدس سره: مسأله لا خلاف فى مرجوحه تلقى الركبان»

الخ الكلام فى هذه المسأله تاره يقع فيما هو مقتضى القاعده الاولى و اخرى يتكلم فيما يستفاد من النصوص الخاصه الوارده فيقع الكلام فى مقامين:

أما

المقام الأول: فمقتضى القاعده عدم حرمة التلقى و عدم كراهته من حيث التكليف

كما ان مقتضى دليل صحه البيع و التجاره صحه معامله مع الركبان بعد التلقى و هذا ظاهر واضح فان اصله البراءه عن الحرمة تقتضى عدم حرمتها كما ان البراءه تقتضى عدم كراهتها فانه لا يبعد جريان البراءه عن كل حكم اقتضائى و لا تختص البراءه بالحكم الالزامى و أيضا لا اشكال فى ان مقتضى دليل حليه البيع تماميته.

و اما

المقام الثانى [فى ما يستفاد من النصوص الخاصه]

فما يمكن أن يستدل به على الحرمة أو الكراهه احد امرين احدهما عدم الخلاف المدعى فى المقام.

و من الظاهر ان عدم الخلاف غايته يكون اجماعا و الاجماع المنقول قد ثبت عدم اعتباره و المحصل منه على فرض تحققه محتمل المدرك بل مقطوعه.

ثانيهما النصوص المشار إليها و من تلك النصوص ما رواه منهال القصاب قال: قال أبو عبد الله عليه السلام لا تلق فان رسول الله

صلى الله عليه وآله نهى عن التلقى قال: وما حد التلقى قال: ما دون غدوه أو روحه قلت: وكم الغدوه و الروحه قال أربعه فراسخ «١» و هذه الروايه ضعيفه بمنهال.

(١) الوسائل الباب ٣٦ من ابواب آداب التجاره الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤٤

و منها ما رواه منهال أيضا عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال:

لا تلق ولا تشتت ما تلقى ولا تأكل منه «١» و الكلام فيه هو الكلام.

و منها ما رواه منهال أيضا انه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن تلقى الغنم فقال: لا تلق و لا تشتت ما تلقى و لا تأكل من لحم ما تلقى «٢» و الكلام فيه هو الكلام.

و منها ما رواه منهال أيضا قال: قلت له: ما حد التلقى قال روحه «٣» و

الكلام فيه هو الكلام.

و منها ما رواه عروه بن عبد الله عن أبي جعفر عليه السلام قال:

قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا يتلقى احدكم تجاره خارجا من العصر «٤» و لم يوثق عمرو بن شمر و عروه فالحديث ساقط عن الاعتبار.

و منها ما ارسله الصدوق قال: روى ان حد التلقى روحه فاذا صار الى اربع فراسخ فهو جلب «٥».

و المرسل لا اعتبار به و بعد فرض النصوص الواردة ضعيفه سنداً لا يبقى مجال للاستدلال بها و وجودها كعدمها و أيضا لا مجال لاتمام الامر بادلته التسامح فان تلك الادله ناظره الى صورته وعد الثواب لا التوعيد على العقاب.

و بعبارة اخرى بتلك الاخبار على القول بذلك المذهب يتحقق الاستحباب و اما اثبات الكراهه بها فلا مقتضى له مضافا الى انا

(١) الوسائل الباب ٣٦ من ابواب آداب التجاره الحديث ٢.

(٢) نفس المصدر الحديث ٣.

(٣) نفس المصدر الحديث ٤.

(٤) نفس المصدر الحديث ٥.

(٥) نفس المصدر الحديث ٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤٥

ذكرنا فى محله ان المستفاد من تلك الادله الارشاد الى حكم العقل لا الدلاله على الاستحباب فراجع ما ذكرناه هناك و على هذا الاساس لا وجه للتعرض لذيل المسأله بل الاولى صرف الوقت الى ما يكون أهم و أولى.

[مسأله إذا دفع إنسان إلى غيره مالا ليصرفه فى قبيل يكون المدفوع إليه منهم]

اشاره

«قوله قدس سره: مسأله اذا دفع انسان الى غيره مالا ليصرفه فى قبيل»

هذه مسأله مهمه و يترتب عليها الاثر و مورد الابتلاء فنقول يقع البحث فيها تاره من حيث مقتضى القاعده الاولى و اخرى من

حيث ما يستفاد من النصوص الخاصة الواردة في المقام فيقع الكلام في مقامين:

أما

المقام الأول [مقتضى القاعدة الاولى]

فتاره يكون اللفظ مقرونا بالقرينه بحيث يفهم العرف من شمول الاذن للمدفع إليه و اخرى يكون ظهور اللفظ في غيره و ثالثه يكون مجملا من هذه الجهه و رابعه يكون بحيث لا يشمله الاذن و لكن يعلم من القرائن انه راض باخذ المدفوع إليه كغيره فهنا أربعة صور.

أما الصورة الأولى فلا اشكال في جواز الاخذ بلا كلام و لا اشكال و أما الصورة الثانية فلا يجوز الاخذ بلا اشكال و لا كلام أيضا.

و أما الصورة الثالثة فأیضا لا يجوز لعدم جواز التصرف في مال احد الا باذنه مضافا الى انه يمكن احراز عدم الرضا في بعض الموارد فان مقتضى الاستصحاب عدم رضاه و اما الصورة الرابعة فلا- اشكال في جواز تصرفه فيما دفع إليه لكن هل يمكنه التملك بمجرد الرضا أم لا؟

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤٦

فان قلنا بأن العلم بالرضا يكفي للتصرف الاعتباري في ملك الغير يجوز تملكه من نفسه بالعلم برضاه اي رضا صاحب المال و الا- يشكل اذ مع عدم صيروره المال ملكا للمدفع إليه يبقى في ملك مالكة و اذا مات ينتقل الى وارثه و لا يجوز التصرف الاعتباري فلا بد من تحقيق هذه الجهه.

و قد ورد في بيع مال الغير حديث و هو ما رواه الحميري انه كتب الى صاحب الزمان عليه السلام ان بعض اصحابنا له ضيعه جديده

يجنب ضيعه خراب للسلطان فيها حصه و اكرته ربما زرعا تنازعا في حدودها و تؤذيهم عمال السلطان و تتعرض في الكل من غلات ضيعته و ليس لها قيمه لخرابها و انما هي بائره منذ عشرين سنه و هو يتخرج من شرائها لانه يقال ان هذه الحصه من هذه الضيعه كانت قبضت من الوقف قديما للسلطان فان جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صونا و صلاحا له و عماره لضييعته و انه يزرع هذه الحصه من القرية البائره بفضل ماء ضيعته العامره و ينحسم عن طمع اولياء السلطان و ان لم يجز ذلك عمل بما تأمره به ان شاء الله، فاجابه عليه السلام الضيعه لا يجوز ابتاعها الا من مالکها أو بامرہ أو رضا منه «(۱)».

فانه يستفاد من هذا الحديث جواز بيع مال الغير برضاه فان قلنا يفهم العرف من الحديث عدم الفرق بين البيع و بقيه الانشائيات كما هو ليس ببعيد نلتزم بالجواز و نقول المدفوع إليه بعد علمه برضا الدافع كما انه يملك المال من قبل الدافع الى القبيل المعين من قبل الدافع كذلك يملك مقدارا من نفسه مستندا الى رضاه فلا فرق

(۱) الوسائل الباب ۱ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ۸.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ۳، ص: ۲۴۷

بينه و بين بقيه الاخذين.

و اما اذا قلنا بعدم امكان الجزم بالتسويه و احتمال اختصاص الحكم بخصوص البيع يشكل التعدي و الله العالم بحقائق الاشياء.

و أما

المقام الثاني [في ما يستفاد من النصوص الخاصه]

فقد وردت فيه طائفتان من الروايات. الطائفة الاولى: ما يدل على المنع. الطائفة الثانية ما يدل على الجواز.

فمن الطائفة الاولى ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج قال: سألته عن رجل اعطاه رجل مالا ليقسمه في محاويج أو

فى مساكين و هو محتاج أ يأخذ منه لنفسه و لا يعلمه قال لا يأخذ منه شيئاً حتى يأذن له صاحبه «١».

و من الطائفه الثانيه ما رواه سعيد بن يسار قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: الرجل يعطى الزكاه فيقسمها فى اصحابه أ يأخذ منها شيئاً قال: نعم «٢» و منها ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل اعطاه رجل مالا ليقسمه فى المساكين و له عيال محتاجون أ يعطيهم منه من غير ان يستأذن صاحبه قال: نعم «٣».

و مثلهما ما رواه الحسين بن عثمان عن أبى ابراهيم عليه السلام فى رجل اعطى مالا يفرقه فى من يحل له أله ان يأخذ منه شيئاً لنفسه و ان لم يسم له قال: يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره «٤».

فيقع التعارض بين الجانبين فلا بد من العلاج و قال الشيخ قدس سره يجمع بين الطرفين بحمل اخبار الجواز على صورته كون

(١) الوسائل الباب ٨٤ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٣.

(٢) نفس المصدر الحديث ١.

(٣) نفس المصدر الحديث ٢.

(٤) الوسائل الباب ٤٠ من ابواب المستحقين للزكاه الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤٨

غرض الدافع وصول المال الى المستحقين بلا موضوعيه لاحد و حمل اخبار المنع على صورته كون الدافع ناظراً الى اشخاص مخصوصين بحيث يكون المدفوع إليه فى نظره غير معنون بعنوانهم.

و لا يخفى ان مثل الجمع المذكور يكون جمعا تبرعياً لا يصار إليه بلا دليل فلا بد من العلاج فما هو؟

فاقول و على الله التوكل و التكلان ان فى المقام طائفه ثالثه من النصوص و لنا أن نجمع بين الطرفين و نصلح بين المتعارضين

ببركه هذه الطائفه لاحظ ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج قال:

سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها و يضعها فى مواضعها و هو ممن تحل له الصدقه قال: لا بأس ان يأخذ لنفسه كما يعطى غيره قال: و لا يجوز له ان يأخذ اذا امره ان يضعها فى مواضع مسماه الا باذنه «١».

فان المستفاد من هذه الروايه التفصيل بين امر الدافع بوضع المال فى مواضع مسماه و امره بوضع المال فى المساكين مثلا فلا يجوز الاخذ للمدفوع إليه فى القسم الأول و يجوز له فى القسم الثانى و بهذا يرتفع التنافى من السنين و يقع التصالح بين المتعارضين فلاحظ و اغتنم.

لكن الحديث المفصل المتصالح به بين المتعارضين مخدوش سندا باليونسى العبيدى فيبقى التعارض بحاله فان حديث ابن عثمان و ان كان صادرا عن موسى بن جعفر عليهما السلام و لكن مضمرا ابن الحجاج «٢» يمكن أن يكون منه أيضا فلا يحرز الاحداث عن غيره بل

(١) الوسائل الباب ٤٠ من ابواب المستحقين للزكاه الحديث ٣.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٤٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤٩

مقتضى القاعده اى الاستصحاب عدم كون حديث ابن عثمان احداث فلا بد من الاحتياط اذ لا يجوز التصرف فى مال الغير الا باذنه.

الا ان يقال: ان حديث ابن الحجاج الدال على عدم الجواز مضمرا و لم يحرز ان عبد الرحمن لا يروى الا عن الامام فيحتمل ان يكون المروى عنه غير الامام و عليه يبقى دليل الجواز بلا معارض.

[مسأله احتكار الطعام]

اشاره

«قوله قدس سره: مسأله احتكار الطعام و هو كما فى الصحاح»

يتكلم فى هذه المسأله من جهات

الجهه الأولى فى تفسير الاحتكار

قال فى الحدائق الاحتكار و هو افتعال من الحكره بالضم و هو جمع الطعام و حبسه يتربص به الغلاء و ما افاده موافق لما نقل الماتن عن الصحاح و المصباح من ان الاحتكار حبس الطعام لانتظار غلائه.

الجهه الثانيه: فى حكمه و انه حرام أو مكروه أو مباح

و قد اختلفوا فى حرمة و كراهته و العمده النصوص الوارده عن مخازن الوحى و لا بدّ من ملاحظتها.

فنقول من تلك النصوص ما رواه السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: الحكره فى الخصب اربعون يوما و فى الشده و البلاء ثلاثه ايام فما زاد على الاربعين يوما فى الخصب فصاحبه ملعون و ما زاد على ثلاثه ايام فى العسر فصاحبه ملعون «١» و الحديث ضعيف سندا بالنوفلى و للروايه سند آخر و هو مخدوش أيضا.

و منها ما رواه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يحتكر الطعام و يتربص به هل يصلح ذلك؟ قال: ان كان الطعام كثيرا يسع الناس فلا بأس به و ان كان الطعام قليلا لا يسع

(١) الوسائل الباب ٢٧ من ابواب آداب التجاره الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥٠

الناس فانه يكره ان يحتكر الطعام و يترك الناس ليس لهم طعام «١» و الحديث لا- بأس به سندا لكن لا يدل على أزيد من الكراهه.

و منها ما رواه ابن القداح عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: الجالب مرزوق و المحتكر ملعون «٢» و السند مخدوش فلا يعتد بالروايه.

و منها ما رواه غياث عن أبى عبد الله عليه السلام قال: ليس الحكره الا فى الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب و السمن «٣» و الحديث لا

يدل على الحكم بل فى مقام بيان الموضوع.

و منها ما رواه حسين بن ثوير عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

إذا أصابتكم مجاعه فاعتنوا بالزبيب «٤».

و هذه الروايه لا يستفاد منها حكم الاحتكار بل لا ترتبط بالمقام اصلا فلاحظ.

و منها ما رواه أبو مريم عن أبى جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أيما رجل اشترى طعاما فكبسه اربعين صباحا يريد به غلاء المسلمين ثم باعه فتصدق بثمانه لم يكن كفاره لما صنع «٥» و الروايه مخدوشه سندا.

و منها ما رواه ابو البخترى عن جعفر بن محمد عن ابيه ان عليا عليه السلام كان ينهى عن الحكره فى الامصار فقال: ليس الحكره

(١) الوسائل الباب ٢٧ من ابواب آداب التجاره الحديث ٢.

(٢) نفس المصدر الحديث ٣.

(٣) نفس المصدر الحديث ٤.

(٤) نفس المصدر الحديث ٥.

(٥) نفس المصدر الحديث ٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥١

الا فى الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب و السمن «١» و الحديث ضعيف سندا.

و منها ما ارسله الصدوق قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا يحتكر الطعام الا خاطئ «٢» و المرسل لا اعتبار به و منها ما ارسله أيضا قال: و نهى أمير المؤمنين عليه السلام عن الحكره فى الامصار «٣» و الكلام فيه هو الكلام.

و منها ما رواه السكونى عن جعفر بن محمد عن آباءه عن النبى صلى الله عليه وآله قال الحكره فى سته اشياء فى الحنطه و الشعير و التمر و الزيت و السمن و الزبيب «٤» و الحديث ضعيف سندا مضافا الى عدم الدلاله على المدعى.

و منها ما رواه و رام بن أبى فراس فى

كتابه عن النبي صلى الله عليه وآله عن جبرئيل قال: اطلعت في النار فرأيت واديا في جهنم يغلى فقلت: يا مالك لمن هذا فقال
لثلاثه المحتكرين و المدمنين الخمر و القوادين «٥» و الحديث ضعيف سندا.

و منها ما رواه اسماعيل بن أبي زياد عن أبي عبد الله عليه السلام عن ابيه قال: لا يحتكر الطعام الا خاطئ «٦» و الحديث لا يدل
على الحرمة بل غايته الدلاله على الكراهه.

(١) الوسائل الباب ٢٧ من ابواب آداب التجاره الحديث ٧.

(٢) نفس المصدر الحديث ٨.

(٣) نفس المصدر الحديث ٩.

(٤) نفس المصدر الحديث ١٠.

(٥) نفس المصدر الحديث ١١.

(٦) نفس المصدر الحديث ١٢.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥٢

و منها ما رواه محمد بن الحسين الرضى عن أمير المؤمنين عليه السلام في كتابه الى مالک الاشرق قال فامنع من الاحتكار فان
رسول الله صلى الله عليه وآله منع منه و ليكن البيع يباعا سمحا بموازين عدل واسعا لا يجحف بالفريقين من البائع و المبتاع فمن
قارف حكره بعد نهيك اياه فنكل و عاقب في غير اسراف «١» و الحديث مخدوش سندا.

و منها ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن الحكره فقال: انما الحكره ان تشتري طعاما و ليس في المصر
غيره فتحتكره فان كان في المصر طعام أو متاع غيره فلا بأس ان تلتمس بسلعتك الفضل «٢».

و الظاهر ان الحديث يدل على الحرمة و سندها تام ظاهرا و للروايه سند آخر و ذلك السند أيضا تام و قد جعلها صاحب الوسائل
الحديث الثاني من الباب.

و منها ما رواه سالم الحنات قال: قال لى أبو عبد الله عليه السلام:

ما عملك قلت: حنات

و ربما قدمت على نفاق و ربما قدمت على كساد فحبت قال: فما يقول من قبلك فيه؟ قلت: يقولون: محتكر فقال:
يبيعه احد غيرك.

قلت: ما ابيع انا من الف جزء جزءا قال: لا- بأس انما كان ذلك رجل من قريش يقال له حكيم بن حزام و كان اذا دخل الطعام
المدينه اشتراه كله فمر عليه النبي صلى الله عليه و آله فقال: يا حكيم بن حزام

(١) الوسائل الباب ٢٧ من ابواب آداب التجاره الحديث ١٣.

(٢) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب آداب التجاره الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥٣

اياك ان تحتكر «١» و الظاهر ان الحديث يدل على الحرمة و السند تام فالنتيجه ان الاحتكار حرام فى الجملة.

الجهه الثالثه فى بيان ما يجرى فيه الاحتكار

و قد عين فى بعض النصوص منها ما رواه أبو البختري «٢» و قد مرّ ان الحديث ضعيف سندا و منها ما رواه السكونى «٣» و
الروايه ضعيف سندا.

و منها ما رواه غياث «٤» و هذه الروايه تامه سندا و قد رويت الروايه بسندين و لفظ الزيت فى احد الطريقتين دون الاخر و عند
دوران الامر بين الشك فى الزيادة و النقيصه يؤخذ بما فيه الزيادة فتحصل ان حكم الحكره مختص بالامور المذكوره.

الجهه الرابعه ان حرمة الاحتكار تختص بمورد يكون البيع منحصر فى المحتكر

و اما لو كان غيره يبيع ما احتكره المحتكر لا تكون الحكره محرمة لاحظ ما رواه الحلبي «٥» و لاحظ ما رواه حماد قال: و سألته
عن الزيت فقال: اذا كان عند غيرك فلا بأس بامساكه «٦» و لاحظ ما رواه سالم الحنات «٧».

بل يستفاد من بعض النصوص ان حرمة الاحتكار تختص بزمان يكون الناس فى ضيق و اما اذا لم يكن كذلك فلا يحرم لاحظ
ما رواه الحلبي «٨».

(١) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب آداب التجاره الحديث ٣.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٥٠.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٥١.

(٤) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٥٠.

(٥) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٥٢.

(٦) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب آداب التجاره الحديث ٢.

(٧) قد تقدم فى ص ٢٥٢.

(٨) تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٤٩

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥٤

الجهه الخامسه ان الاحتكار الحرام هل يكون فيه تحديد من حيث الزمان أم لا؟

الحق هو الثانى.

نعم ربما يستفاد التحديد من حديث السكونى «١» و الروايه ضعيفه سندا فلا يعتد بها و لاحظ ما رواه ابو مريم «٢» و الحديث ضعيف سندا فلا اثر له.

الجهه السادسه: انه هل يجوز اجبار المحتكر على البيع أم لا؟

و يتكلم فى هذه الجهه تاره من حيث القاعده الاوليه و اخرى من حيث النص الخاص اما من حيث القاعده الاوليه فلا يجوز فانه لا يحل لاحد اجبار الغير فيما يتعلق به نعم بعد فرض الحرمة يجب نهيها عنه لوجوب النهى عن المنكر.

و أما من حيث النص الخاص فيستفاد من بعض الروايات الجواز لاحظ ما رواه حذيفه بن منصور عن أبى عبد الله عليه السلام: قال:

نفذ الطعام على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله فاتاه المسلمون فقالوا: يا رسول الله قد نفذ الطعام و لم يبق منه شىء الا عند فلان فمره ببيعه قال: فحمد الله و اثنى عليه ثم قال: يا فلان ان المسلمين ذكروا ان الطعام قد نفذ الا شىء عندك فاخرجه و بعه كيف شئت و لا تحبسه «٣».

و هذه الروايه ضعيفه سندا فلا يعتد بها مضافا الى ان المذكور فى الروايه فعل النبى اى امره بالبيع فلعل النبى صلى الله عليه و آله

(١) تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٤٩.

(٢) تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٥٠.

(٣) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب آداب التجاره الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥٥

استفاد من ولايته على اموال الناس فيختص بمن يكون له الولاية كالنبي و اوصيائه عليهم السلام.

و يضاف الى ذلك كله انه صلى الله عليه و آله امر بالبيع و لم يجبر المالك و من الظاهران مجرد الامر لا يدل على المدعى.

و لاحظ ما رواه ضميره عن على

بن أبي طالب عليهما السلام انه قال: رفع الحديث الى رسول الله صلى الله عليه وآله انه مرّ بالمحتكرين فأمر بحكرتهم ان تخرج الى بطون الاسواق و حيث تنظر الابصار إليها فقبل لرسول الله صلى الله عليه وآله لو قومت عليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وآله حتى عرف الغضب في وجهه فقال: انا اقوم عليهم انما السعر الى الله يرفعه اذا شاء و يخفضه اذا شاء «١».

و لا يمكن الاستدلال بالحديث على المدعى اذ يمكن ان النبي استفاد من ولايته على الاموال.

الجهه السابعه هل يجوز تسعير ما احتكره المحتكر أم لا؟

الظاهر هو الثاني لاحظ ما رواه حفص بن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان سنين يوسف الغلاء الذي اصاب الناس و لم يتمنّ الغلاء لا حد قط قال: فاتاه التجار فقالوا: بعنا فقال: اشترؤا فقالوا نأخذ كذا بكذا فقال: خذوا و امر فكالوهم فحملوا و مضوا حتى دخلوا المدينه فلقبهم قوم تجار فقالوا: كيف اخذتم قالوا: كذا بكذا و اضعفوا الثمن.

(١) الوسائل الباب ٣٠ من ابواب آداب التجاره الحديث ١.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥٦

قال: فقدم اولئك على يوسف فقالوا: بعنا قال: اشترؤا قالوا:

بعنا كما بعت كذا بكذا فقال: ما هو كما يقولون و لكن خذوا فخذوا ثم مضوا حتى دخلوا المدينه فلقبهم آخرون فقالوا كيف اخذتم قالوا: كذا بكذا و اضعفوا الثمن.

قال: فعظم الناس ذلك الغلاء و قالوا: اذهبوا بنا حتى نشترى قال فذهبوا الى يوسف فقالوا: بعنا فقال اشترؤا فقالوا بعنا كما بعت فقال و كيف بعت فقالوا كذا بكذا فقال: ما هو كذلك و لكن خذوا قال: فأخذوا و رجعوا الى المدينه فاخبروا الناس فقالوا تعالوا فيما بينهم حتى

نكذب في الرخص كما كذبنا في الغلاء «١».

فانه يستفاد من الحديث انه لا يجوز التسعير و يستفاد المدعى من طائفه اخرى من النصوص الواردة في الباب المشار إليه فلا وجه لما ذهب إليه بعضهم من جواز التسعير فانه اجتهاد في مقابل النص فلا مجال لأن يقال انه يجوز في صورته الاجحاف لقاعده نفى الضرر اذ لا مجال للاستدلال بالقاعده مع النص على عدم الجواز على الاطلاق.

مضافا الى أن الاجحاف اذا كان سببا لجواز التسعير يلزم جوازه في كل مورد يكون كذلك و لا يختص بباب الاحتكار و هل يمكن الالتزام به؟ و يضاف الى ذلك انه معارض بالضرر الوارد على البائع فان منعه عن اعمال قدرته ضرر عليه.

اضف الى ما ذكر ان دليل لا ضرر لا يتصدى للاثبات بل يدل على

(١) الوسائل الباب ٣٠ من ابواب آداب التجاره الحديث ٩.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥٧

النفي و بالإضافة الى جميع ما ذكر ان قاعده لا ضرر تدل على النهي اى ان الاضرار حرام فيجوز نهى البائع من باب النهي عن المنكر لا ازيد من هذا و لكن هل يمكن الالتزام بحرمه البيع بالثمن الغالى مع ان الناس مسلطون على اموالهم؟

الجهه الثامنه: انه هل يختص الاحتكار بحبس الطعام الذى اشتراه أو يكون اعم

يمكن ان يقال بالاختصاص للنص لاحظ ما رواه الحلبي «١» فان المستفاد من الحديث ان الموضوع للحكم الاحتكار الخاص لا مطلقه.

[خاتمه و من أهم آداب التجاره الإجمال فى الطلب و الاقتصاد فيه]

«قوله قدس سره: خاتمه و من اهم آداب التجاره الاجمال فى الطلب و الاقتصاد فيه ففى مرسله ابن فضال»

الخ لاحظ ما ارسله ابن الفضال عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

ليكن طلبك للمعيشه فوق كسب المضيع و دون طلب الحريص الراضى بدنياه المطمئن إليها و لكن أنزل نفسك من ذلك بمنزله المنصف المتعفف ترفع نفسك عن منزله الواهن الضعيف و تكسب ما لا بد منه ان الذين اعطوا المال ثم لم يشكروا لا مال لهم «٢».

و ما رواه ابو حمزه الثمالى عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله فى حجه الوداع: الا- ان الروح

الامين نفث في روعى انه لا- تموت نفس حتى تستكمل رزقها فاتقوا الله و اجملوا في الطلب و لا يحملنكم استبطاء شىء من الرزق ان تطلبوه بمعصيه الله فان الله تبارك و تعالى قسم الارزاق بين خلقه حلالا و لم

(١) تقدم ذكر الحديث في ص ٢٥٢.

(٢) الوسائل الباب ١٣ من ابواب مقدمات التجاره الحديث ٣.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥٨

يقسمها حراما فمن اتقى الله و صبر أتاه الله برزقه من حله و من هتك حجاب الستر و عجل فأخذه من غير حله قص به من رزقه الحلال و حوسب عليه يوم القيامة «١».

و عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام كثيرا ما يقول اعلموا علما يقينا ان الله جل و عز لم يجعل للعبد و ان اشتد جهده و عظمت حيلته و كثرت مكايده ان

يسبق ما سَمِيَ له في الذكر الحكيم و لم يخل من العبد في ضعفه و قَلَّ حيلته ان يبلغ ما سَمِيَ له في الذكر الحكيم الحديث «٢».

و في روايه عبد الله بن سليمان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول ان الله عز و جل و سَع في ارزاق الحمقى ليعتبر العقلاء و يعلموا ان الدنيا ليس ينال ما فيها بعمل و لا حيله «٣» و في مرفوعه سهل بن زياد رفعه قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: كم من متعب نفسه مقتر عليه و مقتصد في الطلب قد ساعدته المقادير «٤».

و في روايه علي بن عبد العزيز قال: قال أبو عبد الله عليه السلام ما فعل عمر بن مسلم قلت: جعلت فداك اقبل على العباده و ترك التجاره فقال: ويحه أ ما علم ان تارك الطلب لا يستجاب له ان قوما من اصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله لَمَّا نزلت «و من يتق الله يجعل له مخرجا و يرزقه من حيث لا يحتسب» اغلقوا الابواب

(١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب مقدمات التجاره الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ١٣ من ابواب مقدمات التجاره الحديث ٤.

(٣) نفس المصدر الحديث ١.

(٤) نفس المصدر الحديث ٢.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥٩

و اقبلوا على العباده و قالوا قد كفينا فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه و آله فأرسل إليهم فقال ما حملكم على ما صنعتم فقالوا: يا رسول الله تكفل لنا بارزاقنا فاقبلنا على العباده فقال انه من فعل ذلك لم يستجب له عليكم بالطلب «١».

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب مقدمات التجاره الحديث ٧.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦٠

[الخيارات]

[مقدمتان]

[الأولى في معنى الخيار لغه و اصطلاحا]

اشاره

الخيار «قوله قدس سره: الاولى الخيار لغه اسم مصدر من الاختيار»

الخ قد ذكر الماتن فى المقدمه الاولى امورا.

الأمر الأول: ان لفظ الخيار اسم مصدر من الاختيار

وقال الطريحي فى مجمع البحرين و الخيار هو الاختيار. و عن المصباح انهما لغتان بمعنى واحد و الظاهر ان الخيار بمعنى الاختيار فانه يفهم من موارد استعماله لانا لا نرى فرقا بين ان يقال لى الاختيار فى الامر الفلانى و أن يقال لى الخيار فى ذلك الامر فلا فرق بين لفظى الاختيار و الخيار من حيث المعنى.

الأمر الثانى: انه غلب فى كلمات جماعه من المتأخرين فى ملك فسخ العقد فنقل عن معناه اللغوى الى معنى جديد

و لكن يمكن ان يقال ان استعماله فى ملك فسخ العقد بلحاظ المعنى الاصلى اى يكون لدى الخيار فسخ العقد. و بعبارة اخرى الخيار عبارة عن كون زمام امر شىء بيد من له الخيار فتاره يكون متعلقه الفعل الخارجى كالقيام و القعود و اخرى يكون متعلقه الامر الاعتبارى فكل داخل تحت معنى واحد و مفهوم فارد فيشمل خيار الفسخ على مقتضى ذلك المعنى اللغوى و الظاهر

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦١

عدم شموله لرد المالك العقد الفضولى و كذلك لا يشمل رد الوارث العقد على ما زاد على الثلث و كذلك رد العمه و الخاله اذ الفسخ متفرع على تحقق العقد و المفروض ان العقود المذكوره لا تؤثر الا باجازه من بيده الامر و لا موضوع للفسخ.

الا ان يقال ان المقصود هذا المعنى فان المالك له ان يجيز و ان لا يجيز و الامر سهل.

الأمر الثالث: انه قدس سره فرق بين الحكم و الحق

وقال لعلّ التعبير بالملك للتنبيه على ان الخيار من الحقوق لا من الاحكام و الحق ان يقال لا فرق بين الحق و الحكم فان الحق فى مقابل الباطل و لذا يصح ان يقال لى حق شرب الماء و اكل الخبز و النظر الى المحارم الى غيرها كما يصح أن يقال لى حق الخيار و أيضا يصح ان يقال ليس لزيد حق شرب الخمر و ضرب اليتيم فالحق مقابل الباطل و لذا يقال هذا الكلام حق و هذا التصرف حق.

نعم الحق على قسمين احدهما قابل للاسقاط كبعض اقسام الخيار ثانيهما غير قابل للاسقاط فلا فرق بين نوعى الخيار الا من حيث الاثر و الملكيه عبارة عن السلطه و المفروض ان السلطه لا تختص بخصوص ما يكون قابلا للاسقاط فلاحظ.

الأمر الرابع: ان الماتن قد ذكر انه قد عرف الخيار بملك اقرار العقد و ازالته

و قد اورد عليه بانه ما المراد من الاقرار فان كان المراد من الاقرار عدم الازاله فذكره مستدرك اذ القدره لا تتعلق باحد الطرفين فملك الازاله يكفى و ان كان المراد من الاقرار جعله غير قابل للفسخ فيرجع الى اسقاط الخيار فالخيار عرف بنفسه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤٢

و يمكن ان يقال انه ليس دوريا فان تثبيت العقد جعله بنحو غير قابل للفسخ و من اسبابه اسقاط الخيار فلا يلزم الدور.

و لنا ان نقول قوام الخيار بالقدره على الازاله و تركها و لا- يتقوم باثبات العقد و عدم امكان فسخه فلا تنافى بين الامرين و الخيارات التى لا تكون قابله للاسقاط من هذا القبيل.

الأمر الخامس: ان المتبادر من الخيار المعنى الاصطلاحى

و الا- ففى الاخبار قد اطلق على غير هذا المعنى فانه اطلق على خيار المالك بين الرد و الامضاء اقول قد تقدم منا ان جميع الاستعمالات من واد واحد و انما الاختلاف فى المتعلق.

[الثانيه الأصل فى البيع اللزوم]

«قوله قدس سره: الثانيه غير ذكر واحد تبعا للعلامه فى كتبه ان الاصل فى البيع اللزوم»

الخ و قد وقع الكلام فى انه ما المراد من الاصل و قد ذكرت فى المقام احتمالات: الاحتمال الاول: أن يكون المراد منه الراجح.

و يرد عليه كما فى كلام الماتن أنه ان كان منشأ الرجحان غلبه افراد اللازم فلا يكون الامر كذلك اذ ما من بيع الا و فيه خيار المجلس و ان كان المراد الغلبه من حيث الزمان فلا- اثر له اقول مضافا الى ما ذكر لا اثر للغلبه فان غايته حصول الظن الذى لا يغنى عن الحق شيئا.

الاحتمال الثانى: ان يكون المراد من الاصل استصحاب بقاء الملكيه بعد الفسخ و قال الشيخ قدس سره: هذا حسن و يرد عليه انا ذكرنا فى بحث الاستصحاب ان استصحاب بقاء الحكم الكلى دائما معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد فهذا الاحتمال أيضا لا يمكن الاخذ به.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤٣

الاحتمال الثالث: ان نقول وضع البيع لو خلى و طبعه على اللزوم و انقطاع علاقه البائع عن المبيع و انقطاع المشتري عن الثمن بخلاف الهبه فان وضعها على خلاف البيع حيث ان الجواز فى الهبه اصل اولى.

و يرد عليه ان الاصل بهذا المعنى لا- يترتب عليه اثر عند الشك بحيث يكون مرجعا عنده و اثبات الخيار يكون محتاجا الى الدليل.

الاحتمال الرابع: ان يكون المراد من الاصل القانون المستفاد من الشرع بان في كل مورد يشك

فى الخيار و عدمه يحكم بعدمه و كون العقد باقيا بحاله و هذا هو الصحيح فان قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يقتضى اللزوم بتقريب ان الامر بالوفاء لا يكون تكليفا اذ من الواضح ان الفسخ ليس حراما و عدم الفسخ ليس واجبا فيكون ارشادا الى عدم تأثير الفسخ فى كل مورد يشك فى لزوم بيع و عدمه يحكم باللزوم بمقتضى وجوب الوفاء و هذا البيان تام ظاهرا و لا خدشه فيه.

و فى المقام اشكال و هو ان الخيار تاره يكون بالتعبد الشرعى كخيارى المجلس و الحيوان و اخرى يكون بالجعل أما القسم الأول فلا يتوجه به اشكال.

و أما الثانى فيرد فيه الاشكال و هو انه كيف يمكن اجتماع البيع مع جعل الخيار و كان سيدنا الاستاد قدس سره يقول مرجعه الى قول البائع بعتك الى زمان قولى فسخت فلا تنافى بين البيع و جعل الخيار و اعماله اذ قول ذى الخيار فسخت انتهاء التمليك.

و يرد عليه ان الفسخ عباره عن ازاله الملكيه فلا بد من فرض وجودها فى الرتبه السابقه كى يرد عليها الازاله.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦٤

و بعباره اخرى الفسخ بمثابة القطع الخارجى و هل يمكن تحقق القطع و صدقه بلا فرض الوصل قبله.

و كان سيدنا الاستاد قدس سره توهم التنافى بين اعتبار الملكيه المستمره و جعل الخيار و حق الفسخ و الحال انه ليس كذلك فان البائع يعتبر ملكيه العين للمشتري فى قبالة الثمن مستمرا الى زمان انعدام العين على الاطلاق أى بلا- تقييد اعتباره بقييد و بحادث من الحوادث فكما ان نزول المطر من السماء و عدمه لا يؤثر و لا يقيد اعتباره كذلك الفسخ المتأخر عن البيع و

عدمه لا يؤثر ولا يقيد.

و بعبارة واضحة: كون المبيع مملوكا للمشتري الى آخر ازمته العين اعم من ان يتحقق فسخ أم لا؟

و ببيان آخر نقول البيع عبارة عن تمليك العين من المشتري الى زمان انعدامها و لا ينافيه جعل الخيار بان يجعل الشارط لنفسه حق ازاله الملكيه المذكوره كما ان الامر فى النكاح كذلك فان الزوجه تجعل نفسها زوجه للزوج و تعتبر الزوجيه بينهما الى زمان وفاتها او وفاته و مع ذلك يمكن ان يجعل لنفسها حق طلاقها فالزوجيه مستمره على كل حال لا انها موقتة و محدوده بالطلاق فلا اشكال فى جعل الخيار من هذه الناحيه.

فانقذح ان الفسخ كالطلاق يتوقف على استمرار متعلقه و اولاه لا يصدق عنوان الازاله أو الطلاق اذ الازاله متوقف على وجود متعلق الازاله كى يصدق عنوانها و مع عدمه لا متعلق للقطع و الازاله فلا يصدق العنوان.

«قوله قدس سره: مع انه لا يناسب ما فى القواعد»

الخ يمكن ان يكون وجه عدم المناسبه ان الافراد الغالبه لا تشمل

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦٥

الفرد النادر فلا يصح التعبير بالخروج اذ الخروج فرع الدخول فلاحظ.

«قوله قدس سره: لكنه مع عدم تمامه تكلف»

الخ.

قد ذكر فى وجه عدم التماميه ان الحصر المذكور منقوض بالجواز فى عقد الفضولى و الجواز فى المعاطاه و الامر سهل.

«قوله قدس: و المراد بوجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد فى نفسه»

الخ تقريب الاستدلال بالآيه على اللزوم انه يجب بحكم الآيه ترتيب الآثار على العقد كى يصدق عنوان الوفاء الواجب فلو عقد البيع و ملك داره به من المشتري يكون الوفاء بهذا العقد ان يسلم الدار منه و لا يتصرف فيها بدون اذنه لا خارجا و لا

اعتبارا فيجب عليه ترتيب آثار ملكيه الدار للمشتري و يستفاد من هذا التكليف الوضع و هو عدم تأثير الفسخ فلا مجال لان يقال الكلام في تأثير الفسخ و عدمه فلو لم يكن الفسخ مؤثرا يكون البيع لازما فتحصل ان اللزوم الوضعي يثبت بالايجاب التكليفي المتعلق بالوفاء.

و يرد عليه ان الوفاء بالعقد انما يتحقق بعدم رفع اليد عن نفس العقد مثلا اذا تعهد زيد ان يزور الامام الرضا عليه السلام في كل يوم فتاره يكون متذكرا لعهدته و يزور و اخرى ينسى عهدته و ثالثه يرفع اليد عن عهدته.

اما في الصورة الأولى فيصدق انه و في بعهدته و أما في الصورة الثانية فلا يصدق عدم الوفاء اذ المفروض انه معذور لنيانته.

و أما في الصورة الثالثة فيصدق انه لم يف بعهدته و رفع اليد عن

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦٦

عهدته و هل يتصور انه لم يرفع اليد عن عهدته و لا يزور بلا مانع الظاهر انه لا يتصور فانه كيف يمكن ان يكون التعهد بشيء باقيا و لا يتبعه العمل الخارجى فعلى هذا الاساس نقول البائع للدار مثلا اما يلتزم بعقدته و يبيعه و يرى ان المشتري للدار مالكا لها و مع ذلك يتصرف في الدار عدوانا و اما يتصرف في الدار بعد رفع يده عن العقد و فسخه.

أما على الاول فلا مجال للاستدلال بالآيه على اللزوم اذ البائع يرى ان المشتري مالك للدار و معترف به فيرى ان العقد بحاله.

و أما على الثانى فلا مجال للاستدلال اذ بعد الفسخ لا يكون العقد باقيا كى يترتب الاثر عليه فلاشكال ليس من ناحيه التمسك بالدليل في الشبهه المصداقيه بل الاشكال من ناحيه القطع بعدم بقاء

الموضوع.

و لو تنزلنا و قلنا انه يشك في بقاءه و عدمه يكفي لعدم جواز الاستدلال انه لا يجوز الاخذ بالدليل مع الشك في المصداق ان قلت يستصحب بقاءه قلت: يرد عليه أولا انه رجوع من الآيه الى الاستصحاب.

و ثانيا ان استصحاب المجعول معارض باستصحاب عدم جعل الزائد فالصحيح في مقام الاستدلال بالآيه ان يقال المستفاد منها وجوب اتمام العقد أى عدم رفع اليد عنه و عدم فسخه و من الظاهر ان الفسخ بما هو لا يكون حراما فيفهم ان الفسخ لا يتحقق و لا يؤثر.

و بيان أوضح ان العقد و العهد و الالتزام و البناء مع بقاءها لا يعقل ان لا يترتب عليها آثارها فلا يتصور العدم كى يقال يجب الترتيب و انما المتصور رفع اليد عن نفس العهد و الالتزام فالآيه

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦٧

تدل على حرمه فسخ العزائم و نقض الهمم و من الظاهر ان رفع اليد بنفسه لا- يكون حراما و لا- يوجب الفسق و الخروج عن العدالة فيكون المقصود بقاءه محفوظا في وعاء الشرع و الامر بالوفاء ارشاد الى هذه الجهة فالعقد لازم شرعا.

و لما انجر الكلام الى هنا يناسب بل يلزم أن نذكر نكته مهمه جدا و هى ان العقد قد فسر في لسان المعصوم عليه السلام بمطلق العهد لاحظ ما رواه على بن ابراهيم في تفسيره عن النضر بن سويد عن عبد الله ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» قال بالعهود «١».

و الظاهر ان الروايه تامه سندا و عليه نقول اذا تعهد شخص بشىء كما لو عقد قلبا أن يزور كل ليله الجمعة الامام الرضا عليه السلام يجب و لا

يمكنه ان يرفع اليد عن عهده و عقده لوجوب الوفاء بالعقد بمقتضى قوله تعالى فلا بد فى التفصى عن هذه العويصه من مخرج صحيح و الظاهر انه لا مخرج له الا التسالم و الضروره.

«قوله قدس سره: فان حليه البيع التى لا يراد منها الا جميع التصرفات»

الخ.

تقريب الاستدلال ان يقال المراد من حليه البيع حليه تصرف كل من المتعاملين فيما انتقل إليه على الاطلاق أى قبل الفسخ و بعده فيفهم ان العقد لازم اذ لو كان جائزا كان مقتضى الفسخ انتقال العين الى مالکها الاول فلا يجوز التصرف فيها لعدم جواز التصرف فى مال الغير بلا اذنه فمن الحكم بالجواز يفهم لزوم العقد هذا تقريب الاستدلال بالآيه على المدعى.

(١) تفسير القمى ج ١ ص ١٦٠.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦٨

و يرد على الاستدلال ان الاحلال عباره عن جعل الشىء حلالا و يظهر هذا المعنى من التقابل الواقع فى الآيه بين احلال البيع و تحريم الربا و الربا عباره عن الزيادة و تعلقت الحرمة بها فيعلم ان الربا لا تصير مملوكه للطرف بالملازمه اذ لو كانت مملوكه لم يكن وجه لحرمتها و يستفاد من مقابلها و هو احلال البيع انه حلال و بالملازمه العرفيه يفهم ان البيع صحيح و ضعا اذ مجرد الحليه التكليفيه لا اثر له فلا مجال لاستفاده اللزوم من الآيه الشريفه بالتقريب المتقدم ذكره.

نعم يمكن الاستدلال على المدعى بالآيه بتقريب آخر و هو ان مقتضى اطلاق احلال البيع و حليته حليه جميع الافراد المتصوره للبيع فانه مقتضى الاطلاق و من الافراد المتصوره ان يبيع زيد داره من بكر و يملكه على الاطلاق حتى بالنسبه الى ما بعد الفسخ.

و بعباره واضحه تمليك

العين من قبل البائع للمشتري ليس تملكاً موقتاً بيوم أو شهر أو سنة و أيضاً غير مقيد بحرارة الهواء و برودته الى غير ذلك بل تملك على الاطلاق و من جمله الحوادث الممكنة عروض الفسخ فلا بد بالنسبه الى هذا الحادث اما يكون التملك مقيدا و اما يكون مهما و اما يكون مطلقاً.

أما التملك الموقت بزمان خاص فهو غير معهود فى البيع و أما الاهمال فهو غير معقول فى الواقع فىكون الامر منحصراً فى الاطلاق فاذا فرض الاطلاق و قد فرض انه قسم من البيع و من ناحيه اخرى اطلاق حليه البيع يمضيه فتكون النتيجة للزوم بالتقريب المذكور.

ثم ان الشيخ قدس سره أورد على نفسه بانه لو شك فى تأثير الفسخ لا ينفع الاطلاق بل يحتاج الى الاستصحاب.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦٩

أقول: يمكن أن يكون مراده مما أفاده انه بعد الفسخ يشك فى بقاء البيع و عدمه و مع الشك فى الموضوع لا للاخذ بإطلاق الحكم فلا بد من جريان الاستصحاب فى الموضوع و يحتمل انه بعد الفسخ لا يكون التصرف جائزاً اذ مع الفسخ المؤثر لا مجال للجواز و يحتاج الى استصحاب الجواز.

و ما أفاده على كلا التقديرين غير تام.

أما على الاول فلا بد من الموضوع هو البيع و لا مجال لان يشك فيه فان الشىء لا ينقلب عما هو عليه و بعبارة اخرى اذا كان مفاد الآيه انه لو تحقق البيع يجوز التصرف على الاطلاق لا مجال للاشكال اذ المفروض تحقق البيع فيترتب عليه جواز التصرف فى العين مضافاً الى انه لو وصلت النوبه الى الاستصحاب يقع التعارض بين الاصل الجارى فى المجعول و الجعل.

و أما على الثانى فلا مجال لرفع

اليد عن الاطلاق فان مقتضاه جواز التصرف فيما انتقل إليه و جواز التصرف فيه يستلزم اللزوم كما تقدم مضافا الى ان الاستصحاب فى الحكم الكلى معارض باصالة عدم جعل الزائد كما تقدم آنفا فلاحظ.

«قوله قدس سره: و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حليه اكل المال»

الخ.

و تقريب الاستدلال ان الاستفادة من الآيه جواز التصرف فى المال المنتقل الى المتصرف بالتجاره و مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين التصرف الواقع قبل الفسخ و بعده و بهذا الاطلاق يكشف لزوم العقد.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧٠

و يرد عليه ان الاستفادة من الآيه الشريفه ليس جواز التصرف بل المراد ان تملك اموال الناس على نحوين.

أحدهما: ما يكون بالسبب الباطل كما لو كان بالسرقة أو القمار أو امثالهما.

ثانيهما: ما يكون بالسبب الشرعى كالتجاره عن تراض فلا مجال لذلك التقريب لاثبات المدعى نعم يمكن اثبات الدعوى بتقريب آخر و هو ان مقتضى اطلاق التجاره عدم الفرق بين انواعها و من تلك الانواع التملك المطلق أى بلا فرق بين تحقق الفسخ و عدمه مثل التقريب الذى سبق فى آيه احلال البيع.

و بهذا التقريب يمكن اثبات المدعى و لا يتوجه إليه ما افاده الشيخ من انه لا بدّ من التوسل بذيل الاستصحاب و قد تقدم تقريب اشكاله مع رده.

و يمكن أن يكون نظره الى انه مع الشك لا بدّ من اجراء استصحاب عدم تأثير الفسخ.

و يرد عليه انه ما المراد من عدم تأثير الفسخ فان كان المراد ان العقد كان لازما فى زمان و الآن كما كان فيرد عليه انه متى كان العقد لازما و ان كان المراد ان الملكيه كانت ثابتة قبل الفسخ و الآن كما كانت.

فيرد عليه

ان استصحاب بقاء الملكيه معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد و ان كان المراد استصحاب عدم جعل الخيار بان نقول نشك في بقاء الملكيه بعد الفسخ و الشك في بقاء الملكيه ناش و مسبب عن الشك في جعل الخيار فيجری الاصل في عدم جعل الخيار فيترتب عليه اللزوم لان الاصل الجارى في السبب حاكم على الاصل الجارى

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧١

في المسبب.

و بيان آخر ان بقاء الملكيه بعد الفسخ اثر شرعى و حكم لعدم جعل الخيار فالتسبب شرعى.

فيرد عليه ان البيان المذكور ليس الا- مغالطه و عند التأمل لا يرجع الى محصل اذ من الظاهر ان الحكم الشرعى ليس الا اعتبار الشارع فانه يرتب الحكم الفلانى على الموضوع الكذائى و ليس الحكم الشرعى مرتبطا بباب العله و المعلول و السبب و المسبب و عليه نقول الشك في بقاء الملكيه و عدم بقائها ناش عن ان الجعل الشرعى تعلق بالملكيه الطويله أو تعلق بالملكيه القصيره فيقع التعارض بين بقاء المجعول بالاستصحاب المتعلق به و استصحاب عدم الجعل الزائد.

و بيان واضح نقول يتعلق الشك بان الشارع الاقدس هل حكم بالملكيه الى زمان الفسخ أو حكم بالملكيه على الاطلاق؟ و مقتضى استصحاب بقاء المجعول بقائها بعد الفسخ أيضا و مقتضى عدم الجعل الزائد عدم بقائها بعده و هذا هو التعارض الواقع بين الاستصحابيين في كل مورد يكون الشك في بقاء الحكم الكلى.

نعم لو كان الشك في البقاء من جهه الشبهه الموضوعيه يجرى الاستصحاب في السبب و يترتب عليه المسبب و لا تعارض مثلا لو توضحاً زيد يبقى وضوئه الى ان يحدث له النوم أو غيره فاذا شك في النوم و عدمه يجرى استصحاب عدم النوم

اذ قد علم من الشرع ان الطهاره ترتفع بالنوم و تبقى عند عدمه فاذا اجرى الاستصحاب فى عدم النوم و احرز بالاستصحاب يترتب عليه بقاء الطهاره فلاحظ.

ثم انه لا وجه ظاهرا فى تفریق الوجه الأول أى الاستدلال بوجوب

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧٢

الوفاء بالعقد عن الوجهين أى حليه البيع و التجاره فى الاشكال فانه قدس سره خصّص ايراده بالوجهين الآخرين و الحال انه لا فرق بين الوجوه الثلاثه من هذه الجبهه فان الاشكال اذا كان واردا يرد على الوجه الأول أيضا و الا فلا بلا فرق فلاحظ.

«قوله قدس سره: و منها قوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ الخ

بتقريب ان المراد بالاكل التصرف فى مال الغير بكل سبب باطل و اما الاكل بالاسباب الشرعيه كأكل الماره و امثاله فلا يكون باطلا بل يكون جائزا.

و يرد على التقريب المذكور أولا ان المراد من الاكل تملك مال الغير لا التصرف فيه.

و ثانيا ان الممنوع التصرف بالباطل و كون الفسخ باطلا اول الكلام و الاشكال و الاخذ بالدليل فى الشبهه المصدقيه غير جائز كما حقق فى محله.

و ثالثا انه ما المانع عن الاخذ بدليل البراءه و قاعده قبح العقاب بلا بيان اذا عرفت ما تقدم نقول يمكن الاستدلال بالآيه على المدعى بنحو آخر و هو ان المراد من الاكل فى الآيه التملك فيستفاد من الآيه الشريفه ان تملك مال الغير باى نحو باطل و السبب الوحيد الذى لا يكون باطلا التجاره عن تراض.

و بعباره واضحه النهى عن التملك ارشاد الى فساد و العرف يفهم من الآيه حصر الحليه فى خصوص التجاره عن تراض فكل سبب للاكل اى التملك باطل الا سبب واحد و هى

التجاره عن تراض.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧٣

«قوله قدس سره: و مما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله صلى الله عليه و آله لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه»

لاحظ ما رواه سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث ان رسول الله صلى الله عليه و آله قال من كانت عنده امانه فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله الا بطيبه نفسه «(١)».

بتقريب ان المستفاد من الحديث عدم جواز التصرف فى مال الغير بلا اذنه فاذا انتقل المبيع بالبيع الى ملك المشتري ليس للبائع التصرف فيه بلا اذنه فيكشف ان فسخ البائع لا اثر له فالبيع يكون لازما.

و يرد عليه انه لا بدّ فى ترتب الحكم على موضوعه من بقاء ذلك الموضوع و المفروض انه بعد الفسخ يحتمل رجوع العين الى ملك مالكها الاول فلا مجال للاخذ بإطلاق دليل عدم حل التصرف فان الاخذ بالدليل لا يجوز اذا كانت الشبهه مصداقيه و اثبات بقائها فى ملك المشتري بالاستصحاب رجوع إليه.

مضافا الى ان الاستصحاب الجارى فى الحكم الكلى معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد ان قلت مقتضى عدم جواز التصرف عدم جواز الفسخ قلت الفسخ حل العقد.

و بعبارته اخرى: الفسخ تصرف فى العقد لا فى العين و رجوع العين ببركه حل العقد مضافا الى ان التصرف الاعتبارى فى مال الغير لا- يكون حراما قطعا فانه لا اشكال فى عدم حرمه بيع مال الغير بلا تصرف خارجى فيه و يضاف الى ذلك كله ان النهى التكليفى

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب مكان المصلى الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧٤

لا يستلزم المنع

«قوله قدس سره: و منها قوله صلى الله عليه و آله و سلم الناس مسلطون على اموالهم» (١)

بتقريب ان مقتضى الحديث كون الشخص مسلطا على ماله و أمره بيده و هذا ينافى تصرف الغير فيه و اخراجه عن ملكه بلا رضاه و يرد عليه أولا ان الحديث ضعيف سندا و لا جابر له و ثانيا ان الفاسخ يتصرف فى العقد لا فى المال و ان شئت قلت لا تنافى بين كون المالك مسلطا على ماله بان يكون له كل تصرف يكون للملاك شرعا و بين جعل خيار الفسخ للغير.

«قوله قدس سره: و منها قوله صلى الله عليه و آله المؤمنون عند شروطهم»

عن منصور بزرج عن عبد صالح عليه السلام قال قلت له ان رجلا من مواليك تزوج امرأه ثم طلقها فبانت منه فأراد ان يراجعها فأبت عليه الا ان يجعل لله عليه ان لا يطلقها و لا يتزوج عليها فاعطاها ذلك ثم بدا له فى التزويج بعد ذلك فكيف يصنع فقال بنس ما صنع و ما كان يدريه ما يقع فى قلبه بالليل و النهار قل له فليف للمرأة بشرطها فان رسول الله صلى الله عليه و آله قال: المؤمنون عند شروطهم» (٢).

بالتقريب المتقدم فى الاستدلال على المدعى بقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و تقدم الاشكال فى الاستدلال بالآيه و يجرى ذلك الاشكال

(١) بحار الانوار ج ٢ ص ٢٧٢.

(٢) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب المهور الحديث ٤ و تهذيب الاحكام ج ٧ ص ٣٧١ الحديث ٦٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧٥

فى المقام أيضا طابق النعل بالنعل.

و اجماله ان الشارط مع بقاء التزامه بالشرط و التزامه و عدم رفع يده عنه لا يمكن ان

لا يرتب الاثر الخارجى و اما مع رفع يده عن الشرط و التزامه الاولى فلا يكون الموضوع باقيا فيكون الاخذ بوجوب ترتيب الاثر من الاخذ بالدليل مع القطع بزوال الموضوع.

و مع التنزل يكون من الاخذ بالدليل مع الشك فى المصدق و من الظاهر عدم جواز الاخذ بالدليل مع الشك فى الموضوع كما انه لا يجوز مع القطع بالزوال فلا بد من الاستدلال بنحو آخر.

و هو ان نقول انه بحكم الشارع الاقدس ان الذى يشترط شرطا لا يفترق عن شرطه و هو عنده و الشرط يلازمه لكن الاشكال تمام الاشكال كما هو المذكور فى كلام الشيخ قدس سره ان الشرط لا يصدق على الالتزام الابتدائى بل عنوان الشرط متقوم بالارتباط بين امرين و الشريط يطلق على الحبل الرابط بين شيئين فلا مجال للاستدلال على المدعى بدليل الشرط.

«قوله قدس سره: و انه اذا افترقا وجب البيع»

لاحظ ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال: ايما رجل اشترى من رجل بيعا فهما بالخيار حتى يفترقا فاذا افترقا وجب البيع «١».

فان مقتضى هذه الطائفة من النصوص لزوم البيع بعد الافتراق عن مجلس البيع و توهم ان اللزوم بعد الافتراق حيثى اى النصوص ناظره الى سقوط الخيار و عدمه من حيث خيار المجلس فلا ينافى

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب الخيار الحديث ٤.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧٦

الحكم باللزوم مع ثبوت الخيار من ناحيه اخرى فاسد فان الاحتمال المذكور مناف مع الاطلاق المتحقق بمقدماته و حمل الكلام على الحكم الحيثى خلاف القاعده الاولى و المحاورات العرفيه العقلانيه فلاحظ.

«قوله قدس سره: و قد عرفت ان ذلك مقتضى الاستصحاب أيضا»

و قد عرفت انه معارض باستصحاب عدم

جعل الزائد و بالتعارض يتساقطان فتصل النوبه الى البراءه و مقتضاها جواز التصرف و لكن لا تصل النوبه الى التقريب المذكور بعد وفاء ادله اللزوم به.

«قوله قدس سره: ربما يقال ان مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقه المالك عن العين»

الخ فان مقتضى الاستصحاب المذكور بقاء العلاقه المتعلقه بالعين للمالك الاول و يرد عليه انه ان اريد بها العلاقه المتفرعه على الملك و المتقومه بها فلا اشكال فى زوالها بزوال الملكيه و ان اريد بها العلاقه الحادثه بعد زوال الملكيه فالاصل عدمها فان كل حادث مسبوق بالعدم و مقتضى الاستصحاب عدم حدوثه.

و ان اريد بها الخيار الثابت فى المجلس فان مقتضى الاستصحاب بقاءه فيرد عليه أولا انه لا مجال له فيما لا يتحقق الخيار كما لو اشترط سقوطه فى ضمن العقد.

و ثانيا ان مقتضى قوله عليه السلام فاذا افترقا وجب البيع سقوطه كما تقدم و ثالثا انه لو وصلت النوبه الى الشك فالمرجع عموم العام لا- استصحاب الحكم الخاص و مقتضى العموم وجوب الوفاء و هو اللزوم عند الشك و رابعا ان الاستصحاب المذكور معارض باستصحاب

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧٧

عدم الجعل الزائد فلا مجال للتقريب المذكور.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعله يشير بالامر بالتأمل الى انه لا مجال للاستصحاب مع وجود الاماره و هو العموم كقوله تعالى احل الله البيع.

«قوله قدس سره: نعم هو حسن فى خصوص المسابقه»

لم يظهر لى تقريب الاصل بنحو يفيد اذ لا اشكال فى ان العقد اللازم ما لا يفسخ بالفسخ و العقد الجائز ما ينحل بالفسخ و عليه نقول يمكن تقريب الاصل المذكور بان نقول العقد الفلانى قبل تحققه لم يكن لازما و الآن كما كان.

لكن الاصل المذكور لا يثبت

كون العقد جائزا الا على تقدير القول بالاثبات الذى لا نقول به مضافا الى انه يعارضه اصل عدم كونه جائزا بالتقريب المذكور و
بعبارة واضحة لا- مجال لاثبات احد الضدين باصالة عدم الضد الاخر و يضاف الى ذلك ان المرجع فى الشك فى اللزوم و
الجواز عموم و جوب الوفاء بالعقود بلا- فرق بين المسابقة و غيرها فالتوسل بالاصل لا- حسن فيه حتى فى المسابقة و شبهها
فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم ان ما ذكرنا من العمومات المثبتة لاصاله اللزوم»

حاصل مراده فى المقام انه تارة يشك فى اللزوم و الجواز من جهة الشبهة الحكمية و اخرى من جهة الشبهة الموضوعية اما
القسم الاول فيؤخذ بعموم العام و يحكم بكونه عقدا لازما.

و أما القسم الثانى فان قلنا ان الميزان الاخذ بالعموم فى الشبهة

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧٨

المصداقيه فالامر ظاهر و اما اذ لم نقل بذلك تصل النوبة الى استصحاب الاثر و عدم زواله.

و يرد عليه ان استصحاب الاثر معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد فما الحيلة و ما الوسيله فنقول لو شك فى اللزوم و الجواز
فى عقد فتاره يكون الاصل موضوعى يعين احد القسمين و اخرى لا يكون.

أما القسم الأول فيؤخذ بذلك الاصل الموضوعى و يحكم على طبقه مثلا لو علمنا بالهبة و شك فى أن الواهب قصد القربة كى
تكون الهبة لازمه أم لم يقصدها كى تكون جائزه فيما تكون لغير ذى رحم يكون مقتضى الاصل عدم قصد القربة فنقول بتحقيق
الهبة وجدانى و نشك فى قصد القربة و عدمه فيحرز عدمه بالاصل فتكون جائزه اذ كل هبة جائزه الا الهبة القريبه كما انه لو
علمنا بتحقيق البيع و نشك فى جعل الخيار

نحرز عدمه بالاصل فنحكم باللزوم بمقتضى وجوب الوفاء بالعقد.

و أما اذا لم يكن اصل موضوعى ينقح المورد كما لو شك في العقد الصادر انه بيع أو هبه يكون مقتضى اصاله عدم كونه هبه لزوم العقد فان كل عقد لازم الا العقد الفلانى و الاصل عدمه و اصاله عدم كونه بيعا لا يثبت كونه هبه الاعلى القول بالاثبات لكن هذا التقريب انما يتم على القول بتماميه استصحاب العدم الازلى و اما لو لم نقل به فتصل النوبه الى القرعه ان تم اطلاق دليلها و الا فلا مناص عن الصلح و التسالم.

«قوله قدس سره: بمعنى استصحاب الاثر»

لا مجال للاستصحاب المذكور حيث انه قد ذكرنا مرارا ان

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧٩

الاستصحاب الجارى فى الحكم الكلى معارض باستصحاب عدم جعل الزائد.

«قوله قدس سره: فان الاصل عدم قصد القربه»

فيكون من قسم الموضوع المركب من الوجدان و الاصل فانه تمليك وجدانا و اما قصد القربه فيحكم بعدمه بالاصل.

«قوله قدس سره: فيحكم بالهبه الجائزه»

هذا على تقدير ان الجواز يترتب على التمليك و عدم قصد القربه و اما ان قلنا ان الهبه عنوان بسيط فى مقابل الصدقه فلا يمكن اثباتها الاعلى القول بالاثبات الذى لا نقول به و لكن الظاهر ان الهبه عباره عن التمليك المجانى و عدم قصد القربه فيكون الموضوع مركبا فيمكن احراز احد جزئيه بالوجدان و الاخر بالاصل.

«قوله قدس سره: و اما تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه ساير آثار العقد اللازم كما اذا اريد تعيين البيع عند الشك فيه و فى

الهبه فلا»

الخ لان مرجعه الى المثبت الذى لا نقول به و بعباره اخرى اصاله عدم الضدين لا يثبت الضد الاخر.

«قوله قدس سره: لعموم على»

الخ فان مقتضى عموم قاعده على اليد ضمان كل ما وضعت عليه اليد و اذا شك في خروج فرد بواسطه احتمال كونه من افراد الخارج بالتخصيص ينفي بالاصل فيتحقق الضمان.

لكن يرد عليه ان قاعده اليد ضعيفه سندا فلا يعتد بها اللهم الا ان يقال ان كلام الماتن تعليقي و لذا لا مجال للاشكال عليه.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٨٠

«قوله قدس سره: و ان كان المستند دخوله في ضمان العين»

فانه يمكن احراز عدم الموضوع بالاصل اذ يشك في الاقدام و الاصل عدمه.

«قوله قدس سره: أو قلنا بان خروج الهبه من ذلك العموم مانع عن الرجوع إليه»

الخ.

ربما يقال ان وجه القول المذكور قاعده المقتضى و المانع و يرد عليه ان تلك القاعده غير تامه و الحق ان يقال انه بعد فرض تماميه قاعده على اليد اذا شك في كون الفرد معنونا بعنوان اخرج عن تحت العام بالدليل يمكن احراز الموضوع بالوجدان و الاصل فان وضع اليد وجداني و احتمال كونه هبه ينفي بالاصل و لو باصالة العدم الازلي.

مثلا لو قال المولى اكرم العلماء الا الفساق منهم فاذا شك في فرد من العالم انه فاسق أم لا نقول كونه عالما بالوجدان و احتمال كونه فاسقا منفي بالاصل فيجب اكرامه بمقتضى وجوب اكرام كل عالم فلاحظ.

[القول في أقسام الخيار]

[الأول خيار المجلس]

اشاره

«قوله قدس سره: فالمراد بالمجلس مطلق مكان المتبايعين حين البيع»

الخ.

الامر كما افاده فانه لا مدخلية للجلوس و غيره بل الميزان المستفاد من النص عدم تحقق الافتراق و بعبارة واضحة يستفاد من قوله و اذا افترقا وجب البيع ان المناط في ثبوت الخيار و تحققه عدم تحقق الافتراق فما دام لم يتحقق عنوان الافتراق يكون الخيار باقيا.

و لذا لقائل ان يقول اذا تحقق عقد البيع بين البائع و المشتري بواسطة الهاتف يتحقق خيار المجلس ما دام الاتصال الهاتفي باقيا بينهما و اما لو انقطع الارتباط المذكور فلا خيار اذ يصدق عنوان الافتراق فالميزان بطلاق الافتراق و عدمه.

«قوله قدس سره: و لا خلاف بين الاماميه في ثبوت هذا الخيار»

بل من الضروريات الفقهيّه و لذا لا مجال لابداء الشبهه في المقام.

«قوله قدس سره: مطروح او مؤول»

لاحظ ما رواه غياث بن ابراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام قال: قال علي عليه السلام اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب و ان لم يفترقا «١».

أفاد سيدنا الاستاد بانه لا يحتاج الى التأويل أو الطرح اذ المراد بالصفق الذي ذكر في الخبر اسقاط الخيار و من الظاهر ان الخيار يسقط بالاسقاط فالروايه على طبق القاعده و ادعى انه فسر اللفظ في اللغه بما ذكر و لكن لم يذكر المدرك الذي نقل عنه.

و يمكن ان يكون الامر كما أفاده لاحظ كلام الطريحي في هذا المقام يقول يقال صفقت له بالبيعه صفقا أى ضربت بيدي على يده و في الدعاء اعوذ بك من صفقه خاسره أى يبيعه خاسره و كانت العرب اذا وجب البيع ضرب احدهما يده على يد صاحبه الى آخر كلامه.

و يستفاد من كلامه ان الصفقه عباره عن البيع كما انه يستفاد هذا المعنى من حديث البارقي فان رسول الله قال بارك الله في صفقه يمينك أى بارك الله في بيعك أو شرائك فعن الازهرى ان الصفقه للبائع و المشتري.

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب الخيار الحديث ٧.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٨٢

و صفوه القول ان الظاهر

ان المراد نفس البيع لا اسقاط الخيار بل يدل على المدعى نفس الحديث فانه عليه السلام قال اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب و ان لم يفترقا اذ لو كان المراد بالكلمه اسقاط الخيار لم يكن مجال لذكر الجملة الاخيريه اى قوله عليه السلام و ان لم يفترقا فان اسقاط الخيار يقتضى سقوطه و لا خصوصيه للافتراق و عدمه.

الا ان يقال ان المراد ان الخيار يسقط بالاسقاط حتى مع عدم الافتراق فالخيار الثابت ببقاء الاجتماع يسقط بالافتراق و أيضا يدل على المدعى قوله عليه السلام اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب و الحال ان اسقاط خيار البائع لا- يقتضى سقوط خيار المشتري و الحال انه عليه السلام حكم بوجوب البيع على الاطلاق فيعلم ان المراد بوجوب البيع لزومه و ان الامام عليه السلام فى مقام نفى خيار المجلس فلا- بد من العلاج فنقول لا مجال لرفع اليد عن حكم الخيار بهذه الروايه اذ قلنا ان خيار المجلس من ضروريات الفقه.

«قوله قدس سره: و لا فرق فى اقسام البيع و انواع المبيع»

الامر كما افاده فان الاطلاق المنعقد فى قوله عليه السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا و اذا افترقا وجب البيع يشمل اقسام البيع و انواع المبيع و التخصيص يحتاج الى الدليل فلاحظ.

«قوله قدس سره: اذا كانا اصليين»

فان القدر المعلوم من الدليل هذه الصوره و الحكم بمرتبته من الوضوح لا مجال للبحث فيه و الاستدلال عليه.

[مسأله لا إشكال فى ثبوته للمتبايعين إذا كانا أصليين و لا فى ثبوته للوكيلين فى الجملة]

اشاره

«قوله قدس سره: و لا فى ثبوته للوكيلين فى الجملة»

فانه قدس سره اشار بقوله فى الجملة الى ان الوكيل ليس قسما واحدا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٨٣

[أقسام الوكيل]

اشاره

بل له اقسام فنقول

التقسيم الأول: ما يكون وكيلاً مفوضاً فى امر المعامله احداثاً و ابقاء كالعامل فى باب المضاربه

حيث ان العامل مفوض بتمام معنى الكلمه و لا- اشكال فى ثبوت الخيار له اذ فى هذه الصوره يكون الوكيل وجودا تنزيلا للموكل و يكون له ما يكون لموكله.

و هذا لا اشكال فيه بل نقول ان الخيار حكم ثابت لعنوان البائع و المتبايع و البيع و هذه العناوين تصدق على الوكيل المفوض فالمقتضى للخيار موجود و المانع عنه مفقود فلاحظ.

القسم الثانى ما يكون وكيلا فى مجرد اجراء الصيغه

اشاره

و المشهور عندهم عدم ثبوت الخيار له و يقع الكلام فى مقامين احدهما فيما يقتضيه ظاهر دليل الخيار بدوا ثانيهما فيما ذكر من الموانع.

أما

المقام الأول [فى ما يقتضيه ظاهر دليل الخيار بدوا]

فنقول البائع أو البيع عبارته عن ذات يكون العنوان ثابتا له كما هو كذلك فى كل مشتق و لا اشكال فى ان المتصدى للبيع و لو كان وكيلا فى مجرد اجراء الصيغه معنون بهذا العنوان فلو تم الاطلاق فى دليل الخيار بمقدماته يكون الخيار ثابتا له.

و أما

قمى، سيد تقى طباطباي، عمدته المطالب فى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، كتابفروشى محلاتى، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق عمدته المطالب فى التعليق على المكاسب؛ ج ٣، ص: ٢٨٣

المقام الثانى فقد ذكرت للمنع وجوه

الوجه الأول الانصراف

بدعوى ان دليل الخيار منصرف عن الوكيل فى مجرد اجراء الصيغه.

و يرد عليه انه لا- وجه للانصراف المستقر بحيث يكون اللفظ غير شامل له فان الانصراف المدعى ان كان من جهه قله الوجود

فمضافا الى ان قله الوجود لا- توجب الانصراف و المعروف ان المطلق لا- ينصرف الى الفرد النادر لا- انه منصرف عنه ان قله الوجود ان كانت موجبه للانصراف لكان مقتضاها عدم ثبوت الخيار للوكيل المفوض و هو القسم الأول اذ لا اشكال في ان تحقق البيع في العالم بالوكالة اقل

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٨٤

قليل بالنسبه الى بيع الاصيل.

الا- أن يقال ان بيع الوكيل المفوض كالعامل في المضاربه و البيع الصادر من الدلائل كثير في حد نفسه و ان كان اقل قليل بالنسبه و الظاهر انه لا فرق بين الموردین فان قله الوجود ان كانت موجبه للانصراف تكون كذلك على الاطلاق و الافلا، و ان كان الانصراف المدعى من ناحيه ماده أو الهيئه فأیضا لا يتم الدعوى فان البيع بمادته عباره عن التمليك بعوض و هذا المفهوم جار في الاصيل و الوكيل مطلقا و الهيئه داله على انتساب تلك ماده الى الذات

بلا دخل لكون المتصدى مالكا أو وكيلا مفوضا أو وكيلا فى مجرد اجراء الصيغه.

الوجه الثانى ان جعل الخيار لمصلحه ذى الخيار بان يتروى و يختار ما هو اصلح له

فلا يثبت للوكيل فى مجرد اجراء الصيغه اذ ليس له شأن و يرد عليه نقضا و حلا أما النقض فكما لو باع زيد كتابه من بكر بالف تومان و الحال انه كتابه لا يسوى ازيد من عشره توامين و نفرض ان المشتري يعلم بالحال فهل يكون للبائع الخيار أم لا؟

لا سبيل الى الثانى و الحال ان الخيار و الفسخ ليس مصلحه له و أما الحل فبان مصلح الاحكام و ملاكاتها لا توجب رفع اليد عن اطلاق الادله و عمومها و لذا التزم الاصحاب بوجود العده على المدخول بها و لو مع عدم الانزال و عدم احتمال الحمل فالوجه المذكور أيضا ساقط و المرجع اطلاق دليل الخيار.

الوجه الثالث: انه قد اقترن فى بعض ادله الخيار خيار المجلس بخيار الحيوان،

لاحظ ما رواه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: البيعان بالخيار حتى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٨٥

يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه ايام «١».

و حيث ان خيار الحيوان يختص بصاحب الحيوان يكون الخيار فى المقام كذلك لوحده السياق.

و بعباره اخرى نفهم من التقارن وحده الموضوع فلا مجال لان يقال انه لا تنافى بين المثبتين فان الدليل الذى لا تقارن فيه يدل على الاطلاق فان التقارن يقتضى الاختصاص و يوجب تضيق موضوع خيار المجلس و يجعله كخيار الحيوان.

و يرد عليه أولا ان لازم التقريب المذكور عدم ثبوته للوكيل المفوض لعين التقريب.

و ثانيا: ان ما افيد من غرائب الكلام فانه اى ربط بين المقامين فان مجرد الاقتران بين حكمين فى دليل لا- يقتضى اتحاد موضوعيهما فانه لو ثبت فى دليل كون خيار الحيوان لابن اخ البائع فهل يتوهم ان خيار المجلس أيضا كذلك لو فرض التقارن

بينهما فى الدليل كلا ثم كلا فلاحظ.

الوجه الرابع ان المستفاد من دليل خيار المجلس ان صاحب الخيار له ان يتصرف فيما انتقل عنه

بارجاعه الى ملكه بعد فرض تسلطه على التصرف فيما انتقل إليه و من الظاهر ان الحكم تابع لموضوعه لا العكس فلا بد من احراز الموضوع و هو التمكن من التصرف فيما انتقل إليه كى يؤخذ بدليل الخيار.

و مع الشك فى الموضوع لا مجال للاخذ بدليل الحكم فانه قد ثبت فى الاصول عدم جواز الاخذ بالعموم أو الاطلاق فى الشبهه المصدقيه و لذا لو كان ما انتقل إليه مندور الصدقه أو كان ممن يحتمل اعتاقه

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب الخيار الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٨٦

على البائع كما لو كان الثمن من اقربائه لا مجال للاخذ بدليل الخيار لنفى وجوب التصدق و عدم اعتاق الثمن و من الظاهر ان الوكيل فى مجرد اجراء الصيغه ليس له التصرف فيما انتقل إليه فلا خيار له

و يرد عليه ان الخيار حق متعلق بالعقد و ليس حكما عارضا على العين فلا مجال للتقريب المذكور نعم من آثار الفسخ انتقال كل من المبيع و الثمن الى ما كان اذا كان باقيا الى زمان الفسخ و من الظاهر انه لا فرق بين الاصيل و الوكيل من هذه الجبهه فان العقد الذى هو موضوع الحكم مشترك بين الموردين و اما ما افيد من ان الخيار يوجب نفى الصدقه فليس الامر كذلك فان الخيار ثابت و الاخذ به حرام لانه حث للنذر و النهى التكليفى لا ينافى الصحه الوضعيه.

و اما مسئله اعتاق الثمن فهو أيضا غير تام اذ الاعتاق لا يقتضى عدم الخيار بل الخيار ثابت غايه الامر تصل النوبه الى دفع البدل.

و بعبارة اخرى حيث ان موضوع الخيار هو العقد لا

يفرق فيه بين بقاء العين و عدمه فعلى فرض بقائها ترجع هي و على فرض تلفها تصل النوبه الى البدل فان كانت مثليه يجب دفع المثل و ان كانت قيمته يجب دفع قيمه.

الوجه الخامس ان الخيار يتحقق لمن يكون له حق الاقاله

و حيث ان الوكيل فى مجرد اجراء الصيغه ليس له الاقاله فلا يكون له الخيار.

و فيه أولا ان الخيار ثابت فى النكاح فى الجملة و الحال انه لا اقاله فى النكاح و ثانيا ان هذه الدعوى بلا بينه و برهان و لا يرتبط احد المقامين بالآخر بل المرجع اطلاق دليل الخيار فاذا ثبت الاطلاق يؤخذ به.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٨٧

الوجه السادس ان خيار الفسخ ثابت فى حق من يكون مخاطبا بخطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

فان الفسخ يقابل الوفاء فمن يكون الوفاء واجبا عليه يكون الفسخ ثابتا له و حيث ان الوكيل فى مجرد اجراء الصيغه غير مخاطب بالوفاء فلا يكون له الخيار.

و يرد عليه ان مفاد الآيه لو كان الحكم التكليفى لكان لهذا التقريب مجال و أما على ما قلنا و ذكرنا من ان الآيه الشريفه ارشاد الى اللزوم و لا- يكون مفادها حكما تكليفيا فلا يتم الاستدلال المذكور فان المستفاد من الآيه لزوم العقد فلا ينافى مع ثبوت الخيار للوكيل فى مجرد اجراء الصيغه.

مضافا الى الاشكال فى اصل التقريب فاننا نفرض ان مفاد الآيه الحكم التكليفى و ذلك الحكم يختص بغير الوكيل فى مجرد اجراء الصيغه لكن لا دليل على اختصاص الخيار بمن يكون مخاطبا بخطاب وجوب الوفاء فانه لا ارتباط بين الامرين.

الوجه السابع ان خيار المجلس لو كان ثابتا للوكيل فى مجرد اجراء الصيغه لكان ثابتا للفضولى

بل كان ثبوته له اولى و يرد عليه ان التقريب المذكور فاسد اذ خيار المجلس ثابت للبيع الصحيح.

و بعباره اخرى الخيار و اللزوم فرعا تحقق العقد شرعا و بيع الفضولى فاسد فى وعاء الشرع.

و إن شئت قلت: ان البيع الصادر عن الفضولى قبل الاجازه لغو محض و بعد الاجازه اذا كان مجلس العقد باقيا يمكن الالتزام بثبوت الخيار للفضولى و بيان واضح ان الفضولى تاره يرفع اليد عن عقده و يحله قبل الاجازه و اخرى يبقى على ما عقد و على الثانى تاره يحصل الافتراق بين المتبايعين قبل الاجازه و اخرى يكون مجلسهما

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٨٨

باقيا و لا يحصل الافتراق.

أما على الاول فلا- موضوع للاجازه و لا للخيار اذ المفروض انه تمام العقد بحله و على الثانى فلا مجال للخيار اذ فرض الافتراق قبل الاجازه و على الثالث يمكن القول بثبوت

الخيار للفضولي فان موضوع الخيار البائع فى بيع صحيح فاذا فرض انه تحقق عنوان البائع كما هو كذلك و فرض أيضا بقاء مجلس العقد.

و من ناحيه اخرى فرض اجازته المالك للعقد الفضولى و من ناحيه رابعه قد دل النص الخاص على تماميه العقد الفضولى بالاجازة فما المانع عن الالتزام بالخيار.

اللهم الا- أن يقال: ان الظاهر من دليل خيار المجلس كقوله صلى الله عليه و آله البيعان بالخيار اعتبار الخيار للبائع من حين صدور البيع و حدوثه.

و بعبارة اخرى: يكون الدليل ناظرا الى اثبات حق الحل و الفسخ للعقد الصحيح و المفروض ان العقد الصادر عن الفضولى باطل و لغو و الاجازة المتأخره لا- توجب انقلاب الشىء الباطل و جعله صحيحا فانه امر غير معقول فالنتيجه ان هذا الوجه أيضا غير مفيد لاثبات المدعى.

الوجه الثامن ان الوجوه المذكوره و ان كانت باطله و غير تامه لاثبات المدعى لكن تكون مانعه عن تحقق الاطلاق

فان تحقق الاطلاق يتوقف على تماميه مقدمات الحكمه و المفروض انه مع هذه الوجوه لا- تتم تلك المقدمات و لا- يحرز الاطلاق.

و يرد عليه ان ضم امر غير معتبر الى مثله و امثاله لا يقتضى الاعتبار و لا يكون قابلا للمنع عن الاطلاق فالاطلاق محكم.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٨٩

الوجه التاسع ان ادله سائر الخيارات لا تشمل الوكيل فى اجراء الصيغه

فخيار المجلس أيضا لا يكون له.

و يرد عليه ان الوجه المذكور فى غايه الضعف فان الميزان ملاحظه كل دليل بحياهه و استقلاله ففى كل مورد كان الدليل شاملا لمورده يؤخذ بذلك الدليل و يحكم على ذلك الموضوع بذلك الحكم و فى كل مورد لا يكون الدليل شاملا لموضوع لا يحكم به عليه و هذا ظاهر واضح

الوجه العاشر ان النسبه بين دليل الخيار و دليل سلطنه المالك على ماله عموم من وجه و يقع التعارض بينهما

فيما يفسخ الوكيل و لا يكون المالك راضيا فان مقتضى الخيار الفسخ و مقتضى دليل السلطنه فساد و عدم انحلال القيد و دليل السلطنه مقدم على معارضه لكونه معاضدا بالحكم العقلانى.

و على فرض التعارض و عدم مرجح يتساقطان فتصل النوبه الى بقاء الملكيه بالاستصحاب و يرد عليه أولا- ان دليل السلطنه ضعيف و ثانيا انه لا تعارض بين الدليلين اذ مقتضى دليل السلطنه تسلط المالك على ماله و دليل الخيار يقتضى جواز انحلال العقد.

و بعباره واضحه ان الخيار ملك فسخ العقد و لا يرتبط بالعين و ثالثا انه لا مجال لتقديم احد الدليلين على الاخر بحكم العقلاء فان الترجيح يحتاج الى الدليل.

و رابعا انه لا تصل النوبه الى الاستصحاب اذ دليل الوفاء محكم و معه لا مجال للاصل العملى و خامسا ان الاستصحاب الجارى فى الحكم الكلى معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد فالنتيجه ان الصنائه تقتضى الالتزام بثبوت الخيار للوكيل فى مجرد اجراء الصيغه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٩٠

و يؤيد ما ذكرنا ان المنقول عن صاحب الحدائق انه التزم بثبوت خيار المجلس للوكيلين فى اجراء الصيغه بل قال بثبوتيه لهما و لو مع منع المالك اللهم الا أن يقوم دليل قطعى على الخلاف و الا فمقتضى القاعده ثبوتيه له فلاحظ.

القسم الثالث من الوكيل من يكون وكيلا فى البيع فقط أو الشراء فقط

بحيث ينتهى امد وكالته بالبيع أو الشراء فهل يثبت له خيار المجلس أم لا؟ و مما ذكرنا فى الوكيل فى مجرد اجراء الصيغه يظهر الحال فى المقام فان ثبوتيه للقسم الثالث بالاولويه و لو فرضنا عدم ثبوتيه للقسم الثانى لبعض الوجوه المتقدمه كالانصراف المدعى نلتزم بثبوتيه للقسم الثالث لتماميه الموضوع فالقاعده تقتضى ثبوت الخيار له و لو مع منع المالك.

و أما ثبوت

الخيار للفضولى فقد مرّ الكلام فيه فى ذيل البحث فى القسم الثانى و ذكرنا ما يختلج ببالنا و مجمل القول فيه التفصيل بل اخترنا عدم ثبوته له على الاطلاق و قلنا ان الظاهر من دليل الخيار حدوث البيع و يبقى الخيار الى زمان حصول الافتراق و فى الفضولى لا- مجال لجريانه بالنحو المذكور اذ غايته ان البيع الفضولى بعد وقوعه قابل للامضاء من قبل المالك لكن لا يحدث الخيار بحدوث البيع بل يتوقف على اجازته المالك فاذا كان ظاهر دليل الخيار كما ذكرنا لا يشمل البيع الفضولى فلا مجال للقول به و لا- فرق فيما ذكرنا بين القول بالكشف و النقل نعم لو قلنا بالكشف الحقيقى كان الالتزام بالخيار على طبق القاعده لكن الكشف الحقيقى باطل من اصله و لا وجه للقول به فلاحظ.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٩١

ثم ان الماتن قدس سره تعرض فى هذه المسأله لعدده فروع

اشاره

و تبعاً له نتعرض لكل واحد من هذه الفروع و نبين ما هو مقتضى القاعده و الصنائه بحوله و قوته فنقول.

الفرع الأول ان المالك الذى وكل غيره فى اجراء الصيغه هل يثبت له الخيار أم لا؟

اقول الخيار رتب على عنوان البيع و المتبايع و البيع عبارته عن الاعتبار النفسانى و ابراز ذلك الاعتبار بمبرز خارجى من لفظ أو فعل و لا اشكال فى ان الاعتبار و كذا ابرازه بمبرز امر تكوينى و هل يمكن نسبه الامر التكوينى الى احد و الحال انه صدر عن غيره.

و ان شئت قلت ان الدليل قائم على جواز التوكيل فى بعض الامور التكوينية و لكن فعل الوكيل غير صادر عن الموكل و من الظاهر ان المشتق موضوع لمن ثبت له المبدأ.

و بيان آخر نقول صحه السلب آيه المجاز و صحه الحمل آيه الحقيقه و انا نرى انه لا يصح حمل الفعل الصادر عن الوكيل على الموكل مثلاً لو فرض ان و كل بكراً فى بيع داره ثم ان البكر باع داره فى زمان كان زيد نائماً هل يصح ان يقال ان زيدا فى حال النوم باع داره أو يقال باع و كيله داره فى زمان كان نائماً و أيضاً نرى انه يصح ان يقال باع فلان ذلك الشىء لفلان و كذلك فى طرف الاشترء و نرى انه يصح ان يقال زيد فى اليوم الفلانى باع داره من فلان و فى ذلك اليوم باع و كيله تلك الدار من غيره و لا يقال زيد باع داره فى اليوم الفلانى من شخصين و عدم صحه الحمل علامه المجاز.

و صفوه القول ان و كيل زيد لو باع داره لا يقال زيد باع داره

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٩٢

مباشره بل يقال باع داره بواسطه و كيله اى لم يبع

بنفسه و بعبارة اخرى لم يصدر البيع عن نفسه بل صدر عن وكيله و الخيار حكم من يصدر عنه البيع مباشرة.

و يتضح المدعى باننا نسأل ان الوكيل اذا باع دار الموكل هل يصدق ان الموكل اعتبر الملكيه فى نفسه و هل يصدق انه ابرز
اعتباره بمبرز كذائى أم لا يصدق؟ لا سبيل الى الاول و على الثانى كيف يمكن الالتزام بصدور البيع عنه و صدقه؟ و الحال ان
البيع عباره عن الاعتبار و ابراز ذلك الاعتبار و قد فرض انه لم يعتبر و لم يبرز.

و لك ان تقول بان غايه ما يمكن ان يقال ان الوكيل وجود تنزيلي للموكل و فعله فعل تنزيلي للموكل فلا يكون الوكيل متحدا
مع الموكل و يكون فعله فعلا له فانتساب البيع الصادر من الوكيل الى الموكل ادعائى لا واقعى و عليه لا دليل على ثبوت الخيار
له اذ الظاهر من قوله البيعان بالخيار اثبات الخيار لمن يكون بايعا بالحمل الحقيقى لا بالحمل الادعائى مثلا لو ثبت حكم لعنوان
العالم لا يثبت ذلك الحكم لولد العالم فان ولد العالم عالم ادعائى لا حقيقى فلا اطلاق فى الدليل.

ان قلت: البائع موضوع فى اللغه للجامع بين البيع بالمباشرة و بالوكالة فلا فرق بين الموكل و الوكيل من هذه الجهه.

قلت: يكفى الشك فى هذه الدعوى فان الشك فى صدق الموضوع مانع عن الاخذ باطلاق الحكم بل بالاستصحاب يحرز عدم
تعنون الموضوع بالعنوان اذ قد ذكرنا مرارا انا بنينا على جريان الاستصحاب فى الشبهه المفهوميه.

بل يمكن ان يقال انه يحرز عدم تعنونه بغير الاستصحاب أيضا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٩٣

و هو انه لو باع و كيل زيد داره فى يوم الجمعه نسأل

انه قد تحقق البيع اى بيع دار زيد مرتين أو مره لا سبيل الى الاول و على الثانى كيف يمكن نسبه صدور فعل واحد الى فاعلين كل واحد على نحو الاستقلال و حيث ان صدقه من الوكيل قطعى فلا يكون صادقا بالنسبه الى الموكل فتحصل ان العقد الصادر عن الوكيل لا يستند الى الموكل بل منسوب الى الوكيل فحسب.

و مما يدل على صدق مقالتنا انهم عنونوا انه هل يشترط حضور المالك فى مجلس العقد أم لا؟ فان البيع الصادر عن الوكيل اذا كان صادرا عن الموكل حقيقه و بلا عنايه فما الوجه فى اشتراط حضور المالك فى مجلس العقد بل الميزان على هذا بمجلس المالك فلو كان المالكان مجتمعين فى مكان غير مجلس العقد يلزم ان يثبت لهما خيار المجلس و يكون باقيا ذلك الخيار الى تفرقهما و لو مع تفرق الوكيلين و انقضاء مجلس العقد بل لا بدّ من القول بان مجلس العقد متعدد و احدهما انقضى و ثانيهما باق و هل يمكن الالتزام بهذا اللازم؟

و يتضح الامر فى النيابة كما لو استتاب احد غيره فى ان يحج عنه و حج النائب فهل يصح ان يقال ان المنوب عنه اى الفلان حج فى هذه السنه و هل يكون فرق بين النيابة و الوكاله.

و ما ذكرنا فى تقريب عدم ثبوت الخيار للموكل يتخلص فى عده تقاريب. التقريب الاول: ان البيع عباره عن الاعتبار النفسانى و ابراز ذلك الاعتبار بمبرز من قول أو فعل و كل من الاعتبار و ابرازه امر تكوينى و هل يمكن اسناد الامر التكوينى من شخص الى شخص آخر؟

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٩٤

التقريب الثانى ان المشتق حقيقه فى

ذات ثبت له المبدأ و من ناحيه اخرى المبدأ ثابت للوكيل لا للموكل.

التقريب الثالث ان صحه الحمل آيه الحقيقه و عدم صحه الحمل آيه المجاز فلو فرض ان الوكيل باع دار زيد فى يوم الجمعه و الحال ان زيدا كان نائما فى زمان البيع هل يصح ان يقال ان زيدا فى حال كونه نائما باع داره أو يقال انه لم يبع داره بل وكيه باع داره.

التقريب الرابع انه لو فرض ان الموكل اذا باع داره فى الساعه الفلانيه من اليوم الفلانى من شخص و باع وكيه فى تلك الساعه دار الموكل من شخص آخر فهل يصح ان يقال ان زيدا باع داره فى تلك الساعه من شخصين أو يقال باع هو داره من شخص و باع وكيه داره من شخص آخر.

التقريب الخامس: انه لو باع وكيل زيد دار موكله لا يقال زيد باع داره مباشره بل يقال ان زيدا باع داره بواسطه وكيه و الخيار حكم من يكون متصديا للبيع مباشره و لا اقل من انصرافه إليه.

التقريب السادس ان غايه ما يمكن ان يقال ان الوكيل وجود تنزيلي للموكل و من الظاهر ان الوجود التنزيلي وجود ادعائى لا واقعى مثلا- ولد العالم عالم ادعائى لا حقيقى و الحكم يترتب على الموضوع الواقعى لا على الفرد الادعائى و عليه يترتب الخيار على البائع الواقعى لا البائع الادعائى.

التقريب السابع: ان النيابة عباره عن الوكاله و كلاهما من باب واحد فلو استتاب زيد شخصا لان ينوب عنه فى الحج و النائب حج فهل يصح ان يقال ان زيدا حج فى تلك السنه أو يقال استتاب للحج فاذا كان الامر كذلك فى النيابة يكون هكذا فى الوكاله.

عمده المطالب فى

التقريب الثامن: انه لو كان استناد البيع الى الموكل حقيقيا واقعيا فما الوجه في عنوان القوم انه هل يشترط حضور الموكل في مجلس العقد في ثبوت خيار المجلس له أم لا؟ فانه لا وجه لهذا الاشتراط بل المناط حضور المالكين في مجلس في زمان العقد و اجتماعهما فيه و لو كان ذلك المجلس بعيدا عن مجلس العقد بفراسخ و كان بين المكانين بون بعيد.

التقريب التاسع انه لو كان الامر كما يقولون و يكون الفعل الصادر عن الوكيل منسوباً الى الموكل حقيقه و واقعا يلزم ان الموكل لو باع داره يصح اسناد البيع الى و كيله أيضا للتلازم من الجانبين و لا وجه للتخصيص.

ان قلت الفعل فعل الموكل و الوكيل آله فان الموكل تاره يبيع داره بلسانه المباشري و اخرى بغيره و الوكيل لا موضوعيه له فان الموضوع هو الموكل.

قلت: فعليه لا بد ان نلتزم بعدم صحه اسناد الفعل الى الوكيل و اذا قال احد باع و كيل زيد دارا في اليوم الكذائي يكون كاذبا و هل يمكن الالتزام بهذا اللازم؟ كلا ثم كلا.

و ان ابيت عما نقول فلا- اقل من الشك في صدق العنوان على الموكل و مع الشك لا مجال للاخذ بالدليل اذ لا يجوز الاخذ بالدليل في الشبهه المصادقيه بل يمكن احراز عدم صدق العنوان باستصحاب فانا ذكرنا مرارا جريان الاستصحاب في الشبهه المفهوميه و به يحرز عدم كون الموكل مصداقا للبائع و البيع.

و أما مسئله النذر فالظاهر انه لا مجال للاستدلال بها اذ النذر تابع لقصد الناذر فان قصد ترك البيع و لو بالواسطه يحث بيع

الا ان يتعلق النذر بما يصدق عليه البيع فى العرف فعلى فرض صدق العنوان حتى لو كان بالواسطه و التوكيل يحث و الا فلا و لا فرق فيما ذكرنا بين ان يكون التوكيل قبل النذر أو بعده.

و ربما يقال كما عن سيدنا الاستاد بانه لو كان التوكيل قبل النذر لا يتحقق الحث اذ فعل الوكيل ليس اختياريا للناذر.

و يرد عليه أولا- انه يمكن ان يفرض الكلام فيما يكون فعل الغير اختياريا له بان يكون الغير مطيعا للناذر و يأتى بما يأمره به و ينتهى عما ينهاه عنه.

و ثانيا ان الناذر بعد النذر يمكنه ان يعزله عن الوكاله فى البيع حتى لا يتحقق الحث فلاحظ.

الفرع الثانى انه على القول بثبوتة للموكلين هل يشترط حضورهما فى مجلس العقد أم لا؟

و قد تقدم التعرض منا لهذا الفرع و بينا ما هو الحق عندنا و قلنا ان الميزان بمجلسهما على القول بثبوت الخيار لهما لا بمجلس العقد و ان الميزان بافتراقهما عن ذلك المجلس بالنسبه الى خيارهما و اما بالنسبه الى الخيار الثابت للموكلين فالميزان فى سقوط الخيار بافتراقهما فلو فرض مجلس جامع للموكلين و للموكلين يكون الخيار لهم و يسقط خيار الموكلين بافتراقهما و خيار الوكيلين بافتراقهما.

الفرع الثالث انه على فرض الخيار للموكلين و الموكلين ففارق احد الموكلين و احد الوكيلين المجلس

فهل يبقى الخيار للموكل و الوكيل الباقيين فى المجلس أم لا؟ الظاهر انه يبقى اذ يصدق عنوان

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٩٧

البيعين و المتبايعين عليهما فالخيار يكون باقيا الى ان يتفرقا عن المجلس.

الفرع الرابع انه لو كان الوكيل وكيلا مفوضا فى جميع الجهات حتى الاقاله و الفسخ فهل يثبت له الخيار

و قد تقدم الكلام حوله فلا نعيد و اما ثبوت الخيار للموكل فالكلام فيه هو الكلام الذى تكلمنا حوله بالتفصيل فلا وجه للاعاده.

«قوله قدس سره: لكن الوجه الاخير لا يخلو عن قوه»

الخ الظاهر ان المراد بالوجه الاخير الاولويه المذكوره فى كلامه و الانصاف انه لا وجه للاولويه فان الخيار بمقتضى ظهور الدليل ثابت للبائع فعلى تقدير صدقه على الموكل يثبت له و اما على تقدير عدم الصدق فلا وجه للالتزام بالثبوت فان اجراء حكم ثابت لموضوع على موضوع آخر خلاف القاعده و ملاك الاحكام غير معلوم عندنا.

الفرع الخامس انه لو ثبت الخيار لعدة اشخاص من طرف فكل واحد منهم سبق الى اعمال الخيار بالاسقاط أو بالانفاذ هل يسقط خيار الباقيين أم لا؟

حكم الشيخ قدس سره بالسقوط و قال ليس المقام تقديم الفاسخ أو الموجب فان تلك المسألة تتصور في الاختلاف في طرفي العقد لا من جانب واحد.

أقول: اذا قلنا بثبوت الخيار لكل واحد من الموكل و الوكيل فلا وجه للالتزام بالسقوط بفعل واحد منهما بل اللازم ملاحظه كل واحد منهما على حياله و استقلاله.

و بعبارة اخرى نقول تاره الخيار للجامع و اخرى نقول للمجموع من حيث المجموع كالعام المجموعى.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٩٨

و ثالثه نقول الخيار لكل واحد على نحو العموم الاستغراقى أما على الاول فالامر كما افاده فان الخيار يسقط باسقاط واحد كما انه ينحل العقد بفسخه اذ المفروض ان الخيار تعلق بالجامع و المفروض ان الجامع تصدى للاسقاط أو الفسخ و لكن هذا القول لا دليل عليه.

و أما على الثانى فيلزم ان يشترك كلاهما فى الاسقاط أو الفسخ اذ المفروض ان الموضوع عبارة عن المجموع من حيث المجموع و هذا القول أيضا لا دليل عليه و اما على الثالث فكما قلنا ينحل الخيار و لكل واحد منهما يثبت فلا وجه لسقوط خيار احدهما

باسقاط الاخر و الحق هو القول الثالث فلاحظ.

«قوله قدس سره: لاشخاص كثيره من طرف واحد»

الخ كيف يتصور الخيار لاشخاص كثيره من طرف واحد فان ما يمكن تعقله ثبوته للموكل و الوكيل و لا مقتضى لا زيد منهما اللهم الا ان يقال ان الموكل اذا باع داره يثبت الخيار له و لو كيله أو اذا باع احد الوكلاء يثبت الخيار للمالك و لجميع الوكلاء و هل يمكن الالتزام به؟

و هل يكون مقتضا لهذه مقاله؟

«قوله قدس سره: فيكفى بقاء اصيل مع وكيل آخر في مجلس العقد»

الامر كما أفاده فان ما فرضه يكفى لبقاء الخيار و لكن قد ذكرنا انه لا مدخله لمجلس العقد بل يكفى لثبوت الخيار و بقاءه اجتماع المالكين في مجلس آخر حين العقد.

بل لنا ان نقول انه على القول بثبوت الخيار للوكيل و الموكل يكفى لبقاء الخيار بقاء الاجتماع بين اصيل مع وكيل آخر على نحو الاطلاق و لو بحضور الاصيل في مجلس العقد بقاء مع عدم حضوره حدوثا.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٩٩

و أيضا يكفى لبقاء الخيار حضور وكيل احدهما بقاء في مجلس الموكلين بان يفرض اجتماع موكلين في مجلس غير مجلس العقد و حضور احد الوكيلين في ذلك المجلس و بقاءه مع احد الاصيلين.

و هذا احد الفروع التي تعرض الماتن لبعض صورته فيكون فرعا سادسا للفرع المشار إليها في المتن.

الفرع السابع: انه هل يثبت الخيار للوكيل في مجرد البيع فقط

البرزخ بين القسم الأول و الثاني؟ الماتن انكر ثبوته له و لكن على ما ذكرنا يثبت له الخيار بل ثبوته له اولى من ثبوته للقسم الثاني كما هو ظاهر و قد ذكرنا ما هو الحق حول الفرع المذكور سابقا أيضا.

الفرع الثامن: انه هل يكون للموكل على تقدير اختصاص الخيار به تفويض الامر الى الوكيل بحيث يصير ذا حق أم لا؟

الظاهر كما اشار إليه الماتن انه لا يكون للموكل التفويض بهذا النحو اذ لا دليل عليه و مقتضى الاصل الاولى عدمه نعم له ان يوكله في اثبات العقد كما ان له ان يوكله في الفسخ و أيضا له تفويض كلا الامرين إليه.

الفرع التاسع: انه هل يثبت الخيار للفضولين أم لا؟

قد تقدم منا تحقيق هذه الجبهة و بينا ما هو الحق فلا وجه للاعاده و راجع ما ذكرناه و بيناه و لا فرق بين كون الاجازة نافله أو كاشفه اذ الكشف على القول به يرجع الى النقل نعم على القول بالكشف الحقيقي الباطل يثبت الخيار للفضولي اذ المفروض صدق عنوان البيع عليه.

و من ناحيه اخرى فرض تحقق الملكيه من زمان العقد و من ناحيه ثالته الخيار حكم العقد الصحيح و قد فرض كونه صحيحا فلا بد من

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٠٠

التفصيل الذى ذكرنا.

الفرع العاشر: انه هل يثبت الخيار فى الصرف و السلم قبل القبض أم لا؟

الحق ثبوته اذ المفروض ان العقد صحيح شرعا فيكون قابلا- للبقاء و الانهدام بالفسخ فيكون قابلا- لعروض الخيار و حصول الملكيه و عدمه لا دخل له فى الخيار بل الميزان فى امكان تعلق الخيار تحقق العقد الصحيح الشرعى و المفروض تحققه. لكن الانصاف يقتضى عدم الخيار و عدم ترتيبه الاعلى العقد الصحيح و المفروض ان البيع قبل القبض لا يكون صحيحا شرعا و غير تام و ان شئت قلت الفسخ و الحل فرع تحقق الانعقاد و المفروض انه لم يتحقق العقد فى و عاد الشرع.

«قوله قدس سره: فحوى ما تقدم من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين»

لا وجه للفحوى و الاولويه فان عدم ثبوته للوكيل فى مجرد اجراء الصيغه لاجل انصراف دليل الخيار مثلا فاذا كان الدليل منصرفا عن الفضولى أيضا يكون المناط واحدا بدون الاولويه و ان لم يكن منصرفا عنه فالامر اوضح فعدم ثبوته للفضولى لما ذكرنا من ان الخيار حكم للعقد الصحيح شرعا و عقد الفضولى غير صحيح.

الفرع الحادى عشر انه على القول بالنقل هل يكون دخل لمجلس الاجازة أم لا؟

الحق هو الثانى فان مجلس الاجازة لا موضوعيه له اذ الاجازة لا تكون بيعا و لا عقدا فلا يكون موضوعا للخيار فلا يكون مجال للبحث المذكور.

الفرع الثانى عشر ان الفضولى قبل الاجازة لو رد و فسخ و رفع اليد عن التزامه فهل يكون قابلا للاجازة بعده أم لا؟

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٠١

الظاهر هو الثانى اذ الفسخ يهدم العقد و مع الانهدام لا مجال لاجازته من قبل المالك.

«قوله قدس سره: فتأمل»

الظاهر انه يشير بالامر بالتأمل الى ان الاجازه لا- ترتبط باسقاط الخيار بل الاجازه موجب لاثبات العقد و الاذعان به و الا يلزم الدور اذ اسقاط الخيار يتوقف على وجوده و الحال ان وجوده يتوقف على الصحة التى تتوقف على الاجازه.

«قوله قدس سره: فلو تباع غاصبان ثم تفاسخا لم يزل العقد عن قابليه لحقوق الاجازه بخلاف ما لورد الموجب منهما قبل قبول الاخر لاختلال صورته المعاقده و الله العالم»

كيف يكون العقد قابلا للحقوق الاجازه مع انهدامه بالتفاسخ و بعبارة واضحة بعد ما تباع الغاصبان ثم تفاسخا قبل الاجازه من المالك نسال ان العقد الصادر منهما هل يكون باقيا أم لا؟ اما على الاول فكيف يكون باقيا مع ان الفسخ عبارة عن حل العقد و هل يمكن اجتماع بقاء العقد بحاله مع فرض انحلاله بالفسخ و الحال ان مرجعه الى اجتماع الضدين و اما على الثانى فلا موضوع لان يجاز من قبل المالك.

[مسألة لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره هل له الخيار أم لا]

اشاره

«قوله قدس سره: مسئلة لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره»

وقع الكلام فى انه لو كان العاقد واحدا و متصديا للايجاب و القبول هل يثبت له خيار المجلس أم لا؟ و

ما يمكن ان يذكر فى تقريب العدم وجوه.

اشاره

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٠٢

الوجه الأول: ان الخيار ثابت فى الدليل لعنوان بيعين و متبايعين

و بعبارة اخرى ثبت لصيغه التشبيه و المفرد لا يكون مثنى فلا يتحقق الخيار فيما لا يتحقق عنوان المثنى.

و الجواب عن التقريب المذكور ان المستفاد من دليل الخيار ثبوته للبائع و للمشتري و المفروض ان العاقد فى مفروض الكلام

معنون بكلا العنوانين.

و بعبارة واضحة لا- موضوعيه لعنوان المثني بل الموضوع عبارة عن البائع و المشتري و المفروض ان كلا العنوانين منطبقان على الوجود الواحد و مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين الصورتين اصف الى ذلك انا نسلم ان الاستفادة من الدليل كون الموضوع متعددا.

لكن نقول الاستفادة من دليل الخيار تعدد العنوان و المفروض تعدده و بعبارة اخرى الميزان و المناط هو العنوان و لا خصوصيه للشخص.

و بيان اوضح: ان غايه ما يمكن ان يقال في تقريب المدعى ان عنوان المثني دخيل في ترتب الحكم لكن نقول هل يكفي تحقق عنوان المثني و لو بتعدد العنوان و وحده المصداق أم يلزم تعدد المصداق أيضا؟ فانه لا دليل على تعدد المصداق بل الدخيل تعدد العنوان و هو حاصل في محل البحث فلاحظ.

الوجه الثاني انه لا يمكن جعل غايه الحكم امرا مستحيلا

كما لو قال المولى الشىء الفلانى نجس حتى يتحقق الدور و عليه لا- يمكن جعل الخيار الى زمان الافتراق الذى لا يمكن تحققه فى الخارج.

و يرد عليه أولا بالنقض بمورد يكون البائع و المشتري متلاصقين

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٠٣

و غير قابلين للافتراق فهل يمكن القول بعدم الخيار لعدم امكان الافتراق؟

و ثانيا بالحل و هو ان المدعى على فرض تسلمه انما يكون كذلك فيما لا يكون للموضوع مصداقان احدهما قابل لتحقق الغايه فيه و اما اذا كان الحكم ثابتا للجامع بين فردين احدهما غير قابل لتحقق الغايه فيه و الاخر قابل كما فى

المقام فلا محذور و من الظاهران المتعاملين لا يكونان منحصرين في فردين لا يمكن افتراقهما.

و ثالثا انه يرد عليه انه لا مانع من جعل المحال غايه للحكم فانه عباره اخرى عن الدوام و عدم زوال الحكم.

الوجه الثالث: الظهور العرفي

فان الظهور العرفي يحكم بان الشارع الاقدس اثبت الخيار لمتعاقدين متعددين.

و الظاهر ان الوجه المذكور لا بأس به و لو سلمنا عدم الجزم فلا اقل من الشك في تحقق الاطلاق و صدق موضوع الخيار على الواحد فلاحظ.

الوجه الرابع: احتمال كون الخيار مشروطا بكون ذي الخيار معنونا باحد العنوانين من البائع و المشتري

و اما من يكون معنونا بكلا العنوانين فلا يكون الخيار له.

و فيه ان مجرد الاحتمال لا يكون مانعا عن الاطلاق و الا لانسد باب الاخذ بالإطلاق و هو كما ترى.

الوجه الخامس: ان الافتراق غايه الحكم فلا بد من التعدد

و بيان واضح ان الافتراق يستلزم التعدد و الاجتماع و اجاب الشيخ قدس سره عن الوجه المذكور بان كون الغايه الافتراق المستلزم للتعدد مبني

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٠٤

على الغالب و فيه انه خلاف الظاهر.

فالحق في الجواب أن يقال ان التعدد محفوظ في المقام فان المفروض ان البائع و المشتري عنوانان و كلاهما موجودان لكن العنوانين متصادقان على فرد واحد و لا دليل على لزوم كون المصداق متعددا فانه خلاف الاطلاق.

و بعباره اخرى نسلم ان الافتراق يستلزم التعدد و الاجتماع لكن نقول التعدد مفروض في المقام فان البائع و المشتري عنوانان مجتمعان في شخص واحد.

«قوله قدس سره: فالظاهر بقائه الى ان يسقط باحد المسقطات غير التفرق»

هذا من القضايا التي قياساتها معها فان المفروض انه لا يعقل الافتراق فلا يعقل ما يكون مترتبا عليه فسقوط الخيار بغيره فلاحظ.

[مسأله قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار]

[منها من ينعق على احد المتبايعين]

اشاره

«قوله قدس سره: منها من ينعق على احد المتبايعين»

قد اشار الماتن فى هذه المسأله الى عدده امور.

الأمر الأول: انه اذا كان المبيع من ينعق على المشتري فهل يتحقق خيار المجلس أم لا؟

و نقل عن المشهور عدم الخيار و الكلام على مسلك من يرى تحقق الملك بمجرد العقد و أما لو قلنا بتوقف الملك على مضى زمان الخيار فلا اشكال فى ثبوت الخيار.

اذا عرفت مركز البحث فاعلم ان الحق ثبوت الخيار اذ الخيار يتعلق بالعقد فلا منافاه بين انعقاد المبيع و عدم بقائه على المملوكيه و بين ثبوت الخيار فان الخيار ملك فسخ العقد غايه ما فى الباب انه لو انعدم المبيع بالانعقاد القهرى تصل النوبه الى البدل و لذا نرى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٠٥

انه لو تلف المبيع أو الثمن بالتلف السماوى فى البيع الخيارى يكون الخيار باقيا عند القوم و ان ذا الخيار اذا فسخ العقد تصل النوبه الى اخذ البدل من المثل أو قيمه.

الأمر الثانى ان الفسخ الصادر عن ذى الخيار من الحين لا من الاصل

و بعبارة واضحه ان الخيار ملك فسخ العقد و رفعه من حين اعمال الخيار و لا يرتفع بالفسخ اصل العقد فلا حق لذى الخيار بعد الفسخ بالنسبه الى نفس العين الا مع بقائها.

و أما على تقدير عدم البقاء كما هو المفروض فى المقام حيث ان ملكيه العمودين توجب الانعقاد فلا يبقى مجال لعود الملك الى مالك الاول بل تصل النوبه الى البدل كما تقدم.

الأمر الثالث انه ربما يقال ان الخيار ثابت للبائع دون المشتري

و هذا التفصيل غير تام و لا وجه له فان مقتضى القاعده الاوليه عدم الفرق بينهما و دليل خيار المجلس يقتضى ثبوت الخيار لهما و لا ترجيح للبائع على المشتري.

و قد ذكر لعدم ثبوت الخيار للمشتري وجهان: احدهما ان المشتري وطن نفسه على الغبن فانه بعد علمه بانعتاق المبيع عليه وطن نفسه على الغبن و الصبر فلا خيار له.

ثانيهما انه سيجىء ان اتلاف العين بل التصرف فيها يسقط الخيار فاذا كان الاتلاف رافعا للخيار الثابت فهو دافع له بالاولويه و فى كلا الوجهين اشكال.

أما الوجه الأول فيرد عليه انه يمكن ان لا يكون المشتري عالما بالحكم كى يقال بانه وطن نفسه على الغبن و مع الجهل لا مجال للبيان المذكور مضافا الى انه لا اساس للتقريب المشار إليه فان هذا الاقدام

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٠٦

لا يرتبط بالتوطن و رفع اليد عن الخيار فانه حكم شرعى من قبل الشارع.

اضف الى ذلك كله ان خيار المجلس تابع لدليله و لا يرتبط بتوطن المشتري أو البائع و مقتضى اطلاق دليل الخيار ثبوته كما تقدم و مما ذكرنا ظهر انه لا وجه لمنع البائع عن الخيار بالتقريب المذكور فى ناحيه المشتري فلا نعيد الكلام.

و أما الوجه الثانى فيرد عليه ان سقوط

الخيار بالتصرف و لو كان اتلافا أول الكلام و الاشكال مضافا الى ان القول بالسقوط بسبب التصرف أو الاتلاف لا يرتبط بالمقام فان البائع أو المشتري لا يقصد بالبيع أو الشراء اتلاف العين كى يتم التقريب المذكور بل يقصدان البيع و انما التلف بحكم الشارع كما ان المتعاقدين لا يقصدان بالعقد ايجاد الخيار بل يقصدان البيع و انما يترتب الخيار فى موردده بحكم الشارع.

و بما ذكرنا ظهر انه لا وجه لسقوط الخيار و عدمه بالنسبه الى المشتري و البائع كما انه لا وجه للتفصيل بين البائع و المشتري بالالتزام بثبوت الخيار للبائع و عدمه للمشتري و اما تغليب جانب العتق كما نقل عن التذكرة فانما يكون وجهها لعدم رد العين بل يحكم بانعتاقها و اما كونه مانعا عن الخيار فلا وجه له فلاحظ.

الأمر الرابع: ان ملكية العمودين بالاشراء تقديرية أو تحقيقية

ربما يقال انها تقديرية اذ لا يمكن ان يملك الانسان احد عموديه فلا بد من الالتزام بالملك التقديرى.

و الحق أن يقال: ان القاعده الاولى تقتضى بطلان العقد لان البيع عباره عن تمليك العين لا مجانا و حيث انه لا يمكن الالتزام بالملك

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٠٧

يلزم البطلان لكن الاجماع قائم على صحه العقد فلا بد من الالتزام بتحقق الملكية آنا ما و الانعتاق بعدها فان مقتضى الجمع بين الاجماع على صحه العقد من ناحيه و التسالم على عدم امكان تملك العمودين من ناحيه اخرى ما ذكرناه.

الأمر الخامس: انه قدس سره تعرض لكلام صاحب المقاييس

و هو فصل فى ثبوت الخيار للبائع اذا كان المبيع من ينعق على المشتري بان قال تاره نقول الخيار و الانعتاق كلاهما يتحققان بالبيع و اخرى نقول بان كليهما يتحققان بالملك و ثالثه نقول الخيار يثبت بالعقد و الانعتاق يحصل بالملك و رابعه نقول الانعتاق يتحقق بالعقد و الخيار يحصل بالملك.

فان قلنا بالاول أو الثانى أو الرابع يلزم ان نقول بعدم الخيار اذ على الاول و الثانى يتحقق التعارض بين دليلى الخيار و الانعتاق و حيث ان دليل الانعتاق أنص من دليل الخيار يؤخذ به و يطرح الدليل الاخر و كون قيمه بدل العين فلا مجال لتملك البائع اياها اذ البديله تتوقف على تملك المبدل و المفروض ان المبدل لا يصير مملوكا له.

و أما على الرابع فلسبق تعلق حق الانعتاق على حق الخيار فهو يتحقق لتقدمه دون ما يكون متأخرا و أما على القول الثالث فلنترجم بالخيار حيث فرض انه اسبق من العتق.

و بعد ما حكم كذلك و فصل بهذا التفصيل رجع عما أفاده و قال يحتمل قريبا الثبوت جمعا بين الحقين و دفعا للمنافاه

عن البين و عملا بالنصين و بالاجماع على عدم امكان زوال يد البائع عن العوضين و تنزيلا للفسخ منزله الارش مع ظهور العيب في احدهما

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٠٨

و للعتق بمنزله التلف أى تلف العين و لانهم حكموا بجواز الفسخ و الرجوع الى قيمه فيما اذا باع بشرط العتق فظهر كونه ممن ينعق على المشتري أو تعيب بما يوجب ذلك و الظاهر عدم الفرق بينه و بين المقام.

ثم قال و حيث كان المختار فى الخيار تحققه بمجرد العقد و فى العتق انه بعد الملك و المستفاد من الادله ان الخيار بالنسبه الى العقد كالمعلول بالنسبه الى علته كما ان الاعتاق بالنسبه الى الملك كذلك يكون الاقرب الالتزام بالخيار ان لم يكن اجماع على خلافه.

و فيما افاده مواقع للنظر الموقع الاول: انه قدم دليل العتق على دليل الخيار بتقريب ان دليل العتق أنص و الحال ان مجرد الأنصيه لا يكون وجها للتقديم بل تقديم احد المتعارضين على الاخر يتوقف على كون المقدم قرينه على معارضه.

الموقع الثانى انه استدل على عدم تملك البائع قيمه العبد بان العبد لا يصير ملكا له و الحال انه يرد عليه ان المفروض ان العبد كان مملوكا للبائع و قد جعله فى مقابل الثمن و بعد الفسخ و انتقال الثمن الى المشتري لا بد من اخذه قيمه للعبد اذ لا يمكن رجوع العين الى ملكه و اشتراط امكان التملك و فرض رجوع التالف الى ملك البائع لا دليل عليه بل يكفى انه لو فرض بقاء العين صارت مملوكه له و هذا المقدار قابل لان يلتزم به.

الموقع الثالث: انه قدس سره قاس التقدم الرتبى على التقدم الزمانى و تصور

انه كما يرتفع التعارض و التنافي بالاختلاف الزمانى كذلك يرتفع بالاختلاف الرتبى و الحال انه لا اثر للاختلاف الرتبى فى رفع التعاند فان قوام التعاند بالاتحاد الزمانى و هذا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٠٩

الملاك موجود فى الاختلاف الرتبى.

الموقع الرابع ما افاده من الاجماع على عدم امكان زوال يد البائع عن العوضين و الحال انه على القول بالخيار لا يقتضى زوال يد البائع عنهما اذ ما دام لم يتحقق الفسخ تكون يده على الثمن و بعد تحقق الفسخ يتملك قيمه العين أى العبد فلا محذور.

الموقع الخامس: ما افاده بقوله و تنزيلا للفسخ منزله الارش و الحال انه أى ارتباط بين الامرين

الأمر السادس ان الشيخ قدس سره جعل كلام صاحب المقاييس مورد النظر و بين ما هو الحق عنده

و قال تاره نقول يلزم فى مورد الفسخ خروج العين من ملك من انتقل إليه و دخوله فى ملك من انتقل عنه و اخرى نقول الفسخ لا يقتضى الا رد العين ان كانت موجوده ورد بدلها ان كانت تالفه تكوينيا أو تشريعا.

فان قلنا بالاول لا يمكن الالتزام بالخيار فى المقام اذ العبد بعد اعتاقه غير قابل لصيرورته رقا فلا يمكن الالتزام بالخيار و لو على القول بكون الخيار مترتبا على العقد و الاعتاق على الملكيه.

و أما ان قلنا بالقول الثانى يمكن الالتزام بالخيار و لذا التزموا بالخيار فى اشباه المقام و نظائره و مقتضى عموم دليل الخيار ثبوته فى المقام.

أقول الحق ان يقال: كما فى كلام الماتن ان الفسخ لا- يقتضى رد العين الى مالکها الاول فان كانت العين موجوده ترد الى مالکها الاول و ان كانت تالفه تصل النوبه الى البدل بمقتضى السيره العقلانيه.

و لذا نقول لو تلفت العين بآفه سماويه أو ارضيه و انفسخ العقد

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب،

بعد تلف العين يكون مقتضى السيره العقلائيه الارتكازيه تبدل العين ببدلها فلا- يبقى اشكال فى المقام و لا- ملزم للملك التقديرى اى الفرضى بل لو قلنا بلزوم الملك التقديرى اى الفرضى نلتزم به فى المقام أيضا بلا وجه للتفصيل ففى مورد البحث نفرض ان العبد كان فى يد المشتري و انفسخ العقد و نفرض ان العبد بعد الفسخ صار مملوكا للبائع و تلف حالكونه مملوكا له فلا وجه للتفريق بين المقام و بقيه الموارد.

الأمر السابع انه أفاد الشيخ قدس سره بان المتبايعين اذا كانا عالمين بالحكم الشرعى

و ان البيع يوجب انعقاد العبد لعدم جواز تملك العمودين و مع ذلك اقدا على البيع و الشراء لا يتحقق الخيار اذ الخيار حق يتعلق بالعين ما دام تكون موجوده و ببدلها اذا كانت معدومه فعقدهما مع علمهما عباره عن اعدامهما العين فيكون كنفويت نفس الخيار كما لو اشترط سقوطه. و قد قال بعضهم ان اتلاف البائع العين اسقاط للخيار و حيث ان بيعه لمن ينعق اعدام للعين يكون موجبا لسقوط الخيار بالاولويه فان الدفع اهون من الرفع.

و يرد عليه أولا ان الخيار حق متعلق بالعقد لا بالعين و ثانيا ان العتق فعل الشارع لا فعل المتعاقدين.

و ثالثا انه لا وجه لكون اتلاف البائع العين موجبا لسقوط الخيار ما دام لا يقصد به الاسقاط و على فرض القول به لا وجه للالتزام به فى المقام لعدم الجامع بين الموردین فان الانعقاد بفعل الشارع لا بفعل البائع و لعل أمره بالتأمل فى آخر المسأله اشاره الى بعض ما ذكرنا أو الى كله و الله العالم كما ان امره بالتأمل قبل اسطر يمكن ان يكون اشاره الى بعض ما تقدم منا من المناقشه فلاحظ.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص:

فرع لطيف و هو انه لو كان احد عمودى شخص مملوكا لشخص آخر يمكن للولد أن يتوسل الى وسيله ينجى اباه أو أمه عن الرقيه بلا- توجه خساره ماليه إليه و هو ان يشتري اباه أو أمه بثمان و مبلغ بلغ ما بلغ فان البائع اذا لم يكن عالما بالمسأله أو كان غافلا- و باع العبد أو الامه و كان المبيع عند البائع يفسخ العقد فان كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه فالنتيجه ان المملوك ينعق و لا شىء على الولد و لا خساره عليه.

[و منها العبد المسلم المشتري من الكافر]

«قوله قدس سره: و منها العبد المسلم المشتري من الكافر»

ما يمكن أن يقال فى وجه عدم الخيار فى المقام ان مقتضى قوله تعالى «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (١) عدم امكان تملك الكافر للمسلم و حيث ان الفسخ يوجب انحلال العقد و رجوع كل من العوضين الى مالكه الاول لا يتحقق الخيار اذا لا يمكن شرعا رجوع العبد المسلم الى ملك الكافر فلا خيار.

و فيه أولا- انه لا- دليل على كون التملك سبيلا و مقصودا من الآيه بل الظاهر منها بملاحظه ما قبلها ان المراد بها طريق الغلبه و سبيل الظفر فى الآخره فى مقام المحاجه و لذا نرى انه عبر فى الآيه بقوله تعالى «و لن» فان النفي ناظر الى المستقبل أى لا يجعل الله فى الآخره للكافر سبيلا على المؤمن.

و أما الحكم الشرعى الذى حقق فى ظرفه من قبل و فى عالم التشريع فى دار الدنيا فغير مربوط بمفاد الآيه ظاهرا و لا يصار إليه و الا كان اللازم عدم جواز استيجار الكافر للمؤمن لخدمته و هل

(١) النساء، الآيه ١٤١.

يمكن الالتزام به؟

و ثانيا انا نفرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم و لازمه عدم رجوع العبد الى ملك الكافر لكن نقول لا يكون هذا مانعا عن الخيار و اعماله اذ غايته كونه كالتالف فتصل النوبه الى اخذ البدل و لا يلزم رجوعه الى ملك البائع كى يرد الاعتراض المذكور و ثالثا انه اذا كان مفاد الآيه كما توهم فكيف يمكن التفصيل بين التملك الاختيارى و غير الاختيارى و هل يمكن الالتزام بالتفصيل فى نفي السبيل المستفاد من الآيه حسب توهم المتوهم؟

أو ان الحكم المذكور على الفرض من الاحكام غير القابله للتخصيص و بعبارة اخرى هل يمكن أن يقال: ان الله لن يجعل الكافر مسلطا على المؤمن لان المؤمن عزيز عنده لكن فى بعض الاحيان يسلمه عليه فلاحظ.

«قوله قدس سره: من ان البيع بالنسبه الى الكافر استنقاذ»

يرد على ما افيد أولا ان الامر بالعكس فان الكافر معتقد للملكيه فهو يقصد البيع و المشتري يقصد الاستنقاذ.

و ثانيا ان الكلام على فرض تماميته انما يكون فى التملك الابتدائى الاختيارى كما عنون فى عنوان المسأله فى كلام الماتن و عليه لا وجه لكونه استنقاذا و لا يكون بيعا و استنقاذا بل بيع و شراء حقيقه.

و ثالثا انه لا مجال للتفكيك فان البيع قائم بالطرفين فتحققه و صدقه من طرف و عدمه من الطرف الاخر جمع بين المتنافيين.

و رابعا ان ما افيد لا يرجع الى محصل اذ لو كان استنقاذا لعدم الملكيه فما فائده الخيار و أى اثر يترتب عليه فان المفروض عدم

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣١٣

كون العبد ملكا للكافر.

«قوله قدس سره: ليس سبيلا للكافر على المسلم»

ما هو المراد من التقدير

فان كان المراد منه مجرد الفرض و التصور فلا- اثر له اذ الاحكام الشرعيه مترتبه على الموضوعات الواقعيه لا على الفروض و التصورات و ان كان المراد الملكيه حقيقه فينهدم اصل الدعوى اذ حكم الامثال واحد و لا وجه للتفصيل.

و بعباره واضحه ان كانت الملكيه سييلا- فلا- يمكن تحققها كما توهم و ان لم تكن فلا فرق بين افرادها فالحق ما ذكرنا و هو الالتزام بصحه البيع و ترتب الخيار و رجوع العين الى مالکها الاول نعم إذا تم الدليل على وجوب الزام الكافر ببيع عبده المسلم نلتزم به.

[و منها شراء العبد نفسه]

«قوله قدس سره: و منها شراء العبد نفسه»

اذا قلنا بجواز شراء نفسه كما هو المفروض فلا- وجه لعدم الخيار و أى فرق بين المقام و الفرع السابق و هو بيع من يعتق على المشتري فان العين غير قابله للبقاء مملوكه كما تقدم و لكن لا تنافى بينه و بين الخيار اذ احكام العقد و غير مترتب على العين.

و بعباره واضحه: لا تعاند بين الخيار المتعلق بالعقد و تلف العين و لذا لا مجال لقوله قدس سره لانه لا يسقط اذا ثبت قبله فانا ندعى انه ثابت قبله و لا مقتضى لسقوطه بتلف العين و لعله اشار الى ما ذكرنا بامرته بالتأمل.

[مسأله لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى البيع عند علمائنا]

«قوله قدس سره: لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود»

هذا من الواضحات الاوليه فان كل حكم مترتب فى دليل على موضوع فلانى لا يترتب على غيره لعدم المقتضى و هذا مما لا ريب

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣١٤

فيه و صفوه القول انه لا- مجال لجريان خيار المجلس فى غير البيع من العقود بلا فرق بين الجائزه منها و لازمها اما القسم الأول فمضافا الى عدم مقتضى الجريان بعد اختصاص موضوعه انه لا مجال للخيار فى العقد الجائز و لا يترتب عليه اثر.

و أما القسم الثانى فيتصور الخيار فيه لكن لا مقتضى للالتزام به بعد خروج موضوعه و عدم شمول موضوع الخيار له و هذا ظاهر واضح.

و أما لو اشترط عقد فى ضمن البيع على نحو شرط النتيجة كما لو باع زيد داره من بكر و يشترط فيه كون المشتري وكيلا فى بيع كتابه فهل يفسخ العقد المشروط بفسخ عقد البيع أم لا؟

الحق هو الثاني أما لو كان المشروط

بنحو شرط النتيجة عقدا لازما فلا مقتضى لانفساخه اذ المفروض تحققه و من ناحيه اخرى فرض لزومه فلا وجه لانفساخه بفسخ عقد البيع.

و أما لو كان جائزا فالكلام فيه هو الكلام لانه و لو فرض كونه جائزا في حد نفسه و قابلا للفسخ لكن المفروض اشتراطه في ضمن العقد و لا-وجه لانفساخه بانفساخه فان الشرط في ضمن العقد اللازم لازم و لا يفسخ بانفساخ العقد بل لنا ان نقول الشرط في ضمن العقد الجائز لازم اذ مقتضى قوله عليه السلام المسلمون أو المؤمنون عند شروطهم لزوم المشروط.

[مسألة مبدأ هذا الخيار من حين العقد]

إشارة

«قوله قدس سره: مسئلة مبدأ هذا الخيار من حين العقد»

فان الظاهر من قوله عليه السلام «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» تحقق الخيار من أول زمان العقد و تماميته و يمكن تقريب المدعى

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣١٥

بان الخيار يتصور فيما يكون العقد في حد نفسه لازما اذ الخيار عبارته عن ملك فسخ العقد فلو فرض عدم تحققه لم يكن موضوع الخيار تاما.

و بعبارته واضحه: الخيار عبارته عن ملك فسخ العقد فما دام لم يتحقق العقد في الخارج و لم يتم في نظر الشارع لا مجال لفسخه و رفعه فان الرفع فرع الوضع و المفروض انه لم يوضع و حيث ان بيع الصرف و السلم يتوقف على القبض في المجلس وقع الكلام بين القوم في انه هل يجرى خيار المجلس فيهما قبل القبض أم لا؟ و حيث ان التقابض اذا كان واجبا في المجلس تكليفا يمكن القول بالخيار بان نقول على القول بالخيار لا يجب فيقع الكلام في مقامين:

المقام الأول انه هل يجب التقابض أم لا؟

إشارة

و

ما يمكن أن يذكر في تقريب الوجوب وجوه:

الوجه الأول: انه قد دل النص على النهي عن المفارقة حتى يحصل التقابض

لاحظ ما رواه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: اذا اشترت ذهبا بفضه أو فضه بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه و ان نزا حائطا فانز معه «١» فان الحديث يدل على وجوب التقابض.

و يرد عليه ان المستفاد من الحديث الوجوب الوضعى الشرطى لا- الوجوب التكليفى و بعبارة اخرى لا- يستفاد من الروايه الا الاشتراط.

الوجه الثانى: انه مع عدم حصول التقابض يلزم الربا

فيجب التقابض و يرد عليه أولا: انه على القول به يختص بما يكون

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب الصرف الحديث ٨.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣١٦

كلاهما من جنس واحد كبيع الذهب بالذهب و اما بيع الذهب بالفضه فلا يجرى فيه.

و ثانيا ان الاشكال على فرض تماميته يختص بما قبض احدهما دون الاخر و ثالثا ان الربا على تقدير لزومه يختص بما يشترط فيه التأخير.

و رابعا ان هذا الاشكال على فرض تماميته يختص ببيع الصرف و اما فى السلم فلا يجرى.

و خامسا ان العقد الربوى باطل و ضعا و الكلام فى الوجوب التكليفى.

و سادسا انه لو تحقق الافتراق قبل القبض يكون العقد كالعدم فاين يتحقق الربا.

الوجه الثالث: ان الاقباض شرط ارتكازى بين الطرفين

فيجب بمقتضى وجوب الوفاء بالشرط و فيه ان الدليل اخص من المدعى اذ الواجب على كل واحد منهما الاقباض عند اقباض الاخر لا مطلقا.

الوجه الرابع: ان المستفاد من دليل وجوب الوفاء وجوب الاقباض.

و فيه أولا انا ذكرنا مرارا ان دليل وجوب الوفاء ناظر الى الحكم الوضعى و لا تعرض فيه للحكم التكليفى فلا موضوع للاستدلال

المذكور.

و ثانيا ان وجوب الوفاء على القول به يختص بالعقد الصحيح التام و المفروض ان العقد قبل القبض و الاقباض غير تام فغير صحيح فانقذح انه لا دليل على وجوب الاقباض.

و اما

المقام الثانى: و هو انه على القول بوجوب الاقباض هل يترتب عليه الخيار أم لا؟

فنقول الظاهر انه لا مقتضى للخيار حتى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣١٧

على القول بوجوب الاقباض لان الخيار فى مقابل اللزوم اى فى مقابل وجوب الوفاء فما دام لا يكون العقد لازما بحسب الدليل لا مقتضى للخيار.

و بعبارة اخرى: انما يتصور الخيار فى مورد تصور اللزوم بعد تماميه العقد و المفروض ان العقد قبل التقابض فى المجلس غير تام و غير صحيح فلا مجال لتوجه وجوب الوفاء به فلا موضوع للخيار.

«قوله قدس سره: و مما ذكرنا يظهر الوجه فى كون مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين»

السخ بتقريب ان البيع انما يستند الى المالك من حين الاجازة فلا مجال للخيار للمالك الا بعد الاجازة بلا فرق بين الكشف و النقل هذا تقريب ما افاده.

و لكن قد مر منا ان عنوان البائع و البيع و العاقد ينطبق على من يتصدى البيع بالاصاله أو بالوكالة أو بالولاية أو بالفضوليه و على هذا لا بد من أن يقال ان مجلس العقد لو كان باقيا الى زمان الاجازة و كان المتعاقدان حاضرين فى المجلس يثبت الخيار لهما اى يثبت فى مفروض الكلام للفضولين دون غيرهما.

الا- ان هذه الدعوى تفرع الاسماع فان قام دليل قطعى على خلافه فهو و الا فلا مناص عن الالتزام به و هل يمكن القول بثبوت الخيار للاصيل اذا كان احدهما اصيلا

من زمان العقد؟ الظاهر انه لا وجه له اذ الخيار ملك فسخ العقد و المفروض انه لم يتحقق العقد فى وعاء الشرع فلا موضوع لهذه الدعوى.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣١٨

[القول فى مسقطات الخيار]

اشاره

«قوله قدس سره:

مسأله لا خلاف ظاهرا فى سقوط هذا الخيار باسقاط سقوطه فى ضمن العقد»

ما افاده من اشتراط سقوطه يتصور على نحوين: النحو الاول ان يشترط فى ضمن العقد اسقاطه اى بالشرط الضمنى يسقط الخيار المترتب على العقد و اورد فيه انه اسقاط لما لم يجب و هو غير جائز و ربما يجاب عن الاشكال المذكور بان دليل الخيار منصرف عن مورد الشرط اذ الخيار للارفاق و مع اشتراط عدمه لا مجال للارفاق.

و يرد عليه أولا انه لا وجه للانصراف و على فرض تسلمه بدوى يزول بالتأمل.

و ثانيا ان البيان المذكور دورى اذ يتوقف صحه الاشتراط على عدم شمول دليل الخيار فلو توقف عدم شمول دليل الخيار على الشرط يلزم الدور.

و بيان واضح: ان المدعى يدعى ان دليل الخيار لا يشمل المقام فلا يكون الشرط اسقاطا لما لم يجب اذ لا خيار فدليل الشرط يتوقف على عدم شمول دليل الخيار كى لا يكون اسقاطا لما لم يجب و الحال ان عدم شمول دليل الخيار يتوقف على الاشتراط و هذا دور.

فالجواب الصحيح أن يقال انه لا- دليل على بطلان اسقاط ما لم يجب الا التعليق و بطلان التعليق بالاجماع و حيث ان الاجماع دليل لى لا يشمل المقام لعدم كونه ذا لسان فالحق جواز اشتراط الاسقاط فى ضمن العقد لكن فى المقام دقيقه و هى ان الخيار اما لا يتحقق باسقاط الاسقاط و اما يتحقق و يسقط.

أما على الاول فلا يتصور الاسقاط اذ الاسقاط فرع الاثبات و السقوط فرع الثبوت فلا بد من ثبوته.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣١٩

و أما على الثانى فيلزم انه لو فسخ العقد الوكيل المفوض للمشروط عليه فى ذلك الآن فهل يؤثر الفسخ أم لا؟ اما على الاول فيلزم ان

الشرط لم يؤثر فى اسقاطه و أما على الثانى فما الوجه فى عدم تأثيره و مقتضى القاعده عدم تأثير شىء منهما اذ تأثير كليهما غير معقول و تأثير احدهما المعين ترجيح بلا مرجح و تأثير احدهما لا على التعيين الذى يرجع الى التخيير أيضا لا دليل عليه فالنتيجه بعد التعارض بقاء الخيار بحاله.

و بعباره واضحه: كل واحد من الاسقاط فى ضمن العقد بالاشترط و فسخ الوكيل فى عرض واحد و موضوع كليهما متحقق فى الخارج فيقع التعارض بينهما.

و نظير ذلك ما لو كان لزيد و كيلان مفوضان و باع داره من بكر و بعد البيع فى آن واحد احد الوكيلين اسقط الخيار و فى ذلك الزمان الوكيل الاخر فسخ العقد فهل يقدم الفاسخ أو المسقط أو يصح كلا الامرين أو لا هذا و لا ذاك و يبقى الخيار بحاله؟

الحق هو الاخير لعدم وجه لترجيح احد الطرفين على الاخر و من ناحيه اخرى تأثير كليهما غير معقول فالنتيجه التعارض ثم التساوت و بقاء الخيار بحاله فلاحظ هذا تمام الكلام فى النحو الاول.

و مع ذلك فى النفس شىء و هو أنه لا دليل على جواز اسقاط ما لم يجب و مجرد عدم الدليل على البطلان لا اثر له اذ يتوقف الحكم بالصحه على الدليل بل مقتضى الاصل عدم تماميته فان الاستصحاب يقتضى عدم جوازه.

و اما النحو الثانى و هو اشترط عدم الخيار فنقول قد اوردت فيه ايرادات الايراد الاول ان الشرط لا بد أن يكون فعلا مقدورا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٢٠

للمشروط عليه و الحال ان الخيار المجعول من قبل الشارع زمام امره بيده و لا سبيل للمكلف إليه.

و الجواب عن هذا الايراد أولا ان

الشرط اذا كان فعلا يجعل على المكلف كالصلاه و الخياطه يلزم ان يكون مقدورا للمكلف و أما اذا علق العقد على امر فلا يلزم ان يكون المعلق عليه فعلا مقدورا للمكلف و لذا وقع الكلام بين القوم فى جواز التعليق و عدمه و لو لا الاجماع على بطلانه لجاز تعليق كل عقد أو ايقاع على امر غير مقدور كنزول المطر من السماء و قدوم زيد من السفر و طلوع الشمس و غروبها و هكذا.

و ثانيا انه يكفى للالتزام بالجواز ورود النص الخاص فى المقام لاحظ ما رواه سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجل كان له اب مملوك و كانت لابيها امرأه مكاتبه قد ادّت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد هل لك ان اعينك فى مكاتبتك حتى تؤدى ما عليك بشرط ان لا يكون لك الخيار على ابى اذا انت ملكت نفسك قالت: نعم فاعطاها فى مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك قال لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم «١».

فان مقتضى الحديث المذكور جواز اشتراط عدم الخيار.

الايراد الثانى ان اشتراط عدم الخيار ينافى مقتضى العقد فلا يجوز اشتراط عدمه.

و يرد عليه أولا- ان الخيار لا يكون باقتضاء العقد بل الخيار حكم شرعى مترتب على العقد فى جملة من الموارد و لذا نرى ان العقد بمقتضى دليل وجوب الوفاء لازم فى حد نفسه و الخيار يحتاج الى

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب المكاتبه الحديث ٨.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٢١

الدليل.

و ثانيا انه يكفى لرفع الاشكال النص الخاص الوارد فى باب الخيار.

الايراد الثالث ان الشرط يلزم ان يكون فى ضمن العقد

اللازم كى يلزم و أما لو لم يكن العقد لازما فلا يكون الشرط لازما و الا يلزم كون الفرع زائدا على الاصل.

و ان شئت قلت لزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد و الحال ان لزوم العقد يتوقف على لزوم الشرط و هذا دور فباطل.

و يرد عليه أولا- ان التقريب المذكور لو كان تاما لكان مخصوصا بالشروط الراجعه الى المكلف و الافعال الصادره منه و الخيار فى المقام بحكم الشارع كما ان عدمه كذلك الا ان يقال لا فرق فى التقريب المذكور بين فعل الشارع و ما يصدر عن المكلف لوحده الملاك و هو عدم زياده الفرع على الاصل.

و ثانيا ان اى دليل دل على الاشتراط المذكور فان الشرط يتوقف على تحقق الارتباط فانه متقوم به فاذا تحقق هذا العنوان يتحقق الشرط و يترتب عليه حكمه و لذا قلنا و نقول فى محله إن شاء الله ان الشرط الواقع فى ضمن العقد الفاسد تام و صحيح فلا يختص الشرط بما يكون فى ضمن عقد صحيح.

و ثالثا انه يكفى للقول به ورود النص الخاص أى حديث سليمان ابن خالد فان الشرط وقع تلو العقد الجائر أى الهبه الايراد الرابع انه يقع التعارض بين دليل نفوذ الشرط و دليل ثبوت الخيار و النسبه بين الدليلين عموم من وجه اذ ربما يتحقق الشرط و لا يرتبط بالخيار كاشتراط الخياطه و ربما يتحقق الخيار و لم يشترط عدمه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٢٢

و ثالثه يجتمع الامر ان كما فى المقام فيقع التعارض بين الدليلين فاذا قلنا فى تعارض الاطلاقين يسقط كلا المتعارضين فتصل النوبه الى العموم أو الاطلاق الفوقانى ان كان و تكون النتيجة اللزوم لعموم قوله تعالى

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و ان قلنا بلزوم تقديم الدليل الاحداث يلزم تمييز الاحداث عن غيره و تقديمه.

و يرد عليه أولا- ان كل مشروط قبل تعلق الشرط به محكوم بحكم فى الشرعيه المقدسه فان قلنا باختصاص دليل الشرط بما يكون موافقا مع حكم ذلك الموضوع تلزم اللغويه فى دليل الشرط و ان قلنا بالعموم كما نقول لا يبقى للتقريب المذكور مجال كما هو ظاهر فيقدم دليل الشرط.

و ثانيا ان العرف لا- يرى معارضه بين الدليلين فان الادله الداله على حكم بالعنوان الثانوى تقدم على ادله العناوين الاوليه و لا تعارض بين الطرفين عرفا و لذا نرى ان ادله النذور و الايمان و العهود و اطاعه الوالدين و امثالها تقدم على الادله المعارضه لها بلا كلام و لا اشكال و المقام كذلك.

و ثالثا انه يكفى للالتزام به النص الخاص الوارد فى المقام.

الايراد الخامس: انه قد حقق فى محله انه يشترط فى صحه الشرط عدم كونه مخالفا مع الشرع و المفروض ان الدليل قد دل على الخيار فان مقتضى قوله صلى الله عليه و آله البيعان بالخيار ثبوت خيار المجلس و لا يمكن رفع اليد عنه بدليل الشرط.

ان قلت: الامر كما افيد لكن نرفع اليد عن القاعده فى امثال المقام بحديث سليمان بن خالد حيث يستفاد منه جواز اشتراط عدم الخيار.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٢٣

قلت: هكذا يستفاد من الحديث المذكور لكن هل يمكن الاخذ بإطلاق ما ورد فيه فان استدلال الامام عليه السلام بعموم دليل الشرط يقتضى جريان الكبرى الكليه فى جميع الموارد و تكون النتيجة ان الشرط مشرع فى الشرعيه فانه يستفاد من الكليه انه لو اشترط احد على احد عدم حرمه شرب الخمر

صار شرب الخمر جائزا نعوذ بالله و نستعين به.

و الذى يختلج بالبال فى هذه العجالة ان يقال ان المستفاد من الحديث و ان كان كما افيد لكن لا يمكن الالتزام به فانه خلاف الضروره الدينيه فنقتصر فيه بالمقدار الذى يمكن الاخذ به و فى الباقي نعمل على طبق القواعد المقرره فلاحظ.

«قوله قدس سره: لانها مسوقه لبيان ثبوت الخيار باصل الشرع فلا ينافى سقوطه»

الظاهر ان الماتن فى مقام نفي الاطلاق فى دليل الخيار فلا تعارض و يرد عليه انه لا وجه لعدم الاطلاق بعد تماميه مقدماته فالحق ما ذكرنا من الاطلاق فى دليل الخيار و تقديم دليل الشرط بالتقريب المتقدم ذكره آنفا.

«قوله قدس سره: الثانى ان يشترط عدم الفسخ»

الخ لا اشكال بحسب القواعد فى صحه الشرط المذكور و تكون النتيجة حرمة الفسخ و هل يمكن القول بفساده كما ذكر فى كلام الماتن الظاهر انه لا وجه له فان المستفاد من دليل الشرط لزومه و عدم مفارقه المشروط عليه عن الشرط فاذا كان متعلقه فعلا من الافعال يجب كما لو اشترط خياطه الثوب و ان كان تركا يحرم ذلك

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٢٤

الفعل و فى المقام يحرم الفسخ بمقتضى الاشتراط و اما عدم نفوذه فلا دليل عليه و وجوب الوفاء بالشرط ليس وجوبا تكليفيا بل وجوب وضعى أى لا ينحل بالفسخ كما ذكرنا نظيره فى وجوب الوفاء بالعقد مضافا الى ان الوجوب التكليفى الراجع الى الحرمة التكليفية لا يستلزم الفساد الوضعى كما هو محقق فى محله.

«قوله قدس سره: وجهان»

الخ بل المتعين تأثير الفسخ و لا دليل على بطلانه و الكلام هنا هو الكلام نعم بفسخه يصير عاصيا اذ يجب عليه بمقتضى الشرط ان

يسقط الخيار وفسخه يناقض اسقاطه و على الجملة يجب عليه الاسقاط بعد البيع و اذا لم يسقط و لم يفسخ يكون للطرف الاخر حق الفسخ بمقتضى تخلف الشرط كما هو المقرر عندهم.

«قوله قدس سره: ان تأثير الشرط انما هو مع ذكره فى متن العقد»

الخ الحق ان يقال انه لو صدق فى العرف تحقق الاشتراط و لو بمعونه القربنه بحيث يصدق عرفا انه باع داره مع الشرط الكذائى يكون الاشتراط صحيحا و يترتب عليه آثاره و اما ان لم يصدق عنوان الاشتراط فغير صحيح فان كل حكم تابع لموضوعه و المفروض انه لا يصدق الموضوع فلا يترتب عليه الحكم.

و ان شئت قلت تاره يكون الشرط غير المذكور من الشرائط العامه المرتكزه عند العقلاء بحيث يكون المقدر عندهم كالمذكور و اخرى يكون امرا شخصيا و على الثانى قد يشيران به فى ضمن العقد و قد يغفلان عن الشرط الذى تكلموا حوله قبل العقد.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٢٥

أما القسم الأول فلا اشكال فى صحته و أما القسم الثانى فالظاهر صحته اذ المفروض انهما يشيران إليه فىكون كالمذكور فى العقد و أما القسم الثالث فلا يكون صحيحا اذ المفروض انه غير مذكور لا بالصراحه و لا بالاشاره و لا بالارتكاز

«قوله قدس سره: لم يصح البيع»

الخ الظاهر انه لا وجه لما افيد فان النذر معلق على البيع فالعمل بالنذر و الوفاء به انما يجب فى ظرف البيع و بعبارة اخرى البيع شرط لوجوب العتق فالوجوب وجوب مشروط فما دام لم يتحقق البيع لا يتحقق الوجوب و بعد تحقق الوجوب لا يمكن العمل بالنذر الا اذا فرض امكان اشترائه من المشتري أو استملاكه بنحو آخر فيجب

من باب مقدمه الواجب.

و أما اسقاطه للخيار فلا مانع لان الوجوب بعد لم يتحقق مضافا الى ان الوجوب التكليفي لا يقتضى الفساد الوضعى فلاحظ.

«قوله قدس سره:

مسأله و من المسقطات، إسقاط هذا الخيار بعد العقد»

اشاره

الخ

ما يمكن ان يذكر فى تقريب جواز اسقاط الخيار بعد العقد وجوه.

الوجه الأول عدم الخلاف المدعى فى المقام

فان الماتن أفاد بقوله لا خلاف ظاهرا فى سقوطه بالاسقاط.

و من الظاهر انه لا يترتب عليه اثر اذ غايته ان يكون اجماعا منقولاً و الاجماع المحصل غير حجه فكيف بمنقوله.

لا أن يقال انه اذا احرز عدم الخلاف فى مسئله و فرع من الفروع الفقهيه يطمئن الفقيه بتماميه قيام الحجه على الحكم الشرعى.

الوجه الثانى انه قد دل الدليل على سقوط خيار الحيوان بتصرف المشتري فيه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٢٦

لاحظ ما رواه على بن رثاب عن أبى عبد الله عليه السلام قال الشرط فى الحيوان ثلاثه ايام للمشتري اشترط أم لم يشترط فان احدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثه الايام فذلك رضى منه فلا شرط له قيل له و ما الحدث قال ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء «١».

فانه عليه السلام حكم فى الحديث المذكور بقوله «فذلك رضى منه فلا شرط له» بان احدثا الحدث فى الحيوان كالنظر و التقيبيل اسقاط للخيار فيعلم ان ذا الخيار له ان يرضى بالعقد و سقط خياره فله أيضا ذلك فى المقام.

ان قلت: الدليل وارد فى خيار الحيوان فما وجه تسريه الحكم الى خيار المجلس.

قلت: يفهم من كلامه عليه السلام ان خيار الحيوان يسقط بالاسقاط و لو بمعونه التعبد الشرعى فيفهم العرف عموم الحكم أى يفهم ان الخيار الثابت بالمجلس كالخيار الثابت بالحيوان و ان كان للاشكال مجال.

الوجه الثالث ان الفرق بين الخيار الحكيمى و الخيار الحقى و المائز بينهما

ان الخيار الحكيمى كالخيار الثابت فى الهبه لا يسقط باسقاط من له الخيار و اما الخيار الحقى فهو قابل للاسقاط و اختياره بيد من له الحق و من ناحيه اخرى خيار المجلس خيار حقى بلا اشكال و لا كلام.

الوجه الرابع فحوى دليل السلطنه على الاموال

قال رسول الله

(١) جامع الاحاديث ج ١٨ الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث ٨.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٢٧

صلى الله عليه و آله: ان الناس مسلطون على اموالهم «١».

بتقريب انه لو كان الانسان مسلطا على التصرف فى الملكيه و اعدامها فبالاولويه يكون مسلطا على التصرف فى الحق الذى يكون مرتبه نازله من الملك و فيه ان دليل السلطنه ضعيف فلا تصل النوبه الى التقريب المذكور.

الوجه الخامس التمسك بدليل وجوب الوفاء بالشرط

لاحظ ما رواه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله عز و جل فلا يجوز له على الذى اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم فيما و افق كتاب الله عز و جل «٢».

بتقريب ان الدليل بإطلاقه يشمل اسقاط الخيار.

و يرد عليه أولا ان مفهوم الشرط متقوم بالارتباط و لا يصدق الشرط على الامر الابتدائى.

و ثانيا انه ما المراد من الشرط فى المقام فان كان المراد الالتزام بعدم الخيار فان الخيار فى المقام باعتبار الشارع و ليس زمام امره بيد المتعاقدين و ان كان المراد اسقاط الخيار فلا بد من احراز مشروعيته أولا ثم اشترطه اذ دليل الشرط لا يكون مشرعا و لا مجال لكونه مجوزا لما لا يكون جائزا فى الشريعة فيكفى لعدم الجواز الشك فى اصل المشروعيه.

مضافا الى انه يمكن احراز عدمها باستصحاب عدم كونه مشروعا فانقدح ان الوجه الوحيد وضوح كون خيار المجلس امرا حقيا

(١) بحار الانوار الطبع الجديد ج ٢ ص ٢٧٢ الحديث ٧.

(٢) جامع الاحاديث ج ١٨ الباب ٦ من ابواب الخيار الحديث ١.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٢٨

و قابلا للاسقاط و يمكن ان يقال ان المدعى اوضح

من ان يخفى.

«قوله قدس سره: ثم ان الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ»

الخ ما افاده على طبق القاعده اذ بعد ما ثبت جواز الاسقاط فلو دل الدليل بالدلاله العرفيه على الاسقاط يترتب عليه السقوط لوجود المقتضى و عدم المانع و هذا ظاهر و لا يحتاج اثبات المدعى الى الاستدلال بالفحوى المتقدمه.

«قوله قدس سره: و فحوى ما دل على كفايه بعض الافعال»

الخ لاحظ ما رواه معاويه بن وهب قال: جاء رجل الى ابي عبد الله عليه السلام فقال: انى كنت مملوكا لقوم و انى تزوجت امرأه حره بغير اذن موالى ثم اعتقوني بعد ذلك فأجدد نكاحى اياها حين اعتقت فقال له: أ كانوا علموا انك تزوجت امرأه و انت مملوك لهم فقال: نعم و سكتوا عني و لم يغيروا علي قال: فقال: سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم اثبت على نكاحك الاول «١».

بتقريب ان السكوت الذى يكون ناشئا عن الرضا اذا كان كافيا فى اجازة العقد الفضولى فبالاولويه يكون اللفظ الدال على الاسقاط مسقطا للخيار.

و يرد عليه انه يمكن ان الشارع الاقدس سهل الامر فى باب النكاح لسد باب الزنا فلا يتم التقريب المذكور و ان شئت قلت اما يصدق عنوان الاسقاط بحسب الفهم العرفى على اللفظ الصادر عنه و اما لا- يصدق اما على الاول فلا يحتاج الى الاستدلال بالفحوى بل يتم الامر على طبق القاعده و اما على الثانى فلا وجه للتعدي.

(١) الوسائل الباب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٢٩

«قوله قدس سره: لكون رضاه باسقاط الاخر خياره اسقاطا أيضا»

يمكن ان يرد عليه بان مجرد الرضا بامر لا اثر له فان الامور الانشائية لا بد

من اعتبارها أولا- ثم ابرازها و انشائها بمبرز نعم لو كان مجرد الرضا و عدم الرد في مورد مصداقا للانشاء يكون كافيا لكن الاشكال في تماميه الصغرى فلاحظ.

«قوله قدس سره: و ليس فيه دلالة»

الخ الحق ما افاده فانه ليس في هذا اللفظ دلالة لا على التفويض و لا على التمليك و لا على استكشاف الحال بل هذه الجملة داله على طلب اختيار احد الطرفين من الطرف المقابل و كونها داله في العرف السابق لا اثر له.

ثم انه هل يجوز تمليك الخيار من الغير أم لا؟ في هذه العجالة لا يخطر بنظري ما يستدل به على الجواز نعم يجوز التوكيل فيه بلا- اشكال و اما تفويض الامر الى الغير فان رجوع الى التوكيل فهو و الا فلا دليل على الجواز أيضا. اللهم الا ان يقال اذا بيع مال الغير برضاه يكون المقام اولي بكونه جائزا و الله العالم.

«قوله قدس سره: كما يظهر من باب الطلاق»

الخ لاحظ ما رواه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت: له:

رجل خيّر امرأته قال: انما الخيار لها ما دام في مجلسهما فاذا تفرقا فلا خيار لها «١» الى غير ذلك من اخبار الباب.

«قوله قدس سره: و ما ورد في ذيل بعض اخبار خيار المجلس»

الخ روى نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه و آله قال: المتبايعان

(١) الوسائل الباب ٤١ من ابواب مقدمات الطلاق و شرائطه الحديث ٧.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٣٠

بالخيار ما لم يفترقا أو يقول احدهما لصاحبه اختر «١».

«قوله قدس سره: ثم انه لا اشكال في ان اسقاط احدهما لا يوجب سقوط خيار الاخر»

الخ.

الشيخ قدس سره تعرض لفروع.

الفرع الأول: انه لو اسقط احد المتعاقدين خياره لا يكون اسقاطه موجبا لسقوط خيار الآخر

بل خيار الاخر باق بحاله فان الخيار ثابت لكل

واحد منهما و لا ارتباط لاحدهما بالآخر.

الفرع الثاني: انه لو اجاز احدهما و فسخ الآخر فيفسخ العقد

اذ المفروض ان الخيار ثابت لكل واحد منهما و قلنا لا ارتباط لاحدهما بالآخر و اجازه العقد من قبل احدهما توجب سقوط خياره و خيار الاخر باق بحاله فلو فسخ العقد يفسخ طبعاً و ليس هذا من باب تقديم الفسخ على الاجازه عند التعارض بل من باب ان لكل منهما فسخ العقد فما دام الحق موجوداً يؤثر اثره و ان شئت قلت اجازه المجيز توجب سقوط خياره و فسخ الاخر يوجب انحلال العقد.

الفرع الثالث: ان الخيار من طرف واحد لو كان لمتعدد فاجاز بعضهم و فسخ الآخر يقع التعارض

و النتيجة التساقط و بقاء الخيار بحاله لعدم وجه للترجيح و من ناحيه اخرى لا يعقل تأثير الكل لاوله الى التناقض فلو فرض ان الاصيل و وكيله لهما الخيار فاجاز احدهما و فسخ الاخر في زمان واحد يقع التعارض و لا يرجح احدهما على الاخر و ما عن العلامة من ترجيح جانب الفسخ، لا وجه له ظاهراً.

و مثل الشيخ قدس سره للتعارض بموارد. منها: انه لو اجاز العقد

(١) الخلاف للطوسي طبع جديد ج ١ ص ٥٠٧ مسئلة ٧.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٣١

بعض الورثة و فسخ البعض الاخر و ما افاده يتوقف على القول بان الخيار ينتقل بالارث الى الورثة.

و الحال انه محل الكلام و الاشكال و تتعرض ان شاء الله لتفصيل هذه الجهة في بحث إرث الخيار و يتوقف أيضاً على كون الخيار لطبيعي الوارث و أما لو قلنا بكونه للمجموع بنحو العموم المجموعى أو قلنا يكون الخيار لكل واحد منهم في مقدار إرثه فلا موضوع للتعارض أما على الاول فلعدم صدور الاجازه أو الفسخ من المجموع و أما على الثاني فلتعدد الحق و عدم ارتباط بين الحق الثابت لبعضهم و الحق الثابت للآخر فلاحظ.

«قوله قدس سره:

مسألة من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين»

قد تعرض الماتن في هذه المسألة لجملة من الفروع.

الفرع الأول ان الخيار يسقط بافتراق المتعاقدين

و الامر كما افاده فانه قد بين في جملته من النصوص ان قوام الخيار ببقاء المجلس و بهذا الاعتبار عرف الخيار بخيار المجلس.

الفرع الثاني: انه ربما يقال انه يستفاد من بعض النصوص ان التفرق بما هو لا يكون موجبا لسقوط الخيار

بل التفرق الذى يكون ناشيا عن الرضا ببقاء العقد و عدم إرادته فسخه فلا يكون التفرق مسقطا على الاطلاق.

لاحظ ما رواه فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له:

ما الشرط فى الحيوان فقال: ثلاثه ايام للمشتري قلت: فما الشرط فى غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٣٢

خيار بعد الرضا منهما «١».

و دلاله الحديث على المدعى غير ظاهره اذ يمكن ان يكون المراد بالرضا الرضا باصل البيع كما انه يمكن ان يكون المراد به التفرق عن الرضا لا عن الاكراه فلا دليل على كون المراد من الرضا الوارد فى الحديث ما ادعوه اضعف الى ذلك ان سقوط خيار المجلس بالتفرق من الواضحات التى لا مجال للبحث فيه فلاحظ.

الفرع الثالث انه يكفى فى سقوط الخيار صدق عنوان الافتراق

فلو صدق عنوان الافتراق عن مجلس العقد يكفى و لا تعتبر فيه تحقق الخطوه أو اكثر لعدم دليل عليه و دعوى انصراف الدليل عهدتها على مدعيها.

و أما حديث محمد بن مسلم قال سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول:

انى ابتعت ارضا فلما استوجبتها قمت فمشيت خطا ثم رجعت فاردت ان يجب البيع «٢»، فلا يدل على تماميه الدعوى اذ لم يعلم من نقله عليه السلام فعله اشتراط الحكم به فانه من الممكن ان المجلس كان على نحو لا يتحقق الافتراق الا بما فعل و المحكم اطلاق الدليل.

ثم انه لو وصلت النوبه الى الشك فهل يمكن الحكم بالبقاء بالاستصحاب أم لا؟ الحق هو الثانى فانه يرد على الاستصحاب أولا انه لا مجال للاصل مع وجود الاماره و المفروض ان قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يقتضى اللزوم و انما رفعنا اليد عنه بالمقدار الذى دل عليه الدليل و

ثانيا ان استصحاب الحكم الكلى معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد فلاحظ.

(١) جامع الاحاديث ج ١٨ الباب ١ من ابواب الخيار الحديث ٥.

(٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب الخيار الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٣٣

الفرع الرابع انه لا يلزم فى تحقق الافتراق صدور الحركة من كل واحد من المتعاقدين

بل ان تحرك احدهما عن مكانه وبقى الاخر يحصل الافتراق و يكفى للسقوط الاطلاق بل يدل عليه أيضا النص الخاص المتقدم ذكره آنفا.

«قوله قدس سره:

[مسأله] المعروف انه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التخيير أيضا»

اشاره

الخ وقع الكلام بينهم فى انه لو تحقق الافتراق عن اكراه و منع عن التخيير أيضا فهل يسقط الخيار أم لا؟ و يقع الكلام فى هذه المسأله تاره من حيث القاعده الاولى و اخرى من حيث القاعده الثانويه.

[المقام الأول فى القاعده الأولى]

أما الكلام من الناحيه الاولى فمقتضى القاعده سقوط الخيار لاطلاق الدليل فان مقتضاه السقوط و هذا ظاهر.

[المقام الثانى فى القاعده الثانويه]

اشاره

و أما من الناحيه الثانيه فربما يقال ببقاء الخيار و ما يمكن ان يذكر فى تقريبه وجوه

الوجه الأول استصحاب الخيار

. و فيه أولا- انه لو تم الاطلاق لا- يبقى مجال للاستصحاب و ثانيا انه لو وصلت النوبه الى الشك يكون المرجع وجوب الوفاء بالعقود و ثالثا ان الاستصحاب الجارى فى الحكم الكلى معارض بعدم الجعل الزائد.

الوجه الثانى انصراف الدليل عن الافتراق الاكراهى

و فيه انه لا وجه للانصراف و على فرض تحققه يكون بدويا و يزول بالتأمل.

و بعبارة واضحة: لا دليل على التقييد و الفعل يستند الى الفاعل بلا دخل للاختيار فضلا عن الاشتراط بعدم كونه عن اكراه نعم بعض المواد يقتضى القصد و الاختيار كالتعظيم و الاهانة كما ان بعض

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٣٤

المواد اشرب فيه عدم القصد كالموت.

الوجه الثالث: ما رواه فضيل عن أبى عبد الله عليه السلام

فى حديث قال قلت له ما الشرط فى غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما «١».

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان الافتراق المقرون بالرضا يسقط الخيار لا الافتراق على الاطلاق.

و بعبارة اخرى مقتضى مفهوم الشرط عدم السقوط بالافتراق الاكراهى و فيه انه يمكن ان يكون المراد من الرضا كما تقدم الرضا باصل البيع و اصل المعامله الواقعه لا الرضا بالافتراق و لذا لا اشكال فى انه لو فارق أحدهما المجلس مع عدم رضا الاخر يسقط الخيار و الحال ان الحكم قد علق فى الحديث على الرضا منهما.

الوجه الرابع: حديث الرفع

فانه قد ورد فى جملة من النصوص رفع الاكراه منها ما رواه اسماعيل الجعفى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: وضع عن هذه الامه ست خصال الخطاء و النسيان و ما استكروهوا عليه و ما لا يعلمون و ما لا يطيقون و ما اضطروا إليه «٢».

و منها ما رواه ربهى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: عفى عن امتى ثلاث الخطاء و النسيان و الاستكراه قال أبو عبد الله عليه السلام و هنا رابعه و هى ما لا يطيقون «٣».

و منها ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن امتي الخطاء و النسيان و ما استكروها

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب الخيار الحديث ٣.

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الايمان الحديث ٣.

(٣) نفس المصدر الحديث ٤.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٣٥

عليه «١».

و عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل يستكره على

اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقه ما يملك أ يلزمه ذلك فقال:

لا ثم قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: وضع عن امتي ما اكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطئوا «٢» و الظاهر اعتبار بعضها سندا فلا اشكال من هذه الناحية و المراد من الرفع رفع الحكم.

و قد اورد في الاستدلال بحديث الرفع بايرادات الايراد الاول ان حديث الرفع مختص برفع الاحكام التكليفية و الكلام في المقام في الحكم الوضعي.

و فيه انه لا وجه لهذا التقييد و المحكم اطلاق الدليل مضافا الى ان مورد بعض هذه النصوص الامور الوضعيه لاحظ الحديث السادس من الباب السادس عشر.

الايراد الثاني: ان حديث الرفع امتناني و بقاء الخيار للمكره بالفتح خلاف الامتنان بالنسبه الى الطرف المقابل.

و يرد عليه أولا انه لا دليل على كون الحديث في مقام الامتنان على الامه بل لا يبعد أن يكون امتنانا بالنسبه الى الرسول الاكرم صلى الله عليه و آله فان قوله صلى الله عليه و آله: رفع أو وضع عن امتي ظاهر في كون الامتنان بالنسبه إليه و لا اقل من الشك و عدم الظهور في احد طرفي الاحتمال.

و ثانيا انه يكفي للامتنان كونه امتنانا بالنسبه الى من يرفع حكم الاكراه عنه و لا يلزم ان يكون امتنانا على جميع الامه.

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الايمان الحديث ٥.

(٢) نفس المصدر الحديث ٦.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٣٦

الايراد الثالث: ما افاده سيد الحاشيه قدس سره و هو أن حديث الرفع ناظر الى رفع الحكم عن الفعل الذي يكون موضوعا بما هو صادر عن القصد و الاختيار كالبيع و النكاح و الطلاق الى غيرها و

اما اذا كان الموضوع الفعل بما هو فعل فلا يشمل حديث الرفع و لذا لو اتلف احد مال غيره بلا قصد و اختيار يتحقق الضمان و لا يرفعه حديث الرفع.

و يرد عليه انه أى دليل دل على هذا المدعى و مقتضى الاطلاق رفض القيود و لا نسلم عدم شموله لمثل الاتلاف بالنسبه الى الضمان الا ان يقوم اجماع تعبدى كاشف عنه أو يقوم عليه دليل معتبر غيره.

الايراد الرابع: ما افاده السيد أيضا و هو انه لو كان الامر كذلك كان اللازم ان نلتزم ببقاء الخيار حتى مع عدم المنع عن التخاير اذ المفروض انه اعتبر الافتراق كالعدم و لا يقولون به.

و يرد عليه انه لو اقتضى الاطلاق ما ذكر نلتزم به و لا نبالى بعدم قولهم به فان المتبع قول الشارع لا قولهم.

الايراد الخامس: ما افاده السيد أيضا و هو انه يلزم على هذا الالتزام ببقاء الخيار مع الافتراق الناشى عن النسيان او الاضطراب و لم يلتزموا به ... و الكلام فيه هو الكلام الا أن يتضح الفرق بالدليل كالاجماع التعبدى الكاشف و نحوه و الا فالصناعه تقتضى الالتزام بالسريان.

الايراد السادس: ما افاده السيد أيضا و هو ان شمول حديث الرفع لفعل يتوقف على كون ذلك الفعل موضوعا لاثر شرعى كى يرفع بعروض الاكراه أو الاضطراب أو النسيان مثلا شرب الخمر موضوع لاثر و هو الحد فلو شرب احد الخمر اكرهاها يرتفع الحد

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٣٧

و أيضا لو اتلف مال احد اكرهاها يشمل الحديث اذ الاتلاف موضوع اثر شرعى و هو الضمان و اما الافتراق فى المقام فليس موضوعا لاثر شرعى بل الموضوع للاثر هو الاجتماع الذى هو ضد الافتراق

فان الاجتماع موضوع الخيار و اما الافتراق فهو نهايه الخيار و امده و لا يكون موضوعا للحكم.

و ان شئت قلت عند الافتراق لا حكم فلا موضوع للارتفاع.

ان قلت الافتراق موضوع لزوم العقد قلت ليس الامر كذلك فان اللزوم ثابت لكل عقد بمقتضى عموم وجوب الوفاء المستفاد من الآيه الشريفه و بيان واضح اللزوم حكم لمطلق العقد و لا دخل للافتراق فيه.

و صفوه القول ان الافتراق امد الخيار و لذا نرى قد يعبر فى كلامهم بقوله عليه السلام حتى يفترقا و قد يعبر بقوله عليه السلام فاذا افترقا فيستفاد من كلامهم روحى فداهم ان الميزان بالاجتماع و أما الافتراق فلا يكون موضوعا للحكم بل يبدل موضوع الحكم بضده و اطلاق الموضوع عليه مسامحه.

و بيان واضح قد استفيد من ادله خيار المجلس اختصاص الخيار ببقاء عنوان الاجتماع و عدم تحقق الافتراق و هذا الوجه الاخير دقيق و بالترحيب حقيق.

و لعمري اجاد فيما افاد فعلى الله اجره و اقول مضافا الى ما افاده انك ان ابيت و قلت: ان الافتراق موضوع للزوم بمقتضى دليل خيار المجلس و يرتفع بالاكراه فلا اثر للإلحاحك و اصرارك اذ نفرض ان اللزوم يستفاد من دليل الخيار.

لكن يكفى للزوم العقد عموم وجوب الوفاء المستفاد من قوله

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٣٨

تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

و بيان واضح لو سلمنا ان قوله صلى الله عليه و آله اذا افترقا وجب البيع يقتضى اللزوم و بالافتراق الاكراهى لا يتحقق اللزوم لكن نقول دليل اللزوم غير منحصر فيه بل اللزوم مستفاد من قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فلا بد من الالتزام بلزوم العقد و على الجملة لا مجال للاخذ بحديث الرفع.

و من هذا البيان اللطيف و

التقريب الدقيق يفهم عدم ورود جملة من الموارد التي يمكن توهم جواز الاخذ بحديث الرفع مثلا لو اغتسل احد أو توضأ فنام اكرها هل يمكن القول بعدم بطلان طهارته لحديث الرفع أو اذا فرض ان الصائم اكره على الافطار فهل يمكن الالتزام بعدم بطلان صومه بتقريب ان حديث الرفع يقتضى ارتفاع الحكم الشرعى كلا ثم كلا و الوجه فى ذلك فى جميع هذه الموارد التي يمكن فيها التوهم المذكور ان النوم أو الافطار أو غيرهما لا- تكون موضوعا للحكم الشرعى بل هذه الامور غايات و ينتهى الحكم بها فان زمان الطهارة ينتهى بتحقيق الحدث أى حكم الشارع بهذا المقدار.

و أيضا ان الصائم صائم ما دام يجتنب هذه الخصال كما فى الحديث.

بقى شىء و هو انه لو انعكس الامر بان اكرها على عدم التفرق فهل يكون الخيار باقيا مقتضى ما تقدم ان يكون الخيار ساقطا لان مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد هو اللزوم و انما خرجنا بمقدار دلالة دليل خيار المجلس و من ناحيه اخرى الاجتماع و عدم الافتراق موضوع للاثر الشرعى و من ناحيه ثالثة الاكراه يرفع الاثر عن الموضوع الاكراهى فيلزم عدم الخيار و هل يمكن الالتزام بهذا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٣٩

اللازم فلاحظ و طبق القاعده على المورد و الله العالم.

«قوله قدس سره:

مسألة لو أكره أحدهما على التفرق»

اشاره

الخ تعرض الشيخ قدس سره فى هذه المسألة لفروع و تبعاً له نتعرض لها و الافعلى ما ذكرنا لا مجال للتعرض لها و لا موضوع لها.

الفرع الأول: انه لو اكره احدهما على الافتراق و منع عن التخايير و منع الآخر عن المصاحبه مع المكروه

بالفتح و منع عن التخايير يكون الخيار باقيا على ذلك المبني الفاسد و الوجه فيه ظاهر.

الفرع الثانى: انه لو اكره احدهما على ترك المجلس و يكون الاخر مختاراً

فهل يسقط الخيار بالنسبه الى المختار أو يبقى بالنسبه إليه كما يبقى للمكروه بالفتح الظاهر بقائه بالنسبه إليه على جميع انحاء الاستدلال فان بقاء الخيار ان كان بالاستصحاب يبقى بالنسبه إليهما و لا وجه للتفكيك كما ان الامر كذلك لو كان المدرك

تبادر الاختيار من الافتراق فان السقوط متفرع على التفرق الاختيارى و المفروض انه غير متحقق.

كما ان الامر كذلك لو كان المدرك صحيح فضيل فان الغايه الافتراق الناشئ عن رضاهما و المفروض عدمه كما ان الامر أيضا هكذا اذا كان المدرك حديث الرفع فان الافتراق الاكراهى و لو من جانب كالعدم فلاحظ.

الفرع الثالث: عكس الصورة الأولى

و الكلام فيه هو الكلام و لا يحتاج الى الاعاده.

«قوله قدس سره:

«مسألة] لو زال الإكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعه»

الخ على فرض الالتزام بالمسلك الباطل اى الالتزام بعدم سقوط

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٤٠

الخيار عند التفرق الاكراهى اذا زال الاكراه هل يبقى الخيار أم لا؟

و على فرض البقاء بما ذا يسقط فنقول تختلف الحال باختلاف مدرك الحكم فان كان المدرك للبقاء الاجماع فالخيار بعد رفع الاكراه فورى لان مقتضى عموم قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لزوم كل عقد و انما رفعنا اليد عن العموم المذكور للاجماع على عدم اللزوم فبالقدر المعلوم نرفع اليد عن وجوب الوفاء و فى الزائد نأخذ بالعموم و نحكم باللزوم.

و أما اذا كان المدرك انصراف الدليل الى خصوص الافتراق الاختيارى يكون الخيار لكلا الطرفين باقيا لانه لم يحصل الافتراق الاختيارى فالخيار باق.

و ان كان المدرك حديث فضيل فالخيار باق أيضا الى ان يحصل مسقط آخر من المسقطات كما ان الامر كذلك ان كان المدرك حديث الرفع و الوجه فى الكل ان المسقط التفرق الاختيارى عن مجلس العقد و المفروض انه لا يمكن تحقق العنوان المذكور اذ المفروض انه زال مجلس العقد و لا يعقل عوده فان اعاده المعدوم غير معقول و صفوه القول ان تحقق الافتراق المؤثر غير معقول فلا بد من تحقق مسقط آخر للالتزام بالسقوط.

«قوله قدس سره:

«مسألة و من مسقطات هذا الخيار التصرف»

الخ ما يمكن ان يذكر فى تقريـب الاستدلال وجوه.

الوجه الأول: النصوص الواردة فى خيار الحيوان

منها ما رواه على بن رثاب عن أبى عبد الله عليه السلام قال الشرط فى الحيوان ثلاثه ايام للمشتري اشترط أم لم يشترط فان احدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٤١

الثلاثه الايام فذلك رضا منه فلا شرط قيل له و ما الحدث قال ان لا مس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء «١».

و منها ما رواه محمد بن الحسن الصفار قال كتبت الى أبى محمد عليه السلام فى الرجل اشترى من رجل دابه فحدث فيها حدثا من اخذ الحافر أو انعلها أو ركب ظهرها فراسخ أ له ان يردھا فى الثلاثه الايام التى له فيها الخيار بعد الحدث الذى يحدث فيها أو الركوب الذى يركبها فراسخ فوقع عليه السلام اذا احدث فيها حدثا فقد وجب الشراء ان شاء الله «٢».

و منها ما رواه على بن رثاب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار فقال الخيار لمن اشترى الى ان قال قلت له أ رأيت ان قبلها المشتري أو لامس قال: فقال اذا قبل أو لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزمته «٣».

بتقريب ان الميزان بإطلاق الجواب لا- بخصوص السؤال و بعبارة اخرى خصوص المورد لا- يكون مانعا عن الاطلاق و مقتضى الاطلاق نفى الخيار بعد التصرف على الاطلاق فالتصرف موجب لسقوط مطلق الخيار لا خصوص خيار الحيوان.

و يرد عليه أولا انه يلزم جريان التقريب المذكور فى خيار المجلس بان نقول التفرق يوجب سقوط مطلق الخيار حتى خيار

من ابواب الخيار الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

(٣) نفس المصدر الحديث ٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٤٢

الحيوان و هل يمكن الالتزام به و الحل ان الظاهر من كل دليل سقوط ذلك الخيار بما يكون مسقطا له لا مطلق الخيار فالتفرق مسقط لخيار المجلس و التصرف مسقط لخيار الحيوان.

و ثانيا انه على القول بسقوط مطلق الخيار يلزم اختصاص سقوط خيار المشتري بالتصرف و أما خيار البائع فلا.

ان قلت: لا- فصل بين الموردين قلت: عدم القول بالفصل لا- اعتبار به فان الاجماع لا يكون حجه فكيف بعدم القول بالفصل مضافا الى انه يلزم القول بكون تصرف البائع مسقطا بالتقريب المذكور.

و ثالثا انه يرد على التقريب المشار إليه انه يقع التعارض بين دليل خيار الحيوان و دليل خيار المجلس فان مقتضى الاول سقوط خيار المجلس و مقتضى الثانى بقاءه ما دام بقاء المجلس.

الوجه الثانى: عموم التعليق الوارد و هو قوله عليه السلام «فذلك رضا منه فلا شرط له»

بتقريب ان العله تعمم و تخصص و فى المقام قد اقيمت العله مقام الجواب فى الشرطيه كما فى قوله تعالى «ان كذبوك فقد كذب رسل من قبلك» اى ان كذبوك فلا تحزن لانه قد كذبت رسل من قبلك.

و التقدير فى المقام هكذا فان احدث المشتري فلا خيار بعد لان احداث الحدث مسقط.

و يرد عليه أولا: انه لا دليل على المدعى المذكور بل الظاهر من الحديث ان الشارع على نحو الحكومه جعل التصرف مسقطا للخيار فلا يكون المقام داخلا تحت تلك الكبرى.

و بعبارة اخرى لا عله و لا معلول بل المقصود ان التصرف موضوع فى وعاء الشرع لسقوط الخيار.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٤٣

و ثانيا انه فرضنا كون الجملة المذكوره عله لكن لا يمكن تطبيق التقريب المذكور عليه فان

العله المذكوره للحكم اذا كان امرا خارجيا واضحا عند العرف فيؤخذ بعمومها و يلتزم بالحكم فى كل مورد توجد تلك العله كما فى المثال المعروف لا تشرب الخمر لانه مسكر فانه يتعدى منه الى حرمة كل مسكر.

و أما اذا لم تكن العله كذلك بل كانت امرا تعبديا يلزم احراز ذلك الامر من الشارع و فى المقام العله عباره عن جعل الشارع التصرف فى الحيوان المشتري اسقاطا لخيار الحيوان و لا دليل على هذا الاعتبار فى مورد آخر و لا شاهد عليه.

و بعباره اخرى: لقائل أن يقول: من الممكن ان يكون تصرف ذى الخيار فى الحيوان قبل الثلاثه فى اعتبار الشارع مسقطا لخيار الحيوان و لا دليل على ان التصرف الصادر من كل ذى خيار مسقطا فهذا الوجه أيضا ساقط عن الاعتبار.

قمى، سيد تقى طباطباي، عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، كتابفروشى محلاتى، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق
عمده المطالب فى التعليق على المكاسب؛ ج ٣، ص: ٣٤٣

الوجه الثالث: ان التصرف فى المبيع كاشف نوعى عن الرضا ببقاء العقد على حاله فيكون مسقطا للخيار.

و يرد عليه أولا انا لا نسلم الكاشفيه المذكوره و ثانيا انه لا اثر للكشف النوعى مع كون المتصرف غافلا أو غير معتقد بالشرع أو غير ذلك.

و ثالثا انه لا اثر لمجرد الرضا فان سقوط الخيار يحتاج الى الاسقاط و الاسقاط متقوم بالقصد و الانشاء بمرز من الفعل أو اللفظ فالنتيجه انه لا دليل على كون التصرف مسقطا.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٤٤

[الثانى خيار الحيوان]

اشاره

«قوله قدس سره: الثانى خيار الحيوان».

فى المقام فروع

الفرع الأول انه لا اشكال فى ثبوت خيار الحيوان للمشتري

و تدل على المدعى جمله من النصوص منها ما رواه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال: فى الحيوان كله شرط ثلاثه ايام

للمشترى و هو بالخيار فيها ان شرط أو لم يشترط «١».

و منها ما رواه الحسن بن على بن فضال قال: سمعت أبا الحسن على بن موسى الرضا عليه السلام يقول: صاحب الحيوان المشتري بالخيار بثلاثة أيام «٢».

و منها ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال:

و قال: في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشترى و هو بالخيار فيها اشترط أو لم يشترط «٣».

و منها ما رواه فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له:

ما الشرط في الحيوان قال: ثلاثة أيام للمشترى «٤».

و منها ما رواه على بن اسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: الخيار في الحيوان ثلاثة للمشترى «٥».

و منها ما رواه على بن رئاب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار للمشترى أو للبائع او لهما كلاهما

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

(٣) نفس المصدر الحديث ٤.

(٤) نفس المصدر الحديث ٥.

(٥) نفس المصدر الحديث ٨.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٤٥

فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة ايام نظره فاذا مضت ثلاثة ايام فقد وجب الشراء «١».

و منها ما رواه على بن رئاب «٢» و منها ما رواه الصفار «٣» و منها ما رواه على بن رئاب «٤» فهذا الحكم في الجملة لا غبار عليه.

الفرع الثاني: انه هل يختص خيار الحيوان بنوع خاص من الحيوانات أم لا يختص؟

الحق هو الثاني فان مقتضى الاطلاق عموم الحكم.

الفرع الثالث انه هل يختص هذا الخيار بالحيوان المقصود حياته

فمثل السمك المخرج من الماء و الجراد المحرز في الاناء لا يكون فيه خيار الحيوان لان المقصود فيه اللحم الظاهر انه لا وجه للقيد و لا- دليل على التخصيص و مجرد كون الغايه من الاشتراء الاستفاده من لحمه لا يوجب القول بعدم الخيار فيه و الا يلزم القول بعدم الخيار في الغنم و الديك و الدجاج و امثالها مما يشتري غالبا للذبح و الانتفاع بلحومها و هل يمكن الالتزام به؟ كلا فانه قول بلا دليل.

الفرع الرابع انه لو قلنا بالاختصاص فهل يسرى الحكم و هو عدم الخيار فيما لا يبقى لعارض

لاصابه السهم أو لجرح الكلب المعلم الظاهر انه يجرى فيه لعين الملاك و لكن الحق عدم وجه للتقييد.

الفرع الخامس انه على تقدير تلف المجروح أو المصاب بالسهم قبل القبض أو في زمان الخيار هل يعد تلفه من البائع أم لا؟

اشاره

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث ٩.

(٢) تقدم ذكر الحديث في ص ٣٤٠.

(٣) تقدم ذكر الحديث في ص ٣٤١.

(٤) تقدم ذكر الحديث في ص ٣٤١.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٤٦

افاد الماتن انه لا يكون على البائع.

و الذى يمكن أن يذكر في تقريب المدعى وجهان

الوجه: الأول انصراف الدليل عنه

و الظاهر انه ليس انصرافا مستقرا بل بدوى يزول بالتأمل.

و بعبارة اخرى لا وجه لرفع اليد عن الاطلاق.

الوجه الثاني ان البائع مع العلم بالحال، يكون مشروطا على المشتري بكون الضمان عليه و يبرأ عن الضمان بالشرط

و يرد عليه انه يتصور الشرط المذكور على نحوين اذ تاره يشترط عدم الضمان و اخرى يشترط على المشتري ان يتدارك خسرانه اما على الاول فيكون الشرط باطلا لكونه خلاف المقرر الشرعي و أما على الثاني فيكون الشرط صحيحا لكن لا يرتبط بالمدعى هذا كله على فرض تماميه الدليل على القاعدتين و هما كون التلف قبل القبض و فى زمان الخيار على من لم يقبض و على من لا خيار له و البحث من هذه الجبهه موكول الى البحث عن احكام الخيار و عن احكام القبض فانتظر.

الفرع السادس انه ان قلنا بجريان الخيار فى مثله فلو فرض موته قبل الثلاثه فهل يكون الى الثلاثه أو الى زمان الموت او لا هذا و لا ذاك بل الخيار فورى.

الحق هو الاحتمال الاول اذ الامر دائر بين الخيار و بقاءه الى الثلاثه و بين عدمه.

و بعباره واضحه ان قلنا بعدم الخيار لما مرّ من الوجهين فلا موضوع للبحث و ان قلنا بالخيار كما قلنا فلا وجه لرفع اليد عن دليل خيار الحيوان الدال على بقاءه الى الثلاثه فان الخيار عارض للعقد

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٤٧

و بقاء العين و عدمه لا دخل لهما فى الخيار فلاحظ.

الفرع السابع: فى انه هل يختص خيار الحيوان بالمبيع الشخصى أو يعم الكلى

اشاره

الظاهر ان كلام الماتن فى المقام متهافت اذ قد جمع بين قوله ثم انه هل يختص هذا الخيار بالمبيع المعين كما هو المنساق فى النظر من الاطلاقات و بين قوله أو يعم الكلى كما هو المترائى من النص و الفتوى و كيف كان الظاهر عدم وجه تام للاختصاص فان مقتضى اطلاق نصوص الباب كقوله عليه السلام صاحب الحيوان المشتري أو و صاحب الحيوان الى غيرهما جريان الخيار فى المبيع الشخصى و الكلى فى الذمه و الكلى فى المعين.

و ما يمكن أن يذكر فى تقريب الاختصاص بالمبيع الشخصى وجهان:

الوجه الأول: الانصراف

و فيه انه لا وجه للانصراف الا كون البيع الكلى نادرا و المعروف بين القوم ان المطلق لا ينصرف الى الفرد النادر لا انه منصرف عن الفرد النادر و يؤكد المدعى انه قد قورن بين خيارى الحيوان و المجلس فى جمله من النصوص لاحظ ما رواه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: المتبايعان بالخيار ثلاثه ايام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا «١».

و مثله غيره و من الواضح عدم اختصاص خيار المجلس بالبيع الواقع على المبيع الشخصي و وحده السياق تقتضى ان يكون خيار الحيوان كذلك فلاحظ.

الوجه الثانى ان حكمه جعل خيار الحيوان التروى

و ان الحيوان

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث ٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٤٨

ربما يكون معيوباً فيكون للمشتري الفسخ و لا يجرى البيان المذكور فى الكلى.

و يرد عليه أولاً ان العيب بنفسه يوجب الخيار و هو خيار العيب.

و ثالثاً انه ما الدليل على المدعى المذكور. و ثالثاً انه يلزم عدم الخيار مع علم المشتري بالعيب و هل يمكن الالتزام بعدم الخيار فى هذه الصورة؟

و رابعاً ان الحكمه لا تكون موجه لقصر الحكم كما هو ظاهر فانه فرق بين الحكمه و بين العله.

«قوله قدس سره:

مسأله المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري»

اشاره

وقع الكلام بين القوم فى ان خيار الحيوان هل يكون للبائع كما يكون للمشتري أم لا؟ و محل الكلام ما لو كان المبيع حيواناً و أما الثمن فلا و اما فيما كان كلا العوضين من افراد الحيوان أو الثمن وحده حيواناً فيقع الكلام فيه بعد ذلك إن شاء الله تعالى.

فنقول مقتضى القاعده الاولى عدم الخيار فان مقتضى وجوب الوفاء بالعقد كون العقد لازماً من قبل البائع كما ان مقتضى ادله خيار المجلس لزوم العقد بعد التفرق.

الا أن يقال ان تلك الادله ناظره الى اللزوم بالنسبه الى خيار المجلس و لا تنفى الخيار على نحو الاطلاق.

و ما يمكن أن يذكر فى تقريب ثبوت الخيار للبائع كما يكون للمشتري وجوه:

الوجه الأول الاجماع

و فيه انه معارض بمثله و ثانيا ان الاجماع على فرض حصوله محتمل المدرك ان لم يكن مقطوعا به.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٤٩

الوجه الثانى استصحاب الخيار الثابت حال بقاء المجلس.

و يرد عليه ان المراد من الاستصحاب ان كان استصحاب خيار المجلس فلا- ريب فى زواله و ان كان المراد استصحاب بقاءه لاحتمال كون الخيار فى المجلس كان مقارنا مع فرد آخر من الخيار أو يتحمل تحقق فرد آخر منه حين التفرق فيجربى الاستصحاب فى الجامع بين النوعين فيرد عليه انه داخل فى القسم الثالث من الكلى و لا دليل عليه بل الدليل على خلافه لان ما علم به مقطوع الارتفاع و غيره مشكوك الحدوث و مقتضى الاصل عدم حدوثة مضافا الى انه معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد.

الوجه الثالث ما رواه محمد بن مسلم

«١» فان مقتضى الحديث المذكور ثبوت الخيار لكلا المتعاقدين و يرد عليه انه يعارضه بالصراحة ما رواه على بن رثاب «٢».

فان الحديث نص فى اختصاص الخيار بالمشتري فيقع التعارض بين الجانبين و حيث ان الاحداث من الحديثين غير معلوم يدخل المقام فى اشتباه الحجه بغير الحجه فلا بد من الرجوع الى العموم الفوقانى و هو يقتضى لزوم فان وجوب الوفاء بالعقود يقتضى لزوم كل عقد فلاحظ.

«قوله قدس سره: و هو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمنا أو مثمنا»

الخ قال الشيخ نسب هذا القول الى جماعه من المتأخرين منهم الشهيد فى المسالك و يدل على المدعى ما رواه زراره عن أبى جعفر

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٣٤٧.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٣٤٤.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٥٠

عليه السلام قال: سمعته يقول: قال رسول الله صلى الله عليه و آله:

البيعان بالخيار حتى يتفرقا و صاحب الحيوان ثلاث «١».

فان مقتضاه ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان بلا فرق بين كونه ثمننا أو مئنا و دعوى انصراف الحديث الى المشتري اثباتها
على مدعيها

و لا وجه لحمل الحديث على خصوص المشتري بتركه بقيه النصوص فان المعروف بين القوم عدم التنافى بين الاثباتين فلا وجه للحمل.

فالتتيجه انه لو ثبت اجماع تعبدى على عدم الخيار بالنسبه الى البائع على الاطلاق فهو و الا يشكل الحكم بالعدم و الله العالم.

«قوله قدس سره:

مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد».

اشاره

وقع الكلام بينهم فى ان مبدأ خيار الحيوان من حين العقد أو من حين التفرق و اختار الماتن ان الخيار من حين العقد فلو باع حيوانا يتحقق خياران خيار الحيوان و خيار المجلس فلو انقضت الثلاثه مع بقاء المجلس يسقط خيار الحيوان و يبقى خيار المجلس و لو انعكس الامر بان انقضى المجلس قبل الثلاثه يسقط خيار المجلس و يبقى خيار الحيوان و ان تقارن الامران يسقط كلا الخيارين و ما أفاده موافق مع مقتضى النصوص الوارده فى المقام بحسب الظهور العرفى.

و فى مقابل هذا القول قول بان خيار الحيوان مبدئه من حين انقضاء المجلس و ما يمكن أن يذكر فى تقريبه وجوه.

[الاستدلال على أن مبدأه من حين انقضاء المجلس]

الوجه الأول: ان الخيار يتحقق فى زمان ثبوت العقد و مع خيار المجلس لا يكون العقد ثابتا بل يكون متزلزلا.

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث ٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٥١

و يرد عليه: أولا ان العقد فى حد نفسه ثابت و انما يفسخ باعمال الخيار لا بمجرد وجوده اى الخيار عباره عن القدره على حل العقد و لا- مانع من تحقق هذه القدره من نواحى متعدده فلا- تنافى بين الخيارين فلا- وجه للالتزام بالتأخير الى زمان انقضاء المجلس.

و ثانيا انه لو فرض التنافى فما وجه الترجيح و لما ذا لا يكون الامر بالعكس بان يقال ان خيار المجلس مبدئه من حين انقضاء الثلاثه بل مقتضى ما ذكر عدم تحقق شىء منهما اذ بعد عدم الترجيح و تحقق التعارض تكون النتيجة التساقط.

و ثالثا انه يمكن رفع التنافى بالالتزام بخيار المجلس فيما لا يكون فيه خيار الحيوان و اختصاص خيار الحيوان بما لا يكون فيه

خيار المجلس كما لو تصور تحقق البيع بلا صدق مجلس جامع بين المتعاقدين.

الوجه الثاني: انه لو كان مبدأ الخيار زمان العقد يلزم اجتماع المثلين

وهما خيار المجلس و خيار الحيوان و اجتماع المثلين كاجتماع الضدين محال.

و يرد عليه ان اجتماع المثلين كاجتماع الضدين من الامور التي تترتب على الموضوعات الخارجيه و التكوينية و مقامنا داخل في باب الاعتباريات و لا مجال لهذه التقريبات فيها فان الاعتبار خفيف المثونه و لا يتعدى عن مرحله الاعتبار و وعاء الاعتبار وسيع و قابل لاعتبار كل شىء و بعبارة واضحة: لا موضوع لاجتماع المثلين.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٥٢

الوجه الثالث: استصحاب عدم خيار الحيوان الى زمان انقضاء المجلس.

و يرد عليه أولا انه لا مجال للاخذ بالاصل مع الدليل الاجتهادى و المفروض ان النصوص ناهضه لا ثبات الخيار من زمان العقد. و ثانيا انه لقائل ان يقول لما اذا لا يجرى استصحاب عدم خيار المجلس الى زمان انقضاء الثلاثه و ثالثا ان استصحاب عدم الخيار الى زمان التفرق لا يثبت كون مبدئه حين انقضاء المجلس الا على القول بالمشبت.

الوجه الرابع: استصحاب بقاء الخيار بعد انقضاء المجلس الى انقضاء الثلاثه من ذلك الوقت.

و يرد عليه أولا انه لا مجال للاصل مع الاماره و المفروض وجودها و ثانيا ان الاستصحاب المذكور معارض باستصحاب عدم جعل الزائد.

الوجه الخامس: انه لو لم نقل بالتفكيك يلزم اجتماع سببين على مسبب واحد.

و يرد عليه أولا انه قد مرّ منا ان باب الاعتبار غير مرتبط بالامور العقلية فالمقام خارج خروجاً موضوعياً.

و ثانيا انه مع الغض عن الجواب الاول نقول المفروض تعدد الخيار فلا يلزم اجتماع علتين على معلول واحد و ثالثا انه نفرض تماميه التقريب لكن نقول اجتماع سببين مستقلين على مسبب واحد غير ممكن و أما لو كان واحد منهما جزءاً للسبب فلا يتم الاشكال.

الوجه السادس: انه قد دلت جمله من النصوص ان التلف فى اثناء الثلاثه من البائع

منها ما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى امه بشرط من رجل

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٥٣

يوماً أو يومين فماتت عنده و قد قطع الثمن على من يكون الضمان فقال ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه «١».

و منها ما رواه ابن سنان- يعنى عبد الله- قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد و يشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد و الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام و يصير المبيع للمشتري «٢».

و منها ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الحسن بن محبوب مثله الا انه قال: و يصير المبيع للمشتري شرط البائع أو لم يشترطه «٣».

و منها ما رواه زيد بن علي بن الحسين عن أبيه عن جعفر بن محمد عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله في رجل اشترى عبدا بشرط ثلاثة ايام فمات العبد في الشرط قال يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برى ء من الضمان «٤».

و منها ما رواه علي بن رباط مرسلًا عن أبي عبد الله عليه السلام قال

ان حدث بالحيوان قبل ثلاثه أيام فهو من مال البائع «٥».

و من ناحيه اخرى ان مقتضى قاعده ان كل مبيع تلف فى زمن الخيار فهو ممن لا خيار له عدم الضمان على البائع و المفروض ان البائع له خيار المجلس فلا بد من جعل مبدأ خيار الحيوان من حين التفرق كى لا يتوجه الاشكال المذكور.

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب الخيار الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

(٣) نفس المصدر الحديث ٣.

(٤) نفس المصدر الحديث ٤.

(٥) نفس المصدر الحديث ٥.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٥٤

و يرد عليه انه لو تمت تلك القاعده يمكن ان تخصص بدليل معتبر و لا تكون قاعده غير قابله للتخصيص.

مضافا الى ان المفروض ان المشتري له الخيار أيضا فتلك القاعده لا تنطبق فيؤخذ بدليل كون التلف أى تلف الحيوان على البائع اذا كان التلف اثناء الثلاثه.

الوجه السابع: انه قد قوبل فى جملة من الروايات بين خيار الحيوان و خيار المجلس

منها ما رواه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال المتبايعان بالخيار ثلاثه ايام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا «١».

و منها ما رواه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال سمعته يقول:

قال رسول الله صلى الله عليه و آله البيعان بالخيار حتى يتفرقا و صاحب الحيوان ثلاث «٢».

فان التقسيم قاطع للشركه و ظهور حديث ابن مسلم فى التقسيم و التفصيل بين الحيوان و غيره غير قابل للانكار و به ترتفع اليد عن اطلاق جملة من النصوص الداله بإطلاقها على ثبوت خيار المجلس فى الحيوان فان تقييد المطلق بالمقيد غير عزيز و الظاهر ان الوجه المذكور تام اللهم ان يتم الامر بالاجماع و التسالم بان نقول ثبوت خيار المجلس فى الحيوان متسالم عليه بينهم.

«قوله قدس سره:

ثم ان المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغه»

الخ قد ذكرنا سابقا ان الخيار عباره عن فسخ العقد فما دام لا يكون

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث ٣.

(٢) نفس المصدر الحديث ٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٥٥

العقد تاما صحيحا من قبل الشارع لم يكن مجال للخيار و عليه فلا بد من جعل مبدأ الخيار من زمان حصول الملكيه اذ قبل حصولها لم يكن العقد تاما عند الشارع و لم يكن البيع متحققا شرعا فلا مجال للخيار فى العقد الفضولى ان قلنا بان الاجازه المتأخره كاشفه كاشفا حقيقيا يكون مبدأ الثلاثه زمان العقد اذ عليه تكون الملكيه حاصله من ذلك الزمان و الاجازه المتأخره أماره و كاشفه.

و أما على القول بالكشف غير الحقيقى الذى يكون نقلا فى الحقيقه أو النقل يكون مبدأ الثلاثه من حين الاجازه فلا تغفل و مما ذكرنا ظهران مبدأ خيار الحيوان بعد القبض فيما لو باع حيوانا سلفا بشىء فانه قد حقق فى محله ان القبض فى المجلس شرط شرعى فما دام لم يتحقق القبض لا يكون العقد صحيحا.

«قوله قدس سره:

مسأله لا إشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين»

الخ

الوارد فى النص عنوان ثلاثه ايام و من الظاهر ان اليوم بحسب المفهوم العرفى عباره عن البياض الموجود بين طلوع الفجر و غروب الشمس فالليل خارج لكن حيث ان المستفاد من الدليل اتصال زمان الخيار كظائر المقام نلتزم بثبوت الخيار فيما يكون متوسطا بين الايام من الليل.

و أما الاكتفاء باليوم الملق من يومين فأیضا من جهه الظهور العرفى اذ لو كان المراد من اليوم، اليوم التام غير الملق لأشیر إليه فى النصوص كما أن الامر كذلك فى الحيض و اقامه عشره ايام و مضى ثلاثين يوما

بالنسبه الى المتردد و اما دخول مقدار من الليل اذا تحقق العقد فيه فهو من باب ظهور دليل الخيار فى كونه متصلا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٥٦

بالعقد فلا بد من الالتزام بكون ذلك المقدار من الليله الاولى داخلا فى زمان الخيار.

[مسأله يسقط هذا الخيار بأمور]

[الأول و الثانى اشتراط سقوطه فى العقد و إسقاطه بعد العقد]

«قوله قدس سره: و لو شرط سقوط بعضه فقد صرح بعض بالصحة و لا بأس به»

اسقاط بعض الخيار و ابقاء البعض الاخر يتوقف على تعدد الخيار بحسب اجزاء الزمان و اما لو كان الخيار امرا واحدا مستمرا فكيف يمكن تبعضه و الظاهر من دليله كونه امرا واحدا مستمرا.

و لو وصلت النوبه الى الشك يكون التعدد خلاف الاصل فلا مجال للتبعض لا يقال كما ان الاصل يقتضى عدم التعدد كذلك يقتضى عدم الوحده فما وجه الترجيح فانه يقال استصحاب عدم الوحده لا يقتضى التعدد الا على القول بالمثبت مضافا الى معارضته باستصحاب عدم التعدد و يكفى لاثبات الامر فى النتيجة استصحاب عدم التعدد و لا يحتاج الى اثبات الوحده.

«قوله قدس سره:

و الثالث التصرف»

اشاره

الخ يقع الكلام تاره فى مقتضى القاعده الاولى و اخرى فى مقتضى النصوص الخاصه فيقع البحث فى مقامين:

أما

المقام الأول: [فى مقتضى القاعده الأولى]

فلا وجه لسقوط الخيار بالتصرف باى نحو من انحاء التصرفات اذ اسقاط الخيار امر انشائى فلا بد من اعتباره فى النفس ثم ابراز ذلك الاعتبار بمبرز خارجى من لفظ أو فعل و الا فلا وجه للسقوط حتى لو كان تصرفا يوجب اعدام العين حقيقه أو حكما هذا بالنسبه الى المقام الأول.

و أما

المقام الثانى [فى مقتضى النصوص الخاصه]

فقد دلت جمله من النصوص على ان التصرف

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٥٧

فى العين يوجب سقوط الخيار منها ما رواه على بن رثاب «١».

و هذه الروايه يستفاد من صدرها ان احداث ذى الخيار حدثا فى الحيوان يوجب سقوط خياره و يستفاد من ذيل الحديث ان المراد من الحدث الموجب لسقوط الخيار عبارته عن ملامسه الجاربه و تقبيلها و النظر منها الى ما يحرم عليه قبل الشراء فالمستفاد من الحديث صدرا و ذيلا- ان الحيوان المشتري لو كان امه يسقط خيار المشتري بملامستها و تقبيلها و النظر إليها و لا يدل الحديث على ازيد من هذا المقدار.

و منها ما رواه على بن رثاب أيضا «٢» و المستفاد من الحديث المذكور عين ما يستفاد من الحديث الاول لا ازيد.

و منها ما رواه الصفار «٣» و المستفاد من الحديث صدرا و ذيلا ان مشتري الدابه اذا انعلها أو اخذ من حافرها يسقط خياره و لا دليل فى الحديث على ازيد من هذا المقدار فالنتيجه انه ليس فى النصوص ما يدل على ان مطلق التصرف فى الحيوان يوجب سقوط الخيار كى يقال يشكل ذلك بأنه ما الفائدة فى جعل الخيار فان اشتراء الحيوان لا ينفك عن التصرف فيه و لو بمقدار سوقها الى الاصطبل و ينحصر بقاء الخيار بزمان يكون الحيوان عند بايعه و

يلزم ان يكون جعل الخيار لغوا و خلاف حكمه الجعل فان حكمته التروى فى الابقاء و الرد.

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٣٤٠.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٣٤١.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٣٤١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٥٨

فانقده بما ذكرنا انه لا يستفاد من النصوص الاطلاق فلا يتوجه الاشكال لكن الانصاف ان المستفاد من اطلاق جواب الامام عليه السلام فى حديث الصفار ان احداث الحدث فى الدابه على الاطلاق يوجب سقوط الخيار حيث قال عليه السلام فاذا احداث فيها حدثا، لكن لا يشمل الحديث مجرد الركوب أو السوق الى الاصطبل فلا ينافى حكمه الجعل.

«قوله قدس سره: يحتمل وجوها»

قد ظهر مما ذكرنا ان الحديث ليس مجملا فان المستفاد من كلامه عليه السلام أولا قاعده كليه و هى ان احداث الحدث على الاطلاق فى الحيوان المشتري يوجب سقوط خيار المشتري.

و من ذيل كلامه روحى فداه يستفاد ان المراد بالحدث الملامسه و القبلة و النظر الى ما لم يكن جائزا قبل الاشتهاء فالذيل مانع عن استقرار الظهور المستفاد من الصدر و تصير النتيجة ان الحيوان المشتري لو كان امه توجب هذه الافعال الثلاثه سقوط الخيار بالنسبه إليها و يكون قوله عليه السلام فذلك رضى منه جوابا للشرط.

و يكون معناه بحسب الظهور ان الامام يحكم بكون احداث الحدث اسقاط للخيار على نحو الحكومه فان الشارع الاقدس له ان يعتبر امرا لمورد لا يكون كذلك فان احداث الحدث بنفسه لا يكون اسقاطا للخيار و لكن الشارع الاقدس اعتبره اسقاطا فلا خيار بعد ذلك و بعد ذلك فسر الحدث بالثلاثه المذكوره فى الحديث.

و يدل على المدعى الحديث الاخر لابن رثاب فان قوله عليه

السلام فى ذيل الحديث اذا قبل أو لا مس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزمته يدل بمفهوم الشرط الذى حقق فى محله

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٥٩

على عدم السقوط فى غير الموارد المذكوره هذا بالنسبه الى الامه.

و يستفاد من حديث الصفار التفصيل بين اخذ الحافر و الانعال و بين الركوب بسقوط الخيار فى الاولين و عدم سقوطه فى الثالثه و بهذا النحو يفصل بمقتضى النصوص الوارده فى المقام.

و صفوه القول ان سقوط الخيار بالتصرف أو باحداث الحدث بلا قصد اسقاط الخيار لا يقتضى السقوط بل اللازم بحسب القواعد الالتزام بالبقاء و انما نخرج عن تحت القاعده و الحكم على خلافها بمقدار قيام الدليل.

فتكون النتيجة هكذا فان الحيوان المشترى اما انسان و اما حيوان و على الاول اما يكون عبدا و اما يكون امه فان كان عبدا لا يوجب التصرف فيه سقوط الخيار لعدم الدليل عليه و ان كان امه يكون التقييل أو الملامسه أو النظر موجبا لسقوط الخيار و ان كان دابه يكون احداث الحدث فيها موجبا لسقوط الخيار و ان كان غير دابه لا يكون التصرف فيها باى نحو موجبا لسقوط الخيار فلاحظ.

[الثالث خيار الشرط]

اشاره

«قوله قدس سره: الثالث خيار الشرط»

لا اشكال فى ان عقد البيع لو خلى و طبعه عقد لازم اجماعا و كتابا و سنه اما الاجماع فواضح فان لزوم العقد بيعا كان أو غيره لو خلى و طبعه امر ظاهر واضح و لو نوقش فى الكليه فلا ريب فى ان عقد البيع كذلك.

و اما الكتاب فقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فان المستفاد من الآيه الشريفه ان كل عقد لازم و المتعاقدان لا يجوز لهما

الفسخ.

و اما السنه فقولہ صلی اللہ علیہ و آلہ البیعان بالخیار ما لم یفترقا و اذا افترقا وجب البیع فلا اشکال فی اللزوم الطبعی الاصلی انما

عمده المطالب فی التعليق علی مکاسب، ج ۳، ص: ۳۶۰

الكلام فی انه هل يمكن صيروره البیع جائزا بشرط الخيار أم لا؟

فنقول لا اشکال فی ان الشرط لا يكون مشرعا بل لا بدّ من ان يكون الشرط فی الرتبہ السابقه امرا جائزا فی الشریعہ المقدسه کی یلزم بواسطه الشرط.

فلو شك فی مشروعیه شرط و عدمها لا يمكن اشتراطه لعدم جواز الاخذ بالدلیل فی الشبهه المصداقيه فكيف بمورد يكون عدم جوازه محرزا و المقام كذلك اذ قد علم من الشریعہ المقدسه كما بينا ان عقد البیع لازم فاشترط الخيار فيه على خلاف المقرر الشرعی فلا بد من التوسل بدلیل معتبر دال على الجواز.

[الاستدلال على جواز خيار الشرط في العقد]

اشاره

و ما يمكن أن يذكر فی تقريب الجواز وجوه

الوجه الأول الاجماع.

و فيه ما فيه فان الاجماع المنقول لا- يكون حجه و المحصل منه على فرض حصوله محتمل المدرك فلا يكون اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام.

الوجه الثانى: ما افاده سيدنا الاستاد قدس سره و هو ان الاهمال غير معقول فى الواقع

فالبائع فى مقام التمليك اما يهمل و اما يملك حتى بعد الفسخ و اما يملك الى زمان الفسخ اما الاهمال فهو غير معقول و اما الاطلاق فهو يرجع الى التناقض و التناقض باطل فيكون الامر منحصر فى الثالث و هو ان البائع يملك الى زمان قوله فسخت.

و يرد عليه أولا- انه على هذا لا- فرق بين اشتراط الخيار و عدمه اذ المفروض ان التمليك الى زمان قوله فسخت و هل يمكن الالتزام بهذا اللازم الفاسد و ان اشتراط الخيار، لا يفيد شيئا و وجوده كعدمه و ان البائع له الفسخ على كلا التقديرين.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ۳، ص: ۳۶۱

و ثانيا انه يستلزم الغرر اذا المشتري لا يعلم انه مالك للعين فى اى مقدار من الزمان و المعروف عندهم ان الغرر يفسد البیع.

و ثالثا ان المشتري لو باع العين من ثالث ثم فسخ البائع البيع يلزم ان يكون بيع المشتري باطلا اذ فسخ البائع يكشف عن عدم كون العين مملوكة للمشتري و هل يمكن الالتزام بهذا اللازم الباطل.

و رابعا ان البيع بحسب الارتكاز العرفى العقلائى و المتشرعى ليس امرا موقتا و بعباره اخرى ليس التمليك البيعى تمليكا موقتا بل دائمي و الارتكاز ينافى مدعاه.

و خامسا ان الفسخ لا يكون غايه بل رافع و الرفع يتوقف على الوضع فلا مجال لما افاده.

و سادسا ان التمليك الدائمي لا ينافى الفسخ و لا يكون البيع و جعل الخيار جمعا بين المتنافيين بل الفسخ يتوقف على كون التمليك دائميا فان

البائع يملك العين من المشتري على نحو الدوام غايه الامر يجعل لنفسه أو للمشتري حق رفع الامر الدائم فان البيع كالزواج و الفسخ كالطلاق فكما ان الطلاق يقطع الزوجيه الدائميه و يرفعها كذلك الفسخ يرفع الملكيه و يقطعها.

الوجه الثالث: ما عن سيدنا الاستاد أيضا

و هو ان المستفاد من دليل خيار المجلس ان امر لزوم العقد و جوازه بيد المتعاقدين.

بتقريب ان المستفاد من قوله عليه السلام فلا خيار بعد الرضا منهما ان الامر بيدهما و تابع لرضاهما.

و يرد عليه ان هذه الدعوى بلا- دليل فانه يمكن ان يكون المراد بالرضا، الرضا باصل العقد فيكون معناه انهما بعد كونهما راضيين بالعقد و تفرقهما عن مجلسه يصير العقد لازما و يمكن ان يكون

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٦٢

المراد ان العقد بعد رضاهما ببقائه و عدم فسخهما يصير لازما.

و يمكن ان يكون المراد ان التفرق غير الا- كراهي يوجب اللزوم اضعف الى ذلك انه ما المراد من هذه الدعوى و ان امر اللزوم بيدهما اي اذا اراد اللزوم يلزم و اذا اراد الجواز يجوز فان هذا المعنى لا يرجع الى محصل فان اللزوم اعتبار شرعي لا يتصور فيه ارتباطه بالمتعاقدين و اذا كان الامر بيدهما فلا يحتاج الى اشتراط الخيار.

و بعبارة واضحة: انه اذا كان المراد انهما يقدران على اشتراط الخيار في ضمن العقد يكون مصادره بالمطلوب و ان كان المراد ان امر العقد دائما بيدهما فمرجه الى ان العقد لا يكون لازما بل ابقاء و اعداما باختيارهما.

الوجه الرابع: ما عن سيدنا الاستاد أيضا

و هو انه لا- اشكال في جواز اشتراط الافعال الجائزه كخياطه الثوب مثلا- في ضمن العقد و مفهوم الا- اشتراط يتقوم بالارتباط فيرتبط فعل الخياطه مثلا بالوفاء اي الوفاء بالعقد يرتبط بالخياطه.

و بعبارة اخرى يعلق الخيار على عدم الخياطه فاذا جاز اشتراط الخيار بهذا النحو يجوز اشتراطه على الاطلاق.

و يرد عليه أولا ان اشتراط الخياطه لا يتوقف على جعل الخيار فان الاشتراط عبارة عن تعليق احد الامرين على الامر الاخر فالذی يبيع داره

مثلا يمكنه ان يعلق بيع الدار على الالتزام بخياطه الثوب فالالتزام بخياطه الثوب شرط للبيع.

ان قلت: التعليق فى البيع يوجب بطلانه قلت: بطلان التعليق بالاجماع و لا اجماع فيما يكون المعلق عليه محرزا و انما يكون

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٦٣

باطلا فيما يكون المعلق عليه امرا مرددا و مشكوكا فيه كقدوم زيد من السفر فاشترط خياطه الثوب لا يتوقف على جعل الخيار.

و ثانيا انا سلمنا صحه اشتراط الخيار هناك لكن لا نسلم جوازه على الاطلاق لعدم الدليل.

الوجه الخامس النصوص الداله على جواز الشرط فى ضمن العقد

و من تلك النصوص ما رواه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال: المسلمون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا- يجوز «١». الى غيره من النصوص فان مقتضى اطلاق النصوص المشار إليها جواز كل شرط فيجوز اشتراط الخيار و قد اوردت فى الاستدلال بهذه النصوص على المدعى ايرادات:

الايراد الاول: ان الظاهر من هذه النصوص ما يرجع الى الفعل الصادر عن المكلف و بعبارة اخرى النصوص بظواهرها ناظره الى الحكم التكليفى فلا يعم الوضعى و فيه ان لا وجه لرفع اليد عن الاطلاق و تخصيص النصوص بالتكليف بل مقتضاها جواز كلا الامرين و لزومها بالاشترط.

الايراد الثانى: ان جعل الخيار خلاف مقتضى العقد فلا يجوز اشترطه.

و فيه ان مقتضى العقد تحقق الملكيه و اللزوم و الجواز حكمان يعرضان عليه و ليس اللزوم مقتضى العقد و هذا ظاهر واضح.

الايراد الثالث: ان الاشتراط متقوم بكون الشرط تحت قدره المكلف و الخيار امره بيد الشارع و لا مجال لاشترط الفعل الصادر عن الشارع فانه خارج عن تحت الاختيار.

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب الخيار الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على

و يرد عليه انه لا اشكال فى ان الخيار امر مقدور للمكلف و لذا يمكن جعله ممن لا يعتقد بالله تعالى.

و ان شئت قلت: الخيار نحو اعتبار من الاعتبارات فلا يختص بناحيه خاصه.

الايراد الرابع: ان الاشتراط مفهومه متقوم بالارتباط و ليس فى جعل الخيار ارتباط و المعروف بين القوم انه لا اعتبار بالشرط الابتدائى.

و يرد عليه ان الامر ليس كذلك فان جعل الخيار يتصور بنحوين.

احدهما: ان يبيع داره مثلا- على نحو الاطلاق و يجعل لنفسه الخيار ثانيهما ان يشترط الخيار بان يعلق البيع على التزام الطرف الاخر بالخيار فان كان على النحو الاول لا يكون مؤثرا اذ جعل الخيار فى نفسه لا دليل على صحته شرعا و اما اذا كان على النحو الثانى فيكون صحيحا اذ مفهوم الاشتراط متحقق حيث فرض تعليق البيع على الالتزام بالخيار.

ان قلت: التعليق يفسد العقد بالاجماع قلت: التعليق على امر محرز وجوده لا يكون مبطلا فانه ليس مورد الاجماع.

الايراد الخامس: ان اشتراط الخيار مخالف مع المقرر الشرعى فان الشارع الاقدس حكم بلزوم البيع.

و قد اورد سيد الحاشيه قدس سره على الاشكال المذكور بان اللزوم ليس من مقتضيات العقد بل اللزوم مقتضى اطلاق العقد فلا يكون شرط الخيار خلاف المقرر الشرعى.

و ما أفاده لا يرجع الى محصل صحيح اذ نسأل ان دليل وجوب الوفاء بالعقد مهمل او مطلق او مقيد بعدم جعل الخيار و مع جعل

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٦٥

الخيار لا يكون لازما اما الاهمال فغير معقول و أما التقييد فلا دليل عليه و مصادره بالمطلوب و من الظاهر بطلانه و فساده فيكون مطلقا و مع الاطلاق يكون الشرط مخالفا مع المقرر الشرعى

فلا يصح.

و دفع الايروانى الاشكال بوجه آخر و هو ان اشتراط الخيار عباره عن اشتراط استرجاع ما دفعه متى شاء و استملاكه متى احب و هذا من جمله الشروط فيصح بمقتضى دليل جواز الاشتراط.

و يرد عليه ان ما افاده ليس تحته شىء اذ ما المراد من الاسترجاع فان كان المراد الاسترجاع مع مجوز شرعى فهذا لا يحتاج الى الشرط و الكلام فى انه لا دليل على المشروعيه و ان كان المراد الاسترجاع بلا موجب و مجوز شرعى فهذا شرط فاسد و مخالف للشرع و ان كان المراد الاسترجاع مع رضا الطرف المقابل الراجع الى الاقاله فهذا امر جائز و الاقاله مستحبه و لا يحتاج الى الشرط فالنتيجه فساد الوجه المذكور كبقية الوجوه

الوجه السادس النصوص الخاصه الوارده فى الموارد المخصوصه

منها ما رواه سعيد بن يسار قال:

قلت لابي عبد الله عليه السلام: انا نخالط أناسا من اهل السواد و غيرهم فبييعهم و نربح عليهم للعشره اثنى عشر و العشره ثلاثه عشر و تؤخر ذلك فيما بيننا و بين السنه و نحوها و يكتب لنا الرجل على داره أو على ارضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى اخذ منا شراء قد باع و قبض الثمن منه فنعه ان هو جاء بالمال الى وقت بيننا و بينه ان نردّ عليه الشراء فان جاء الوقت و لم يأتنا بالدراهم فهو لنا فما ترى فى الشراء فقال: ارى انه لك ان لم يفعل و ان جاء بالمال

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٦٦

لوقت فرد عليه «١».

فان المستفاد من الحديث جواز جعل الخيار للمشتري فيجوز اشتراط الخيار و فيه انه حكم وارد فى مورد مخصوص و لا يمكن ان يستفاد من الحديث قانون كلى عام فانه

من الممكن جواز جعل الخيار في خصوص تعليق الخيار على رد الثمن.

الوجه السابع: ما يستفاد من بعض الروايات من ان جواز جعل الخيار كان مرتكزا في ذهن السائل

و الامام عليه السلام قرر ما في ذهنه لاحظ ما رواه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: و ان كان بينهما شرط اياما معدوده فهلك في يد المشتري قبل ان يمضى الشرط فهو من مال البائع «٢».

و لاحظ ما رواه ابن سنان أيضا قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد و يشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة و يحدث فيه الحدث على من ضمان ذلك فقال: على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثه ايام و يصير المبيع للمشتري شرط له البائع أو لم يشترط قال و ان كان بينهما شرط اياما معدوده فهلك في يد المشتري قبل ان يمضى الشرط فهو من مال البائع «٣».

فان المستفاد من الحديث ان جواز جعل الخيار كان عند الراوى امرا مفروغا عنه و انما يسأل عن الضمان و الامام عليه السلام قرره على ما في ذهنه و اجاب عن مسئله.

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب الخيار الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ٢.

(٣) تهذيب الاحكام ج ٧ ص ٢٤ الحديث ١٠٣.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٦٧

مضافا الى أنه يستفاد من كلام الامام عليه السلام في ذيل الروايه الاطلاق فان قوله عليه السلام و ان كان بينهما شرط مطلق يشمل جميع الموارد و الظاهر ان الوجه المذكور تام.

الوجه الثامن السيره الجاربه بين المتشّعه و العقلاء بلا نكير

فانه لا اشكال في تحقق السيره المذكوره بل يمكن ان يقال ان الاشكال في الجواز و الايراد يقرع الاسماع و يعد مستنكرا فلاحظ.

«قوله قدس سره:

مسأله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه»

لا ريب في جواز انفصال زمان الخيار عن العقد في مقام الثبوت و الامكان و ما قيل من أنه يلزم كون العقد جائزا بعد كونه لازما مدفوع.

أولاً- بانه يمكن تصوير عدم انفصال زمان الخيار مع عدم حدوث الجواز بعد اللزوم كما لو جعل الخيار من زمان التفرق عن المجلس أو من زمان انتهاء خيار الحيوان فالدليل اخص من المدعى.

و ثانيا ان ما افيد استبعاد محض و ليس تحته شىء نعم عمدته الاشكال عدم الدليل على جواز الانفصال اذ قد تقدم ان جعل الخيار خلاف القاعده الاولى و انما التزمنا بالجواز في الجملة للسيره و لبعض النصوص فلا دليل على الجواز باى نحو كان اللهم الا أن يقال يمكن ان يستفاد الاطلاق من حديث بن سنان « ١ » فان قوله عليه السلام و ان كان بينهما شرط اياما معدوده فهلك الخ مطلق و لم يقيد عليه السلام كلامه بان يكون الشرط متصلا بالعقد و مقتضى الاطلاق

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٣٦٦.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٦٨

رفض القيود و عموم الحكم فلاحظ.

«قوله قدس سره: نعم يشترط تعيين المده»

بتقريب انه مع عدم التعيين يكون البيع غرريا و قد نهى عنه و يرد عليه أولا ان الدليل اخص من المدعى اذ يمكن ان لا يكون غرريا كما لو كان المشتري رابحا على اى تقدير فلا غرر و لا خطر و ثانيا انه قد قلنا سابقا انه لا دليل على كون الغرر مفسدا للعقد.

«قوله قدس سره: و يشير الى ما ذكرنا

الاجبار الداله على اعتبار»

الخ لاحظ الباب الثالث من ابواب السلف من الوسائل و الحديث الخامس منه حديث «غياث بن ابراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا بأس بالسلم كيلا معلوما الى اجل معلوم و لا تسلمه الى دياس و لا الى حصاد» الذى اشار إليه الشيخ.

و الانصاف انه لا يستفاد المدعى من النصوص المشار إليها فانه لا يرتبط احد البابين بالآخر و الاحكام الشرعيه امور تعبدية لا تنالها عقولنا.

«قوله قدس سره:

مسألة لا فرق فى بطلان العقد بين ذكر المده المجهوله»

الخ الميزان صدق عنوان الغرر بلا فرق بين مصاديقه.

«قوله قدس سره: فجعلوا مده الخيار فى الصورة الثانية ثلاثه ايام»

الخ و المدرك للحكم المذكور امران احدهما الاجماع المدعى فى المقام ثانيهما دعوى وجود اخبار داله عليه و كلا الوجهين فاسدان اما الاجماع فمنقوله غير حجه و محصله على تقدير تحصيله محتمل

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٦٩

المدرک مضافا الى انه كيف يحصل الاجماع و اما الثانى فمجرد نقل اخبار داله عليه و هذه الدعوى لا اعتبار بها كما هو ظاهر.

«قوله قدس سره: أو يكون حكما شرعيا ثبت فى موضوع خاص»

لم يظهر لى فرق بين النحويين فانه على كلا التقديرين يكون تحديدا و حكما شرعيا و الامر سهل و العمده عدم تماميه الدليل بما ذكر.

«قوله قدس سره: نعم قد روى فى كتب العامه ان حنان بن منقذ كان يخذع فى البيع لشجه اصابته فى رأسه فقال له النبى صلى الله عليه و آله اذا بعت فقل لا خلابه و جعل له الخيار ثلثا و فى روايه و لك الخيار ثلثا و الخلابه الخديعه»

و لا اعتبار بالروايه المشار إليها كما هو ظاهر.

«قوله قدس سره: و فى دلالتة فضلا

عن سنده ما لا يخفى»

يمكن ان يكون الوجه فى الاشكال فى الدلاله انها اجنبية عما نحن بصدده فان خيار الشرط امر بين الطرفين مجعول على نحو الاشرط والمستفاد من الحديث ان الرسول الاكرم صلى الله عليه وآله وسلم جعل فى بيع الرجل خيارا له بدون رضا الطرف الاخر اى لا يشترط فيه كون الطرف راضيا و كيف كان لا اثر للحديث.

«قوله قدس سره:

مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد»

فانه المنصرف من اطلاق الكلام كما فى كلام الماتن.

«قوله قدس سره: بطل لادائه الى جهاله مده الخيار»

ما افاده غريب اذ الجهاله ناشيه عن الخيار الذى قرره الشارع اى خيار المجلس و من الظاهر ان البيع لا يبطل من ناحيه المقرر

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٧٠

الشرعى و لا- فرق من هذه الجهه بين جعل الخيار من حين التفرق و عدمه اذ المفروض ان الجهل متعلقه خيار المجلس و اما الخيار المجعول فلا جهل فيه فالحق ان مقتضى القاعده عدم وجه للاشكال.

«قوله قدس سره: و قد تقدم عن الشيخ وجهه مع عدم تماميته»

تقدم انه يجوز اجتماع الخيارين بل ازيد و لا محذور فى الاجتماع.

«قوله قدس سره: بل الحكم بثبوت من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما»

الخ لا اشكال فى ان الامور الانشائية تابعه لقصد المنشئ و لذا اشتهر فيما بين القوم ان العقود تابعه للقصد فعلى هذا الاساس فى مقام الدلاله إما يكون الكلام و لو بمعونه القرينه ظاهرا فى معنى و إما يكون مجملا.

أما على الاول فلا اشكال فى العمل على طبق الظهور حيث انه حجه و اما مع الاجمال كما لو تردد الامر بين الجمعه و السبت فلا يترتب الاثر الا على اعمال الخيار فى

كلا اليومين حتى يعلم بان اعمال الخيار وقع فى زمان تحقق الحق اى الخيار.

[مسأله يصح جعل الخيار لأجنبى]

«قوله قدس سره: يصح جعل الخيار لاجنبى»

لا- اشكال فى أنه لا- مانع عن جعل الخيار للاجنبى فان باب الاعتبار باب واسع و لكن مجرد الامكان الثبوتى لا اثر له و أما فى مقام الاثبات فلا دليل على جوازه.

و عموم دليل جواز الشرط لا يقتضى جوازه اذ دليل الاشتراط لا يكون مشرعا للاحكام و من ناحيه اخرى ان الشرط يلزم ان لا يكون على خلاف المقرر الشرعى و من ناحيه ثالثه ان الدليل من الكتاب

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٧١

و السنه دل على كون عقد البيع لازما و جعل الخيار يضاد اللزوم فالنتيجه عدم جواز الخيار للاجنبى ان قلت لا اشكال فى جواز الوكاله فليكن هذا من مصادقيها قلت جعل الخيار لا- يرتبط بالوكاله فان الخيار للموكل و الوكيل وجود تنزيلي له و لا اصاله للوكيل و اما فى المقام فيكون الخيار له اصاله.

«قوله قدس سره: و لو جعل الخيار لمتعدد كان كل منهم ذا خيار»

مقتضى ما ذكرنا من عدم الجواز لا تصل النوبه الى عنوان الفرع المذكور و امثاله فيكون فرضيا و تعليقيا.

فنقول جعل الخيار للمتعدد يتصور على اقسام القسم الأول ان يجعل الخيار لكل واحد مستقلا ففى هذه الصوره لو اجاز احدها و فسخ الاخر يكون العقد منفسخا و ليس هذا من باب تقديم الفسخ على الاجازه بل من باب ان المفروض ان لكل واحد خيارا فيؤثر فعل كل منهما اثره.

القسم الثانى ان يكون الخيار للمجموع من حيث المجموع و فى هذه الصوره ما لم يتحقق الاجتماع على احد الطرفين لا يؤثر اذ المفروض ان الخيار للمجموع

فلا بد من الاجتماع.

القسم الثالث ان يكون الخيار للجامع و فى هذه الصورة الامر للسابق و الوجه فيه ظاهر.

«قوله قدس سره: و لو خولف امكن اعتبار فعله و الا لم يكن لذكره فائده»

اذا فرض ان الخيار جعل للاجنى استقلالاً لم يكن وجه للتفريق بينه و بين المتعاقدين اذ الاجنى على الفرض يصير بالجعل كاحدهما

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٧٢

و الا لم يكن فائده فى جعله له.

ثم انه هل يلزم ان يراعى الاجنى مصلحه الجاعل اذا قلنا بانه يصح جعل الخيار له الظاهر انه لا وجه للتقييد و عليه يكون الامر بيده و كما تقدم يكون كالاصيل فاجازته و فسخته نافذتان مضافا الى انه لو كان اعمال نظره مشروطا بالمصلحه فكيف يمكنه الامضاء أو الفسخ اذ ربما يكون الاعمال صالحا لاحد الطرفين دون الاخر الا فى مورد يكون الاعمال على صلاح كليهما.

«قوله قدس سره: ثم انه ربما يتخيل ان اشتراط الخيار للاجنى مخالف للمشروع»

الخ الحق تماميه التخيل المذكور و ليس ما اشير إليه تخيلاً بل امر مطابق مع الواقع فان الفسخ المشروع ما يكون بالاقاله و بالخيار الثابت بالشرع كخيار المجلس و الحيوان و الشرط فان العقد فى حد نفسه لازم و لا يجوز جعل الخيار فما افيد فى كمال الصحه.

و ما افاده الشيخ قدس سره من عدم المنع العقلى تام و لكن ما افاده عن عدم المنع الشرعى غير تام فان العقد لازم شرعا و من ناحيه اخرى الشرط يلزم ان لا يكون مخالفاً للمشروع و فى المقام يكون خالفاً له و قياس ما نحن فيه بمسأله إرث الزوجه من الخيار مع الفارق فانه لو ثبت إرث الخيار و أيضاً لو ثبت

ان الزوجه ترث الحق يتحقق الارث.

و صفوه القول ان الميزان فى كل مورد تماميه الدليل و فى المقام لا دليل على الجواز بل مقتضى الاستصحاب عدمه فلاحظ.

«قوله قدس سره:

مسأله يجوز لهما اشتراط الاستيمار»

لو قلنا بجواز شرط الخيار كما تقدم انه جائز لا مانع شرط

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٧٣

الاستيمار فيجب على المشروط عليه العمل على طبق الشرط.

«قوله قدس سره: فان فسخ المشروط عليه من دون استيمار لم ينفذ»

الخ.

اذ لا يكون الخيار ثابتا له على الفرض فلا مجال للنفوذ كما انه لو استأمره و امره بشىء و خالفه لم يكن ما فعله تاما لعين الملاك المتقدم و هذا واضح ظاهر.

«قوله قدس سره: فمعناه سلطنه صاحبه على الفسخ».

الامر كما افاده مع قيام الدليل على ان المراد من الاشتراط ان الطرف المقابل يمثل امر المستأمر بالفتح مع طلبه من الشارط ففى هذه الصوره يجب على المشروط عليه ان يفعل ما يريده الطرف المقابل فان لم يفعل ثبت للشارط خيار تخلف الشرط.

[مسأله من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع و يقال به بيع الخيار]

اشاره

«قوله قدس سره: و هو جائز عندنا»

جوازه على طبق القاعده الاولى فانه من مصاديق خيار الشرط و قد مرّ تماميته و جوازه فالجواز فى هذه المسأله فى الجمله لا اشكال فيه انما الكلام فى بعض الخصوصيات مضافا الى دعوى الاجماع على جوازه.

اضف الى جميع ذلك النصوص الخاصه الوارده فى المقام منها ما رواه اسحاق بن عمار قال حدثنى من سمع أبا عبيد الله عليه السلام و سأله رجل و انا عنده فقال: رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء الى اخيه فقال: ابيعك دارى هذه و تكون لك احب

إلّى من ان تكون لغيرك على ان تشرط لى ان انا جئتك بثمانها الى سنه ان تردّ على فقال:

لا بأس بهذا ان جاء بثمانها الى سنه ردها عليه قلت: فانها كانت فيها

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٧٤

غله كثيره فاخذ الغله لمن تكون الغله فقال:

الغله للمشتري الا ترى انه لو احترقت لكانت من ماله «١».

و منها ما رواه سعيد بن يسار «٢» و منها ما رواه معاوية بن ميسره قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل و كان بينه و بين الرجل الذى اشترى منه الدار حاصر فشرط انك ان اتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فاتاه بماله قال: له شرطه قال له أبو الجارود: فان ذلك الرجل قد اصاب فى ذلك المال فى ثلاث سنين قال: هو ماله و قال أبو عبد الله عليه السلام: أ رأيت لو ان الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري «٣».

فان هذه الطائفة تدل بوضوح على المدعى و

قد تعرض الشيخ قدس سره فى المقام لامور.

الأمر الأول ان اعتبار رد الثمن يتصور على وجوه:

الوجه الأول ان يؤخذ قيذا للخيار على وجه التعليق أو التوقيت

فلا خيار قبله و المراد بالرد فعل ما يكفى من طرفه كالتخليه بين المال و مالكة و ان لم يقبضه الطرف الاخر.

و يمكن أن يكون المراد بالتوقيت تعيين وقت كسسه مثلا- بان يعلق الخيار على رد الثمن فى تلك المده و بالتعليق عدم تعيين المده و يعلق الخيار على الرد بلا تعيين مده.

و قد اورد فى هذه الصوره ايرادان احدهما ان التعليق باطل

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ١.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٣٦٥.

(٣) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٧٥

فالوجه المذكور باطل.

ثانيهما ان التعليق و جعل الخيار بالنحو المذكور يوجب كون البيع غرريا فيكون باطلا.

و يرد على الاشكال الاول ان التعليق فى الشرط لا- يكون باطلا فان قوام الشرط بالتعليق و الربط و مقعد اجماعهم على بطلان

التعليق لا يشمل المقام.

و يرد على الثانى انا

ذكرنا سابقا ان الغرر معناه الخديعه فلا يرتبط بامثال المقام مضافا الى انه لا دليل على بطلان الغرر فان النبوى المعروف لا سند معتبر له.

و يضاف الى ذلك انه ربما لا يكون فى الجعل المذكور خطر فالدليل اخص من المدعى.

الوجه الثانى ان يكون رد الثمن قيذا للفسخ لا قيذا للخيار

فيكون الخيار ثابتا من اول الامر بخلاف الوجه الاول لكن يشترط عليه أن لا يفسخ ذو الخيار الا بعد رد الثمن و فى هذه الصورة لو فسخ قبل الرد يكون عاصيا لكن يؤثر فسخه اذ فرض ان له الخيار من اول العقد لكن للطرف المقابل ان لا يسلم العين الا بعد رد الثمن فان هذا شرط ارتكازى جار بين العقلاء.

ان قلت: لا يجوز ابقاء مال الغير و حبسه بدون اذنه فلا يمكن الاشتراط.

قلت: يرد عليه أولا أنا نناقض بعدم وجوب اقباض المبيع اورد الثمن فى كل بيع بل فى كل عقد يكون متعلقا بمالين للمتعاقدين و الكلام فيه هو الكلام فكيف يجوز هناك و لا يجوز هنا.

و ثانيا انه لا شبهه فى جريان السيره العقلائيه عليه و لم تردع

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٧٦

السيره المذكوره من قبل الشارع.

الوجه الثالث أن يكون الفسخ بالرد أى يتحقق الفسخ بالرد

و الظاهر انه لا اشكال فيه الا ان يقال انه يرد عليه بانه ان كان الخيار مجعولا له و يكون مقتضى الشرط أن يفسخ بالرد فلا يكون فرق بينه و بين الوجه السابق و ان لم يكن كذلك يشكل الامر اذ عليه يكون الرد موضوعا لثبوت الخيار فكيف يمكن ان يكون فسخا.

الوجه الرابع: ان يكون رد الثمن موضوعا لاقاله

أى يشترط البائع على المشتري انه اذا رد الثمن يقيه فوجب عليه الاقاله و اذا تخلف يجبره الحاكم و اذا لم يمكن الاجبار يتصدى بنفسه للفسخ لانه ولى الممتنع و هذا على تقدير قبول ولايه الحاكم بهذا المقدار.

الوجه الخامس: ان يشترط البائع على المشتري انه لو رد الثمن يبيع العين منه

فيجب البيع على المشتري بالشرط و لو تخلف يجبره الحاكم و مع عدم امكان الاجبار يتصدى هو بنفسه و يمكن ان يقال انه لو امتنع عن البيع فى هذه الصورة أو امتنع من الاقاله فى الصورة السابقه يتحقق للبائع خيار تخلف الشرط فلاحظ.

الوجه السادس: ان يعلق الانفساخ على رد الثمن

و فى هذه الصورة ان كان مرجع الشرط المذكور الى انفساخ العقد بنفسه من دون الفسخ يكون الشرط باطلا اذ الانفساخ بلا فسخ غير مقرر فى الشريعة.

ان قلت: حديث معاوية بن ميسره «١» يدل على الجواز فانه الظاهر منه قلت الظاهر ان الحديث ظاهر فى المدعى و لكن الاشكال فى سنده فان معاوية لم يوثق و اما ان كان مرجعه الى الفسخ من حين العقد بنحو

(١) قد مرّ الحديث فى ص ٣٧٤.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٧٧

شرط النتيجة فهل يكون صحيحا أم لا؟

و ربما يورد فى هذا الوجه ايرادات الايراد الاول انه لا- دليل على صحه شرط النتيجة و يرد عليه انه يكفى للجواز الاطلاقات الواردة فى العقود و الايقاعات و من ناحيه اخرى دليل نفوذ الشرط بإطلاقه يقتضى الصحه و لذا لا مانع من اشتراط الزوجه على زوجها فى عقد النكاح كونها وكيله فى طلاقها و فى المقام يتحقق الفسخ بنفس الشرط.

الايراد الثانى: انه تعليق و التعليق باطل و يرد عليه انه لا اجماع فى المقام و بطلان التعليق ليس امرا عقليا بل امر تعبدى.

الايراد الثالث ان الشرط المذكور مناف مع العقد اذ الفسخ يتوقف على تحقق العقد كى يجوز فسخه فكيف يمكن فسخه قبل تحققه.

و يرد عليه انه لو كان زمان الفسخ متحدا مع زمان العقد لكان الايراد المذكور فى محله و اما لو لم يكن كذلك

كما هو المفروض فى المقام اذ رد الثمن متأخر عن العقد فلا اشكال.

الايراد الرابع: ان الشرط المذكور مخالف للشرع لان الفسخ يحتاج الى سبب شرعا و الانفساخ بلا فسخ خلاف الشرع.

و يرد عليه ان سببه الفسخ حين العقد بنحو الوجوب المشروط و لا مانع منه.

الايراد الخامس: انه أى دليل دل على جواز الفسخ بهذا النحو مثلا هل يجوز ان يفسخ زيد البيع الذى يصدر منه بعد شهر من الآن؟ فلو قال كل بيع صدر منى فى الشهر الآتى و يتحقق فيه خيار المجلس فسخته من الآن فهل يمكن القول بجوازه؟

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٧٨

الانصاف انه يشكل جوازه اذ لا دليل على جواز الفسخ على نحو الاطلاق كى يؤخذ به و يحكم بنفوذه مثلا المستفاد من قوله صلى الله عليه و آله البيعان بالخيار ما لم يفترقا ان البائع اذا باع داره أو مملوكة الاخر له ان يفسخ عقده ما دام فى المجلس فما دام لا يتحقق عقد لا يتحقق خيار كى يسقط باسقاطه.

ان قلت: يسقط على نحو الوجوب المشروط قلت: لا مانع منه ثبوتا و اما فى مقام الاثبات فأى دليل دل على جوازه.

و ان شئت قلت: المستفاد من الدليل ان ذا الخيار له ان يفسخ و أما من لا يكون له الخيار و بعد ذلك يحدث له الخيار فبأى ميزان نحكم بجواز اسقاط الخيار الحادث بعد ذلك و المقام كذلك فان الخيار يمكن ان يحدث بعد شهر مثلا برد الثمن و جواز اسقاطه من الآن يحتاج الى الدليل و لا دليل عليه بل الدليل موجود على عدمه فان الاستصحاب يقتضى عدم تماميته فالنتيجة عدم الجواز.

«قوله قدس سره: و الا استقل

بالفسخ»

الخ يمكن أن يقال ان جواز الاستقلال بالفسخ لا- يتوقف على عدم امكان دخاله الحاكم فانه لو أبى عن الفسخ يتحقق خيار تخلف الشرط للبائع فلاحظ.

الأمر الثانى قال الشيخ قدس سره: الثمن المشروط رده اما ان يكون فى الذمه الى آخر كلامه

اشاره

و قد تعرض فى هذا الامر لعه فروع.

الفرع الأول: ان الثمن اعم من ان يكون كلياً أو شخصياً اذا لم يقبضه البائع يكون له الخيار

فى تلك المده المضروبه و ان لم يتحقق الرد اذ بحسب ما يفهم عرفاً لا تكون للرد موضوعيه بل الموضوع

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٧٩

للخيار وصول الثمن بيد المشتري.

الفرع الثانى: ان البائع لو لم يفسخ حتى انقضت المده فهل يسقط خياره أم لا؟

لا اشكال فى أن الخيار المشروط برد الثمن ساقط اذ المفروض انقضاء المده المضروبه فلا مقتضى لبقاء الخيار نعم اذا كان عدم القبض من ناحيه عدم اقباض المشتري يثبت للبائع خيار تخلف الشرط.

الفرع الثالث انه لو كان الثمن شخصياً و قبضه البائع

فان شرط و علق الخيار على رد عينه فما دام لم يرد العين لا يتحقق الخيار كما هو ظاهر اذ لا مقتضى للخيار فى الفرض.

الفرع الرابع: انه لو قبض الثمن و شرط و علق الخيار على رد العين أو بدلها فى فرض عدمها

فلو عدت العين ورد بدلها من المثل أو قيمه يثبت الخيار على طبق الجعل.

الفرع الخامس: انه هل يجوز اشتراط الخيار بشرط رد بدل الثمن و لو مع بقائه أم لا؟

الظاهر انه غير جائز اذ الفسخ يقتضى رد العوض بنفسه فاعتبار كون بدله بدلا عنه و لو مع وجود المبدل خلاف المقرر الشرعى و مما ذكر يظهر الاشكال فى جعل المثل بدل القيمى و قيمه بدل المثلى فان الاستفادة من الدليل التعيين فى المثلى يتحقق المثل و فى القيمى تتحقق قيمه.

الفرع السادس: ان الثمن اذا كان كليا فان كان فى ذمه البائع فده برد فرد من ذلك الكلى يتحقق الخيار

اذ بالبيع يصير ما فى الذمه مملوكا للبائع و يسقط أى يتلف.

و يدعى الشيخ قدس سره ظهور حديث ابن يسار فى هذه الصورة و لم افهم وجهه اذ لا يفهم المدعى من الحديث المذكور.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٨٠

الأن يقال: يفهم من الحديث ان المخالط مع أهل السواد يبيع أولا عينا منه نسيه ثم البدوى يبيع داره او ارضه من البائع الاولى و يجعل ثمن الدار او الارض ما فى ذمته و يجعل خيارا لنفسه و الانصاف ان الحديث ليس واضح الدلالة بل فيه اجمال.

الفرع السابع: انه لو كان الثمن كليا فى ذمه غير البائع و صار شخصا بالقبض فاللازم رعايه الشرط المجعول بينهما

و أما اذا اطلق فمقتضاه عموم الحكم كما يقول به الشيخ و لكن قد تقدم انه مع بقاء العين لا مجال لرد المثل أو قيمه فلاحظ.

«قوله قدس سره:

الأمر الثالث قيل ظاهر الاصحاب بناء على ما تقدم من ان رد الثمن فى هذا البيع عندهم مقدمه لفسخ البائع»

اشاره

الخ وقع الكلام فى انه هل يمكن فسخ العقد فى بيع الخيار برد الثمن و الوجه فى وقوعه محل البحث ان الرد اذا كان مقدمه للخيار كيف يمكن ان يتحقق به الفسخ و الكلام فى المقام تاره يقع مع قطع النظر عن النص الخاص الوارد فى المسأله و اخرى بلحاظ النص الخاص الوارد فيها فيقع الكلام فى موضعين.

أما الموضوع الاول فنقول ما يمكن ان يقال فى تقريب المنع وجوه

الوجه الأول ان الرد بما هو رد لا يكون دليلا على الفسخ.

و فيه ان التقريب المذكور يتم فيما لا تكون قرينه على الفسخ و اما لو قامت قرينه عليه فلا مجال للاشكال.

الوجه الثانى: ان الرد دليل إرادته الفسخ و الإراده غير المراد.

و فيه انه لو دل دليل على كون الرد بعنوان الفسخ لا يبقى موضوع للاشكال و بعباره اخرى لو دل دليل على ان من له الخيار اراد برده فسخ العقد يتم الامر بلا اشكال.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٨١

الوجه الثالث ان المفروض ان الرد موضوع لتحقق الخيار فما دام لم يتحقق الرد لا يتحقق الخيار

و الخيار عارض للعقد و من احكامه و الحال ان الفسخ اعدام للعقد و كيف يمكن ان يكون شىء واحد و هو الرد موجدا للخيار و معدما للعقد فانه يلزم الخلف اذ يلزم من وجوده عدمه و ان شئت قلت يلزم ان يكون شىء واحد و هو الرد يوجد الخيار و يعدم موضوع الخيار و مرجعه الى التناقض.

ان قلت: تأخر الخيار عن الرد رتبى فلا يتوجه الاشكال قلت:

الاشكال فى ان لازم القول المذكور كون شىء موضوعا لشىء و مع ذلك يكون مقتضيا لعدمه و هو غير معقول نعم لا مانع ثبوتا من ان يقصد بالرد فسخ العقد بعد حين بنحو الوجوب المشروط لكن مجرد الامكان الثبوتى لا اثر له هذا تمام الكلام فى الموضوع الاول.

و أما الموضوع الثانى فيمكن أن يقال انه يستفاد من النص ان مجرد الرد يكفى فى الفسخ

لاحظ ما رواه ابن عمار «١».

فانه عليه السلام قال: ان جاء بثمانها الى سنه ردها عليه فان قوله عليه السلام يدل على ان الفسخ يتحقق بالرد فيتحقق التراد فلاحظ.

و اما ما أفاده الشيخ قدس سره من ان البائع يقصد بالرد كون المبيع له و الثمن للمشتري فغير تام فان الفسخ حل العقد و نتيجته التراد.

مضافا الى ان الرد تمام الموضوع لتحقق الحق فكيف يمكن ان يقصد به التراد الا على النحو التعليق و لا دليل عليه الا الخبر الخاص بالتقريب الذى تقدم منا.

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٣٧٣.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٨٢

«قوله قدس سره:

الأمر الرابع يسقط هذا الخيار باسقاطه بعد العقد»

الخ بلا اشكال و لا كلام اذ قد علم من الشرع ان الخيار الحقى قابل للاسقاط نعم لو قلنا بان خيار الشرط يحدث بعد انقضاء المجلس أو كان زمان جعل الخيار متأخرا فهل يجوز اسقاطه أم لا؟

فان قلنا بانه اسقاط لما لم يجب و لا دليل على صحته يشكل الحكم بالجواز و الا فلا مانع عن الاسقاط و لو لم يكن اسقاط ما لم يجب جائزا يشكل الاسقاط اذ الخيار برد الثمن لا يتحقق الا بعد تحقق الرد الخارجى فزمان الخيار متأخر عن العقد الا ان يفرض كون الثمن عند المشتري و لم يأخذ البائع منه أو يكون الخيار مجعولا من الاول و يشترط على البائع ان لا يفسخ الا بعد رد الثمن أو يكون فسخه برد الثمن و فى الفرض المذكور الخيار ثابت من اول الامر و يكون قابلا للاسقاط.

«قوله قدس سره: الا أن يفرق هنا بأن المشروط له مالك للخيار قبل الرد»

الخ هذا الفرق لا يكون مؤثرا فى الجواز فان الاشكال فى اسقاط ما

لم يجب و هو مشترك بين الموردين فلاحظ.

«قوله قدس سره: و يسقط أيضا بالتصرف فى الثمن المعين»

الخ الظاهر ان التعبير بالسقوط مسامحه اذ قبل رد الثمن لا خيار كى يسقط و الحق فى التعبير ان يقال ينعدم موضوع الخيار ثم ان التصرف المعدم للموضوع التصرف الذى يكون موجبا لانعدام الثمن بالانعدام الحقيقى أو الحكمى و الا- فواضح ان مجرد التصرف

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٨٣

فى الثمن لا مقتضى فيه للسقوط.

«قوله قدس سره: لاطلاق ما دل على ان تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه رضاء بالعقد و لا خيار»

قد تقدم منا و نقول الآن انه لا دليل على كون التصرف مسقطا للخيار و ما ورد فى خيار الحيوان حكم تعبدى يختص بمورده و لا وجه للتعدي عنه مضافا الى ان الخيار لا يتحقق الا بعد الرد فلا خيار قبله كى يسقط نعم لو فرض ثبوت الخيار بالجعل من اول الامر يكون قابلا للاسقاط.

«قوله قدس سره: و قد عمل الاصحاب بذلك فى غير مورد النص»

الخ لا اثر لعمل الاصحاب و عملهم لا يكون حجه علينا و قد ثبت فى الاصول ان الشهره الفتوائيه لا تكون حجه بل ثبت هناك ان الاجماع لا اعتبار به فلاحظ.

«قوله قدس سره: ان الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف فى الثمن»

الخ فان هؤلاء الاساطين استظهروا عدم سقوط الخيار بالتصرف و ذلك لان بناء العقد المذكور على التصرف فى الثمن و مع سقوط الخيار بالتصرف لا تبقى فائده فى الخيار و استدلوا على مدعاهم بحديث ابن عمار «١».

حيث ان المستفاد من الحديث جواز التصرف فى الثمن و مع ذلك يكون الخيار باقيا.

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٣٧٣.

و اورد عليهم العلامة الطباطبائى قدس سره بان الكلام فى التصرف فى زمان الخيار و لا خيار قبل الرد و مجرد كون البائع قادرا على ايجاد موضوع الخيار برد الثمن لا اثر له لان الميزان بالفعل لا بالقوه.

مضافا الى انه ربما لا يكون قادرا على ايجاد الموضوع كما لو جعل الخيار بعد سنه.

و اورد عليه صاحب الجواهر قدس سره بأن تأخير مبدأ الخيار يوجب الجهل و هو يوجب الغرر و أيضا استفاد من اخبار المسأله تحقق الخيار من أول العقد.

و الماتن اورد على جميعهم فانه اورد على المستظهرين بانه لا- وجه للتفصيل و لا- مجال لرفع اليد عن قولهم بسقوط الخيار بالتصرف.

و اورد على الطباطبائى قدس سره بانه لا وجه لعدم القول بسقوطه بالتصرف من ذى الخيار فان الاستفادة من الدليل سقوط الخيار بالتصرف فان الخيار المذكور يسقط بالقول بلا اشكال فيسقط بالفعل أيضا نعم لو كان الخيار منفصلا عن العقد يجرى فيه الاشكال و لكن كما تقدم ربما يكون الخيار من أول الامر و اما النقاش فى جهاله المده فلا يرد اذ مع التعيين لا مجال للاشكال.

اقول: الحق ان الخيار لو كان معلقا على الرد لم يكن مجال لاسقاطه قبله لعدم الدليل عليه هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى ان التصرف بما هو تصرف لا وجه لكونه مسقطا.

و اما النصوص الواردة فى المقام فالحق عدم امكان الاستدلال بها على الخيار برد الثمن اذ النصوص الواردة اما قاصره من حيث السند

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٨٥

و اما كذلك من حيث الدلاله فان حديث معاويه بن ميسره قاصر سندا.

و اما حديث ابن يسار فهو مجمل و

لا يمكن الاعتماد عليه و ان ابنت عن كونه مجملا نقول المستفاد منه ان البلدى يبيع بضاعته من القروى بثمان نسيئه و حيث انه لا يطمئن به يكتب القروى سندا يدل على بيع داره أو ارضه من صاحب البضاعه و قبض ثمنه ففى الواقع وقع عقد بين البلدى و القروى يكون البلدى بايعا و القروى مشتريا و وقع عقد صورى لا واقعيه لا يكون القروى بايعا و البلدى مشتري و البلدى وعد للقروى انه ان اتى بالثمان فى الوقت المؤجل يرد داره و الا تكون له و الامام عليه السلام أمضاه فهذه الروايه ليس فيه خيار برد الثمن و لا تربط بالمقام اصلا.

و اما حديث ابن عمار فيمكن ان يكون الشرط الرد اى يشترط عليه ان يقبل اذا رد الثمن فلا يكون الخيار مجعولا فلاحظ، فدلليل الخيار برد الثمن منحصر بدليل نفوذ الشرط اذ قلنا انه علم من السيره الجاريه بين العقلاء و المتشرعه جواز شرط الخيار و من الظاهر ان شرط الخيار برد الثمن من صغريات هذه الكبرى الكليه فلو شرط الخيار برد الثمن لا مجال لاسقاطه قبل الرد اذ لا خيار قبله كى يسقط و اما التصرف بما هو تصرف فلا يكون مسقطا على الاطلاق.

«قوله قدس سره:

الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري»

الخ

هذا على طبق القاعده الاولييه فان من يكون مالكا لمال يكون تلفه من

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٨٦

كيسه و كون تلفه على غيره يحتاج الى الدليل و يؤيد المدعى قوله عليه السلام فى ذيل حديث معاويه بن ميسره أ رأيت لو ان الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري «١».

و لا فرق فى ذلك بين ان يكون التلف قبل الرد

أو بعده كما ان القاعده الاولى تقتضى ان تكون منافعه له.

«قوله قدس سره: و الظاهر عدم سقوط خيار البائع»

الخ قد مرّ منا ان هذا التعبير مسامحه اذ لا خيار قبل الرد و كيف كان فلو ردّ البائع الثمن فهل يتحقق الخيار المجعول أم لا؟

تاره يشكل بانه بعد تلف العين لا موضوع للخيار و هذه الدعوى فاسده لان موضوع الخيار نفس العقد لا العين فلا يرتبط تلف العين و عدمه بالخيار و عدمه فلا اشكال من هذه الجهه.

و انما الاشكال من ناحيه اخرى فان جعل الخيار على خلاف القانون المقرر الشرعى اذ ينافى لزوم العقد فيلزم الاقتصار على مقدار تحقق السيره الا- ان يقال يستفاد من بعض النصوص جواز جعل الخيار و مقتضى اطلاقه جواز جعله حتى مع تلف العين لاحظ ما رواه ابن سنان «٢».

فان المستفاد من هذه الروايه ان المرتكز فى ذهن السائل بقاء خيار الشرط اى الخيار المسبب عن الشرط حتى بعد تلف العين و الامام عليه السلام لم يردعه عن ارتكازه مضافا الى ان قوله فى ذيل الحديث صريح فى المطلوب فلاحظ.

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٣٧٤.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٣٦٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٨٧

«قوله قدس سره: و يحتمل عدم الخيار»

الخ فى مقام الثبوت لا مانع عن جعل الخيار بحيث يبقى بعد تلف العين و الدليل الشرعى يساعده و اما فى مقام الاثبات فاللازم رعايه الظهور و من الظاهر ان الظهور العرفى يختلف بحسب اختلاف الموارد و لا يبعد ان يكون الغالب ما افاده الشيخ فلا يبقى الخيار بعد التلف.

«قوله قدس سره: ثم انه لا تنافى بين شرطيه البقاء و عدم جواز تفويت

الشرط»

الخ الامر كما افاده فانه لا تنافى بين ان يكون الابقاء و الحفظ شرطا واجبا على المشتري و بين سقوط الموضوع بعد انعدام العين.

«قوله قدس سره: و لو تلف الثمن»

الخ الثمن قد يتلف بعد الرد و قد يتلف قبل الرد اما اذا كان بعد الرد فربما يقال يكون على المشتري لقاعده ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له و حيث ان الخيار للبائع يكون التلف على المشتري.

و يرد عليه انه لا دليل على تسريه تلك القاعده الى الثمن فانها تختص بالمبيع فلا مقتضى للسريان و مقتضى القاعده الاولى كون التلف على مالك المال و اما ان كان التلف قبل الرد فأیضا لا وجه لكونه على المشتري لما ذكرنا من عدم تسريه الحكم الى الثمن و اما اذا قلنا بالتسريه فهل يمكن الالتزام بكونه على المشتري؟ الظاهر انه لا يمكن و ذلك لان الخيار بعد لم يتحقق و لا مال لترتب الحكم الحكم قبل تحقق موضوعه فلاحظ.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٨٨

«قوله قدس سره:

الأمر السادس لا اشكال فى قدره على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري»

اشاره

الخ فى هذا الامر فروع

الفرع الأول: لو صرح بجعل الخيار فى فرض رد الثمن الى المشتري أو وكيله أو وليه يتحقق الموضوع برده كذلك

و لا اشكال فيه فان خيار الشرط خيار مجعول بين المتعاقدين و تابع لجعلهما سعه و ضيقا.

الفرع الثانى: انه لو صرح بكون الموضوع خصوص الرد الى المشتري لا اثر لرده الى غيره

و لو كان ذلك الغير وكيلا أو وليا و هذا أيضا ظاهر.

الفرع الثالث: لو لم يصرح باحد الطرفين فهل يتحقق الخيار برده الى احد المذكورين أم لا؟

الحق ان يقال تاره يفهم من القرينه و لو من جهه الارتكاز العموم فيكفى رده إليه و اما لو شك فمقتضى الاصل عدم سعه الجعل و عدم تحقق الخيار.

الفرع الرابع: انه هل يشترط في نفوذ الفسخ حضور المفسوخ عليه أم لا؟

الظاهر هو الثانى لعدم الدليل عليه نعم مورد نصوص الباب ظاهر فى حضوره لكن هذا المقدار لا يمكن جعله دليلا للمدعى مضافا الى انه قد مر منا ان النصوص المشار إليها لا ترتبط ببيع الخيار.

الفرع الخامس: انه هل يكفى ثبوت الخيار و جواز الفسخ رد الثمن الى وارث المشتري؟

الظاهر هي الكفايه للارتكاز.

الفرع السادس: انه هل يجوز لوارث البائع ان يرد الثمن أم لا؟

الظاهر انه لو قلنا بارث الخيار له ان يرد و تحقيق إرث الخيار و عدمه موكول الى مجال آخر.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٨٩

الفرع السابع انه هل يجوز الرد الى الولى

و الحال ان الولى يلزم ان يراعى مصلحه المولى عليه او ان لا يكون التصرف مضرا بحاله أم لا؟ الحق انه لا مجال لهذه الشبهه فانه ليس تصرفا فى مال المولى عليه كى يتوجه الاشكال المذكور بل التصرف صادر عن البائع و هو تصرف ناش عن الحق.

و بعباره واضحه: لا- اختيار للولى فى مفروض الكلام بل يده يد المولى عليه فكما ان المولى عليه لم يكن له الامتناع كذلك ليس للولى الامتناع و على هذا الاساس لو وصلت النوبه الى عدول المؤمنين يحصل موضوع الخيار اى الرد و هو رده إليهم و على الجملة ليس اخذ الولى تصرفا اختياريا كى يقال يلزم كونه موافقا مع صلاح المولى عليه بل المدعى حصول الرد و تحققه فلاحظ.

الفرع الثامن: انه لو اشترى الأب شيئا للصغير بالخيار برد الثمن فهل يجوز للجد ان يأخذ المردود؟

أو يجوز للاب ان يأخذه لو انعكس الامر؟ الظاهر هو الجواز فانه لا فرق بينهما اذ كلاهما قد ثبتت ولايتهما على الصغير فيكون كل منهما بدلا عن الاخر.

الفرع التاسع انه لو اشترى احد حكام الشرع للصغير شيئاً ببيع الخيار فهل يجوز رد الثمن الى الحاكم الثاني

الظاهر انه لا وجه لعدم الجواز فان تملك الثمن امر جديد فلا يكون تصرفاً في مورد التصرف الصادر عن الحاكم الاول فيجوز و لكن اذا فرض انه يعد عرفاً مزاحمه مع الحاكم الاول يشكل الجواز لعدم الدليل على الولاية على الاطلاق بل ولاية الحاكم من باب القدر المتيقن و لا يقين في الفرض مضافاً الى انه اذا صدق عنوان المزاحم يشكل الجزم ببقاء عداله المزاحم

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٩٠

فيستقط عن الاعتبار.

«قوله قدس سره:

الأمر السابع اذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك الا برد الجميع فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ»

اشاره

الخ.

قد ذكر الشيخ قدس سره في هذا الامر فروعاً

الفرع الأول: انه لو اطلق ليس له الفسخ و الامر

كما افاده فانه الظاهر من اللفظ عند الاطلاق و الظهور حجه.

الفرع الثاني: انه ليس للمشتري التصرف في المقدار المدفوع

لانه ملك الغير و لا يجوز التصرف فيه الا باذنه.

الفرع الثالث: انه لو تلف يكون المشتري ضامناً

لان رده بعنوان الثمنيه لا بعنوان الامانه كي يقال ان الامين لا يضمن.

و يشكل بان المدفوع لا يتعنون بعنوان الثمنيه الا بعد الفسخ فكيف يمكن فرض تعنونه بالثمنيه مع عدم تحقق الخيار كما هو المفروض.

لكن لا يبعد ان يقال ان الدافع للثمن اذا كان دفعه بعنوان تحقق موضوع الخيار، بالارتكاز يشترط الضمان فيدخل تحت عنوان العاربه المضمونه.

الفرع الرابع: انه لو اشترط الخيار في كل جزء دفع الى المشتري فهل يكون الشرط المذكور جائزا كما قال به الشيخ أم لا؟

الانصاف انه يشكل الالتزام بالجواز فان جعل الخيار خلاف المقرر الشرعى و انما التزمنا بجوازه لاجل السيره و اثبات السيره بهذا النحو مشكل مضافا الى ان جعل الخيار لكل جزء متوقف على تعدد البيع و الحال انه بيع واحد و لا تعدد فيه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٩١

الفرع الخامس: انه لو قلنا بجواز التبعيض و بعض البائع هل يحصل للمشتري خيار تبعض الصفقه أم لا؟

الانصاف يقتضى عدمه فان خيار تبعض الصفقه لا دليل عليه الا اشتراط الخيار ارتكازا و فيما نحن فيه هذا الاشتراط خلاف الارتكاز فان الشرط الاول يقتضى عدم تحقق الشرط الثانى اذ اشتراط البائع الخيار فى كل جزء ناش من انه ربما يريد ابقاء البعض الاخر فكيف يقبل الخيار الناشى عن التبعض.

الفرع السادس: انه يجوز جعل الخيار برد جزء معين

بان يرد الجزء و يكون له فسخ الكل فانه يجوز على القاعده اذ انه من مصاديق جعل الخيار و اذا فسخ يبقى باقى الثمن فى ذمته ان كان كليا و يرجع الباقى الشخصى ان كان شخصيا.

الفرع السابع: انه يجوز جعل الخيار فى الكل برد جزء غير معين

و الكلام فيه هو الكلام. ان قلت: اذا لم يكن معينا يلزم الغرر؟

قلت: نجيب أولا- انه يمكن تصوير الامر على نحو لا يكون غررا و ثانيا انه قد مرّ منا ان الغرر لا دليل على كونه مفسدا بالإضافة الى ان الغرر معناه الخديعه لا الخطر.

«قوله قدس سره:

الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد الثمن»

الخ أيضا ذكر الماتن فى الأمر الثامن فروعاً

الفرع الأول انه يجوز للمشتري جعل الخيار لنفسه اذا رد المضمن

و هذا على طبق القاعده الاولى اذ قد تقدم ان اشتراط الخيار مورد السيره العقلائيه الممضاه من قبل الشارع.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٩٢

الفرع الثانى: انه لو اطلق ينصرف الاطلاق الى رد نفس العين

و اذا صرح باشتراط الخيار حتى بعد تلف العين برّد عوضه يثبت له الخيار لجواز اشتراطه.

الفرع الثالث: انه هل يجوز جعل الخيار برّد العوض مع وجود العين بحيث يرد بدل العين الى الطرف المقابل بعد الفسخ أم لا؟

الظاهر هو الثانى لان الفسخ يقتضى التراد فهذا الشرط خلاف المقرر الشرعى و الشرط لا يكون مشرعاً فلو فسخ يصح فسخه و لكن ترجع العين الى البائع.

و أما ما افاده الماتن من الاشكال فى أصل الفسخ فلا وجه له اذ انه صادر من اهله و واقع فى محله الا ان يجعل الخيار بالنحو المقيد أى الخيار الذى اذا اخذ به لا ترد العين مع بقائها فان الخيار بهذا النحو غير مجعول شرعاً.

الفرع الرابع: انه هل يجوز اشتراط ايفاء المثلى بالقيمه أو ايفاء القيمي بالمثل أم لا؟

الظاهر جوازه فانه شرط فعل على المشروط عليه و لا مانع منه لكن هذا النحو من الشرط يجوز مع بقاء العين بان يشترط التبديل و لعله بأمره بالتأمل يشير الى ما ذكرنا.

و لا يخفى ان الذى ذكرنا بالنسبه الى القيمه و المثل على مسلكهم من ضمان المثلى بالمثل و القيمي بالقيمه و أما على مسلكنا من ان نفس العين تثبت فى الذمه و ادائها اما بالمثل أو القيمه فلا تصل النوبه الى البحث المذكور.

الفرع الخامس: انه يجوز جعل الخيار لكل من الطرفين على الاخر

كما هو ظاهر.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٩٣

مسأله لا اشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع»

السخ وقع الكلام بينهم فى جريان خيار الشرط فى غير البيع من العقود اللازمه و فى غيرها من العقود الجائزه و فى غيرها من الايقاعات.

وقبل الخوض فى البحث نتذكر ان الاستدلال بدليل الشرط و الاجماع المدعى فى المقام على الجريان لا مجال له فان دليل الشرط غير مشرع فلا بد من احراز الجواز فى الرتبه السابقه فى كل مورد كى يلزم ذلك الامر الجائز بالشرط و اما لو وصلت النوبه الى الشكك فلا يمكن الاخذ بدليل الشرط لعدم جواز الاخذ بالدليل فى الشبهه المصداقيه بل بالاستصحاب يحرز عدم جواز الاشتراط و أما الاجماع فلا مجال للاستدلال به فانه منقولاً و محصلاً محل الاشكال.

و ربما يقال ان الاقاله فى كل مورد تكون جائزه يكون اشتراط الخيار جائزاً.

و يرد عليه انه لا ملازمه بين الامرين فان الاقاله هى الفسخ من الطرفين و الفسخ تصرف من جانب واحد و لو مع كراهه الطرف المقابل مضافاً الى ان جريان الاقاله فى كل مورد يحتاج الى الدليل و مع عدمه لا يمكن الالتزام بجوازها فعلى هذا لا بدّ من ملاحظه كل عقد أو ايقاع و اجراء القاعده فيه فنقول من العقود اللازمه الاجاره.

و الظاهر انه لا اشكال و لا كلام فى جواز جعل الخيار فيها و السيره جاريه على جعل الخيار فيها.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٩٤

و من العقود اللازمه الصلح و لا اشكال أيضاً فى جواز جعل الخيار فيه بالاشتراط بل الامر فى الصلح من هذه الجهه اظهر من الاجاره و منها الرهن فانه نقل عن بعض الاساطين ان جعل الخيار فيه

ينافى كونه وثيقه للدين.

و فيه ما لا يخفى فان عمدته الاشكال عدم الدليل على الجواز بل الدليل قائم على عدمه و هو الاستصحاب فلاحظ. و قس على ما ذكر بقيه العقود اللازمه فان الاصل الاولى عدم الجواز و الجواز يحتاج الى الدليل ففى كل مورد ثبت الجواز بالسيره نلتزم به و الا فلا.

و مما ذكرنا ظهر الحال بالنسبه الى العقود الجائزه فانه يكفى لعدم الجواز عدم ثبوت مشروعيه جعل الخيار بل الثابت بالاستصحاب عدمه و هذا هو العمده و الا فالاشكالات الوارده على جعل الخيار فى العقود الجائزه كاللغوويه و اجتماع المثليين و تحصيل الحاصل و امثالها لا ترجع الى محصل.

و مما تقدم يظهر عدم جواز اشتراط الخيار فى الايقاعات فانه يكفى لعدم الجواز عدم قيام دليل على الجواز بل قلنا ان مقتضى الاستصحاب عدم الجواز و الا فالوجوه المذكوره للمنع قابله للدفع للفقيه الخبير بالصناعه فلاحظ.

[الرابع خيار الغبن]

اشاره

«قوله قدس سره: و اصله الخديعه»

قال البحرانى قدس سره فى الحدائق اصله الخديعه و قال الطريحي فى المجمع يقال غبنه فى البيع من باب ضرب غبنا و يحرك خدعه و الانصاف ان الجزم بكون مفهوم الغبن متقوما بالخدعه مشكل

قمى، سيد تقى طباطبايى، عمدته المطالب فى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، كتابفروشى محلاتى، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق
عمده المطالب فى التعليق على المكاسب؛ ج ٣، ص: ٣٩٥

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٩٥

و يمكن الاستدلال على عدم تقومه به بصحة الاستعمال و لو مع عدم الخدعه بل يتبادر من اللفظ الخساره و الخسران فى المال أو العمر و اذا ثبت تقومه بها يترتب عليه اثر مهم نتعرض له عن قريب إن شاء الله تعالى.

«قوله قدس

سره: قال فى الصحاح هو بالتسكين فى البيع و الغبن بالتحريك فى الرأى».

قال الطريحي فى مجمعه و غبن رأيه غبنا من باب تعب قلت فطنته و ذكائه.

«قوله قدس سره: و هو فى اصطلاح الفقهاء تمليك ماله بما يزيد»

قال فى الحدائق و المراد هنا البيع و الشراء بغير القيمه مع الجهاله اذا كان الغبن بما لا يتسامح به غالبا بان شراه بزياده على القيمه أو بنقصان عنها فالمرجع فيه الى العاده لعدم تقديره شرعا.

«قوله قدس سره: مع انه قد لا يكون خدعا اصلا»

فالخيار المبحوث عنه فى محل الكلام لا يكون معلقا على تحقق عنوان الخدعه.

«قوله قدس سره: و المراد بما يزيد او ينقص العوض»

الامر كما افاده فان الاشتراط ربما يوجب تغيير القيمه فلا بد من ملاحظه المجموع من حيث المجموع.

«قوله قدس سره: و الظاهر ان كون الزياده مما لا يتسامح به شرط خارج عن مفهومه».

أى عنوان الغبن يصدق حتى مع الاختلاف بما يتسامح غايه الامر لا يكون موضوعا للخيار.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٩٦

«قوله قدس سره: ثم ان ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور هو المعروف بين الاصحاب»

قال فى الحدائق و هذا النوع من الخيار لم يذكره كثير من المتقدمين و القول به انما ثبت عن الشيخ و اتباعه و نقل فى الدروس و كذا فى المسالك عن المحقق فى الدرر القول بعدمه الى آخر كلامه رفع فى علو مقامه.

و كيف كان

ما يمكن ان يذكر فى تقريب الاستدلال عليه وجوه.

الوجه الأول: الاجماع

و حال الاجماع فى الاشكال ظاهر فان المنقول منه غير حجه و المحصل منه على تقدير حصوله محتمل المدرك ان لم يكن مقطوعا به.

الوجه الثانى: قوله تعالى «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» *

«١» بتقريب ان المستفاد من الآيه النهى عن الاكل بالباطل و البيع الغبني باطل.

و فيه أولا: ان لازمه بطلان العقد لا صحته و ثبوت الخيار فيه.

و ثانيا انا قد ذكرنا مرارا ان الباء للسببيه لا للمقابله فتكون الآيه اجنبيه عن المدعى فان البيع من الاسباب الصحيحه.

الوجه الثالث قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»

و يمكن ان يقرب الاستدلال بالآيه على المدعى بوجهين احدهما ان المستفاد من الآيه اشتراط الرضا بالتجاره و المغبون اذا كان عالما لا يكون راضيا.

و يرد عليه أولا ان الدليل اخص من المدعى اذ ربما يكون راضيا

(١) النساء / ٢٩.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٩٧

حتى مع العلم بالغبن و ثانيا ان المعتبر الرضا الفعلى و لا اثر للتقديرى.

و ثالثا ان لازم التقريب المذكور بطلان العقد لا صحته و ثبوت الخيار فيه ثانيهما ان الرضا المعتبر فى التجاره المعنى المستفاد من اسم المصدر لا المعنى المستفاد من المصدر.

و بعباره اخرى يعتبر فيها ما يكون باقيا و هو الحاصل عن المصدر و اما المعنى المصدرى الذى لا بقاء له فهو لا يكون شرطا و حيث ان الرضا لا يكون باقيا بعد العلم بالغبن فلا تصح التجاره.

و فيه أولا- ان لازم هذا التقريب عدم الصحه حتى فى صورته ترقى العين فان البائع لو كان عالما بالترقى لم يبيع و هل يمكن الالتزام به.

و ثانيا ان الدليل اخص من المدعى فانه ربما يكون راضيا حتى مع الغبن و ثالثا ان لازم القول المذكور بطلان البيع لا صحته مع الخيار كما هو المدعى فالمدار بالمعنى المصدرى لا اسمه.

الوجه الرابع: قاعده نفى الضرر

فان مقتضى القاعده المذكوره رفع الحكم الضررى.

و يرد عليه أولا ان الاستدلال بالقاعده يتوقف على القول المشهور فى معنى القاعده و اما على مسلك شيخ الشريعه فلا مجال

للاستدلال بها على المدعى.

و ثانيا انه على فرض تماميه الاستدلال تكون نتيجه بطلان العقد لا اثبات الخيار و ان شئت قلت المستفاد من دليل نفى الضرر بطلان العقد الضررى لا تدارك الضرر الواقع بالخيار فلاحظ.

الوجه الخامس: الروايات الواردة فى تلقى الركبان

منها ما

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٩٨

عن عوالى اللآلى عن النبى صلى الله عليه و آله انه نهى عن تلقى الركبان و قال: من تلقاها فصاحبها بالخيار اذا دخل السوق و عنه صلى الله عليه و آله انه قال فى حديث: و لا تلقوا السلع حتى يهبط السوق «١».

و منها ما عن السيد ابن زهره فى الغنيه: عن النبى صلى الله عليه و آله انه قال: فان تلقى متلق فصاحب السلعه بالخيار اذا ورد السوق «٢».

فان تلك الطائفه تدل على ان الركبان اذ ادخلوا السوق لهم الخيار.

و فيه أولا ان السند ضعيف و ثانيا انه حكم خاص وارد فى مورد مخصوص و لا يستفاد العموم من تلك الطائفه.

و ثالثا انها لا تدل على ثبوت الخيار للمغبون فلاحظ.

الوجه السادس النصوص الواردة فى غبن المسترسل

منها ما رواه اسحاق بن عمّار عن أبى عبد الله عليه السلام قال غبن المسترسل سحت «٣».

و يرد عليه أولا ان الحديث ضعيف سندا و ثانيا انه لا يدل على الخيار بل يدل على حرمة الغبن و بعد كون الروايه ضعيفه لا مجال للدقه فيها و ذكر ما يحتمل فى المراد منها.

و منها ما رواه ميسر عن أبى عبد الله عليه السلام قال: غبن

(١) مستدرک الوسائل الباب ٢٩ من ابواب آداب التجاره الحديث ٣.

(٢) نفس المصدر الحديث ٤.

(٣) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٩٩

المؤمن حرام «١».

و یرد علیه ان المستفاد من الحديث ان غبن المؤمن حرام و لا تدل الروايه على ثبوت الخيار.

و منها ما رواه على بن موسى بن طاوس فى كتاب (الاستخارات) عن احمد بن محمد بن يحيى قال: اراد بعض أوليائنا الخروج

للتجاره فقال: لا اخرج حتى آتى جعفر بن محمد عليه السلام فاسلم عليه و استشيره فى امرى هذا و اسأله الدعاء لى قال: فاتاه فقال له يا ابن رسول الله انى عزمت على الخروج الى التجاره و انى آليت على نفسى ان لا- اخرج حتى القاك و استشيرك و اسألك الدعاء لى قال: فدعا له.

و قال عليه السلام: عليك بصدق اللسان فى حديثك و لا تكتم عيبا يكون فى تجارتك و لا تغبن المسترسل فان غبنه لا يحل و لا ترض للناس الا ما ترضى لنفسك و أعط الحق و خذه و لا تخف و لا تخن فان التاجر الصدوق مع السفره الكرام البرره يوم القيامه و اجتنب الحلف فان اليمين الفاجره تورث صاحبها النار و التاجر فاجر الا من اعطى الحق و اخذه و اذا عزمت على السفر أو حاجه مهمه فاكثر الدعاء و الاستخاره فان ابى حدثنى عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه و آله كان يعلم اصحابه الاستخاره كما يعلم السوره من القرآن الحديث «٢».

و هذه الروايه ضعيفه سندا مضافا الى انها تدل على حرمة الغبن و لا تدل على الخيار

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٢.

(٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب آداب التجاره الحديث ٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٠٠

و منها ما رواه ابو هريره قال: نهى رسول الله صلى الله عليه و آله ان يبيع حاضر لباد «١».

و هذه الروايه ضعيفه سندا مضافا الى انها لا تدل على الخيار و منها ما ارسله فى دعائم الاسلام عن النبى صلى الله عليه و آله انه نهى ان يبيع الحاضر للبادى «٢» و

المرسل لا اعتبار به.

الوجه السابع: الاشتراط الضمني الارتكازي

بتقريب ان كل شخص يريد ان يتحفظ ماليه ماله و غير راض بالضرر فبارتكازه حين العقد يشترط لنفسه الخيار اذا كان مغبونا و من ناحيه اخرى ان اشتراط الخيار امر جائز في الشريعة.

و ان شئت قلت بعد ما فرضنا ان الانسان في مقام المعامله بصدد ابقاه مقدار ماليه ماله في العوض الذي يأخذه من الطرف المقابل فاذا اقدم على المعامله فاما يقيد المأخوذ بكونه ذا ماليه كذائيه و اما يعلق العقد على كونه موصوفا بهذا الوصف و اما يعقد على الاطلاق و يجعل لنفسه الخيار.

اما الاول و الثاني فلا يمكن الالتزام بهما فان الجزئي الخارجى غير قابل للتقييد و التعليق باطل بالاجماع فالامر منحصر في الطريق الثالث.

فالتتيجه ان خيار الغبن من باب الاشتراط الضمنى الارتكازي و لازمه ان المغبون يرضى بالعقد غايه الامر يشترط لنفسه الخيار في صوره كونه مغبونا و شرط الخيار جائز.

(١) مستدرک الوسائل الباب ٣٠ من ابواب آداب التجاره الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٠١

بقي شىء و هو انه لو صدق عنوان الخدعه و التغيرير في مورد و صح أن يقال ان البائع الفلانى غرر و خدع المشتري في تلك المعامله أو انعكس الامر و صدق ان المشتري خدع البائع و اوقعه في الخساره يمكن ان يقال ان قانون الغرور يقتضى جواز الرجوع و اخذ الغرامه من الغار.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعله يشير الى ان هذه الوجوه لا تقتضى الظهور و ما دام لا ينتهى الامر الى الظهور العرفى لا يترتب عليه اثر اضعف الى ذلك ان الاستدلال بقاعده نفى الضرر مخدوش كما مر.

«قوله قدس سره: فالعمده في المسأله الاجماع المحكى»

الخ

قد تقدم منا انه لا مجال للاستناد لا الى الاجماع و لا الى حديث نفى الضرر بل العمده الاشتراط الضمنى

«قوله قدس سره:

مسأله يشترط فى هذا الخيار امران

الأول عدم علم المغبون بالقيمه فلو علم بالقيمه فلا خيار»

فانه مع العلم لا مجال لان يقال بارتكازه شرط الخيار فى صورته الغبن.

«قوله قدس سره: بل لا غبن»

اذ اشرب بحسب المتفاهم العرفى فى مفهوم الغبن الجهل و اما الاقدام على الضرر مع العلم فلا- يصدق على المقدم عنوان المغبون.

«قوله قدس سره: ثم ان الظاهر عدم الفرق»

المدرک للخيار الشرط الارتكازى الضمنى ففى كل مورد قام دليل على انه مقدم على العقد و ان كان ضروريا بحيث لا يكون بحسب الارتكاز شارطا لا يتحقق الخيار كما ان الامر كذلك لو وصلت

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٠٢

النوبه الى الشك فان مقتضى الاصل عدم تحقق الشرط الارتكازى فلا خيار.

«قوله قدس سره: فلا يبعد الخيار»

لتحقق الاشتراط المذكور و لو ارتكازا و المراد من الارتكاز فى المقام و نظائره انه يصدق فى عرف العقلاء انه امر مركز و يكون مقدرا بحيث يترتب عليه الاثر.

«قوله قدس سره: ثم ان المعتبر القيمه حال العقد»

الامر كما افاده فان الاشتراط المذكور بلحاظ ذلك الزمان و هو الميزان.

«قوله قدس سره: و يحتمل عدم الخيار»

لكنه ضعيف و لا وجه له فانا ذكرنا ان المدرک الوحيد للخيار الاشتراط الارتكازى فان تحقق يترتب عليه الخيار و الا فلا فرق بين صور المسأله.

«قوله قدس سره: كما لو برء المعيوب»

يظهر مما ذكرنا انه أيضا غير سديد فان الميزان بالاشتراط و عدمه الا ان يقال ان الارتكاز يقتضى عدم الاشتراط فى جمله من الموارد ولا يبعد ان يكون كذلك و ان كان فى النفس شىء .

«قوله قدس سره: سقط حق الرد»

بتقريب ان الشرط الارتكازى يدور مدار الغبن

و عدمه .

«قوله قدس سره: و اشكل منه ما لو توقف الملك على القبض»

الكلام فيه هو الكلام فان مقتضى الاشتراط الارتكازى تحقق الخيار

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٠٣

و لا دخل لحصول الملكيه و عدمه فى هذه الجبهه فالعمده سعه الجعل و ضيقه.

«قوله قدس سره: ثم انه لا عبره بعلم الوكيل فى مجرد العقد»

اذ المفروض انه لا-شأن له الا كونه لسانا للموكل فالاثر لعلم الموكل و عدمه و ان شئت قلت ليس للوكيل المذكور صلاحيه الجعل و الاشتراط بخلاف ما لو كان و كيلا مفوضا فان الامر بيده و له الوضع و الرفع.

«قوله قدس سره: الا ان يكون عالما بالقيمه»

الظاهر انه لا وجه له فانه قد فرض كونه مفوضا و هو بارتكازه يجعل الخيار و شرطه نافذ فلا وجه لانكاره بالتقريب المذكور فى كلام الماتن.

«قوله قدس سره: الا أن يكون و كيلا مطلقا»

مراده قدس سره ان الوكيل المفوض يجوز له ان يفسخ العقد بمقتضى الخيار الثابت للموكل و ليس المراد ان الخيار ثابت له فانه لا مقتضى له كما هو ظاهر.

«قوله قدس سره: ثم ان الجهل انما يثبت باعتراف الغابن»

فان اقرار العقلاء على انفسهم جائز نافذ كما انه يثبت بالبينه.

«قوله قدس سره: و بالبينه»

فان البينه على مدعى الخيار فاذا اقام البينه على كونه جاهلا يثبت الخيار ان قلت الجهل ليس موضوعا للخيار فما فائده اقامه البينه عليه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٠٤

قلت: بعد فرض الاتفاق على تفاوت القيمه و وقوع المشتري فى الضرر فان كان مدرك الخيار حديث لا ضرر فالامر ظاهر اذ الضرر يقتضى الخيار و العلم مانع عن تأثير المقتضى فاذا ثبت الجهل يتم الامر.

وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمَدْرِكُ الْأَشْرَاطَ

الارتكازى فان الغابن معترف بتحقق الاشتراط مع الجهل غايه الامر ينكر الجهل فأیضا الامر ظاهر و أما مع عدم اعترافه فالبينه القائمه على الجهل تدل على الاشتراط بالملازمه الا ان يقال انه لو فرض انكار الغابن الملازمه لا اثر لاقامه البينه أيضا.

و بعباره اخرى الدلاله الالتزاميه موقوفه على الاعتراف بالتلازم لكن كيف يمكنه انكار التلازم و الحال انه مفروغ عنه. و على الجملة لا اشكال فى ان قيام البينه على الجهل يقتضى الخيار فان خلافهما فى الجهل و عدمه و اما مع اثبات الجهل فلا كلام فى تحقق الخيار و لذا قلنا ان الاعتراف بالجهل يقتضى الخيار فلاحظ.

«قوله قدس سره: لاصاله عدم العلم»

الخيار مترتب على الاشتراط و اما العلم أو الجهل فلا يكونان موضوعين للخيار و عدمه الاعلى النحو المثبت.

«قوله قدس سره: مع انه قد يتعسر اقامه البينه على الجهل»

الخ يرد عليه أولا انه ما الوجه فى تعسره فانه يمكن ان يحصل الاطلاع عليه كما يحصل الاطلاع على غيره من الصفات النفسانيه و ثانيا انه ما الوجه فى وصول النوبه الى اليمين و سماع قوله بمجرد تعسر اقامه البينه فان المستفاد من الدليل ان المدعى يلزم ان

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٠٥

يقيم البينه على مدعاه.

اضف الى ما ذكر انه قدس سره جمع بين اقامه البينه و الحلف بالنسبه الى المغبون و الحال ان الحلف على المنكر و البينه على المدعى و كيف يجتمعان فى مورد واحد و الحال ان التقسيم قاطع للشركه الا ان يقال ان المدعى اذا لم يمكنه اقامه البينه يجوز له الحلف و لتحقيق المسأله مجال آخر خارج عن المقام.

«قوله قدس سره: و لا يمكن للغابن الحلف على علمه

لجهله بالحال»

كيف لا- يمكن و الحال انه كثيرا ما يمكن الاطلاع على ما فى نفس الغير من الصفات و لعل امره بالتأمل اشاره الى ما ذكرنا و الله العالم.

«قوله قدس سره: هذا كله اذا لم يكن المغبون من اهل الخبره بحيث لا يخفى عليه قيمه الا لعارض من غفله أو غيرها و الا فلا يقبل قوله كما فى الجامع و المسالك»

اذ فى الفرض المذكور يكون قوله خلاف الاصل فيصير مدعيا و يلزم عليه اقامه البيئه.

«قوله قدس سره: لكن المدعى لما تعسر اقامه البيئه عليه و لا يعرف الا من قبله يقبل قوله مع اليمين فليكن هذا من هذا القبيل الا أن يقال»

الخ انه قدس سره أولا يشير الى كبيرين. الاولى: جواز الحلف للمدعى اذا تعسر عليه اقامه البيئه. الثانيه: قبول قول من لا يعرف المقول الا من قبله و يجعل المقام من صغريات الاولى و الثانيه.

ثم يستشكل فى صحه اصل الكبرى و كون المقام من صغرياتها.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٠٦

و لا يخفى انه قدس سره خلط بين الكبيرين و جعلهما واحده و الامر كما افاده فى الاشكال فانه لا دليل على قبول قول من يتعسر اقامه البيئه على دعواه يمينه بل مقتضى القاعده أوّلا اقامه البيئه و على فرض عدمها تصل النوبه الى يمين الخصم كما انه لا دليل على قبول قول من لا يعرف مقوله الا من قبله الا فى بعض الموارد بالخصوص كدعوى المرأه الحيض أو العده أو الحمل. و اما غيرها فلا دليل.

مضافا الى ان المقام غير داخل تحتها فان اقامه البيئه على كونه غافلا و مضطربا لكثرة الابتلاءات امر ممكن و أيضا ليس داخلا فى كبرى ما

لا يعلم الا من قبله فالاشكال وارد كبرويا و صغرويا فلاحظ.

«قوله قدس سره: و لو اختلفا فى القيمه وقت العقد أو فى القيمه بعده مع تعذر الاستعلام فالقول قول منكر سبب الغبن لاصاله عدم التغير و اصاله اللزوم»

الخ تاره يتفقان على القيمه الفعليه كما لو اتفقا على ان المبيع يسوى درهما الآن و فى هذا الوقت و لكن البائع يدعى انه كان يسوى درهمين وقت البيع فيكون لى خيار الغبن و المشتري ينكر التغير و يقول لم يتغير عن حاله السابق.

حكم الشيخ قدس سره بأن القول قول منكر الخيار و استدل عليه بوجهين. احدهما: اصاله عدم التغير و مع عدم التغير لا غبن و لكن اثبات عدم الغبن باصاله عدم التغير من اظهر انحاء المثبت.

ثانيهما: اصاله اللزوم و لا يبعد ان يكون مراده باصاله اللزوم

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٠٧

استصحاب بقاء الملكيه بعد الفسخ لا الاخذ بعموم وجوب الوفاء بالعقد كى يقال انه تمسك بالعموم فى الشبهه المصادقيه.

و لا يخفى ان الاستصحاب المذكور جار فى الشبهه الموضوعيه لا فى الحكم الكلى فلا مجال لما عن سيدنا الاستاد على ما فى تقريره الشريف من عدم جريان فيه للمعارضه و الحاصل ان هذا الاستصحاب لا بأس به و ان شئت قلت اذا شك فى ثبوت الخيار و عدمه يكون مقتضى الاستصحاب عدمه و لكن اجراء الاستصحاب بتقريين اذ يمكن استصحاب عدم تحقق سبب الخيار فيترتب عليه عدمه لحكومته الاصل السببى على الاصل المسببى.

و يمكن جريانه فى أصل الخيار فان مقتضاه عدمه و اخرى يتفقان فى قيمه زمان العقد كما لو اتفقا على كون المبيع كان يسوى درهما و بيع بدرهمين فيتحقق الخيار لكن

البائع يدعى انه ترقى بعد العقد و المشتري ينكر و فى هذه الصورة لا اثر لترقى قيمه بعد العقد فان الاثر للقيمه فى زمان العقد فالخيار متحقق و لا- يؤثر الترقى الحادث بعد العقد و لو تنزلنا و قلنا يؤثر فما هو مقتضى الصناعه الظاهر ان الامر بالعكس فان الخيار ثابت بمقتضى تلك القيمه و الاصل عدم ترقى القيمه و عليه لا بدّ من التفصيل بان يقال القول قول منكر الخيار فى صوره و قول مدعيه فى صوره اخرى.

«قوله قدس سره: و منه يظهر حكم ما لو اتفقا على التغير و اختلفا فى تاريخ العقد».

لا يبعد ان يكون العبارة هكذا و اختلفا فى تاريخه بقريته مقابله فى كلامه أى بعد ما علم ان اصاله عدم التغير لا تؤثر يظهر انه لو

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٠٨

علم اصل التغير و كان الاختلاف فى زمانه لا اثر لاستصحاب عدم التغير.

«قوله قدس سره: و لو علم تاريخ التغير فالاصل و ان اقتضى تأخر العقد الواقع على الزائد على القيمه الا انه لا يثبت به وقوع العقد على الزائد حتى يثبت الغبن».

الظاهر انه قدس سره يرى عدم جريان الاصل فى معلوم التاريخ و يرى اختصاص جريانه فى مجهوله و لذا لو كان تاريخ التغير معلوما و تاريخ العقد مجهولا يمكن جريان الاستصحاب فى العقد بان يقال مقتضى الاستصحاب عدم جريان العقد الى زمان التغير لكن اثبات الغبن بالاصل المذكور مثبت فان العقد لو وقع بعد التغير كان لازمه العقلى وقوعه على الزائد.

و الامر كما افاده لكن الحق جريان الاصل فى معلوم التاريخ أيضا و عليه يشكل الامر من ناحيه المعارضه أيضا فاذا فرض جريان الاستصحاب فى

العقد بالنسبه الى التغيير كذلك يجرى استصحاب عدم التغيير الى زمان العقد فيقع التعارض بين الاصلين.

«قوله قدس سره:

الأمر الثاني كون التفاوت فاحشا»

الخ اذا كان مدرک الخيار الاشرط الارتكازى كما اخترناه لا اشكال فى اشترط الخيار بالشرط المذكور و هو كون الغبن فاحشا لانه لو لم يكن كذلك لا يتحقق الشرط فلا موضوع للخيار و اما اذا كان المدرک حديث لا ضرر فيمكن ان يقال لا وجه للشرط المذكور اذ الضرر متحقق و مع وجود الموضوع يترتب عليه الحكم.

ثم انه وقع الكلام فى بيان الفاحش و تعيين الضابط الكلى فيه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٠٩

و الظاهر ان التقديرات المذكوره فى المقام لا- ترجع الى محصل صحيح اذ ليس فيه وضع شرعى و حقيقه شرعيه بل مفهوم عرفى و المرجع فيه العرف و نعم ما نقل عن العلامة حيث قال على ما نقل عنه ما لا يتغابن الناس بمثله.

«قوله قدس سره: ثم الظاهر ان المرجع عند الشك فى ذلك هو اصاله ثبوت الخيار».

القاعده تقتضى التفصيل بان يقال المدرک للخيار ان كان الشرط الارتكازى ففى مورد الشك فى الخيار و عدمه تكون النتيجة عدمه اذ يشك فى انه هل تحقق الخيار أم لا؟ فان الخيار متفرع على تخلف الشرط و هو مشكوك فيه و مقتضى الاصل عدمه.

و يمكن جريان الاصل فى الحكم أى استصحاب عدم تحقق الخيار لكن ما دام ان يجرى الاصل فى الموضوع لا تصل النوبه الى جريانه فى الحكم لتقدم الاصل السببى على الاصل المسببى.

و أما ان كان المدرک للخيار حديث لا ضرر فالقاعده تقتضى ثبوت الخيار اذ المفروض تحقق الضرر و هو منفى فى الشريعة المقدسه و لا وجه للفرق بين الفاحش و غيره

فانه خلاف اطلاق دليل لا ضرر و التسامح و عدمه ليسا دخيلين فى الامر بل الميزان تحقق الموضوع و بعد تحققه يترتب عليه الحكم.

و لما انجر الكلام الى هنا نشير الى نكته و هى انه سلمنا ان حديث لا ضرر ناظر الى ادله الاحكام و يخصصها كما هو المشهور بين القوم لكن نقول المستفاد من الحديث ان الشارع الاقدس لا يجعل للمكلفين احكاما ضرريه و اما الضرر الناشى من قبل المكلف كما

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤١٠

لو باع ما يسوى عشره دنانير بدينار واحد فلا يشملته الحديث قطعا اذ الضرر بفعل المكلف نفسه و لا يرتبط بالشارع الاقدس فلا تغفل.

و حيث وقع الكلام فى مفاد لا ضرر على مذاق المشهور فى معناه نذكر فرعا و هو انه ربما يقال انه لو لاقت النجاسه مع مقدار من الزيت المائع أو السمن كذلك لا يمكن الالتزام بنجاسه الملاقي بالفتح للضرر و القاعده ترفع الضرر.

و هذا التوهم فاسد اذ علم من جمله من النصوص الوارده فى السمن و الزيت الداله على الانفعال لزوم الاجتناب و القاء ما لاقى النجاسه فلا مجال للاستدلال بالقاعده.

«قوله قدس سره: بقى هنا شىء و هو ان ظاهر الاصحاب و غيرهم ان المناط فى الضرر الموجب للخيار كون المعامله ضرريه مع قطع النظر عن ملاحظه حال اشخاص المتبايعين».

ما افاده تام لا غبار عليه فان الموضوع المأخوذ فى الحديث عنوان الضرر و مقتضاه ترتب الحكم عليه بلا ملاحظه حال المتضرر فالميزان تحقق الضرر و صدقه فاذا صدق يترتب عليه الحكم نعم كما افاد الشيخ يمكن تخصيص الدليل فى مورد بالنص الخاص الوارد فى ذلك المورد فان تخصيص العام غير عزيز.

«قوله قدس سره:

بل لعدم كونه ضررا»

الخ.

هذا مما لا يمكن المساعدة عليه فان الاجر الاخرى لا يوجب انتفاء عنوان الضرر الدينوى و بعبارة اخرى لا اشكال فى تحقق الضرر الدينوى فان الضرر عبارة عن النقص فى المال أو البدن أو الاعتبار أو راحة الخيال غايه ما فى الباب انه يتدارك فى الآخرة

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤١١

فلا بد من صدقه كى يصير سببا للاجر الاخرى.

«قوله قدس سره: لو كان الضرر مجحفا بالمكلف انتفى بادلته نفى الحرج»

لقائل ان يقول مع ملاحظه الاجر الاخرى لا حرج كما انه لا ضرر الا ان يقال الحرج امر محسوس و لا يمكن انكاره و الحق ان الضرر كما قلنا أيضا امر حسى فلا مجال لما افيد.

«قوله قدس سره: ان المغبون اما ان يكون هو البائع أو المشتري أو هما»

وقع الكلام بينهم فى انه كيف يمكن ان يكون البائع و المشتري كلاهما مغبونين و الحال ان مرجعه الى التناقض و لذا وقعوا فى حيص و بيص و مثلوا له بامثله.

و الانصاف ان صرف الوقت لهذه الجهة تضييع للمتاع الغالى و لا ينبغى للفقير صرف وقته لمثله و مجمل القول انه لا اشكال فى ان الغبن و عدمه يلاحظان بالنسبة الى مجموع المعاملة من اصلها و خصوصياتها و شرائطها و عليه لا- يكون المغبون الا احد الطرفين.

«قوله قدس سره:

مسألة ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى».

اشاره

تاره يبحث فى مقام الثبوت و اخرى فى مقام الاثبات اما

المقام الأول [فى مقام الثبوت]

فلا اشكال فى امكان كون ظهور الغبن شرطا شرعيا لحدوث الخيار و لكن مجرد الامكان الثبوتى لا اثر له.

المقام الثانى [فى مقام الإثبات]

فلا اشكال فى كون ظهور الغبن كاشفا عقليا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤١٢

بلا- كلام و لا اشكال و بلا فرق بين كون المدرك حديث لا ضرر أو الاشتراط الارتكازى أما على الاول فلان الضرر يتحقق بنفس العقد فيتحقق الخيار و أما على الثانى فلان الخيار يتفرع على التخلف و هو يتحقق حين العقد نعم ما دام لم يظهر الغبن لا مجال لا عمال الخيار.

فالحق ان يقال ان الغبن بحسب مقام الحكم الواقعى يوجد الخيار من اول الامر و أما بحسب الحكم الظاهرى فلا يتحقق الا بعد ظهور الغبن و ان شئت فقل ان ظهور الغبن كاشف عقلى بالنسبه الى الحكم الواقعى و شرط شرعى بالنسبه الى الحكم الظاهرى فلاحظ.

«قوله قدس سره: فلا يحدث الا بعد ظهور الغبن»

ان كان مراده انه فى مقام الظاهر ليس له الا بعد ظهور الغبن كما هو ليس ببعيد فما أفاده تام و أما ان كان المراد انه ليس له فى الواقع بحيث اذا فسخ أو اسقط لم يؤثر فلا يكون تاما.

و صفوه القول ان الميزان فى ثبوت الخيار و عدمه هو الغبن الواقعى و العلم و الجهل ليسا دخيلين فيهما.

و مما ذكرنا يظهر انه لا فرق بين العلم و الجهل الا بالنسبه الى الحكم الظاهرى نعم فيما يكون على خلاف القاعده الاولى ككون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له لا بدّ من ملاحظه دليله أولا من حيث الاعتبار و عدمه ثم ملاحظه مقدار دلالتة.

و على الجملة القاعده الاولى تقتضى ترتب الآثار على الوجود الواقعى للخيار

الا ان يقوم دليل فى مورد خاص على الخلاف و لا فرق من هذه الجهه بين خيار الغبن و بقيه الخيارات.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤١٣

«قوله قدس سره:

مسأله يسقط هذا الخيار بأمر

أحدها إسقاطه بعد العقد»

الخ بلا اشكال اذ من الظاهر ان الخيار المذكور خيار حقى قابل للاسقاط فاسقاط المغبون الخيار صادر من أهله واقع فى محله و لا فرق بين العلم بالمرتبته و عدمه لعدم المقتضى للتفريق.

«قوله قدس سره: و من ان الخيار امر واحد مسبب عن مطلق التفاوت».

و هذا هو الحق فان المفروض انه اسقط الحق فلا وجه لعدم سقوطه و ان شئت قلت هذا من باب تخلف الداعى و لا يؤثر فى شىء نعم لو علق اسقاطه على صورته خاصه و لم تكن تلك الصوره فى الواقع لم يؤثر اذ من المعلوم ان المطلق و المشروط دائران مدار المعلق عليه و الشرط.

بل الامر فى القذف و الشتم كذلك فان ذا الحق تاره يسقط الحق الموصوف و المعنون بعنوان كذائى و اخرى يسقط الحق الموجود و يتصور كونه الحق الكذائى و اشتبه فى التطبيق أما على الاول فلا يسقط لان ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد و اما على الثانى فالظاهر ان الاسقاط تام و يؤثر اثره و هو السقوط.

«قوله قدس سره: و هذا هو الاقوى»

كيف يكون اقوى و الحال انه اذا فرض انصراف الاطلاق الى خصوص مرتبه فالحق هو الوجه الأول اذ مع الانصراف لا يبقى مجال للصحة لا مطلقا و لا مع الخيار و لعله بامرته بالتأمل يشير الى ما ذكرنا و الله العالم.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤١٤

«قوله قدس سره: و لا يقدر عدم تحقق شرطه»

الخ قد تقدم

منا ان الخيار يتحقق من اول الامر و لا- يتوقف على شىء فلا- وجه للاشكال لكن لو قلنا بان الخيار يتحقق بعد ظهور الغبن فيشكل جواز الاسقاط قبله و ذلك لانه يدخل فى كبرى اسقاط ما لم يجب و لا دليل على جوازه و مع الشك يحكم بعدم الجواز و ذلك لا للاشكال الثبوتى بل للاشكال الاثباتى و هو عدم الدليل على الجواز فلاحظ.

«قوله قدس سره: كإبراه المالك الودعى»

الخ هذا يتصور بنحوين. النحو الاول: ان يكون وديعه غير مضمونه أى عاريه غير مضمونه. النحو الثانى: ان يكون مضمونا و لكن يبرئه عن الضمان الذى سيوجد بعد ذلك.

أما النحو الاول فلا ضمان فيه و بعبارة اخرى يكون دفعا للضمان فلا ضمان كى يبرأ و لا مجال للاشكال فيه. و أما النحو الثانى فيدخل فى كبرى اسقاط ما لم يجب و فيه الاشكال الذى تقدم و هو عدم الدليل على الجواز.

«قوله قدس سره: و كبراءه البائع من العيوب».

الكلام فيه هو الكلام أى قد يكون مرجعه الى عدم الالتزام فيكون دفعا للالتزام و اخرى يكون رفعا و اسقاطا لما التزم به المشروط عليه اما على الاول فلا اشكال لكن لا يرتبط بالمقام و اما على الثانى فلا دليل عليه و يكفى للاشكال و عدم الجواز عدم دليل عليه فلاحظ.

«قوله قدس سره:

الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد»

على ما ذكرنا خيار الغبن مسبب من الشرط الارتكازى و عليه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤١٥

التعبير بالاسقاط مسامحه فان الاسقاط فرع الثبوت و الحال ان مرجع الاسقاط فى المقام الى عدم الاشتراط و عليه يكون محل الاشكال على مسلك القوم حيث يرون الغرر مفسدا للبيع.

و لكن قد تقدم منا ان الغرر معناه الخديعه و

ليس المراد منه الخطر فلا- يرتبط بما نحن بصدده و هو البيع مع الجهل بالقيمه و عدم الاشتراط مضافا الى ان مدرك البطلان ضعيف.

بالإضافه الى ان الدليل اخص من المدعى اذ ربما يكون المعامله بحيث لا يكون خطرا للجاهل و يرى العقد بصلاحه فلا وجه للبطلان من ناحيه الجهل بالقيمه و مما ذكرنا ظهر الاشكال فيما افاد الماتن بالنسبه الى خيار الرؤيه فان الكلام فيه هو الكلام بلا فرق.

«قوله قدس سره: بان الغرر فى الغبن سهل الازاله»

لم يعلم المراد من الجمله فان سهوله الازاله لا- تقتضى ان لا تكون مؤثره و بعبارته واضحه اذا فرض تحقق الغبن و فرض كونه موجبا للفساد فلا مجال للمنع عن فساده بكونه سهل الازاله فلاحظ.

«قوله قدس سره: لكن الاقوى الصحه»

السخ اذا كان الغرر موجبا للبطلان كما ان بنائهم عليه فكيف يكون الاقوى الصحه بل الاقوى الفساد نعم على ما ذكرنا لا وجه للفساد اذ قلنا مرارا ان الغرر معناه الخدعه مضافا الى ان المدرك للبطلان ضعيف.

بالإضافه الى انه ربما لا يكون خطر للمغبون و اما ما افاده من ان الخيار لا يرفع الغرر فيرد عليه انه تقدم منا ان الخيار على نحوين و قسمين:

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤١٦

القسم الأول الخيار الشرعى و القسم الثانى الخيار الجعلى بجعل المتعاقدين أما القسم الأول فلا يمكن أن يكون مصححا للعقد اذ تعلق الخيار يتوقف على صحه العقد و الحال ان صحه العقد تتوقف على الخيار فيدور و اما الخيار الجعلى فهو يوجب رفع الغرر.

و بعبارته اخرى الخيار يوجب تعنون العقد بعدم كونه غرريا و بعد فرض عدم كونه غرريا يشمله دليل الامضاء من قوله «احل الله البيع» و

قوله «تجاره عن تراض».

«قوله قدس سره: كبيع المجهول»

ما المراد من المجهول فانه تاره يكون المبيع مجهول الوجود و اخرى يكون مجهول الصفه اما لو كان مجهول الوجود فلا معنى لبيعه الاعلى نحو التعليق فلا تصل النوبه الى الخيار اذ لو بيع معلقا على وجوده يصح البيع على تقدير تحقق الشرط و يبطل على تقدير عدمه.

و أما مجهول الصفه فان دل الدليل على اشتراط العلم بتلك الصفه الخاصه فلا بد من رعا العلم بها فى صحه البيع و الا فيمكن تصحيح البيع باشتراط كونه واجدا و الا يكون الخيار للشارط و بهذا النحو يمكن تصحيح البيع فى جميع الموارد هذا على تقدير البناء على كون الغرر مبطلا- للعقد و اما على تقدير عدم تماميه الدليل على بطلان الغرر كما هو كذلك فلا مانع عن الالتزام بالصحه بلا اشتراط الخيار.

«قوله قدس سره: لا الى عدم التزام ما اشتراطه من الاوصاف»

الذى يختلج بالبال ان يقال ان الالتزام يتعلق بالامر الاختيارى للمكلف كالاتزام بالخياطه أو الكناسه و امثالهما من الافعال الاختياريه و أما الالتزام بامر خارج عن الاختيار كنزول المطر من

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤١٧

السماء مثلا- فلا- مجال له و عليه كيف يمكن الالتزام بكون العبد كاتبا أو الامه مليحه و هكذا فمرجع اشتراط الصفه الى جعل الخيار عند التخلف.

و صفوه القول ان الامر الذى يفيد للمشتري عند الشك فى الصفه ان يكون له خيار تخلف الوصف و الا فيكون البيع خطريا مضافا الى انا سلمنا صحه الالتزام بكون المبيع ذا وصف كذائى لكن اى اثر يترتب على هذا الالتزام عند التخلف غير الخيار.

«قوله قدس سره: و لا تنافى بين ان يقدم على اشتراء العين

بانيا على وجود تلك الاوصاف و بين الالتزام بعدم الفسخ»

الخ تاره يكون الخيار مجعولا- غايه الامر قد اشترط على ذى الخيار ان لا يفسخ و اخرى لا يكون له الخيار اما مع عدم جعل الخيار فلا معنى لاشترط عدم الفسخ اذ ليس له خيار كى يفسخ او لا يفسخ.

و أما مع جعل الخيار فالظاهر عدم صحه اشترط عدم الفسخ اذ يلزم الخلف فان صحه الشرط المذكور يتوقف على صحه العقد و الحال ان صحه العقد تتوقف على جواز الفسخ و لعله يشير بامرہ بالتأمل الى ما ذكرنا.

الا- ان يقال ان جواز الشرط يتوقف على صحه العقد و صحه العقد تتوقف على جواز الفسخ وضعيا لا تكليفيا و لكن كيف يمكن الالتزام بالصحه بهذا النحو فان مرجعه الى الخلف اذ ارتفاع الخطر بالقدره على الفسخ و الحال انه ملزم بعدم الفسخ فلاحظ.

مضافا الى أن صحه الشرط لا تتوقف على صحه العقد و لذا نرى ان الشرط فى ضمن العقد الفاسد صحيح لاطلاق قوله عليه السلام

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤١٨

المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم لكن صحه الشرط بلا صحه العقد امر غير معقول اذ مع عدم صحه العقد لا موضوع للفسخ و عدمه.

«قوله قدس سره: و كيف كان فلا ارى اشكالا فى اشترط سقوط خيار الغبن»

الخ كيف لا يرى الاشكال و الحال ان قوام عدم الغرر و عدم الخطر بوجود الخيار و مع عدمه يكون العقد غرريا و الغرر يبطل العقد كما هو المفروض عندهم.

و الذى يختلج بالبال فى هذه العجالة ان الفسخ لو لم يكن جائزا تكليفا يصدق ان العقد غررى فيكون باطلا و مع بطلان العقد لا يبقى مجال للفسخ فالشرط

باطل.

و لما انجر الكلام الى هنا ننبه بنكته دقيقه مهمه و هى ان الشرط لو كان جائزا شرعا يكون نافذا و لو مع كون العقد فاسدا كما لو باع زيد من عمرو مقدارا من الخمر و اشترط عليه ان يزور الحسين عليه السلام فى يوم الجمعة فان العقد باطل كما هو ظاهر و لكن الشرط صحيح و واجب الوفاء و لا تنافى بين الامرين فان مفهوم الشرط اذا صدق كما هو المفروض يكون نافذا و لا تلازم بين الامرين بل نقول الشرط الابتدائى جائز و نافذ كما لو قال ان كانت هذه الليله ليله الجمعة فانا ازور الحسين عليه السلام اذ يصدق على الالتزام المذكور عنوان الشرط و من ناحيه اخرى الشرط نافذ فشرطه زياره الحسين صحيح و نافذ واجب الوفاء بمقتضى دليل وجوب العمل بالشرط فلاحظ و اغتتم لكن اطلاق الشرط الابتدائى على الشرط مسامحى فان مفهوم الشرط لا يتحقق الا بالارتباط.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤١٩

«قوله قدس سره:

الثالث تصرف المغبون»

الخ الماتن جعل المسقط الثالث لخيار الغبن تصرف المغبون فى العين بعد علمه بالغبن و المسقط الرابع تصرفه فيها قبل العلم به و الذى تقتضيه القاعده ان التصرف تاره يراد به اسقاط الخيار و يكون بحسب الفهم العرفى ان المتصرف اسقط خياره بالتصرف و ابرزه به.

و اخرى لا- يقصد به الاسقاط أما على الاول فلا- اشكال فيه اذ المفروض ان خيار الغبن حقى و قابل للاسقاط و لا فرق فى اسقاطه بين ابرازه بالقول و الفعل و اما اذا لم يقصد به الاسقاط فلا وجه لسقوط الخيار بالتصرف لا من باب استصحاب الخيار كى يقال الاستصحاب الجارى فى الحكم الكلى يعارضه استصحاب

عدم جعل الزائد بل لان الخيار بلحاظ الشرط الضمنى و مقتضاه البقاء الى ان يسقطه ذو الخيار فما دام لم يسقطه يكون باقيا بلا فرق بين ان يكون قبل العلم بالغبن و بعده و ما ورد فى خيار الحيوان من السقوط بالتصرف حكم خاص فى مورد المخصوص و لا وجه للتعدى و تقدم منا انه لا مقتضى للتعدى عن مورد.

«قوله قدس سره: و يدل عليه ما دل على سقوط خيارى المجلس و الشرط»

ليس عليه دليل معتبر و الكلام فيهما هو الكلام فى المقام بلا فرق.

«قوله قدس سره: و هو اطلاق بعض معاهد الاجماع»

قد ذكرنا مرارا انه لا اعتبار بالاجماع.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٢٠

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعله يشير بالامر بالتأمل الى ان الاجماع قائم على الخيار بهذا المقدار اى لا اجماع بعد التصرف و لا مجال للاستصحاب فان المحكم عموم دليل اللزوم.

«قوله قدس سره: الرجوع الى اصاله بقاء الخيار»

الظاهر انه ان كان مراده من الاصل القاعده فالامر كما افاده فان القاعده تقتضى بقائه كما سبق منا و اما ان كان مراده استصحاب الخيار فيرد عليه ان الاستصحاب فى الحكم الكلى معارض باستصحاب عدم جعل الزائد.

«قوله قدس سره:

الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق»

اشاره

الخ ما يمكن ان يذكر فى تقريب المدعى المذكور وجوه.

الوجه الأول: الإجماع

و فيه من الاشكال الايراد السارى فى جميع الاجماع المتقوله.

الدخ الثاني: ان المدعى لخاص الغبن قاعده لا ضمه المفروض ان المغبون نفسه اخذ العبد عن ملكه و اقدم على الضم.

و فيه أولا ان التصرف قبل العلم بالغبن لا يكون اقداما على الضرر.

و ثانيا ان اخراج العين ليس اقداما على الضرر و لا تنافى بين الاخراج و الاخذ بالخيار.

و ثالثا ان دليل خيار الغبن عندنا الاشرط الضمنى لا دليل نفى الضرر و من الظاهر ان اخراج العين لا يوجب انتفاء الخيار اذ

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٢١

الخيار يتعلق بالعقد لا بالعين فلاحظ.

الوجه الثالث ان الغابن يتضرر باخذ البدل فلا يجوز الفسخ

و يرد عليه أولا ان الغابن لا يتضرر اذ بعد عدم امكان رد العين ان كانت العين مثليه يأخذ مثلها و ان كانت قيميه يأخذ قيمتها فلا ضرر عليه.

و ثانيا ان الدليل المذكور على فرض تماميته اخص من المدعى اذ ربما يمكن رد نفس العين بانتقالها بالارث أو بالهبه أو بالاشترء أو بغيرها.

و ثالثا ان ضرره يعارض بضرر المشتري و بعد التعارض تصل النوبه الى الاخذ بالشرط الارتكازى المقتضى للخيار.

و رابعا انا ذكرنا فى محله ان مفاد القاعده النهى لا النفى.

الوجه الرابع: انه لا يمكن التراد فلا خيار

و فيه أولا- انه اخص من المدعى اذ ربما يمكن و ثانيا ان موضوع الخيار العقد لا العين فالنتيجه انه لا دليل على كون التصرف المعدم للعين حقيقه أو حكما موجبا لسقوط الخيار نعم اذا كان دالا على الاسقاط فلا اشكال فى السقوط بلا فرق بين كون التصرف قبل العلم بالغبن أو بعده.

و قال سيدنا الاستاد فى منهاجه فى بحث خيار الغبن نعم اذا لم يدل على ذلك كما هو الغالب فى التصرف حال الجهل بالغبن فلا يسقط الخيار به.

ثم ان الشيخ قدس سره تعرض لفروع متفرعه على سقوط الخيار بالتصرف و على ما ذكرنا من عدم السقوط بالتصرف لا مجال لعنوان الفروع المذكوره فى كلامه و لكن مع ذلك نتعرض لتلك الفروع المشار إليها تبعا للشيخ قدس سره.

الفرع الأول: انه لا فرق في الحكم المذكور بين المشتري وبين البائع

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٢٢

فكما ان تصرف المشتري يوجب السقوط كذلك يسقط بتصرف البائع المغبون في الثمن و ان لم نقل بالسقوط كما لم نقل به لا يسقط خيار البائع المغبون.

و يمكن ان يقال لا بد من التفصيل بان نقول لو كان المدرك للسقوط الاجماع يختص الحكم بالمشتري لعدم تحقق الاجماع بالنسبة الى البائع و أما ان كان المدرك للسقوط عدم امكان التراد فالميزان للسقوط و عدمه امكانه و عدم امكانه.

الفرع الثاني: انه لا فرق في الحكم المذكور بين كون التصرف موجبا لتلف العين تكويننا و بين النقل اللازم أو الجائز

و بين كون التصرف موجبا لعدم جواز نقل العين عن ملك المالك الى ملك الغير كالاستيلاء.

و يمكن ان يفصل في الحكم المذكور بان نقول ان كان المدرك للحكم الاجماع فلا بد من الاقتصار على القدر المتيقن منه و ان كان المدرك عدم امكان التراد فلا بد من التفصيل بين الموارد من هذه الجهة.

الفرع الثالث: انه لو فرض انتقال العين الى المشتري بسبب من الاسباب أو ارتفع المانع عن النقل كما لو مات ولد أم الولد فهل يجوز الفسخ أم لا؟

ففي جواز الفسخ لامكان الرد و عدم جوازه لاستقرار البيع وجهان فعلى الاول يجوز الفسخ و على الثاني لا يجوز و ربما يقال ان القول بالجواز و عدمه يدور ان مدار القول بان الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد فعلى الاول يجوز و على الثاني لا يجوز.

و قال الايروانى قدس سره ان البناء المذكور في غايه السخافه و لم يذكر وجه السخافه.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٢٣

و الذى يختلج بالبال ان يقال ان المانع عن الفسخ ان كان عدم امكان التراد يكون الفسخ جائزا اذ المفروض جواز الرد و أما البناء المذكور كما في عباره الايروانى فسخيف و ذلك لانه لم يرد هذه القاعده في آيه أو روايه فلا بد من السلوك على طبق القاعده و هو ما ذكرنا.

هذا على تقدير السقوط بالتصرف و اما على مسلكتنا و هو المسلك الحق فلا وجه للبيان المذكور.

الفرع الرابع انه هل تلحق الاجازة بالبيع في تأثيرها في سقوط الخيار أم لا

يظهر من كلام الشيخ قدس سره كونه ذا وجهين فمن ناحيه ان البيع يمنع عن الرد و الاجازة كذلك فيسقط الخيار و من ناحيه اخرى ان موضوع الاسقاط التصرف المخرج و الاجازة لا تكون تصرفا مخرجا بل امضاء للتصرف الفضولي.

و الحق ان يقال تاره نقول لا بدّ من الاقتصار على المتيقن من مورد الاجماع فلا بد من الالتزام بعدم السقوط لعدم الدليل على السقوط و اخرى نقول الملاك للسقوط عدم امكان التراد فلا وجه للتفصيل بين البيع و الاجازة مضافا الى ان الاجازة على جميع المسالك نقل من المجيز فتكون من مصاديق النقل نعم على القول بالكشف الحقيقي لا- تكون الاجازة ناقله بل كاشفه لكن القول بالكشف الحقيقي باطل من أصله و لا دليل

عليه.

بالإضافة الى ان النقل تحقق بفعل الفضولى فعلى ذلك المسلك فالموضوع للسقوط تحقق من ذلك الزمان.

الفرع الخامس: ان المغبون لو آجر مورد المعامله و بعد انقضاء الاجاره علم بالغبن يمكنه الفسخ و لا يسقط خياره

اذ يمكنه الرد و يلحق به فى الحكم ما لو يعلم بالغبن حتى انفسخ البيع الثانى فانه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٢٤

يمكن الرد فلا مانع منه و لا يخفى انه يختلف الحكم باختلاف المدرك كما لا يخفى على الخبير.

الفرع السادس: انه لو امتزج المبيع بغيره فهل يوجب سقوط الخيار أم لا؟

فنقول تاره يوجب الامتزاج عدم الميز و اخرى لا يوجبه و ثالثه يوجب انعدام احد الامرين كما لو امتزج مقدار من ماء الورد فى الدبس و استهلك فيه.

أما على الاول و الثالث فيسقط الخيار اذ المفروض عدم امكان الرد اما لحصول الاشتراك و اما لانعدام العين و أما على الثانى فلا وجه للسقوط لامكان الرد.

الفرع السابع: انه لو تغيرت العين بالنقيصه يسقط الخيار

لعدم امكان الرد و اما لو تغيرت بالزيادة فاما تكون الزيادة عينيه و إما تكون حكميه و إما تكون عينيه و حكميه أما على الاول و الاخير فيسقط الخيار لعدم امكان الرد و اما على الوسط فلا يسقط لامكان الرد الا ان يقال انها توجب الشركه فى المالىه فلا يمكن الرد و لعل امره بالتأمل اشاره الى هذه الجهه.

و هذا التفصيل أى التفصيل بين النقيصه و الزيادة انما يتم على مسلكنا حيث نرى ان بيع العين الواحده بيع واحد و أما على المسلك الاخر و هو انحلال البيع و ان كل جزء من المبيع له بيع فلا بد من الالتزام ببقاء الخيار فى صوره النقصان لبقاء الموضوع و امكان تراده ببقاء الخيار على القاعده.

و لما انجر الكلام الى هنا نشير الى نكته و هى ان الزيادة الحكميه كخياطه الثوب و صبغ القميص هل توجب الشركه فى المالىه أم لا؟

و الذى يخلج بالبال فى هذه العجالة انه لو لا الدليل الخارجى الدال

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٢٥

على الشركة فى المالىة لا يكون الالتزام بالشركة فيها وجيها اذ القاعده الاولى لا تقتضى الشركة و فى مقام الاستبعاد و كونها على خلاف المرتكز العقلاى ذكرنا انه لو اكل عبد زيد طعام بكر غصبا و عدوانا و صار قويا و سمينا

فهل يمكن ان يقال ان بكرا يصير شريكا مع زيد فى ماله العبد لتحقق الشركه بالتقوى و السمن و لعله يضحك الثكلى فالحق فى مثل هذه الموارد تحقق الضمان بالاتلاف.

و صفوه القول ان الشركه فى الماله تحتاج الى الدليل كما لعله قام فى باب الزكاه فى بعض اقسامها فلاحظ.

الفرع الثامن انه لو تصرف الغابن فى العين التى انتقلت إليه فلا وجه لسقوط خيار المغبون بتصرفه

اذ المسقط تصرف ذى الخيار فخيار المغبون باق بحاله و عليه لو فسخ العقد و وجد العين خارجه عن ملك الغابن بالعقد اللازم فربما يقال بان المغبون يمكنه فسخ العقد الصادر من الغابن و ابطاله من أصله لان العين متعلقه لحق المغبون كحق الارتهان فله ابطاله.

و ربما يقال له ابطاله من الحين اذ الحق يثبت من حين ظهور الغبن فلا وجه للابطال من الاصل و ربما يقال لا هذا و لا ذاك بل يفسخ العقد و حيث لا يمكنه اخذ العين لتلفها الحكمى تصل النوبه الى البدل.

و هذا هو الاقوى و الوجه فيه ان الخيار متعلق بالعقد و العين كانت مملوكة لمالكها و لم يكن فيها حق لاحد فما صدر عنه صدر عن أهله و وقع فى محله و لا مقتضى لابطال ما صدر عنه و لكن حيث ان الخيار باق فللمغبون فسخ العقد الواقع بينه بين الغابن و الغابن يرجع البدل الى المغبون هذا فيما يكون العقد الصادر عن الغابن لازما.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٢٦

و أما ان كان جائزا فربما يقال بوجود فسخ الغابن و رد العين الى المغبون و مع امتناعه يتصدى الحاكم و مع عدم امكانه يتصدى المغبون بنفسه.

و فيه انه بعد الفسخ يملك البدل و مع دخول البدل فى ملكه بالفسخ لا مقتضى و لا موجب لفسخ العقد

الصادر عن الغابن.

و ان شئت قلت ان المغبون بالفسخ اما يملك نفس العين و اما يملك بدلها اما على الاول فلا موضوع للفسخ ثانيا فانه تحصيل للحاصل و اما على الثاني فلا موجب للتبديل.

ان قلت: لا- منافاه بين الامرين فان تملكه للبديل من باب بدل الحيلولة قلت بدل الحيلولة انما يتصور فيما تكون العين باقيه في ملكه و المفروض ان العين قد خرجت عن ملكه بالعقد الاول و دخلت في ملك الغابن ثم خرجت بالعقد الثاني عن ملك الغابن و دخلت في ملك الطرف المقابل مضافا الى ان الالتزام ببديل الحيلولة لا اساس له.

ثم انه لو قلنا بعدم وجوب الفسخ لو انتقلت العين الى الغابن فهل يملك المغبون بالفسخ نفس العين أم لا؟ أفاد الشيخ قدس سره بانه تاره يكون نقلها الى الغابن بالفسخ و اخرى يكون بعقد جديد و على الاول اما يكون فسخه قبل فسخ المغبون أو بعده فان كان الانتقال بناقل جديد فلا- مقتضى لتملكها اذ المفروض ان المغبون كان مالكا للعين بالسبب السابق و الغابن ملكه بسبب جديد فلا وجه لخروجها عن ملكه.

و ان انتقلت إليه بالفسخ بعد فسخ المغبون فأیضا لا وجه لانتقالها إليه بعد صيروره البديل مملوكا له و اما اذا كان فسخه قبل فسخ المغبون يصبر المغبون مالكا لها بالفسخ و الحق ان يقال انه يجب

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٢٧

عليه رد العين على جميع الصور فان القاعده تقتضى ضمان نفس العين و على تقدير تعذره تصل النوبه الى المثل ثم الى قيمه و لذا ذكرنا في باب الضمان ان الميزان قيمه يوم الدفع لثبوت العين في الذمه نعم في باب الغصب الترمنا بضمان قيمه

يوم الغصب بلحاظ صحيح أبي ولاد الدال على المدعى حيث قال عليه السلام قيمه بغل يوم خالفته.

الفرع التاسع: انه لو تصرف الغابن في العين تصرفا مغيرا لها

اشاره

فاما يكون بالنقيصه و اما بالزياده و اما بالامتزاج فهنا صور.

الصورة الأولى: ما لو كان التغير بالنقيصه و كان النقصان موجبا للارش

فاذا فسخ المغبون يأخذ العين مع ارش العيب اذ الفسخ يوجب انحلال العقد و رجوع العين الى مالکها الاول و قد فرض انها معيوبه بعيب موجب للارش و أيضا انها مضمونه و لم تؤخذ مجانا فلا بد من ردها مع الارش بعد اخذ عوضها المسمى بعد الفسخ كما هو المفروض.

الصورة الثانية: ما لو تغيرت العين بالنقيصه بأن تلف جزء منها و في هذه الصورة يلزم تداركه بالعوض

كما هو المقرر في باب الضمان فلو اشترى منا من الحنطه و نقصت الحنطه بمقدار نصف المن ثم فسخ المشتري العقد بخيار الغبن يجب عليه رد عوض النصف التالف.

الصورة الثالثة: ما لم يوجب التغير شيئا

فانه يرد العين بلا ضميمه و هل يلحق بهذه الصورة لو استأجر الغابن العين مده و المغبون بعد الفسخ وجدها مسلوبه المنفعه مده.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٢٨

ربما يقال كما في عباره الشيخ انه لا شىء على الغابن و لكن لا يمكن الالتزام به فان المفروض ان العقد انفسخ باعمال الخيار و لازمه رجوع العين بجميع خصوصياتها الى المغبون و حيث انه لا يمكن فعلى الغابن رد ما به التفاوت بين كون العين مستأجره في المده المفروضه و عدمها و لا مناص عنه و الا يلزم ان يكون المغبون خاسرا أو لم يأخذ شيئا و لو مع فرض كون مده الاجاره خمسين سنه و هل يمكن الالتزام به؟ كلا ثم كلا.

الصورة الرابعة: ما لو كان التصرف موجبا للزياده الحكميه و لكن بحيث لا تكون تلك الزياده موجبه لتفاوت قيمه

و فى هذه الصورة ليس للغابن فى مقابل تلك الزيادة شىء لعدم المقتضى.

الصورة الخامسة: ما لو زبدت زيادة حكميه و زادت قيمه العين بتلك الزيادة لكن كانت الزيادة بفعل غير الغابن

كما لو كانت العصى عوجاء فاعتدلت بواسطة الهواء فأیضا لا يجب على المغبون شىء لعدم المقتضى.

الصورة السادسة: ما لو زبدت زيادة حكميه موجب لزيادة القيمة و كانت الزيادة بفعل الغابن

و فى هذا الفرض تاره يكون التغير موجبا لانعدام الصورة النوعية الاولية و حصول الصورة النوعية الثانويه كما لو صار البيض دجاجا و اخرى يكون موجبا لتغير صفه من صفاته اما على الاول فتصل النوبه الى اخذ القيمة فان المبيع انعدم اذ المفروض ان العقد وقع على البيض و الآن صار دجاجا فما وقع عليه العقد صار معدوما و الموجود الآن غيره.

و أما على الثانى فربما يقال بحصول الشركه فى المالىه و لا مدرك

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٢٩

لها و الذى يمكن ان يقال فى توجيهها امران. احدهما انها بفعل الغابن و عمله محترم.

ثانيهما ان الزيادة مملوكه له فتوجب الشركه و كلا- الوجهين مخدوشان اما الاول فلا-نه عمل فى مملوكه و عمله فى مملوكه بإرادته لا- احترام له و اما الثانى فلان المملوك هى العين و المالىه صفه للعين و لا تكون مملوكه فالحق انه لا وجه للشركه فى المالىه و قد افتى سيدنا الاستاد فى منهاجه فى بحث خيار الغبن بعدم الشركه فى المالىه.

ان قلت ان الغابن يتضرر و الضرر منفى فى الشريعة قلت يرد عليه أولا- ان دليل لا ضرر دليل على الحكم التكليفى فلا يرتبط باثبات الخيار و نفيه.

و ثانيا انه لو منع عن الخيار يتضرر المشتري و بعد التعارض و التساقت تصل النوبه الى الاخذ بدليل الخيار.

الصورة السابعة: ان تكون الزيادة عينا محضا كالغرس

فالأقوال فيها مختلفه القول الاول: ان المغبون مسلط على القلع بلا- ارش بتقريب ان الارض مملوكه للمغبون و لا- حق للغابن الغارس فيها فللمغبون قلعه و لا مقتضى لان يدفع الارش بل يمكن ان يقال انه لو احتاجت الارض بعد القلع الى الترميم يجب على الغابن ترميمها.

القول الثانى انه لا حق

له فى قلع الغرس مطلقا اى لا- مع الارش و لا- بدونه كما ان الامر كذلك لو رجع البائع فى الارض المغروسه بعد صيروره المشتري مفلسا بتقريب ان مال المشتري مال مغاير مع المقلوع عرفا و ليس كالمحتاج الموضوع فى بيت بحيث يكون تفاوت القيمه باعتبار المكان.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٣٠

مضافا الى مفهوم قوله صلى الله عليه و آله ليس لعرق ظالم حق اذ المفروض ان الغرس عن حق.

القول الثالث ان للمغبون قلع الغرس مع الارش بتقريب انه ليس للغارس اشغال مملوك الغير و المفروض ان الارض مملوكه للمغبون بعد الفسخ و لكن الغارس يكون له المغروس المنسوب اى بهذه الصفه فله الارش فليس للغابن ابقاء الغرس فى الارض لان الارض مملوكه للغير كما انه ليس للمغبون قلع الغرس بلا دفع الارش فان المفروض انه مالك للغرس المنسوب.

ان قلت اى فرق بين المقام و بين ما لو باع ارضا و المشتري غرس فيها ثم صار مفلسا و البائع فسخ العقد بخيار التفليس و لا يجوز له قلع الغرس لا مع الارش و لا بلا ارش ذهب إليه الاكثر.

قلت: الفارق بين المقامين انه فى مورد خيار الغبن يكون العقد متزلزلا من اوّل الامر فحق الخيار يقدم على حق الغرس و اما فى خيار التحجير فقد حدث بعد الحجر فالغرس وقع قبل ثبوت التزلزل فيكون مثل ما يشتري الارض المغروسه فانه لا اشكال فى عدم جواز قلع الغرس.

اذا عرفت ما تقدم نقول الحق هو القول الاول اذ المفروض ان الارض مملوكه لمالكها فكما ان احداث الغرس فى الارض المملوكه يتوقف على اجازة مالك الارض كذلك ابقائها يحتاج إليها و لا فرق بين المقام

و بين مورد خيار التحجير فان اثبات الحق للابقاء حتى مع الارش يحتاج الى الدليل بل الدليل قائم على عدم حق الابقاء و أيضا قائم على عدم وجوب الارش و هو الاستصحاب فان مقتضاه عدم تحقق الضمان كما ان مقتضى اصاله الاباحه عدم حرمة الافراغ

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٣١

و التفريق بين خيار التحجير و خيار الغبن لا وجه له فان المناط و المعيار تزامم الحقين فى زمان واحد و اما تقدم سبب احدهما على السبب الاخر زمانا فلا اعتبار به فلاحظ.

الفرع العاشر: انه لو قلنا بجواز القلع مع الارش أو مطلقا فهل للمغبون وجوب الرجوع الى المالك او لا

و مع امتناعه الى الحاكم ثانيا و مع تعذره يتصدى بنفسه أم يجوز التصدى بنفسه من اول الامر؟ الظاهر انه ليس له التصدى ابتداءً اذ المفروض ان الغرس لمالكه و اختياره بيده و لا يجوز التصرف فى ماله الا باذنه فيلزم مراجعته ثم التصدى بنفسه فاذا تصدى بلا مراجعته و تلف يضمن القالع لان يده يد عدوان و لا فرق بين المقام و بين دخول اغصان شجر الجار الى دار جاره فانه يجب على المالك الاخراج و التفريق بين الموردين بان دخول الاغصان بدون اختيار المالك غير فارق بين الموردين لان حدوثه و ان لم يكن باختياره و لكن بقائه فى ملك الغير باختياره.

الفرع الحادى عشر: انه لو اختار الغابن الابقاء فلا بد من المرضاه مع المالك

و التوافق على الاجره المسماه اذ المفروض ان الارض مملوكة للمغبون و هو مسلط على ملكه فلا بد من الموافقه معه و لا مجال لان يقال كما فى عباره الشيخ ان حق المغبون مقدم على الغرس فانه لا يرجع الى محصل بل الميزان ما ذكرنا من كونها مملوكة له و لا يجوز التصرف فى ملك احد لا حدوثا و لا بقاء.

و بعباره واضحه لا مجال لان يستدل على المدعى بالتقريب المذكور فى عباره الشيخ فان خيار المغبون متعلق بالعقد و لا اثر لتقدمه زمانا و تأخره و العمده ان الارض بعد الانفساخ ترجع الى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٣٢

المغبون و اختيارها بيده هذا فى الغرس.

و أما فى الزرع فربما يقال بان له الابقاء مع الاجره و ليس لصاحب الارض منعه بتقريب ان مده اشغال الزرع للارض قصيره فلا يتضرر لا الغابن و لا المغبون بخلاف الغرس فلا بد من التفريق بين الغرس و الزرع.

و يرد عليه انه لا

فرق بين الموردین و الدلیل لیس قاعده نفی الضرر حتی یقرب الاستدلال بالنحو المذكور مضافا الی ان الضرر مرتفع فی المده الطویلہ بتأدیة الاجره الزائده فلا وجه للتفریق و لعله قدس سره اشار الی ما ذکرناه بقوله فتأمل.

الفرع الثانی عشر: انه لو طلب الغابن قلع غرسه فهل للمغبون منعه

الظاهر انه لیس له حق المنع اذ کما یكون المالك مسلطا علی طلب قلع الغرس و افراغ الارض من المغروس كذلك لمالك الغرس قلع مملوکه و عدم ابقائه فی تلك الارض نعم علیه طم الارض.

الفرع الثالث عشر: ان التغير لو كان بالامتزاج فيتصور فيه اقسام

القسم الأول: ان یعدم احدهما فی الآخر

کما لو امتزج مقدار من ماء الورد مع الماء أو مع النفط فلو انفسخ العقد لا بدّ من دفع العوض من المثل أو القیمه اذ المفروض صیورہ العین تالفه بالامتزاج.

القسم الثانی ان لا یعدم بالامتزاج و كان امتزاجه بغير الجنس و صار المجموع طبیعه ثالثه

کما لو امتزج الانجبین مع الخل و صار حقیقه اخرى فأیضا تصل النوبه الی البدل من المثل أو القیمه فان العین تغيرت و الصوره الاولیه صارت معدومه و الماده تصورت

عمده المطالب فی التعليق علی المكاسب، ج ۳، ص: ۴۳۳

بصوره اخرى و بعبارة اخرى المبیع الخل أو الانجبین و لا وجود له فی الخارج بل هو منعدم و الموجود صورہ اخرى.

القسم الثالث أن یمتزج بالجنس کالسمن مع السمن

و الحق ان یقال لا وجه للشركة اذ المفروض ان العین امتزجت بغيرها و غیر قابله لرجوعها الی مالکها الاول و تحقق الشركة بلا وجه اذ الشركة تتوقف علی امتزاج مملوکین و الحال ان المملکیه تتوقف علی الشركة و هذا دور فالنتیجه وصول النوبه الی دفع البدل من المثل أو القیمه بلا فرق بین کون الامتزاج بالأردی أو بالافضل أو بالمساوی اذ لا مقتضى للتفریق بین الاقسام هذا کله علی فرض الالتزام بعدم تحقق الشركة بالامتزاج.

و أما ان قلنا بتحقق الشركة بالامتزاج فان كان الامتزاج بالمساوی فالامر ظاهر و لا اشکال فیہ و ان كان بالاردی فأفاد الشیخ قدس سره ان فیہ وجوها من استحقاق الارش للنقص الحاصل فیہ و تفاوت الرداء من الجنس أو من ثمنه.

و الذى يختلج بالبال هو الوجه الأول اذ بالامتزاج يحصل النقص فى القيمه فتصل النوبه الى الارش اى ارش العيب.

و بعباره اخرى لا مقتضى للوجه الثالث و الثانى و بيان واضح ان الامتزاج بالأردا اما يوجب النقص فى القيمه و اما لا يوجب أما على التقدير الثانى فلا وجه للتفريق بل مقتضى القاعده التساوى بين المالكين فى الملكيه المشاعه و أما على التقدير الاول فيلزم الارش و اما ان كان الامتزاج بالاعلى فتردد الشيخ قدس سره بين ان تكون الشركه

فى الثمن بان يباع و يعطى من الثمن بالنسبه و بين الشركه فى العين بنسبه الثمن.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٣٤

و الحق هو الاحتمال الثانى فانه مقتضى القاعده الاولى بحسب الارتكاز العقلانى و أما الاحتمال الاول فلا وجه له ظاهرا و لا مقتضى له.

مضافا الى أنا نسأل القائل به انه قبل البيع هذه العين المشار إليها هل تكون مملوكة لاحدهما أو لكليهما أو لثالث اما الاول و الثالث فباطل بالضرورة و أما الثانى فيتوجه السؤال بانه باى نحو تكون مشتركه بينهما.

ان قلت: عليه يلزم الربا و على القول بحرمة فى جميع المعاوزات يشمل المقام أيضا فما الحيله و ما الوسيله.

قلت: يرد عليه أولا- ان الربا يختص بالبيع و لا- وجه للالتزام به فى غيره و ثانيا ان مقامنا خارج عن عنوان المعاوزه فان حصول الشركه بالامتزاج لا يكون معاوضه فيكون المقام خارجا موضوعا فلاحظ.

ثم ان الشيخ قدس سره تعرض لتلف العوضين و للفروع المتفرعه عليه

الفرع الأول لو تلفت العين عند المغبون باتلاف متلف

و قبل ان يأخذ العوض من المتلف فسخ العقد فهل يرجع الغابن الى المتلف كما فى عبارته الشيخ أم لا؟

الحق هو الثانى اذ المفروض ان العقد يفسخ بالفسخ من الحين و كانت العين مملوكة للمغبون فالمتلف ضامن للمغبون و لا وجه لرجوع الغابن إليه اللهم الا ان يقال ان المقام من صغريات تعاقب الايدى و مقتضى القاعده ان يكون الغابن ذا حق فى الرجوع الى كل من المغبون و المتلف.

و ان شئت قلت ان المتلف باتلافه يصير ضامنا للمغبون و بعد

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٣٥

انفساخ العقد يصير الغابن مالكا للجامع بين ذمه المغبون و المتلف.

و مقتضى القاعده الاولى ان الميزان بقيمه يوم الاداء فانا ذكرنا فى محله ان العين بعينها فى الذمه فلا بد

من ملاحظه قيمه يوم الاداء نعم بمقتضى حديث ابى ولاد نلتزم ان التلف اذا كان فى يد الغاصب يكون المناط قيمه يوم الغصب فى المقام اذا فرض ان التلف صار بالاتلاف العدوانى يكون الميزان هو الميزان والا- يكون المناط يوم الاداء كما فى جميع الموارد.

الفرع الثانى انه لو تلف ما فى يد المغبون باتلافه أو بآفه سماويه و بعد التلف فسخ العقد

رجع الى الغابن بالثمن ان كان باقيا و يأخذ بدله ان كان تالفا و يرد عليه عوض التالف المثل أو القيمه و الميزان قيمه يوم الاداء كما مرّ.

الفرع الثالث انه ان تلف ما فى يد المغبون باتلاف الغابن فان لم يفسخ يأخذ المغبون بدله منه

و اما مع الفسخ فتاره بعد ابرائه و اخرى لا كذلك فان كان الفسخ بعد ابرائه من الضمان يأخذ منه الثمن و يرد عليه قيمه المبيع فان الابراء بمنزله القبض فكانه اخذ منه العوض و ان كان بلا ابراء منه يأخذ الثمن منه و لا شىء عليه اذ المفروض ان الغابن كان متلفا و مما ذكرنا فى حكم تلف ما فى يد المغبون يعلم حكم الاقسام المتصوره المتعلقة بما فى يد الغابن.

«قوله قدس سره:

مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه».

قد وقع الخلاف بينهم فى ثبوت خيار الغبن فى غير البيع من

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٣٦

المعاوضات و المعاهدات فبعضهم فصل بين كون المقصود المعاوضه و عدمه فالترتم بالثبوت فى الاول دون الثانى.

و يظهر من بعضهم ثبوته فى كل عقد يجرى فيه الغبن بدعوى ان الدليل على الخيار قاعده لا ضرر و القاعده تعم جميع العقود و الحق فى المقام على ما يختلج بالبال أن يقال ان دليل خيار الغبن ليس هو الاجماع كما مرّ و تقدم فانه محتمل المدرك لو لم يكن مقطوعا به كما انه ليس المدرك حديث لا ضرر فانا ذكرنا مرارا ان حديث لا ضرر لا يدل على النفى بل يدل على النهى.

مضافا الى ان شأن الحديث ليس الاثبات بل شأنه النفى اضعف الى ذلك ان الضرر انما يتوجه باصل العقد لا بلزومه فيلزم البطلان من أصله بل المدرك للخيار عبارته عن الشرط الارتكازى الضمنى ففى كل مورد احرز الارتكاز المزبور يلتزم بالخيار و الا فلا و مع الشك لا يمكن الاخذ بالدليل فى الشبهه المصادقيه كما هو المقرر عند القوم و لذا لو كان بناء العقد على المسامحه و عدم المماسكه لا يجرى

فيه.

و بعبارة واضحة المدرك لخيار الغبن دليل الشرط لكن الاشكال فى ان دليل الشرط ليس مشرعا فلا- بد من احراز جواز الاشتراط فى الرتبة السابقه و الا فلو شك فى جوازه و عدمه لا يمكن الاخذ بدليل الاشتراط لعدم جواز الاخذ بالدليل فى الشبهه المصداقيه بل يمكن احراز عدم جوازه بالاصل فان الاستصحاب يقتضى عدم الجواز فان الجواز فى المقام وضعى لا تكليفى كى يقال ان البراءه تقتضى الجواز و الجواز الوضعى محكوم بالعدم فى كل مورد احرز و لو بالسيره جواز جعل الخيار كما هو كذلك فى الاجاره و الصلح

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٣٧

فهو و الا فلا يجوز فتحصل ان خيار الغبن لا يجرى الا فى البيع و الاجاره و الصلح و أما فى غيرها من العقود فلا دليل عليه.

«قوله قدس سره:

مسأله اختلاف اصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى على قولين»

اشاره

الخ يقع الكلام فى المقام فى جهات

الجهه الأولى: فى انه لو لم يكن دليل لا على الفور و لا على التراخى

فهل القاعده الاوليه تقتضى الفوريه و عدم تأثير الفسخ بعد الزمان الاول أو تقتضى التراخى و بقاء الخيار.

الظاهر ان القاعده تقتضى الفور و ذلك لان الملكيه المستمره تحققت بالبيع و تأثير الفسخ بعد مضى أول زمان الخيار محل الكلام و مشكوك فيه و الاصل عدم جعل الشارع هذا الحق لاحد الطرفين أى حق الفسخ.

و بيان واضح ان الشك فى تأثير الفسخ ناش عن الشك فى ثبوت الحق و عدمه و قد قرر فى محله ان الاصل الجارى فى السبب حاكم على الاصل الجارى فى المسبب بل دليل وجوب الوفاء بالعقود أى مفاد الآيه الشريفه يقتضى اللزوم فان كل عقد لازم الوفاء الا ما خرج بالدليل.

الجهه الثانيه فى انه هل تستفاد الفوريه أو الاستمرار من الدليل الذى يدل على الخيار أم لا؟

و الحق أن يقال ان كان دليل الخيار الاجماع فلا يستفاد منه الاستمرار كما انه لا يستفاد منه الفوريه بمعنى نفى الخيار بالنسبه الى ما بعد الزمان الاول بل المستفاد من الاجماع

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٣٨

ثبوت الخيار فى الجملة بلا تعرض لما بعد الزمان الاول.

و أما ان كان المدرک للخيار قاعده لا ضرر أو كان المدرک الاشتراط الارتكازى يكون الخيار باقيا و متراخيا.

و الوجه فيه ان الضرر على الفرض موجود فموضوع القاعده متحقق و ترتب الحكم على موضوعه على القاعده فلا وجه للفوريه فلا مجال لان يقال ان الموضوع غير محرز لاحتمال ان الموضوع عباره عمّن لا يتمكن من تدارك ضرره فاذا فرض تمكنه و لم يتدارك ينتفى الموضوع اذ لم يرد دليل لا ضرر بهذا العنوان بل نفى الضرر على نحو الاطلاق فالموضوع باق بحاله كما ان الامر كذلك لو كان المدرک الشرط الارتكازى فان الاقتصار على الزمان الاول بلا وجه.

الجهه الثالثه: فى انه لو شك فى بقاء الخيار و عدمه فهل القاعده تقتضى الاخذ بعموم دليل اللزوم أو تقتضى جريان استصحاب الحكم المخصص.

يظهر من الشيخ قدس سره التفصيل بين ان يكون الزمان مفردا و لكل زمان حكم مستقل فى قبال فرد آخر من الزمان و بين كون الزمان ظرفا لحكم مستمر.

و بعباره اخرى فرق بين العام الاستغراقى و المجموعى فاختر الاخذ بعموم العام فى الفرض الاول و الاخذ باستصحاب الحكم الخارج فى الفرض الثانى.

بتقريب انه لو كان على نحو العموم الاستغراقى لا يكون وجه لجريان الاستصحاب و لا مجال اذ المفروض ان العام اثبت الحكم لكل فرد و قد خرج منه فرد و بقى الباقى تحت العام و اما اذا كان الزمان على نحو الظرفيه يكون الحكم واحدا مستمرا فاذا خرج عن

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٣٩

تحت العموم

لا دليل على دخوله بعد فالاستصحاب يجرى في بقاء الحكم المخصص.

و يرد عليه انه لا فرق بين الموردين من هذه الجهة و المرجع عموم العام في كلا الموردين و لذا نرى ان الامر كذلك في نظائر المقام مثلا- اذا امر المولى بوجوب اكرام كل عالم بقوله اكرم العلماء ثم اخرج زيدا العالم من تحت العام و قال لا تكرم زيدا العالم لا اشكال في الاخذ بالعموم بالنسبه الى بقيه العلماء في وجوب اكرامهم.

و قس عليه ما لو قال المولى اكرم هؤلاء العشره على النحو المجموعى و بعد ذلك اخرج من العشره واحدا لا اشكال في الاخذ بالدليل في وجوب اكرام الباقي من العشره و قس على ذلك المقام مقامنا فان المولى تاره يلاحظ كل زمان مفردا بحيث يكون لكل زمان حكم و اخرى يلاحظ الزمان ظرفا و يكون الحكم واحدا و لكن اذا اخرج عن الحكم الواحد ساعه يبقى الباقي تحت الدليل و لا فرق فيما ذكرنا بين ان يكون التخصيص من الاول أو الوسط فان الدليل قائم على الوجوب الا في قطعه من الزمان.

فتحصل ان المرجع عموم العام على كل تقدير و لا تصل النوبه الى الاستصحاب و لو سلمنا عدم جواز التمسك بالعموم فهل تصل النوبه الى استصحاب الحكم المخصص أم لا؟ الحق عدم وصول النوبه إليه اذ قد ثبت في محله عدم جريان الاستصحاب في الشبهه الحكميه و معارضته مع استصحاب عدم الجعل الزائد و بعد المعارضه تكون النتيجة عدم الخيار.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٤٠

ان قلت: بعد تعارض الاصلين في الخيار يقع التعارض بين الاصلين في أصل بقاء الملكيه بتقريب انه بعد قطع اليد عن جريان الاصل في

الخيار نشك في الملكيه بعد الفسخ فيكون مقتضى الاصل بقاءه و يعارضه استصحاب عدم الجعل الزائد و بعد التعارض و التساقت لا طريق الى احراز بقاء الملكيه بعد الفسخ.

قلت: لا- مجال لهذا التقريب اذ لا اشكال في ان الملكيه مجعوله من قبل الشارع مستمرا اعم من ان يكون الخيار متحققا أم لا و قد ذكرنا سابقا ان الملكيه في مورد الخيار لا- تكون موقته بان يقال الملكيه مجعوله الى قول ذى الخيار فسخت و قلنا ما افاده سيدنا الاستاد في هذا المقام لا يرجع الى محصل فان الملكيه كالزوجه الدائمه مجعوله غايه الامر اذا كان الخيار مجعولا يمكن رفعها و الا فلا.

و ان شئت قلت الفسخ في مورده عبارته عن الرفع لا- غايه للمجعول و كم فرق بينهما و لعمرى ما افدته دقيق و بالتأمل حقيق و لكن الاسف كل الاسف على قله الشكور و قليل من عبادى الشكور و له الحمد و الشكر.

[الخامس خيار التأخير]

اشاره

«قوله قدس سره: الخامس خيار التأخير قال فى التذكرة من باع شيئا و لم يسلمه الى المشتري و لا قبض الثمن و لا شرط تأخيره و لو ساعه لزم البيع ثلاثه ايام فان جاء المشتري بالثمن فى هذه الثلاثه فهو احق بالعين و ان مضت الثلاثه و لم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد و الصبر»

الخ.

و قال سيدنا الاستاد فى منهاجه «اطلاق العقد يقتضى ان يكون تسليم كل من العوضين فعليا فلو امتنع احد الطرفين عنه اجبر عليه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٤١

فان لم يسلم كان للطرف الاخر فسخ العقد بل لا يبعد جواز الفسخ عند الامتناع قبل الاجبار و لا يختص هذا الخيار بالبيع بل يجرى

فى كل معاوضه و يختص البيع بخيار و هو المسمى بخيار التأخير» الى آخر كلامه رفع فى علو مقامه.

فقد تعرض قدس سره لثلاثة امور الاول ان اطلاق العقد يقتضى فوريه الاقباض و ان الامتناع من التسليم يقتضى الخيار و الوجه فيه الاشتراط الارتكازى.

الثانى: عدم اختصاص الخيار المذكور بالبيع بل يجرى فى كل معاوضه بتقريب ان الملاك فى ثبوت الخيار الشرط الارتكازى و هو موجود فى جميع المعاوضات و يرد عليه ان دليل الشرط لا يكون مشرعا فلا بد من احراز صحه الشرط فى الرتبه السابقه و مقتضى الاصل عدمها.

الثالث ان البيع يختص بخيار التأخير بالنحو المذكور فى عباره الشيخ قدس سره و

ما يمكن أن يذكر فى تقريب المدعى وجوه:

الوجه الأول الاجماع

و حال الاجماع فى الاشكال ظاهر.

الوجه الثانى قاعده لا ضرر

بتقريب ان التأخير و عدم جواز الفسخ ضرر على البائع فانه لا يجوز له التصرف فى المبيع لكونه مال الغير و ليس عنده الثمن فلا بد من التمسك بقاعده نفى الضرر.

و يرد عليه أولا- انا ذكرنا مرارا عدم دلالة القاعده على النفى بل مفادها النهى و ثانيا انه لا- تدل على المدعى مع هذه الخصوصيات.

الوجه الثالث النصوص الخاصه

فلا- بد من ملاحظه كل واحد منها، فنقول منها ما رواه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: قلت له الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده، فيقول حتى آتيك

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٤٢

بثمنه قال ان جاء فيما بينه و بين ثلاثة ايام و الا فلا بيع له «١».

و منها ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج قال اشتريت محملا فاعطيت بعض ثمنه و تركته عند صاحبه ثم احتسبت اياما ثم جئت الى بائع المحمل لاخذة فقال قد بعته فضحكت ثم قلت لا و الله أدعك أو أقاضيك فقال لى: ترضى بأبى بكر بن عياش قلت نعم فأتيته فقصصنا عليه قصتنا فقال ابو بكر بقول من تريد أن أفضى بينكما أ بقول صاحبك أو غيره قال قلت بقول صاحبي قال

سمعتہ يقول من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثه أيام و الا فلا بيع له «٢».

و منها ما عن علي بن يقطين انه سأل أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن قال فإن الاجل بينهما ثلاثه أيام فان قبض بيعه و الا فلا بيع بينهما «٣».

و منها ما رواه اسحاق بن عمار عن عبد صالح عليه السلام قال من اشترى بيعاً فمضت ثلاثه أيام

و لم يجبيء فلا بيع له «٤».

و الاحتمالات المتصوره فى هذه النصوص ثلاثه الاحتمال الاول ان يكون القبض شرطاً فى صحه البيع فان لم يتحقق فى الثلاثه يكون البيع باطلاً من اصله.

الاحتمال الثانى انه لو لم يتحقق القبض فى الثلاثه يحصل للبائع الخيار و حق الفسخ كما هو المدعى فى المقام.

(١) الوسائل الباب ٩ من ابواب الخيار الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

(٣) نفس المصدر الحديث ٣.

(٤) نفس المصدر الحديث ٤.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٤٣

الاحتمال الثالث انه لو لم يتحقق القبض يبطل البيع من ذلك الحين لا من اصله اذا عرفت ما تقدم نقول اما الاحتمال الاول و هو بطلان البيع من اول الامر فهو خلاف الظاهر اذ لو كان البيع باطلاً من اول الامر كان التصرف فى المبيع جائزاً للبائع اذ على هذا الفرض يكون المبيع مملوكاً و التصرف فى الملك جائزاً اما مع العلم بعدم الاتيان بالثمن فظاهر و اما مع الشك فمقتضى الاستصحاب الاستقبالى هو الجواز فان مقتضى الاستصحاب عدم الاتيان بالثمن.

و أما الاحتمال الثانى فهو أيضاً خلاف الظاهر فان قوله عليه السلام لا بيع له يدل على عدم البيع و هو البطلان فلا يدل على الخيار بل يدل على البطلان ان قلت لا- بيع له نفى من الطرف الواحد لا من الطرفين قلت البيع امر قائم بالطرفين فالارتفاع من طرف يستلزم الارتفاع من الطرف الاخر أيضاً.

و ان ابىت عن ذلك اقول يكفى لافاده المدعى و هو البطلان و الانفساخ حديث ابن يقطين الدال على الارتفاع من الطرفين فغايه ما فى الباب ان يقع التعارض بين حديث ابن يقطين الدال على البطلان و بقيه الاحاديث الداله على الخيار

للبائع كما توهم فلا- بد من التماس مرجح لاحد الطرفين على الاخر و الا يصل الامر الى التسايط و الترجيح مع دليل البطلان لكونه احدث و المرجح الوحيد فى باب الترجيح الاحديه فلاحظ.

فتحصل ان الصحيح هو الاحتمال الثالث لكن هل يمكن الالتزام به مع كونه خلاف الارتكاز المتشرعى و خيار تأخير الثمن امر مشهور معروف و الله العالم بحقائق الامور و عليه التوكل و التكلان.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٤٤

و لقائل ان يقول لا تعارض بين الجانبين فان حديث ابن يقطين يكون الموضوع فيه عدم اقباض المبيع فانه علق عدم البيع فى هذا الخبر على عدم اقباض المبيع و علق تحقق البيع على الاقباض و مقتضى اطلاقه انه لو اقبض المبيع يصح البيع و يتم و لو مع فرض عدم قبض الثمن و مقتضى تلك النصوص ان الميزان هو اقباض المشتري و مع عدمه يبطل البيع فيقع التعارض بينهما فيما قبض الثمن و لم يقبض المبيع و فيما اقبض المبيع و لم يقبض الثمن و الجمع بين المتعارضين يتحقق بتقييد كل منهما بالآخر فالنتيجه ان البائع اذا اقبض المبيع و قبض الثمن فهو و الا- فان لم يتحقق القبض اصلا أو اقبض المبيع و لم يقبض الثمن أو قبض الثمن و لم يقبض اصلا أو اقبض المبيع و لم يقبض الثمن أو قبض الثمن و لم يقبض اصلا أو اقبض المبيع يكون البيع باطلا- أو يتحقق الخيار على الخلاف بين القولين.

«قوله قدس سره:

ثم انه يشترط فى هذا الخيار امور

أحدها عدم قبض المبيع»

ادعى عليه عدم الخلاف و يدل على المدعى من النصوص ما رواه ابن يقطين «١».

فان قوله عليه السلام فى الجواب (فان قبض بيعه) يدل على الشرط المذكور فان لفظ البيع فى كلامه

عليه السلام عبارته عن المبيع بقريته الصدر فان السائل يسأل بان الرجل يبيع المبيع فالمراد من البيع المبيع في هذه الجملة و الضمير في قوله عليه السلام قبض يرجع الى الرجل بمقتضى قانون الكلام فيكون المراد من البيع المبيع.

فلا وجه لان يقال انه يحتمل ان يكون لفظ قبض بلا تشديد

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٤٢.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٤٥

و يكون المراد من البيع البائع كى يرد عليه بان استعمال البيع فى البائع نادر و الاصل عدم كون اللفظ البيع مشدداً فان الظاهر على حسب قانون الكلام لا مجال لهذا التقريب.

«قوله قدس سره: ثم لو كان عدم قبض المشتري لعدوان البائع» الخ

الامر كما افاده فان الظاهر من النص عدم صورته عدوان البائع و يمكن الاستدلال عليه بنحو آخر و هو ان الموضوع للخيار عدم مجيء المشتري بالثمن و المفروض فى المقام ان المشتري جاء بالثمن و البائع لم يقبضه فلا خيار.

«قوله قدس سره: و لو قبضه المشتري على وجه يكون للبائع استرداده»

الخ الحق هو الوجه الأول من الوجوه اى يكون القبض المذكور كلاً- قبض فان الاستفادة من حديث ابن يقطين ان المؤثر فى تحقق الخيار تحقق قبض المشتري المبيع باقباض البائع و قد تقدم ان المدرك للخيار المذكور النص الخاص لا حديث لا ضرر كى يكون المقام قابلاً لما أفاده الشيخ قدس سره.

«قوله قدس سره: و لو مكن المشتري من القبض فلم يقبض»

الخ الاستفادة من النص ان الميزان فى تحقق الخيار عدم القبض الناشئ من امساك البائع عن الاقباض و اما مع اقباض البائع و عدم القبض من قبل المشتري فلا خيار.

ان قلت يستفاد من حديث زراره ان مجرد التمكين

لا- اثر له اذ ذكر فيه هكذا (الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدهه عنده فيقول حتى آتيك بثلثه قال ان جاء فيما بينه وبين ثلثه ايام و الا فلا بيع له)

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٤٦

فانه فرض التمكين فى الروايه و مع ذلك حكم الامام عليه السلام بالخيار فالتمكن لا اثر له.

قلت لم يفرض فى الحديث انه ممكنه منه بحيث يكون له ان يأخذه و يروح بل مقتضى الاطلاق المستفاد من الحديث ان الميزان فى تحقق الخيار عدم مجىء المشتري بالثمن الى ثلثه ايام و استفاد من حديث ابن يقطين انه لو قبض البائع المبيع من المشتري قبضا تاما اى مكّنه من الاخذ و عدم استرداده بعنوان الوديعة يكون موجبا لسقوط الخيار فتكون النتيجة ان موضوع الخيار عبارته عن عدم قباض البائع المتاع من المشتري و عدم مجىء المشتري بالثمن الى ثلثه ايام فلاحظ.

«قوله قدس سره: و فى كون قبض بعض المبيع كلا قبض»

الخ الذى استفاد من حديث ابن يقطين ان الميزان باقباض البائع تمام المبيع فلا اثر لا قباض بعضه و يؤيده حديث عبد الرحمن حيث صرح فيه باقباض بعض الثمن فان استفاد من كلامه عليه السلام عدم اثر لا قباض البعض فانه و ان كان فى طرف الثمن و الكلام فى المبيع لكن لا يخلو عن التأيد كما هو الظاهر عند الخبير.

«قوله قدس سره:

الشرط الثانى عدم قبض مجموع الثمن»

الخ فانه استفاد من النص ان عدم قبض مجموع الثمن شرط فى ثبوت الخيار فلا اثر لقبض البعض و يؤيد المدعى فهم القاضى اى أبى بكر.

«قوله قدس سره: و القبض بدون الاذن كعدمه»

الخ فان استفاد من النص بحسب الفهم العرفى ان القبض المؤثر

عمده المطالب فى التعليق

القبض المذى يكون ناشيا عن اذن المشتري و لا- فرق بين القبض عن حق و غيره اذ الموضوع المأخوذ فى الدليل عدم مجىء المشتري بالثمن و مقتضاه عدم الفرق و ربما يقال بكفايه القبض مطلقا فى المقام و اشتراطه بالاذن فى طرف اقباض المبيع.

بتقريب ان الاصحاب عبروا هناك بالاقباض و فى المقام بالقبض فلا بد ان يكون القبض باقباض البائع و رضاه و اما فى المقام فيكفى القبض كيف ما كان.

و قد اورد عليه الشيخ قدس سره بان التعبير بالاقباض و القبض من باب كون الموضوع فى نظرهم البائع فلا- بد من التعبير بالاقباض فى الاول و بالقبض فى الثانى و بعده امر بالتأمل بقوله (فتأمل) و لعل الوجه فيه ان حمل الكلام على ما ذكر بعيده و كيف كان الحق ما ذكرنا من ان القبض بلا رضا المشتري لا اثر له.

«قوله قدس سره: و لو اجاز المشتري قبض الثمن»

الخ فان المستفاد من حديث زراره الوارد فى نكاح العبد بلا اذن مولاه جواز الاجازه فى كل مورد يكون من حق الناس و المقام كذلك و يكون الاجازه فى المقام كبقية الموارد كاشفه اذ المفروض ان الامضاء الشرعى يتعلق بما يصدر عن الفضولى بعد اجازته من بيده الامر فلا- مجال للنقل و يظهر الثمره بين القولين فيما يحصل القبض فى الثلاثه و تحقق الاجازة بعدها فعلى الكشف تكون صحيحه و على النقل تكون باطله.

«قوله قدس سره:

الشرط الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم احد العوضين»

لا يبعد أن يكون الامر كما افاده قدس سره فان الظاهر من النص

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٤٨

ان يكون عدم القبض ناشئا عن الامساك عن الاقباض لا عن حق و على الجملة ان

المستفاد من النص كذلك و فى المقام اشكال و هو انه ما المراد من اشتراط التأخير.

و يتصور هذا الشرط على انحاء ثلاثه الاول ان يشترط لاحد الطرفين حق التأخير و لو مع مطالبه الاخر الثانى ان يشترط عليه عدم المطالبه الثالث ان يشترط عليه الاذن فى الابقاء.

أما الصوره الأولى فيرد عليها انه شرط غير مشروع و الشرط يلزم ان يكون امرا جائزا الا ان يقال ان السيره جاريه عليها بلا ردع من الشارع الاقدس.

و اما الصوره الثانيه فيرد عليها انه لو عصى و لم يعمل بالشرط يجب على الطرف الاخر الاقباض.

و أما الصوره الثالثه فمرجعها الى اشتراط الاذن فى الامساك فى ضمن العقد هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى الشرط اذا تحقق صحيحا يكون لازما فان المؤمن عند شرطه و الظاهر ان هذا الوجه حسن و صفوه القول انه لو اذن بنفس الاشتراط لا يمكنه الرجوع فان الشرط لازم و هذا التقريب دقيق و بالتأمل حقيق.

«قوله قدس سره:

الشرط الرابع ان يكون المبيع عينا»

اشاره

ما يمكن أن يستدل به على المدعى وجوه

الوجه الأول الاجماع

و حاله فى الاشكال ظاهر.

الوجه الثانى ان مستند الخيار المذكور حديث لا ضرر و فى الكلى فى الذمه لا يتصور ضرر للبائع

و فيه انه يتصور الضرر للبائع أيضا مثلا لو فرض ان زيدا فى وسعه بيع وزنه من الحنطه و الزائد عليها ليس فى امكانه فلا يمكنه المعامله

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٤٩

مع غير هذا المشتري.

مضافا الى ان المدرک كما تقدم النصوص الخاصه الوارده فى المقام لا حدیث لا ضرر.

الوجه الثالث ان الشرط المذكور مستفاد من نصوص الباب

فلا بد من ملاحظتها فنقول اما حدیث زراره فیمکن ان یقال انه نص فى العین الخارجیه حیث یقول ثم یدعه عنده و لا یصدق هذا العنوان على الکلی فى الذمه و اما حدیث ابن الحجاج فهو أيضا کذلک حیث یقول و ترکته عند صاحبه و اصرح منه قول البائع بعته.

و اما حدیث ابن یقطين فهو أيضا ظاهر لو لم یکن صریحا فى المبیع الشخصی فان السائل یسأل عن الرجل یبیع البیع فیلزم ان یكون قبل تحقق البیع مبیع کى یتعلق به البیع فان الکلی قبل البیع لا ثبوت له لا فى الخارج كما هو ظاهر و لا فى الذهن كما هو اظهر فیتوقف تحقق العنوان المذكور على کون المبیع شخصا هذا من ناحیه و من ناحیه اخرى ان الضمیر فى کلامه روحى فداه یرجع الى ما تقدم فى کلام السائل فیتحصل ان المستفاد من النص لزوم کون المبیع شخصا.

«قوله قدس سره:

ثم ان هنا امورا قبل باعتبارها فى هذا الخيار

منها عدم الخيار لاحدهما او لهما»

اشاره

و ما یمکن أن یدکر فى مستند الحکم المذكور وجوه.

الوجه الأول ان المیزان فى تحقق خيار التأخیر، التأخیر من غیر حق

و مع وجود الخيار له ان يؤخر فلا یتحقق خيار التأخیر و یرد علیه ان المبنى فاسد فان الخيار و جواز العقد لا یوجب جواز التأخیر و لا دلیل علیه.

و بما ذکرنا ظهر ان ما افاده المحقق النائینی (ره) من انه مع الخيار

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ۳، ص: ۴۵۰

لا- یجب الوفاء فلا یجب الاقباض غیر تام فانه لا ربط بین المقامین اذ وجوب الوفاء و عدمه عباره عن عدم حق الفسخ و ثبوت حقه و هذا لا یرتبط بوجوب اقباض مال الغير فان امساک مال الغير و عدم اقباضه حرام.

ان قلت وجوب الاقباض من باب الشرط الضمنى و المفروض ان العقد جائز فلا يشمله دليل وجوب الوفاء.

قلت يرد على التقريب أولا- ان وجوب الاقباض ليس من باب الشرط الضمنى بل وجوبه من باب وجوب تسليم مال الغير إليه و عدم امساكه و حرمة التصرف فيه.

الا ان يقال التصرف حرام و لكن لا وجه لوجوب الاقباض و لا دليل عليه الا الشرط الارتكازى.

و ثانيا ان دليل وجوب العمل بالشرط غير منحصر بدليل وجوب الوفاء بل العمده دليل لزوم الشرط و قوله (ع) المؤمنون عند شروطهم.

ان قلت كيف يمكن ان يكون العقد جائزا و الشرط الارتكازى الضمنى لازما قلت لا- تنافى بين الامرين فان كل حكم تابع لموضوعه و لذا لو فرض انفساخ العقد بالفسخ أو بالاقاله يبقى لزوم الشرط بحاله بل يمكن ان يقال ان الشرط فى ضمن العقد الفاسد صحيح و يجب العمل به لتحقق موضوع الشرط و ترتب الحكم على موضوعه ضرورى.

و لما انجر الكلام الى هنا نشير الى نكته و ان

كانت خارجه عن البحث و هي انه لو علق المكلف فعله الفلانى على شرط كأن يقول و يلتزم بانه لو قدم المسافر الفلانى من السفر فى يوم السبت انا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٥١

الترم باقامه مجلس اطعام و فرض تحقق الشرط يجب الوفاء عليه بان يقيم المجلس اذ يصدق الاشتراط فيترتب عليه حكمه فلاحظ.

«قوله قدس سره:

و منها تعدد المتعاقدين»

اشاره

الخ و استدل على المدعى المذكور بوجهين.

الوجه الأول ان النصوص الواردة فى المقام تختص بصوره التعدد

فلا مقتضى للخيار فى غير هذه الصوره و يرد عليه ان النص وارد فى مورد تعدد البائع و المشتري و هذا لا اشكال فيه فان البائع لا يمكن ان يكون عين المشتري و لكن تعدد البائع و المشتري لا يستلزم تعدد المتعاقدين كما هو ظاهر.

الوجه الثانى ان خيار التأخير ثابت بعد تماميه المجلس

و لا- يتصور الانقضاء فيما يكون المتعاقدان واحدا و يرد عليه أولا انه لا تنافى بين خيارى التأخير و المجلس و اللزوم الثابت فى مورد خيار التأخير قبل الثلاثه حكم حيثى اى العقد لازم من هذه الجبهه فلا- تنافى بين هذا الخيار و بقيه الخيارات و ثانيا انه يمكن ان يفرض عدم خيار المجلس كما اذا اسقط بالاسقاط حين العقد.

«قوله قدس سره:

و منها ان لا يكون المبيع حيوانا»

و المستند للحكم ما رواه على بن يقطين قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى جاريه و قال اجيئك بالثمن فقال ان جاء فيما بينه و بين شهر و الا فلا بيع له «١».

و المذكور فى الروايه عنوان الجاريه فلا وجه لتسريه الحكم الى مطلق الحيوان ثم انه لا وجه لحمل الروايه على بيان خيار التأخير

(١) الوسائل الباب ٩ من ابواب الخيار الحديث ٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٥٢

الذى يكون مورد البحث و لا- دليل و لا- قرينه على ان المراد بيان ذلك الخيار فمن الممكن ان الشارع الاقدس جعل فى خصوص الجاربه خيارا بعدم مجىء المشتري بالثمن الى شهر فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم ان مبدأ الثلاثة»

الخ تردد امر الثلاثة من حيث ان ابتدائها من حين التفرق أو ان مبدئها من حين العقد الظاهر من النصوص ان الثلاثة تحسب من حين العقد و بعبارة اخرى الظهور الاولى يقتضى ذلك فكما ان خيار الحيوان يحسب من حين العقد الى ثلاثة ايام كذلك اللزوم فى المقام يحسب من حين العقد الى ثلاثة ايام و هذا ظاهر واضح.

ان قلت يستفاد من قوله عليه السلام فان جاء بالثمن انه يحسب من حين التفرق اذ المجىء مقابل عدمه فلا بد من مفارقتها كى

يتحقق المفهوم و المفارقه تحصل بالافتراق عن المجلس.

قلت المراد من قوله عليه السلام (فان جاء بالثمن) اعطائه فالنتيجه ان مبدأ الثلاثه من حين العقد.

«قوله قدس سره:

مسأله يسقط هذا الخيار بأمر

أحدها إسقاطه بعد الثلاثه»

إشاره

اذ الخيار الحقى قابل للاسقاط و من ناحيه اخرى قد علم من الشرع ان الخيار المذكور حقى.

قمى، سيد تقى طباطبايى، عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، كتابفروشى محلاتى، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب؛ ج ٣، ص: ٤٥٢

«قوله قدس سره: و فى سقوطه بالاسقاط فى الثلاثه وجهان»

تاره يسقط الخيار على النحو التنجيزى و اخرى يسقطه على النحو التعليقى اما الاول فلا- واقع له اذ المفروض ان الموضوع لم

يتحقق بعد فلا خيار حتى يسقط و اما على الثانى فالتعليق لا يجوز.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٥٣

و يرد عليه ان بطلان التعليق لا يستند الى دليل عقلى كى يقال الحكم العقلى غير قابل للتخصيص بل مدركه الاجماع و الاجماع

دليل لى لا لسان له لكن الاشكال كل الاشكال انه لا يكفى للحكم بالجواز مجرد الامكان فان الجزم به يتوقف على قيام دليل

عليه.

و ما يمكن ان يذكر فى تقريبه وجوه.

الوجه الأول ان العقد سبب للخيار و المفروض انه وجد فيجوز اسقاط الخيار الذى يوجد بعد.

و فيه ان الوجه المذكور لا يرجع الى محصل فان الاحكام الشرعيه لا تقاس بالامور التكوينييه و لا علاقه بينهما مضافا الى انه هب

ان العقد سبب لكن الاشكال فى عدم جواز الحكم بصحة الاسقاط مع عدم مستند يستند إليه فى انه يجوز.

الوجه الثانى ان اشتراط سقوطه فى ضمن العقد جائز فالاسقاط بعد العقد جائز أيضا بالاولويه

اذ لو كان الاسقاط جائزا قبل تحقق المقتضى فالجواز بعد تحققه اولى و يرد عليه انه لو ثبت الجواز هناك لكان للتقريب المذكور مجال و اما لو استند فى الجواز هناك بدليل الشرط فلا يتم الاستدلال هناك و ان شئت قلت اصل الدعوى فى الاصل فاسد فلا تصل النوبه الى الفرع.

الوجه الثالث ان الخيار و ان كان بعد الثلاثه لكن مبدأ تحققه من حين العقد

اذ من حين العقد يجب على المشتري دفع الثمن فمرجع اسقاط الخيار الى اسقاط حقه عن المطالبه و حق المطالبه حق فعلى قابل للاسقاط.

و يرد عليه أولا- كون حق المطالبه قابلا- للاسقاط اول الكلام و ثانيا ان حق المطالبه فى قبال حق الخيار فاشكال اسقاط ما لم يجب بحاله و ثالثا ان اسقاط حق المطالبه لا- يوجب سقوط الخيار لان موضوع الخيار عدم دفع الثمن لا عدم حق المطالبه فلاحظ.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٥٤

الوجه الرابع ان الخيار المذكور مستند الى الشرط الضمنى غايه الامر الشارع الاقدس قد تصرف فيه و جعل له حدودا

و لا اشكال فى ان من له الشرط يجوز التجاوز عن حقه هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى ان الحق الناشى عن الاشتراط حق فعلى فاذا تجاوز المشروط له عن حقه لا يبقى موضوع للخيار.

و يرد عليه أولا ان الخيار المستفاد من الشرع لا يرتبط بالخيار المجعول بالشرط الارتكازى و لذا لو فرضنا انهما صرحا بعدم الاشتراط يثبت خيار التأخير المستفاد من النص اذا تحقق موضوعه.

و ثانيا انه لا وجه لقياس جعل الخيار بجعل فعل على احد الطرفين بالاشتراط كالخياطه مثلا فان الفعل مثل الخياطه لو شرط على احد يصير الشارط مطالباً بالفعل للفعل الفلانى فى الظرف الكذائى و المشروط عليه يصير مديونا كذلك فيمكن ان يقال ان الدائن بالفعل يبرأ المديون و يسقط الدين عن ذمته و اما الخيار فلا تحقق له الا بعد مضى الثلاثه فلا مجال لهذا البيان و القياس مع الفارق.

«قوله قدس سره:

الثانى اشتراط سقوطه فى متن العقد»

الظاهر ان الالتزام به مشكل الا ان يقوم عليه اجماع تعبدى كما اشار إليه الشيخ قدس سره و صفوه الكلام ان دليل الشرط لا يكون مشرعا ففى كل مورد احرز جواز امر وضعا أو تكليفا لكان لاشتراطه مجال و اما ان لم يكن كذلك يشكل الالتزام بجواز الاشتراط بل مقتضى الصنائه الالتزام بفساد الاشتراط المذكور فان مقتضى الاصل عدم ثبوت حق الاسقاط قبل الثلاثه فيكون اشتراطه خلاف المشروع.

ثم انه لا بد من التنبيه بنكته و هى ان اشتراط السقوط يتصور على انحاء النحو الاول ان يشترط على الطرف ان يسقط خياره بعد

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٥٥

العقد و قد مرّ الكلام حوله فلا وجه للاعاده النحو الثانى ان لا يثبت الخيار و ينتفى هذا

الحق و بعبارة اخرى بنحو شرط النتيجة و الشرط بهذا النحو فاسد بلا كلام و لا اشكال اذ لا اشكال فى ثبوته و اشتراط عدمه مخالف للشرع النحو الثالث ان يشترط الفعل و يشترط الاسقاط اى بنفس الشرط يسقط الخيار و الاشكال فيه هو الاشكال الذى قد تقدم فى الاسقاط و تصحيحه بالشرط لا مجال لتقريبه الاعلى النحو الدورى.

«قوله قدس سره:

الثالث بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة»

قد تقدم منا ان مستند الخيار المذكور ليس حديث لا ضرر فلا مجال للاخذ به فلا مجال للتفصيل الذى ذكره الشيخ قدس سره و المستند لهذا الخيار النص الخاص و مقتضاه ثبوت الخيار حتى مع مطالبه البائع الثمن و حتى مع بذل الثمن من قبل المشتري بل الامر كذلك حتى اذا اخذه البائع نعم اذا قصد بالاخذ اسقاط الخيار نلتزم بالسقوط فلاحظ.

[مسأله فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى]

«قوله قدس سره: و قد عرفت ان الاقوى الفور».

الامر كما افاده لو لم يكن دليل على التراخى و الميزان الكلى العام انه لو دل دليل الخيار بإطلاقه على بقاء الخيار و استمراره يؤخذ به و الا- يحكم بالفوريه فان دليل وجوب الوفاء بالعقد محكم فبالمقدار الذى دل الدليل على خروجه يؤخذ به و الا فالمرجع عموم دليل اللزوم.

«قوله قدس سره: فتأمل»

يمكن ان يكون فى امره بالتأمل ناظرا الى ان الوجه المذكور انما

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٥٦

يقتضى الانسيبه كما صرح بها فى المتن لكن الاشكال فى ان مجرد الانسيبه هل يقتضى التعيين و بعبارة اخرى اذا تردد فى المعنى المجازى فهل تكون الاقربيه قرينه معينه.

«قوله قدس سره:

[مسأله] لو تلف المبيع بعد الثلاثة كان من البائع اجماعا»

اشاره

يقع البحث فى هذه المسأله تاره من حيث المقتضى لهذه الدعوى و اخرى من حيث معارضه هذه القاعده مع قاعده اخرى فيقع

الكلام فى مقامين.

فنعول أما

المقام الأول [فى المقتضى لهذه الدعوى]

اشاره

فما يمكن ان يذكر فى مقام الاستناد لهذه القاعده امران

الأمر الأول الاجماع

و اتمامه مشكل اذ قد ثبت فى محله عدم اعتبار الاجماع اعم من ان يكون منقولاً أو محصلاً و حيث انه ورد فى المقام نبوى من طريق العامه و اشتهر بين الاصحاب يمكن استناد المجمعين إليه.

الأمر الثانى النبوى المشهور

و هو قوله صلى الله عليه و آله كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه «١».

و هذه الروايه ضعيفه سندا و عمل المشهور بها على تقدير تحققه لا يوجب اعتبارها فالنتيجه انه لا دليل على هذه القاعده هذا هو المقام الأول.

و أما

المقام الثانى فربما يقال انه يقع التعارض بين هذه القاعده و قاعدتين اخريين.

القاعده الاولى قاعده الخراج بالضمان «٢» فان

(١) مستدرک الوسائل ج ١٣ الباب ٩ من ابواب الخيار.

(٢) المبسوط ج ٢ ص ١٢٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٥٧

مقتضى هذه القاعده ان الضمان فى مقابل المنافع فيلزم ان يكون ضمان التالف على مالكة و هذه القاعده لا اساس لها و لا دليل عليها القاعده الثانيه قاعده ان التالف فى زمن الخيار فهو ممن لا خيار له و المفروض ان الخيار بعد الثلاثه للبائع فلا بد من كون الضمان على المشتري.

و أجاب الشيخ قدس سره بأن هذه القاعده تختص ببعض اقسام الخيار مضافا الى انها تختص بما بعد القبض فلا تعارض و لا تلاقى بينهما و تفصيل الكلام موكول الى احكام الخيارات و احكام القبض.

«قوله قدس سره: و لو تلف فى الثلاثه فالمشهور كونه من مال البائع أيضا».

الشيخ قدس سره أولا قوى عدم ضمان البائع للاجماع المدعى مؤيدا بقاعده ضمان كل عين على مالكةا و بعد ذلك رد القول المذكور بكون الاجماع موهونا و دليل القاعده يختص بالنبوى الذى انجبر ضعفه سندا.

مضافا الى حديث عقبه بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجهه غير انه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال آتيك غدا ان شاء الله فسرقت المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض

المتاع و يخرج من بيته فاذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه «١».

و يرد عليه ان النبوى لا ينجبر ضعفه بالشهرة كما مرّ منا مرارا و اما حديث عقبه بن خالد فغير تام سندنا اذا عرفت ما تقدم فاعلم ان

(١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب الخيار.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٥٨

القاعده تقتضى ان يقال انه لو تلف قبل الثلاثه لا يكون ضمانه على البائع لعدم الدليل عليه الا فى صورته حصول الاطمينان للفقير من مجموع ما ذكر فى المقام و الله العالم.

«قوله قدس سره: و لو مكنه من القبض فلم يتسلم».

ان قلنا ان التمكين من القبض محقق له يتم الامر و اما ان قلنا بان القبض لا يتحقق بالتمكين أو شككنا فيه يشكل الحكم اما مع الجزم بعدم تحققه فظاهر و اما مع الشك فباستصحاب عدم تحقق القبض يلزم بعدمه و يترتب عليه آثار العدم لكن قد ظهر مما تقدم ان القاعده لا اساس لها فلا تصل النوبه الى هذه التفاصيل.

«قوله قدس سره:

مسأله لو اشترى ما يفسد من يومه»

اشاره

بقع الكلام فى هذه المسأله تاره من حيث النص الخاص الوارد فى المقام و اخرى من حيث القاعده الاحوليه فيقع الكلام فى مقامين

أما

المقام الأول: فورد فى المسأله حديثان.

الحديث الاول: ما ارسل عن الصادق و الكاظم روى فداهما فى الرجل يشتري الشىء الذى يفسد من يومه و يتركه حتى يأتيه بالثمن قال ان جاء فيما بينه و بين الليل بالثمن و الا فلا بيع له «١» و المرسل لا اعتبار به فلا تصل النوبه الى ملاحظه مقدار دلالتة مضافا الى ان المستفاد من الحديث بطلان البيع اذا لم يجىء المشتري بالثمن فى الوقت المقرر. الحديث الثانى: ما رواه زراره عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال: العهده فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب الخيار الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٥٩

و الفواكه يوم الى الليل «١» وقد قلنا فى دوره الاولى ان الحديث مرسل حسب ما قرره المقرر و لكن ليس كذلك فان الحديث تام سندا فان اسناد الصدوق الى حسن بن على بن فضال معتبر على ما كتبه الحاجيانى و لا يقتضى كون الحديث مرسلا فى مورد كونه كذلك على الاطلاق اذ يمكن ان يذكر المحدث الواحد حديثا مره مرسلا و مره اخرى مسندا و لا تنافى بين الارسال و الاسناد فالنتيجه ان الحديث تام من حيث السند الا ان يقال انه يبعد ان الصدوق قدس سره فى مورد واحد ينقل الحديث تاره مرسلا و اخرى مسندا فيتردد الامر بين الارسال و الاسناد فتكون النتيجة اجمال الامر فلا يمكن الاعتماد على الروايه و لقائل ان يقول أنه مجرد استبعاد و عليه يكون الحديث المسند قابلا للاعتماد

عليه فلاحظ. و اما من حيث الدلاله فالظاهر و الله العالم انه عليه السلام حدد الزمان فيما يفسد من يومه بيوم واحد و بعبارة اخرى المراد من الحديث بيان خيار التأخير و انه يتحقق بعد مضي يوم واحد و ان المراد بالعهد المذكوره فى الروايه ان البيع لازم الى الليل و الظاهر ان سيدنا الاستاد هكذا فهم و استفاد من الحديث حيث ذكر فى منهاجه فى جمله من المسائل المربوطه بخيار تأخير الثمن مسئله ٣٧ ما يفسده المبيت مثل بعض الخضر و البقول و اللحم فى بعض الاوقات يثبت الخيار فيه عند دخول الليل فاذا فسخ جاز له ان يتصرف فى المبيع كيف شاء انتهى موضع الحاجه من كلامه فانه قدس سره استفاد من الحديث ان هذا الخيار داخل فى كلى خيار التأخير مع تحديد فيه من حيث الزمان الاول الذى يكون البيع فيه لازما هذا تمام الكلام فى المقام الأول.

(١) نفس المصدر الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٦٠

و اما

المقام الثانى و هو ما تقتضيه القاعده الاولى

ان مقتضى الارتكاز العقلائى اشتراط الخيار لكل من طرفى العقد على الاخر فى ظرف عدم اقباض العوض منه فلاحظ و مما ذكرنا علم ان احكام خيار التأخير مترتبة على الخيار المبحوث عنه فى المقام اذ قد ذكرنا ان المستفاد من الدليل انه من صغريات تلك الكبرى الكليه.

[السادس خيار الرؤيه]

اشاره

«قوله قدس سره: السادس خيار الرؤيه: و المراد به الخيار المسبب عن رؤيه المبيع

ما يمكن ان يقال فى تقريب المدعى وجوه.

الوجه الأول: الاجماع

و فيه ما فيه من الاشكال السارى فى منقوله و محصله على فرض حصوله.

الوجه الثانى: قاعده لا ضرر

بتقريب ان من تملك بالاشترء مثلا عينا على خلاف الوصف الذى تصور كون العين موصوفه به يكون متضررا فيرتفع بالقاعده و يرد عليه أولا- ان الاستدلال بالقاعده مبنى على مسلك المشهور فى مفادها و اما على طبق المسلك المنصور فلا- مجال للاستدلال كما هو ظاهر و ثانيا انه يمكن تصور تخلف الوصف على نحو لا- يكون التخلف موجبا للضرر مثلا ان المشتري لو كان له غرض شخصى فى اشترء الحنطه الشاميه فبانت انها كوفيه و نفرض ان قيمه فى كليهما على حد سواء. و ثالثا انه يدخل فى خيار الغبن فلا وجه لعهده فى قبالة. و رابعا ان الضرر يوجب بطلان العقد لا ترتب الخيار. و خامسا ان شأن حديث لا ضرر نفى الحكم لا- اثباته مثلا- اذا كان الوضوء ضروريا يكون حديث لا ضرر مقتضيا لارتفاع وجوبه لا جعل التيم بدلا له فلاحظ. فتحصل ان

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٦١

الوجه الثانى كالوجه الاول فى عدم تماميته لاثبات المدعى الا ان يقال ان الحديث يرفع اللزوم و ارتفاع اللزوم مساوق للجواز كما هو ظاهر.

الوجه الثالث: طائفه من النصوص

منها ما رواه جميل بن دراج قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعه و قد كان يدخلها و يخرج منها فلما ان نقد المال صار الى الضيعه فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال ابو عبد الله عليه السلام: انه لو قلب منها و نظر الى تسعه و تسعين قطعه ثم بقى منها قطعه و لم يرها لكان له فى ذلك خيار الرؤيه «١» و هذه الروايه قد صرح الامام عليه السلام فيها بثبوت خيار الرؤيه للمشتري و لا يبعد ان يكون المراد

بالرؤية وجدان جزء منها على خلاف الوصف المقصود فيكون له الخيار بمقتضى ما صدر عن مخزن الوحي روحى فداء و منها ما رواه زيد الشحام قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل ان يخرج السهم فقال لا تشتري شيئا حتى تعلم أين يخرج السهم فان اشترى شيئا فهو بالخيار اذا خرج «٢» و لا- يبعد ان لا يكون الحديث مربوطا بالمقام و يكون المراد من الخيار الاختيار بين الشراء الجديد و عدمه توضيح المدعى ان الاستفادة من الحديث ان بيع السهم قبل التقسيم غير صحيح اذ البيع لا- بد من تعلقه بالمملوك و المشاع قبل القسمة لا يكون مملوكا فلا يجوز بيعه فيكون شرائه قبلا باطلا و بعد تعديل السهام و التقسيم يصح البيع

(١) الوسائل الباب ١٥ من ابواب الخيار الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٦٢

فالحديث غير مرتبط بالمقام و منها ما رواه منهل القصاب قال:

قلت لابي عبد الله عليه السلام: اشترى الغنم أو يشتري الغنم جماعة ثم يدخل دارا ثم يقوم على الباب فيعد واحدا و اثنين و ثلاثه و اربعا و خمسا ثم يخرج السهم قال لا يصلح هذا انما تصلح السهام اذا عدلت القسمة «١».

و هذه الرواية ضعيفه فان منها لا لم يوثق

الوجه الرابع الاشتراط الضمنى الارتكازى

و هذا الوجه للاستدلال به على المدعى تام لا- غبار عليه فانه لا شبهه فى ان مقتضى الارتكاز انه لو بان ان المبيع أو الثمن لم يكن موصوفا بالوصف الذى اشترط فيه و بنى عليه يأخذون به و يرون ان لهم الخيار و من ناحيه اخرى قد ذكرنا سابقا ان جواز جعل الخيار لاحدهما

أو كليهما ظاهر واضح فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم ان صحيحه جميل مختصه بالمشتري»

قد تبين مما ذكرنا ان عمده الدليل لهذا الخيار الشرط الارتكازى و مقتضاه عدم الفرق بين البائع و المشتري لوحده الملاك و اتحاد الدليل فلا وجه للاختصاص و هذا ظاهر واضح.

«قوله قدس سره:

مسألة مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه الغائبه»

لا اشكال فى عدم جريان الخيار المذكور فى الكلى الثابت فى الذمه اذ لا يتصور التخلف فى الكلى فان غايته ما يدفعه البائع فى مقام الوفاء لا يكون مصداقا للكلى الذى وقع مورد العقد و هذا لا يوجب

(١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ٨.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٦٣

الخيار بل عليه ان يبدل ما دفعه بما يكون مصداقا للكلى و بعبارته اخرى لو فرض ان البيع كلى الحنطه و دفع فى مقام الوفاء الشعير لا يوجب الخيار بل لا بد من التبديل و كذلك لو دفع غير الموصوف بذلك الوصف الذى لوحظ فى الكلى لا مقتضى للخيار فلا بد من تخلف الوصف فى المبيع الشخصى لكن لا فرق فى هذه الجبهه بين وقوع العقد على الشخص الخارجى أو الكلى فى المعين أو المشاع فانه يتصور الخيار الناشى من تخلف الوصف فى هذه الاقسام كلها كما انه لا يختص خيار الرؤيه بتوصيف المبيع بالوصف الكذائى مع كون العين غائبه بل يعمه و مورد رؤيه العين و ايقاع العقد مبنيا على وجود الوصف الخاص ثم يظهر على خلاف ما شوهد سابقا و أيضا لا يلزم فى خيار الرؤيه كون ما وقع عليه العقد اقل قيمه من الموصوف بالوصف الكذائى بل يمكن ان يكون الوصف المرغوب فيه موجبا لتزل قيمه و كونها اقل من فاقد

الوصف فان ملاك الخيار تخلف الوصف و الاشتراط الارتكازى للخيار و هذا هو الجامع بين جميع الاقسام فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم ان الاوصاف التى يختلف الثمن من اجلها غير محصوره»

يظهر من مجموع كلامه ان الصفات التى تختلف قيمه بلحاظها كثيره و لا- يمكن الاحاطه بتمامها للشخص العادى فان قلنا يشترط فى صحه البيع ملاحظتها و معرفتها ففى كثير من الموارد بل اكثرها لا يمكن و ان لم نقل باشتراطها يلزم الجهل بصفه المبيع و هو يبطل البيع فما الحيله و الجواب عن هذه الشبهه انه لا دليل على اشتراط

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٤٤

المعرفه بجميع الخصوصيات ان قلت يلزم الغرر و معه يبطل البيع قلت يرد عليه أولا- ان الدليل اخص من المدعى فانه لا- يلزم الغرر فى كثير من الموارد و بعبارة اخرى فى كثير من الموارد لا يكون فى الاقدام خطر فلا وجه للبطلان و ثانيا انه لا دليل على فساد الغرر و بطلانه و ثالثا ان السيره العقلانيه و المتشريع جاريه على المعامله بهذا النحو بالنسبه الى الخصوصيات الموجهه لزياده قيمه و قلتها و اما بالنسبه الى الصفه المرغوبه لدى البائع أو المشتري فيكفى الرؤيه السابقه أو الرؤيه عند إرادته الاشتراء أو التوصيف فان العقد يقع مبني على تلك الصفه و ليس هذا عباره عن تقييد العين كى يقال ان الجزئى الخارجى غير قابل للتقييد و أيضا ليس المراد تعليق العقد كى يقال ان لازم التعليق بطلان العقد عند الفقدان لا ثبوت الخيار مضافا الى ان التعليق بنفسه موجب لبطلان العقد بل المراد ان العقد يتحقق مع جعل الخيار ان قلت جعل الخيار يتوقف على صحه العقد فاذا توقفت

صحته على الشرط يلزم الدور قلت هذا امر عقلائي اى فى نظر العقلاء مثل هذا العقد مشروطا بالخيار صحيح و مع فرض صحته يشمل دليل الامضاء فلاحظ.

«قوله قدس سره: و اشكل من ذلك ان الظاهر ان الوصف يقوم مقام الرؤيه»

قال الشهيدى قدس سره فى شرح هذه الجملة ما مضمونه الاشكال المتقدم اشكال على ما ذكره ضابطا لبيع العين الغائبه بانه ان اريد من الاوصاف جميع الاوصاف الدخيله فى المضمن فلازمه عدم امكان بيع العين الغائبه بالتوصيف لعدم امكان ذكر جميع الاوصاف الدخيله

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٦٥

و هذا اشكال على كفايه الرؤيه فى بيع العين الحاضره حيث انهم جعلوا التوصيف فى العين الغائبه قائما مقام بيع العين الحاضره اذ يقع التنافى فى كلامهم اذ التوصيف قائم مقام الرؤيه و فرع له فيلزم ان الرؤيه تفيد ما يفيد الوصف كى لا يلزم كون الفرع زائدا على الاصل و اما يلزم الاكتفاء فى توصيف العين الغائبه بمقدار تفيده الرؤيه و الحال ان القوم لم يلتزموا باحد الامرين انتهى.

اقول لا- وجه للاشكال فان الغرر على فرض تحققه لا- يكون مبطلا- مضافا الى انه لا يلزم الاطلاع على جميع الخصوصيات بل يكفى الاطلاع على ما يكون منظورا به و مطلوبيا للمشتري و هو يحصل بالرؤيه و التوصيف اصف الى ذلك انه يمكن ان يقال ان الرؤيه توجب جواز بيع العين بلا- اشتراط الخيار لعدم الغرر و اما العين الغائبه فلا بد من التوصيف و مرجعه الى جعل الخيار عند التخلف.

«قوله قدس سره: ثم انه يمكن الاستشكال فى صحه هذا العقد بان ذكر الاوصاف لا يخرج البيع عن كونه غررا»

ربما يقال ان الموصوف لو كان مشكوك الوجود

يكون العقد باطلا- للغرر و بعبارة اخرى مع القيد لا- يعلم بوجوده فكيف يمكن الحكم بالصححة فلا- تصل النوبة الى الخيار اذ الخيار فرع تحقق العقد و الجواب عن هذا الاشكال ان الجزئي الخارجى غير قابل للتقييد فلا يكون المبيع مقيدا فلا موضوع للاشكال المذكور بل المبيع بعنوان الوصف يباع و عليه تاره يعلم بالوصف ثم ينكشف الخلاف و اخرى بتوصيف البائع يباع و ثالته بتوصيف شخص ثالث و على جميع التقادير يخرج البيع عن عنوان الغرر و عند انكشاف الخلاف يثبت

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٦٦

الخيار الناشى عن الاشتراط الارتكازى.

«قوله قدس سره: ثم ان الخيار بين الرد و الامساك مجانا هو المشهور بين الاصحاب»

هذا هو الحق فان مقتضى القاعده التخيير بين الامرين اما الامساك فلاجل ان العين مملوكة له فيجوز له امساك مملوكة و اما الرد فلاجل الخيار الحاصل له بالشرط و اما اخذ الارش فلا دليل عليه نعم اذا كان فقدان الوصف يعد عيبا فى العين يكون له اخذ الارش من باب خيار العيب لا- من باب خيار الرؤيه كما انه لو كان الوصف المتخلف صورته نوعيه و لو فى نظر العرف يكون العقد باطلا مثلا لو باع الجسم الخارجى بعنوان كونه حمارا فبان كونه بقرا يكون العقد باطلا

ان قلت ما الفرق بين بيع العبد الكاتب و بيع العبد الحبشى فانه لو بان كون العبد غير كاتب لا يترتب عليه الفساد بل يتحقق الخيار و اما لو بان انه لم يكن عبدا بل كان حمارا وحشيا يحكم بالبطلان و الحال ان المناط واحد اذ لو كان المناط تعلق القصد بالخصوصيه يلزم البطلان فى كلا المقامين و ان لم يكن كذلك

يلزم الالتزام بالصحة و تحقق الخيار فما الفرق بين الموردين.

قلت: الفرق ان بيع العبد الكاتب يتعلق بالعبد بلا قيد و بعبارة اخرى يكون بيعه مطلقا غايه الامر يشترط احدهما على الاخر الخيار فى صوره عدم كونه كاتبا و اما بيع العبد الحبشى فلم يتعلق بالجسم الموجود فى الخارج بل تعلق بالموجود الخارجى الموصوف بالوصف الذاتى و ان شئت قلت يكون البيع فى القسم الثانى معلقا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٦٧

على الوصف الذاتى و يمكن ان يقال ان العقد يتعلق بالموجود الموصوف بهذا الوصف و عند التخلف يكون العقد باطلا

«قوله قدس سره: فتأمل»

يمكن ان يكون امره بالتأمل اشاره الى ان وجه المجازفه عدم الفرق بين الوصف الذاتى و العرضى فان الرضا المعاملى تعلق بالموصوف فلا- وجه للتفريق و لكن قد ظهر مما ذكرنا ان التفريق بين الموردين صحيح و عليه السيره العقلائيه و ان مثل هذه الامور لا تكون من الامور العقلية كى يقال كما قيل انه لا وجه للتفريق فلاحظ.

«قوله قدس سره: فتأمل»

يمكن ان يكون اشاره الى ان الحكم لم يتعلق بعنوان متحد الجنس و مختلفه كى يقال ان المرجع فيهما هو العرف هذا و لكن قد ظهر مما ذكرنا ان المناط العرف فان هذه الامور امور عقلائية و الشارع الاقدس امضى ما هو مقرر عند العرف و العقلاء و حيث انا نرى ان العرف يفرق بين الوصف الذاتى و العرضى بان يحكم بالفساد عند التخلف فى الاول و بالصحة و ثبوت الخيار فى الثانى نفرق بينهما بالنحو المذكور.

«قوله قدس سره:

مسأله الاكثر على ان الخيار عند الرؤيه فورى»

قد وقع الكلام بينهم فى ان خيار الرؤيه فورى أم متراخ و الحق ان يقال انه مستمر لا للاستصحاب كى يقال

المرجع عند الشك عموم وجوب الوفاء مضافا الى عدم جريان الاستصحاب فى الحكم الكلى بل

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٦٨

لان مستند الخيار الشرط الارتكازى و مقتضاه بقاء الخيار نعم لو كان المستند الاجماع أو قاعده لا ضرر لكان للقول بالفوريه وجه و لكن ليس الامر كذلك بل مقتضى حديث جميل «١» عدم الفوريه نعم يمكن ان يقال ان سيره العقلانيه جاريه على ان المشتري مثلا لو انكشف عنده الامر و ظهر ان المبيع على غير تلك الصفه لا بدّ له من الاقدام باحد الامرين اما الرد و اما الصبر و هذا هو المرتكز العقلاني فلا مقتضى للخيار ازيد من هذا المقدار و عليه لا بدّ من التفصيل بان يقال ان كان المدرك للخيار الشرط الارتكازى يكون مقتضاه فوريه الخيار بعد العلم بتخلف الوصف و ان كان المدرك حديث جميل يكون مقتضاه التراخى اما وجه الفوريه فى الاول فلعدم المقتضى للتراخى و اما وجه التراخى فى الثانى فاطلاق الحديث فلاحظ.
«قوله قدس سره:

مسأله يسقط هذا الخيار بترك المبادره».

ما افاده يبتنى على كون الخيار فوريا و هو اول الكلام و الاشكال مضافا الى انه على القول بالفوريه لا يصدق عنوان السقوط بل يصدق عنوان الانتهاء بانتهاء اجله.

«قوله قدس سره: و باسقاطه بعد الرؤيه و بالتصرف بعدها»

اما سقوطه بالاسقاط فهو صحيح اذ الخيار المذكور خيار حقى و الخيار الحقى قابل للسقوط باسقاط ذى الخيار و اما سقوطه بالتصرف فلا يصح الا ان يكون التصرف بقصد الاسقاط فيرجع الى

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٦١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٦٩

الاول و اما كون التصرف بنفسه موجبا للسقوط فلا دليل عليه.

«قوله قدس سره: و لو تصرف قبلها ففى

سقوط الخيار وجوه ثالثها ابتناء ذلك على جواز اسقاط الخيار قولاً قبل الرؤية بناء على ان التصرف اسقاط فعلى»

القضيه بشرط المحمول ضروريه لكن الاشكال فى المبنى اذ قد مرّ منّا أنّفا انه لا- دليل على كون التصرف مسقطاً فلا وجه للسقوط ما دام لم يقصد ثم يبرز بمبرز قولى أو فعلى.

«قوله قدس سره: و فى جواز اسقاطه قبل الرؤية وجهان»

الظاهر ان الخيار ثابت من اول الامر فانه مقتضى الاشتراط الارتكازى نعم لو كان المدرك حديث جميل يكون الظاهر منه حدوث الخيار بعد الرؤية و على فرض كونه حادثاً بعد الرؤية لا وجه لسقوطه بالاسقاط قبلها اذ يدخل فى كبرى اسقاط ما لم يجب و لا دليل على جوازه و لا فرق بين ان يكون الرؤية شرطاً أو سبباً اذ على كلا التقديرين يحدث الخيار بعد الرؤية فاشكال اسقاط ما لم يجب باق بحاله فلاحظ.

«قوله قدس سره: و لو شرط سقوط هذا الخيار ففى فساد و افساده للعقد»

الخ.

الاقوال فى المقام مختلفه. القول الاول: ان الشرط و العقد كليهما باطلان و الوجه فيه ان اشتراط سقوط الخيار يوجب كون العقد غررياً فيكون العقد باطلاً لبطلان الغرر و يرد عليه انه لا بدّ من التفصيل بان يقال تاره يتوقف رفع الغرر بالاشتراط و اخرى يكون الغرر مرتفعاً فى حد نفسه اما على الاول فالحق هو البطلان للزوم

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٧٠

الغرر الا ان يقال انه لا دليل معتبر على بطلان الغرر.

ان قلت: كيف يمكن رفع الغرر باشتراط الخيار و الحال ان صحه الشرط تتوقف على صحه العقد فاذا توقف صحه العقد على صحه الشرط يدور.

قلت: يرد على التقريب المذكور أولاً ان صحه الشرط لا

يتوقف على صحه العقد بل الحق صحه الشرط و لو وقع تلو العقد الفاسد و انما اللازم فى الشرط ان لا يكون مخالفا للشرع و ثانيا ان الخيار على نحوين. النحو الاول: الخيار الشرعى كخيارى الحيوان و المجلس و قس عليهما بقيه الشروط فان صحتها تتوقف على صحه العقد.

النحو الثانى الخيار المجعول بالجعل العقلائى كخيار تخلف الوصف.

اما النحو الاول فلا بد من فرض صحه العقد فى الرتبته السابقه كى يترتب عليها الخيار الشرعى التأسيسى و اما الخيار المجعول بالجعل العقلائى فلا مانع من كونه رافعا للغرر و موجبا لصحه العقد اذ المفروض ان العقد بهذا النحو واقع فى السيره العقلائيه و لا يكون غرريا عندهم و الشارع الاقدس قد امضى العقد العرفى العقلائى.

ان قلت: على هذا الاساس يلزم جواز رفع الغرر على الاطلاق مع شرط الخيار. قلت: لا نضايق عن الالتزام به و اما النحو الثانى فلا مانع عن اشتراط سقوط الخيار اذ المفروض ان العقد مع قطع النظر عن الخيار لا يكون غرريا فلا وجه للاشكال من هذه الناحيه نعم الاشكال متوجه من ناحيه اخرى و هى ان الخيار لا يتحقق الا بعد تماميه العقد فيكون اشتراط سقوطه فى ضمن العقد اسقاطا لما لم يجب و هو مشكل لعدم الدليل على جوازه مضافا الى ان اشتراط سقوط

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٧١

الخيار فى ضمن العقد مرجعه الى عدم اشتراط الخيار لا الى اشتراط السقوط و بعبارة واضحه الخيار يتحقق بالاشتراط الارتكازى فاشتراط سقوطه يرجع الى عدم الشرط الارتكازى فيكون لو كان المدرك للخيار النص أى حديث جميل يتصور اشتراط السقوط فى العقد لكن يبقى اشكال اسقاط ما لم يجب بحاله و

لا دافع له. القول الثانى: ان يكون العقد و الشرط كلاهما صحيحين بتقريب ان العقد مع قطع النظر عن الشرط صحيح و لا تكون صحته متوقفه على الشرط فان الشرط اذا كان رافعا للغرر امكن بيع كل مجهول بشرط الخيار فالعقد صحيح فاذا فرض كون العقد صحيحا يكون الشرط كذلك.

و يرد عليه انه قد ظهر مما تقدم منا انه يتصور كون الشرط مصححا للعقد و لا نبالى بكون شرط الخيار رافعا للغرر فى بيع كل مجهول و عليه لا مجال للحكم بكون العقد و الشرط كلاهما صحيحين بل لا بدّ من التفصيل بان نلتزم بالصحة فى قسم و نلتزم بالفساد فى قسم آخر كما فصلنا القول الثالث: ان يكون العقد صحيحا و الشرط فاسدا بتقريب ان صحة العقد لا تتوقف على صحة الشرط فالعقد صحيح على القاعده و اما الشرط فهو فاسد لانه اسقاط لما لم يجب فالنتيجه التفكيك بين العقد و الشرط بالالتزام بالصحة فى نفس العقد و بالالتزام بالفساد بالنسبه الى الشرط و يرد عليه انه قد ظهر مما تقدم انه لا يمكن الالتزام بصحة العقد مع اسقاط الخيار على نحو الاطلاق بل لا بدّ من التفصيل كما فصلناه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٧٢

«قوله قدس سره: لكن الانصاف ضعف وجه هذا القول»

افاد فى وجه الفساد ان اشتراط اسقاط الخيار ينافى التوصيف كتوصيف العبد بالكتابه مثلا فان مرجع التوصيف اما الى ارتباط العقد بوجود الوصف فى العين و اما الى تقييد المبيع بذلك الوصف و القيد هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى مرجع اشتراط سقوط الخيار الى الالتزام بالمبيع على كل تقدير و من الظاهر ان الاشتراط أو التقييد ينافى

الاطلاق فانه جمع بين الضدين هذا ملخص كلامه.

و يرد عليه ان التعليق و التقييد كليهما باطلان اما التعليق فلقيام الاجماع على بطلانه و اما التقييد فلعدم قابليه العين الخارجيه له و بعباره اخرى الكلى قابل لـان يقيد بالقيود و اما الجزئي الخارجى فغير قابل له فالالتزام البيعى لا مقيد و لا معلق فيمكن جعل الخيار و يمكن اسقاطه و لتوضيح المدعى نذكر صورتى العقد فنقول الصوره الأولى ان يبيع العين بشرط الخيار و لا اشكال فى تحقق الخيار بلحاظ الشرط الصوره الثانيه ان يبيع الموصوف بالصفه الخاصه مع عدم الخيار و فى هذه الصوره ينعقد البيع بلا خيار.

ان قلت: مع اسقاط الخيار و عدم اشتراطه يكون العقد غرريا فيكون باطلا اذ قد مرّ ان التعليق و التقييد باطلان. قلت: يرد عليه أولا انه لا دليل على بطلان الغرر و ثانيا انه يمكن رفع الغرر بالعلم بتلك الصفه فان رفع الغرر لا ينحصر باشتراط الخيار.

«قوله قدس سره: فان البائع يتعهد لوجودها فى المبيع»

التعهد انما يتعلق بالفعل الاختيارى فلا مجال لتعهد البائع لان يكون العبد كاتباً فان كتابه العبد لا تكون فى اختيار البائع كى يتعهدا.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٧٣

«قوله قدس سره:

مسألة لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت»

الامر كما افاده فانه لا وجه لسقوط الخيار ببذل التفاوت و لا بابدال العين بل لقائل ان يقول لا يسقط الخيار حتى مع الابدال و المعاوضه الجديده لان الخيار متعلق بالعقد لا بالعين الا ان يقال مرجع الابدال و المعاوضه الى اسقاط ذى الخيار خياره فلا مجال لبقائه.

«قوله قدس سره: و لو شرط فى متن العقد الابدال لو ظهر على خلاف الوصف»

الصور المتصوره ثلاثه. الصوره الأولى: ان يشترط الابدال بنفسه و

بلا سبب و هذا باطل بلا كلام لان الشرط لا يكون مشرعا و لا بدّ من كون المبادله مشروعه كى تلزم بالشرط و من الظاهر فساد المبادله بلا سبب. الصوره الثانيه: ان يشترط الابدال بان يكون الابدال بنفس الشرط و هذا باطل أيضا لانه يرجع الى التعليق و بعبارة اخرى البيع معلق على التبديل و الحال انه ما دام لم يتحقق البيع لا مجال للتبديل. الصوره الثالثه: ان يشترط عليه الابدال و هذا جائز لان المبادله فى حد نفسها امر جائز و بالشرط يصير لازما فلا بد فى المقام من التفصيل كما فصلناه.

«قوله قدس سره: فيفسد و يفسد العقد»

أما فساد الشرط فكذلك كما تقدم قريبا و اما افساده للعقد فليس كذلك اذ الحق ان الشرط الفاسد لا يفسد العقد.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٧٤

«قوله قدس سره: و بذلك ظهر ضعف ما فى الحدائق من الاعتراض على الشهيد»

الخ و حاصل الكلام ان صاحب الحدائق فى مقام الاشكال على الشهيد افاد انه لا وجه للحكم بالفساد على الاطلاق بل لا بدّ من التفصيل بان يقال ان ظهر المبيع على الوصف المطلوب يكون العقد صحيحا و الا- فلا- و ذلك لاطلاق الاخبار و اورد عليه المصنف بانه لا وجه للتفصيل اذ المفروض ان الشرط فاسد و الشرط الفاسد اما يفسد العقد و اما لا يفسد فعلى الاول يفسد على الاطلاق و اما على الثانى فأیضا كذلك.

«قوله قدس سره:

مسأله الظاهر ثبوت خيار الرؤيه فى كل عقد واقع على عين شخصيه»

الذى يختلج بالبال ان يقال ان كان المستند للخيار النص الخاص فلا مجال للالتزام به فى غير البيع اذ المفروض انه يختص به و ان كان المدرك للاشتراط الارتكازى يمكن ان يقال بانه لا يختص بالبيع و

لا وجه لاختصاصه به لكن الالتزام بالعموم مواجهه مع اشكال آخر و هو ان الشرط لا يكون مشرعا بل لا بد ان يكون فى الرتبه السابقه مشروعا و حيث ان جعل الخيار على خلاف لزوم العقد بمقتضى وجوب الوفاء المستفاد من قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لا يجوز جعل الخيار لكن فى الصلح و الاجاره لا اشكال فى جواز اشتراط الخيار بمقتضى السيره الجاريه بين العقلاء و المتشرعه و اما فى غير البيع و الصلح و الاجاره فلا دليل على مشروعيتها.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٧٥

ان قلت: كما فى عباره الشيخ ان الامر دائر فى صورته تخلف الوصف بين كون العقد فاسدا و ان يكون صحيحا لازما و ان يكون صحيحا جائزا اما الاول فهو على خلاف بناء الفقهاء حيث لا يحكمون بالفساد عند تخلف الوصف و اما الثانى فلا مقتضى له لان دليل اللزوم يقتضى الوفاء بما بنى عليه و المفروض ان التعهد وقع على الموصوف و اما الثالث فهو المتعين و هو المطلوب.

قلت: نختار الشق الثانى و نلتزم بكونه لازما فان مقتضى وجوب الوفاء لزوم كل عقد الا ما خرج بالدليل و التعهد العقدى غير معلق على وجود الوصف و غير متعلق بالمقيد بالوصف. اما الاول فلبطالان التعليق مضافا الى ان لازمه بطلان العقد و عدم تحققه مع عدم المعلق عليه و اما الثانى فلعدم امكان تقييد الجزئى الخارجى فالحق هو اللزوم لكن قد ذكرنا ان جعل الخيار فى العقود الثلاثه و هى البيع و الاجاره و المصالحه أمر مشروع مطابق للسيره المتشرعيه.

«قوله قدس سره:

مسأله لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه و قال المشتري قد اختلف»

الظاهر بحسب القواعد ان القول قول البائع اذ المشتري يدعى الخيار و عليه اثباته و ان

شئت قلت كل عقد لازم بلحاظ وجوب الوفاء و الخيار يحتاج الى سبب و الاصل عدم تحققه و عن العلامة ان القول قول المشتري بتقريب ان مقتضى البراءة براءة ذمته عن الثمن و الاشتغال يحتاج الى اقامه بينه و يرد عليه ان تملك البائع للثمن اعم من ان يكون شخصا أو كليا لا- ريب فيه و انما الشك في وجود الخيار و بعبارة واضحة الكلام في اللزوم و الجواز لا في الصحة و الفساد و ان الصحة

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٧٦

مفروغ عنها و للشيخ كلام في المقام و قد فصل بين ايقاع العقد على المقيّد و ايقاع العقد على العين بلا تقييد و مع شرط الخيار عند التخلف فاختر الفساد في الشق الاول و الصحة مع الخيار عند التخلف في الشق الثاني و قال ان كان من القسم الأول يكون القول قول المشتري اذ مقتضى الاصل عدم كون العين متصفا بالوصف الذي قيدت العين به و ان كان من القسم الثاني يكون القول قول البائع فان اثبات الخيار يحتاج الى الدليل فعلى الاول تكون اقامه بينه على البائع و على الثاني تكون على المشتري و ما افاده غير تام اذ الجزئي غير قابل للتقييد فلا مجال لهذا التفصيل و لا يكون فرق بين الموردين و عليه يكون القول قول البائع و المشتري عليه الاثبات فان قوله خلاف الاصل و ان ترك ترك و هذا هو الميزان في كون الشخص مدعيا فلاحظ.

«قوله قدس سره:

مسئله لو نسج بعض الثوب فاشتره على ان ينسج الباقي كالاول بطل»

اشاره

استدل على البطلان بان بعض المبيع حاضر و معلوم و بعضه مجهول في الذمه و بيع المجهول باطل و لتوضيح الحال نذكر الاقسام المتصوره في المقام كي نرى

ما هو حكم كل صورته فنقول

الصورة الأولى ان يبيع مقدارا منسوجا حاضرا مع مقدار منسوج شخصي

و لكن لا- يكون فعلا- منسوجا بل يصير منسوجا بعد ذلك و الظاهر ان البيع بهذا النحو باطل بالنسبة الى غير المنسوج اذ المفروض ان المنسوجيه صفه نوعيه و المفروض ان المبيع متصف بهذه الصفه فالمبيع لا يكون موجودا بالفعل و ان شئت قلت الذى يكون موجودا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٧٧

فى الخارج بالفعل لا يكون مبيعا و الذى يكون مبيعا لا يكون موجودا و لا يصح بيع غير الموجود هذا بالنسبة الى غير المنسوج و اما بالنسبة الى المنسوج فلا بد من التفصيل بان نقول ان كان المبيع مجموع الامرين بحيث يكون البيع واحدا يكون فاسدا بالنسبة الى المنسوج أيضا اذ المفروض ان البيع واحد و لا يعقل ان الامر الواحد يكون صحيحا و باطلا فان اجتماع الضدين محال و ان كان البيع متعددا و الوحده فى الصوره و الانشاء فلا وجه لبطلان البيع بالنسبة الى المنسوج.

الصورة الثانية: ان يبيع المنسوج مع غيره الموجود فى الخارج على ان ينسجه يكون البيع صحيحا

غايه الامر يكون للمشتري خيار تخلف الشرط.

الصورة الثالثة: ان يبيع المنسوج مع غيره فى الذمه متصفا بكونه منسوجا

ان قلت كيف يمكن بيع العين الشخصيه مع الكلى فى الذمه قلت لا- مانع منه و مقتضى القاعده هو الجواز و فى هذه الصوره يكون البيع صحيحا و يجب على البائع ان يسلم ذلك المقدار منسوجا فان غير المنسوج لا يكون متعلقا للبيع و صفوه القول ان البائع يجب عليه ان يسلم المنسوج و ان لم يفعل يتحقق خيار عدم تسليم المبيع فان مقتضى الارتكاز تحقق الخيار عند عدم تسليم المبيع و اما خيار تبعض الصفقه الذى فى كلام الشيخ فلا نتصوره و لما انجر الكلام الى هنا فلا بد من بيان حقيقه الامر و هى انه لا مورد لخيار تبعض الصفقه اذ البائع اذا باع شيئين فتاره يكون البيع فى الحقيقه متعددا و الانشاء واحدا و اخرى يكون البيع واحدا و المبيع واحد

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٧٨

كما لو باع مصراعى الباب فظهر ان المبيع مصراع واحد و ثالثه يبيع كتاب الجواهر فيظهر انه معيب.

اما الصورة الأولى فمقتضى القاعده صحه البيع بالنسبة الى الموجود و عدم الصحه بالنسبة الى المعدوم.

و اما الصورة الثالثة ففيه خيار العيب مع صحه اصل العقد.

و اما الصورة الثانية فمقتضى القاعده فساد العقد اذ ما وقع غير مقصود و ما قصد لم يقع و ان شئت قلت البيع تعلق بالمصراعين و

لا واقع للمبيع فالبيع باطل من اصله فتحصل ان خيار تبعض الصفقه لا اصل له و هذا تحقيق جديد و الظاهر انه لم يسبقنى إليه سابق.

[السابع خيار العيب]

اشاره

«قوله قدس سره: اطلاق العقد يقتضى وقوعه مبنيًا على سلامه العين من العيب و انما ترك اشتراطه صريحًا اعتمادًا على اصاله السلامه».

ما أفاده مبنى على ما اشتهر بينهم من بطلان

العقد الغررى و عليه لا يجوز بيع العين بدون احراز صحته و يرد عليه أولا ان الدليل اخص من المدعى اذ يمكن ان نفرض فى مورد لا يكون خطر بان يكون المشتري عالما بان المبيع يساوى الثمن المدفوع و لو فرض كونه معيبا.

و ثانيا انه لا- دليل معتبر على كون الغرر موجبا للابطال و لكن نبحت على تقدير المذكور فنقول ما المراد من اصاله السلامه فيمكن ان يكون المدرك للاصل المذكور الغلبه الخارجيه فى الافراد و يرد عليه ان الغلبه لا- توجب العلم أو الاطمينان و أما الظن فلا يغنى عن الحق شيئا.

و يمكن أن يكون المدرك لها استصحاب الصحه. ان قلت: الدليل

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٧٩

اخص من المدعى اذ ربما يحتمل كون الحادث معيبا من حين حدوثه فلا موضوع للاستصحاب.

قلت: يمكن اجراء الاستصحاب فى العدم الازلى بان نقول العين الفلانيه لم تكن قبل وجودها معيبه و الآن كما كانت.

ان قلت: استصحاب عدم كونها معيبه لا يثبت الصحه الا على نحو الاثبات الذى لا نقول به قلت الذى يكون مورد الرغبه ان لا تكون العين معيبه.

و بعباره اخرى الموجب لعدم الرغبه أو قلتها العيب و بالاستصحاب ينفى. ان قلت: الاستصحاب اصل عملى و كيف يرتفع الغرر به.

قلت: الاستصحاب أصل محرز و أماره حيث لا- أماره و يقوم مقام القطع الطريقي و بيان آخر اذا احرز كون العين صحيحه أو غير معيبه لا يكون الاقدام فى بيعه غرريا.

ان قلت: مع الاستصحاب لا- يرتفع احتمال الخطر فلا يفيد قلت اذا كان الامر كذلك فقيام الاماره أيضا لا يفيد اذ مع قيامها لا يرتفع الشك. ان قلت: لوازم الاماره حجه فيترتب عليها عدم الخطر.

قلت:

لا اشكال فى عدم تأثير الاماره فى ارتفاع الشك و انه باق بحاله مع الاماره فاذا كان الاحتمال مضرا لم يكن فرق بين الاماره و الاستصحاب و صفوه القول انه يمكن ان يقال انه لو احرز بالاستصحاب ان الطريق الفلانى لا يكون فيه مانع أو المكان الكذائى ليس فيه سبع لا يكون الاقدام اقدا ما غرريا فمع جريان الاستصحاب يكون الغرر مرتفعا.

و يؤكد المدعى انه يظهر من الشيخ قدس سره الذى هو خريت

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٨٠

الفن انه سلم جريان الاستصحاب و اذ عن باعتباره حيث يقول فى جملة من كلامه فى هذا المقام أو اشترط بقاء شىء على الصفه السابقه المرئيه فانه فى حكم ما ترك ذلك اعتمادا على اصاله بقائها انتهى موضع الحاجه من كلامه.

فان هذه الجملة صريحه فى انه قدس سره مدعن باستصحاب الصحه و يمكن ان يكون المراد بالاصل بناء العقلاء على الاقدام مع الشك و لا- يعتنون باحتمال العيب و يؤيد هذا المدعى ان الاستصحاب حكم شرعى جار من ناحيه الشرع فلا يكون بناء العقلاء ناشيا عن الاستصحاب اذ لا يبعد ان هذه السيره جاريه فى كافه العقلاء و لو مع عدم الالتزام بالشرع و الشريعه.

ان قلت: لعل الاقدام العقلانى مستند الى الشرط الارتكازى للخيار عند انكشاف كونها معييه.

قلت: اذا كان كذلك لم يكن التبرى من العيب صحيحا و الحال انا نرى انهم ربما يقدمون على المعامله و لو مع تبرى البائع عن العيب و مع التبرى لا مجال للشرط الارتكازى.

«قوله قدس سره: و مما ذكرنا يظهر ان الانصراف ليس من باب انصراف المطلق الى الفرد الصحيح»

الخ.

ليس المراد من الانصراف ما هو المعروف بينهم من أن المطلق

ينصرف الى الفرد الكامل فلا- يتوجه السؤال بانه ما الفرق بين المقام و مقام النذر حيث لم يلتزموا بانصراف المنذور الى خصوص الصحيح.

مضافا الى ان الانصراف بذلك المعنى لا محال له فى المقام اذ

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٨١

ذلك الانصراف يتصور فى الكلى و الكلام فى المقام فى العين الشخصيه و أيضا يلزم عدم تحقق البيع اذ المفروض ان البيع وقع على المقيد بالصحه بل المراد من الانصراف الاعتماد على اصاله الصحه و من ناحيه اخرى الشرط الارتكازى يقتضى اشتراط الصحه أى الخيار عند التخلف فان اشتراط الصحه بغير شرط الخيار لا مجال له اذ لو لم يكن المراد منه اشتراط الخيار يكون المراد منه اما تعليق العقد على الصحه فيلزم التعليق المبطل للعقد و اما تقييد العين بالصحه فيلزم تقييد الجزئى الخارجى و اما تعهد البائع بان تكون العين صحيحه فلا مجال له اذ التعهد يلزم ان يتعلق بالامر الاختيارى و صحه العين لا تكون كذلك.

«قوله قدس سره: فتأمل»

الظاهر ان امره بالتأمل اشاره الى ان مرجع الامرين واحد و لا يكون الوجه الثانى فى قبال الوجه الأول وجهها على حده فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم ان المصرح به فى كلمات جماعه ان اشتراط الصحه فى متن العقد يفيد التأكيد».

وقع الكلام بين القوم فى أن اشتراط الخيار صريحا فى مورد خيار العيب هل يوجب التأكيد فلا يحدث خيار آخر غير ما جعل شرعا أو يكون تأسيسا و يتحقق خياران أحدهما بالتعبد الشرعى ثانيهما بالجعل و الشيخ اختار التأكيد و أيد مدعاه بما رواه يونس فى رجل اشترى جاريه على انها عذراء فلم يجدها عذراء قال يرد عليه فضل قيمه اذا علم انه صادق

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب احكام العيوب الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٨٢

وهذه الروايه ضعيفه سنندا بابن مرار فلا تصل النوبه الى ملاحظه دلالتها و الذى يخلج بالبال فى هذه العجاله ان يقال لو التزمنا بكون خيار العيب ثابتا شرعا لا بدّ من التفصيل بأن نقول اشتراط الخيار فى مورده مع قطع النظر عن الجعل الشرعى يكون تاره بالارتكاز و اخرى يكون بالتصريح به فى ضمن العقد فان كان بالتصريح فلا وجه لجعله تأكيدا للمجعول الشرعى بل هو خيار برأسه بمقتضى نفوذ الشرط و لا موجب للالتزام بكونه تأكيدا.

و أما اذا كان بالارتكاز فيكون تأكيدا لا تأسيسا و الوجه فى هذا التفصيل انه اذا كان بالتصريح فلا مقتضى لرفع اليد عنه لانه ليس دائما بل ربما يوجد الاشتراط المذكور.

و أما اذا لم يكن كذلك فالشرط المذكور الارتكازى دائمى الا فى مورد تبرى البائع عن العيب فيفهم عرفا ان الشارع امضى ذلك الارتكاز مع التصرف فيه و بعباره اخرى يفهم ان المجعول الشرعى هو الخيار الناشى عن العيب بحسب الارتكاز غايه الامر قد تصرف الشارع فيه و حدّ له حدودا كسقوطه بالتصرف و جواز اخذ الارش مع عدم امكان الرد فلاحظ.

«قوله قدس سره:

مسأله ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و اخذ الارش»

اشاره

الخ.

فى هذه المسأله فروع

الفرع الأول انه بما ذا يمكن اثبات خيار العيب

اشاره

فنقول الذى يمكن ان يذكر فى تقريب المدعى اى ثبوت الخيار وجوه.

الوجه الأول: قاعده لا ضرر

بتقريب ان المبيع اذا كان معيبا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٨٣

يتضرر المشتري و الضرر منفي فى الشريعة المقدسه.

و يرد عليه أولا- انه يمكن ان يتصور ان يكون المبيع معيبا و مع ذلك لا- يتضرر المشتري كما لو اشترى بدر همين كتابا معيبا يسوى ثلاث دراهم و ثانيا انه قد تقدم فى خيار الغبن عدم المجال للاستدلال بالقاعده على الخيار فلا نعيد.

الوجه الثانى: جمله من النصوص

منها ما عن الفقه الرضوى عليه السلام و روى فى الرجل يشتري المتاع فيجد به عيبا يوجب الرد فان كان المتاع قائما بعينه رد على صاحبه و ان كان قد قطع أو خيط أو حدث فيه حادثه رجع فيه بنقصان العيب على سبيل الارش، و قال فى موضع آخر فان خرج فى السلعه عيب و علم المشتري فالخيار إليه ان شاء رد و ان شاء اخذه اورد عليه بالقيمه ارش العيب الى آخره «١».

و الروايه لا اعتبار بها سنداً و منها مرسل جميل عن أحدهما عليهما السلام فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيبا فقال ان كان الشىء قائما بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن و ان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب «٢» و المرسل لا اعتبار به.

و منها ما رواه عمر بن يزيد قال كنت انا و عمر بالمدينه فباع عمر جرابا هرويا كل ثوب بكذا و كذا فأخذه فاقتموه فوجدوا ثوبا فيه عيب فقال لهم عمر اعطيكم ثمنه الذى بعتمكم به قالوا لا و لكننا نأخذ منك قيمه الثوب فذكر ذلك عمر لابي عبد الله عليه السلام

(١) مستدرک الوسائل الباب ١٢ من ابواب الخيار الحديث ٣.

(٢) الوسائل الباب ١٦ من

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٨٤

فقال يلزمه ذلك «١».

و هذه الروايه تامه سندا. ان قلت: كيف يمكن الجزم بكون عمر بن يزيد ثقه و الحال انه مشترك بين السابرى و الصيقل و الذى ثبت كونه ثقه هو الاول. قلت: يرد عليه أولا ان التناسب و هو بيع الجراب يقتضى ان يكون المراد فى الحديث هو الاول.

و ثانيا انه نفرض ان الراوى هو الصيقل و لكن نقول قد نقل سيدنا الاستاد فى رجاله توثيق النجاشى الرجل عن ابن داود و العجب من سيدنا الاستاد انه بنى على عدم وثاقه الرجل و الحال انه بنفسه بعد نقل التوثيق عن ابن داود يقول اقول نسخ النجاشى خاليه عن التوثيق فلعل نسخه ابن داود كانت مشتمله عليه انتهى موضع الحاجه من كلامه.

و العجب انه مع التصريح بهذه الجبهه المقتضيه للبناء على توثيق الرجل كيف بنى على عدم كونه ثقه فتحصل ان الحديث لا بأس به من حيث السند الا ان يقال لا يتم الامر بما ذكر فان الكلام و الاشكال جار فى ابن داود اذ لم يصرح بتوثيقه فى الرجال و ما افاده سيدنا الاستاد فى ترجمه الرجل من أن ما افاده النجاشى لا يقصر عن الوثيق غير تام فالنتيجه بقاء الاشكال فى الروايه من حيث السند.

الا أن يقال بأن الظاهر ان الناقل للقصة حسن بن عطيه لا عمر ابن يزيد فتكون الروايه تامه سندا فلاحظ.

و لكن فى دلالتها تأمل و ذلك لعدم وضوح المراد منها اذ الروايه مختلفه بحسب النقل فان الضمير فى قوله عليه السلام يلزمه ذلك مفرد على ما فى الكافى و لكن يكون الضمير بصوره الجمع فى نسخه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٨٥

الفقيه و المعنى يختلف باختلاف الضمير فعلى نسخه الفقيه يستفاد من الروايه انهم ملزمون باخذ ثمن الثوب و رده أى يكون لهم خيار رد العين و رد ثمنه و على ما فى نسخه الكافى يستفاد غير ما ذكر لكن عند دوران الامر بين الزيادة و النقيصه يرجح ما يكون زائدا و عليه يتم الاستدلال بالروايه على المدعى أى يستفاد منها مشروعيه خيار العيب.

و لو سلمنا انهما حديثان لا- حديث واحد فأیضا لا يضر بالمطلوب اذ لا تعارض بين المفادين فان مفاد الحديث على نسخه الكافى اما مجمل و المجمل لا يعارض المبين و اما مفيد لحكم غير مناف مع المستفاد منه على نسخه الفقيه فالنتيجه ان الحديث تام سندا و دلاله و بعد المراجعه الاخيره رأينا ان الفقيه ذكر الحديث مرسلا بقوله و روى عن عمر بن يزيد و المرسل لا اعتبار به فيبقى نسخه الكافى خاليه عن المعارض و عليه لا يمكن الاستدلال بالحديث على ثبوت خيار العيب.

الوجه الثالث: تسالم الاصحاب عليه

فان ثبوت الخيار من ناحيه العيب من الواضحات التى لا تكون قابله للانكار.

الفرع الثانى: انه هل الارش فى رتبه الرد أم لا؟

اشاره

لا اشكال فى مشروعيه اخذ الارش فى الجمله و اما فى أى مورد و تحت اى شرط فلا بد من ملاحظه النصوص و كيفيه دلالتها و قبل الخوض فى نصوص المقام نقول ربما يتوهم ان الارش فى عرض الرد بمعنى ان المشتري يكون مخيرا بين الامرين و ما يمكن ان يستدل به على المدعى وجوه.

الوجه الأول ان ما يدل على الخيار و امكان فسخ العقد يدل على الارش أيضا

بدعوى ان مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين العقد بالنسبه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٨٦

الى تمام الثمن و بين جزء الثمن فيثبت المدعى.

و بعباره واضحه ان المستفاد من دليل الخيار جواز الفسخ بالنسبه الى تمام المبيع المعيب و بالنسبه الى جزئه و يرد عليه أولا ان الظاهر من دليل جواز الفسخ جواز فسخ العقد من رأسه و بتمامه فلا مجال لهذه الدعوى.

و ثانيا ان مقتضى البيان المذكور لزوم كون الارش من عين الثمن و الحال ان الامر ليس كذلك و يجوز دفعه من غير الثمن.

و ثالثا انه يستفاد من بعض النصوص الترتيب بين الرد و اخذ الارش و ان الارش ليس فى رتبه الرد.

و رابعا ان وصف الصحه لا يقابل بالمال فلا مجال للتقريب المذكور.

الوجه الثانى ان الخيار بين الامرين ثابت بالعيب و لكن حيث ان حق الرد ضعيف يسقط بالتصرف و يبقى حق اخذ الارش.

و يرد عليه ان التقريب المذكور لا بأس به ثبوتا و لكن لا دليل عليه فى مقام الاثبات

الوجه الثالث انه يبعد ان يكون الوطى موجبا لثبوت حق آخر غير الرد

فهو فى عرض الرد غايه الامر بالتصرف كالوطى يسقط الاول و يبقى الثانى.

و يرد عليه ان الوجه المذكور ليس برهانا بل امر ذوقى و ليس تحته شىء

الوجه الرابع حديث الفقه الرضوى

«١» و الحديث ضعيف سندنا فلا يعتد به و عليه فالطريق منحصر فى التوسل بالنصوص الواردة فى المقام المنسوبه الى مخازن الوحي عليهم صلوات الله

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٨٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٨٧

و تحياته فنقول النصوص المربوطه بالمقام على طوائف.

الطائفة الاولى ما يدل على ان الارش فى عرض الرد و المشتري مخير بين الامرين من اول الامر لاحظ حديث الفقه الرضوى «١» و قد تقدم انه لا اعتبار به سندنا.

الطائفة الثانية ما يدل على جواز الرد بلا تعرض للارش لاحظ ما رواه عمر بن يزيد «٢» و هذه الروايه لا يستفاد منها الا جواز الرد و لا- تعرض فيها للارش مضافا الى انه قد مر الاشكال فى دلالتها و لاحظ ما رواه ميسر بن عبد العزيز عن أبى عبد الله عليه السلام قال قلت له رجل اشترى زق زيت فوجد فيه درديا قال فقال ان كان يعلم ان ذلك يكون فى الزيت لم يرده و ان لم يكن

يعلم ان ذلك يكون فى الزيت رده على صاحبه «٣».

والمستفاد من الحديث جواز الرد مع وجدان العيب فيه و الشيخ قدس سره ذكر الحديث فى باب العيوب الموجبه للرد و صاحب الوسائل ذكره فى الباب السابع من أبواب احكام العيوب و على الجملة لا- اشكال فى دلالة الروايه على جواز الرد اذا كان فيه عيب و الحديث تام سندا.

و لاحظ حديث أبى صادق قال دخل أمير المؤمنين عليه السلام سوق التمارين فاذا

امراه قائمه تبكى و هى تخاصم رجلا تمارا فقال لها ما لك فقالت يا امير المؤمنين اشترت من هذا تمرا بدرهم و خرج اسفله
رديثا ليس مثل الذى رأيت قال: فقال ردّ عليها فأبى حتى

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٨٣.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٨٣.

(٣) الوسائل الباب ٧ من ابواب احكام العيوب الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٨٨

قالها ثلاثا فأبى فعلاه بالدره حتى ردّ عليها و كان يكره ان يجلل التمر «١».

و هذه الروايه تدل على جواز الرد مع العيب و لكن السند مخدوش.

الطائفه الثالثه ما يدل على سقوط الرد باحداث الحدث فى المبيع و جواز اخذ الارش لاحظ ما رواه زراره عن أبى جعفر عليه
السلام قال ايما رجل اشترى شيئا و به عيب و عوار لم يتبرأ إليه و لم يبين له فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار و
بذلك الداء انه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به «٢».

و ما رواه جميل عن بعض اصحابنا عن احدهما عليهما السلام فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيبا فقال ان كان الشى
ء قائما بعينه رده على صاحبه و اخذ الثمن و ان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب «٣» و الحديثان كلاهما
ضعيفان.

الطائفه الرابعه ما يدل على ان المبيع لو وجد فيه عيب و قد احدث فيه حدثا يسقط الرد و لا تعرض فيه للارش بل امر بان يعامل
المشترى مع البائع المهاياه التى فسرت بنوع من البيوع لاحظ ما رواه

عقبه بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام انه سأل عن رجل ابتاع ثوبا فلما قطعه وجد فيه خروقا و لم يعلم بذلك حتى قطعه كيف القضاء في ذلك قال: اقبل ثوبك و الا فهابى صاحبك بالرضا

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب احكام العيوب الحديث ٢.

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الخيار الحديث ٢.

(٣) نفس المصدر الحديث ٣.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٨٩

و خفض له قليلا و لا يضرك ان شاء الله فان ابى فاقبل ثوبك فهو اسلم لك ان شاء الله «١» و الروايه ضعيفه سندا.

و قد وردت جمله كثيره من النصوص المربوطه بالعيوب العارضه للاماء و تلك النصوص لا اثر لها بالنسبه الى المقام اذ الحكم الوارد في مورد خاص لا- يشمل غير مورده و لا وجه لا سرائه الى غيره الا مع قيام دليل عليه فانقذح بما ذكرنا انه لا دليل على جواز اخذ الارش فلا تصل التوبه الى ان الارش في رتبه الرد أو هو متأخر عنه.

ثم انه لو قلنا بان جواز اخذ الارش يستفاد من بعض النصوص فلا- يقتضى مجردة كونه في رتبه الرد بل يمكن جعله فيما لا يمكن الرد و لعل امره بالفهم بقوله فافهم اشاره الى ما ذكرنا.

الفرع الثالث: ان ظهور العيب كاشف عن ثبوت الخيار من اول الامر أو مثبت و موجد له

الظاهر هو الاول فان الموجب للخيار هو العيب و المفروض اقترانه مع العقد و ان شئت قلت ظهور العيب طريق الى المجعول الشرعى و لا موضوعيه له.

الفرع الرابع: انه هل يختص خيار العيب بالمشتري أو يعم البائع

اشاره

فان وجد البائع الثمن معييا يكون له الخيار الحق ان يقال اذا كان المدرك للخيار الاشتراط الارتكازى فلا فرق بين البائع و المشتري و اما لو كان المدرك الاجماع او النص الخاص يكون الخيار مختصا بالمشتري اما على فرض كون المدرك الاجماع فواضح اذ الاجماع دليل لبي له القدر المتيقن و من الظاهر عدم شموله للبائع و اما على تقدير كون المدرك النص فالظاهر انه لا يشمل البائع.

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الخيار الحديث ٤.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٩٠

و ربما يتوهم التعميم و ما يمكن ان يذكر فى تقريبه وجوه

الوجه الاول ان العنوان المأخوذ فى الدليل عنوان الاشترء

لاحظ حديث جميل و روايه زراره و يرد عليه أولا ان الحديثين ضعيفان و ثانيا ان عنوان الاشترء لا يصدق على البيع كما هو ظاهر.

الوجه الثانى ان عنوان الاشترء ليس لاجل خصوصيه فيه

بل لاجل كون الغالب فى المعيوب فى الاجناس بخلاف النقود فانه ليس الغالب فيها بل المعيوب فيها اقل قليل و يرد عليه أولا ان الظهور حجه و هو يقتضى الاختصاص.

و ثانيا ان كون الغالب فى طرف الاشترء النقود انما بالنسبه الى زماننا و اما فى زمانهم عليهم السلام فلم يكن الامر كذلك و لا اقل من الشك و اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال

الوجه الثالث ان ظهور الادله و ان كان يقتضى الاختصاص بالمشتري و لكن نقطع بعدم الفرق

و فيه ما فيه فان الاحكام الشرعيه امور تعديديه و زمامها بيد الشارع فلاحظ.

«قوله قدس سره:

[فى مسقطات هذا الخيار]

مسأله يسقط الرد خاصه بأمر

أحدها التصريح بالتزام العقد و اسقاط الرد»

بلا اشكال و لا كلام فان خيار العيب خيار حقى قابل للاسقاط.

«قوله قدس سره: و اختيار الارش»

ما افاده يتوقف على كون الارش فى عرض الرد و الحال انه مورد الاشكال و الكلام.

«قوله قدس سره: و لو اسقط الخيار فلا يبعد سقوطه»

أما فى مقام الثبوت فلا فرق و الميزان بالقصد و اما فى مقام

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٩١

الاثبات فالمحكم ظهور اللفظ و لو مع القرينه مضافا الى ان الارش اذا كان فى الطول لا مجال لاسقاطه فى عرض اسقاط الخيار.

«قوله قدس سره:

الثانى التصرف فى المعيب عند علمائنا»

اشاره

تاره يقع الكلام فى سقوط الخيار بالفعل الذى يدل على الاسقاط و اخرى فى كون الفعل بما هو مسقط أما مع الدلاله فلا اشكال فى السقوط اذ لا يختص الانشاء بخصوص اللفظ بل اعم منه و من الفعل و اما كون الفعل بما هو يكون مسقطا للخيار فعلى مقتضى القاعده الاولى لا وجه له و مخالف مع اطلاق دليل الخيار و اما من حيث قيام دليل آخر على كون التصرف بما هو مسقطا.

فما يمكن ان يذكر فى تقريب المدعى وجوه.

الوجه الأول الاجماع

و فيه ما فيه

الوجه الثانى ما عن علامه

و هو ان التصرف دال على اسقاط الخيار و لو لا ذلك كان المناسب الصبر حتى يعلم انها معيبه أو صحيحه.

و يرد عليه ان الاستدلال المذكور دورى اذ يتوقف كشف التصرف عن الاسقاط على كون التصرف مضادا مع بقاء الخيار فلو توقف التضاد على الكشف لدار.

الوجه الثالث النص الخاص

لاحظ ما رواه زراره «١» فان المستفاد من الحديث ان احداث الحدث في المعيب يوجب سقوط الرد هذا من حيث الكبرى و قد بين المراد من الحدث في حديث آخر و هو ما رواه علي بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام قال الشرط في الحيوان ثلاثه أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط فان احداث المشتري فيما

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٨٨.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٩٢

اشترى حدثا قبل الثلاثه الايام فذلك رضا منه فلا شرط قيل له و ما الحدث قال ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء الحديث «١».

فان المستفاد من هذه الروايه ان المراد من الحدث الذي يسقط الخيار الملامسه و التقبيل و النظر الى ما كان النظر إليه محرما قبل الاشتراء فيكون التصرف مسقطا.

و يرد عليه أولا ان حديث زراره ضعيف سندا فلا مجال للاخذ بالكبرى و ثانيا ان الحديث الثاني لا يشمل بيع غير الحيوان و لا وجه لاسراء الحكم الى المقام و الا- ففي بعض النصوص ما يدل على جواز رد الجاريه المشتراه مع عدم الوطى لاحظ ما رواه حماد بن عيسى قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول قال علي بن الحسين عليه السلام كان القضاء الاول في الرجل اذا اشترى الامه فوطأها ثم ظهر على عيب ان

البيع لازم و له أرش العيب «٢».

فان المستفاد من الحديث ان الامه المشتراه قبل الوطى ترد بالعيب و مقتضى اطلاق المفهوم عدم لزوم الاشتراء و لو مع تحقق الملامسه و التقييل و امثالهما فلاحظ.

«قوله قدس سره:

الثالث تلف العين»

اشاره

ما يمكن ان يذكر في تقريب المدعى وجوه.

الوجه الأول: الاجماع

و فيه ما فيه.

الوجه الثاني مرسل جميل

«٣» فان المستفاد منه ان قوام الخيار

(١) الوسائل الباب ٤ من أبواب الخيار الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب احكام العيوب الحديث ٧.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٨٨.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٩٣

ببقاء العين و اما اذا تلفت فلا يكون موضوعه باقيا و لكن المرسل لا اعتبار به.

الوجه الثالث ما رواه ميسر

«١» فان الامام روى فده فى هذه الروايه امر برد المعيوب و من الظاهر انه مع التلف لا موضوع للرد و الحديث تام سندا فهذا الوجه قابل لاثبات المدعى و الظاهر ان الامر أيضا كذلك اذا كان المدرك للخيار الشرط الارتكازى فان الارتكاز على حق رد العين اذا كانت معيوبه فاذا تلفت لا يبقى مجال للرد كما هو ظاهر.

«قوله قدس سره: أو صيرورته كالتالف»

كما لو سرق أو بيع فان العين فى بعض الاحوال و الاحيان لا تكون تالفه و لكن تكون كالتالف فى عدم امكان ردها و على هذا الاساس لو تعذر ردها باى سبب كالبيع و الاجاره و الرهن الى غيرها يسقط الخيار.

«قوله قدس سره: ثم انه لو عاد الملك الى المشتري لم يجوز رده للاصل»

الظاهر ان ما افاده تام اذ بعد زوال الخيار بالانتقال لا دليل على رجوعه برجوع العين و اذا وصلت النوبه الى الشك يكون مقتضى الاصل عدم حدوثه بعد زواله بل لا تصل النوبه الى الشك فان عموم وجوب الوفاء بالعقد يقتضى اللزوم غايه الامر يكون العقد فى جزء من الزمان جائزا و بعد زوال موجب الخيار يكون عموم وجوب الوفاء مرجعا.

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٨٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٩٤

«قوله قدس سره: لا خلاف نسا و فتوى فى ان

وطى الجارية يمنع عن ردها بالعيب»

تدل على المدعى المذكور جمله من النصوص منها ما رواه حماد بن عيسى «١» الى غيره ممّا ورد فى الباب المشار إليه.

«قوله قدس سره: ثم ان المشهور استثنوا عن عموم هذه الاخبار لجميع افراد العيب الحمل فانه عيب اجماعا كما فى المسالك الا ان الوطى لا يمنع من الرد به»

وقد دلت عليه عدة من النصوص منها ما رواه ابن سنان قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية حبلى و لم يعلم بحبلها فوطأها قال يردها على الذى ابتاعها منه و يردّ معها نصف عشر قيمتها لنكاحه أيها الحديث «٢».

الى غيره من الروايات الواردة فى الباب المشار إليه فلاحظها و قد تعرض الماتن لجمله من الخصوصيات لكن حيث ان المسألة خارجة عن محل الابتلاء فى امثال زماننا يكون الاعراض عنها و الاشتغال بما هو اهم اولى و الزم و على هذا الاساس لا نخوض فى البحث فى المقام.

«قوله قدس سره:

الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشتري»

اشاره

العيب الحادث بعد العقد على اقسام ثلاثه. القسم الأول العيب الحادث قبل القبض القسم الثانى العيب الحادث بعد القبض فى زمان خيارى الحيوان و المجلس. القسم الثالث العيب الحادث بعد القبض

(١) تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٩٢.

(٢) الوسائل الباب ٥ من ابواب احكام العيوب الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٩٥

و مضى الخيارين و الكلام فى المقام فى القسم الثالث.

و الذى يمكن أن يذكر فى تقريب المدعى وجوه.

الوجه الأول: الاجماع

و فيه ما فيه.

الوجه الثانى: مرسل جميل

«١» فان الاستفادة من الحديث ان المعيب اذا كان قائما بعينه يجوز رده و الا فلا و فيه ان الحديث مرسل و المرسل لا اعتبار به.

الوجه الثالث: ما عن العلامة

و هو ان العيب الحادث يقتضى تلف جزء من المعيب و يكون مضمونا على المشتري فيسقط رده، اذ لا وجه لترجيح المشتري على البائع و بعباره اخرى الامر يدور بين صبر المشتري على العيب السابق و بين صبر البائع على العيب الحادث و لا ترجيح فلا خيار و يرد عليه انه بعد عدم الترجيح و تحقق التعارض يكون المرجع اصاله بقاء الخيار و ليس المراد استصحابه كى يقال المرجع دليل اللزوم فلا تصل النوبه الى استصحاب الخيار مضافا الى معارضته باستصحاب عدم الجعل الزائد بل المراد دليل خيار العيب و هو النص الدال عليه فان مقتضى اطلاقه بقاءه حتى بعد حدوث العيب فى المعيب غايه ما فى الباب ان يأخذ البائع من المشتري ارش النقصان.

«قوله قدس سره: ثم مقتضى الاصل عدم الفرق فى سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث و زواله».

الامر كما افاده أى على القول بسقوط الخيار بحدوث الحادث لا فرق بين بقاء الحادث و زواله لكن ان كان مراده من الاصل الاستصحاب فلا يصح ما افاده لعدم مجال لجريان الاستصحاب و ان كان المراد من الاصل القاعده فالحق معه اذ مقتضى دليل اللزوم و هو

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٨٨.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٩٦

قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» كون العقد لازما و مع وجود الدليل الاجتهادى لا تصل النوبه الى الاصل العملى.

«قوله قدس سره: و لو رضى البائع برده مجبورا بالارش أو غير مجبور جاز الرد».

ربما يقال كما فى كلام الشيخ قدس

سره فى وجه الجواز ان عدم الجواز بلحاظ حال البائع و رعايه عدم تضرره و فيه انه و ان كان البيان المذكور ممكنا فى مقام الثبوت و الواقع لكن مقتضى الدليل القائم و هو الاجماع أو النص الدال على السقوط عدم امكان الالتزام بالثبوت الا مع قيام دليل عليه و لا- دليل على عود الخيار نعم يمكن الرد بالاقله و لكنها خارجه عن محل الكلام و بعباره واضحه ان رضا البائع لا يقتضى تحقق الخيار.

«قوله قدس سره: و مما ذكرنا يعلم ان المراد بالارش الذى يغرمه المشتري عند الرد قيمه العيب لا الارش».

الارش الذى يدفعه البائع من باب ضمان المعاوضه و لذا تلاحظ النسبه بين قيمه الواقعيه و الثمن المسمى و يدفع الارش بتلك النسبه و اما المشتري فيغرم قيمه الواقعيه اذ ضمانه ضمان اليد.

«قوله قدس سره: ثم ان صريح المبسوط انه لو رضى البائع باخذه معيوباً لم يجز مطالبته بالارش».

بدعوى انه مع امكان الرد لا- تصل النوبه الى الارش و المفروض فى المقام امكان الرد فلا- ارش و يرد عليه انه لا وجه له بل الميزان اطلاق الدليل الدال على جواز اخذ الارش و مقتضاه عدم الفرق بين كون البائع راضياً بالرد و عدمه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٩٧

[هل تبعض الصفقه مانع من الرد]

اشاره

«قوله قدس سره: تنبيه ظاهر التذكرة و الدروس ان من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقه على البائع و توضيح الكلام فى فروع هذه المسأله».

وقع الكلام بينهم فى أن تبعض الصفقه مانع عن الاخذ بالخيار بالعيب القديم و عليه يسقط الخيار و المناسب مع المقام ان نفكك بين فروع المسأله و ملاحظه كل فرع بحاله و استقلاله و ما يترتب

عليه من الحكم الشرعى فنقول و من الله الاستعانه.

الفرع الأول: ان يشتري كتابا و قلمًا بعنوان المجموع المركب بثمن واحد كثلاثة دراهم مثلا

فظهر ان جزء المبيع و هو القلم مثلا- معيوب فهل يمكن رد القلم فقط بخيار العيب و ابقاء الكتاب بحاله ربما يقال انه جائز لكن يلزم تبعض الصفقه فلا- يجوز الاخذ بالخيار بالعيب السابق هذا فيما يرد القلم معينا و أما رد الجزء المشاع فأیضا لا يجوز للزوم الشركه و هى بنفسها عيب فعلى كلا التقديرين لا يجوز.

و يرد على التقريب المذكور أولا انه لا مجال للترديد المذكور اذ تعدد المبيع الذى يكون مقوما للاخذ بخيار العيب اما بتعين كل جزء معينا و اما بلحاظ كل جزء مشاعا و لا بدّ من اختيار احدهما و لا يمكن الجمع بينهما فلا مجال للترديد.

و ثانيا ان العيب الحادث يتحقق باعمال الخيار و الحال ان الدليل قائم على كون العيب الحادث مانعا و كم فرق بين الامرین فان المستفاد من الدليل ان العيب الحادث فى المبيع موضوع للمنع عن الخيار و الحال ان اعمال الخيار يوجب المانع.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٩٨

و ان شئت قلت ما افيد مرجعه الى كون الشىء عله لعدمه فيلزم من وجود الشىء عدمه و هذا خلف و محال فخذ و اغتتم، اذا عرفت ما تقدم نقول الحق عدم جواز الاخذ بالخيار و ذلك لعدم تعدد البيع و عدم تعدد المبيع لان البائع تاره يبيع الكتاب بدرهم و القلم بدرهمين غايه الامر يجمع بين الانشائين فى إنشاء واحد و يترتب عليه احكام البيع المتعدد أى يكون كل واحد من بيع الكتاب و الدرهم مستقلا و يترتب على كل واحد حكمه من الخيار و غيره فلا مانع للمشتري ان يأخذ بالخيار فى احدهما

و يبقى الاخر و لا يحدث للبائع خيار تبعض الصفقه اذ لا موضوع له نعم اذا اشترط الخيار عند الانفكاك يتحقق له الخيار بالنسبه الى الاخر بالشرط و اخرى يجعل المجموع من الكتاب و القلم مبيعا واحدا و يعتبرهما شيئا فarda و يبيعهما بيع واحد بثلاثه دراهم فلو ظهر ان القلم معيوب لا يمكنه الاخذ بالخيار لان البيع لم يتعلق بالقلم بل القلم جزء للمبيع.

و ان شئت قلت القلم فى المثال كالسرداب بالنسبه الى الدار و هل يمكن للمشتري رد السرداب فقط لو كان معيوباً و السرّ فى الجميع ان البيع و المبيع واحد فلا مجال للتبعيض و الذى يدل على المدعى انه لو ظهر كون القلم مملوكاً للغير يرد من الثمن درهمان فى الصورة الأولى و يرد الثمن بالنسبه فى الصورة الثانيه.

ان قلت على هذا الاساس لو اشترى زيد منا من الحنطه و غنما صفقه واحده و كان المبيع المجموع المركب من الحنطه و الغنم لم يكن مجال لخيار الحيوان بالنسبه الى الغنم و هل يمكن الالتزام بهذا اللازم.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٩٩

قلت: مرجع هذا الاشكال الى انه يصدق عنوان بيع الحيوان و مع صدق الموضوع يترتب عليه الحكم و بعباره اخرى مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين كونه مبيعا مستقلا و كونه جزءا للمبيع.

و يرد عليه أولا النقض بما لو باع احد داره من شخصين فهل يجوز لاحدهما فسخ البيع قبل التفرق بخيار المجلس بالنسبه الى نصف الدار و هل يمكن الالتزام بصحته و ثانيا ان الظهور العرفى حجه و الظاهر من قوله عليه السلام صاحب الحيوان المشتري و أيضا قوله عليه السلام البيعان بالخيار ان الخيار يعرض لاصل البيع و

مجموع المبيع و لا يتعلق ببيع الجزئي.

و ثالثا انه لا وجه للقياس بين المقام و بقيه المقامات فان المستفاد من خيار العيب تعلقه بالمبيع المتعلق بالكل لاحظ ما رواه مسر عن أبي عبد الله عليه السلام «١» قال عليه السلام في هذا الحديث «رده على صاحبه» و الضمير يرجع الى مجموع المبيع.

الفرع الثاني: ان يشتري احد كتابا بدينار و درهم فظهر ان الدرهم معيوب

هل يمكن للبائع ان يفسخ العقد بالنسبه الى ما يقابل الدرهم الكلام فيه هو الكلام و لا وجه للاعاده و على الجملة انه لا مجال لاعمال الخيار في البعض دون الاخر و لا فرق بين المثال المذكور و ما لو باع شيئا بأربعين تومانا فظهر على احد الورقين عيب فهل يمكن اعمال الخيار بالنسبه الى البعض.

الفرع الثالث: انه لو اشترى شخصان دارا بالف درهم فظهر ان الدار معيوبه

فهل يجوز لاحد المشتريين رد نصيبه بالعيب؟ الظاهر انه لا يجوز اذ المفروض ان البيع واحد و المبيع أيضا كذلك

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٨٧.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٠٠

و المفروض ان الخيار عرض لكل بيع و المفروض انه ليس الا بيع واحد فكيف يمكن فسخ العقد بالنسبه الى بعض المبيع دون الاخر.

الفرع الرابع: انه لو اشترى زيد دارا من بكر و خالد فظهر ان الدار معيوبه

فهل يمكن فسخ العقد بالنسبه الى احد البائعين دون الاخر الظاهر عدم الجواز و الكلام هو الكلام و لا وجه للاعاده.

«قوله قدس سره: فلا اشكال في كون هذا عقدين و لا اشكال في جواز التفريق بينهما»

الخ قد ظهر مما ذكرنا انه يختلف الحكم باختلاف الجعل فلو جعل الثمن مركبا من درهم و دينار مثلا لا يجوز التفريق و ان كان كل واحد لوحظ مستقلا يجوز فلاحظ.

«قوله قدس سره: و يدل عليه النص المانع عن الرد بخياطه الثوب و الصبغ»

الخ الظاهر ان مراده من النص حديث جميل «١» قال عليه السلام فى هذه الروايه و ان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب.

«قوله قدس سره: نظير الخيار المسبب عن وجود الحيوان فى الصفقه فى اختصاصه بالجزء المعنون»

الخ كأنه فرض قدس سره وضوح الحكم هناك و لذا تصدى لقياس المقام على ذلك المورد و الحال ان الاشكال عام فان المبيع لو لوحظ مركبا من كتاب و حمار يشكل الالتزام بخيار الحيوان فى خصوصه اذ لم يتعلق البيع بالحيوان استقلالا بل تعلق به ضمنا و عليه نسأل فى مورد المثال هل تحقق بيع واحد أو بيعان لا مجال للقول بالتعدد

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٨٨.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٠١

اذ المفروض

انه بيع واحد و على الاول يكون المبيع مركبا من الكتاب و الحمار و ان شئت قلت الحمار جزء المبيع لا تمامه.

«قوله قدس سره: فالعمده فى المسأله»

الخ بل العمده فى المسأله عدم المقتضى كما تقدم فان البيع واحد و كذلك المبيع و للعقد الواحد ليس الا خيار واحد فلا مجال للتفريق.

«قوله قدس سره: فالأصل كاف فى المسأله»

الخ أى اصاله اللزوم.

«قوله قدس سره: لو رضى البائع بتبعض الصفقه جاز الرد»

قد ظهر مما قدمناه عدم جواز الرد فانّ رضا البائع لا يكون قابلا لتشريع الاحكام.

«قوله قدس سره:

مسأله يسقط الارش دون الرد فى موضعين

احدهما اذا اشترى ربويا بجنسه فظهر عيب فى احدهما»

اشاره

الخ ما يمكن ان يذكر فى تقريب المدعى وجهان.

الوجه الأول: ان الشارع الاقدس اعتبر وصف الصحه فى الاجناس الربويه كالمعدوم

فلا يجوز ان يؤخذ بإزائها شىء و بعبارة اخرى لا يجوز التفاضل و الحال ان اخذ الارش يوجب التفاضل و تحقق الربا المحرم.

و يرد عليه ان الارش غرامه شرعيه و لا يكون بإزاء وصف الصحه و لذا لا يجب دفعه من الثمن و يدل على المدعى أيضا ان المشتري لو كان جاهلا- بالحكم و لم يطالب البائع بالارش لا- يجب عليه شىء و لا- تكون ذمته مشغوله بشىء على ما هو المشهور عندهم.

الوجه الثانى: انه قد استفيد من الادله انه كما لا يجوز اخذ الزيادة فى مورد الربا حدونا كذلك لا يجوز بقاء

فلا يجوز اخذ الارش و يرد عليه أولا ان الظاهر من الادله حرمه اخذه حدوثا و اما بقاء

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٠٢

فلا دليل على حرمة و ثانيا انه قد ظهر مما قدمناه ان الارش غرامه شرعيه و لا ترتبط بالمتعاقدين.

«قوله قدس سره:

الثانى ما لو لم يوجب العيب نقضا فى القيمه»

و مثلوا له بالخصاء فى العبد و الوجه فى السقوط عدم الموضوع للارش و بعبارة واضحه ان الارش لجبران النقصان من حيث القيمه و بعد فرض عدم التفاوت يكون الموضوع منتفيا و مع انتفاء الموضوع لا تصل النوبه الى ترتب الحكم فلاحظ.

«قوله قدس سره:

مسأله يسقط الرد و الارش معا بامور

أحدها العلم بالعيب قبل العقد»

الخ.

و الوجه عدم المقتضى لهما اما الاجماع فلا يشمل الصوره المفروضه و اما الاشتراط الارتكازى فقوامه بالجهل و مع العلم بالحال لا شرط فلا رد و اما النص فلعدم شموله لصوره العلم بالحال لاحظ ما رواه ميسر «١» فانه عليه السلام قال فى هذه الروايه «و ان لم يكن يعلم ان ذلك يكون فى الزيت ردّه على صاحبه».

«قوله قدس سره:

الثانى تبرى البائع عن العيوب»

اشاره

الخ قال سيدنا الاستاد فى منهاجه فى هذا المقام الثانى تبرى البائع من العيوب بمعنى اشتراط عدم رجوع المشتري عليه بالثمن أو الارش و يرد عليه ان التبرى لا يراد منه هذا المعنى المذكور فى كلامه و ليس هذا الا اشتراط عدم اخذ من له الحق بحقه و لا يترتب عليه سقوط الحق بل يترتب عليه حرمه الاخذ بالحق و لازمه انه لو عصى المشتري و طالب بحقه بان فسخ العقد أو طالب الارش يفسخ العقد فى الاول و يجب دفع الارش فى الثانى.

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٨٧.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٠٣.

و أما التبرى عن العيوب بالمعنى المشهور فهل يقتضى سقوط الرد و الارش كما فى كلام الماتن قدس سره أم لا الذى يمكن ان يذكر فى تقريب المدعى وجوه

الوجه الأول الاجماع

و فيه ما فيه

الوجه الثانى حديثا زراه عن أبى جعفر عليه السلام

«١» و جعفر بن عيسى قال كتبت الى أبى الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فاذا نادى عليه برء من كل عيب فيه فاذا اشتراه المشتري و رضيه و لم يبق الا نقد الثمن فربما زهد فاذا زهد فيه ادعى فيه عيوباً و انه لم يعلم بها فيقول المنادى قد برئت منها فيقول المشتري لم اسمع البراءه منها أ يصدق فلا يجب عليه الثمن أم لا يصدق فيجب عليه الثمن، فكتب عليه الثمن «٢».

و كلا الحديثين ضعيفان سندا اما الاول فبموسى بن بكر و اما الثانى فبابنى عيسى.

الوجه الثالث ان خيار العيب ثابت بالاشتراط الارتكازى

و مع تبرى البائع لا- يبقى مجال للاشتراط المذكور و يرد عليه أولا ان الارش لا يرتبط بالاشتراط الارتكازى فانه غرامه مجعوله من قبل الشارع.

و ثانيا ان خيار العيب مجعول شرعا بمقتضى النص الخاص و لا بدّ من العمل على طبقه بمقدار دلالاته.

الوجه الرابع ان النصوص الخاصه منصرفه عن الصوره المفروضه

و لا تشملها و يؤيد المدعى ان السيره العقلائيه جاريه على عدم الخيار مع التبرى و الشارع الاقدس ممض للسيرت التى عليها

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٨٨.

(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب احكام العيوب الحديث ١.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٠٤.

العقلاء غايه الامر يتصرف فيها في بعض الاحيان مثل تحريمه الربا و امثاله و عليه لا مقتضى للخيار كما انه لا مقتضى للارش.

ثم ان في المقام اشكالا و هو انه مع تبرى البائع يكون البيع غرريا فيكون باطلا و يرد عليه أولا ان كون الغرر مبطلا للعقد اول الكلام و الاشكال و ثانيا ان التبرى لا يستلزم الغرر اذ يمكن ان يكون المشتري عالما بسلامه المبيع اعم من العلم الوجداني أو التعبدى أو يكون له طريق الى احراز سلامه المبيع كاصاله السلامه على القول بها أو بالاستصحاب كما مرّ و تقدم في اول البحث نعم مع الالتزام بكون الغرر مبطلا- و فرض عدم طريق لا-حراز سلامه المبيع يشكل الالتزام بالصحة في صورته تبرى البائع عن العيب.

ثم انه لا- فرق بين التبرى الاجمالي و التفصيلي كما انه لا فرق بين التبرى عن العيوب الظاهره و الباطنه و بلا فرق بين ان يكون المدرك النص كما عليه الاصحاب و بين مقالتنا و هو انصراف دليل الخيار عن صورته التبرى فان مقتضى اطلاق النص عدم الفرق كما انه كذلك على

القول بالانصراف و الجامع بين القولين عدم المقتضى للخيار و الارش فلاحظ.

ثم انه هل يكون فرق بين العيوب الموجوده حين العقد و العيوب المتجدده بعده أفاد الشيخ قدس سره انه لا فرق بين الموردین و تمسك بعموم وجوب الوفاء بالشرط و قبل الخوض فى البحث نقول مقتضى القاعده الاولى عدم ثبوت الخيار بالعيب المتجدد اذ المفروض ان المبيع كان صحيحا و انما تعيب بعد ما انتقل الى ملك المشتري فلا وجه للخيار.

لكن ما افيد مبنى على أن العيب المتجدد فى زمان الخيار المختص

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٠٥

بالمشتري و أيضا العيب الحادث قبل القبض كالعيب الموجود قبل العقد و البحث جار على هذا الفرض فنقول ما المراد من الشرط المذكور فى كلام الماتن فان كان المراد اشتراط اسقاط الخيار الحادث بعد حدوث العيب فيدخل فى عنوان اسقاط ما لم يجب و اسقاط ما لم يجب و ان كان ممكنا ثبوتا.

و لكن لا دليل على صحته فى مقام الاثبات بل مقتضى الاصل عدم مشروعيته و ان كان المراد اشتراط عدم الخيار فلا مجال له فان دليل وجوب الوفاء بالشرط ليس مشرعا و مشروعيه مثله اول الكلام و ان كان المراد به عدم اخذ المشتري بالخيار فهو و ان كان جائزا لكن هذا الاشتراط لا ينافى تحقق الخيار كما مر منا قريبا.

«قوله قدس سره: ثم ان البراءه فى هذا المقام يحتمل اضافتها الى امور»

الخ وقع الكلام فى المراد من البراءه فذكر الشيخ (ره) احتمالات ثلاثه. الاول عدم تعهد البائع سلامه المبيع.

و يرد عليه ان التعهد و عدمه يتعلقان بالامر الذى يكون اختياره بيد المتعهد كما لو تعهد احد ان يزور قبر الحسين عليه السلام

فى يوم الجمعة و اما تعلق التعهد بامر خارج عن القدره كنزول المطر من السماء فلا معنى له و المقام كذلك اذ كون المبيع سالما أو غير سالم يكون تحت قدرته سبحانه و لا يرتبط باحد.

الثانى ضمان العيب اى لا يلتزم باشتغال ذمته بشىء من الارش و هذا قابل و لكن لا يكون هذا مرادا من التبرى و العرف ببابك الثالث البراءه من الخيار اى عدم الالتزام بالرد و هذا أيضا لا يكون مرادا من البراءه بل المراد من البراءه عدم الالتزام بشىء اى لا يلتزم

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٠٦

لا- بالرد و لا- بالارش و يظهر من كلام الشيخ ان البيع مع الالتزام معلق على كون العين سالمة حيث يقول فكانه باعه على كل تقدير و الحال ان البيع مع الالتزام أيضا على كل تقدير و الا يلزم التعليق الموجب لفساد العقد و أيضا يلزم بطلان العقد مع عدم المعلق عليه اذ المشروط ينتفى عند انتفاء الشرط فلاحظ.

ثم انه هل يسقط بالتبرى جميع الآثار المترتبة على العيب أو يختص السقوط بخصوص الخيار و الارش فلو مات الحيوان بالعيب الموجود فيه فى زمان الخيار المختص بالمشتري كما لو مات فى الثلاثه يكون الضمان على البائع لقاعده (كل مبيع تلف فى زمن الخيار فهو ممن لا- خيار له) قولان و الذى يختلج بالبال ان يقال تاره لا يقصد من التبرى الا من الناحيه الخاصه و اخرى يقصد التبرى على نحو الاطلاق اما على الاول فلا وجه لسقوط غير تلك الناحيه و أما على الثانى فلا بد من ملاحظه الدليل و ان الضمان مثلا هل يسقط بالتبرى أم لا و مقتضى القاعده الاولى عدم

السقوط فان الضمان مثلا بحكم الشارع و لا وجه لسقوطه بالتبري.

ثم انه قدس سره تعرض لجملة من الامور التي يمكن القول بسقوط الرد و الارش بها

الأمر الأول زوال العيب قبل الرد

و قد اختار قدس سره التفصيل بين الرد و الارش بالسقوط في الاول و عدمه في الثاني بتقريب انه مع زوال العيب لا يتضرر المشتري فلا وجه للرد و أما الارش فهو غرامه مجعوله في ذمه البائع و لا وجه لسقوطه عن عهده.

و الحق ان يقال ان المدرك للخيار ان كان هو الاجماع فلا خيار اذ شمول الاجماع للمقام غير معلوم و الخيار خلاف القاعده و ان كان المدرك للاشتراط الارتكازي فالظاهر انه ليس للاشتراط ثابتا في

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٠٧

فرض زوال العيب قبل الرد و ان كان المدرك النص فالظاهر أيضا عدم شموله للمقام فان الظاهر من حديث ميسر بل صريحه ان الرد يتعلق بالمعيب و مع فرض زوال العيب لا موضوع للرد كما هو ظاهر هذا بالنسبة الى الرد و أما بالنسبة الى الارش فلا مقتضى له في المقام اذ العمده في دليله الاجماع و التسالم و لا اجماع في المقام.

و أما ما افاده الماتن من ان ذمه البائع يشتغل و البراءة مورد الشك فيرد عليه انه لا دليل على المدعى المذكور و لذا لو لم يطالب المشتري الارش لجهله به أو لغير ذلك لا يجب على البائع دفعه.

و اما قاعده الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد فليس تحتها شيء مضافا الى انها لا تنطبق على المقام فان المفروض ان العيب زال و لم يفرض عوده.

الأمر الثاني التصرف في العين بعد العلم بالعيب

اشاره

فانه مسقط للرد و الارش عند ابن حمزه على ما نقل عنه و الذي يمكن ان يقال في تقريب المدعى وجهان.

الوجه الأول ان التصرف دليل على الرضا.

الوجه الثاني ان النص الدال على الارش بعد التصرف يختص بصورة عدم العلم بالعيب

و كلا الوجهين مخدوشان اما الاول فبان التصرف اعم من الرضا. و اما الثانى فلان الامر ليس كذلك فان الحديث الدال على الارش بعد التصرف مطلق من حيث العلم و عدمه فلا وجه للاختصاص و اما ما ورد فى سقوط خيار الحيوان بالتصرف فيه فهو يختص بتلك المسأله و لا وجه للتسريه اذ ما ورد هناك حكم تعبدى مختص بموضوعه و مقتضى ما ورد من النص فى المقام كحديث جميل (١) هو الاطلاق نعم يمكن ان يقال ان دليل الارش كما تقدم منا

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٨٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٠٨
هو التسالم فلا بد من الاقتصار على مورد يكون متسالما عليه.

الأمر الثالث: التصرف فى المعيب بالعيب الذى لا يوجب نقصا فى قيمه

كالخصاء فان الارش لا يتصور فيه و اما الرد فيسقط بالتصرف و يرد عليه انه لا دليل على سقوط الخيار بمطلق التصرف نعم اذا كان التصرف دالا على الاسقاط فلا اشكال فى السقوط.

الأمر الرابع: حدوث عيب فى المعيب بالعيب الذى لا يكون موجبا لنقصان القيمه

اشاره

فان الارش لا يتصور فيه كما تقدم و اما الرد فيسقط بمقتضى ما دل على سقوط الرد بحدوث التغير فى المبيع و تخصيص ذلك الدليل بخصوص مورد يكون الارش ثابتا بلا وجه.

و أما التمسك بدليل الضرر فلا مجال له حيث قد تقدم منا مرارا ان القاعده لا تقتضى الاثبات بل شأن القاعده نفى الاحكام الضرريه و يختلج بالبال فى هذه العجالة انه لو قلنا بمقاله المشهور فى مفاد القاعده و قلنا مفادها نفى لا النهى و القاعده تكون حاكمه على ادله الاحكام نقول يمكن التمسك بها لنفى اللزوم فيما يكون ضروريا اذ لا تختص القاعده بنفى الاحكام التكليفية بل تعم الاحكام الوضعيه أيضا و حيث انه لا يمكن الاهمال فى الواقع يكون رفع اللزوم مستلزما للجواز.

و على هذا الاساس يلزم جريان القاعده فى نظير اللزوم و الالتزام بالرفع مثلا لو كان زيد مالكا لمقدار كر من الزيت ثم اصابه دم يصيره متنجسا على مقتضى القاعده و لكن تنجس الزيت يوجب تضرر المالك فيقتضى ان يحكم بعدم نجاسته فيكون طاهرا لا محاله و قس عليه بقيه الموارد و يأتى هذا البيان بالنسبه الى قاعده رفع الحرج و الظاهر انه يلزم تأسيس فقه جديد و الله العالم.

و يمكن رد الدعوى المذكوره بوجوه.

الوجه الأول انه لو كان الامر كذلك لشاع و ذاع

و لم يكن واقعا مورد البحث و الرد و الايراد فان الثمرات المترتبة على التقريب المذكور كثيره جدا و موردا لابتلاء العموم فكيف يمكن ان تكون تحت الستار.

الوجه الثانى النصوص الوارده الداله على تنجس السمن و الزيت و غيرهما

«١». فان الامام عليه السلام حكم بحرمة الاكل و الشرب و البيع و حكم بنجاسه الملاقى مع النجاسه مع انه يتضرر المالك و يكون حرجا عليه و مع ذلك لم يؤثر الضرر و الحرج فى الحكم الشرعى.

الوجه الثالث ما ورد فى باب الزوجه المبتلاه

فقال عليه السلام فى حديث بليه ابتليت فلتصبر فانه يستفاد من الحديث ان الحرج و الضرر لا يؤثران فى ارتفاع العلقه الزوجيه اللهم الا ان يقال اذا تم التقريب المذكور نخصه بهذه الموارد المشار إليها و تخصيص العام ليس امرا عزيزا فلاحظ.

لكن العمده فى الاشكال عدم تماميه دليل سقوط الخيار بالتغير الحادث فى العين من حيث السند فعليه يكون مقتضى القاعده عدم سقوط الرد لا للاستصحاب كما فى كلام الماتن فان الاستصحاب الجارى فى الحكم الكلى معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد بل لاطلاق دليل الخيار نعم لو كان العيب الحادث موجبا لنقصان قيمه يلزم على المشتري دفع الارش.

الأمر الخامس ثبوت احد مانعى الرد اى التصرف فيه و حدوث عيب جديد فى المعيب الذى لا يجوز اخذ ارش العيب

بملاحظه

(١) الوسائل الباب ٤٤ و ٤٥ من ابواب الاطعمه المحرمه و الباب ٥ من ابواب الماء المضاف و الباب ٦ من ابواب ما يكتسب به.

يجوز الارش للزوم الربا المحرم فيسقط الرد و الارش كلاهما و الحق عدم سقوط شىء من الامرين و لا مقتضى لسقوط الرد و لا الارش و ذلك لان التصرف كما تقدم اعم من الرضا و لا يستلزم التصرف فى العين اسقاط الخيار كما انه لا دليل معتبر على سقوط الرد بحدوث العيب فى العين و صيرورتها متغيره فلا يسقط الرد كما انه لا وجه لسقوط الارش فان الارش غرامه شرعيه و لا يرتبط بالعوضين.

«قوله قدس سره: اقدم على عدم مطالبه مال زائد على ما يأخذه»

يرد عليه أولا ان الامر ليس كذلك فان العقد الواقع على الجنس الربوى و المعاوضه بين الربويين لا

يستلزم الاقدام المذكور و ثانيا ان الاقدام المذكور لا اثر له الا ان يرجع الى اسقاط الخيار و هو مشكل اذ يدخل تحت كبرى اسقاط ما لم يجب و لا دليل على صحته.

«قوله قدس سره: و قد عرفت النظر فيه»

ما عرفنا بل مقتضى الاطلاق عدم الفرق نعم لا دليل معتبر على اصل الحكم اى سقوط الرد بحصول التغير فى المعيب.

«قوله قدس سره: و ان رد مع الارش لزم الربا»

الخ الربا يختص بالمعاوضه ورد المبيع بالفسخ لا- يكون معاوضه كما هو ظاهر فان الفسخ حل للعقد غايه الامر يثبت الارش بالحكم الشرعى و بعبارة واضحة الارش بحكم الشارع و هل يعقل ان يكون الحكم الشرعى موجبا لتحقيق الربا و على الجملة المشترى اذا فسخ العقد فى مفروض الكلام اما يؤثر و اما لا يؤثر فعلى الاول يتحقق الحكم الشرعى بدفع الارش و هل يمكن ان يكون الحكم الشرعى بالارش

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥١١

يوجب بطلان الفسخ أ ليس هذا داخلا تحت كبرى ان المعلول يقتضى عدم علته و هذا من الاباطيل الاولى و مما ذكرنا ظهران اخذ الارش من البائع لاجل العيب السابق جائز و لا يرتبط بمسأله الربا.

«قوله قدس سره: و لذا يبطل التقايل مع اشتراط الزيادة أو النقيصه»

قد ظهر مما ذكرنا انه لا مجال للتقريب المذكور فان التقايل حل للعقد من الطرفين كما ان الفسخ حل للعقد من طرف واحد و لا معاوضه فى شىء منهما نعم لا يجوز الاشتراط المذكور فى التقايل من ناحيه اخرى و هى ان التقايل حل للعقد و مقتضى حله رجوع كل من العوضين الى محله الاول و لا مقتضى للزيادة و النقيصه و اشتراطهما باطل

لكون الشرط المذكور خلاف الشرع فيكون شرطا فاسدا.

«قوله قدس سره: و الاول اولي»

ما افاده قدس سره من الغرائب فان الشىء لا ينقلب عما هو عليه و على هذا الاساس كيف يمكن ان يكون اخذ الارش موجبا لصيروره العقد ربويا و بعبارة واضحة ان العقد الصادر من المتعاقدين اما يكون ربويا و اما لا أما على الاول فيكون باطلا من الاول و أما على الثانى فلا يعقل اتصافه به بعد عدمه مضافا الى ان الارش ليس فى مقابل وصف الصحة فان وصف الصحة لا يقابل بشىء بل الارش غرامه شرعيه مجعوله من قبل الشارع الاقدس.

«قوله قدس سره: كنسيان العبد الكتابه»

كانه قدس سره فرض عدم الضمان فى نسيان الكتابه و امثاله و الحال ان الامر ليس كذلك فان نسيان الكتابه و امثاله يوجب الضمان و الوجه فى الضمان انه اذا فسخ المشتري تعتبر العين مملوكه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥١٢

للبيع و حيث ان العين كانت ذات وصف كذائى كالصحة و الكتابه و امثالهما و تكون يد المشتري يد ضمان و المفروض ان التلف تحقق فى يده تكون الغرامه بعهدته و ان شئت قلت اذا فرض ان العين المشتره تلفت فى يد المشتري و بعد التلف فسخ العقد يكون ضامنا للعين كذلك يكون ضامنا للصفات التى زالت عنده فان ضمان كلا الامرين من باب واحد.

«قوله قدس سره: لان وصف الصحة فيه يقابل بجزء من الثمن».

وصف الصحة لا يقابل بجزء من الثمن كبقية الاوصاف بل الاوصاف توجب زياده قيمه العين و الذى يدل على المدعى انه لا يجوز بيع الوصف بما هو وصف و الحال انه لو كان مقابلا لمقدار من الثمن كان مقتضاه جواز بيعه

فقط و هو كما ترى.

الأمر السادس: تأخير الاخذ بمقتضى الخيار مع العلم بالعيب

بتقريب انه لا دليل على التراخى و القدر المعلوم من الخيار الفور نعم مقتضى الاستصحاب بقائه و تراخيه و يرد عليه أولا انه ما الوجه فى سقوط الارش فان غايه البيان المذكور فوريه الرد و ثانيا انه لا وجه للفوريه فان دليل الخيار ان كان الارتكاز العقلاني فهو يقتضى التراخى و ان كان النص الخاص فأیضا كذلك نعم ان كان المدرك الاجماع فلا بد من الاخذ بالمقدار المعلوم.

و ثالثا انه لو التزمنا بعدم الدليل على التراخى فلا تصل النوبه الى استصحاب الخيار اذ يرد عليه أولا ان مع الدليل الاجتهادى لا مجال للاصل العملى و المفروض ان عموم قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يقتضى اللزوم فلا مجال لاستصحاب الجواز و ثانيا ان الاستصحاب الجارى فى الحكم الكلى معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥١٣

فتحصل ان الحق بقاء الخيار و حق اخذ الارش و لا وجه للقول بالفوريه فيهما.

[مسألة هل يجب الإعلام بالعيب]

«قوله قدس سره: قال فى المبسوط من باع شيئا فيه عيب لم يبينه فعل محظورا و كان المشتري بالخيار».

لا- اشكال فى حرمه الغش تكليفا و قد مرّ الكلام حوله فى المكاسب المحرمه فمع احرازه لا شبهه فى حرمته و مع الشك فى الصدق يكون مقتضى الاصل الموضوعى و الحكمى هو الجواز اما الاصل الموضوعى فهو عبارته عن استصحاب عدم صدق العنوان فلا- يترتب عليه حكمه و اما الاصل الحكمى فهو عبارته عن البراءة عن الحرمة و اذا باع و غش المشتري يكون المشتري بالخيار لاجل الاشتراط الارتكازى.

و يقع الكلام فى صدقه فى بعض الموارد مثلا لو باع المعيب و لم يبين العيب فتارة يتبرأ من العيب و اخرى يقول ان العين سالمه

و لا عيب فيها و ثالثه يسكت اما الصورة الأولى فلا يصدق عنوان الغش و اما الصورة الثانية فالظاهر انها مصداق للغش فان الغش على ما يستفاد من اللغة عباره عن مفهوم «گول زدن و كلاه به سر گذاردن» فى اللغة الفارسيه و لا يصدق العنوان المذكور الا مع علم الغاش و جهل المغشوش و إرادته الغاش اضلال المغشوش.

و أما الصورة الثالثه: فقال سيدنا الاستاد فى منهاجه فى هذا المقام و قد يكون بترك الاعلام مع ظهور العيب و عدم خفائه كما اذا احرز البائع اعتماد المشتري عليه فى عدم اعلامه بالعيب فاعتقد انه صحيح و لم ينظر فى المبيع ليظهر له عيبه فان عدم اعلام البائع بالعيب مع اعتماد المشتري عليه غش للمشتري انتهى كلامه رفع

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥١٤

فى علو مقامه فالميزان فى الحرمة صدق العنوان المذكور و بعد صدقه يحرم تكليفا و يترتب عليه الخيار وضعا.

«قوله قدس سره: ثم التبرى من العيوب هل يسقط وجوب الاعلام فى مورده»

الخ.

قد ظهر مما تقدم انه يسقطه و ان عنوان الغش مع التبرى لا يصدق و مجرد كون المشتري معتمدا على اصاله الصحه من باب عدم اعلام البائع بالعيب لا يوجب تعنون البائع بكونه غاشا و العرف ببابك مضافا الى انه قد مرّ الاشكال فى كون اصاله السلامه اصلا معتبرا الا ان يكون مصداقا للاستصحاب.

«قوله قدس سره: ثم ان المذكور فى جامع المقاصد و المسالك و عن غيرهما انه ينبغى بطلان البيع فى مثل شوب اللبن بالماء».

الظاهر ان القاعده تقتضى التفصيل بان يقال تاره يكون شوب الماء باللبن بنحو يخرج اللبن عن كونه لبنا و يصدق على المركب منهما عنوان آخر و

اخرى لا يخرجها عن ذلك غاية الامر يكون لبنا معينا اما على الاول فيكون البيع باطلا اذ ما وقع عليه البيع هو اللبن و ما يكون فى الخارج غيره فيكون مثل بيع الحمار الوحشى و الحال ان ما فى الخارج العبد الحبشى و اما على الثانى فيكون البيع صحيحا غاية الامر يترتب عليه حكم المعيب فلاحظ.

[مسائل فى اختلاف المتبايعين]

[الأول الاختلاف فى موجب الخيار]

اشاره

قّمى، سيد تقى طباطبايى، عمدہ المطالب فى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، كتابفروشى محلاتى، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق
عمده المطالب فى التعليق على المكاسب؛ ج ٣، ص: ٥١٤

«قوله قدس سره: فالقول قول المنكر بيمينه».

لاين الاصل موافق معه و بعبارة اخرى المدعى للعيب يدعى ثبوت الخيار أو الارش و كلاهما على خلاف الاصل و يحتاج اثباتهما الى اقامه البينه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥١٥

«قوله قدس سره: كان الحكم كسابقه»

لعين التقريب المتقدم فلا وجه للاعاده.

«قوله قدس سره: كان للمشتري الخيار فى الرد»

اذ العيب متفق عليه بينهما فيترتب عليه الخيار و اما الارش فهو غير معلوم و ينفى بالاصل و بعبارة واضحة قد مرّ سابقا ان من العيوب ما لا يوجب قله القيمة كالخصاء.

«قوله قدس سره: كان القول قول منكر تقدمه»

على ما هو المقرر من ان المدعى عليه البينه و اما المنكر فالقول قوله و حيث ان المشتري يدعى الخيار و البائع ينكره فالقول قوله.

«قوله قدس سره: حتى لو علم تاريخ الحدوث».

فان الحق جريان الاصل فى معلوم التاريخ فى الحادثين و ما افاده فى الكفايه من الشبهه المصداقيه لنقض اليقين بالشك لا محصل له فان الشك فى الحاله الوجدانيه لا معنى له فتأمل.

«قوله قدس سره: لان اصاله عدم العقد حين حدوث العيب لا يثبت وقوع العقد على

الخ فانه من الاصل المثبت الذى لا نقول به مضافا الى انه معارض بمثله و هو أصل عدم حدوث العيب الى زمان العقد.

[لو اختلفا فى حدوث العيب فى ضمان البائع أو تأخره عن ذلك]

اشاره

«قوله قدس سره: و لعله لاصاله عدم تسليم البائع العين الى المشتري على الوجه المقصود»

الخ ادعى ابن الجنيد على ما نقل عنه بانه لو ادعى البائع ان العيب

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥١٦

حدث عند المشتري حلف المشتري ان كان منكرا و الشيخ قدس سره

قرب ما افاده ابن الجنيد بوجوه ثلاثه.

الوجه الأول: اصاله عدم تسليم البائع العين الى المشتري على الوجه المقصود.

و يرد عليه أولا ان الاصل المذكور لا يقتضى الخيار للمشتري الا على القول بالاثبات و ثانيا ان الشك المذكور ناش عن حدوث العيب قبل القبض أو بعده و حيث ان اصاله عدم حدوث العيب الى زمان القبض جاريه لا تصل النوبه الى اصاله عدم التسليم على الوجه المقصود فان الاصل السببي حاكم على الاصل المسببي.

الوجه الثانى اصاله عدم استحقاق البائع الثمن بتمامه

و يرد عليه ان البائع يستحق الثمن بتمامه بالعقد غايه الامر اذا كانت العين معيه يؤخذ منه الارش بعنوان الغرامه الشرعيه.

الوجه الثالث: اصاله عدم لزوم العقد

و يرد عليه ان الاصل الاولى فى العقود اللزوم بمقتضى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و الجواز يحتاج الى الدليل.

«قوله قدس سره: قال فى التذكرة و لو اقام احدهما بينه عمل بها ثم قال و لو اقاما بينه عمل بينه المشتري لان القول قول البائع لانه ينكر فالبينه على المشتري و هذا منه مبنى على سقوط اليمين عن المنكر باقامه البينه و فيه كلام فى محله و ان كان لا يخلو

عن قوه».

الماتن قدس سره اشار بكلامه الى بحث فى باب القضاء و هو انه هل يختص اقامه البيئه بالمدعى و يختص اليمين بالمنكر الا فى صورته الرد على المدعى أم لا يختص بل لكل واحد منهما اقامه البيئه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥١٧

المشهور فيما بين القوم القول الاول و فى مقابله القول الثانى ذهب إليه بعض كالشهيد و العلامه و يمكن الاستدلال على القول الاول بوجوه.

[المشهور على أن اقامه البيئه بالمدعى و يختص اليمين بالمنكر]

الوجه الأول: ما رواه جميل و هشام

عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله البيئه على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه «١» و مثله الحديث الثانى و الثالث و الرابع و الخامس و السادس و السابع من هذا الباب.

الوجه الثانى: الاجماع

فانه ربما يدعى عليه كما يشاهد فى كلماتهم و قد نقل عن المستند انه نقل الاجماع عليه عن بعض معاصريه.

الوجه الثالث: السيره العقلانيه الجاريه عليه

فانه لا- اشكال فى انه لو كانت دار مثلا- فى يد احد و عليها سلطانه فادعى غيره انها له يطلب من المدعى البيئه فى المحاكم العرفيه و العرف ببابك.

الوجه الرابع: ان هذه المسأله محل الابتلاء

و لا يمكن عاده ان يبقى حكمها تحت الستار و ان شئت قلت لو كان الحكم الشرعى على خلاف المشهور لذاع و شاع و حيث لا يكون كذلك يعلم ان الحق ما عليه المشهور فلاحظ.

و استدل على القول الآخر أيضا بوجوه.

الوجه الأول: حجه البيه على الاطلاق

و مقتضى اطلاقها عدم اختصاصها بخصوص البائع و يرد عليه ان تقييد الاطلاق أو تخصيص العام ليس بعزيز و بعبارة اخرى نرفع اليد عن الاطلاق المذكور بما

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب كيفية الحكم و احكام الدعاوى الحديث ١.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥١٨

يدل على الاختصاص و التفصيل المستفاد من النصوص المشار إليها.

الوجه الثاني: ما رواه أبو ضميره

عن أبيه عن جده قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام احكام المسلمين على ثلاثه: شهاده عادله او يمين قاطعه أو سنه ماضيه من ائمه الهدى «١».

بتقريب ان المستفاد من الحديث انه من جمله ما يتحقق به الحكم البيه و يرد عليه أولا ان السند مخدوش و ثانيا انه لا تنافى بين الامرين فان البيه تؤثر فى مورد و اليمين فى مورد آخر.

الوجه الثالث: ما ورد فى بعض النصوص

من ان الله اوحى الى بعض انبيائه ان اقض بينهم بالبينات و اضفهم الى اسمى لاحظ خير سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال فى كتاب على عليه السلام ان نبيا من الأنبياء شكا الى ربه فقال يا ربّ كيف اقضى فيما لم أر و لم اشهد قال فأوحى الله إليه احكم بينهم بكتابى و اضفهم الى اسمى فحلفهم به و قال هذا لمن لم تقم له بيته «٢».

و خبر أبان بن عثمان عمّن اخبره عن أبي عبد الله عليه السلام قال فى كتاب على عليه السلام ان نبيا من الأنبياء شكا الى ربه القضاء فقال كيف اقضى بما لم تر عيني و لم تسمع اذنى فقال اقض بينهم بالبينات و اضفهم الى اسمى يحلفون به ٣.

و فيه انه لا يدل الحديث على كون اليمين فى عرض البيه و كليهما فى حد سواء و بعبارة اخرى يستفاد من الحديث ان اليمين

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب كيفية الحكم و احكام الدعاوى الحديث ٦.

(٢) (٢ و ٣) الوسائل الباب ١ من ابواب كيفيه الحكم و احكام الدعاوى الحديث ١ و ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥١٩

فى طول البيئه و قد علم من الدليل الاخر ان اليمين وظيفه المنكر

و اذا لم يكن للمدعى البينه و المنكر لم يحلف ورد اليمين الى المدعى يحلف.

الوجه الرابع: مطالبه أبي بكر الملعون البينه من فاطمه عليها السلام

و الحال ان الفدك كان فى يدها مع ان المدعى لا بدان يقيم البينه و الحال انه أراد من الصديقه عليها السلام اقامتها و يرد عليه ان فعل أبى بكر و اضرابه لا يترتب عليه الا العذاب الاكبر و أمير المؤمنين عليه السلام لم يصدقه فى فعاله بل على مقتضى النقل فى مقام المحاجه اورد عليه بعين الايراد.

لاحظ ما روى عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث فدك ان أمير المؤمنين عليه السلام قال لابی بكر أ تحكم فىنا بخلاف حكم الله فى المسلمين قال لا قال فان كان فى يد المسلمين شىء يملكونه ادّعت انا فيه من تسأل البينه قال اياك كنت اسأل البينه على ما تدعيه على المسلمين قال فاذا كان فى يدى شىء فادّعى فيه المسلمون تسألنى البيله على ما فى يدى و قد ملكته فى حياه رسول الله صلى الله عليه و آله و بعده و لم تسأل المؤمنين البينه على ما ادعوا على كما سألتنى البينه على ما ادعيت عليهم الى ان قال و قد قال رسول الله صلى الله عليه و آله البينه على من ادّعى و اليمين على من انكر «١».

و لكن فى مقابل الكافر العنود المكب على الدنيا لا سبيل الا التسليم و الى الله المشتكى.

الوجه الخامس: جمله من النصوص

التي تدل على اعتبار بيته

(١) الوسائل الباب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم و احكام الدعوى الحديث ٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٢٠

الداخل اى ذى اليد منها ما رواه ابو بصير قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتى القوم فيدعى دارا فى ايديهم و يقيم البينه و يقيم الذى فى يده الدار البينه انه ورثها

عن ابيه و لا يدري كيف كان امرها قال اكثرهم بينه يستحلف و تدفع إليه و ذكران عليا عليه السلام اتاه قوم يختصمون في بغله فقامت البيئه لهؤلاء انهم انتجوها على مذودهم و لم يبيعوا و لم يهبوا و قامت البيئه لهؤلاء بمثل ذلك فقضى عليه السلام بها لاكثرهم بينه و استحلفهم قال فسألته حينئذ فقلت أ رأيت ان كان الذى ادعى الدار قال ان أبا هذا الذى هو فيها اخذها بغير ثمن و لم يقم الذى هو فيها بينه الا انه ورثها عن ابيه قال اذا كان الامر هكذا فهى للذى ادعاها و اقام البيئه عليها «١».

و منها ما رواه اسحاق بن عمار عن أبى عبد الله ان رجلين اختصما الى امير المؤمنين عليه السلام فى دابه فى ايديهما و اقام كل واحد منهما البيئه انها نتجت عنده فاحلفهما على عليه السلام فحلف احدهما و ابى الآخران يحلف فقضى بها للحالف فقبل له فلو لم تكن فى يد واحد منهما و اقاما البيئه فقال احلفهما فأيهما حلف و نكل الآخره جعلتها للحالف فان حالفا جميعا جعلتها بينهما نصفين قيل فان كانت فى يد احدهما و اقاما جميعا البيئه قال اقضى بها للحالف الذى هى فى يده ٢ و الجواب انه لو امكن تخصيص تلك الكبرى بهذه النصوص نلتزم به و اما اذا لم يمكن التخصيص نرفع اليد عن هذه الروايات.

الوجه السادس ما رواه حفص بن غياث

عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال له رجل اذا رأيت شيئا فى يدى رجل يجوز لى ان اشهد انه

(١) (١ و ٢) الوسائل الباب ١٢ من ابواب كيفيه الحكم و احكام الدعاوى الحديث ١ و ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣،

له قال نعم قال الرجل اشهد انه فى يده و لا اشهد انه له فلعلّه لغيره فقال أبو عبد الله عليه السلام أ فيحل الشراء منه قال نعم فقال أبو عبد الله عليه السلام فلعلّه لغيره فمن أين جاز لك ان تشتريه و يصير ملكا لك ثم تقول بعد الملك هو لى و تحلف عليه و لا يجوز ان تنسبه الى من صار ملكه من قبله أليك ثم قال أبو عبد الله عليه السلام لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق «١».

بتقريب ان المستفاد من الحديث جواز الشهاده لذى اليد و الحال ان وظيفته اليمين و فيه ان السند مخدوش فلا تصل النوبه الى ملاحظه دلالة الروايه فلاحظ.

«قوله قدس سره: ان كان قد اختبر المبيع»

الخ قد فصل قدس سره فى المقام بين اختبار البائع المبيع و عدمه فعلى الاول يمكنه الحلف على عدم تقدم العيب واقعا و بعبارة اخرى يحلف على العدم فى الواقع و أما مع عدم الاختبار ففى جواز الاستناد الى الاصل وجه فيجوز له الحلف كما يجوز له الحلف على طهاره شىء استنادا الى الاصل.

و يمكن الفرق بين البابين بان الطهاره فى الاصطلاح عبارة عمّا يعم غير معلوم النجاسه لا الطهاره الواقعيه كما ان المراد بالملكيه أو الزوجيه كذلك فلا مانع من الحلف فان مورده محرز بالوجدان و استدلال بحديث حفص بن غياث و قد مرّ آنفا حيث يستفاد من الحديث جواز الشهاده مستندا الى اليد اقول قد عبر عن الحديث بروايه جعفر و الحال ان الراوى هو الحفص لا- جعفر و يمكن ان يكون مراده انه

(١) الوسائل الباب ٢٥ من ابواب كيفيه الحكم و احكام الدعوى الحديث ٢.

فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٢٢

صادر عن جعفر بن محمد عليهما السلام و الامر سهل.

ثم انه لا وجه للاستدلال بحديث حفص اذ الحديث المذكور ضعيف سندا مضافا الى ان المذكور فى الحديث الاستناد الى اليد و الكلام فى المقام فى جواز الحلف مستندا الى الاصل لا- الى الاماره و الّذى يختلج بالبال ان يقال انه قد ثبت فى محله ان الاستصحاب يقوم مقام القطع الطريقي خصوصا اذا قلنا ان الاستصحاب أماره حيث لا أماره فلا بأس بالشهادة أو الحلف على نحو البت مستندا الى الاستصحاب الا- ان يقوم دليل على الخلاف كما لا- يبعد قيامه على عدم جواز الشهادة مستندا الى الاستصحاب.

ثم انه هل يكون مجرد نفي العلم بالتقدم كافيا فى اسقاط الدعوى أم لا الظاهر هو الثانى فلا اثر على مجرد نفي العلم فان نفي العلم لا يقتضى شيئا بالنسبه الى الواقع فلا بد من رد القسم على المدعى فاذا حلف يثبت مدعاه فانقذح بما ذكرناه انه لا فرق بين كون البائع مختبرا للمبيع و عدمه اذ قلنا انه يمكنه الحلف مستندا الى الاستصحاب و على كل تقدير لا اثر للحلف على نفي العلم و يمكن ان الماتن بامره بالفهم بقوله فافهم يشير الى دقه المطلب و الله العالم.

«قوله قدس سره: فرع لو باع الوكيل فوجد به المشتري عيبا يوجب الرد رده على الموكل»

الخ الظاهر ان الامر كما افاده فان المالك هو الاصل و الوكيل وسيله الطرفين و ربط بين الجانبين و ينتهى شأنه بتماميه العقد.

«قوله قدس سره: فيحلف الموكل على عدم التقدم كما مر»

و قد مرّ الكلام حوله.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٢٣

«قوله قدس سره: و لا يقبل اقرار

الوكيل بقدمه لانه اجنبى»

و اقرار العقلاء على انفسهم جائز لا على غيرهم.

«قوله قدس سره: و اذا كان المشتري جاهلا بالوكاله»

ان المشتري لو ادعى على الوكيل و الوكيل اعترف بقدوم العيب لا يمكنه رد المبيع الى الموكل فانه بلا وجه و لا بدّ فى اثباته من اقامه البينه فيكون للوكيل احلاف الموكل على عدم السبق لدفع الظلامه عن نفسه فلو رد اليمين فحلف الوكيل يلزم الموكل و لو انكر الوكيل التقدم يحلف ليدفع عن نفسه و ليس للمشتري تحليف الموكل المقر بالوكاله اذ تحليفه للموكل اقرار بالوكاله فيسقط دعواه عن الوكيل و المفروض ان الواقعه واحده و لا تعدد فى الدعوى فليس له تحليف شخصين و بعبارة واضحه المشتري اما طرف فى الدعوى مع الوكيل و اما طرف مع الموكل فلاحظ.

«قوله قدس سره: و جهان بناهما فى القواعد على كون اليمين»

المدى يختلج بالبال فى هذه العجالة ان اليمين المردوده لا يكون كالبينه و لا يكون كالاقرار لعدم الدليل عليه فلا بد من ان يعمل على طبق القواعد المقرره مضافا الى ان المفروض ان الوكيل معترف بعدم السبق فكيف يجوز له ان يراجع الى الموكل اللهم الا ان يكون اعترافه مبني على الاصل فانه من الظاهر انه لا مجال للاصل مع وجود الاماره.

«قوله قدس سره: الرابعه لورد سلعه بالعيب فانكر البائع انها سلعته قدم قول البائع»

اذ المشتري يدعى الخيار و البائع ينكره فالقول قوله بل الاصل

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٢٤

يجرى فى السبب فان مقتضى الاصل عدم كون المردود سلعه البائع.

«قوله قدس سره: فاحتمل هنا فى التذكرة و القواعد تقديم قول المشتري»

الظاهر انه لا وجه له فان الاعتراف بالخيار لا يقتضى ان يكون المردود عين

السلعه و مع الشك يكون مقتضى الاصل عدم كما ان اعمال الخيار لا يرتبط بكون المردود من سلعه البائع أو غيرها.

«قوله قدس سره: و الاصل عدمها»

لا اصل لهذا الاصل و الا يلزم الحكم بعداله كل شخص مجهول الحال لاصاله عدم كونه خائنا فى الحكم الشرعى و هل يمكن الالتزام به كلا- ثم كلا- مضافا الى انه يمكن ان يكون اقدمه مبنيا على الغفله و الاشتباه و كيف كان الميزان الكلى فى باب الدعاوى ان القول قول من يكون قوله موافقا مع الاصل بخلاف المدعى.

«قوله قدس سره: الثانى سقوط حق الخيار»

هذا خلاف ظاهر المسأله فان البائع لا ينكر الخيار و لا يدعى سقوطه بل ينكر كون المردود سلعته و الاصل معه فالقول قوله.

«قوله قدس سره: قدم منكر العلم»

فانه مقتضى الاصل.

«قوله قدس سره: أقواما الاول»

المدى يختلج بالبال ان يفصل بان نقول اذا قلنا ان العيب اذا كان زائلا قبل العلم به فلا خيار من اول الامر لا انه كان ثابتا ثم زال فمقتضى الاصل عدم الخيار اذ لا ندرى ان المشتري علم به فى زمان وجوده و قبل زواله و الاصل عدم تحقق علمه به.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٢٥

و بعباره واضحه موضوع الخيار علم المشتري بالعيب قبل زواله و مقتضى الاستصحاب عدم تعلق علمه به و اما ان قلنا بان الخيار ثابت بوجود العيب و انما يرتفع و يسقط بزواله قبل العلم به فاذا شك فى البقاء معناه الشك فى تحقق المسقط و الاصل عدم تحققه فلاحظ.

[الثانى الاختلاف فى المسقط]

«قوله قدس سره: و لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد و زوال احد العيبين فى كون الزائل»

الخ.

فيدعى البائع ان الزائل العيب القديم فلا رد و لا

ارش و يدعى المشتري ان الزائل الجديد فله الخيار الظاهر ان القول قول المشتري اى يكون له الخيار اذ المفروض ان حدوث العيب قطعى و زواله مشكوك فيه و الاستصحاب يقتضى بقاءه المقتضى للخيار و لا يعارضه استصحاب بقاء الحادث اذ اصاله بقاء الحادث لا- يقتضى زوال القديم الا- على النحو المثبت المذى لا نقول به ففى النظره الاولى يتصور تماميه الامر و لا مجال للتعارض.

و لكن بحسب النظره الثانيه ان فى المقام شبهه و هى ان الاستصحاب الجارى فى بقاء الوجود المحمولى لا يثبت الوجود النعتى مثلا لو كان فى يوم السبت مقدار كرم من الماء فى الحوض و فى يوم الاحد يحتمل ان الموجود فى الحوض هو الماء الموجود فى السابق و يحتمل كونه غير ذلك الماء فاذا شك فى كربه الماء الموجود بالفعل لا مجال لاستصحاب بقاء الكر لاثبات كربه الموجود الا- على نحو الاثبات و المقام كذلك لان استصحاب بقاء العيب السابق لا يثبت ان الموجود بالفعل هو الاعلى نحو الاثبات ان قلت لا اشكال فى حدوث عيب سابق

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٢٦

فى العين و لا- شك فيه و هو يوجب الخيار فإى مانع من اجراء الاستصحاب فى الخيار فان الخيار كان موجودا و يشك فى ارتفاعه و الاصل بقاءه.

قلت اما على القول بان العيب اذا زال قبل علم المشتري به فلا خيار يكون الامر ظاهرا اى لا مجال لاستصحاب الخيار فانه لا علم بوجوده كى يحكم ببقائه بالاستصحاب.

و أما على القول بثبوت الخيار بالعيب و ارتفاعه بزوال العيب قبل العلم فيمكن القول ببقاء الخيار اذا شك فى مسقطه بعد العلم بوجوده و الاصل يقتضى عدم تحقق

المسقط و بما ذكرنا ظهر فساد ما نسب الى الشافعي من ان الوظيفة التحالف اذ مقتضى ما ذكرنا ان القول قول المشتري و يلزم على البائع اثبات سقوط الخيار هذا على تقدير و على تقدير آخر يكون القول قول البائع فعلى كلا التقديرين لا مجال للتحالف مضافا الى ان ما افيد فى المقام من ان البائع يستفيد بحلفه عدم الرد و يستفيد المشتري بحلفه اخذ الارش كيف يمكن الالتزام به مع كونه مخالفا مع القطع الوجدانى اذ العيب الموجود ان كان هو العيب المذمى كان فى العين قديما فيجوز الرد و ان لم ين فلا يجوز الارش فما افاده باطل.

«قوله قدس سره: الثالثه لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه فادعى البائع حدوثه عند المشتري و المشتري سبقه»

الامر كما افاده الماتن من ان القول قول المشتري و هو بقاء الخيار و عدم سقوطه و لا مجال للمقايسه بين المقامين فان الدعوى فى المقام الأول فى اصل ثبوت الخيار و فى المقام الثانى فى سقوطه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٢٧

و القول قول البائع فى الاول و قول المشتري فى الثانى فان استصحاب عدم كونه سابقا و عدم تحققه لا- يثبت حدوثه عند المشتري كى يسقط الخيار الا- على القول بالاثبات المذمى لا- نقول به و بما ذكرنا ظهر ان ما افاده الماتن قدس سره فى الفرع المذكور تام بتمامه و كما له فلاحظ.

«قوله قدس سره: الرابعه لو اختلف فى البراءه قدم منكرها».

الامر كما افاده فان اثبات البراءه يحتاج الى الدليل و مقتضى الاصل عدمها فالقول قول منكرها.

«قوله قدس سره: و ربما يتراءى من مكاتبه جعفر بن عيسى «١» خلاف ذلك».

لاحظ ما رواه و

الحديث ضعيف سنداً فلا تصل النوبه الى ملاحظه دلالته.

«قوله قدس سره: ثم الحلف هنا على نفى العلم بالبراءه لانه الموجب لسقوط الخيار».

و بعباره اخرى الذى يوجب سقوط الخيار علم المشتري بالبراءه و أما البراءه و عدمها فلا اثر لهما فى الحكم.

«قوله قدس سره: حلف المشتري لاصاله عدم هذه الامور».

الامر كما افاده و الوجه المذكور فى كلامه فلاحظ.

«قوله قدس سره: لاصاله بقاء الخيار».

الظاهر ان هذا هو الحق فان اصاله التأخر لا تثبت الحدوث عند

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٥٠٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٢٨

المشتري الا بالاصل المثبت الذى لا نقول به فالقول قول من يدعى بقاء الخيار و بعباره واضح ان حدوث العيب عند المشتري المانع عن الاخذ بالخيار خلاف الاصل فالقول قول منكره.

«قوله قدس سره: فان كان الخيار باقيا فله انشاء».

الامر كما افاده اذ الخيار ان كان باقيا يكون لذيده الفسخ و لا مجال للاشكال فيه و البائع يلزم بترتيب الاثر على فسخه فانه معترف ببقاء الخيار غايه الامر يدعى عدم صدور الفسخ من المشتري لكن يكون ملزماً لان المفروض ان الفسخ صدر عن المشتري فى الحال فالعقد منفسخ قطعاً اما بالفسخ الاول كما يدعيه المشتري و اما بالفسخ الثانى كما يدعيه البائع فلا اشكال فيه.

«قوله قدس سره: و فى الدروس انه يمكن جعل اقراره إنشاء».

هذا التقريب غير سديد فان الاقرار ليس إنشاء و لذا لو لم يصدر عنه الفسخ سابقاً يكون العقد باقياً بحاله و ان شئت قلت الاقرار اخبار و الفسخ إنشاء فلا جامع بينهما نعم يمكن ترتيب الاثر عليه من باب قاعده من ملك شيئاً ملك الاقرار به انما الكلام فى سند هذه القاعده و مدرستها و

نقل عن المحقق العراقي الشيخ ضياء الدين قدس سره ان السلطنه على شىء تلازم السلطنه على اثباته.

و الانصاف ان هذه الدعوى ليس تحتها شىء و لا ترجع الى محصل فانه يرد عليه نقضا و حلا اما النقض فبان الامر لو كان كما يقول يلزم انه لو ادعى احد انه عادل يصدق فى قوله اذ كل مكلف مسلط على صيرورته عادلا و هل يمكن الالتزام به.

و أما الحل فبان أى دليل دل على هذه الملازمه المدعاه و انها

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٢٩

عقلية أو شرعية أو لا- هذا و لا- ذاك و هو الحق فلا- بد فى اثبات المدعى من التوسل بدليل آخر و الظاهر انه امر مرتكز عند العقلاء و سيرتهم جاريه عليه و يؤيد المدعى بل يدل عليه التسالم عليه بين الاصحاب كما يشاهد فى كلماتهم مضافا الى دعوى الاجماع.

و يؤيد المدعى أيضا ما رواه الكاهلى قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام كان لعمى غلام فابق فأتى الانبار فخرج إليه عمى ثم رجع فقلت له ما صنعت يا عمّ فى غلامك قال بعته فمكث ما شاء الله ثم ان عمى مات فجاء الغلام فقال انا غلام عمك و قد ترك عمى اولادا صغارا و انا وصيهم فقلت ان عمى ذكر انه باعك فقال ان عمك كان لك مضارًا و كره ان يقول لك فتشمت به و انا و الله غلام بنيه فقال صدق عمك و كذب الغلام فأخرجه و لا تقبله «١».

و انما عبرنا بالتأييد لانه الكاهلى لم يوثق صريحا نعم ورد فى حقه قول المعصوم عليه السلام مخاطبا الى الطرف اضمن لى الكاهلى اضمن لك الجنه فان هذه العبارة

تشعر الى جلاله قدر الرجل عنده و لكن الانصاف ان هذه الجملة لا تدل على توثيق الرجل اذ يمكن ان تكون توصيه الامام بالنسبه إليه من باب كونه وجودا نافعا للدين و مروجاً للولايه فلاحظ.

ان قلت: لا اشكال في اعتبار قاعده اقرار العقلاء على انفسهم جائز أو نافذ و هذا من مصاديقه و بعبارة اخرى اقرار المالك بشيء من مصاديق اقرار العقلاء.

قلت: اقرار العقلاء على انفسهم يختص بموارد تكون ضرراً على المقر و لكن هذه القاعده لا يختص بهذا القسم و بعبارة واضحة

(١) الوسائل الباب ٢٦ من ابواب بيع الحيوان.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٣٠

مورد قاعده من ملك اعم من مورد القاعده فلاحظ و لا تغفل.

«قوله قدس سره: افتقر مدعيه الى البيئه».

الامر كما افاده فان اعتبار القاعده يختص بمورد يكون المقر مالكا للمقر به و اما بعد انتهاء زمانه و انقضاء السلطنه فلا دليل على الاعتبار و ان شئت قلت ليس على اعتبار القاعده اطلاق أو عموم كي يؤخذ به فلا بد من الاقتصار على القدر المعلوم.

«قوله قدس سره: و مع عدمها حلف الاخر».

هو مقتضى قاعده اليمين على من انكر.

«قوله قدس سره: ثم اذا لم يثبت الفسخ فهل يثبت للمشتري المدعى للفسخ الارش»

الخ تاره المشتري لا يطالب الارش و اخرى يطالب اما على الاول فلا يمكنه اخذ شيء اذ الارش انما يتحقق و يجب دفعه عند المطالبه لا- مطلقاً و اما على الثاني فربما يقال بانه يستحق الارش كي لا يحرم عن كلا الحقين و عن الشهيد في الدروس انه يحتمل ان يأخذ اقل الامرين من الارش و ما زاد على قيمه من الثمن ان اتفق لانه بزعمه يستحق الثمن ورد قيمه

فيقع التقااص فى القيمه و يبقى قدر الارش مستحقا على التقديرين.

و ما افاده متين لكن حق العبارة ان يقال و يبقى اقل الامرين مستحقا على التقديرين و فى المقام شبهه و هى ان التقااص متحقق فى مورد التعدى و اما اذا كان مع العذر فلا دليل عليه الا ان يقال ان السيره جاريه على هذا المنوال فى امثال المقام و لم تردع عنها.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٣١

«قوله قدس سره: وجهان».

ربما يقال ان القول قول مدعى الفسخ لاصاله الصحه فانها تقتضى صحه الفسخ و يرد عليه ان اصاله الصحه انما تجرى فيما يكون الاهليه محرزه و المفروض انه يحتمل صدور الفسخ عن المشترى بعد انقضاء زمان الاهليه مضافا الى ان جريان اصاله الصحه فى باب المرافعات و المنازعات محل الاشكال.

هذا على تقدير كون المراد بالاصل حمل فعل الغير على الصحه و ان كان المراد الاخذ بعموم دليل ان ذا الخيار له ان يفسخ فيرد عليه ان التمسك بالعام غير جائز فى الشبهه المصادقيه و يمكن اثبات المدعى بتقريب آخر و هو ان استصحاب بقاء الخيار الى حين الفسخ يقتضى الانفساخ ان قلت ان الاصل المذكور لا يترتب عليه وقوع الفسخ قبل الانقضاء الا على القول بالمثبت الذى لا نقول به قلت يكفى لصحه الفسخ بقاء الخيار الى زمانه و هذا يتحقق من تركيب الوجدان مع الاصل.

لكن يرد على التقريب المذكور ان الاصل المشار إليه معارض بمثله و هو استصحاب عدم الفسخ فى زمان انقضاء الخيار و لا يلزم اثبات كون الفسخ بعد الانقضاء كى يقال انه مثبت فانه يكفى احراز عدم الفسخ فى الظرف القابل للتأثير و بعد تعارض الاصلين تصل النوبه

الى استصحاب بقاء الملكيه فان الاصل الجارى فى الحكم لا يجرى ما دام يجرى الاصل فى الموضوع.

و أما مع عدم جريانه فى الموضوع فلا مانع عن جريان الاصل الحكمى. ان قلت: ما وجه عدم تعارض الاصل المعارض الجارى فى الطرف الاخر مع الاصل الموضوعى و الحكمى فى زمان واحد.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٣٢

قلت: الاصل الجارى فى الطرف الاخر غير جار قطعاً اعم من ان يكون الاصل الحكمى يجرى أم لا و معه لا مجال للمعارضه مضافاً الى ان الاصل الحكمى لا يجرى له مع الاصل الموضوعى فما دام الاصل الموضوعى يكون جارياً لا مجال للاصل الحكمى و بعد سقوطه بالمعارضه لا موضوع للتعارض فلاحظ.

«قوله قدس سره: لا يثبت وقوع الفسخ فى اول الزمان».

فانه من اظهر انحاء المثبت فالقول قول منكر تأثير الفسخ بالتقريب المتقدم لعين الملاك.

«قوله قدس سره: و هذه المسأله نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع»

الظاهر انه ناظر الى نظير هذه المسأله لا انه ناظر الى خصوص الفرض الثانى.

«قوله قدس سره: الثالثه لو ادعى المشتري الجهل بالخيار او بفوريته بناء على فوريته سمع قوله»

لان قوله موافق مع الاصل فان مقتضاه عدم العلم الا فى فرض الوثوق بكذبه فما افاده قدس سره فى الفرع المذكور تام فلاحظ.

«قوله قدس سره: و اما العيب فالظاهر من اللغه و العرف انه النقص عن مرتبه الصحه المتوسطه بينه و بين الكمال».

و قال الطريحي و هو كلما يزيد أو ينقص على مجرى الطبيعى كزياده اصبع و نقصانه و لا يبعد ان يقال ان العيب عبارته عن شىء

ء يكون موجبا لنقصان قيمه و لذا فى خيار العيب اذا تعذر الرد تصل النوبه الى الارش فالعيب عبارته عما

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٣٣

و هو الميزان و لذا نرى ان الغلفه تعد عيبا مع انها مقتضى الطبيعه الاوليه.

و نرى أيضا ان الخصاء كمال فى بعض الحيوانات و فى بعض الاناسى مع انه نقص عن الطبيعه الاوليه و صفوه القول ان المتبادر من العيب ما يوجب النقص فى قيمه المعيوب.

و اما حديث السيارى قال: روى عن ابن ابى ليلى انه قدّم إليه رجل خصما له فقال ان هذا باعنى هذه الجارويه فلم اجد على ركبها حين كشفتها شعرا و زعمت انه لم يكن لها قط قال فقال له ابن أبى ليلى ان الناس يحتالون لهذا بالحيل حتى يذهبوا به فما الذى كرهت قال ايها الفاضى ان كان عيبا فاقض لى به قال اصبر حتى اخرج إليك فأتى اجد اذى فى بطنى ثم دخل و خرج من باب آخر فأتى محمد بن مسلم الثقفى فقال له أى شىء تروون عن أبى جعفر عليه السلام فى المرأه لا- يكون على ركبها شعراً يكون ذلك عيبا فقال محمد بن مسلم اما هذا نصابا فلا أعرفه و لكن حدثنى أبو جعفر عليه السلام عن أبيه عن آباءه عليهم السلام عن النبى صلى الله عليه و آله انه قال كل ما كان فى أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب فقال له ابن ابى ليلى حسبك ثم رجع الى القوم فقضى لهم بالعيب «١».

الدال بإطلاقه على كون كلما نقص او زاد بالنسبه الى الخلقه الاصليه عيب فلا اعتبار به سندا.

«قوله قدس سره: و يحتمل قويا ان يقال ان المناط فى العيب هو النقص المالى».

قد ظهر مما تقدم ان هذا هو الحق.

الباب ١ من ابواب احكام العيوب.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٣٤

«قوله قدس سره: فتأمل».

لعله يشير بالامر بالتأمل الى ان المانع للرد انما يمنع فيما يكون الارش ثابتا و اما مع عدم الارش كما هو المفروض فلا مانع من الرد فلا فرق بين خيار العيب و خيار الشرط.

قوله قدس سره: و فى صوره حصول هذا النقص قبل القبض أو فى مده الخيار.

أى تظهر الثمره فى حدوث العيب و هو النقص فى زمان الخيار أو قبل القبض فعلى الاول يوجب الخيار و اما على الثانى فلا يوجب.

«قوله قدس سره: و للنظر فى كلا شقى الثمره مجال».

الظاهر ان المراد بكلا الشقين الثمره الثانى المذكوره فى كلامه من ضمان النقص قبل القبض و فى مده الخيار و لا يكون المراد منهما الثمرتين المذكورتين فانه قدس سره اشار الى الاول بقوله فتأمل فلا تغفل و الظاهر ان وجه النظر عدم الفرق فان كلام الاصحاب و ان كان واردا فى العيب لكن ملاك الحكم واحد فلا فرق بين كون الخيار ناشيا و مسببا عن العيب و ان يكون مسببا عن الاشتراك و تحقيق الحال موكول الى بحثى احكام الخيار و القبض فانتظر.

«قوله قدس سره: بما فى مرسله السيارى»

قد مرت الاشاره الى الروايه و قلنا انها ضعيفه سندا فلا تصل النوبه الى ملاحظه مضمونها.

«قوله قدس سره: فلا يظهر من الروايه»

و الحاصل ان المستفاد من الحديث جواز الرد و لكن لا يستفاد منه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٣٥

ان الرد من باب خيار العيب كى يترتب عليه جميع احكامه و لا فرق بين خيارى العيب و الشرط فى أصل جواز الرد و يرد عليه انه خلاف الظاهر من

الحديث ان لم يكن خلاف صريحه و لعله الى هذا يشير بقوله فتأمل.

«قوله قدس سره: فافهم».

لعله قدس سره يشير بامره بالفهم الى ان الحديث و لو كان ضعيفا لكن منجبر ضعفه بالشهره و يرد عليه انا قد ذكرنا مرارا ان الخبر الضعيف لا ينجبر بالشهره كما ان المعتبر من الخبر لا يسقط عن الاعتبار باعراض المشهور عنه فلاحظ.

«قوله قدس سره:

القول فى الارش»

يقع الكلام فى الارش فى جهات

الجهه الأولى فى تعريفه

كما تعرض الشيخ لهذه الجهه فى أول البحث و قال و هو لغه كما فى الصحاح و عن المصباح ديه الجراحات.

و قال فى مجمع البحرين ارش الجنايه ديتها و الجمع اروش مثل فلس و فلوس قال فى المصباح و اصله الفساد من قولهم ارشت بين القوم تأريشا اى افسدت ثم استعمل فى نقصان الاعيان لانه فساد فيها و الارش ما يأخذه المشتري من البائع اذا اطلع على عيب فى المبيع و منها اروش الجنايات لانها جابره للنقص.

و قال الشهيدى فى شرحه على المتن الذى يقضيه التدبر فى موارد استعمالته ان له معنى واحدا و هو المال الذى يجبر به نقص مضمون فى ماله أو بدن حصل من فوات وصف مضمون فى مال أو بدن حصل من فوات وصف الصحه فيه و هو الظاهر من عباره النهايه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٣٦

الا-ثيريه فالارش عوض وصف الصحه الفائت عن العين مالا- كان أو بدنا فلفظ الارش اسم له كما ان اجره المثل اسم لعوض المنفعه الفائتة و القيمه اسم للعين الفائتة كلا أو بعضا و الكل مشترك فى أنه عوض التألف المضمون و لكن التألف ان كان عينا فاسمه القيمه و ان كان منفعه فاسمه اجره المثل و ان كان وصف الصحه فاسمه الارش

الجبهه الثانيه ان الارش الذى يبحث عنه فى المقام هل يكون على طبق القاعده أم لا

الظاهر هو الثانى اذ الثمن لا يقع فى مقابل وصف الصحه و عليه لا وجه للارش.

ان قلت: هذه الامور راجعه الى العقلاء الا- فى مورد يثبت من الشرع شىء على خلاف سيرتهم فلا- بد من ملاحظه سيره العقلايه قلت:

الظاهر ان مقتضى الارتكاز العقلايى اشتراط الفسخ عند ظهور العيب فى العين و أما الارش فلا و لو فرض الشك فى هذه الجبهه يحكم بالعدم بمقتضى الاصل نعم يمكن و يجوز المصالحه على الارش و هذا خارج عن محل البحث.

الجبهه الثالثه فى ان ضمان الارش ضمان يد أو ضمان معاوضه أو ضمان التزام أو ضمان تعبدى

فاقول لا اشكال فى عدم كونه من باب ضمان اليد فان كل من العوضين فى يد مالكه و لا مقتضى لضمان اليد كما انه ليس ضمان المعاوضه اذ لا معاوضه بين الارش و وصف الصحه.

و أيضا ليس هذا الضمان مسببا عن الالتزام فانه ربما يكون الطرف جاهلا بالعيب أو غافلا و لذا لا يتحقق الضمان بلا مطالبه من له الحق بل هذا الضمان ضمان تعبدى ثابت بحكم الشارع الاقدس.

الجبهه الرابعه فى انه هل يلزم ان يكون الارش من عين الثمن

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٣٧

أم لا فنقول حيث ان ثبوت الارش بالتعبد الشرعى فلا بد من ملاحظه نصوص الباب و استفاده الحكم منها.

و من النصوص الداله على الارش ما رواه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال ايما رجل اشترى شيئا و به عيب و عوار لم يتبرأ إليه و لم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء انه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به «١» و هذه الروايه ضعيفه سندا فلا تصل النوبه الى ملاحظه دلالتها.

و منها ما رواه ابن سنان عن ابى عبد الله عليه السلام فى حديث قال: قال على عليه السلام لا ترد التى ليست بجلبى اذا وطأها صاحبها و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها «٢» و هذه الروايه وارده فى الامه المعيوبه و استفاد منها بحسب الظهور العرفى ان الموضوع من عين الثمن و لا وجه لرفع اليد عن الظهور مضافا الى عدم شمول الحديث للمقام.

الا ان يقال ان العرف يفهم الاتحاد ولا يخفى ان المستفاد من هذه الروايه

ان الارش ثابت و لو مع عدم مطالبه المشتري.

و بعباره واضحه ان المستفاد من الحديث بحسب الفهم العرفى انه مع الوطى يرجع من الثمن بمقدار ما به التفاوت الى المشتري فلاحظ.

و منها ما رواه طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام قال

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الخيار الحديث ٢.

(٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب احكام العيوب الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٣٨

قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل اشترى جاريه فوطأها ثم وجد فيها عيبا قال تقوم و هى صحيحه و تقوم و بها الداء ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحه و الداء «١».

و هذه الروايه تدل على رد ما به التفاوت على الاطلاق و المطلق يحمل على المقيد و يستفاد من الحديث انه يرد عليه و لو مع عدم المطالبه بل يمكن ان يقال انه يستفاد من الحديث وجوب الرد من عين الثمن فان مفهوم الرد متقوم بكون المردود من عين المأخوذ.

و منها ما رواه منصور ابن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى جاريه فوقع عليها قال ان وجد بها عيبا فليس له ان يردها و لكن يرد عليه بقيمه ما نقصها العيب قال قلت هذا قول على عليه السلام قال نعم «٢» و هذه الروايه تدل على ارجاع الارش من عين الثمن.

و منها ما رواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام انه سأل عن الرجل يبتاع الجاريه فيقع عليها ثم يجد بها عيبا بعد ذلك قال لا يردها على صاحبها و لكن تقوم ما بين العيب و الصحه فيرد على المبتاع معاذ الله ان يجعل لها اجرا «٣»

و هذه الروايه تدل على وجوب الرد من نفس الثمن.

و منها ما رواه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال كان على بن الحسين عليه السلام لا يرد التى ليست بحبلى اذا وطأها و كان يضع

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب الخيار الحديث ٢.

(٢) نفس المصدر الحديث ٣.

(٣) نفس المصدر الحديث ٤.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٣٩

له من ثمنها بقدر عيبها «١» و هذه الروايه تدل بالصراحه على ان الرد لا بدّ من كونه من عين الثمن.

و منها ما رواه عبد الرحمن ابن أبى عبد الله قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول أيما رجل اشترى جاريه فوقع عليها فوجد بها عيبا لم يردّها ورد البائع عليه قيمه العيب «٢» و هذه الروايه تدل على وجوب رد ما به التفاوت بلا تقييده بكونه من الثمن لكن قلنا ان الرد متقوم بكون المردود من المأخوذ.

و منها ما رواه حماد بن عيسى قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول قال على بن الحسين عليه السلام كان القضاء الاول فى الرجل اذا اشترى الامه فوطأها ثم ظهر على عيب ان البيع لازم و له ارش العيب «٣» و هذه الروايه تدل على وجوب الارش على الاطلاق.

و منها ما رواه محمد بن ميسر عن أبى عبد الله عليه السلام قال كان على عليه السلام لا يرد الجاريه بعيب اذا وطئت و لكن يرجع بقيمه العيب، و كان على عليه السلام يقول معاذ الله ان اجعل لها اجرا «٤» و المستفاد من الحديث وجوب الرجوع من عين الثمن فان قوام الرجوع به.

و منها ما رواه رفاعه النخاس قال سألت أبا عبد الله عليه السلام قلت

ساومت رجلا بجاريه فباعنيها الى ان قال قلت أ رأيت ان وجدت

(١) الوسائل الباب ٤ من أبواب الخيار الحديث ٥.

(٢) نفس المصدر الحديث ٦.

(٣) نفس المصدر الحديث ٧.

(٤) نفس المصدر الحديث ٨.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٤٠

بها عيبا بعد ما مسستها قال ليس لك ان تردها و لك ان تأخذ قيمه ما بين الصحه و العيب «١».

و هذه الروايه تدل على وجوب دفع ما به التفاوت و هذه النصوص موردها الامه و لا وجه للتعدى اذ لا اطلاق فيها كى يؤخذ به اللهم الا ان يقال ان العرف يفهم منها عدم الفرق بين الموارد و قلنا لا بد من حمل مطلقها على مقيدها و النتيجة وجوب الرد من نفس الثمن.

و بعباره واضحه مقتضى الجمع بين هذه النصوص وجوب الرد من عين الثمن هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى ان العرف يفهم من مجموع هذه النصوص ان الحكم المذكور حكم العيب فى المبيع و ليس مختصا بخصوص مورد كون المبيع الامه فيجب الرد بهذه الخصوصيه الا ان يقوم دليل معتبر على الخلاف.

و صفوه القول ان ما افاده الشيخ قدس سره من البناء على عدم وجوب كون الارش من نفس الثمن و حمل النصوص على بعض المحامل المذكور فى كلامه خلاف المقرر من لزوم العمل بالظهور و عدم جواز رفع اليد عنه بلا دليل و أيضا المستفاد من النصوص كما قلنا رجوع ما به التفاوت الى المشتري و لو مع عدم مطالبته.

و بعباره واضحه يمكن ان يقال ان المستفاد من النصوص ان العيب فى الرتبة الاولى يقتضى الخيار و بعد سقوط الرد بالوطى أو بغيره تصل النوبه الى الارش و هو عباره

عن جزء من الثمن و يرجع ذلك المقدار الى المشتري و هذا حكم شرعى تعبدى مجعول من قبل الشارع الاقدس فلا مجال لان يقال يلزم ان يكون البيع بالنسبه الى

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب احكام العيوب الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٤١

هذا المقدار باطلا لوقوع مقدار الثمن فى مقابل وصف الصحه فان الحكم بالارش حكم تعبدى مترتب على العيب و لا يكون الارش ثابتا فى الذمه بل الارش كما تقدم منا جزء من الثمن يرجع الى المشتري بحكم الشارع الاقدس فليكن هذا بذكره ينفعك فيما يأتى فانتظر..

«قوله قدس سره: ثم على المختار من عدم تعيينه من عين الثمن»

الخ قد ظهر مما ذكرنا تعيينه من الثمن بل قلنا المستفاد من النصوص ان الارش ليس غرامه مالىه بحيث يكون مجرد وجوب اداء المقدار و أيضا ليس الارش امرا ثابتا فى الذمه بل الارش جزء من الثمن نعم لو قلنا بمقاله الماتن يكون ما افاده تاما لما ذكره من الوجه.

«قوله قدس سره: و لم يجز منهما»

الخ لم يظهر لى وجه عدم جواز الاخذ منهما فان المفروض تحقق شرط بيع الصرف و هو التقابض فى المجلس قبل التفرق و هذا تغريم عارض و لا يكون موجبا لاختلال شرط الصحه و الشىء لا ينقلب عما هو عليه.

«قوله قدس سره: و انما هو حق لو اعمله»

قد ظهر مما ذكرنا ان الارش جزء من الثمن يرجع الى المشتري بلا مطالبته.

«قوله قدس سره: بطل بيعه»

يرد عليه انا ذكرنا سابقا انه لا دليل على اشتراط المالىه فى المبيع فلا مجال لاثبات المدعى بهذا التقريب نعم يمكن اثباته

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٤٢

بتقريب آخر و هو ان

المستفاد من نصوص الارش هو رد مقدار من الثمن اى بالمقدار الذى نقصه العيب على حسب المتعارف فان النقصان انما يعلم بتقويم اهل الخبره و من الواضح انه لا يتحقق ذلك الا فى الاشياء التى هى اموال فى نظر العقلاء و بهذا التقريب يتم المدعى فلا يتصور مورد يكون الارش مستوعبا لتمام الثمن و ان شئت قلت انه غير معقول.

«قوله قدس سره:

مسأله يعرف الارش بمعرفه قيمته الصحيح و المعيب»

اذا كانت قيمه معلومه فالامر ظاهر و لا احتياج الى التوسل بالمقوم فانه تحصيل للحاصل.

«قوله قدس سره: و هذا داخل فى الشهاده يعتبر فيها جميع ما يعتبر فى الشهاده»

قد ذكرنا فى موارد عديده من ابواب الفقه انه لا- يعتبر فى الشاهد فى الموضوعات الا كونه ثقه و لا دليل على ازيد من هذا المقدار و الوجه فيه ان السيره قائمه على العمل بخبر الثقه الواحد و لم يردع عنها الشارع الا قدس نعم يلزم فى الشهاده الاخبار عن الحسن.

«قوله قدس سره: و هذا يحتاج الى الصفات السابقه»

اى الصفات التى ذكرها للشاهد و لكن الحق عدم اعتبار شىء فيه الا الامانه و الوثوق بعدم خيانتته فان السيره جاريه على العمل بقول اهل الخبره و بعبارة واضحه مقتضى السيره العقلائيه رجوع الجاهل الى العالم فى جميع الموارد.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٤٣

«قوله قدس سره: و قد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات فى المبيع يعرفها هذا المخبر»

هذا داخل فى القسم الأول غايه الامر الشاهد فى القسم الأول يشهد بمقدار قيمه و هذا يشهد بالخصوصيه و يخبر عن القيمه ثانيا و مترتبا على الخصوصيه المخبر بها.

«قوله قدس سره: لكن الاظهر عدم التفرقه بين الاقسام»

الامر كما افاده فانه لا فرق بين الاقسام كما ذكرنا نعم قد

ثبت بالدليل لزوم كون الشاهد عند الحاكم فى المرافعات عادلا متعددا و هذا حكم خاص لذلك المقام و صفوه القول انه لا فرق بين الاقسام لا- من هذه الجهة و لا- من حيث بحث المعارضه بين المقومين فانه لو وقع التعارض بين فردين من قسم من الاقسام أو وقع التعارض بين قسم مع قسم آخر يسقط كل واحد من المتعارضين اذ الاخذ بكل واحد غير معقول و ترجيح احد الجانبين على الجانب الاخر بلا مرجح فالنتيجه هو التساقت و هذا ظاهر واضح.

«قوله قدس سره: و ان احتمال فى غير الاول الاكتفاء»

قد ظهر مما ذكرنا عدم الفرق بين الاقسام فى الاكتفاء بالواحد لا من باب لزوم الحرج بل من باب قيام الدليل على الاكتفاء و هى السيره العقلائيه فانقدح بما ذكرنا ان الوجه فى الاكتفاء لا يكون من باب حجيه الظن كما انه لا يكون من باب رفع الحرج.

«قوله قدس سره: و يحتمل ضعيفا الاخذ بالاكثر»

هذا الوجه ضعيف كما افاده الماتن اذ مع الشك لا بدّ من الاقتصار على المقدار المعلوم و ان شئت قلت الثمن مملوك للبائع و خروج

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٤٤

مقدار منه عن ملكه و دخوله فى ملك المشتري بالتعبد الشرعى دائر بين الاقل و الاكثر و الاقل معلوم و قطعى و الاكثر مشكوك فيه فيدفع بالاصل فلاحظ.

«قوله قدس سره:

مسئله لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بينه الاقل»

اشاره

الماتن فرض طرح الدعوى عند الحاكم و تردد فى الحكم بين امور و نحن نذكر كل واحد من الوجوه المذكوره فى كلامه مع ملاحظه دليله و اخذ النتيجة بحسب ما يختلج بالبال.

الوجه الأول تقديم بينه الاقل للاصل

اقول مقتضى القاعده فى باب المرافعات عند الحاكم ان البينه على المدعى و اليمين على من انكر و لكن لو فرض انه قامت بينه فى قبال بينه المدعى و عارضتها تسقط كلتا البينتين بالتعارض و تصل النوبه الى حلف المنكر ففى المقام يكون القول قول مدعى الاقل فان قوله موافق مع الاصل و يمكنه ان يحلف على عدم الا-كثر لاطلاعه على واقع الامر بل يكفى لاثبات دعواه الحلف على عدم علمه بالحال.

الوجه الثاني تقديم بينه الاكثر لانها مثبتة

و يرد عليه انه لا فرق بين البينتين فكما ان بينه الاكثر مثبتة له كذلك بينه الاقل تثبت الاقل فلا فرق بين الامرين و بتقريب واضح انه تاره تكون بينه الاكثر تثبت الاكثر و بينه الاقل لا- تنفى مفاد الاخرى فيمكن ان يقال ان بينه الاكثر لا معارض لها و اما مع فرض المعارضه فلا مجال للتقديم.

و بعبارة اخرى المفروض تحقق التعارض بين الامرين و النتيجة التساقط و وصول النوبه الى حلف منكر الاكثر.

الوجه الثالث القرعه

بتقريب انها لكل امر مشتبه و يرد عليه ان

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٤٥

الوظيفة قد عينت من قبل الشارع في باب المرافعات فلا تصل النوبه الى التوسل بالقرعه

و بعبارة واضحة ان القرعه تختص بمورد التحير و سد باب انكشاف الواقع و المفروض ان الشارع الاقدس جعل قانونا في باب المرافعات فلا- تصل النوبه الى الاخذ بالقرعه مضافا الى انا ذكرنا في محله انه لا دليل على مجعوليته القرعه و جريانها في جميع الموارد و انما تجرى في جملة منها ليس ما نحن فيه منها.

الوجه الرابع الرجوع الى الصلح لتثبت كل من المتبايعين بحجه شرعيه ظاهريه

و المورد غير قابل للحلف لجهل كل منهما بالواقع و يرد عليه انه لا اشكال في جواز الصلح و اتمام الامر به لكن الاشكال في عدم انحصار الطريق فيه و لا وجه لاجبار المترافعين عليه و من ناحيه اخرى يمكن لكل واحد منهما الحلف على الواقع لا مكان علمهما به مضافا الى انه يكفي للحكم بالاقل عدم العلم بالواقع فان الاصل يقتضى نفى الاكثر.

الوجه الخامس تخيير الحاكم لامتناع الجمع و فقد المرجح

و يرد عليه انه لا- وجه لتخيير الحاكم مع كون الحكم بالاقل موافقا للقاعده كما تقدم منا بل لا مقتضى لتخيير الحاكم نعم ربما يقال به في تعارض الحديثين في باب الاحكام و اما في تعارض الدليلين في الموضوعات فلا مقتضى له.

الوجه السادس الجمع بين الدليلين بان يعمل على طبق كل واحد منهما في الجملة

فاذا قوم احدهما العين بعشره دنانير و الاخر بثمانيه نأخذ بكليهما و نحكم بخمسه دنانير فى نصف العين و بأربعه دنانير فى النصف الاخر بتقريب ان كل واحد من الدليلين حجه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٤٦

شرعيه يلزم العمل به و المفروض انه لا يمكن العمل فى تمام مدلوليهما فيؤخذ بكليهما بالنحو المذكور فان الجمع بين الدليلين و العمل بهما و لو فى بعض المدلول اولى من الطرح.

و يرد عليه أولا- ان التقريب المذكور على فرض تماميته انما يجرى فيما لا تكون الوظيفه معلومه و اما على تقدير احراز الوظيفه كما بينا فلا تصل النوبه إليه كما هو ظاهر و ثانيا ان التعارض اوجب سقوط الدليلين و هو بعينه موجود بالنسبه الى النصف فاذا كان التعارض موجبا للسقوط كما هو كذلك لا فرق بين افراده و اشخاصه و حكم الامثال واحد و ثالثا ان هذا النحو من الجمع طرح لكلا الدليلين و ترك العمل بهما معا فلاحظ.

«قوله قدس سره: و لذا جعل فى تمهيد القواعد من فروع هذه القاعده الحكم بالتنصيف فيما تعارضت البنيتان فى دار فى يد رجلين يدعيهما كل واحد منهما»

القياس مع الفارق و لا- جامع بين مقامنا و ذلك المقام فان المفروض هناك تحقق يديهما على الدار و اليد أماره الملكيه فالحكم بالتنصيف هناك امر على مقتضى قاعده اليد.

و أما فى المقام فليس الامر كذلك كما هو ظاهر

و اما الاستدلال بقاعده العدل و الانصاف المقتضيه للتنصيف فأیضا غير تام فان تلك القاعده و ان كانت تامه في موردها بمقتضى السيره العقلانيه و قد وردت روايه في باب الودعي داله عليها و هي ما رواه السكوني عن الصادق عن ابيه عليهما السلام في رجل استودع رجلا دينارين فاستودعه آخر دينارا فضاع دينار منها قال يعطى صاحب الدينارين

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٤٧

دينارا و يقسم الاخر بينهما نصفين «١».

لكن لا ترتبط تلك القاعده بما نحن فيه اذ تلك القاعده موردها دوران الامر في مال بين شخصين أو اشخاص و في المقام الامر دائر بين الاقل و الاكثر بالنسبه الى حق شخص واحد و مقتضى الاصل عدم الاكثر و ان شئت قلت الوظيفه الشرعيه المقرره في المقام معلومه و لا- تصل النوبه الى التوسل الى تلك القاعده مضافا الى انها غير مربوطه بالمقام فلاحظ و الروايه المشار إليها ضعيفه سندا بضعف اسناد الصدوق الى السكوني بالوفلي الواقع فيه.

«قوله قدس سره: و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل»

بل من هذا القبيل فانه يتساقط المتعارضان و تصل النوبه الى الاصل العملي و مقتضاه نفى الاكثر.

«قوله قدس سره: لا يوجب سقوطها بالمره»

بل يوجب و الدلاله الالتزاميه تابعه للدلاله المطابقيه و بعبارة واضحه انهما متعارضان في كل جزء من العين و مقتضى القاعده سقوطهما و وصول الامر الى الاخذ بالاصل العملي و مقتضاه نفى الاكثر.

«قوله قدس سره: بخلاف مقام احقاق حقوق الناس»

احقاق حقوق الناس يرجع الى احقاق حقوقه تعالى و لولاه لا يلزم الاحقاق فان وجوب الاحقاق من باب دفع الضرر المحتمل أو جلب المنافع الاخروييه و هذا يرجع الى حقوقه تعالى و تقدس فلاحظ

(١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب للصلح الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٤٨

«قوله قدس سره: ثم ان المعروف فى الجمع بين البيئات الجمع بينهما»

هذا على تقدير الالتزام بالجمع و الطريق المذكور هو المعروف عند القوم و يتضح المدعى فى ضمن مثال مثلا لو قوم احد المقومين الصحيح به ١٥ ديناراً و المعيب به ١٠ و الثانى قوم الصحيح به ٢٠ و المعيب به ١٥ و الثالث قوم الصحيح به ٢٥ و المعيب به ٢٠ فنجمع اعداد الصحيح فى ناحيه يكون المجموع ٦٠ و أيضا نجمع اعداد المعيب فى ناحيه اخرى يكون المجموع ٤٥ و التفاوت بينهما بالربع ١٥ و بهذه النسبه نأخذ من الثمن.

«قوله قدس سره: و يحتمل الجمع بطريق آخر و هو ان يرجع»

لا وجه لتطويل البحث فى هذا المقام اذ قد ذكرنا انه مع التعارض يتساقطان و لا وجه للجمع بين الدليلين بالنحو المشهور أو بما ذكره الشهيد قدس سره.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

